



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ

ISSN: 2146-1082 e-ISSN: 2667-5714

Ocak - Haziran 2025 Cilt:16 Sayı:1 / January-June 2025 Vol:16 No:1



Hukuk Fakültesi Dergisi

Inonu University Law Review

ISSN: 2146-1082

e-ISSN: 2667-5714



İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
İnÜHFD

Inonu University Law Review
InULR

Cilt: 16 – Sayı: 1
Ocak – Haziran 2025

Vol: 16 – No: 1
January – June 2025



2010 Yılından itibaren **TÜBİTAK - ULAKBİM** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 Yılından itibaren **HEINONLINE** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren **EBSCOhost** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2018 yılından geçerli olmak üzere **INDEX COPERNICUS** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2017 yılından geçerli olmak üzere **INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2019 yılından geçerli olmak üzere **DOAJ** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren **Cardiff Index to Legal Abbreviations** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **ERIHPLUS** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **WorldCat** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile **Scilit** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile **Google Scholar** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **EuroPub** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren **Directory of Research Journals Indexing** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **Crossref** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **Sobiad** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İnÜHFD)

Tüm hakları saklıdır. İnÜHFD hakemli uluslararası bir dergidir. İnÜHFD'nin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Inonu University Law Review (InULR)

All rights reserved. InULR is a refereed international journal. No parts of the Inonu University Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Inonu University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Inonu University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors

Basım/Yayın Yeri: İnönü Üniversitesi

İLETİŞİM ADRESİ:

İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye

Tel: +90 422 377 46 80

Fax : +90 422 377 46 81

www.inonu.edu.tr/hukukdergi - <http://dergipark.gov.tr/inuhfd>

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Nusret Akpolat

Baş Editör – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Bünyamin Akdemir

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editörler-Editors

Doç. Dr. Ünal KÜÇÜK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Murat Buğra TAHTALI

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Kürşat AKÇA

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Neslihan AKÇA

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Azim ÖNCÜ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Aynaz UĞUR

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Sena BAŞPINAR

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Azer Ebru MUTLU

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Abdulkaki GİYİK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDIN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat BÜYÜKAY

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Coşkun KOÇ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Ali TURAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Haydar Bayram ÖZEDÖNER

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yabancı Dil Editörleri – Foreign Language Editors

Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN

Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Fatih ÖZTÜRK

İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Dr. Öğr. Üyesi Nurten İNCE AKMAN

Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Sibel AKŞAHİN POLAT

Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Aybike KARAHAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcılar- Co-Editors

Arş. Gör. Mert Arif SÖNMEZ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Rümeysa SAVRAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Ülkü Sümeyye USLU

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Buğra TAŞCI

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Selenay ÇALIŞKAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mizanpaj Editör - Layout-Editors

Arş. Gör. İbrahim Numan ERDOĞAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Ali Fuat GEYİK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt

School of Law, University of Exeter, United Kingdom

Prof. Dr. Alan C. Neal

School of Law, University of Warwick, United Kingdom

Prof. Dr. Neil Boister

School of Law University of Canterbury, New Zealand

Prof. Dr. Thom Brooks

School of Law, Durham University, United Kingdom

Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney

Faculty of Law, University of Calgary, Canada

Prof. Dr. Hakan Karan

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta

Atlanta's John Marshall Law School, USA

Prof. Dr. Jason Chuah

School of Law, City University London, United Kingdom

Prof. Dr. Jean Allain

School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.

Prof. Dr. Haluk Emiroğlu

Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zheng Sophia Tang

School of Law, Newcastle University, United Kingdom.

Prof. Dr. Maurizio Borghi

School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.

Prof. Dr. Tomoya Obokata
Prof. Dr. Petra Butler
Prof. Dr. Kemal Şenocak
Prof. Dr. Aydın Gülan
Prof. Dr. Tamer Budak
Prof. Dr. Hayri Keser

School of Law, Keele University, United Kingdom.
Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof. Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mertol CAN	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oguz Kürşat ÜNAL	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şahin AKINCI	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Talat CANPOLAT	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vedat BUZ	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz S. AYDOS	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İpek SAĞLAM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat TOPUZ	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Serkan AYAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Metin Ceylan	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat Buğra TAHTALI	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Aslıhan KAYIK AYDINALP	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ	Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Kürşat AKÇA	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Burcu ERDİNÇ TAVİL	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ - İNÜHFD YAYIM İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
2. Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç bir ay öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
5. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
6. Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, DergiPark sistemi üzerinde yer alan (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>) adresine gerekli formlar ile birlikte göndermeleri gereklidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
9. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
13. Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usul izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

PUBLICATION RULES OF INONU UNIVERSITY LAW REVIEW - InULR

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Dean's Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is publishes (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be publish in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related intuition, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The articles may also be sent to the editorial board via (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>). The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the intuition of the author.

Example: Inonu University, School of Law

11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:

Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.

14. Each author accepted that no royalty will be paid.

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

Makaleler

Araştırma Makalesi

1. DİJİTAL VARLIKLARIN SAHİPLİĞİ VE NFT'LERİN EŞYA HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

H. Sena Akkışla

Sayfa : 1-15

Araştırma Makalesi

2. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ŞİRKETLERİN MERKEZ DEĞİŞİKLİĞİ VE UYGULANACAK HUKUK

Burcu İrge Erdoğan

Sayfa : 16-31

Araştırma Makalesi

3. EVLİLİĞİN YANILMA SEBEBİYLE NİSBÎ BUTLANI

Gökhan Şahan, İbrahim Numan Erdoğan

Sayfa : 37-48

Araştırma Makalesi

4. PLATFORM ÇALIŞANLARININ HAKLARININ KORUNMASI: TÜRK İŞ HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

Özgür Oğuz

Sayfa : 49-59

Araştırma Makalesi

5. DİJİTAL VARLIKLARIN TEMİNAT OLARAK KULLANILMASI HAKKINDA AVRUPA HUKUK ENSTİTÜSÜ İLKELERİNİN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

İbrahim Doğan Takavut

Sayfa : 60-75

Araştırma Makalesi

6. TERDİTLİ DAVA TALEPLERİNİN AYRILMASI VE BUNA İLİŞKİN SORUNLAR

Aziz Serkan Arslan

Sayfa : 76-85

Araştırma Makalesi

7. TÜRKİYE'DE SOSYAL ARABULUCULUK

Didem Erdoğan, Rukiye Kahya

Sayfa : 86-99

Araştırma Makalesi

8. MİRASTAN YOKSUNLUKTA MİRASBIRAKANIN AFFI

Musa Furkan Şahin

Sayfa : 100-110

Araştırma Makalesi

9. 1215 SÖYLENCESİ: BİR İNSAN HAKLARI BELGESİ OLARAK MAGNA CARTA

Cemre Belçim Gölbaşı Uçar

Sayfa : 111-125

Araştırma Makalesi

10. THE ISSUE OF AZERBAIJANI INTERNALLY DISPLACED PEOPLE AND ARMENIAN REFUGEES IN KARABAKH

Arzu Turgut, Ali Faik Demir

Sayfa : 126-139

Araştırma Makalesi

11. PRINCIPATUS DÖNEMİ BÜROKRASİSİNDE HUKUKÇULARIN YERİ

Sevil Yıldız

Sayfa : 140-152

Araştırma Makalesi

12. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA YOKLUK VE KESİN HÜKÜMSÜZLÜĞE İLİŞKİN GENEL BİR DEĞERLENDİRME

Süheyla Zorlu

Sayfa : 153-166

Araştırma Makalesi

13. TAŞINMAZ SATIN ALINMASIYLA TÜRK VATANDAŞLIĞININ İSTİSNAİ YOLDAN KAZANILMASINDA DEĞERLEME RAPORU VE UYGUNLUK BELGESİ ALINMASI

Ahmet Dülger

Sayfa : 167-180

Araştırma Makalesi

14. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA ZİNCİRLEME SUÇ UYGULAMASI

Elif Yılmaz Furtuna, Hanne Özgenç Yılmaz

Sayfa : 181-193

Araştırma Makalesi

15. DWORKİN'İN HUKUK KURAMININ GADAMERCİ KÖKENLERİ BİR ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ HERMENÖTİK ELEŞTİRİSİ

Rabia Sağlam, Rıdvan Türk

Sayfa : 194-206

Araştırma Makalesi

16. SİBER UZAYDA YER ALAN KİŞİSEL VEYA KRİTİK KAMU HİZMETİ KAPSAMINA GİREN KURUMSAL VERİLERİ ERİŞİME AÇMA, PAYLAŞMA VE SATIŞA ÇIKARMA SUÇU

Bahar Turgut

Sayfa : 207-220

Araştırma Makalesi

17. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA ÖNLEMLERİ İLE ÇEKİŞMESİZ YARGININ KESİŞME ALANI: TEREKENİN TESPİTİ VE KORUMA ALTINA ALINMASI

Dilek Aydemir
Sayfa : 221-233

Araştırma Makalesi

18. NE İÇİNDE HUKUKUN NE DE DIŞINDA: ULUSLARARASI HUKUK, İNSAN HAKLARI HUKUKU VE TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ

Eymir Albal
Sayfa : 234-247

Araştırma Makalesi

19. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 5015 SAYILI KANUNA İLİŞKİN İPTAL KARARININ İNCELENMESİ VE VERGİ HUKUKU BAĞLAMINDA ÇIKARIMLAR

Esra Keskin Çakmak
Sayfa : 248-261

Araştırma Makalesi

20. MİRAS ORTAKLIĞI TEMSİLCİSİNİN YETKİ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Zeynep Dönmez
Sayfa : 262-275

Araştırma Makalesi

21. SİGORTA KURULUŞUNA ZORUNLU BAŞVURUNUN ZORUNLU ARABULUCULUĞA ETKİSİ

Bünyamin Kartal
Sayfa : 276-297

Araştırma Makalesi

22. AYNEN İADESİ İSTENEN ANCAK DAVALININ ELİNDE OLMADIĞI İÇİN DEĞERİ TAHSİL EDİLEN TAŞINIRIN HÂLÂ DAVALIDA OLDUĞUNUN SONRADAN ANLAŞILMASI

Hakan Burak Akıncı
Sayfa : 298-312

Otobiyografi

3. PROF. DR. ZEHRA ODYAKMAZ

Zehra Odyakmaz
Sayfa : 32-36

DİJİTAL VARLIKLARIN SAHİPLİĞİ VE NFT'LERİN EŞYA HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**OWNERSHIP OF DIGITAL ASSETS AND EVALUATION OF NFT'S WITHIN THE SCOPE OF PROPERTY LAW**Hasibe Sena AKKIŞLA*  **Makale Bilgi**Gönderi: 17/11/2024
Kabul : 13/01/2025**Anahtar Kelimeler***Dijital Varlıklar,
NFT (Non Fungible
Token),
Mülkiyet,
Zilyetlik,
Eşya Hukuku.***Article Info**Received: 17/11/2024
Accepted: 13/01/2025**Keywords***Digital Assets,
NFT (Non Fungible
Token),
Property,
Possession,
Property Law.***Özet**[10.21492/inuhfd.1586747](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1586747) 

Dijital varlıklar tüm dünyada insan hayatında geniş yer kaplayan resimleri, videolar, fotoğraflar, içerikler, oyunlar, belgeler ve daha pek çok formda yer alan dijital alanda üretilmiş bulunan ya da dijital ortama aktarılmış olan şeylerdir. Amerika başta olmak üzere özellikle gelişmiş ülkelerde dijital varlıkların ekonomik, sosyal ve hukuk alanında çok hızlı bir şekilde yer ettiği kabul edilmektedir. Bu varlıkların bir kısmı sanat eserleri gibi satılabilmekte, sergilenmekte veya lisans sözleşmelerine konu olabilmekteyken bir kısmı ekonomik alanda yer alan para birimleri gibi dijital ortamda kripto para birimleri olarak üretilmekte ve kullanılmaktadır. Gelecekte bu dijital varlıklarının kullanımlarının çeşitleneceği ve yaygınlaşacağı göz ardı edilemez niteliktedir bu husus hukuk alanında bizlere bu hakların sahipliğini yani mülkiyete konu olabilme niteliklerini düşündürmektedir. Çeşitli tartışmaların yaşandığı dijital varlıklar hakkında bu çalışma içerisinde bir dijital varlık olan NFT kavramı ele alınmış ve mülkiyet hakkı çerçevesinde bu kavramın niteliği incelenmiştir. Konu incelenirken Alman Hukuku ve İsviçre Hukuku içerisindeki gelişmelere değinilmiş, görüşler ele alınmıştır.

Abstract

Digital assets are things that have been produced in digital field or transferred to digital environment in form of pictures, videos, photographs, content, games, documents and many other forms, which occupy a wide place in human life all over world. It is recognised that digital assets have taken place very rapidly in economic, social and legal fields, especially in developed countries, especially in USA. While some of these assets can be sold, exhibited or subject to licence agreements such as works of art, some of them are produced and used as cryptocurrencies digital environment such as currencies in the economic field. It cannot be ignored that use of these digital assets will diversify and become widespread in future, which makes us think about ownership of these rights in field of law, that is, qualifications of being subject to property. In article, concept of NFT, which is a digital asset, has been discussed and nature of this concept has been examined within framework of right ownership. While analysing subject, developments in German Law and Swiss Law have been mentioned and opinions have been discussed.

Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğretim Üyesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** AKKIŞLA, Hasibe Sena, "Dijital Varlıkların Sahipliği Ve Nft'lerin Eşya Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi", İnÜHFD, 16(1), 2025, s.1-15. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The fact that digitalisation takes up more and more space in human life day by day has led to the need to regulate the follow-up and consequences of these digital innovations in the field of law. Concepts of property in the traditional sense have encountered new concepts in the face of digitalisation, and digital assets, which are a third concept within the scope of property and possession, are evaluated in this study. With the development of technology, this has some reflections on transaction life. In 2021, an American digital artist named Mike Winkelmann's "Everydays: The First 5000 Days" was sold in London for 69 million US Dollars. In addition to the fact that the work subject to this sales contract is a work that does not have a physical form and is produced in a digital environment, the fact that the buyer paid the sales price from his private digital wallet with the Ether cryptocurrency, which belongs to cryptocurrency technology, caused a great resonance. These developments, in which digital works of art, digital currencies and various digital assets are produced, used and stored, have created discussions in the field of law, as in every field, in terms of the ownership of digital assets and their subjection to legal transactions. After making general explanations about digital assets, our study specifically analyses the concept of NFT. NFT is the short name of digital assets called 'Non-Fungible Token'. NFT can be defined as a blockchain technology-based non-fungible token, i.e. "non-fungible token". The evaluations on whether NFTs can be considered as property and the idea of digital property and the opinions in German Law and Swiss Law are included. NFTs are digital assets that use blockchain technology just like cryptocurrencies (Bitcoin, Ether, etc.). Assets that can be transferred digitally in the blockchain system are called "tokens". A token can be created to represent any product, service or value. The paper also examines the state of Liechtenstein, a small country in Europe, and the legal status it has recently recognised for digital assets. In 2020, the Law on Tokens and Trusted Technology Service Providers was adopted. This Law is of an important nature with the innovative regulations it contains. The Law recognises tokens as digital assets that do not create new rights but can legally represent existing rights. Liechtenstein has established an institution called "Physical Validator" for digital assets, and the Law regulates the checking and verification of the existence of digital assets and their subjection to legal proceedings. A physical verifier is a service provider authorised and registered by the Liechtenstein Financial Market Authority (FMA). Liechtenstein's development of such technology has an economic background and a long history. How this situation, which is specific today, will evolve in the future will be determined by economic developments and legal regulations. The place of economic and technological developments in human life and their impact on societies require regulation in the field of law. Another issue examined in the study is the evaluation of NFTs in terms of the security of transaction life, and a comparison was made by examining the ownership of property rights on movable and immovable property in the current legal order. The transaction security of these digital assets, which are not connected to any institution due to their independent nature, has been emphasised. Against the evaluations made in terms of the current legal order, possible problems that may be encountered in the future in the field of law are emphasised. As a result, it has been tried to examine the concepts of digital assets that exist within the legal boundaries and to determine their qualifications in terms of the current legal order. The evaluation of digital assets within the Turkish Civil Code and Turkish Law has been made, and the opinions in the doctrine have been examined by giving place to current discussions within the German Law and Swiss Law. With the understanding that classical goods and digital goods are regulated separately, the first regulations that can constitute a starting point for legal regulations have started to be made in Swiss Law. In these regulations, digital goods are allowed to be subject to the defence of appropriation. In our law, there is not yet a separate legal regulation to protect digital goods as the subject of the right in rem. In terms of Turkish Law, it has been emphasised that the developing technology has metamorphosed the concept of property and it has been evaluated that there is a legal gap regarding digital goods. The need for legal regulations on the concept of virtual property, of which digital goods are the subject matter, will increase with the diversification of the cases before the courts. In such a transformation, various rights losses can be prevented by filling the meaning of the term digital goods with judicial decisions and doctrinal explanations.

I. GİRİŞ

NFT (*Non-Fungible Token*) hukuk dünyasında oldukça yenilikçi bir kavramdır. Çeşitli tartışmalara konu olmakla birlikte dijital varlıklar ile birlikte eşya hukuku içerisindeki yeri önemlidir. Günümüzde blokzincir teknolojisi kullanılarak oluşturulan eşsiz dijital varlıklardan birisi NFT'lerdir. NFT'lerin kullanım alanlarına bakıldığında yaygın olarak dijital sanat eserleri, müzik, video gibi çeşitli içeriklerdir. Eşya hukuku bakımından yeni ve tartışmalı bir kavram olan NFT, yaygın bilinen eşya kavramına uyması yönüyle farklı görüşlerde değerlendirilmektedir. Özellikle NFT üzerinde kurulacak mülkiyet hakları bakımından koruyucu özelliğinin nasıl işleyeceği, dijital bir varlık olması sebebiyle varlığının ispatlanması ve kişiler tarafından hukuki işlemlere konu olabilmesi bakımından ele alınması gereklidir. Alman Hukuku ve İsviçre Hukukunda kripto tokenlerin ticaret hukuku kapsamında kıymetli evrak niteliği gibi bir değere eş tutulmasına yönelik yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu durum akıllara şunu getirmektedir dijitalleşen bir dünyada eşya kavramının kapsamı ve niteliği bu duruma ne kadar ayak uydurabilecek ve kapsamı ne olacaktır. Türk Hukuku bakımından henüz çok yeni olan bu kavramların geleneksel eşya hukuku anlayışı içinde düzenlenmesi bulunmamaktadır. Nitekim dijital varlıkların kabul edilmesi ve bu hakların korunması bakımından çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

II. DİJİTAL VARLIKLAR VE NFT

Dijital varlık kavramı içerisinde fotoğraf, video, belge, müzik, kripto para ve tokenleştirilmiş olan nesneler ve formların dijital olarak oluşturulabilmesi ve saklanabilmesi halinde tanımlanabilen, bulunabilen ve ekonomik olarak değer sağlayabilen her şeydir şeklinde geniş bir tanıma sahiptir.

A. Tanım

Dijital varlıklardan birisi olan Non-Fungible Tokens'dan bahsetmeden önce bu kavramın içerisinde

bulunduğu yapıyı tanımlamak gereklidir. Blokzincir teknolojisi¹ ile oluşturulan ve elektronik ortamda saklanabilen, devredilebilen dijital varlıkları kripto varlıklar oluşturur². Kriptografi yöntemi ile şifrelenen ve hâkimiyet altına alınabilen, depolanan bu varlıklar ekonomik bir değer taşıyan bilgisayar kodudur³. Kripto varlıklar oluşturulduktan sonra kullanıldıkları platformlara göre yatırımcılar tarafından değer biçilir, devredilir ve ekonomik bir değer kazanırlar. Kripto varlıkların yatırım aracı fonksiyonları bulunmaktadır ve alım-satım işlemlerine konu edilebilir⁴. Kripto varlık dünyası içerisinde yatırımcılar ilgili borsa ve platformlardan elde ettikleri kripto varlıkla esasen bir şifrelenmiş anahtar elde ederek o dijital varlıklara sahip olurlar. Blok zincir teknolojisi ilk olarak Bitcoin'i popüler hale getirmiş ve zamanda çeşitli dijital varlıklar oluşturulmuştur⁵. Kripto para, gizli kod teknikleri (kriptografi) ve işlemleri tanımlamak ve doğrulamak için şifreleme protokolleri kullandığı için herhangi bir merkezi otorite tarafından çıkarılmayan (merkezi olmayan) yenilikçi bir dijital para türüdür. Bu varlıklar zamanla jeton (token), akıllı sözleşme (smart contract) ve misli olmayan jeton (NFT) gibi kavramları popüler hale getirmiştir.

¹ Blokzincir teknolojisinin gelişimi temelde Amerika Birleşik Devletleri'nin 2008 yılında yaşamış olduğu büyük finansal kriz sonucu emlak ve diğer bankacılık sektörü gibi güvenilir sistemlere duyulan güvenin sarsılması sonucunda gerçekleşmiştir. Büyük bankaların iflasından sonra finans alanında Satoshi Nakamoto isimli ama kimliği gizli bir kişi "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System" isimli bir çalışma yayınlanarak blokzincir teknolojisi dünyaya tanıtılmıştır. Bağımsızlık ve güvenliğin vurgulandığı bu dijital sistem içerisinde oluşturulan dijital türdeki yeni para birimi herhangi bir devlet ya da hükümet kontrolünde değildir. Sınırlı bir arzı olan bu para biriminin dijital olması dolayısıyla çok hızlı bir şekilde devredilmesi mümkündür. Kişileri ve işlemlerini korumak, yasadışı işlemlerin önüne geçmek ve dolandırıcılıktan kaçınmak anlamında bu sistem günümüzde pek çok devlet içerisinde kullanılmaktadır. Blokzincir teknolojisinde dijital ortamda ortak bir işlem sistemi söz konusudur. Bilgisayar ağı aracılığı ile her yapılan işlem doğrulanır ve işlem kolaylığı sağlanması için güncellemeler ile sistem hızlı, güvenilir ve kolay işlem akışı sağlamaktadır. Sistemdeki her işlem doğrulanır ve doğrulanan her sistem parçası "blok" zincir şeklinde birbirine eklenir dolayısıyla işlemler ağı oluşur. İşlem zincire eklenmiş ise değiştirilemez veya kaldırılamaz. Blokzincir teknolojisinde yapılan işlemler dağıtık defter sistemi (Distributed Ledger Technology – DLT) ile tek bir merkezde dağıtık olarak saklanmaktadır. Dağıtık defter sisteminin en büyük avantajı bilgisayar korsanlığına karşı tedbirli olunması ve saldırıya uğrayacak bir merkezi sunucusunun bulunmamasıdır. Blokzincir teknolojisi para arzını sınırlı tutmaktadır dolayısıyla merkezi bir otoritenin kendisi kullanmak adına para yaratması veya para basmasının önüne geçilebilmektedir. Blokzincir sisteminde yapılan tüm işlemler anonimdir ve şeffaflık işlem özelliği bulunmaktadır. Kişilerin gerçekleştirilen işlemlerin tamamı en başından itibaren takip edilebilir ancak işlemi gerçekleştiren şahısların kimliği tespit edilemez. Kişiler bu sistemdeki işlemler esnasında gerçekte yani dijital ortam dışında da şifrelenmiş anahtarlarını kullanırlar. AKSOY RETONAZ, Eylem/GÜÇLÜTÜRK, Osman: Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I- Blokzincir ve Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.21; BÜYÜKOZAN FEYZİOĞLU Gülçin: Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.21; RAJASEKARAN, Arun/AZEES, Maria/AL-TURJMAN, Fadi: "A Comprehensive Survey on Blockchain Technology", Sustainable Energy Technologies and Assessments, 2022, s.1020-1032, s.1021; PREVOST, Emeric: "The Law Applicable to Digital Representations of Off-Chain Assets", Blockchain and Private International Law, 2023, s.15; HERIAN, Robert/ DI BERNARDINO, Claudia/PENEDO, Andres Chomczyk/ELLUL, Joshua/FERREIA, Agata/VON GOLBECK, Axel/SIADAT, Alireza/SIEDLER, Nina-Luisa: "NFT-Legal Token Classification", EU Blockchain Observatory & Forum, 2021, s.85; ARDAVANIS, Telamon: Membership NFTs: Blockchain Technology, Opportunities, and Implementation of Utility Based Non-Fungible-Tokens, Master's Thesis, LAB University of Applied Sciences Bachelor of International Business, Lahti 2022, s.110; GÜRCAN, Bedrettin: Blockchain Teknolojisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.12.

² AREF, Magda/FABIAN, Luca/WEBER, Simon: "Digitale Originale Dank NFTs?- Rechtliche Analyse Einer (Angeblichen) Revolution", Gesellschafts und Kapitalmarktrecht, Dike Verlag, Zürich 2021, s.385; YÜCEDAĞ, Mustafa Alperen: "NFT ve Kripto Grafik Tasarım Eserleri", KTO Karatay Üniversitesi, Konya, 2023, s.12; TEVETOĞLU, Mete: Hukuki Yönleriyle Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı, Aristo Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.13; ÖZKUL, Fatma/BAŞ, Ece: "Dijital Çağın Teknolojisi Blokzincir ve Kripto Paralar: Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Standartlar Çerçevesinde Mali Yönden Değerlendirme" Accounting and Auditing Review, 20(60), 2020, s.57-74, s.58; ŞENKARDEŞ, Gül Çağla: Blokzincir Teknolojisi ve NFT'ler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s.14; FRYE, B: "After Copyright: Pwning NFTs in a Clout Economy", Columbia Journal of Law & the Arts, 45(3), 2021, s.110-112, s.114; BİLGİLİ, Fatih/CENGİL, Fatih: Blockchain ve Kripto Para Hukuku, Dora Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.15; SARI, Onur: NFT'ler Açısından Mali Hakların Devri Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.8; FİLORİNALI, Kardelen: "Non-Fungible Tokens (NFT'ler) ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Yansımaları", İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Tez, İstanbul 2022, s.17; KÜÇÜKALİ, Canan: Telif Koruması Anlamında NFT'ler, Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, İstanbul 2021, s.7; YERTÜM, Uğur: "Değiştirilemez Tokenler (NFTs) Çağında Mülkiyet İlişkisi ve Servet Eşitsizliğini Yeniden Düşünmek", İstanbul Journal of Economics, 1(1), 2023, s.555-569, s.556; ARDAVANIS, s.18; PREVOST, s.16; GÜRCAN, s.21; ARDAVANIS, s.110; BİLGİLİ/CENGİL, s.14.

³ HERIAN/DI BERNARDINO/PENEDO/ELLUL/FERREIA/VON GOLBECK/SIADAT/SIEDLER, s.18; PREVOST, s.16; GÜRCAN, s.21; ARDAVANIS, s.110; BİLGİLİ/CENGİL, s.14.

⁴ "Holding On For Dear Life" isimi kullanılarak yatırımcılar kripto varlıklar kazanç elde etmek amacıyla uzun vadeli saklanmak amacını taşıdığı kripto para madencisinin ve kripto varlık yatırımcılarının amacını ifade etmektedir. Yatırım dünyasındaki son gelişme, blok zinciri teknolojisine dayalı Kripto Para Birimi'ni ifade ediyor. Kripto para birimi, yalnızca internet üzerinden mal ve hizmet alım satımı yapmak için kullanılan sanal bir para birimi değil, aynı zamanda genellikle korunma faaliyetleri için kullanılan popüler bir varlıktır. Zamanın gelişimi, altın gibi değerli metallerin ödeme için ana malzeme olarak kullanılmasının ardından, çekler ve banknotlar da bir ödeme aracı olarak kullanılmaya başlandıktan ve para olarak kabul edildikten sonra ekonomik faaliyetlerin ve para biçimlerinin zaman zaman değişmeye devam etmesine neden olur. Dünya ekonomisinin küreselleşmesiyle birlikte, insanların finansal işlemlerde hız, konfor ve güvenlik ihtiyacı artmaktadır, bu nedenle kolay ve verimli ödeme sistemlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Elektronik sistemleri kullanırken iki temel şeye dikkat edilmesi gerekir. Birincisi, teknoloji sistem teknik zayıflıklarına sahip olacak bir insan icadıdır. İkincisi, teknoloji ayrıca yasal garantiler açısından belirsizliğe sahiptir. CANLI AKBAŞ, Adalet: Kripto Para Basımı ve Devlet Otoritesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 138; ŞENYAPAR, Hafize: "Cryptocurrency on Social Media: Analyzing the Digital Discourse towards the Coin Market", İktisadi İdari ve Siyasal Araştırmalar Dergisi, 9, 2024, s.202-221, s.203; WAHYUNI, A/IRPAN,M/SETIADI,B: "Investment Behavior and Strategy in Cryptocurrency in Indonesia", Journal of Business and Management Studies, 6(1), 2024, s.179-186, s.180.

⁵ Küresel Kripto Para piyasası büyüklüğü 2022'de 4,67 milyar ABD doları değerindedir ve 2023'ten 2030'a kadar %12,5 Bileşik Yıllık Büyüme Oranı (CAGR) ile büyümesi beklenmektedir. Ayrıca, 2022'nin sonunda Kripto Paranın yaklaşık 1 milyar kullanıcıya ulaşması öngörülmektedir. Bunun dışında, Kripto Para'nın onu bir değişim aracı olarak kabul eden birçok şirket (işletme) tarafından talep edildiğine dair ilginç kanıtlar bulunmaktadır; 2021'de bu dijital varlığı kabul eden 18.000 işletme vardı, örneğin Microsoft, Paypal, Overstock, Tesla, Starbucks, Whole Foods, Newegg, Twitch, CheapAir. BİLGİLİ/CENGİL, s.21; ÖZKUL/BAŞ, s.64; TEVETOĞLU, s.10; CANLI AKBAŞ, s. 17; WAHYUNI/IRPAN/SETIADI, s.184. Crypto.com.

1994 yılında taraflar arası işlemlerin güvenli biçimde hazırlanmasına kolaylık sağlamak adına akıllı sözleşme kavramı ortaya atılmış ve bilgisayara dayalı bu sistem ile tarafların hak ve yükümlülükleri, sözleşmeye dair yaptırım gibi kurallar yazılım ile hazırlanması fikri oluşmuştur⁶. Akıllı sözleşme, hukuki bağlayıcılığı olmayan ancak bu sisteme girildiğinde yani programlanmış bir kodun işlenmesi ile kendisine öncesinde tanımlanmış olan işlemi yerine getiren platform olarak tanımlanabilir⁷. Dijital varlıklar içerisinde akıllı sözleşmelere konu olabilen bir kavram ise Non-Fungible Tokens'dır. *Non-Fungible Tokens* (değiştirilemez jeton), kripto varlık türleri içerisinde jeton (*token*) olarak isimlendirilen bir tür dijital varlıktır⁸. NFT (*Non-Fungible Tokens*), benzersiz ve ikame edilemez dijital varlıklardır⁹. Türkiye Cumhuriyeti Dijital Dönüşüm Ofisi hazırlamış olduğu blokzincir sözlüğü içerisinde NFT kavramını “dijital tapu” olarak nitelendirmiştir¹⁰. Dijital tapu, blokzincir teknolojisi kullanılarak ve kriptografik bir yöntemle üretilen, özel bir yapıya sahip bulunan benzersiz jetonlardır. Birimler halinde oluşturup birimlerin her birisine ekonomik bir değer atfedilmesini sağlamaktadır. Bu bakımdan parselenmiş olan bir arazinin tapu siciline işlenmesi ve alıcılara yönelik olarak satışının yapılmasına benzetilebilir dijital tapu.

Blokzincir teknolojisi kullanılarak oluşturulmuşlardır ancak kripto varlıklardan en büyük farkı gayri misli nitelikte olmalarıdır¹¹. NFT'ler benzersiz bir yapıda olmalarından dolayı yerine herhangi bir başka kripto varlık ikame edilemez. NFT'ler birbirinden farklı dijital varlıklardır ve her biri diğerinin yerine konulamaz dolayısıyla eşsiz niteliktedir. NFT'lerin oluşturulması yeni bir fikir ya da varlığın dijital ortamda kodlanması ile oluşturulmasıyla mümkünken maddi anlamda varlığa sahip bir eşyanın da bilgisayar kodları ile dijital ortama aktarılması şeklinde de oluşturulabilir. NFT'ler özellikle dijital eserlerin sahipliği ve orijinalliğinin sağlanması için kullanılabilir. Bu durumda fikri mülkiyet hakları kapsamında değerlendirilir. Refik Anadol ve pek çok sanatçının günümüzde giderek yaygınlaşan bu eserlerini görmekte ve duymaktayız. Nitekim şeffaflık özelliği sayesinde bu eserlerin yaratım süreçleri, yapıları ve oluşumları gözle

⁶ HERIAN/DI BERNARDINO/PENEDO/ELLUL/FERREIA/VON GOLBECK/SIADAT/SIEDLER, s. 13; GÜRCAN, s.25; ARDAVANIS, s.110; BİLGİLİ/CENGİL, s. 45; PREVOST, s. 27. Nick Szabo: "Smart Contracts", www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html, (Erişim: 12.08.2024)

⁷ Akıllı sözleşmenin gerçek anlamda bir hukuk sözleşmesi olup olmadığı günümüzde tartışmalı niteliktedir. Çünkü hukuk dünyasında sözleşmeler taraflar için bağlayıcı niteliktedir. En temelde bu ayrım sebebiyle akıllı sözleşmeleri bir yazılım olarak değerlendirmek gereklidir. KOLVART, M/POOLA,M/RULLA: "Smart Contracts", The Future of Law and Etechnologies, Master's Thesis European Private Law, Amsterdam, 2016, s.16; PRIMAVERA DE, Filippi/WRAY,Chris/SILENO,Giovanni: "Smart Contracts", Internet Policy Review 10(1), 2021, s.1; WEIQIN, Zou/LO, David/KOCHAR, Pavneet/ LE, Xuan/XIA, Xin/FENG, Yang: "Smart Contract Development: Challenges and Opportunities", IEEE Transactions on Software Engineering, 47(1), 2019, s.2084-295 s.371. Hukuk dünyası içerisinde sözleşme kavramı genel olarak şu şekilde tanımlanabilir; "tarafların bir hukuki sonucu meydana getirmek amacıyla karşılıklı irade beyanları sonucunda gerçekleştirdiği bu hukuki işlem sözleşmedir". CUMALIOĞLU, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Legal Kitapevi, İstanbul, 2013, s.12; BELEN, Herdem: "Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi Türleri ile Genel Hükümler Uyarınca Kiraya Veren Borçlarına İlişkin Değerlendirmeler", İstanbul Barosu Dergisi, 87(1), 2013, s.106-126, s.108; KOCAYUSUFPASAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, İstanbul 1978, s.6; ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Legal Yayıncılık, Ankara 2015, s.4; İNAN, ANaim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.5; TERCİER, Pierre/DEVELİOĞLU, Murat/PİCHONNAZ, Pascal: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, XII Levha Yayınları, İstanbul 2016, s.7; TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Yayıncılık, Ankara 1976, s. 6; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.12; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2018, s.14; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayıncılık, İstanbul 2021, s.8; KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2020, s.6; SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 3, Filiz Kitapevi, İstanbul 2016, s.11; YILDIRIM, Abdülkerim: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara 2017, s.4; TEKİNAY, Sulhi/AKMAN, Sermet/ALTOP, Atilla/ BURCUOĞLU, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993, s.5; SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Stämpfli, 2016, s.14; BUCHER, Eugen: Obligationenrecht Besonderer Teil. 3, Schulthess Verlag, 1988, s.4; MERZ, Hans: Schwerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, I.Teilband, Helbing Lichtenhahn Verlag 1984, s.8; WEBER, HR: Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Band V, Das Obligationenrecht, Bern 2018, s.14.

⁸ Kripto varlıkları içerisinde coin ve token ayrımı yapılmakta ve dijital varlıklar bu çerçevede gruplanmaktadır. Coin kavramı, kendisine ait bir blokzincir teknolojisi sistemi bulunan ve bu sistem içerisinde ödeme yöntemi olarak kullanılabilen dijital para birimleridir. En popüler türü ise Bitcoin'dir ve sınırlı bir arzı bulunur. Dijital sistem içerisinde 21 milyon adettir. Coin, blokzincir teknolojisi sistemi içerisinde açık kodlu bir yazımla oluşturulur ve bu durum o sistem içerisinde yeni başka sistemler oluşturulmasına imkân vermektedir. Nitekim token (jeton) kavramı bu yapıdan farklıdır. Token, belli bir değeri bulunan veya belli bir menfaate hizmet eden dijital varlıklardır. Token'lara ilişkin oluşturulmuş dijital sistem içerisinde kendilerine özgü bir blokzincirleri bulunmadığı için oluşturulduktan sonra coin'ler gibi farklı sistemlere konu olamazlar. Token'lar yaratılmış olan bir kripto varlığın blokzincir sistemi içerisinde oluşturulur ve işlem görürler. Örneğin bu özellikleri nedeniyle Bitcoin ve NFT kavramları birbirinden farklıdır ve blokzincir sistemi içerisinde farklı işlem şekillerine konu olurlar. PREVOST, s.25; HERIAN/DI BERNARDINO/PENEDO/ELLUL/FERREIA/VON GOLBECK/SIADAT/SIEDLER, s.54; GÜRCAN, s.36; ARDAVANIS, s.110; BİLGİLİ/CENGİL, s.25; RAJASEKARAN/AZEES/AL-TURJMAN, s.1020; BODO/Balazas/ GIANNOPOULOU, Alexandra/ QUINTAINS, João Pedro/MEZEI, Péter: "The Rise of NFTs: These Aren't the Droids You're Looking For", European Intellectual Property Review, 44(1), 2022, ss.265-280, s.266; ÖKDEM, Duygu: "Hukuksal Açıdan Non-Fungible Token (NFT) ", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2023, s.35.

⁹ YÜCEDAĞ, s.21; ŞENKARDEŞ, s.23; FRYE, s.114; AREF, FABÍAN and WEBER, s.147; SARI, s.26; FİLORİNALI, s.18; AKCAAL, Mehmet: "NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (159), 2022, s. 377-389, s.378; ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar/ÖZKAN ÜNER, Zehra: "NFTs and Copyright: Challenges and Opportunities", Journal of Intellectual Property Law and Practice, 16(1), 2021, s.1115-135, s.1118; ÖKDEM, s.19.

¹⁰ <https://cbddo.gov.tr/sss/blokzincir-sozlugu/> (Erişim: 09.09.2024). Telif Hakları Genel Müdürlüğü, 2023: 14.

¹¹ AKCAAL, NFT, s.378; TEVETOĞLU, s. 73; ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınevi, İzmir 2020, s.9; ŞENKARDEŞ, s.202; AREF/FABIAN/WEBER, s.385; ÖKDEM, s. 19.

görülebilmektedir¹².

B. Özellikleri

2019/770 sayılı Dijital İçerik ve Hizmetlerin Sağlanmasıyla İlgili Sözleşmelere Dair Bazı Hususlara İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi (Dijital İçerik Direktifi)¹³ içerisinde yer alan dijital varlıklar, Eşya Hukuku kapsamında birer varlık olarak değil daha çok Fikri Mülkiyet Hukukunun hak sahibine sunmuş olduğu hak ve yetkilere dair varlıklardır¹⁴. Eşya Hukukundaki mülkiyet, zilyetlik ve ilgili kavramlardan ayrı bir şekilde ele alınması gereklidir.

NFT'lerin temel olarak dört özelliği olduğu yaygın olarak doktrinde kabul edilmektedir¹⁵. NFT'nin temel dört özelliği; benzersiz yapıda olması, izlenebilir olması, bölünemez olması, programlanabilir olmasıdır¹⁶. NFT yapısı gereği benzersiz niteliktedir. Oluşturulan dijital kodlar sayesinde teknolojik olarak eşsiz bir yapıya sahiptir. Blokzincir teknolojisi içerisinde bir jetonun oluşturulması aynı yöntemlerle ve benzer biçimde söz konusu değildir dolayısıyla NFT varlığı süreci boyunca eşsiz bir yapıya sahip olacaktır¹⁷. ERC-721 standardı doğrultusunda oluşturulmuş olan NFT'ler bir başka dijital varlık ile takas edilemez niteliği sayesinde benzersizdir¹⁸.

NFT'lerin bir diğer özelliği ise izlenebilir olmalarıdır. NFT'ler devredildiği zaman dahi oluşturulması aşamasından son elinde bulunduran kişiye devredilmesine kadar kurulan şeffaf zincir kaydına sahiptir. Bu şeffaf zincir oluşturulan dijital varlıkların sahte olmadığına, doğrulanabilmesine ve takibinin yapılabilmesine imkân tanımaktadır. NFT, sahibi olduğu kişi tarafından kodlanması, blokzincire eklenmesi ve dijital kodunun yazılması ile takibini yapabilirler.

NFT, bölünemez bir niteliğe sahiptir. Bir blokzincirde kayıtlı dijital veya fiziksel varlıkların kriptografik olarak imzalanmış kopyaları olarak tanımlanabilecek NFT'ler bölünemeyen bir yapıda oluşturulurlar. Bir kıymetli evrakın bölünememesi gibi misli olmayan jetonlar küçük parçalara ayrılamazlar. Bu özellik NFT'ye eşsiz olma özelliğinin bir parçası olarak ortaya çıkmıştır, dolayısıyla kendi içinde alt birimlere ayrılamayacaktır¹⁹.

NFT'nin bir diğer özelliği ise onların programlanabilir olmasıdır. Dijital varlık yapısı içerisinde kodlarla oluşturulan, blokzincir teknolojisine sahip özellikleri olan ve sanal dünyada yeniliklere uyumlu ve geliştirilebilir olan NFT belirli programlar kullanılarak oluşturulur²⁰. Örneğin: CryptoKitties NFT'si, doğrudan jeton içeriklerine kodlanmış kendi kendilerini çoğaltma özelliğine sahip olan yeni NFT üretme mekanizması bulunan işlevselliği bulunur²¹.

¹² Veri ve makine zekâsının estetik biçimde birleştirilmesi ile oluşturulan medya sanatının popüler isimlerinden birisi de Refik Anadol'dur. Mekâna özgü yapay zekâ veri heykellerinin oluşturulması, canlı, ses/görüntü ve performansların oluşturulmasında NFT'lerden yararlandığı bu dijital eserler pek çok sanatçıya ilham kaynağı olmakla birlikte eser ve maddi varlık kavramlarının yeniden üzerinde düşünülmesine kapı aralamaktadır. <https://nft.refikanadol.com/>

¹³ Official Journal of the European Union, L136/1, 22.05.2019. https://eur-lex.europa.eu.translate.google.com/eli/dir/2019/770/oj?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=tr&_x_tr_hl=tr&_x_tr_pto=tc, (Erişim: 29.08.2024). Dijital İçerik Direktifi, dijital içerik veya dijital hizmetlerin sağlanması için sağlayıcılar ve tüketiciler arasındaki sözleşmelere ilişkin belirli gereklilikler hakkında ortak kurallar koyarak, yüksek düzeyde tüketici koruması sağlamayı ve iç pazarın düzgün işleyişine katkıda bulunmayı amaçlamaktadır (m. 1). Dijital içerik ve hizmetler, Avrupa Birliği'nde kapsamlı bir şekilde ilk kez Dijital İçerik Direktifi'yle düzenlenmiştir.

¹⁴ ATEŞ, Mustafa: Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.124. HERIAN/DI BERNARDINO/PENEDO/ELLUL/FERREIA/VON GOLBECK/SIADAT/SIEDLER, s.112; YÜCEDAĞ, s. 57; ARDAVANIS, s.1079. AKÇAAL, NFT, s.378; TEVETOĞLU, s. 73; ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınevi, İzmir 2020, s.9; ŞENKARDEŞ, s.202; AREF/FABIAN/WEBER, s.385; ÖKDEM, s. 19. GAZİOĞLU, Abdulcelil, and Ahmet ÖZEN: "NFT'nin gelişimi ve vergilendirilmesi üzerine genel değerlendirme." İzmir Sosyal Bilimler Dergisi 4.1 (2022): 23-33, 24.

¹⁵ ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, s.1125; YERTÜM, s.557.

¹⁶ LASER, Christa J: "Legal Issues in Blockchain, Cryptocurrency, and Non-Fungible Tokens (NFTs)." Neb. L. Rev. 102 (2023): 761. ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar ve Zehra ÖZKAN ÜNER: "NFTs and copyright: challenges and opportunities." Journal Of Intellectual Property Law and Practice 16.10 (2021): 1115-1126, 1116. CHIU, Hse-Yu and Jason ALLEN: "Exploring the assetisation and financialisation of non-fungible tokens (NFTs): Opportunities and regulatory implications." Banking and Finance Law Review 37.3 (2022): 401-438, 402. KUMAR, Manish, and Apoorva THAKUR: "NFTs, Blockchain and Cryptocurrency: Legal Scenario Across the Globe." Comparative Law: Unraveling Global Legal Systems. Singapore: Springer Nature Singapore, 2024. 73-86, 75.

¹⁷ <https://itif.org/publications/2023/04/24/nfts-us-policies-and-priorities-in-2023/>, (Erişim: 29.08.2024).

¹⁸ <https://trends.google.com.tr/trends/explore?q=nft&date=now%201-d&hl=tr>, (Erişim: 08.09.2024). ÇAĞLAYAN AKSOY/ÖZKAN ÜNER, s.1125; YERTÜM, s.557. ERC721 standardı ile üretilen her dijital varlık kendi kodu ve adresi ile benzersiz biçimde bağlandığı ve oluşturulduğu için ERC20 ve ERC1155 standardından ayrılan benzersiz bir tekil yapı söz konusudur. Bunlar NFT oluşturulmasında kullanılan token standartlarıdır. HERIAN/DI BERNARDINO/PENEDO/ELLUL/FERREIA/VON GOLBECK/SIADAT/SIEDLER, s.112; YÜCEDAĞ, s. 57; ARDAVANIS, s.1079. WANG, Q/LI, R/WANG, Q/CHEN, S: "Non-Fungible Token (NFT): Overview, Evaluation, Opportunities and Challenges. ArXiv". <https://arxiv.org/abs/2105.07447>, (Erişim: 17.08.2024).

¹⁹ "NFT bağlantılı varlıklarının %45'inin kalıcı olmayan merkezi depolamalarda bulunduğu dair veriler bulunmaktadır, hatta bu oranlar bazı araştırmalarda daha da fazla hesaplanmıştır. Dolayısıyla NFT bağlantılı varlıklarının neredeyse yarısının merkezi bağlantının ulaşılması veya çürütmesi sonucunda görüntülenemez olması gerçeği bulunmaktadır. Örneğin, popüler "CryptoKitties" NFT'lerinin resim şeklindeki bağlantılı varlıkları bir "https" adresinde tutulmaktadır" How Many Nfts Are Actually On The Blockchain? <https://www.rightclicksave.com/article/how-many-nfts-are-actually-on-the-blockchain>, (Erişim: 04.09.2024). AREF/FABIAN/WEBER, s.1350; FİLORİNALI, s.82. <https://api.cryptokitties.co/kitties/1795832>, (Erişim: 04.09.2024).

²⁰ GUADAMUZ, Andres: "The Treachery Of Images: Non-Fungible Tokens and Copyright", Journal of Intellectual Property Law & Practice, 16(1), 2021, s.1367-1375, s.1370; ŞENKARDEŞ, s.35.

²¹ "ERC721 programlaması ile yüksek ekonomik bir değeri bulunan ve tekil bir NFT küçük parçalara bölünerek pek çok kişi tarafından alınabilir ancak fraksiyonlara ayrılmış NFT yapısına sahip olan NFT'ler bu şekilde işleme tabidir. NFT'nin aslı bir kasa

III. EŞYA HUKUKU İÇERİSİNDE NFT KAVRAMININ YERİ

Eşya Hukuku, kişilerin eşya üzerindeki hâkimiyetini, konusunu, biçimini ve bu hak ile durumları dolayısıyla birbirleri ile olan ilişkilerini konu almaktadır²². Kişilerin eşyalar üzerindeki hâkimiyetini aynı hakkın konusu oluşturmaktadır. Aynı hak kavramını açıklayabilmek için doktrinde yer alan görüşlere kısaca değinmek gereklidir. Klasik görüşe göre aynı hak, eşya ile hak sahibini doğrudan birbirine bağlayan niteliktedir²³. Eşya ile hak sahibi arasında kurulan bu bağ, bu ilişkinin hukuki işlemlere konu olması bakımından üçüncü bir kişinin aracılığına gerek bulunmamaktadır. Personalist görüş ise aynı hak kavramını, eşyanın üzerindeki hâkimiyetin herkese karşı ileri sürülebilmesi hakkı olarak açıklamakta ve aynı hak sahibi olan kişiyi aktif bir süje yerine koymaktadır²⁴. Aynı hak sahibine karşı diğer kişiler olumsuz bir borç altına girmiş kabul edilirler ve onun aynı hakkını ihlal etmemekle yükümlüdürler. Nitekim bu görüşlerin aynı hak kavramını yeteri kadar açıklayamadıkları düşünülmeye sebebiyle üçüncü bir görüş kabul edilmiştir. Birleştirici görüş olarak da bilinen bu görüş diğer görüşleri de göz önüne alarak ortaya çıkmış ve İsviçre Hukuku ile Türk Hukukunda hâkim görüş olarak kabul edilmiştir²⁵. Birleştirici görüşe göre aynı hak, “kişilere eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet hakkı sağlamaktadır ve bunun doğal bir sonucu olarak da herkese karşı ileri sürülebilmektedir”²⁶.

Aynı hak kavramını oluşturan görüşler incelendiğinde bu hakkı oluşturan üç unsur bulunduğu kabul edilir, bunlar; eşya üzerinde kurulması, doğrudan eşyaya hâkimiyet hakkını tanınması ve mutlak hak olarak herkese karşı savunulabilir nitelikte olmasıdır²⁷. Eşyanın tanımı geniş anlamda cismani olan ve kendi başına varlığı olan, üzerinde hâkimiyet kurulabilmesi mümkün olan şeyler olarak yapılmaktadır²⁸. Bir varlığın eşya olarak nitelendirilmesi için bazı unsurlara sahip olması gereklidir. Eşya hukuku genel kabul gören ilkelerden birisi olan tipe bağlılık ilkesi²⁹ gereği eşya sayılması için bir varlığın bu unsurlara sahip olması gereklidir.

gibi kabul edilecek akıllı sözleşme koduna kilitlenmektedir. Bunun sonucunda ilgili akıllı sözleşmenin kodları, ER721 kodlarını takip eden ERC20 tokenları oluşturur” <https://insights.masterworks.com/nft/what-are-fractional-nfts-how-they-work-pros-cons/>, (Erişim: 07.09.2024).

²² AKSOY DURSUN, Sanem: Eşya Kavramı 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s.14; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/ÖZDEMİR OKTAY, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2020, s.12; SEROZAN/Rona: Eşya Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2014, s.11; GENÇCAN, Ömer: Ziyet ve Eşya Alacağı Davaları, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.119; ANTALYA, Gökhan: Eşya Hukuku Cilt II, Filiz Kitapevi, İstanbul 2017, s.16; ERTAŞ, s.6; ÖZEN, Burak: Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2008, s.7; KULAKLI, Emrah: “Ziyet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25(1), 2019, s.269-279, s.272; ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat: Eşya Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019, s.13; SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Yetkin Yayıncılık, İstanbul 2013, s.5; AKÇAAL, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.7; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.11; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s.14; KILIÇOĞLU, Ahmet: Medeni Kanun’unuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitapevi, Ankara 2014, s.254; SEROZAN, Rona: “Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu. Ayrıca: Aynı Hakkın Sona Erme Bakımından Borçlanma Sözleşmesinden Bağımsızlığı”, Prof.Dr.Tahir Çağrı’nın Anısına Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s.10. ZOBL, D/THURNHERR, C: Art. 884-887 ZGB. Die Beschränkten Dinglichen Rechte: Das Fahrnispfand, Systematischer Teil Band IV: Das Sachenrecht. 2. Abteilung: Die Beschränkten Dinglichen Rechte. 5. Teilband: Das Fahrnispfand. 1. Unterteilband: Systematischer Teil Und Art. 884-887 Z, Stämpfli Verlag 2010, s.10; MAENNER, Karl: Das Sachenrecht Nach Dem Bürgerlichen Gesetzbuche: Und Der Grundbuchordnung Für Das Deutsche Reich, De Gruyter 2020, s.7; SCHMOECKEL, Mathias: Das Sachenrecht Vor Modernen Herausforderungen, Nomos 2023, s.8; HRUBESCH-MILLAUEER, Stephanie/GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara/EGGEL, Martin: Sachenrecht, Stämpfli Verlag 2023, s.9.

²³ ZOBL/THURNHERR, N.51; MAENNER, s.12; SCHMOECKEL, s.11; HRUBESCH-MILLAUEER/GRAHAM-SIEGENTHALER/EGGEL, s.14; ANTALYA/TOPUZ, s.8; SEROZAN, Eşya, s.4; AKÇAAL, s.7; TEKİNAY/AKMAN/ALTOP/BURCUOĞLU, s.6.

²⁴ ERTAŞ, s.5; SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Legem Yayıncılık, Ankara 2023, s.2-3; AKSOY DURSUN, s.5; SEROZAN, Eşya, s.6; GENÇCAN, s.7; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s.11; ANTALYA/TOPUZ, s.9; AKÇAAL, s.6; ZOBL/THURNHERR, N.51; MAENNER, s.6; SCHMOECKEL, s.14; HRUBESCH-MILLAUEER/GRAHAM-SIEGENTHALER/EGGEL, s.10.

²⁵ ANTALYA/TOPUZ, s.9; AKSOY DURSUN, s.6; SEROZAN, Eşya, s.7; GENÇCAN, s.9; AKÇAAL, s.11; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s.9; SİRMEN, s.4; ZOBL/THURNHERR, N.51; MAENNER, s.12; SCHMOECKEL, s.14.

²⁶ ANTALYA/TOPUZ, s.9; AKSOY DURSUN, s.6; SEROZAN, Eşya, s.7; GENÇCAN, s.9; AKÇAAL, s.11; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s.9; SİRMEN, s.4; ZOBL/THURNHERR, N.51; MAENNER, s.12; SCHMOECKEL, s.14.

²⁷ ZOBL/THURNHERR, N.51; MAENNER, s.12; SCHMOECKEL, s.11; HRUBESCH-MILLAUEER/GRAHAM-SIEGENTHALER/EGGEL, s.14; ANTALYA/TOPUZ, s.9; AKSOY DURSUN, s.6; SEROZAN, Eşya, s.7; GENÇCAN, s.9; AKÇAAL, s.11; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s.9; SİRMEN, s.4.

²⁸ SİRMEN, s.5; ZOBL/THURNHERR, N.51; MAENNER, s.13; HRUBESCH-MILLAUEER/GRAHAM-SIEGENTHALER/EGGEL, s.13; ESENER/GÜVEN, s.7.

²⁹ KAULBACH, Ann-Marie: "Typenzwang im BGB?." Jus: Juristische Schulung, (5), 2011, s.397-400. MEDER, Stephan/CZELK, Andrea: Grundwissen Sachenrecht. utb GmbH, 2018, s.293. RAHM, Karsten: "Das „Rechtsprädikat “in Sach-und Kollisionsrecht”, Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag: Rechtswissenschaft, 2021, s.432. ZENKER, Eckhard: "Die Einreden des § 1157 BGB und der Typenzwang im Sachenrecht", Wien 1968, s.321. WESTERMANN, Harm Peter: "Dogmatik im Sachenrecht", in in Hager, Johannes/Herresthal, Carsten/Hey, Felix/Koller, Ingo/Langenbucher, Katja/Neuner, Jörg/Petersen, Jens/Riehm, Thomas/Singer, Reinhard (ed.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag. Berlin: De Gruyter, Berlin 2017, ss.617-634, s.619. AUER, Marietta/GRIGOLEIT, Hans Christoph: Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, in Hager, Johannes/Herresthal, Carsten/Hey, Felix/Koller, Ingo/Langenbucher, Katja/Neuner, Jörg/Petersen, Jens/Riehm, Thomas/Singer, Reinhard (ed.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag. Berlin: De Gruyter, Berlin 2017, s.824. WESTERMANN, Harm Peter/DIETER, Eickmann/GURSKY, Karl-Heinz: Sachenrecht, CF Müller GmbH, Berlin 2011, s.78. BREHM, Wolfgang/BERGER, Christian: Sachenrecht, Mohr Siebeck Lehrbuch, Leipzig 2022, s.112. SCHREIBER, Klaus: Die Grundprinzipien des Sachenrechts, JURA - Juristische Ausbildung, 32(4), 2010, ss.272-275, s.273.

Cismani olması, sınırlandırılabilir nitelikte olması, üzerinde fiili ve hukuki manada hâkimiyet kurulabilmesi ve kişilik dışı olması bir şeyin eşya olarak nitelendirilmesini sağlamaktadır³⁰.

Hukuk düzensinin eşya kavramı ile fiziki eşya kavramı her zaman birbirine uygun olmamaktadır. İsviçre-Türk Medeni Kanunlarının kabul ettikleri hukuki anlamda eşya kavramının belirlenmesi gereklidir. Bu anlamda öncelikle insan vücudu bugünkü hukuk düzeni içerisinde aynı hak konusu olamaz, eşya kavramına dahil edilemez³¹. İnsanın kendi vücudu üzerindeki hakkı yalnızca kişilik hakkı olacaktır. Eşyanın doktrindeki yaygın tanımı şu şekilde yapılabilir; hukuki anlamda eşya, sınırlandırılabilir nitelikte olup üzerinde bireysel hakimiyet kurulabilen, ekonomik bir değer taşıyan, kişi ve hayvanlar dışındaki cismani varlıklardır³². Bununla birlikte fiziki bir formu olmayan bazı varlıkların da istisnai olarak eşya kavramı içerisinde değerlendirilmiştir. Örneğin: doğal güçler, intifa ve rehin hakkı, fikri haklar eşya olarak kabul edilmektedir³³. Dijital varlıklar ise fiziki bir forma sahip olmamalarından ötürü eşya olarak değerlendirilmemektedir. Konunun NFT bakımından değerlendirilmesi ise doktrinde tartışmalı bir nitelik taşımaktadır³⁴. Öncelikle eşyanın cismani olmasının geniş ve dar yorumlanması bakımından konunun ele alınması gereklidir. Bir varlığın fiziki dünyaya özgü olması ve boşlukta yer kaplayan bir kütlelerinin olması dar anlamda cismani olmanın tanımıdır. Bu durumda NFT gibi dijital varlıkların bir fiziki formu olmayacağı ve eşya kapsamına alınmayacağı ileri sürülmektedir³⁵. Buna karşın dijital veri kodları uzay-zaman ölçeğinde elektron ve bit formunda yer alması sebebiyle bir yer kaplamakta ve cismani olma niteliğini göstermektedirler³⁶. Eşyanın tanımlanmasına dair geniş yorum yapılır ise bu durumda cismani olmanın kavramsal içeriği bakımından objektif amaca ilişkin yorum yapılmaktadır bu durumda ise eşyanın ekonomik ve teknolojik işlem hayatındaki yeri ve tümevarımcı bir yaklaşımla hareket söz konusudur³⁷. Teorik anlamda eşya eğer “var olma ile bağlantılandırılabilir” olması halinde cismani unsuru taşır denilmektedir. Bu halde cismanileştirilebilen şeyler de eşya kategorisinde kabul edilebilmektedir³⁸.

Gelişen teknolojiye uyum sağlanabilmesi bakımından Avusturya Medeni Kanunu § 285 (ABGB) içerisinde “kişiden ayrı olan ve insanların kullanımına hizmet eden her şey hukuki anlamda eşyadır” düzenlemesi yapılmıştır³⁹. Eşyanın cismani olma özelliği üzerinde durulmamış ve maddi olmayan eşya

³⁰ ZOBL/THURNHERR, N.51; MAENNER, s. 12; SCHMOECKEL, s.11; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/EGGEL, s. 14; ANTALYA/TOPUZ, s.5; AKSOY DURSUN, s.6; SEROZAN, Eşya, s. 7; GENÇCAN, s. 9; AKÇAAL, s.11; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s.9; SİRMEN, s.4.

³¹ İnsan vücudunun bir parçasının o vücuttan ayrılmasından sonra eşya kavramına girdikleri ve prensip olarak ayrıldıkları kişinin mülkiyetine tabi olacağı kaul edilmektedir. Bununla birlikte 20.05.1979 tarih ve 2288 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanunun 3. Maddesi insan organları ve dokularının bedeli karşılığında satılmasını, transfer edilmesini yasaklamıştır. Nakil amaçlı organ veya doku parçalarının alınması halinde bunların eşya olarak değil kişilik hakkının bir parçası olması dolayısıyla kişilik hukuku kurallarının uygulanacağı kabul edilmiştir. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.8; AKSOY DURSUN, s.4; ANTALYA, Gökhan: Eşya Hukuku C.I, Filiz Yayıncılık, İstanbul 2017, s.5; OĞUZMAN/ÖZER/ÖZDEMİR OKTAY: s.2; AKÇAAL, s.3; SİRMEN, s.3; OĞUZMAN, Kemal/ÖZER, Seliçi/Saibe OKTAY ÖZDEMİR: Kişiler Hukuku, Filiz Yayıncılık, İstanbul 2024, s.12; HATEMİ, Hüseyin: Kişiler Hukuku, İstanbul 2018, s.8; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku C.II, Kişiler Hukuku, Filiz Yayıncılık, İstanbul 2018, s.9; HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, Filiz Yayıncılık, İstanbul 2012, s.5.

³² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.8; AKSOY DURSUN, s.4; ANTALYA, s.5; OĞUZMAN/ÖZER/ÖZDEMİR OKTAY: s.2; AKÇAAL, s.3; SİRMEN, s.3; ZOBL/THURNHERR, N.51; MAENNER, s. 12; SCHMOECKEL, s.11; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/EGGEL, s. 14; ANTALYA/TOPUZ, s.5; AKSOY DURSUN, s.6; SEROZAN, Eşya, s. 7; GENÇCAN, s. 9; AKÇAAL, s.11.

³³ 5846 sayılı FSEK içerisinde düzenlenen marka, tasarım, coğrafi işaret, patent gibi kavramlar gayrimaddi eşya olarak sınıflandırılmaktadır ve 6769 sayılı SMK ile koruma altına alınmıştır. Bunlar eşya hukukunun dışında bırakılmıştır.

³⁴ Hâkim görüşü gereği eşyanın maddi olması yani fiziki bir forma sahip olması gereklidir. ERTAŞ, s.5; SEROZAN, s.18; KILIÇOĞLU, Yenilik, s.8; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s. 10; KULAKLI, s.272; ANTALYA, Gökhan: Eşya Hukuku Cilt I, Filiz Yayıncılık, İstanbul 2017, s.15; ESENER/GÜVEN, s. 8; SİRMEN, s.3; AKSOY DURSUN, s.6; TEKİNAY/AKMAN/ALTOP/ BURCUOĞLU, s.8; SEROZAN, Eşya, s.7; ÖZEN, s.19. SİRMEN, s. 6; AKÇAAL, s. 9; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s.11.

³⁵ Akçaal, “NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Satışlarının Miras Yoluyla Geçmesi,” 377; Akçaal, Eşya Hukuku, 5; Aksoy Dursun, Eşya Kavramı 1, 114; Aref, Fabian, and Weber, “Digitale Originale Dank NFTs?- Rechtliche Analyse Einer (Angeblichen) Revolution,” 2021, 390; Antalya, Eşya Hukuku C.I, 64; Sirmen, Eşya Hukuku, 6. TEKELİOĞLU, Numan: “Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek:NFT’lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme”, Selcuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30, 2022, s.1301-1321, s.1325.

³⁶ BAYZAN, YE: “Hukuki Açısından Kripto Varlıklar”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2022, s.52; ÖKDEM, s. 88. <https://www.sciencealert.com/how-much-data-does-it-take-to-make-your-iphone-heavier>, (Erişim: 19.08.2024); ayrıca bkz. https://www.nytimes.com/2011/10/25/science/25qna.html?_r=0, (Erişim: 19.08.2024).

³⁷ SEROZAN, Eşya, s. 65; MAGNANI,T/DANIELI, B: “Non-Fungible Token (NFT) Purchase and License Agreement”, 2023, www.arnoldporter.com/en/perspectives/publications/2023/01/nft-purchase-and-license-agreement, (Erişim:19.08.2024); ŞENKARDEŞ, s. 87; BİLGİLİ ve CENGİL, s. 170; ÖKDEM, s. 88.

³⁸ “AdventySystems Limited v. Unisys Corporation” kararı incelendiğinde burada mahkeme fikri varlıkların fiziki metaryellere yüklenmesi veya kaydedilmesi halinde bir eşya niteliği kazanmış olacağına hükmetmiştir. Buradan yola çıkılarak NFT’lerin kod varlığına sahip olması ve barındırdığı cüzdan adreslerinin yanında farklılaştırılmış akıllı sözleşme adresi ile token kimliğine ve NFT’ye eklenen bir varlığa sahip olması bakımından cismani olma unsurunu sağladığı kabul edilebilir. AdventSystems Limited v. Unisys Corporation US Court of Appeals, 3rd Circuit 925 F.2d 1991, <https://casetext.com/case/advent-systems-ltd-v-unisys-corp>, (Erişim: 23.08.2024).

³⁹ KÖGLER, Gabriel: “Non Fungible Tokens und Sachenrecht.” Juristische Blätter 143(11), 2021, s.685-699, s.686. WIESER, Bernd: “Zur Zustimmungspflicht des steiermärkischen Landtags zur Veräußerung von Landesvermögen”, Journal für Rechtspolitik, 25(1), 2017, s.55-57, s.56. FRIEDMANN, Hermann: Die unkörperliche Sache: Zur Systematik Privatrechts, Kessinger Publishing, Berlin 1900, s.78. HONSELL, Heinrich: “Sachenrecht.” Römisches Recht, Springer, Heidelberg 2010, s.49-80, s.50.

(*unkörperlichen Sachen*) mülkiyet hakkının konusu olabileceği düzenlenmiştir⁴⁰. NFT ve dijital varlıklar bakımından eşyanın cismani olma unsurunun geniş yorumlanması ya da cismani olma özelliğinin bir eşyanın var olması için aranmaması durumunda mülkiyete konu olabilmesi söz konusu olur. Nitekim cismani olma özelliği ile bağlantılı olan bir varlığı diğerinden ayırmayı sağlamaktadır⁴¹ ve NFT benzersiz bir yapıya sahip olması, değiştirilememesi, aynı şekilde yeniden üretilmemesi diğer varlıklardan belirgin bir ayırım yapılabilmesini sağlamaktadır.

Eşyanın bir diğer özelliği sınırlandırılabilirliktir⁴². Sınırlandırılabilir olma özelliğinin bağlantısını fiziksel form oluşturma ve ekonomik değerinin bulunma oluşturur. Bir fiziki forma sahip bir varlığın doğal ya da yapay yollar ile sınırlandırılabilmesi mümkün olmalıdır eşya olarak kabul edilebilmesi için.

Eşya hukuku içerisinde eşyanın kişi ve kişilik dışı olması unsuru bulunmaktadır⁴³. Kişilik hakkının ve kişinin korunmasına dair ayrı düzenlemeler mevcuttur ve eşya niteliği itibarıyla kişi dışı olmalıdır. NFT, bu özellik bakımından kişilik dışıdır dolayısıyla eşya olarak kabul edilebilmesi mümkündür.

Eşyanın hukuki değerinin bulunması da doktrinde eşya olmanın bir unsuru olarak kabul edilmektedir⁴⁴. Eşyanın işlevsel özelliklerinden birisi olan ekonomik değerinin bulunması bakımından NFT gibi dijital varlıkların bu özelliği bulundurduğu değerlendirilmelidir⁴⁵. Kripto varlıkların ve blokzincir uygulamasının sonucunda finans alanında kullanılan yatırım aracı olan ya da ekonomik değeri bulunan ve bir ödeme aracı olarak kullanılan varlıklar içerisinde NFT'lerin de bu şartı sağlamış olduğu kabul edilir. Çünkü NFT'ler eşsiz ve değiştirilemez yapıları sebebiyle hem bir eser hem de ekonomik varlık olarak değer görmektedir.

Eşyanın özelliklerinden bir diğeri ise üzerinde fiili ve hukuki hâkimiyet kurulabilir olmasıdır⁴⁶. Fiili hâkimiyet kurulmasından bir insan iradesine tabi olabilmesi anlaşılmalıdır. Hukuki hâkimiyet ise hukuk düzeninin eşya üzerinde hâkimiyet kurulmasına olanak tanıdığı, izin verdiği anlamındadır⁴⁷. Hukuki hâkimiyetin kurulabilir olması için öncelikle fiili hâkimiyetin kurulması gereklidir⁴⁸. NFT üzerinde de fiili ve hukuki hâkimiyet kurulabilmesi "açık anahtar" ile mümkündür. Şifreleme yoluyla gizli anahtarların oluşturulması ve özel cüzdan adresleri ile NFT üzerinde hâkimiyet kurulması mümkündür bu durumda eşya olma niteliği gösterdiği kabul edilmektedir⁴⁹.

NFT'nin mülkiyet hukuku içerisindeki sınıflandırması günümüzde tartışmalı durumdadır ancak ne olmadığı üzerinde yaygın görüşler bulunmaktadır. Bunlardan ilki eşyanın cismani olması sebebiyle NFT'lerin eşya olarak kabul edilemeyeceğidir. Kanaatimizce bir varlığın, kendine özgü bir cismaniliğe sahip olması ve fiziksel olarak etkilenebilmesi cismanilik özelliği kapsamında kabul edilmesini gerektirir. Blokzincir üzerinde depolanan NFT'ler kabul edilen cismanilik kavramına uygun düşmemektedir. Oysa herhangi bir cismani özelliği olmayan bağımsız ve sürekli hakların, doğal güçlerin ve elektronik menkul kıymetlerin⁵⁰ mülkiyet konusu olarak kabulü mümkün görülmüştür. NFT'lerin yalnızca cismanilik unsuru bakımından mülkiyet konusu olmayacağı fikri kanaatimizce doğru değildir. Çünkü hem İsviçre Hukukunda yaşanan tartışmalar hem de günümüzde bazı ülkelerde dijital varlıklar üzerindeki mülkiyet anlayışına ilişkin

⁴⁰ PFLÜGER, Heinrich Hackfeld: "Über körperliche und unkörperliche Sachen", Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 65(1), 1947, ss.339-343, s.340. HONSELL, s.45. GIGLIO, Francesco: "IV. Coherence and Corporeality: On Gaius II, 12-14." Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung, 130(1), 2013, ss.127-163, s.128. VÖLKE, Oliver: "Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen", BankArchiv, 65(6), 2017, ss.385-389, s.386.

⁴¹ SEROZAN, Eşya, s.72.

⁴² ANTALYA/TOPUZ, s.10; AKSOY DURSUN, s.115; ERTAŞ, s.7; AKÇAAL, s.11; TEKİNAY/AKMAN/ALTOP/BURCUOĞLU, s.8; ESENER/GÜVEN, s.7; SİRMEN, s.7; ZOBL/THURNHERR, N.51; MAENNER, s.9; SCHMOECKEL, s.4; HRUBESCH-MILLAUEER/GRAHAM-SIEGENTHALER/EGGEL, s.6.

⁴³ TEKİNAY/AKMAN/ALTOP/ BURCUOĞLU, s.14; ANTALYA/TOPUZ, s.8; SEROZAN, Eşya, s.16; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s.11; AKÇAAL, s.16; HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s.8.

⁴⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s.8; ANTALYA/TOPUZ, s. 8; AKSOY DURSUN, s.30. ÖKDEM, s.87.

⁴⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s. 8; ANTALYA/TOPUZ, s.9; S ERGÜNE, Serkan: Taşınır Mülkiyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.12; İMAMOĞLU, Deniz Alp: Kripto Para Birimleri ve Türk Hukukunda Düzenlenmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.21; ÖZKUL/BAŞ, s.65; CANLI AKBAŞ, s. 6.

⁴⁶ TEKİNAY/AKMAN/ALTOP/ BURCUOĞLU, s.6; AKÇAAL, s.6; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s.11; SİRMEN, s.8; ANTALYA/TOPUZ, s.9; ESENER/GÜVEN, s.9; ZOBL/THURNHERR, N.51; MAENNER, s.23; HRUBESCH-MILLAUEER/GRAHAM-SIEGENTHALER/EGGEL, s.13; SCHMOECKEL, s.15.

⁴⁷ TEKİNAY/AKMAN/ALTOP/ BURCUOĞLU, s.6; AKÇAAL, s.6; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s.11; SİRMEN, s.8; ANTALYA/TOPUZ, s.9; ESENER/GÜVEN, s.9; ZOBL/THURNHERR, N.51; MAENNER, s.23; HRUBESCH-MILLAUEER/GRAHAM-SIEGENTHALER/EGGEL, s.13; SCHMOECKEL, s.15. NFT'ler Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından çıkarılan 16 Nisan 2021 Tarih ve 31456 sayılı Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmasına Dair Yönetmelik. Gereğince yasal bir zeminde üzerinde hâkimiyet kurulabilmesi mümkün kılınmıştır. Nitekim resmi para gibi kullanımı yasaklanmaktadır bu durumda ekonomik bir engel ortaya konulmuştur.

⁴⁸ TEKİNAY/AKMAN/ALTOP/ BURCUOĞLU, s.6; AKÇAAL, s.6; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s.11; SİRMEN, s.8; ANTALYA/TOPUZ, s.9; ESENER/GÜVEN, s.9; ZOBL/THURNHERR, N.51; MAENNER, s.23; HRUBESCH-MILLAUEER/GRAHAM-SIEGENTHALER/EGGEL, s.13; SCHMOECKEL, s.15.

⁴⁹ Gizli anahtarları ile ilgili adreslere bağımlı NFT'lere sahip olan kişilerin bunların kullanma ve kontrol etme imkânını sağlamaktadır. FİLORİNALI, s.105; BODO/GIANNOPOULOU/ QUINTAINS/MEZEI, s.268; ARDAVANIS, s.1075; HERIAN/DI BERNARDINO/PENEDO/ELLUL/FERREIRA/VON GOLBECK/SIADAT/SIEDLER, s. 221; ÖKDEM, s.86; FRYE, s.114; ŞENKARDEŞ, s.52; YERTÜM, s.558.

⁵⁰ SPK'nın "Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi" başlıklı 13. maddesine göre sermaye piyasası araçları elektronik ortamda muhafaza edilirler. Dolayısıyla menkul kıymetlerin senetten bağımsız olarak bir değer ifade ettiği ve senetten bağımsız, elektronik belgelere dayalı bir sistem benimsenmiştir. MEMİŞ/TURAN, s.61.

gerçekleşen gelişmeler cismani bir varlığı olmayan doğal güçler, bağımsız ve sürekli hakların eşya olmadığını ancak eşya ile eşit bir hukuk statüsüne getirildiğini ortaya koymaktadır.⁵¹ Nitekim bu durum NFT için de gelecek yıllarda yasal düzenlemeler üzerinde bir zemin yaratılması ile mümkün olabilir. NFT'lerin geleceği ve hukuki sınıflandırılması ile ilgili kanaat oluşturulması Alman Hukuk sisteminin ve Amerikan Hukuk sisteminin incelenmesini gerekli kılmaktadır. Çok yeni bir alan olan bu sınıflandırma tartışmaları bakımından ilk yasal çalışmaların ve hukuki uyumsuzlukların bu hukuk sistemleri içindeki düzenlemeleri incelenmelidir. Bu alandaki gelişmeler değerlendirildiğinde ekonomik işlevi ve toplum içerisinde hukuki işlemlere konu olabilmesi açısından NFT'ler eşya statüsü niteliği öne çıkmaktadır.

Alman Medeni Kanunu m.90 konunun kapamını fiziksel nesneler eşya hukukunun konusunu oluşturur denilmiştir. TMK m.704 taşınmaz mülkiyetinin konusunu TMK m.762 ise taşınır mülkiyetinin konusunu düzenlemiştir. Kanunlarda eşyanın açık bir tanımı bulunmamaktadır. Dolayısıyla eşyanın işlevi, içtihatlarda yer alan değerlendirmeler doğrultusunda açıklanabilir. NFT'lerin mülkiyet hukuku bakımından eşya sayılmamasına karşın mülkiyet hukuku içerisindeki koruma imkanlarından yararlanabilmesi mümkündür. NFT kanaatimizce üzerinde hakimiyet kurulabilen, sınırlandırılabilen, ekonomik değer taşıyan uzay ve zamanda kütlesi olan insan ve hayvan dışı bir dijital varlıktır. NFT'nin klasik anlamdaki eşyanın konusunu oluşturmayacağı ancak mülkiyet hukuku kurallarının bu dijital varlığa uygulanabileceğini kabul etmek gerekir.⁵² Alman Medeni Kanunu (BGB) § 433 incelendiğinde satışa konu şeylere dair düzenleme yapıldığını görmekteyiz ve NFT'lerin bu düzenleme içerisindeki diğer varlıklar kapsamına alınabileceği görülmektedir. TBK m.209 taşınır satışını düzenlemiştir. NFT'lerin satışa konu olması bugün mümkündür bu halde taşınır satış kapsamında değerlendirilmektedir. NFT'ler dijital varlık olarak nitelendirildikleri için yer aldıkları sözleşmeler daha çok akıllı sözleşmelerdir. Alman Medeni Kanunu § 327, dijital ürün sözleşmelerini düzenlemiştir ve hukuk düzeni NFT'leri bu kategoride değerlendirebilmektedir. Dijital İçerik Direktifi kapsamında da NFT'lerin satın alınmasına ilişkin ve sözleşmelere konu edilmesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Kanaatimizce hukuk düzeni dijital gelişmeler karşısında kavramlar arasında benzerliği en makul olanlar arasında bir ilişki kurabilmelidir. Akıllı sözleşme konusu olabilen NFT'ler ekonomik bir değer olarak taraflar arası hukuki işlemlere konu olmaktadır bunlar üzerinde birer hak iddia edilmesi ve eşya statüsündeki bir dijital varlık olarak değerlendirilmesi mümkündür. Kişilerin bu NFT'lere dijital dünyada kazanmaları, devretmeleri, kullanmaları esasen mülkiyet hakkının sağladığı yetkiler ile benzerlik göstermektedir. Dijital varlıkların eşya benzeri bir hukuk statüsünün tanınması halinde kabul edilmesi gereken bir gerçek şudur ki tarafların NFT üzerinde bir hukukten korunmaya değer menfaati bulunacaktır. Bu menfaati korumak adına hukuki yollara başvurulacaktır. Diğer bir yandan NFT üzerinde kurulan hakimiyet meşru bir zemine oturmuş olacağından tarafları bu hakimiyetten doğan hak ve yetkileri kullanırken herkese karşı ileri sürebileceği bir statüsü olacaktır.⁵³

IV. NFT'NİN KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAKIMINDAN NİTELİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

NFT'nin oluşturulması kodların blokzincir içinde kaydedilmesi (*mint edilmesi*) ve sürecin tamamlanması şeklinde oluşur. Mint etmek, bir dijital ya da fiziki öğeyi blokzincir içerisinde herkesin erişebileceği bir jetona dönüştürülmesi işlemidir.⁵⁴ Jetona dönüştürme işlemi ERC-721 standardı NFT'leri destekleyen temel bir akıllı sözleşmeye işlem yapılması kaynağına dayanmaktadır. İşlem sürecinde blokzincir sözleşme adresi ve birlikte küresel olarak eşsiz bir jeton kimliği (ID) oluşturulur ve hem bağlantılı hem de bağımsız nitelikte NFT'lerin oluşumu gerçekleşir.

NFT'nin yapısına ilişkin olarak Avrupa Birliği mevzuatı içerisinde 24 Eylül 2020 tarihinde yayınlanan kripto varlıklar hakkında genel ve geniş kapsamlı bir yasal düzenleme yapılmıştır. “Kripto Varlık Piyasaları Tüzüğü (*Markets in Crypto-Assets Regulation/MiCA*)”, NFT'leri değil çatı kavram olan kripto varlıklara ilişkin düzenlemeleri yapmıştır.⁵⁵ Tüzük m.3 ile “kripto varlık, dağıtılmış defter teknolojisi ya da

⁵¹ VON DER CRONE, Hans Caspar/KESSLER, Franz J./ANGSTMANN, Luca: “Token in der Blockchain – privatrechtliche Aspekte der Distributed Ledger Technologie”, Schweizerische Juristen Zeitung, 114/2018, s. 339. ; SCHMID, Alain/SCHMIDT, Kirsten Johanna/ZECH, Herbert, “Rechte an Daten – zum Stand der Diskussion”, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, s. 629. THOUVENIN, Florent/FRÜH, Alfred/LOMBARD, Alexandre, “Eigentum an Sachdaten: Eine Standortbestimmung”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Schulthess Juristische Medien AG, 2017, s. 26.

⁵² SEILER, Benedikt/SEILER, Daniel: “Sind Kryptowährungen wie Bitcoin (BTC), Ethereum (ETH) und Ripple (XRP) als Sachen im Sinne des ZGB zu behandeln?”, Sui Generis-Die juristische Open Access Zeitschrift, 2018, s. 158. ECKERT, Martin, “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache”, Schweizerische Juristen-Zeitung, 112/2016, s. 247; GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara/FURRER Andreas, “The Position of Blockchain Technology and Bitcoin in Swiss Law”, Jusletter, vom 8. Mai 2017, s. 17 vd.

⁵³ OMLOR, Sebastian, “Digitales Eigentum an Blockchain-Token – rechtsvergleichende

Entwicklungslinien”, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, Deutscher Fachverlag GmbH, 2020, s. 47. FAIRFIELD, Joshua, “Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property”, Indiana Law Journal, Vol. 97, Issue 1, 2021, s. 58.

⁵⁴ ŞENKARDEŞ, s.105; PREVOST, s.76; RAJASEKARAN/AZEES/AL-TURJMAN, s.1020; FİLORİNALI, s.20.

⁵⁵ 2018'de, AB Üye Devletleri ile üyeler arasında olmayan Norveç'in ve Lihtenştayn'ın da dâhil olduğu bir iş birliği gerçekleşmiş ve “Avrupa Blokzinciri Ortaklığı (European Blockchain Partnership/EBP)” kurulmuştur. Bu iş birliğinin devamında, “Avrupa Blokzinciri Hizmetleri Altyapısı (European Blockchain Services Infrastructure-EBS)” oluşturularak, blokzincirinin önündeki yasal belirsizliklerden doğan teknik gelişim sorunlarının aşılmasına çalışılmaktadır. Bkz. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/blockchain-partnership>, (Erişim: 03.09.2024); <https://bctr.org/avrupa-birligi-blockchain-hizmet-aginin-altyapisini-hazirlaniyor-10340/>, (Erişim: 03.09.2024); <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission->

benzer teknoloji kullanılarak elektronik şekilde aktarılabilen ve saklanabilen değer veya hakların dijital temsildir”⁵⁶. Bu Tüzük, NFT’ler konusunda özel bir düzenleme yapmamıştır. Kripto varlıklar üzerine düzenleme yapmış olan Tüzük gayri misli nitelikteki dijital varlıklar bakımından uygulama alanı bulmayacaktır⁵⁷. Alman Hukuku içerisinde düzenlenen “Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu (eWpG)” doğrudan NFT’lere ilişkin bir düzenleme içermemesine karşı merkezi olarak kayıtlı kıymetler (*Zentralregisterwertpapiere*) ile kripto menkul kıymetler (*Kryptowertpapiere*) şeklinde olan elektronik menkul kıymet sınıfını düzenlemiştir⁵⁸. NFT’nin, orijinal yapısı nedeniyle bir sanal mal olarak tasarlanması yani herhangi bir eşyanın ya da dijital değerın tek temsili olarak kullanılması halinde, eWpG’ye göre yatırım amacı olmaz. Dolayısıyla kripto menkul kıymet olarak nitelendirilemeyecektir⁵⁹. Alman Bankacılık Yasası’ndaki (*Kreditwesengesetz/ KWG*) finansal araç kavramının kripto varlıkları içerecek şekilde 1 Ocak 2020’de genişletilmesi sonrasında ise NFT’lerin de bu kavrama dâhil edilebilme ihtimali oluşmuştur⁶⁰. Alman Hukuku içerisinde eWpG m. 2/3 hükmü içinde “elektronik kıymetli evrakin eşya (*sache*) sayılacağı” hüküm altına almıştır⁶¹. Bu düzenleme gereğince menkul kıymet niteliğine sahip NFT, eşya niteliğinde kabul edilir buna karşı menkul kıymet niteliği olmayan ve kanun kapsamına alınamayan NFT’ler Alman Hukuku içerisinde eşya niteliğinde sayılmamaktadır. NFT’lerin hukuki niteliği bağlamında Alman hukukunda menkul kıymet niteliği olabilen genellikle ERC20 standardındaki F-NFT’lerin eşya olması ancak ERC721 veya ERC1155 standardındaki NFT’lerinin eşya kabul edilememesi sonucuna varılmıştır⁶². Bu durum hem AB yasal mevzuatı hem de Alman mevzuatı içerisinde hususi bir düzenleme olmaması dolayısıyla NFT kavramının teknik gerçekliğine ve hukuk yapısına ilişkin doğan ihtiyaç karşılanmaya çalışılmıştır. Bu gelişmelerle beraber Alman Bankacılık Yasası (*Kreditwesengesetz/KWG*) üzerinde birtakım değişiklikler yapılarak finansal araç kavramının kripto varlıkları içerecek şekilde 2020 yılında genişletilmesi söz konusudur. NFT’lerin dâhil edilebilmesi bakımından bu değişiklik önemlidir. Çünkü eWpG düzenlemeleri tek başına değerlendirildiğinde orijinal ve eşsiz yapısı sebebiyle NFT’lerin finansal değerlendirmesi ve hukuk işlemlerine konu olamayacağı görülmektedir ancak kripto varlıklar hususunda yapılan düzenlemeler bakımından NFT’lerin finansal bir araç olarak kullanılabilmesinin önü açılmıştır.

İsviçre hukukunda ise yine hususi olarak NFT’leri esas alan bir yasa yer almamaktadır. Kripto varlıkların özellikle önemle takip edildiği ve bu alana yatırım yapıldığı İsviçre’de, yasal bir düzenleme ihtiyacı doğmuş ve bunun akabinde ise dağıtılmış defter teknolojilerine dair öncü düzenlemeler yapılmıştır. İsviçre Federal Konsey tarafından kripto varlıkları dâhil etme amacıyla bazı kanunlarda değişiklikler hazırlanmış ve 2021 yılında “Dağıtık Defter Yasası (*DLT Act*)” ihdas edilmiştir⁶³. İsviçre Borçlar Kanunu (*Swiss Code of Obligations/OR*), “Federal Aracılığa Tabi Menkul Kıymetler Yasası (*Federal Intermediated Securities Act*)” ile “Federal Uluslararası Özel Hukuk Yasası (*Federal Act on Private International Law*)” kapsamındaki bazı hükümlere ilişkin ilgili hükümler üzerinde dijital varlıklara dair hükümler eklenmiştir. Kıymetli evraka ilişkin eklenen hükümler de amaç, yeni bir menkul kıymet türü olarak dağıtılmış deftere dayalı kıymetli evrakların varlığını ve bunlara ilişkin uygulanacak hükümlerdir. Kıymetli evrak olarak menkul kıymetlerin blokzincirinde elektronik olarak kaydedilmesi olasılığının doğmuş ve buna ek olarak şirketlerin veya kişilerin iflas durumunda kripto tabanlı varlıkların iflas masasından ayrılmasına ilişkin “İsviçre İcra ve İflas Kanunu” (*SchKG*) m. 242a hükmü eklenmiştir⁶⁴. İsviçre Hukukunda yaşanan bu gelişmelerin NFT bakımından önemi ise şu olmuştur: bazı NFT türleri için menkul kıymet jetonu DLT çerçevesinde sayılabilecektir. İsviçre Finansal Piyasalar Denetleme Kurulu’nun (*Swiss Financial Market*

launches-european-regulatory-sandbox-blockchain, (Erişim:04.09.2024). Fintech Eylem Planı, EBA- Kripto Varlık Arzı Tavsiye Raporu, AB Kara Para Aklamayı Önleme Direktifi, Kripto Varlık Piyasaları Tüzüğü (Markets in Crypto-Assets Regulation/MiCA).

⁵⁶ Fintech Eylem Planı, EBA- Kripto Varlık Arzı Tavsiye Raporu, AB Kara Para Aklamayı Önleme Direktifi, Kripto Varlık Piyasaları Tüzüğü (Markets in Crypto-Assets Regulation/MiCA).

⁵⁷ HERIAN/DI BERNARDINO/PENEDO/ELLUL/FERREIA/VON GOLBECK/SIADAT/SIEDLER, s.94; ŞENKARDEŞ, s.68.

⁵⁸ CANLI AKBAŞ, s.119; TEVETOĞLU, s.85; RAJASEKARAN/AZEES/AL-TURJMAN, s.1020; BÜYÜKOZAN FEYZİOĞLU, s.71; FİLORİNALI, s. 18. eWpG: “Gesetz über elektronische Wertpapiere” (Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu). <https://www.gesetze-im-internet.de/ewpg/BJNR142310021.html>, (Erişim:23.08.2024).

⁵⁹ <https://www.gesetze-im-internet.de/kredw/KWG.pdf>, (Erişim: 08.08.2024). HERIAN/DI BERNARDINO/PENEDO/ELLUL/FERREIA/VON GOLBECK/SIADAT/SIEDLER, s. 27.

⁶⁰ <https://www.winhell.com/en/banking-finance-and-insurance-law/nft-non-fungible-tokens.html#legal-challenges>, (Erişim: 09.08.2024). FRYE, s.114.

⁶¹ ÖKDEM, s. 54.

⁶² CANLI AKBAŞ, s.119; TEVETOĞLU, s.85; RAJASEKARAN/AZEES/AL-TURJMAN, s.1020; BÜYÜKOZAN FEYZİOĞLU, s.71; FİLORİNALI, s. 18. HERIAN/DI BERNARDINO/PENEDO/ELLUL/FERREIA/VON GOLBECK/SIADAT/SIEDLER, s. 27.

⁶³ 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe giren Dağıtık Defter Yasası’nın (DLT Act) İngilizcesi; “Federal Act on the Adaptation of Federal Law to Developments in Distributed Electronic Register Technology”, Almancası; “Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register” şeklindedir. TIWARI, Prakhar: “Analysis of Smart Contracts, DLT and Fintech Laws in India.”, *Indian JL & Legal Rsch.*, 4(3), 2022, s.1. MAUME, Philipp/KESPER, Finn: “The EU DLT Pilot Regime for Digital Assets”, *European Company Law*, 20(6), 2023, s.118-126, s.118. ZETZSCHE, Dirk A: “DLT-based enhancement of cross-border payment efficiency—a legal and regulatory perspective”, *Law and Financial Markets Review*, 15(1-2), 2021, ss.70-115, s.72. <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases/media-releases-federal-council.msg-id-84035.html>, (Erişim: 09.09.2024).

⁶⁴ <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/switzerland>, (Erişim: 09.09.2024). <https://www.finma.ch/en/>, (Erişim: 13.09.2024).

Supervisory Authority/ FINMA) denetimine tabidir⁶⁵.

NFT konusunda en ileri gelişmeyi göstermesi bakımından incelenmesi gereken bir diğer ülke ise Lihtenştayn'dır. Lihtenştayn, Avrupa da dijital varlıkların ekonomiye ve hukuk sistemine entegre olması bakımından örnek gösterilebilir. Çünkü token tabanlı bir ekonomi benimsemiş ve blokzincir teknolojisindeki gelişmeleri kendi sistemine entegre edebilmiştir⁶⁶. "Token ve Güvenilir Teknoloji Hizmet Sağlayıcısı Kanunu" (*Token und VT-Dienstleister-Gesetz/TVTG*) düzenlenerek blokzincir teknolojisine dair gelişmeler yasal bir zeminde düzenleme altına alınmıştır⁶⁷. 2020 yılından günümüze TVTG ile dijital varlıkların tümü üzerinde genel ve kapsamlı bir düzenleme yapılarak hakların tokenize edilmesi hususunda etkili hükümler geliştirilmiştir. Kripto varlık ve diğer dijital varlıkların spesifik tanımlanmasına gidilmeyerek genel, soyut ve üst bir kavram oluşturulmuştur böylece NFT kavramına uygulanabilecek bir yasa oluşmuştur.

TVTG, blokzincir sistemi için güvenilir teknoloji (*Vertrauenswürdige Technologien – VT*) sistemini oluşturmuştur⁶⁸. Hakların tokenize edilmesi ve devredilmesine dair medeni hukuk kuralları doğrultusunda dijital hukuki işlemleri düzenleyen bu yasa, kişilere mutlak ve nispi haklar kazanmasında, bu hakların temsilinde ve işlem güvenliğinde teknoloji tanımlamalarına (*VT-Identifikator*) yer vermiştir⁶⁹. TVTG, kapsamı içerisinde kripto varlıkların kazanılması, üzerinde hak kurulmasını, sahipliği ve dijital hakları düzenlemiş bununla birlikte hisse senetleri, değerli menkuller, gayrimenkuller, sanat eserleri, patent gibi hak ve dijital varlıkların tokenize edilebilmesi bakımından geniş bir uygulama alanı sunmuştur. Lihtenştayn'ın uyguladığı önemli bir sistem ise dijital varlıkların üzerindeki hakların devredilebilmesi için "Token Konteyner Modeli"⁷⁰ni geliştirmiştir⁷¹. Fiziki anlamda nasıl boş bir konteyner içerisinde her türlü eşyanın konulabilmesi mümkün ise dijital varlıklar bakımından da aynı sistem geçerli kılınmaya çalışılmıştır. Bu sistemde her türlü mal veya hakkın, ki bunların TVTG kapsamındaki token olması gereklidir, boş bir konteyner olarak isimlendirilen alan içerisinde hakkı temsil eden nesneler olarak aktarımı yapılabilmektedir⁷². Bu sistem ve diğer yasal düzenlemeler değerlendirildiğinde NFT'lerin henüz bir dijital varlık olarak eşya hukuku içerisinde mülkiyet hakkı kapsamında olmadığı söylenecektir nitekim NFT'lere ilişkin olarak gerçekleştirilen hukuki işlemler ve hakların korunması için mutlak hak korumasına eşdeğer özel bir koruma biçimi konusunda adımlar atıldığı kabul edilir.

NFT'nin hukuki niteliği bakımından bir başka hukuk sistemi incelendiğinde Anglo-Sakson Hukuk Sistemi içerisinde yargı kararlarının gücü düşünüldüğünde bu hukuki niteliğe dair bir açıklayıcı mahkeme kararının verilmesi daha mümkün görünmektedir. Nitekim 2019 yılında Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nde yapılan bir yargılama sonucunda Bitcoin özelinde paraların eşya niteliği taşıdığına yönelik bir karar verilmiştir⁷³. İlgili mahkeme kararı NFT'lerin hukuki niteliği ile ilgili önemli bir karardır. Benzer bir şekilde Opensea platformundaki NFT'lerin alınması konusunda yapılan bir başka yargılama sürecinde hâkimin vermiş olduğu karar, NFT'lerin eşya niteliğinde olduğu ve mülkiyete konu olabileceği şeklindedir⁷⁴. Dijital varlık olarak genel kabul gören NFT, eşya niteliğine sahip bir varlık olarak kabul edilmesi İngiliz Hukuk Sisteminde buna aynı zamanda ekonomik bir araç niteliği de yüklenmesi ile birlikte NFT'lerin "Finansal Yürütme Kurulu (*The Financial Conduct Authority/FCA*)" tarafından takibinin yapılmasına

⁶⁵ Swiss Federal Council: "Legal framework for distributed ledger technology and blockchain in Switzerland An overview with a focus on the financial sector", Federal Council report, 14.12.2018. <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/55153.pdf>, (Erişim: 09.09.2024).

⁶⁶ <https://foreks.com/haber/detay/6458e0fe590801000127d41c/PICNEWS/tr/liechtenstein-belirli-kamu-hizmetlerinin-ucretlerinin-bitcoin-ile-odenmesine-imkan-vermeyi-planliyor>, (Erişim: 08.09.2024).

⁶⁷ TVTG Art. 1. Gegenstand und Zweck <https://www.gesetze.li/konso/2019301000>, (Erişim: 20.08.2024). RASCHNER, Patrick/BURTSCHER, Bernhard: "Stellungnahme zum Vernehmlassungsbericht der Regierung betreffend die Abänderung des Token- und VT-Dienstleister-Gesetzes (TVTG) sowie die Abänderung weiterer Gesetze", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4529553, (Erişim:19.09.2024). WILD, Sarah, "Zivilrecht und Token-Ökonomie in Liechtenstein", Österreich Verlag, Bern, 2020, s.64. SUBHASH, Shivam/KNOWL, Peter: "Die Schaffung und Übertragung von Wertrechten via Blockchain-Technologie", *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 33(11), 2019, ss.612-620, s.613. KUNSCHKE, Dennis/SPITZ, Michael F./POHLE, Jan: "Das Blockchain-Gesetz in Liechtenstein", FinTech. Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2022, ss.331-346, s.332.

⁶⁸ TVTG Art. 2. Begriffsbestimmungen und Bezeichnungen (1) b, <https://www.gesetze.li/konso/2019301000>, (Erişim: 20.08.2024).

⁶⁹ RASCHNER; WILD, s.64; SUBHASH, s.613; KUNSCHKE, s.332. WELKER, Carl B.: Token-Regulierung in Europa: Vergleich von TVTG (Liechtenstein) und MiCAR (EU) aus Unternehmenssicht. No. 10 (Juli 2024). IU Discussion Papers-Business & Management, 2024.

⁷⁰ RASCHNER; WILD, s.64; SUBHASH, s.613; KUNSCHKE, s.332. WELKER, s.4.

⁷¹ TVTG m.4 "Lihtenştayn yasasının 3. Maddeye göre geçerli olması durumunda, token yerli varlıklar olarak kabul edilir" düzenlemesi ile boş konteyner sistemi birlikte değerlendirildiğinde dijital varlıkların eşya gibi bir değer görmesi çelişkili bir durum yaratmaktadır. Çünkü boş konteyner sistemi içinde yeni bir hak yaratılamaz ancak var olan haklar düzenlenebilir veya devre konu edilebilir ve eşya türleri bakımından bir spesifik ayırım yapılmamaktadır oysa m.4 ile düzenleme altına alınan genel ve soyut konu bu noktada geleneksel anlamda eşya sınıfına dahil mallardan bahsetmektedir. RASCHNER; WILD, s.64; SUBHASH, s.613; KUNSCHKE, s.332. WELKER, s.4.

⁷² <https://www.whitecase.com/insight-alert/recovering-ransom-high-court-confirms-bitcoin-status-property>, (Erişim: 14.09.2024). <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2019/3556.html>, (Erişim: 14.09.2024).

⁷³ Osbourne v (1) Persons Unknown and (2) Ozone Networks Inc trading as Opensea (2022) EWHC 1021 (Comm). Garbers-von Boehm vd., 2022: 24; <https://www.cryptotimes.io/uk-high-court-recognizes-nfts-as-legal-property/>, (Erişim:12.09.2024). ADAM, Rose: "Case Comment: NFTs as Private Property—Recent English Case Law", *Business Law International*, 23(3), 2022, ss.277-209, s.278. TAN, Corinne: "Rights in NFTS and the flourishing of NFT marketplaces", *International Journal of Law and Information Technology*, 32(1), 2024, s.1018. MONDOH, Brian Sanya: "Nft legal and regulatory compliance: Connoisseurship and critique", Aris (Aristeidis), NFT Legal and Regulatory Compliance: Connoisseurship and Critique, 2022.

olanak tanımıştır⁷⁴.

Amerikan Hukuk Sistemi bakımından da konunun incelenmesi gereklidir. Çünkü NFT ve dijital varlıklar bakımından dünya genelinde en fazla NFT şirketine sahip olan ve bu dijital Pazar üzerinde söz sahibi olan bir ülkedir⁷⁵. Öncelikle belirtmek gerekir ki blokzincir teknolojisi kullanılarak yapılan NFT işlemleri tarafların işlem güvenliğini sağlamak adına “ABD Mali Suçları Engelleme Ağı (*The Financial Crimes Enforcement Network/FINCEN*)”, “ABD Emtia Vadeli İşlemler Ticaret Komisyonu (*The Commodities Futures Trading Commission/CFTC*)” ve “ABD Milli Gelirler Dairesi (*The Internal Revenue Service/IRS*)” kuruluşları tarafından denetlenmekte ve işlemler izlenebilmektedir⁷⁶. NFT, “Ticaret Borsası Yasası (*Commodity Exchange Act/CEA*)” kapsamında mal niteliğinde değerlendirilmektedir⁷⁷. “Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (*Securities and Exchange Commission/SEC*)” NFT’nin niteliğini “dağıtılmış defter veya blokzincir kullanılarak çıkarılan veya aktarılan varlık” şeklinde açıklamıştır⁷⁸. Komisyon yayınlamış olduğu kılavuzda sanal varlıklar, jetonlar ve dağıtılmış defter teknolojisi kullanılan belirli bir dijital varlığın, federal menkul kıymet yasası kapsamında olduğunu belirtmiştir. NFT’nin sermaye piyasası aracı gibi davranmak üzere oluşturulduğunda özellikle bazı NFT’lerin menkul kıymet veya yatırım aracına hizmet eden sözleşme gibi değerlendirilmiştir. 1933 yılında yayınlanan “Menkul Kıymetler Yasası (*The Securities Act*)”⁷⁹ ve 1934 yılında yayınlanan “Menkul Kıymetler Borsası Yasası (*Securities Exchange Act*)” kapsamında sermaye piyasası aracı olarak kabul edilmektedir⁸⁰.

2023 yılında Montana eyaletinde ekonomik bazı engellerin kaldırılması amacıyla yeni bir yasa kabul edilmiştir. Bu yasa içerisinde dijital varlık kavramını düzenlemiştir ve bu düzenlemeyi yaparken 2021 yılındaki SEC Kılavuzuna uygun düzenleme yapmıştır⁸¹. Dijital varlık kavramı, kripto para birimleri, stable coinler ve NFT’ler de dâhil olmak üzere tüm kripto varlıkları kapsayıcı şekilde yazılmıştır⁸². Dijital varlıklar bu yasaya göre eşya niteliğindedir dolayısıyla üzerinde mülkiyet hakkı oluşturulabilir.

NFT’nin Türkiye bakımından niteliği ve durumu incelendiğinde pek çok sanatçının dünya çapında yapmış olduğu eserler dolayısıyla bu alandaki gelişmeler yakından takip edilmektedir⁸³ ancak hukuk alanında bir düzenleme henüz yapılmamıştır. Türkiye’de dijital varlıklar bakımından ekonomik anlamda bazı gelişmeler kaydedilmiştir⁸⁴. 2013 yılında BtcTürk isimli platform tarafından ilk kripto alım satımı aracılığı yerine getirilmiş ancak “Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK)” tarafından kripto varlıkların “elektronik bir para” olarak kabul edilmediği duyurulmuştur⁸⁵. Daha sonra 2017 yılında “Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB)” kripto varlıklarının etkilerinin araştırılması adına bir ekip kurulmuştur ve finansal alanda yaşanabilecek risk olasılıklarının araştırılmasını sağlamışlardır⁸⁶. Nitekim yapılan

⁷⁴ <https://www.gov.uk/government/news/uk-sets-out-plans-to-regulate-crypto-and-protect-consumers>, (Erişim: 13.09.2024). <https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps19-22.pdf>, (Erişim:14.09.2024). Guidance on Cryptoassets Feedback and Final Guidance to CP 19/3. 2000 tarihli “Finansal Hizmetler ve Piyasa Yasası (Düzenlenmiş Faaliyetler) 2021 Emri (the The Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities)” (Amendment) Order 2021, <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2021/90/introduction>, (Erişim: 17.09.2024).

⁷⁵ NFT şirketi olan Opensea, Nifty ya da Rarible gibi şirketlerin yarısına yakın bir oranı Amerika Birleşik Devletlerinde bulunmakta ve yatırımlarını bu ülke üzerinden gerçekleştirmektedirler. Bununla beraber NFT koleksiyonerlerinin ve koleksiyonlarının, Bored Ape Yacht Club (BAYC), Crypto Punks, NBA Top Shot, ArtBlocks gibi, bu ülkede bulunması dijital varlıkların ekonomik ve hukuksal alanda düzenleme yapılmasını zorunlu kılmıştır. Pek çok NFT sanatçısının iş yaptığı ve dünya üzerinde hukuki işlemlere konu olan dijital varlıkların bulunması, akıllı sözleşmelerin bu alanda hızlı bir ivme kazanması bakımından Amerikan Hukuk sistemi bu alanda gelişmelere öncülük eder niteliktedir. <https://nftclub.com/a-world-of-nft-adoption/>, (Erişim: 06.09.2024). <https://sourceforge.net/software/nft/usa/>, (Erişim: 07.09.2024).

⁷⁶ WU, Jiajing: "Financial crimes in web3-empowered metaverse: Taxonomy, countermeasures, and opportunities", IEEE Open Journal of the Computer Society, (4), 2023, ss.37-49, s.38.

⁷⁷ <https://www.iplawwatch.com/2022/06/the-nft-collection-a-brave-nft-world-a-regulatory-review-of-nfts-part-2/>, (Erişim: 09.09.2024).

⁷⁸ <https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-and-bulletins/exercise-caution-crypto-asset-securities-investor-alert>, (Erişim: 09.09.2024).

⁷⁹ Letsou, Peter V. "Politics, The Supreme Court, and Federal Securities Regulation." The Supreme Court, and Federal Securities Regulation (January 30, 2024). WANG, Chen: "Trading Securities as Digital Tokens: is a Secondary Market Practicable for Tokenized Exempt Securities?", UNHL Rev., (22), 2023, s.39.

⁸⁰ COSTELLO, Patrick G: "A Comparison of Insider Trading Law under the Commodities Exchange Act and the Securities Act of 1934", Wayne St. UJ Bus. L., (7), 2024, s.61. WANG, s.39.

⁸¹ <https://www.coindesk.com/policy/2023/02/23/montana-senate-passes-bill-protecting-crypto-miners/>, (Erişim: 09.08.2024). <https://leg.mt.gov/bills/2023/billpdf/SB0178.pdf>, (Erişim: 09.08.2024).

⁸² Section 5. Section 70-1-108, MCA 70-1-108. Personal property defined <https://leg.mt.gov/bills/2023/billpdf/SB0178.pdf>, (Erişim: 09.08.2024). KHIN NYEIN CHAN, Aye: Legal implications of secured transaction law in Myanmar: a study on creation and perfection of security rights, Thammasat University, 2023, s.28. CHAN, Nicole: "An analysis of the risks that arise for discretionary trust settlements in the event of a divorce: to what extent does the Family Court's asset division approach undermine discretionary trusts?", Trusts & Trustees, 29(10), 2023, ss.875-890, s.875.

⁸³ <https://www.bloomberght.com/cem-yilmaz-yeni-nft-leri-satisa-sundu-2292300>, (Erişim: 05.09.2024); <https://webrazzi.com/2021/10/15/nurgul-yesilcay-in-nft-projesinin-detaylari-belli-oldu/>, (Erişim: 05.09.2024). <https://www.diken.com.tr/nft-trendine-turk-isimler-de-dahil-oldu/>, (Erişim:05.09.2024). <https://www.yapikredi.com.tr/blog/gelecek/teknoloji/detay/maskotlar-sanal-dunyada-vadaa-nft-koleksiyonu>, (Erişim: 19.09.2024). <https://nftclub.com/a-world-of-nft-adoption/>, (Erişim: 06.09.2024). 2021’de ise Bankles Times tarafından yapılan başka bir araştırma da ise Türkiye NFT ilgisinde 3. sırada bulunmaktaydı.

⁸⁴ Ocak 2023 itibarıyla kripto paraya yatırım yapan internet kullanıcı oranı bakımından Türkiye yüzde 27,1 oranla ile birinci sıradadır. Bu araştırma bakımından dünya ortalaması ise yüzde 11,9 şeklindedir. Bkz. <https://datareportal.com/reports/digital-2023-deep-dive-trends-in-online-finance>, (Erişim: 03.09.2024).

⁸⁵ <https://www.btcturk.com/btcturk/hakkimizda>, (Erişim: 03.09.2024).

⁸⁶ <https://www.bddk.org.tr/Duyuru/EkGetir/510?ekId=530>, (Erişim: 03.09.2024).

araştırmalar ve çalıştaylar sonucunda 2021 tarihinde TCMB tarafından ihdas edilen 31456 sayılı “Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik” ile gerçekleştirilmiştir⁸⁷. Yönetmelikte, kripto varlıklar “gayri maddi varlık” niteliğindedir ve ödemelerde kullanılamayacağı düzenlenmiştir.

TCMB’nin kripto varlıklarla ilgili getirdiği bir diğer düzenleme, 01.12.2021 tarihli, “Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para İhracı ile Ödeme Hizmeti Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik” isimli diğer bir yönetmelikte yer almıştır⁸⁸. TCMB’nin 31456 sayılı yönetmelik m.1 ile

“bu Yönetmeliğin amacı, ödemelerde kripto varlıkların kullanılmamasına, ödeme hizmetlerinin sunulmasında ve elektronik para ihracında kripto varlıkların doğrudan veya dolaylı olarak kullanılmamasına ve ödeme ve elektronik para kuruluşlarının kripto varlıklara ilişkin alım satım, saklama, transfer veya ihraç hizmeti sunan platformlara veya bu platformlardan yapılacak fon aktarımlarına aracılık etmemesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir”

şeklinde amaç açıklanmıştır⁸⁹. Finansal amaçla yapılan bu düzenlemeler NFT ve dijital varlıkların niteliğini hukuki bakımdan belirlememektedir. Nitekim 31471 sayılı “Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik” kapsamında değişiklikler yapılmıştır⁹⁰. Bu değişiklikler içerisinde kripto varlık hizmet sağlayıcılarının Mali Suçları Araştırma Kurulu denetimine tabi olması da düzenlenmiştir⁹¹. Türkiye, NFT’leri yatırım ve ödeme amaçlı kullanımı bakımından sanal varlık tanımına dair düzenlemelerde bulunmuştur. 2019 yılında yayınlanan “Sanal Varlıklara ve Sanal Varlık Hizmet Sağlayıcılarına Yönelik Risk Temelli Bir Yaklaşım Rehberi (Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers/VASP)”, blokzinciri alanındaki gelişmelerle ilgili güncellemeleri yapmıştır ve kripto varlıklar ile ilgili finansal girişimleri yapmıştır⁹². Finans alanında Türk Lirasının korunmasına hizmet etmesi amacıyla Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından ise,

“kripto para satışı veya token satışı olarak da bilinen genellikle blokzinciri teknolojisi kullanarak para toplamaya yönelik uygulamaların birçoğunun Kurulun gözetimi ve denetleme alanının dışında kaldığını”

açıklamıştır.

Türkiye’de yaşanan ve hala devam eden tartışmalı bu konular dijital varlıkların ve özellikle de NFT’nin finansal değeri üzerinden ele alınmakla birlikte eşya ve eser niteliği bakımından da değerlendirme yapılmaktadır. Kripto varlıkların menkul kıymet değeri bulunduğu ilişkin yaşanan uyuşmazlıkların görüldüğü yargılamalarda da esasen kripto varlıkların üretildiği standartların oluşturduğu teknik özelliklere yer verilmiş ancak bu özelliklerin hukuki niteliğine açıklık getirilmemiştir⁹³.

V. SONUÇ

Dijital varlıkların geleceği oldukça parlak görünmektedir ve yeni gelişmeler heyecan uyandırmaktadır. Dijital varlıklar içerisinde NFT’ler ve kripto paralar zamanla daha fazla kabul görmekte ve kullanılmaktadır. Özellikle büyük şirketler, finans kurumları ve sanat dünyasında bu alanlara yatırım yapılmaktadır. Blokzincir teknolojisinin, dijital varlıkları güvenli ve şeffaf bir şekilde transferinin sağlanması birçok alanda devrim yaratacak gibi görünmektedir. Hukuk alanında ise mülkiyet kavramının kapsamının yeniden ele alınmasını, eşsiz ve biricik olma nitelikleri dolayısıyla dijital mülkiyet kavramının tanımlanmasını gerektirmektedir. NFT’nin eşya hukuku içerisinde ele alınması değerlendirildiğinde Türk Hukuk sistemi içerisinde cismani olma unsuru başta olmak üzere mülkiyet haklarına konu olamayacağı kabul edilmektedir. Ancak kanaatimizce TMK m.762 düzenlemesinin kıyasen uygulanması NFT bakımından yaşanan kanun boşluğunu gidermek adına değerlendirilmesi gereklidir. Üzerinde mülkiyet kurulabilen haklar ve mallar bakımından maddi mallar ile gayri maddi mallar içerisinde NFT’nin yerinin değerlendirilmesi bu kavramın cismani olma unsurunu geniş yorumlayan görüş gereğince de gelecekte bu kavramın daha da önem kazanacağı ihtimali gereğince de eşya kavramı içerisinde bir yerinin olması gereklidir. Günümüzde hâlihazırda yasal metinler içerisinde düzenlenmemiş olmalarına karşın dijital varlıklara ilişkin düzenlemeler arttıkça güvenli bir ortam içinde yaygınlaşan bu alan yasal düzenlenmelerde

⁸⁷ <https://blokzincir.bilgem.tubitak.gov.tr/1-blokzincir-calistayi/>, (Erişim: 03.09.2024). 31456 sayılı “Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik” m. 3: “Bu Yönetmeliğin uygulanmasında kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder.”

⁸⁸ Misli kriptoların para olamayacağına yönelik düzenlemelerin gerçekleştirildiği ortamda ayrıca, Dijital Türk Lirasına yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Yönetmelikte “resmi bir para varlığına dayalı olan stable coinlerin, ödeme işlemlerinde kullanılması veya ihracını gerçekleştiren kuruluşlarca ödeme aracı olarak kabul görmesi halinde bir “elektronik para” kapsamında kabul edileceği” düzenlenmiştir. Bu çalışmalara ilişkin duyuru hakkında bkz. <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Duyurular/Basin/2022/DUY2022-55>, (Erişim: 04.09.2024).

⁸⁹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210416-4.htm>, (Erişim: 27.08.2024).

⁹⁰ <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/05/Kripto-Varlik-Hizmet-Saglayicilar-Rehberi.pdf>, (Erişim: 09.09.2024).

⁹¹ 5549 sayılı “Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanuna dayanarak çıkarılan Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik” m. 4/1-(ü).

⁹² <https://www.fatf-gafi.org/en/countries/detail/Turkey.html>, (Erişim: 08.09.2024).

⁹³ Sanal paraların hacze konu edilebilirliğinin değerlendirildiği İstanbul İcra Hukuk Mahkemesi tarafından, 19.04.2021 tarihinde verildiği belirtilen kararda; “...bu tür paraların (da) emtia veya menkul kıymetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bir çeşit dijital döviz veya sanal para olarak kabul edildiği dolayısıyla haczedilebileceği...” belirtilmiştir, AYMAZ, Ahmet: “Kripto Paraların Haczi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72(4), 2024, ss.1635-1700, s.1635. <https://hukukvebilisim.org/yeni-kripto-yasasi-isiginda-kripto-varliklarin-haczi/>, (Erişim: 15.09.2024)

kendilerine yer bulacaktır.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet. Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- “NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi.” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, no. 159 (2022): 377–97.
- AKSOY DURSUN, Sanem. Eşya Kavramı 1. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- AKSOY RETONAZ, Eylem, and Osman Güçlütürk. Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I- Blokzincir ve Hukuk. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- ANTALYA, O.Gökhan. Eşya Hukuku C.I. İstanbul: Filiz Yayıncılık, 2017.
- Eşya Hukuku C.II. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2017.
- ANTALYA, O. Gökhan, and Murat Topuz. Eşya Hukuku. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ANTALYA, Osman Gökhan. Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015.
- ARDAVANİS, Telamon. Membership NFTs: Blockchain Technology, Opportunities, and Implementation of Utility Based Non-Fungible-Tokens. LAB University of Applied Sciences Bachelor of International Business, 2022.
- AREF, Magda, Luca Fabian, and Simon Weber. “Digitale Originale Dank NFTs?- Rechtliche Analyse Einer (Angeblichen) Revolution.” In Gesellschafts Und Kapitalmarktrecht, 385–99. Dike Verlag, 2021.
- “Digitale Originale Dank NFTs?- Rechtliche Analyse Einer (Angeblichen) Revolution.” In Gesellschafts-Und Kapitalmarktrecht, 385–99. Heft 3: Dike Verlag, 2021.
- ATEŞ, Mustafa. Fikri Hukukta Eser Sahipliği. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- BAYZAN, Y.E. “Hukuki Açidan Kripto Varlıklar.” İstanbul Üniversitesi, 2022.
- BELEN, Herdem. “Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi Türleri İle Genel Hükümler Uyarınca Kiraya Veren Borçlarına İlişkin Değerlendirmeler.” İstanbul Barosu Dergisi 87, no. 3 (2013): 106.
- BİLGİLİ, Fatih, and Fatih Cengil. Blockchain ve Kripto Para Hukuku. Dora Yayıncılık, 2022.
- BODO, Balazs, Alexandra Giannopoulou, Joao Pedro Quintais, and Peter Mezei. “The Rise of NFTs: These Aren’t the Droids You’re Looking For.” European Intellectual Property Review 44, no. 5 (2022): 265–82.
- BUCHER, Eugen. Obligationenrecht Besonderer Teil. 3. Zürich: Schulthess Verlag, 1988.
- BÜYÜKOZAN FEYZİOĞLU, Gülçin. Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, and Zehra Özkan Üner. “NFTs and Copyright: Challenges and Opportunities.” Journal of Intellectual PROPERTY LAW AND PRACTICE 16, NO. 10 (2021): 1115–26.
- CANLI AKBAŞ, Adalet. Kripto Para Basımı ve Devlet Otoritesi. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- CUMALIOĞLU, Emre. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri. İzmir, 2013.
- DURAL, Mustafa, and Tufan Ögüz. Türk Özel Hukuku C.II, Kişiler Hukuku. İstanbul: Filiz Yayıncılık, 2018.
- EREN, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017.
- ERGÜNE, Serkan. Taşınır Mülkiyeti. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- ERTAŞ, Şeref. Eşya Hukuku. İzmir: Barış Yayınevi, 2020.
- ESENER, Turhan, and Kudret GÜVEN. Eşya Hukuku. İstanbul: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- FİLİPPI, Primavera De, Chris Wray, and Giovanni Sileno. “Smart Contracts.” Internet Policy Review 10, no. 2 (2021): 1–9.
- FİLORİNALI, Kardelen. “Non-Fungible Tokens (NFT’ler) ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Yansımaları.” İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2022.
- FRYE, Brian. “After Copyright: Pwning NFTs in a Clout Economy.” Columbia Journal of Law & the Arts, 2021, 1–12. [HTTPS://DOI.ORG/HTTP://DX.DOI.ORG/10.2139/SSRN.3971240](https://doi.org/http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3971240).
- GENÇCAN, Ömer Uğur. Ziyet ve Eşya Alacağı Davaları. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- GUADAMUZ, Andreas. “The Treachery Of Images: Non-Fungible Tokens and Copyright.” Journal of Intellectual Property Law & Practice 16, no. 12 (2021): 1367–85.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper. Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri. İstanbul: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- GÜRCAN, Bedrettin. Blockchain Teknolojisi. Seçkin Yayıncılık, 2022.
- HATEMİ, Hüseyin. Kişiler Hukuku, 2018.
- HELVACI, Serap. Gerçek Kişiler, 2012.
- HERİAN, R., C. Bernardino, P. Choczyk, J. Ellul, A. Ferreira, A. Con Goldbeck, and A. Siadat. “NFT-Legal Token Classification.” In EU Blockchain Observatory & Forum, 2021.
- HRUBESCH-MİLLAUER, Stephanie, Barbara Graham-Siegenthaler, and Martin Eggel. Sachenrecht. Bern: Stämpfli Verlag, 2023.
- İMAMOĞLU, Deniz Alp. Kripto Para Birimleri ve Türk Hukukunda Düzenlenmesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- İNAN, Ali Naim. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- KILIÇOĞLU, Ahmet. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Turhan Kitapevi, 2020.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler. Ankara: Turhan Kitapevi, 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1978.
- KOLVART, Merit, Margus Poola, and Addi Rull. “Smart Contracts.” In The Future of Law and Etechnologies, 133–47, 2016.
- KÜÇÜKALİ, Canan. Telif Koruması Anlamında NFT’ler, 2021.
- KULAKLI, Emrah. “Ziyet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi.” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 25, no. 1 (2019): 269–300.
- MAENNER, Karl. Das Sachenrecht Nach Dem Bürgerlichen Gesetzbuche: Und Der Grundbuchordnung Für Das Deutsche Reich. BERN: DE GRUYTER, 2020.
- MAGNANİ, Thomas, and Benjamin Danieli. “Non-Fungible Token (NFT) Purchase and License Agreement.” LexisNexis Praticce Guidance, 2023. <https://www.arnoldporter.com/en/perspectives/publications/2023/01/nft-purchase-and-license-agreement>.
- MEİTINGER, Thomas Heinz. “Smart Contracts.” Informatik-Spektrum 40, no. 4 (2017): 371–75.
- MERZ, Hans. Schwerisches Privatrecht, Obligationrecht, Allgemeiner Teil, I.Teilband. Basel, 1984.
- OĞUZMAN, Kemal, and Turgut ÖZ. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2018.
- OĞUZMAN, Kemal, Seliçi ÖZER, and Saibe ÖZDEMİR OKTAY. Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2020.
- OĞUZMAN, Kemal, Özer Seliçi, and Saibe Oktay-Özdemir. Kişiler Hukuku. İstanbul: Filiz Yayıncılık, 2024.

- OĞUZMAN, Kemal, Özer Seliçi, and Saibe Oktay Özdemir. Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Yayınevi, 2018.
- ÖKDEM, Duygu. “Hukuksal Açıdan Non-Fungible Token (NFT).” Akdeniz Üniversitesi, 2023.
- ÖZEN, Burak. Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2008.
- ÖZKUL, Fatma, and Ece Baş. “Dijital Çağın Teknolojisi Blokzincir ve Kripto Paralar: Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Standartlar Çerçevesinde Mali Yönden Değerlendirme.” Accounting and Auditing Review 20, no. 60 (2020): 57–74.
- PREVOST, Emeric. “The Law Applicable to Digital Representations of Off-Chain Assets.” In Blockchain and Private International LAW, 285–313, 2023.
- RAJASEKARAN, Arun, Mari Azees, and Fadi Al-Turjman. “A Comprehensive Survey on Blockchain Technology.” Sustainable Energy Technologies and Assessments, no. 52 (2022): 1020–39.
- SARI, Onur. NFT’ler Açısından Mali Hakların Devri Sözleşmesi. Seçkin Yayıncılık, 2022.
- SCHMOECKEL, Mathias. Das Sachenrecht Vor Modernen Herausforderungen. London: Nomos, 2023.
- SCHWENZER, Ingeborg. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil. Bern: Stämpfli, 2016.
- ŞENKARDEŞ, Gül Çağla. Blokzincir Teknolojisi ve NFT’ler. İstanbul: Beta Yayınevi, 2022.
- ŞENYAPAR, Hafize. “Cryptocurrency on Social Media: Analyzing the Digital Discourse towards the Coin Market.” İktisadi İdari ve Siyasal Araştırmalar Dergisi 9, no. 23 (2024): 202–23.
- SEROZAN, Rona. Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2014.
- SEROZAN, Rona. “Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu. Ayrıca: Aynı Hakkın Sona Erme Bakımından Borçlanma Sözleşmesinden Bağımsızlığı.” In Prof.Dr.Tahir Çağ’ın Anısına Armağan, 397–412. İstanbul: Beta Yayınevi, 2000.
- SEROZAN, Rona, Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, and Abdülkadir ARPACI. Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.3. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2016.
- SİRMEN, Lale. Eşya Hukuku. Ankara: Legem Yayıncılık, 2023.
- SİRMEN, Lale. Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013.
- SİRMEN, Lale. Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013.
- SZABO, Nick. Smart Contracts, 1994.
- TEKELİOĞLU, Numan. “Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek:NFT’lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme.” Selcuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 30, no. 3 (2022): 1301–29.
- TEKİNAY, Selahattin, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU, and Atilla ALTOP. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Filiz Kitapevi, 1993.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, and Atilla Altop. Eşya Hukuku C.I. İstanbul: Filiz Yayıncılık, 1989.
- TERCİER, Pierre, H. Murat DEVELİOĞLU, and P. PİCHONNAZ. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: XII.Levha Yayınları, 2016.
- TEVETOĞLU, Mete. Hukuki Yönleriyle Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı. İstanbul: Aristo Yayıncılık, 2021.
- TUNÇOMAĞ, Kenan. Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul, 1976.
- WAHYUNİ, Amalia, M. Irpan, and Budi Setiadi. “Investment Behavior and Strategy in Cryptocurrency in Indonesia.” Journal of Business and Management Studies 6, no. 4 (2024): 179–94.
- WEBER, H. Rolf. Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Band V (Das Obligationenrecht), 2018.
- WEİQİN, Zou, D. Kochlar, X. Le, D. Xia, and Y. Feng. “Smart Contract Development: Challenges and Opportunities.” IEEE Transactions on Software Engineering 47, no. 10 (2019): 2084–2106.
- YERTÜM, Umut. “Değiştirilemez Tokenler (NFTs) Çağında Mülkiyet İlişkisi ve Servet Eşitsizliğini Yeniden Düşünmek.” İstanbul Journal of Economics 1, no. 73 (2023): 555–85.
- YILDIRIM, Abdülkerim. Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınları, 2017.
- YÜCEDAĞ, Mustafa Alperen. “NFT ve Kripto Grafik Tasarım Eserleri.” KTO Karatay Üniversitesi, 2023.
- ZOBL, Dieter, and Christop Thurnherr. Art. 884-887 ZGB. Die Beschränkten Dinglichen Rechte: Das Fahrnispfand, Systematischer Teil Band IV: Das Sachenrecht. 2. Abteilung: Die Beschränkten Dinglichen Rechte. 5. Teilband: Das Fahrnispfand. 1. Unterteilband: Systematischer Teil Und Art. 884-887 Z. Bern: Stämpfli Verlag, 2010.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Hasibe Sena AKKIŞLA, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | *Hasibe Sena AKKIŞLA, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.*

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | *This article was prepared by the author alone.*

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | *No conflict of interest or common interest has been declared by the author.*

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | *The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.*

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğuna olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | *The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.*

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ŞİRKETLERİN MERKEZ DEĞİŞİKLİĞİ VE UYGULANACAK HUKUK**CHANGE OF HEADQUARTERS OF COMPANIES IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW AND APPLICABLE LAW**Burcu İRGE ERDOĞAN*  **Makale Bilgi**Gönderi: 15/09/2024
Kabul : 02/02/2025**Anahtar Kelimeler**Tüzel Kişi,
Şirket,
Şirketlerin Tabiiyeti,
Şirket Merkezi,
Merkez Değişikliği.**Article Info**Received: 15/09/2024
Accepted: 02/02/2025**Keywords**Legal Entity,
Company,
Nationality of
Companies,
Company
Headquarters,
Change of
Headquarters.**Özet**10.21492/inuhfd.1550367 

Şirketlerin merkezleri tabiiyetlerinin belirlenmesinde ana unsurdur. Şirketlerin merkezlerini değiştirmeleri ve buna bağlı olarak tabi oldukları ülkeyi değiştirmeleri mümkündür. Şirketler merkezlerini; faaliyetlerini daha kolay yürütmek veya tabiiyetinin bağlı olduğu ülkenin çeşitli yükümlülüklerinden kurtulmak sebebiyle değiştirebilir. Avrupa Birliği hukukunda “şirketlerin serbest dolaşımı” ilkesi karşımıza çıkmaktadır. Bir Avrupa Birliği ülkesinde kurulu şirket merkezini ve faaliyetlerini bir başka AB ülkesine serbestçe taşıma hakkına sahiptir. Türk hukuku bakımından şirketlerin tabiiyeti ve merkezinin bulunduğu yer şirket hukuku uyumsuzlukları bakımından önemlidir. Bu nedenle yerleşme özgürlüğünden öte şirketler hakkında uygulanacak hukukun tespitinde şirket tabiiyeti ve buna bağlı olarak da merkezinin tespiti ve taşınması kurallarının incelenmesi bu çalışmanın amacıdır. Türk kanunlar ihtilafı sisteminde şirketler ve faaliyetlerine ilişkin ayrıca düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle şirketler hukukunda şirketin statüsüne dair konularda uygulanacak hukuk MÖHUK madde 9’a göre tayin edilecektir. Çalışmamız kapsamında şirketin merkez değişikliği konusunda da aynı hüküm dikkate alınacaktır. Şirketlerin merkez nakilleri ve uygulanacak hukukun belirlenmesinde doğabilecek sorunlar ele alınmaya çalışılmıştır.

Abstract

The headquarters of companies are the main factor in determining their nationality. Companies may change their headquarters in order to get rid of the legal procedures and obligations of the countries. It is possible for companies to change their headquarters and accordingly change their country of incorporation. The principle of “free movement of companies” appears in European Union law. A company established in a European Union country has the right to freely transfer its headquarters and activities to another EU country. In terms of Turkish law, the nationality of companies and the location of their headquarters are important in terms of company law disputes. For this reason, the purpose of this study is to examine the nationality of the company and, accordingly, the rules of determination and relocation of its headquarters in determining the law applicable to companies beyond the freedom of establishment. There is no separate regulation regarding companies and their activities in the Turkish conflict of laws system. Therefore, the law to be applied in matters regarding the status of the company in company law will be determined according to MÖHUK article 9. Within the scope of our study, the same provision will be taken into consideration regarding the change of the company's headquarters. The problems that may arise in the determination of the company's headquarters transfer and the applicable law have been tried to be addressed.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğretim Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** İRGE ERDOĞAN, Burcu, “Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlerin Merkez Değişikliği Ve Uygulanacak Hukuk”, İnÜHFD, 16(1), 2025, s.16-31. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Changing companies' headquarters is becoming an increasingly common strategy to avoid tax obligations, driven by the development of economic structures and increased commercial contracts. This study first analyzes theories related to company structure and general concepts and then examines company nationality, the free movement of companies, and changes in company headquarters.

To analyze certain rules related to companies, the concept of legal personality must be examined. There are various theories explaining legal personality, including assumption theory, realist theory, and fiction theory. Assumption theory views legal personality as an artificial entity created by the legal order and argues that only natural persons can possess rights and legal capacity. A legal personality is an artificial entity created for practical purposes and has no will. Realist theory emphasizes that a legal entity is distinct and independent from the individuals who constitute it based on the fact that it results from the aggregation of other personalities. According to this theory, no authorization from the state is required to acquire legal personality. Fiction theory argues that legal personality is an entity that does not actually exist but is recognized through human thought.

In Turkish law, the acquisition of legal personality in company law is regulated by specific procedures. For each type of company, the conditions specified by law must be fulfilled. The only type of company that does not have a legal personality is an ordinary partnership.

As for the "headquarters" of a company, the term is not clearly defined in Turkish Commercial Law. However, registering the company's headquarters with the Trade Registry is mandatory. It is important to note that foreign companies with their registered office abroad are required to provide an address in Turkey in order to operate. Branches of companies not headquartered in Turkey must be registered in Turkey, just like companies established domestically, without prejudice to the provisions of their home country's laws regarding the trade name. The fully authorized commercial representative appointed to these branches must reside in Turkey. If the commercial enterprise has more than one branch, any subsequent branches opened after the registration of the first branch shall be registered in the same manner as domestic commercial enterprise branches.

Nationality is the legal and political bond that binds a natural person or thing to a state. While citizenship is used only for natural persons, nationality is a broad concept used for natural persons, legal persons, and things. Legal entities have a nationality. Whether a commercial company is Turkish or foreign nationality results in significant legal differences. Determining nationality is crucial for the functioning of the company and its position in legal relations. Turkish law does not have specific regulations for determining the nationality of commercial companies. States use several theories to establish the nationality of commercial companies. These are the place of establishment theory, the center of administration theory, and the control theory.

Although there is no explicit regulation in Turkey regarding the determination of company nationality, the following assessment can be made based on the headquarters and place of establishment criteria: A company established and headquartered in Turkey is considered a Turkish company. In fact, a company established under Turkish legislation must have its headquarters in Turkey. It is not permissible for a company established in Turkey to designate its headquarters abroad.

The concept of freedom of domicile not only covers nationality, recognition, and conflict of laws rules applicable to the company but also addresses how a company established in one country may expand into different countries. Differences between the place of incorporation and the place of activity of a company essentially complicate determining its nationality. The Court of Justice of the European Union (ECJ) has clarified the issue of the free movement of companies through several judgments, including Daily Mail, Centros, Überseering, Sevic, and Inspire Art.

According to Turkish Company Law, Article 12 of the 'Law on the Enforcement and Implementation of the Turkish Commercial Code' regulates the registration of Turkish branches of foreign companies and the transfer of the headquarters of Turkish companies abroad.

In company law, changes of headquarters are possible under domestic legislation for changes within Turkey and by applying both the conflict of laws rules and the domestic legislation of the countries involved in transferring headquarters to foreign countries. Country-specific differences in the legal personality, recognition, and nationality of companies are also encountered in headquarters changes.

Operating in a country other than their country of incorporation is essential for companies within the framework of freedom of domicile and the free movement of capital. In such cases, uncertainty regarding conflict of law rules may arise concerning potential disputes. From determining the status of a company, which is technically considered a 'foreign company,' to resolving issues related to applicable law in all matters concerning companies, challenges may occur.

Turkish law does not contain a specific provision regarding the law applicable to the nationality of foreign companies. In the Turkish private international law system, only the provision under Article 9(4) of the International Private and Civil Procedure Law on corporate law is in force. According to this provision, the capacity of legal persons or groups of persons to exercise rights and perform acts is governed by the law of the administrative center specified in their statutes. However, Turkish law may apply if the actual administrative center is located in Turkey. When a company with its headquarters in Turkey relocates its headquarters abroad by fulfilling the conditions set out in the legislation, it results in a change of the company's nationality. Upon transferring the head office from Turkey to another country, the company ceases to be considered a Turkish company. Therefore, the company's status changes completely in the event of a dispute.

I. GİRİŞ

Günümüzde tüm dünyada ekonomik yapıların bütün haline gelmeleri ile çok uluslu şirketlerin sayısında artış gözlemlenmektedir. Çok uluslu şirketler birden fazla farklı ülkede sürekli ve düzenli üretim, pazarlama, hizmet gibi faaliyetlerde bulunmaktadır. Şirketlerin büyümesi ve gelişmesi ekonomik yapılarla orantılı olarak değişiklik göstermekte ve burada ülkelerin şirketler hukuku yaptırımları önem arz etmektedir. Şirketlerin merkez değişikliği gerek şirketlerin ekonomik yapılarının gelişmesi gerekse ticari sözleşmelerin artırılması ile vergi yükümlülüklerinden kaçınmak anlamında gittikçe sık başvurulanan bir yoldur. Şirketler,

kuruldukları ya da yönetildikleri ülke hukuklarındaki birtakım yüklerden kurtulmak amacıyla merkez değişikliği yoluna gidebilirler.

Türk hukukunda şirket merkezinin ticaret sicile tescilli tüzel kişiliği olan şirketler bakımından zorunludur. Merkez değişikliği konusunda ise mevzuatta yer alan şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Merkezi Türkiye’de olan bir şirketin merkezinin yabancı bir ülkeye taşınması durumunda şirket Türk tabiiyetini yitirecektir. Buna göre de Türk mahkemelerinde olası bir uyuşmazlıkta şirketin statüsü ve uygulanacak hukuk buna göre tespit edilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yabancı şirket ile yabancı sermayeli şirket kavramları birbirinden farklıdır.

Türk milletlerarası özel hukukunda yer alan hükümlerde şirketler ile ilgili özel bir hüküm yer almamakla birlikte çalışmanın konusu bağlamında merkez değişiklikleri konusunda da düzenleme bulunmamaktadır. Günümüzde şirketlerin çeşitli maliyetleri azaltmak veya hukuki sorumluluklarını daha net belirleyebilmek adına sıklıkla sınırötesi merkez değişikliği yoluna gidilmektedir. Uygulama bakımından Türkiye’de kurulu bir şirketin yurtdışına merkezini taşıması veya yurtdışında merkezi olan bir şirketin merkezini Türkiye’ye taşıması durumunda usulen taşıması gereken şartların yanında esas bakımından uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği sorununun ele alınması faydalı olacaktır.

Bu çalışmamızda, öncelikle şirketlerin yapıları ve genel kavramlar hakkındaki teoriler ile şirketlerin tabiiyeti, şirketlerin serbest dolaşımı ve şirketlerin merkez değişiklikleri incelenmeye çalışılmıştır.

II. TEMEL KAVRAMLAR

A. Tüzel Kişilik

Tüzel kişilik, kişi veya mal topluluğunun sürekli bir amaca sahip olarak örgütlendiği ve kendini oluşturan kişi ve mallardan bağımsız yapıdır¹. Türk Medeni Kanunu (TMK)² madde 47’de “Başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar.” şeklinde tüzel kişiliğin tanımı bulunmaktadır. Buna göre belirli ve sürekli bir amacı gerçekleştirmek üzere örgütlenmiş ve kendisini kuran kişilerden bağımsız olan kişi veya mal topluluğuna tüzel kişi denir³. Tüzel kişiler, özel hukuk tüzel kişileri, kamu hukuku tüzel kişileri⁴ ve kamu iktisadi teşebbüsleri⁵ olarak üç ana ayrımada incelenir. Özel hukuk tüzel kişileri; şirketler, dernekler, vakıflardır. Çalışma konumuz özel hukuk tüzel kişilerinden en sık karşılaşılan şirketlerdir⁶. Şirketler kendi içinde tüzel kişiliğe sahip olup olmama yönünden ikili ayrımdadır: Tüzel kişiliği haiz şirketler -ki bunlar kanunda sınırlı sayıda gösterilmiştir-; tüzel kişiliği haiz olmayan şirket, adi şirket -Türk Borçlar Kanunu⁷ madde 620 vd. da düzenlemiştir-.

Türk Ticaret Hukuku’nda şirket; bir ya da daha fazla gerçek veya tüzel kişinin bir araya gelerek yazılı sözleşme ile, sermaye koymayı taahhüt ederek ekonomik bir amaç için kanunda sayılı tiplerden birine uygun şekilde oluşturduğu tüzel kişiliktir⁸. Şirketlerinin ana unsurlarından biri tüzel kişi olma unsurudur. Bilindiği gibi, tüm ticari şirketler⁹ ayrı bir tüzel kişiliğe sahiptir. Şirketler hukukunda, ticaret şirketinin tüzel kişilik kazanması, ticaret siciline tescil ile mümkündür¹⁰. Şirketin, sicile tescil edilmesi tüzel kişilik kazanmada kurucu unsurdur. Tüzel kişi olmanın kendiliğinden getirdiği bir takım hukuki özellikler bulunmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu¹¹ (TTK) madde 125/2 gereği, TMK’nın 48’inci maddesi hükümleri, ticaret şirketlerine uygulanacaktır. Ticaret şirketlerine uygulanacak kanun hükümleri, kanunda sayılan tüm şirket türlerine özgü hükümler saklı tutularak, Türk Medeni Kanun’un tüzel kişileri düzenleyen hükümleri ile Türk Borçlar Kanunu’nun adi şirketi düzenleyen hükümleri, şirketin özelliklerine uygunluğu dâhilinde uygulanır. TTK madde 125’e göre; “(1) Ticaret şirketleri tüzel kişiliği haizdir. (2) Ticaret şirketleri, TMK’nın 48 inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu husustaki kanuni

¹ OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s.824, dn.1; HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuk Tüzel Kişileri Cilt I, Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1979, s.41; ÖZTAN, Bilge: Tüzel Kişiler (Ders Notları), Turhan Kitabevi, Ankara 1994, s.3; Tüzel kişiliğin niteliğini açıklamak için çeşitli teoriler doktrinde yer bulmaktadır. Bunlar; farazi kişilik teorisi, gerçek kişilik teorisi, Amaç kişiliği teorisi ve soyutlama teorisi. Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.297-298; ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler Tüzel Kişilerin Genel Teorisi/Dernekler/Vakıflar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1982, s.5-6.

² 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Kabul Tarihi: 22/11/2001, RG: 08/12/2011, 24607.

³ DURAL, Mustafa/ÖGÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s.196; ERGÜN, Ömer: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.9 vd.; ÖZTAN, s.3; AKÜNAL, Teoman: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, Beta Yayıncılık, İstanbul 1998, s.4.

⁴ Kamu tüzel kişileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İSBİR, K. Begüm: Kamu Tüzel Kişiliği, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s.11 vd.

⁵ Türk Medeni Kanunu madde 47’nin gerekçesi incelendiğinde tüzel kişiliğin 3 temel unsuru olduğu söylenebilir. Bunlar: örgütlenme, belirli ve sürekli amaç ile hukuk düzenince tanınmadır.

⁶ Şirketler veya “ortaklıklar” şeklinde terim olarak kullanılması mümkündür. Nitekim doktrinde yazarlar gerek eser isimlerinde gerekse içeriklerinde “ortaklık” kavramını kullanmayı tercih etmektedir.

⁷ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, Kabul Tarihi: 11/01/2011, RG: Tarih: 04/02/2011, 27836.

⁸ BAHTIYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2024, s.314; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa 2012, s.543; AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.10; PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 9. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s.4.

⁹ TTK madde 124’e göre ticaret şirketleri kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerdir. Adi şirketin tüzel kişiliği yoktur ve Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir. Tüzel kişiliği olmadığı için adi şirket çalışmamız kapsamında değildir.

¹⁰ DEMİREL, Duygu: Ticaret Sicili, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.22.

¹¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Kabul Tarihi:13/01/2011, RG: 14/02/2011, 27846.

istisnalar saklıdır¹²”

Tüzel kişilik kavramını açıklayan çeşitli teoriler bulunmaktadır. Bunlar: varsayım teorisi, gerçeklik teorisi ve soyutlama teorisidir.

Varsayım Teorisi; tüzel kişiliği, hukuk düzeninin yarattığı yapay kişilik olarak değerlendirir. Buna dayanak olarak tüzel kişiliğin kazanılmasında devletten izin alınması, kişi olmaya bağlanan hak ehliyetinin kanunla sınırlandırılması ile fiil ehliyetlerinin olmayışı ve haksız fiil sorumluluklarının bulunmayışıdır¹³. Varsayım teorisi sadece gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyetine sahip olabileceğini savunur. Tüzel kişi pratik ihtiyaçlar sebebiyle yaratılmış yapay varlık ve iradesi yoktur¹⁴. Bu teoriye göre kişi veya mal topluluğunun kişilik kazanabilmesi kanun koyucunun iradesine bağlıdır. Tüzel kişilik adına işlemler sadece temsil yoluyla yapılabilir, tüzel kişinin fiil ehliyeti yoktur¹⁵.

Gerçeklik Teorisi¹⁶; tüzel kişiliğin, başka kişiliklerin bir araya gelerek oluşmasından yola çıkarak, kendisini meydana getiren kişilerden farklı ve bağımsız olduğunu vurgular¹⁷. Tüzel kişilerini insanlardan farkı maddi varlık sahibi olmamalarıdır. Bu nedenle tüzel kişiler de fiil ehliyetine sahiptir ve cismani nitelik taşımaya da organları vardır¹⁸. Bu teoriye göre, tüzel kişilik kazanımlarında devletten izin alınması gerekli değildir. Tüzel kişilerin hak ehliyeti, gerçek kişilerle eşit olmalı, fiil ehliyetleri olmalı ve haksız fiilden sorumlu tutulabilmelidirler¹⁹. Tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi hak ve fiil ehliyetine sahiptir, bu nedenle organ sıfatına sahip gerçek kişilerin fiilleri sanki tüzel kişinin fiili gibi kabul edilmelidir²⁰.

Soyutlama teorisi²¹; tüzel kişiliği aslında var olmayan fakat insan düşünceleri tarafından kabul edilen bir varlık olduğunu ileri sürmektedir. Tüzel kişi, kendisini oluşturan kişi veya mal topluluğundan soyut biçimde ayrılmış ve bağımsız bir varlık olarak kendini göstermektedir.

Türk şirketler hukukunda tüzel kişilik kazanımı yöntemi farklı usullerle düzenlenmiştir. Komandit ve kollektif şirketlerin tüzel kişilik kazanımı tescile bağlanmıştır. TTK madde 232’ye göre komandit şirketler ve kollektif şirketler ticaret siciline kayıt ile tüzel kişilik kazanırlar. Limited şirketler açısından şirketin kuruluş zamanı TTK madde 585’te düzenlenmiştir. Buna göre: limited şirkette kurucuların imzaları noter tarafından onaylanması ve esas sözleşmede şirket kurma iradeleri yer almasının yanında nakdi sermayenin ödenmesi koşuluyla kurulmuş sayılacağı düzenlenmiştir. TTK madde 587 tescil usulünü düzenlemekte ve şirketin tescil ile tüzel kişilik kazanacağını hükme bağlamaktadır. Anonim şirketler de tüzel kişilik kazanılması için izne değil tescile tabidir. Kanunun emrettiği hususları denetleyen Ticaret Sicil Müdürlükleri, tescile yetkilidir²². Tescil anında tüzel kişilik kazanılmış olur (TTK madde 355). Tüzel kişilik varlığında kendiliğinden ortaya çıkan birtakım hususlar vardır. Her gerçek ve tüzel kişinin kendisine özgü bir ismi bulunmaktadır. Bu isim ticaret hukukunda ticaret ünvanıdır²³. Dolayısıyla tüzel kişiliği olan her şirket bir ticaret ünvanına sahip olmalıdır²⁴. Her tacir açıldığı tarihten itibaren onbeş gün içinde, işletmesini ve seçtiği ticaret ünvanını tescil ettirmek zorundadır (TTK madde 40/1). Tescil edilmiş ticaret ünvanı TTK madde 52’ye göre korunur. Ticaret ünvanının uluslararası korunması ise 1883 tarihli Sınai Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi²⁵ hükümleri kapsamındadır. Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre, her gerçek ve tüzel kişinin bir yerleşim yeri bulunmaktadır. Gerçek kişilerin ikamet ettikleri yeri bildirme zorunlulukları vardır. Tüzel kişiler için ise, kuruluş belgesinde düzenlenmesi mümkün olmakla birlikte, şayet düzenlenmemişse işlerin yönetildiği yer olarak kabul edilir (TMK madde 51). Bununla birlikte Türk Medeni Hukuku’nda yerleşim yerinin tekliği ilkesi kabul edilir. Gerek gerçek kişilerin gerekse tüzel kişilerin birden

¹² Şirketler hakkında TTK’da düzenleme olmayan hallerde TBK hükümlerinin uygulanacağı konusunda hüküm bulunmaktadır. TTK Madde 126: “(1) Her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Medeni Kanununun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanununun adı şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır.” düzenlemesi bulunmaktadır.

¹³ SAVIGNY, Friedrich Carl von: System des Heutigen Römischen Rechts, Band II, Veit, Berlin 1840, s.236; ERDOĞAN, İhsan/KESKİN, A. Dilşad: Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku), 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.340-341.

¹⁴ DURAL/ÖĞÜZ, s.222.

¹⁵ SAVIGNY, s.282 vd., s.293.

¹⁶ GIERKE, Otto von, Deutsches Privatrecht: Erster Band Allgemeiner Teil und Personenrecht, 3. Auflage (unveränderter Nachdruck der zweiten Auflage von 1936), Duncker & Humblot, Berlin 2010, s.471.

¹⁷ Tüzel kişilik kanun koyucular tarafından mevzuatla düzenlendiği için bu teorilerin tartışılması devam etmemektedir. Ayrıca Medeni Kanun’da gerçek kişilik teorisinin kabul edildiğini gösteren ifadeler bulunmaktadır. Tüzel kişilerin fiil ehliyetine sahip olduğunu belirten TMK madde 49 ile tüzel kişinin organlarının hukuka aykırı fiilleri sebebiyle tüzel kişinin sorumlu olacağını belirten TMK madde 50/II-III hükümleri de gerçeklik teorisi belirtilmektedir.

¹⁸ OĞUZÖĞLU, Cahit: Eski ve Yeni Telakkilere Göre Hükmi Şahsiyet, Ankara, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi, 1937, s.14-16.

¹⁹ KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013, s.65.

²⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s.223; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.243.

²¹ ÖZTAN, s.10; KAŞAK, Fahri Erdem: “Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26(2), 2020, s.1247.

²² Ticaret Sicili, ticari işletme ile ilgili bazı bilgi belge onay ve işlemlerin kaydedilmesi, kurulması ve açıklanması ve üçüncü kişilerin haberdar edilmesi ile işlemlerin kanıtlanmasına hizmet eden bir kurumdur. BAHTİYAR, s.199 vd.

²³ Bu kavram TTK’da “Ticaret ünvanı” şeklinde yer almaktadır. Türk Dil Kurumuna ait sözlükte “ünvan” şeklinde kullanımının doğru olduğu görülmektedir. Biz çalışmamızda ‘ünvan’ şeklinde kullanımı tercih etmekteyiz.

²⁴ Ticaret ünvanı, tacirin ticari işe ve eylemlerinde kullandığı ada denir. Ticaret şirketlerinin ticaret ünvanı belirlenmesinde uyulması gereken kurallar TTK’da her bir şirket türü için ayrı ayrı düzenlenmiştir. BAHTİYAR, s.130 vd.

²⁵ Paris Sözleşmesi Sınai Hakların Korunması Hususunda 20 Mart 1883 Tarihinde İmzalanmış; 4 Aralık 1900’de Brüksel’de, 2 Haziran 1911’de Washington’da, 6 Kasım 1925’te La Haye’de, 2 Haziran 1934’te Londra’da, 31 Ekim 1958 Lizbon’da ve 14 Temmuz 1967’de Stockholm’de revize edilmiştir. Bkz. <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/288514>, (Erişim: 19.07.2024).

fazla yerleşim yeri olamaz²⁶.

B. Şirket Merkezi

Türk Ticaret Hukuku'nda "merkez" tanımı açıkça yapılmamıştır²⁷. Doktrinde ise ticaret şirketlerinin merkezi; şirketin, faaliyetlerinin kontrol ve organize edildiği, hukuki, idari işlerin toplandığı yer olarak tanımlanmaktadır²⁸. Ticaret şirketlerinde esas sözleşmede merkezin gösterilmesi zorunludur²⁹. Merkezi Türkiye'de olan işletmelerin şubeleri de bulundukları yerin ticaret siciline tescil ve ilan edilir. Kanunda aksine hüküm yoksa, merkezin tescil edildiği sicile yapılan kayıtlar şubenin bağlı bulunduğu sicile de tescil olunur³⁰. Bu kayıtlarla ilgili olarak, şubenin bulunduğu yer sicil müdürlüğünün ayrı bir inceleme zorunluluğu bulunmaz. Merkezi Türkiye'de olmayan işletmelerin Türkiye'deki şubeleri, kendi ülkelerinin kanunlarının ticaret unvanına ilişkin hükümleri saklı kalmak şartıyla, tıpkı Türkiye'de kurulan şirketler gibi tescil edilir. Bu şubelere atanacak tam yetkili ticari temsilcinin yerleşim yeri Türkiye'de bulunmak zorundadır. Ticari işletmenin birden çok şubesi varsa, ilk şubenin tescilinden sonra açılacak şubeler yerli ticari işletmelerin şubeleri gibi tescil olunur³¹.

C. Şirketin Tabiiyeti

Tabiiyet bir gerçek kişiyi veya şeyi devlete bağlayan hukuki ve siyasi bağıdır³². Vatandaşlık terimi sadece gerçek kişiler için kullanılırken tabiiyet terimi gerçek kişi, tüzel kişi ve şeyler için kullanılan geniş bir kavramdır³³. Bir ticaret şirketinin Türk veya yabancı tabiiyette olması hukuki açıdan birçok farklılığı beraberinde getirmektedir. Şirketin işleyişi ve hukuki ilişkilerdeki konumu açısından tabiiyetin tespiti oldukça önemlidir. Türk hukukunda ticaret şirketlerinin tabiiyetinin belirlenmesi hakkında özel bir düzenleme yoktur. Bir ticaret şirketinin Türk mü yoksa yabancı tabiiyetli mi olduğu konusunda tespit için doğrudan bir yöntem uygulanamamaktadır³⁴. Devletlerin ticaret şirketlerinin tabiiyetini tespit etmesinde esas aldığı birtakım teoriler bulunmaktadır. Bunlar kuruluş yeri teorisi, idare merkezi teorisi ve kontrol teorisidir³⁵.

1. Kuruluş Yeri Teorisi

Şirket hangi ülke hukukuna göre kurulmuşsa, o ülkenin tabiiyetine sahiptir. Bu teoride, şirketin tüzel kişiliği, malvarlığı, hak ve fiil ehliyeti kendisine tüzel kişilik sıfatı veren devlete aittir. Kuruluş yeri teorisinde bağlama noktası, şirketin kurulduğu yerdir ve bu yer, şirketin yetkili bir kuruluş tarafından tutulan sicile kaydedildiği yer olarak anlaşılmaktadır. Şirketin idare merkezi, kurulduğu yerden başka yere taşınsa dahi, şirket kuruluş yeri hukukuna tabi olmaya devam edecektir. Şirketin idare merkezinin kurulduğu ülkeden alınarak farklı bir ülkeye taşınması durumunda uygulanacak hukuka ya da şirketin tüzel kişiliğine etki etmeyecektir³⁶. Kuruluş yeri teorisini kabul eden ülkelerde, hükmün kötüye kullanılması mümkündür. Yatırımcılar, kendileri için avantajlı ülke tabiiyetini almak için, şirketi o ülkede kurarak, faaliyetlerine o ülkede devam etmeseler bile, bu ülke kanunlarının getirdiği birçok avantajdan faydalanabilirler. Teorinin ortaya çıkışında çok uluslu şirketler henüz günümüzdeki kadar yaygın değildir. Bu nedenle, çok uluslu şirketler ile şirket toplulukları için elverişli bir tabiiyet sistemi olarak kabul edilmeyebilir. Bu teori, Anglo

²⁶ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s.77.

²⁷ PEKDİNÇER, Tamer: "Ticaret Sicili Açısından Merkez-Şube-Satış Mağazası Kavramları", Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s.472 vd.

²⁸ GÜVEN, Pelin: Ortaklıkların Merkez Değişikliğinde Birleşme, Bölünme Malvarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.46; TEKSOY, Barış, "Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinden Doğan Kanunlar İhtilafında Kuramsal Sorunlar", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 29(2), 2013, s.131.

²⁹ BAHTİYAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 22. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023, s.31; KARAAHMETOĞLU, İsmail Özgün: "Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 1.5.2016 Tarihinde Verdiği E.2015/9937, K. 2016/4885 Sayılı Kararı Işığında Anonim Şirketin 'Merkezi' Kavramı", EÜHFD, 12(1), 2017, s.1-48; AYGÜL, Musa: "Şirketin İdare Merkezinin Türkiye'ye ya da Türkiye Dışına Nakli" (Bildiri), Anadolu Kongresi, 4. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi Tam Metin Kitabı, Diyarbakır 2020, s.4.

³⁰ TTK madde 48/3: "Merkezi yabancı ülkede bulunan bir işletmenin Türkiye'deki şubesinin ticaret unvanında, merkezin ve şubenin bulunduğu yerlerin ve şube olduğunun gösterilmesi şarttır."

³¹ TTK madde 40/3'te: "Merkezi Türkiye'de bulunan ticari işletmelerin şubeleri de bulundukları yerin ticaret siciline tescil ve ilan olunur. Ticaret unvanına ve imza örneklerine ilişkin birinci ve ikinci fıkra hükümleri bu işletmelere de uygulanır. Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça merkezin bağlı olduğu sicile geçirilen kayıtlar şubenin bağlı bulunduğu sicile de tescil olunur. Ancak, bu hususta şubenin bulunduğu yer sicil müdürlüğünün ayrı bir inceleme zorunluluğu yoktur. (4) Merkezleri Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubeleri, kendi ülkelerinin kanunlarının ticaret unvanına ilişkin hükümleri saklı kalmak şartıyla, yerli ticari işletmeler gibi tescil olunur. Bu şubeler için yerleşim yeri Türkiye'de bulunan tam yetkili bir ticari mümessil atanır. Ticari işletmenin birden çok şubesi varsa, ilk şubenin tescilinden sonra açılacak şubeler yerli ticari işletmelerin şubeleri gibi tescil olunur." ifadelerine yer verilmiştir.

³² ULUOCAK, Nihal: Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s.6; ARAT, Tuğrul, Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s.24; NOMER, Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, 31. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023, s.3; GÜNGÖR, Gülin: Tabiiyet Hukuku, 11.Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.11.

³³ NİBOYET, J. P./FİŞEK, Hicri: "Şirketlerin, Hakikaten, Bir Tabiiyeti Mevcut Mudur?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3, 1952, s.97-113.

³⁴ AYGÜL, Musa: Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti (Şirketler), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.21; ULAŞ KISA, Seda: "Milletlerarası Özel Hukukta Ticaret Şirketlerinin Temsil ve İlzamı", İstanbul Barosu Dergisi, 76(1), 2002, s.49-50.

³⁵ MOROĞLU, Erdoğan: "Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması", MHB, 22, 2002, s.114; DOĞANAY, İsmail: "Şirketlerin ve Özellikle Anonim Şirketlerin Tabiiyeti", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 13(1), 1985, s.65-78.

³⁶ TEKSOY, Barış: "Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Tüzel Kişiler ve MÖHUK'un 9. Maddesi", in Tanrıbilir, Feriha Bilge/Gümüşlü Tunçağıl, Gülce (ed.), 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu, Ankara 2019, s.205.

Sakson hukuk sisteminde uygulanmaktadır³⁷.

2.İdare Merkezi Teorisi

Şirketin idare merkezi nerede bulunuyorsa, şirket o devletin tabiiyetini kazanır. Bu teori ile kuruluş yeri teorisi arasında çok farklı değildir. Çünkü bu sistemi kabul eden ülkeler idare merkezinin de kuruluş yerinde olması şartı getirmişlerdir³⁸. Özetle, bu sistemin kabul edildiği ülkelerde bir şirketin tabiiyeti, idare merkezine bağlanmış olmakla birlikte, aynı zamanda idare merkezinin o ülkede belirlenmesi için, orada kurulmuş olma şartı aranmaktadır. Bu teorinin kabulündeki sorun, şirketin merkezinin belirlenmesindeki zorluktur. Şöyle ki, şirketin esas sözleşmesinde gösterilen merkez ile işlerin fiilen yürütüldüğü yer farklılaşabilmektedir. Şirketin bağlı olduğu devlet ile arasında “gerçek bağ” olması aranmaktadır³⁹. Ayrıca şirketin fiili merkezi ile ticari işletmenin merkezi örtüşmeyebilir ve bu durumda şirketin merkezinin yerinin tam tespitinde belirsizlik ortaya çıkar. Bu teoriye göre, şirketin idare merkezinin bulunduğu ülkenin hukuku, şirketle ilgili hukuki ihtilaflara uygulanmalıdır. Bu teorinin dayanağı olan esas husus, şirketle ilgili bir uyuşmazlıkta şirkete uygulanacak hukuk ile şirket arasında gerçek bir bağ (*genuine link*) olması gerektiğidir. Şirket ile şirkete uygulanacak hukuk arasında gerçek bağ; şirketin bütün faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve hukuken “varlık” bulduğu yer, idare merkezinin bulunduğu yerdir. Gerçek idare merkezi; şirketin merkezi yönetiminin bulunduğu, şirket politikalarının yönlendirildiği ve faaliyetlerinin yönetildiği yer olarak kabul edilmektedir⁴⁰. Bu teoriyi Kıta Avrupası hukuk sistemi benimsemiştir⁴¹.

3.Kontrol Teorisi

Şirketlerin tabiiyeti, şirketi fiilen kontrol altında tutan kişinin vatandaşlık bağına göre belirlenir. Bu teori, savaş hallerinde, olağanüstü durumlarda, yabancılar hakkında alınan önlemler gereği geliştirilmiştir⁴². Aslında teorinin kabul ediliş noktası, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması⁴³ ile ortaya çıkmıştır. Şirketlerin tüzel kişilik perdelerinin kaldırılarak, arkalarında kim ya da kimlerin hatta hangi ülke vatandaşlarının olduğunun tespiti amaçlanmıştır. Kontrol teorisi, şirketin tabiiyetinden çok, “düşman karakterini”⁴⁴ belirlemeye yöneliktir. Şirketin sahip olduğu tüzel kişilik ve tabiiyeti ile ilgilenmemekte, bilakis, bu tüzel kişiliği kaldırarak, arkasında yer alan ortakların tabiiyetini tespit etmektedir.

4.Türk Hukukundaki Sistem

Türk hukukunda şirketlerin tabiiyetinin hangi kriterlere göre belirleneceği tam bir açıklığa kavuşturulmamıştır. Mevzuatta şirketlerin tabiiyeti ile ilgili yürürlükte olan net bir hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte “şirketlerin tabiiyeti” kavramsal olarak 6762 sayılı mülga TTK madde 388’de yer almakta idi. Söz konusu düzenlemede “şirketin tabiiyetinin değiştirilmesine ilişkin kararlar” şeklinde ifadeye yer verilmişti. Sonrasında kanun değişikliği ile bu düzenleme 6102 sayılı TTK madde 421/1-b’de “Şirketin merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin kararlar” olarak ifade edilmiştir. Burada anonim şirketin tabiiyetinin şirketin merkezi ile belirlendiği sonucuna varılmaktadır⁴⁵.

Bu bilgiler ışığında Türk şirketler hukuku prensiplerinde şirketin tabiiyetinin belirlenmesinde “merkez yeri” kriterinin baskın olduğu görülmektedir⁴⁶. Nitekim kolektif şirket için TTK madde 213/1-c’de; anonim şirketler açısından TTK madde 339/1-a’da; limited şirkette TTK madde 576/1-a’da şirketin merkezinin esas sözleşmede kuruluşta gösterilmesi gerektiği yer almaktadır. Ayrıca önemle vurgulamak isteriz ki; TTK madde 195/1-b’de,

“Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.”

³⁷ Kuruluş yeri kriterinde önemli olan kuruluş yerinin nerede olduğudur. Şirketin hangi ülkede faaliyet gösterdiğinin veya kuruluş yerinde faaliyette bulunmadığının önemi yoktur. Konuyla ilgili önemli kararlar: Überseering ve Inspire Art kararlarıdır.

³⁸ EBKE, Werner F: “The ‘Real Seat’ Doctrine In The Conflict of Corporate Law”, INT’L LAW, 36, 2002, s.1015 vd.

³⁹ AYGÜL, Bildiri, s.13.

⁴⁰ KAVLAK, Bengül: Uluslararası Şirket Birleşmeleri, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s.147-148; KAVLAK, Bengül: “Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Temelinde Avrupa Birliği Hukukunda Şirketlerin Yerleşme Özgürlüğü” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 134, 2018, s. 637-704.

⁴¹ AYGÜL, Şirketler, s.25. İtalya, Portekiz, Lüksemburg, Yunanistan ve İspanya’da idare merkezi sistemi kabul edilmekle birlikte idare merkezini nakli tüzel kişiliği sona erdirmemekte, sadece şirket tabiiyetinin değişmesine neden olmaktadır. (Aygül, Şirketler, s.25, dn.31.)

⁴² MOROĞLU, s.415.

⁴³ Sınırlı sorumluluk günümüzde, hukuki bir araç olarak şirketler hukukunda önemli bir yer tutarak sermaye piyasasının temelini oluşturmaktadır. Sınırlı sorumluluk prensibinden dolayı ortaya çıkabilecek tehlikeleri önceden görebilmek ve ortaya çıkan riskleri karşılayabilmek için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ortaya çıkmıştır. Tüzel kişi ortaklık bir hukuki şahsiyet olarak ekonomik düzene katılmakta ve ortaklarından ayrı bir şekilde sadece kendi malvarlığı ile alacaklılara karşı sorumluluk altına girmektedir. Dolayısıyla ortaklar, şirket malvarlığına kesinlikle alacaklıların zararına olacak müdahalelerde bulunamazlar. Tüzel kişiliğin arkasına gizlenerek tüzel kişiliği kötüye kullanan ortakları sorumlu tutma imkânı doğmuştur. Böylece alacaklılarına karşı sadece kendi malvarlığı ile sorumlu olan bir sermaye şirketinin borçlarından dolayı ortaklara da başvurma imkânı doğmuş olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz; ESEN, Emre: Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s.84; KERVANKIRAN, Emrullah: “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, EÜHFD, 11(3-4), 2007, s.453-472.

⁴⁴ İngiltere’de kabul edilen “Düşmanla Ticaret Kanunu” hükümlerine göre, İngiltere’de kurulmuş ve faaliyet gösteren fakat düşman ülke vatandaşları tarafından yönetilen şirketler de “düşman” olarak kabul edilmektedir. Yine ABD de özellikle II. Dünya Savaşı yıllarında “düşmanla ticaret” ile ilgili mevzuatını yeniden düzenlemiş ve tüzel kişiliğin ardındaki kişilerin milliyetlerine göre düşman karakterli şirket olarak belirlemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz; AYGÜL, Şirketler, s.30.

⁴⁵ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s.81.

⁴⁶ AYBAY, Rona/ÖZBEK, Nimet/ERSEN PERÇİN, Gizem: Vatandaşlık Hukuku, Siyasal Kitabevi, Ankara 2019, s.315.

ifadelerinden açıkça anlaşılmaktadır ki, merkezinin Türkiye’de yer alması Türk tabiiyetindeki şirket statüsünü kazanması için yeterli ve gereklidir. TTK madde 354’te de şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescili konusunda düzenleme bulunmaktadır.

Öte yandan Türk hukukunda ticaret şirketlerinin taşınmaz edinmesi konusunu düzenleyen Tapu Kanunu⁴⁷ madde 35/2’de yer alan,

“Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Bu ticaret şirketleri dışındakiler taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı ayni hak tesis edilemez. Bu ticaret şirketleri ile yabancı uyruklu gerçek kişiler lehine taşınmaz rehni tesisinde bu maddede yer alan sınırlamalar uygulanmaz.”

ifadeden anlaşılmaktadır ki; kuruluş yeri sistemi esas alınmıştır.

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununda⁴⁸ yabancı yatırımcı kavramına dahil olanlar kapsamında yabancı şirket tanımını içeren madde 2/2’de “2) Yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve uluslararası kuruluşları,” ifadelerine yer verilmiştir. Benzer şekilde Maden Kanunu⁴⁹ 6’ncı maddede yer alan düzenleme de “Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiliği (ayrı yazılmasına dair hakem tarafından verilen uyarı; kanundaki ifadenin aynen alınması ve söz konusu hatanın kanunda yapılmış olduğunun kontrolü sonucu değişikliğe gidilmemiştir.) haiz şirketlere, bu hususta yetkisi bulunan kamu iktisadi teşebbüsleri ile müesseseleri, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ile diğer kamu kurum, kuruluş ve idarelerine verilir.” ifadelerine yer verilerek kuruluş sistemine dikkat çekilmiştir.

Özetle, Türkiye’de şirketlerin tabiiyetinin tespitine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, merkez yeri ve kuruluş yeri kriteri açısından şu değerlendirmeyi yapmak mümkündür: ‘Türkiye’de kurulan ve merkezi Türkiye’de bulunan şirket’ Türk şirkettir. Nitekim, Türk mevzuatına göre kurulan bir şirketin merkezinin Türkiye’de bulunması gerekmektedir. Türkiye’de kurulan bir şirketin merkezini yurtdışında göstermesi mümkün değildir.

Yargı kararları bakımından ise; güncel olarak verilen İstanbul 43. BAM 2020/201 E. 2021/249 K. 04.03.2021 tarihli kararında;

“... şirketinin merkezi Lüksemburg olup, yabancı bir şirket olduğunu... Dosyaya sunulan ve davaya dayanak yapılan İngilizce düzenlenmiş 02 Haziran 2016 tarihli sözleşmenin taraflarından birinin davacı ... şirketi olup, bu şirketin Lüksemburg menşeli bir yabancı şirket olduğu anlaşılmaktadır...”

ifadeleri ile yabancı şirketin tespitinde şirket merkezine bağlı kaldığını şeklinde yorumlanabilir.

D. Yabancı Şirket

Türk Hukuku’nda yabancı şirketlerle ilgili getirilen kuralların uygulanması ve yine kanunlar ihtilafı konusunda, hangi ticari şirketlerin yabancı sayıldığının belirlenmesi gerekmektedir. Türk hukukunda teknik olarak “yabancı şirket” tanımı yapılmamıştır. Ancak; belirtmek gerekir ki, 6102 sayılı TTK madde 525 (6335 sayılı kanunla mülga)’teki

“(1) Merkezleri Türkiye dışında bulunan şirketlerin Türkiye şubelerinin müdürleri, şubeye özgü finansal tablolarının ayrıntılı şekliyle, şubesi oldukları şirketin ve varsa bu şirketin dâhil bulunduğu topluluğun, yılsonu tablolarının özetlerini ve yıllık raporlarını merkezin tabi olduğu hukuka göre gerekli olan onaylanmalarından itibaren altı ay içinde 524 üncü madde hükmü uyarınca Türkiye’de yayımlarlar.”

ifadelerinden çıkarımla yabancı şirketin “merkezi Türkiye dışında olan şirket” olarak anlaşıldığını görmekteyiz.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1988/2779 E. 1988/8004 K. ve 29.12.1988 tarihli kararında yer alan ifade,

“Her ne kadar Türk doktrininde tüzel kişilerin vatandaşlığı tartışmalı bir konu ise de, çeşitli yasal düzenlemelerde tüzel kişilerin vatandaş veya yabancı oluşu dikkate alınarak hükümler getirildiği görülmektedir (Bkz. 1330 tarihli Yabancı Anonim ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Şirketler Kanunu’nun 15. maddesi; Petrol Kanunu’nun 39. maddesi; Sigorta Şirketlerinin Murakabesi Hakkında Kanunun 6. maddesi vd. gibi). Anonim şirketler bakımından ise, TTK.da bu şirketlerin vatandaşlığı ile ilgili doğrudan bir düzenleme yok ise de, bu nevi şirketlerin ana sözleşme değişikliği ile ilgili 388. maddesinin ilk fıkrasında şirketin uyrukluğunu (tabiiyetini) değiştirmede şirket genel kurulunca alınacak kararda aranması gereken oy nisabı düzenlenmek suretiyle bu nevi şirketlerin de uyrukluğunun bulunduğu hiç bir duraksamaya meydan vermeyecek şekilde açıklanmış bulunmaktadır. O halde, davacı anonim şirketin bir uyrukluğunun bulunduğu bu yasal düzenleme karşısında tartışma konusu olmamak gerekir.”

“Yabancı şirket” kavramı çoğu zaman “yabancı sermayeli şirket” kavramıyla birbirine benzetilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, “yabancı sermayeli şirketler” Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre Türkiye’de kurulurlar ve Türk Ticaret Sicili’ne kaydedilirler. Bu şirketler Türk hukuk kurallarına tâbi şirketler olmakla birlikte sermayelerinin tamamı veya bir kısmı yabancı gerçek veya tüzel kişilere aittir. Pay sahiplerinin yabancı olması bir şirketin de yabancı olması anlamına gelmez. Diğer yandan, doktrinde, hangi ticaret şirketlerin “yabancı şirket” olarak değerlendirileceği konusu tüzel kişinin tabiiyetinin belirlenmesi kapsamında ele alınmış ve tüzel kişiliğin merkezinin bulunduğu yer, tüzel kişinin faaliyetlerinin merkezi olan yer, şirketi kuran hukuk, fiilen şirketi kontrolü altında bulunduran gerçek kişilerin vatandaşlığı

⁴⁷ 2644 Sayılı Tapu Kanunu, RG: 29.12.1934, 2892.

⁴⁸ 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, RG: 17.06.2003, 25141.

⁴⁹ 3213 Sayılı Maden Kanunu, RG: 15.06.1985, 18785.

gibi ölçütler öne sürülmüştür. TTK madde 40/4'te "Merkezleri Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye 'deki şubeleri, kendi ülkelerinin kanunlarının ticaret unvanına ilişkin hükümleri saklı kalmak şartıyla, yerli ticari işletmeler gibi tescil olunur ... " hükmüne yer verilmiş olmakla, bir şirketin yabancılık vasfının TTK'nın genel hükümlerine göre tayin edilebileceği şeklinde bir değerlendirme de yapılmak istenmiştir. Bu maddenin lafzı esas alındığı takdirde, merkezi Türkiye dışında bulunan bir şirketin "yabancı şirket" olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür⁵⁰.

Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre; şirketlerin statüsünün tespitine dair ayrıca bir madde bulunmamaktadır. Şirketlere ilişkin uyumsuzluklarda şirket statüsünün tespiti için Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)⁵¹ madde 9/4 esas alınmaktadır⁵². MÖHUK madde 9/4'te yer alan düzenleme "Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir." şeklindedir. MÖHUK'ta yer alan bu düzenlemeye göre; şirketlerin hak ve fiil ehliyetlerinin idare merkezi sistemine göre belirlendiği görülmektedir. Şirketlerle ilgili konularda uygulanacak hukuka dair MÖHUK'ta başkaca düzenleme olmadığından hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukuka göre belirlenir. Örneğin; tüzel kişilerin organları, işleyişi, paydaşların hak ve sorumlulukları veya çalışma konumuz olan merkez değişikliğinde de hak ve fiil ehliyetine göre uygulanacak hukuka göre belirlenir. Hak ve fiil ehliyeti kişiler hukukuna ilişkin bir mesele olduğundan MÖHUK madde 2/3'ye göre atıf dikkate alınır. Şirketin merkezine yönelik belirlenecek hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukukun maddi hukuk kuralları uygulanır.

III. ŞİRKETLERİN SERBEST DOLAŞIMI İLKESİ

Tüzel kişilerin yerleşim yeri, idari yapısının bulunduğu ve işlerinin fiilen yönetildiği yerdir. Şirketlerin serbest dolaşımı veya yerleşme özgürlüğü prensibi; şirketlerin merkezinin bir ülkeden bir başka ülkeye taşınması veya yabancı ülkede şube, acente gibi birimler yoluyla serbestçe faaliyet göstermesidir⁵³. Avrupa Birliği Hukuku'nda tüzel kişinin şube ya da yan kuruluş şeklinde faaliyet gösterebilecek birimler açması yerleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁴. Avrupa Birliği Kurucu Anlaşması madde 3'te yer alan "üye devletlerin ekonomilerinin uyumlu olmasına iç sınırlardan arınmış ortak pazar kurularak ulaşılması" kriterinden yola çıkılarak bir tüzük çıkarılmıştır. AB çerçevesinde ikincil bir mevzuat olan Avrupa Şirketi Statüsüne İlişkin 2001/2157/AT Tüzüğü⁵⁵ ile "yerleşme özgürlüğü ilkesi" benimsenmiştir⁵⁶. Bununla birlikte üye devletlerden herhangi birinde kurulan şirketin, diğer üye ülkelerde de serbestçe faaliyet göstermesinin önu açılmış ve şirketlerin serbest dolaşımı sağlanmıştır⁵⁷. Şirketlerin serbest dolaşımı konusu, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma (ABİHA)⁵⁸ 54'üncü maddesinde de yer almaktadır. Madde mülga 48'inci maddeye karşılık gelmektedir. Söz konusu düzenlemenin içeriğine göre; bir üye devletin hukukuna uygun olarak kurulan ve kayıtlı ofisi, merkezi idaresi veya asıl iş yeri Birlik içinde olan şirketler veya firmalar, üye Devletlerin vatandaşı olan gerçek kişilerle aynı şekilde muamele görürler. "Şirketler veya firmalar" ifadesiyle anlatılmak istenen; medeni hukuk veya ticaret hukuku uyarınca kurulmuş şirketler veya firmalar ve kâr amacı gütmeyenler hariç olmak üzere kamu hukuku veya özel hukuk tarafından yönetilen diğer tüzel kişiler, ifadesidir. Burada dikkat çeken nokta gerçek kişilere tanınan yerleşme ve hareket serbestisinin şirketler için de sağlanmaya çalışılmış olmasıdır. Bu serbestiyi fırsat olarak gören tacirler için elbette ki değişik sebeplerle şirketlerin kuruluş ve fiili idare merkezinin farklı birlik ülkelerinde yer alması durumlarına rastlanmaktadır. Şirketlerin özellikle asgari kuruluş sermayesinin daha makul olması, ortakların sorumluluk sınırlarının darlığı gibi çeşitli sebepler sunulabilir.

Yerleşim özgürlüğü kavram olarak; yalnızca tabiiyeti, tanımayı ve şirkete uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını kapsamamakta, ayrıca herhangi bir ülkede kurulan şirketin farklı ülkelere nasıl açılacağı

⁵⁰ AZARKAN, Necat: "Dünya Ticaretinin Küreselleşmesi Bağlamında Yabancı Şirketlerin Yerleşim Özgürlüğü", Regesta, 3(1), 2013, s.88.

⁵¹ RG: 12.12.2007, 26728.

⁵² ÖZEL, Sibel/ERKAN, Mustafa/PÜRSELİM, Hatice Selin/KARACA, Hüseyin Akif: Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı. İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2024, s.237; GÜNGÖR, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 141; ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 11.Bası, Beta Basım, İstanbul 2024, s. 136-137.

⁵³ KONYALI, Sinan Can: "Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları Işığında Ticari Şirketlerin Yerleşme ve Serbest Dolaşım Özgürlüğü", Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 8(2), 2015, s.115-153.

⁵⁴ CUYVERS, Armin: "Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services in the EU", in Ugirashebuja, Emmanuel/Ruhangisa, John/Ottvanger, Tom/Cuyvers, Armin (ed.), East African Community Law: Institutional, Substantive and Comparative EU Aspects, 2017, s.381; VACCARO, Enrico: "Transfer of Seat and Freedom Of Establishment in European Company Law", EBLR, 2005, s.1348 vd., WYMEERSCH, Eddy: "Is a Directive on Corporate Mobility Needed?", European Business Organization Law Review, 8(1), 2007, s.165.

⁵⁵ Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001R2157>, (Erişim: 19.07.2024).

⁵⁶ Ayrıca konuyla ilgili hükümler içeren Directive (EU) 2019/2121 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions (Text with EEA relevance) için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/2121/oj> E.T. 10.01.2025.

⁵⁷ AZARKAN, s.82.

⁵⁸ Treaty on the Functioning of the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/treaty-on-the-functioning-of-the-european-union.html>, (Erişim: 19.07.2024).

konusunu da kapsamaktadır⁵⁹. Bir şirketin kuruluş ve faaliyet yerinin farklılaşması en başta şirketin tabiiyetinin tespitini zorlaştırmaktadır. Şirketin içinde veya dışında olabilecek uyumsuzluklar bakımından kanunlar ihtilafı kurallarının tespiti noktasında şirketlerin tabiiyetinin tespiti yargılama faaliyetinde kilit rol oynamaktadır. Örneğin kuruluş yeri ve fiili idare merkezi farklı ülkelerde ise; her iki ülkenin sistemi de şirket tabiiyeti bakımından farklılık taşıyorsa (kuruluş yeri sistemi veya fiili idare merkezi sistemine göre) bu durumda olası bir yargılamada şirketin statüsünün tespiti zorlaşacak ve belirsizlik doğacaktır.

Avrupa Birliği hukukunda tüzel kişiliğin korunarak feshetmeden şirketin sicilini-merkezini nakletmek mümkündür ve şirketlerin yerleşme hürriyeti ilkesi kapsamındadır⁶⁰. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD), vermiş olduğu birkaç kararda, şirketlerin serbest dolaşımı konusuna farklı açılardan ışık tutmuştur.

- Daily-Mail Kararı⁶¹: Davada bir İngiliz şirketi, birtakım menfaatleri için merkezinin Hollanda'ya naklini istemiştir. Ancak, bu nakil için gereken izinlerin İngiliz yetkilileri tarafından verilmemesi üzerine, yerleşim özgürlüğünün kısıtlandığı iddiası ile davayı açmıştır. ATAD ise, serbest yerleşme hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir⁶². ATAD bu kararda şirketlerin yerleşme özgürlüğü için AB'ye üye bir başka devlette şube, acente veya başka alternatif yöntemlerle yer alması konusuna değinmiştir. Buna göre de Avrupa Topluluğu Anlaşması madde 52-58 uyarınca, üye devlet hukukuna göre kurulu bulunan bir şirketin yönetim ve idare organlarının kurulduğu devletteki statülerini koruyarak nakletme konusunda hak tanımadığı yönünde yorumda bulunmuştur.
- Centros Kararı⁶³: Danimarkalı bir çift tarafından İngiltere'de kurulmuş bir şirketin Danimarka'da şube açmasına Danimarka yetkilileri tarafından izin verilmemesi üzerine açılmış davadır. Bu davada, şirket kurucuları Danimarka'da ikamet eden ve Danimarka vatandaşı olan kişilerdir. Danimarka kanunlarına göre, kuruluşta ödenmesi gereken vergiden kaçınmak amacıyla İngiltere'de kurulmuştur⁶⁴. Danimarkalı yetkililer idare merkezi prensibi çerçevesinde Danimarka hukukunun uygulanacağını ifade etmişlerdir. Danimarka'nın bu davada öne sürdüğü ifadeye göre; bir üye ülke hukukuna göre kurulmuş şirketin Danimarka'da şube açması Danimarka mevzuatına uygundur. Fakat Centros'un kayıtlı olduğu ülkede hiçbir faaliyette bulunmaması nedeniyle bir birincil yerleşimin söz konusu olduğu, bu nedenle de ödenmesi gereken bir asgari sermaye bulunduğundan bundan kaçınmak için bir yöntem geliştirildiği belirtilmektedir⁶⁵.

ATAD, kararında; Danimarka'nın tutumunu eleştirmiş, herhangi bir hukuki menfaat koruması olmayacağı sonucuna vararak, yerleşim özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir⁶⁶.

- Überseering Kararı⁶⁷: 1990 yılında Hollanda'da kurulan Überseering şirketi, 1995 yılında iki Alman vatandaşı tarafından satın alınmış ve bu tarihten itibaren şirketin gerçek idare merkezi Almanya'nın Düsseldorf şehri olmuştur. Şirket, 1992 yılında sözleşme imzalamış olduğu Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NNC) 'yi sözleşmenin ihlali nedeniyle dava etmiştir. Davalı şirket savunmasında, davacı Überseering'in Hollanda'da kurulmuş ancak idare merkezinin Almanya'da bulunduğu ve Alman hukukuna göre kurulmadığından hak ve fiil ehliyetinin (ve dava ehliyetinin) bulunmadığını ileri sürmüştür. Federal Mahkemece konu, ATAD'a götürülmüştür.

ATAD, topluluk hukukunun üstünlüğü prensibine dayanarak bir üye ülkenin hukukuna göre kurulmuş ve sicil yeri, idare merkezi, gerçek idare merkezi üye ülkelerden birinde bulunan şirketlerin yerleşme özgürlüğünü vurgulamıştır. Diğer bir ifadeyle bu kriterleri sağlayan şirketlerin, üye ülkelerdeki serbest dolaşımı ve yerleşme özgürlüğü iç hukuk düzenlemelerine takılmaksızın varlığını sürdürmektedir.

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz; KARA, Etem: Avrupa Birliği'nde Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği, Seçkin Yayıncılık 2014, s.37 vd.; COŞGUN, Hüseyin: Avrupa Şirketi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s.88 vd.

⁶⁰ Şirketlerin birincil ve ikincil yerleşme hakkı bulunmaktadır. Birincil yerleşme hakkı, şirketin sicilinin bulunduğu yerin tamamen değiştirilmesidir. İkincil yerleşme hakkı ise şirketin merkez değişikliği yapmadan şube, acente açmak gibi faaliyet alanı oluşturmasıdır. SÜRAL, Ceyda/TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur: Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Özkan, Işıl/Süral Efeçinar, Ceyda/Tütüncübaşı, Uğur (ed.), Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.642-643.

⁶¹ Judgment of the Court of 27 September 1988, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61987CJ0081>, (Erişim: 05.07.2024).

⁶² VOSESTEIN, Gert-Jan: "Transfer Of Registered Office, The European Commission's Decision Not To Submit Proposal For A Directive", 4(1), 2008, s.55; KOROM, Veronika/METZINGER, Peter: "Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice Confirms and Refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C-210/06", European Company and Financial Law Review, 6(1), 2009, s.138; RAMMELOO, Stephan: "Cross-Border Company Mobility and the Proposal for a 14th EC Company Law Directive: 'Daily Mail' Surmounted", Maastricht Journal of European and Comparative Law, 6(2), 1999, s.105.

⁶³ Judgment of the Court of 9 March 1999 -Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:61997CJ0212>, (Erişim: 22.07.2024).

⁶⁴ GÜREL, Murat: "Polbud Kararı Sonrasında İş Kurma Serbestisinin Kapsamı ve Şirketlerin Sınıraşan Tür Değişikliği", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 17(2), Ocak 2019, s. 279-316.

⁶⁵ DYRBERG, Peter: "Full Free Movement of Companies in Community at Last", EUR.L.REV., 28(4), 2003, s.528 vd.; WYMEERSCH, Eddy: Centros: A Landmark Decision in European Company Law, Institute Working Paper Series, WP 1995-15, Gent 2001, s.2.

⁶⁶ Bir şirketin Danimarka'da tescilinden kaçınmanın hakkın kötüye kullanımına yönelik bir tedbir olarak değerlendirilemeyeceği, Danimarkalı yetkililerin uygulamak istedikleri kısıtlamaların alacaklıları koruma ihtiyacına atıfta bulunularak haklı görülemeyeceği, nitekim bu durumun ATA'da izin verilen geçerli istisnalardan olamayacağı şeklinde değerlendirmeler yapılmıştır. COŞGUN, s.106.

⁶⁷ Judgment of the Court of 5 November 2002, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-208/00>, (Erişim: 23.07.2024).

Bu nedenle her ne kadar Alman hukukunda idare merkezi teorisi kabul edilmişse de diğer bir üye ülke olan Hollanda’da kurulan şirketin hak ve fiil ehliyetinin olmadığına karar verilmesi, ATAD’a göre topluluk hukuku ve değerleriyle bağdaşmamaktadır.

- Inspire Art Kararı⁶⁸: İngiltere’de kurulmuş ve buradaki sicile kayıtlı *Inspire Art* şirketi, yöneticisi ve şirketi tek başına temsile yetkili olan kişinin bulunduğu Hollanda’da 2000 yılında bir şube açarak buradaki faaliyetlerine başlamıştır⁶⁹. Aynı zamanda (Hollanda hukukuna aykırı şekilde) yabancı şirket olduğu belirtilmeksizin Hollanda ticaret siciline tescil edilmiştir. Hollanda Ticaret Odası, *Inspire Art* şirketinin tüm faaliyetlerini Hollanda’da sürdürdüğü ve yabancı bir şirket olmasına rağmen ilgili mevzuattaki yükümlülükleri yerine getirmediği gerekçesiyle konuyu mahkemeye taşımıştır. Mahkeme, şirketin Hollanda hukukuna göre yabancı bir şirket olduğuna karar vermiş ancak Hollanda’daki şubesine yönelik yükümlülüklerin Birlik hukukuna aykırı olup olmadığı konusunu ABAD’a götürmüştür.

ABAD, kararında şirketin çeşitli avantajlar nedeniyle farklı bir üye ülkede kurulmasını yerleşme özgürlüğü ve serbest pazarın bir parçası olarak değerlendirmiştir. Bununla birlikte Hollanda hukukunda Yabancı Şirketlere İlişkin Kanun’un (WFBV) getirdiği birtakım yükümlülükleri yerleşme özgürlüğü ile bağdaşmadığı ve yabancı şirketlere yönelik ayrımcılık içerdiği gerekçesiyle Birlik hukukuna aykırı bulmuştur.

- SEVIC⁷⁰: Almanya’da kurulmuş olan *Sevic System* ve Lüksemburg’da kurulan *Security Vision* şirketlerinin birleşmesi dava konusu olmuştur. Şirketler, *Security Vision* şirketinin tüm malvarlığının *Sevic System*’e devrolması, bu işlem sırasında *Security Vision* şirketinin tasfiye olmaması istegindedir. Ancak Alman mahkemesi, bu tür bir birleşmenin Alman hukukuna göre ancak iki Alman şirketi arasında olabileceği gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Yüksek Mahkeme konuyu ABAD önüne götürmüştür.

ABAD, Alman hukukunda Alman şirketi olmayan şirketlerle birleşmeye izin vermeyen düzenlemenin güncel şirketler hukukundaki ihtiyaçlara ters düştüğü ve şirketlerin yerleşme ve serbest dolaşım özgürlüğüne aykırı olduğu yönünde karar vermiştir. Şirketlerin yerleşme özgürlüğünün, şirketin oluşum ve idaresini kapsadığı vurgulanmış, birleşme ve devralmada üye devletler arasında bir ayırım yapılmaksızın bu özgürlüğün tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁷¹.

IV. ŞİRKETLERİN MERKEZ DEĞİŞİKLİĞİ VE UYGULANACAK HUKUK KURALI

A. Genel Olarak

Şirketlerin ehliyetleri ve tüzel kişiliklerine uygulanacak hukuk, ortaklık statüsü olarak da adlandırılmaktadır. Bunun belirlenebilmesi için, ana sözleşmede şirket merkezi (statüdeki merkez) ile idare merkezi varlığı bilinmelidir. Şirketlerin merkezinin belirlenmesindeki kriterler ile şirketin tâbi olduğu hukuka ulaşılmaktadır. Tüzel kişilerin ehliyeti konusunun, *lex societatis* in yani şirket statüsünün uygulama alanı içinde olduğu ifade edilebilir⁷².

Türk Hukuku’nda şirketlerin merkez değişikliğinde uygulanacak hukuk konusunda mevzuatta ayrıca bir düzenleme bulunmamaktadır; yabancı tüzel kişilere uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK madde 9’da düzenleme getirilmiştir.

Yabancı tüzel kişilere uygulanacak hukuk konusunda tüm dünyada kabul edilen iki farklı kriter bulunmaktadır. Bunlardan biri, kuruluş yeri hukukunu benimseyen kriter, diğeri ise, şirketin gerçek merkezinin bulunduğu yer hukukudur. Her ikisi de şirketlerde irade serbestliğini esas alır⁷³. Bu kriterler tüzel kişilere uygulanacak hukukun belirlenmesinde esasında çalışmamızda da yukarıda değindiğimiz şirketlerin tabiiyeti konusunda yer alan kuruluş yeri, idare merkezi ve kontrol teorisinden doğmaktadır.

Kuruluş Yeri Kriteri; Şirketlerin kuruldukları yerin hukukunun uygulanmasını öngörür. Genellikle Anglo-Sakson ülkelerde bu kriter uygulanır⁷⁴. Bu sisteme göre, şirketin kuruluşunun geçerliliği ve işleyişinde uyulması gereken hususlarda en uygun hukuk, kuruluş yeri hukukudur. Şirketlerin varlığını ve buna bağlı olarak tüzel kişiliklerini, kuruldukları yer hukukuna borçlu olduğunu savunan bu görüş, ABD’de “iç işleyiş doktrini-internal affairs doctrine”⁷⁵ olarak anılmaktadır⁷⁶. Kuruluş yeri kriteri, esas itibari ile hukuka uygun ve kullanışlı izlenimi verse de uygulamada hile yoluna başvuruya rastlanmaktadır. Bu teorisinin uygulandığı ülkelerde kurulduğu yerde neredeyse hiç faaliyet göstermeden varolan “posta kutusu” şirketlere rastlamak mümkündür. Örneğin; ABD’nin Delaware eyaletinde şirketler hukuku kurallarının diğerlerine göre daha esnek olması sebebiyle, bu eyalet şirket cenneti olarak bilinir. ABD’de New York Borsasına kayıtlı hemen tüm anonim şirketler bu eyalette kurulmaktadır. Şirketlerin kuruluş yeri hukukunun uygulanması kuralına dahil olmak için şirketler fiilen faaliyet yaptıkları bölgelerden çok ayırık yerlerde kurabilmektedir.

⁶⁸ Inspire Art, 2003 E.C.R I-10155, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-167/01>, (Erişim: 22.06.2024).

⁶⁹ ÖZEL, Sibel: “Avrupa Adalet Divanı’nın Inspire Art Kararı Üzerine Bir İnceleme”, in Arkan, Sabih/Yongalık, Aynur (ed.), Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Turhan Kitabevi Ankara 2006, s.462.

⁷⁰ VOSSESTEIN, Gert-Jan: “Companies’ Freedom of Establishment after SEVIC”, European Company Law, 3(4), 2006, s.177 vd.

⁷¹ Benzer nitelikli Polbud Kararı için bkz. GÜREL, s.297 vd.

⁷² İYİT, Bülent: Milletlerarası Özel Hukukta Ticaret Şirketlerinde Birleşmeler ve Devralmalar, Platon Hukuk, İstanbul 2022, s.52.

⁷³ ANSAY, Tuğrul: “Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşimi ve Tanınması”, MHB, 23, 2003, s.3.

⁷⁴ AYGÜL, Şirketler, s.89.

⁷⁵ DEMOTT, Deborah A.: “Perspectives On Choice Of Law For Corporate Internal Affairs”, Law and Contemporary Problems, 48(3), 1985, s.186.

⁷⁶ AYGÜL, Şirketler, s.89.

Yukarıda belirtildiği gibi İngiliz Hukuku da kuruluş yeri sistemini benimsemektedir. Bu sistemi benimsemesinin temeli olarak 1892 tarihli Londra Mahkemesi kararına⁷⁷ dahi etki ettiği belirtilmektedir. ABD’de meydana gelen Delaware eyaletinde şirket kuruluşlarının yaygınlaşmasının bir benzeri de İngiltere’de meydana gelmektedir. Yatırımcılar, kendileri için en kârlı hukuku seçerek, genellikle İngiltere’de şirket kurmaya yönelik bir eğilim içindedirler. Sınırlı sorumluluktan ve iç hukuktaki kolaylıklardan faydalanmak için İngiltere’yi tercih etmektedirler⁷⁸. İsviçre, Hollanda ve İrlanda da şirketlere kuruluş yeri hukukunu uygulamaktadır. Kuruluş yerinden kasıt esasında teknik olarak sicil yeridir denilebilir. Bu kriterde temel olan şirketin kuruluşta tescil edildiği yerdir.

Gerçek İş Merkezi Kriteri; Şirketin idari ve hukuki işlerinin yürütüldüğü ve merkez olarak kayıtlı olan yer hukukunun uygulanmasını öngörür. İdare merkezi kriteri olarak da adlandırılan bu kriterde, merkezin bulunduğu yer hukukunun uygulanması çeşitli menfaatlere dayandırılmıştır. Örneğin, tüzel kişinin faaliyetini yürüttüğü ve yönettiği yer hukuku, bu tüzel kişinin çıkarlarını koruyan bir hukuk olarak kabul edilir⁷⁹. Bu kriter daha çok Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde karşımıza çıkar. Özellikle Almanya ve Fransa’da ortaya çıktığı ve gelişerek devam ettiği görülmektedir. Şirketle ilgili doğabilecek ihtilaflarda şirketin merkez hukukunun uygulanması gerekliliği, şirketle uygulanacak hukuk arasında kurulacak bağdan kaynaklanmaktadır. Çünkü şirketin, yönetildiği yer, tüzel kişi olarak varlığını devam ettirdiği yerdir. Burada dikkat edilmesi gereken önemli hususlardan biri; bu kriteri kabul eden ülke hukuklarında, şirketin kuruluş yeri ile merkezi aynı olmak zorundadır. Şöyle ki; bu ülke hukuklarında kuruluş yerinin farklı olması durumunda, o ülke hukukunu uygulamayacaklarından, tüzel kişilik kazanma hususundaki ihtilaf çözümlenemeyecektir⁸⁰. Bu teorinin kapsamında; şirketin en çok etkilediği ülke fiilen faaliyette bulunduğu ülkedir, bu nedenle tabiiyetinin tespitinin buna göre yapılması esas olmalıdır. Gerçek idare merkezi, kayıtlı olduğu, kurulduğu veya tescil edildiği yer değildir; yönetim kurulu, genel kurul gibi esas organlarının bulunduğu, şirketin faaliyet alanı ile ilgili kararların alındığı yerdir. Bu teoriye göre; şirketin kuruluş varlığı, hak ve fiil ehliyeti, yönetimi gibi konularda uygulanacak hukuk, fiili idare merkezi hukukudur.

Türk hukukunda kabul edilen sistemde MÖHUK madde 9 gereği gerçek ve tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti millî hukuklarına tâbidir. Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri, idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye’de olması hâlinde Türk hukuku uygulanacaktır. Ayrıca statüsü olmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiili idare merkezi hukukuna tâbidir (MÖHUK madde 9). Fakat belirtmek gerekir ki Türkiye’de Türk hukukuna göre kurulan bir şirketin idare merkezi de yine Türkiye sınırları içinde olmak zorundadır.

Türk milletlerarası özel hukukunda getirilen bir istisna kuralı bulunmaktadır. Bu kural MÖHUK madde 9/4’te düzenlenmiştir. Madde 9/4: “Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye’de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin ikinci cümlesi emredici nitelikte olmayıp yedek hukuk kuralıdır. Bu durumda şirketin statüsündeki merkezin Türkiye dışında olması mümkündür ancak fiili idare merkezi Türkiye’de ise, Türk hukuku uygulanabilir⁸¹. Kanundaki ifadedden anlaşılacağı üzere bu istisna kuralı gerçek olmayan istisna kuralıdır, hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Burada hâkimin Türk hukukunu uygulamak konusunda her somut olayın özelliğine göre karar vermesi beklenir.

B. Türkiye’deki Bir Şirket Merkezinin Yurtdışına Taşınması

Şirketler hukukunda, bir şirketin tasfiyesine gerek olmaksızın, başka bir ülkede faaliyetlerine devam etmek için, merkezini yabancı ülkeye taşınması mümkündür. Bunun için diğer ülkede kurulmasına gerek bulunmamaktadır. Türk hukukunda öngörülen şartların yerine getirilmesi ile geçerli bir şekilde kurulmuş olan ve faaliyetine devam eden, şirketlerin merkezlerini yurt dışına taşınmaları mümkündür. Türk Ticaret Kanunu, bu konudaki düzenlemeyi madde 421’de esas sözleşme değişikliğinde düzenlemiştir. Buna göre, Türkiye’deki bir şirketin yurt dışına merkezini taşınması için yapılacak esas sözleşme değişikliğinde, tüm pay

⁷⁷ Londra Mahkemesinin kararında, Osmanlı İmparatorluğunda kurulmuş olan bir A.Ş.’de pay sahibi olan davacı, Londra’da tazminat davası açmıştır. Davaya konu olan şirketin ana sözleşmesinde yönetim kurulu toplantıları ve genel kurulun Londra’da yapılacağı düzenlenmiştir. İzmir ve civarında demiryolu inşaa işi ile uğraşan şirketin zarar uğramasının ardından işbu dava açılmıştır. Sonuç olarak Londra Mahkemesi, şirketin kuruluş yerinin Osmanlı toprakları olduğunu savunmuş ve Osmanlı Devleti hukukunun uygulanmasını uygun görmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. ANSAY, s.4.

⁷⁸ Birleşik Krallık şirketler hukukunun ana mevzuatı olarak kabul edilen CA’da şirket merkezi bulundurmak, kanun koyucu tarafından şirketin kuruluşunun tamam olabilmesi için gerekli koşullardan biri olarak düzenlenmiştir. Şirket merkezinin adresinin değişmesi düzenlenmiştir. Buna göre, şirket, şirket merkezinin adresini sicil yetkilisine bildirmek kaydıyla değiştirebilme yetkisine sahiptir (CA sec. 87/1). Birleşik Krallık’ta şirket merkezinin kuruluşta seçmiş olduğu bölge ya da hukuk seçimi, milletlerarası özel hukuk açısından şirketin tabiiyetinin değişikliğine neden olmaz. Kurulan şirket, hangi yönetim ve yargı bölgesini şirket merkezinin bulunacağı yer olarak kabul ederse etsin, her halde Birleşik Krallık tabiiyetinde bir şirket olarak kabul edilmiştir. YASAN, Mustafa: “Birleşik Krallık Şirketler Hukukunda Şirket Merkezi (Registered Office) Mecburiyeti”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(2), 2013, s.998.

⁷⁹ GÜVEN, s.111; MEEUSEN, Johan: “Freedom of Establishment, Conflict of Laws and The Transfer of a Company’s Registered Office: Towards Full Cross-Border Corporate Mobility in the Internal Market?”, Journal of Private International Law, 13(2), 2017, s.294-323; VARGOVA, Petro: The Cross-Border Transfer of A Company’s Registered Office Within The European Union, Central European University, 2010, s.8.

⁸⁰ AYGÜL, Şirketler, s.59.

⁸¹ TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s.103 vd.; TEKİNALP Gülören: “Yabancı Tüzel Kişilerin Tanınması”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 1978, s.187-214; TEKİNALP, Gülören: “Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri AT Hukuku ve MÖHUK”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 19(1-2), 2011, s.909-921.

sahiplerinin oy birliği aranır (TTK madde 421/2-b). Ayrıca Yürürlük Kanunu⁸²'na göre, Türkiye'de kurulmuş ve faaliyeti devam eden Türk şirketinin tasfiyesine gerek olmaksızın ve başka ülkede kurulmasına gerek olmaksızın taşınması mümkündür (Yür. K. madde 12/2). Burada "taşınması" kelimesinden merkez değişikliği kastedilmektedir⁸³. Türk şirketinin merkezini yabancı bir ülkeye taşınması için, öncelikle Türk hukukunun aradığı şartların yerine getirilmiş olmalı, taşınacak olan yabancı ülkede de faaliyet göstermesi mümkün olmalı, şirketteki bu esaslı değişiklikten alacaklı ve ilgililer haberdar edilmiş olmalı ve Ticaret Sicil Yönetmeliği'nde düzenlenen hususların eksiksiz yerine getirilmiş olması gerekmektedir (Yür. K. madde 12/2). Yönetmelikte belirtilen şart; 116'ncı maddede düzenlenmiş belgelerin eksiksiz olarak sunulmasıdır. Anılan madde uyarınca, Yürürlük Kanunu'nda sayılan hususların varlığına ilaveten, alacaklıların tümünün yazılı muvafakatleri gerekir, alacaklıların alacaklarının ödendiği ya da teminat altına alındığı belgelendirilmelidir⁸⁴. Sosyal güvenlik kurumu ve vergi dairesi gibi kamu kurumlarına da borcun olmadığına dair belgenin sunulmuş olması gerekmektedir. Şirketin merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin alınan yetkili organ kararı da kayıtlı olunan Ticaret Sicil Müdürlüğüne verilir (Yön. madde 116). Tüm bu işlemlerden sonra yabancı ülkede öngörülen kurallar gereği, o ülkede faaliyete başlandıktan ve merkez naklinin gerçekleşmesinden sonra Yön. madde 116/3 gereği; aynı yönetmelik madde 32/2'ye yapılan atıfla; Yabancı bir ülkede o hukuka tâbi olarak düzenlenen belgelerin Türk konsolosluğundan veya Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi (Apostil Sözleşmesi)⁸⁵ hükümlerine göre tasdik ettirilmesi ve noter onaylı Türkçe çevirisi ile birlikte müdürlüğe verilmesi zorunludur. Ticaret sicil müdürlüğü bunun üzerine, söz konusu şirkete ait kayıtları siler ve şirketin yurtdışına taşınmasına ilişkin organ kararı ve tarihi, yurtdışına nakilden sonraki ticaret unvanı, merkezi, tescile yetkili yabancı makam, nakilden önceki tüm alacaklıların korunmaya alındığına dair belgeler tescil edilir (Yön. madde 117).

Türk şirketler hukukunda en sık rastlanan şirket türü olarak bilinen anonim şirketin merkez değişikliği konusunda TTK madde 421/2-b ye göre genel kurulda oybirliğinin sağlanması gerekmektedir⁸⁶. Şirket merkezi değişikliği, esas sözleşmenin değiştirilmesidir. Bu nedenle ticaret siciline tescil edilmelidir (TTK madde 455).

Merkezi Türkiye'de olan bir şirketin mevzuatta yer alan şartları yerine getirerek merkezini yurtdışına taşınmasının milletlerarası özel hukuk bağlamındaki etkisi şirketin tabiiyetinin değiştirilmesidir. Merkezin Türkiye'den bir başka ülkeye naklinin gerçekleşmesi ile şirket artık bir Türk şirketi vasfını taşımamaktadır.

C. Yabancı Ülkedeki Bir Şirketin Merkezinin Türkiye'ye Taşınması

Yabancı bir ülkede kurulmuş ve faaliyetlerine devam eden yabancı şirketler zaman zaman şirket merkezi değişikliğine gidebilir ve merkezlerini Türkiye'deki bir Ticaret Sicil Müdürlüğü'ne kaydettirmek isteyebilir. Şirketlerin merkez değişikliği her ülke hukukunda ayrı özellik göstereceğinden Türkiye'de bu konuda ek bazı talimatlar getirmiştir. Bu konu TTK'da açıkça düzenlenmemiştir. Türk şirketler hukuku mevzuatı olarak Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12'nci maddesinde ise merkezleri Türkiye içinde ve dışında bulunan ticarî işletmelerin Türkiye şubelerinin tescili ve Türkiye'deki bir şirketin merkezinin yurt dışına taşınması konusu düzenlenmiştir. Bunun yanında Yönetmeliğin 115'inci maddesinde yabancı şirketlerin merkezinin Türkiye'ye taşınması konusu yine aynı başlıkla düzenlenmiş gerekli belgeler ve tescil usulü öngörülmüştür. Yabancı bir şirketin merkezinin Türkiye'ye taşınması durumunda, ticaret şirketinin tescili için gerekli belgelere ilaveten birtakım belgeler ve Türkçe tercümeleri de ibraz edilmelidir.

Bu belgeler:

- Merkezi Türkiye'ye taşınan yabancı şirketin tâbi olduğu ülke hukuku kanununa uygun olarak kurulduğu ve faaliyet gösterdiğini gösteren ve o ülkenin ticaret sicili tarafından verilmiş olan veya sicil teşkilatı olmaması halinde yetkili makam tarafından verilmiş olan belge ve Türkçe tercümesi.
- Merkez değişikliğinde gereken işlemlerin bu yabancı şirketin kendi hukukuna uygun olduğuna ilişkin yurtdışındaki yetkili makamdaki alınan belge ve Türkçe tercümesi.
- Merkezi nakledilen yabancı ticaret şirketinin, Türk hukukuna uyarlanmış şirket sözleşmesi ve Türkçe tercümesi.
- Merkezini taşıyacak yabancı şirketin tescili izne bağlı ise, ilgili kurumdan alınan izin yazısı. (Yön. madde 115/1)

Yukarıda sayılan ve Türkçe tercümesi istenen her bir belgenin bu tercümeleri noter onaylı olmak ve yeminli tercüman tarafından çevrilmek zorundadır. Ayrıca merkezini Türkiye'ye taşıyan şirketlerin, tescil aşamalarında, Türkiye'de kurulan ve işlerini yürüten şirketlere uygulanan hükümler uygulanır. Ticaret Sicil Müdürlükleri; bu tescil sırasında, merkezi Türkiye'ye taşınan şirketin Türk hukukuna göre örgütlenerek faaliyet göstermesinin mümkün olup olmadığını, merkezini taşıyan ticaret şirketi ise şirket sözleşmesinin Türk hukukuna uygunluğunu veya bu sözleşmenin Türk Hukukuna uyumlaştırıldığını araştırmakla görevlidir (Yön. madde 115/3).

⁸² 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 14.01.2011, RG: 14.02.2011, 27846.

⁸³ KARA, Etem: "AB Şirketler Hukuku ve Dışa Göçler Açısından Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12. Maddesi", ERÜHFD, 11(1), 2016, s.136.

⁸⁴ AYGÜL, Bildiri, s.6.

⁸⁵ Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına Dair 5 Ekim 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi, 16.09.1984 tarihli ve 18517 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış; 29.09.1985 tarihinde Türkiye'de yürürlüğe girmiştir.

⁸⁶ KARAAHMETOĞLU, s.25.

Bir yabancı şirketin merkezini Türkiye'ye taşıması için yabancı ülkedeki merkezi doğrudan nakletmesi gerekir. Yurtdışındaki merkezin muhafaza edilerek Türkiye'de de "merkez" açılması mümkün değildir. Merkez değişiklikleri sadece nakil yoluyla gerçekleştirilebilir.

D. Şirketlerin Sınırışı Merkez Değişikliği Durumunda Kanunlar İhtilafı Kuralına Dair Değerlendirme

Türk kanunlar ihtilafı kurallarında şirketler hukukuna özgü bir bağlama kuralı yoktur. Şirketlerin faaliyetleri ve işleyişi konusunda yabancılık unsuru bulunması halinde uygulanacak hukuk şirketin şahsi statüsüne göre belirlenmektedir. Başka bir ifadeyle MÖHUK madde 9/4-5'te yer alan genel ehliyet kuralına göre tespit edilmektedir. Ehliyet konusu kişiler hukukuna özgü olduğundan atıf dikkate alınacaktır. Söz konusu bağlama kuralı MÖHUK madde 9/4-5; yalnızca şirketlerin ehliyetine değil; bunların merkez değişiklikleri, birleşme devralma gibi önemli adımlarında da uygulanacak hukuk kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Şirketlerin merkezini kayıtlı olduğu ülkeden başka bir ülkeye taşıması durumunda tüzel kişiliğin sona erip ermeyeceği, tabiiyetindeki değişiklik ve organlarının nasıl etkileneceği konusunda netlik bulunmamaktadır. Bu durumda Türk hukukunda mevcut kanuna göre ehliyetle ilişkin temel kural esas alınacaktır.

İsviçre Hukuku bakımından ele alındığında; İsviçre milletlerarası özel hukukunda şirketlerin merkezinin değiştirilmesi ile ilgili hükümler yer almaktadır. Nitekim Türk milletlerarası özel hukuk mevzuatının birçok konuda İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk mevzuatından esinlendiği kabul edilmektedir. Ayrıca İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk mevzuatının şirketler hukuku bağlamında ele aldığı konuların örnek olarak incelenmesi ve uygulama açısından değerlendirilmesinin Türk milletlerarası özel hukukunda yapılması planlanan değişiklik için faydalı olacağı kanaatindeyiz.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk mevzuatında, yabancı bir şirketin merkezinin İsviçre'ye nakledilmesiyle ilgili ayrı bir düzenleme bulunmaktadır (IPRG madde 161). IPRG madde 161'e göre yabancı bir şirket eğer tabi olduğu yabancı hukuk buna izin veriyorsa tasfiye olmaksızın ya da yeni kuruluş yapılmasına gerek olmaksızın İsviçre hukukuna tabi olabilir. Yabancı şirketin tabi olduğu hukukun izin vermesine ek olarak bu şirketin hem tabi olduğu hukukun aradığı şartları yerine getirmesi hem de İsviçre hukukunun öngördüğü şirket şekillerinden birine uyması gerekmektedir. Bu durumda yabancı şirket tasfiye edilmeden ya da yeniden kurulmadan İsviçre hukukuna tabi olacaktır⁸⁷. IPRG madde 161/2'ye göre; şirketlerin merkez değişikliğinde İsviçre hukukuna göre yabancı hukuk tarafından belirlenen şartlar gerçekleşmemiş olsa dahi özellikle İsviçre'nin önemli çıkarlarıyla ilgili olan durumlarda Federal Konsey şirketin İsviçre hukukuna tabi kılınmasına izin verebilir. Merkez değişikliğinin zamanlaması bakımından ise yine IPRG 162/1'de görüldüğü üzere tescil yükümlülüğü bulunan bir şirketin ticari faaliyet merkezine İsviçre'ye taşıdığını ve İsviçre hukukunda öngörülen şirket türlerinden birine dahil olduğunu ispatladığı andan itibaren İsviçre hukukuna tabi olur. İsviçre ile yeterli bir bağın mevcut olduğunu ve İsviçre hukukunda öngörülen şirket şekillerinden birine uyum sağladığını ispatladığı andan itibaren İsviçre hukukuna tabi olacağı belirtilmektedir.

İsviçre hukukunda bir şirketin tasfiye olmaksızın ve yeniden kuruluşu gerek olmaksızın yabancı bir hukuka tabi kılınabileceği de düzenlenmiştir. Buna göre İsviçre hukukunun aradığı şartların yerine getirilmiş olması ve şirketin tabi olmak istediği yabancı hukuka göre varlığını devam ettirmesi gerekmektedir. Söz konusu şirket tasfiye olmadan ve yeniden kurulmadan yabancı bir hukuka tabi olunmasında alacaklıların güvencesi saplanmaya çalışılmıştır. Şirketin yasal statüsündeki değişikliği alacaklılara duyurmaları ve alacaklıları bildirmeleri gerektiğini ifade eden bir çağrı yapılması zorunludur. Şirketin merkezinin İsviçre'den yabancı bir ülkeye taşınması için aranan şartlara bakıldığında öncelikle şirketin İsviçre hukuku tarafından aranan şartları yerine getirmiş olması gerekmektedir. Ayrıca yurt dışına nakledilmesi için İsviçre hukukunun aradığı konuya ilişkin bir karar alınması gerekli duyuruların yapılması ve bazı unsuru şartlarının yerine getirilmiş olması gerekmektedir. İsviçre hukukunda aranan bir başka şart ise şirketin tabi olmak istediği hukuka göre varlığını devam ettirebilecek olmasıdır. Şirkette devamlılığı sağlamak, hukuki boşluğa neden olmamak ve hak sahibi kişilerin zedelenmesini önlemek amacıyla şirketin tasfiye olmadan ya da yeniden kurulmasına gerek olmadan statüsünün değiştirilmesi mümkündür. Nitekim burada görülmektedir ki İsviçre hukuku şirketlerin merkezinin İsviçre'den başka bir ülkeye ya da başka bir ülkedeki şirketin merkezini İsviçre'ye taşınması durumunda üçüncü kişilerin menfaatinin ve pek tabii şirketin menfaatinin zedelenmemesi için gerekli önlemlerin alınması konusunda düzenlemeler getirmiştir. Kanaatimizce bu düzenlemeler ekonomik istikrarın ve sürdürülebilirliğin devamı şirketlerin kurumsal yapısının zedelenmemesi ve ticari itibarlarının hasar almaması bakımından önemli ve gereklidir. Özellikle alacaklıların korunması bağlamında ele alındığında bir şirketin ticari iş ve işlemlerinin devamlılığı açısından şirketin merkez değişikliğinin tek başına faydalı olması kanaati şirketin işleyişi ile ilgili diğer hususların da korunmasıyla birlikte önem arz etmektedir bu nedenle şirketlerin sınır aşırı merkez değişikliklerinde bir bağlama kuralının yer almasının gerekli olduğu kanaatindeyiz.

V. SONUÇ

Şirketler hukukunda, merkez değişiklikleri Türkiye içindeki değişikliklerde iç mevzuata uygun olarak; yabancı ülkelere merkez naklinde ise kanunlar ihtilafı kuralları ile ülkelerin iç mevzuatı birlikte

⁸⁷ DUTOIT, Bernard: Droit International prive suisse Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 2005, s. 560 vd.

uygulanarak mümkündür. Şirketlerin kişilikleri, tanınması ve tabiiyetinde meydana gelen ülkesel farklılıklar merkez değişikliklerinde de karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda şirketler kurulurken, kuruldukları ülkenin ve tayin edilecek idare merkezinin bulunduğu yerin hukuklarının merkez değişikliği konusuna nasıl yaklaştığı bilinmelidir. Aksi halde kurulmuş ve faaliyette olan bir şirket, sadece merkez nakli için tasfiye ve kuruluş işlemlerini baştan itibaren yeniden yapmak durumunda kalabilir. Burada ekonomik kayıplar söz konusu olacak ve şirketin faaliyetine devam etmesi engellenecektir.

Şirketlerin işleyişi ile ilgili uygulanacak hukukun tespitinde şirketin tabiiyetinin belirlenmesi gerekmektedir. Şirketlerin tabiiyetinin tespitinde merkez yerinin Türkiye olması durumunda uygulanacak hukukun da Türk hukuku olduğu görülmektedir. Bu nedenle şirketin merkezinin hangi ülkede olduğu tespit edilmelidir. Bir Türk şirketinin merkezinin yurtdışına taşınması, şirketin tabiiyetinin değiştirilmesi anlamına gelmektedir. Ayrıca şirketin tabiiyet değişikliğine bağlanan bir sonuç olarak da şirketin tabiiyetinin tespit edilmesiyle bağlama kuralının belirlenmesinde MÖHUK madde 3 gereğince dava anında şirketin statüsü ne ise tabiiyet tespiti buna göre yapılmaktadır. Bu nedenle şirketler hukukuna ilişkin olası uyumsuzlıklarda merkez değişikliği ile şirket statüsünün değiştirilmesinin birbirine bağlı olduğu görülmektedir. Şirketler hukukuna ilişkin bir uyumsuzlıkta örneğin alacaklarının menfaatlerinin zedelenmesi ya da ortaklar arasında birtakım sıkıntıların doğması durumunda uyumsuzlığa uygulanacak hukukun tespitinde MÖHUK madde 9 dikkate alınacaktır ve burada uygulanacak hukuk kuralının hangi andaki hukuka ilişkin olduğuna dair özel bir düzenleme yoktur. Bu nedenle MÖHUK madde 3'te yer alan genel hüküm "dava anı" esas alınarak uygulanacak hukuk tespit edilecektir. Bu bağlamda şirketin merkezinin değiştirilmesiyle şirketin tabiiyet değişikliği ve dava anının belirlenmesi konusundaki karmaşıklığın giderilmesi yerinde olacaktır.

Şirketlerin, kuruldukları ülkeden başka bir ülkede faaliyette bulunması yerleşim özgürlüğü ve sermayenin serbest dolaşımı bağlamında önemlidir. Bu durumda ise olası uyumsuzlıklar bakımından kanunlar ihtilafı kurallarına yönelik belirsizlik ortaya çıkacaktır. Teknik olarak "yabancı şirket" diye vasıflandırılan şirketin öncelikle statüsünün tespitinden başlayarak şirketlere dair tüm konularda uygulanacak hukukun belirlenmesi sorun teşkil edebilecektir. Bu konuda çalışmamızda değindiğimiz iki temel teori bulunmaktadır. Bunlar: kuruluş yeri ve gerçek idare merkezi teorileridir. Ülkelerin iç mevzuatlarında esas alınan teorisinin farklılaşması konusunda uygulanacak hukukun tespiti farklılık arz edebilecektir.

Türk hukukunda yabancı şirketlerin tabiiyetine uygulanacak hukuka dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde tüzel kişilerin veya mal topluluklarının ehliyetine dair sadece MÖHUK madde 9/4'te yer alan hüküm yürürlüktedir. Bu hükme göre de tüzel kişilerin veya kişi ya da mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetlerinin statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbi olduğu, ancak fiili idare merkezinin Türkiye'de bulunması durumunda Türk Hukuku'nun uygulanabileceği düzenlenmiştir. Geline nokta küresel ticaret sınırlarının ortadan kalktığı sınır aşan şirket hareketlerinin sıklığı son yıllarda uyumsuzlıkların çıkması da kaçınılmazdır. Bu nedenle başta şirketlerin tabiiyeti, merkez değişiklikleri, sermaye transferi ve ortakların hak ve sorumlulukları bakımından büyük belirsizliklerin ortadan kaldırılması için MÖHUK revizyonuna gidilmesinin şirketler hukukuna dair majör konuların ayrıca düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Çalışmamızda yer verdiğimiz üzere İsviçre hukukunda yer alan şirketlere ilişkin özellikle merkez değişikliklerine ifade eden milletlerarası özel hukuk bağlama kurallarının koruyuculuğu ve faydası ele alındığında Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde şirketlere ilişkin önemli konulara dair birtakım düzenlemelerin yapılmasının özellikle çalışmamız kapsamında merkez değişikliklerinin ayrı bir fıkra ile düzenlenerek şirketin tabi olacağı hukuk ve tüzel kişinin devamlılığı bakımından bir netlik kazandırılmasının gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Çalışmanın temasında şirketlere ilişkin uyumsuzlıklar ve uygulanacak hukuk konusunda bir mevzuat düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaati oluşmuştur.

KAYNAKÇA

- AKÜNAL, Teoman: Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler, Beta Yayıncılık, İstanbul 1998.
- ANSAY, Tuğrul: "Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşimi ve Tanınması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 23, 2003, s.1-18.
- ARAT, Tuğrul, Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970.
- AYBAY, Rona/ÖZBEK, Nimet/ERSEN PERÇİN, Gizem: Siyasal Kitabevi, Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2019.
- AYGÜL, Musa: Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- AYGÜL, Musa: "Şirketin İdare Merkezinin Türkiye'ye ya da Türkiye Dışına Nakli", Anadolu Kongresi, 4. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi Tam Metin Kitabı, Diyarbakır 2020, s.1-11.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- AZARKAN, Necat: "Dünya Ticaretinin Küreselleşmesi Bağlamında Yabancı Şirketlerin Yerleşim Özgürlüğü", Regesta, 3(1), 2013, s.79-105.
- BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2024.
- BAHTİYAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 22. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa 2012.
- COŞGUN, Hüseyin: Avrupa Şirketi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.
- CUYVERS, Armin: "Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services in the EU", in Ugrashebuja, Emmanuel/Ruhangisa, John/Ottervanger, Tom/Cuyvers, Armin (ed.), East African Community Law: Institutional, Substantive and Comparative EU Aspects, 2017, s.376-391.

- DEMİREL, Duygu: Ticaret Sicili, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- DEMOTT, Deborah A.: “Perspectives On Choice Of Law For Corporate Internal Affairs”, Law and Contemporary Problems, 48(3), 1985, s.161-198.
- DOĞANAY, İsmail: “Şirketlerin ve Özellikle Anonim Şirketlerin Tabiiyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 13(1), 1985, s.65-78.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- DUTOIT, Bernard: Droit International prive suisse Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 2005.
- DYRBERG, Peter: “Full Free Movement of Companies in Community at Last”, EUR.L.REV, 28(4), 2003, s.528-534.
- EBKE, Werner F: “The ‘Real Seat’ Doctrine In The Conflict of Corporate Law”, INT’L LAW, 36, 2002, s.1015-1037.
- ESEN, Emre: Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.
- ERDOĞAN, İhsan/KESKİN, A. Dilşad: Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku), 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- ERGÜN, Ömer: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- GIERKE, Otto von: Deutsches Privatrecht, Erster Band Allgemeiner Teil und Personenrecht, 3. Auflage (unveränderter Nachdruck der zweiten Auflage von 1936), Duncker&Humblot, Berlin 2010.
- GÜNGÖR, Gülin: Tabiiyet Hukuku, 11.Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- GÜREL, Murat: “Polbud Kararı Sonrasında İş Kurma Serbestisinin Kapsamı ve Şirketlerin Sınıraşan Tür Değişikliği”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 17(2), Ocak 2019, s. 279-316.
- GÜNGÖR, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- GÜVEN, Pelin: Ortaklıkların Merkez Değişikliğinde Birleşme, Bölünme Malvarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuk Tüzel Kişileri Cilt I, Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1979.
- İSBİR, K. Begüm: Kamu Tüzel Kişiliği, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- İYİT, Bülent: Milletlerarası Özel Hukukta Ticaret Şirketlerinde Birleşmeler ve Devralmalar, Platon Hukuk, İstanbul 2022.
- KARA, Etem: Avrupa Birliği’nde Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği, Seçkin Yayıncılık Ankara 2014.
- KARA, Etem: “AB Şirketler Hukuku ve Dışa Göçler Açısından Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 12. Maddesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1), 2016, s. 125-146.
- KARAAHMETOĞLU, İsmail Özgün: “Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 1.5.2016 Tarihinde Verdiği E.2015/9937, K. 2016/4885 Sayılı Kararı Işığında Anonim Şirketin ‘Merkezi’ Kavramı”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), 2017, s.1-49.
- KAŞAK, Fahri Erdem: “Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26(2), 2020, s.1242-1263.
- KAVLAK, Bengül: Uluslararası Şirket Birleşmeleri, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- KAVLAK, Bengül: “Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Temelinde Avrupa Birliği Hukukunda Şirketlerin Yerleşme Özgürlüğü” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 134, 2018, s. 637-704.
- KERVANKIRAN, Emrullah: “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(3-4), 2007, s.453-472.
- KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013.
- KONYALI, Sinan Can: “Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları Işığında Ticari Şirketlerin Yerleşme ve Serbest Dolaşım Özgürlüğü”, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 8(2), 2015, s.115-153.
- KOROM, Veronika/METZINGER, Peter: “Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice Confirms and Refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C-210/06”, European Company and Financial Law Review, 6(1), 2009, s.125-161.
- MEEUSEN, Johan: “Freedom of Establishment, Conflict of Laws and the Transfer of a Company’s Registered Office: Towards Full Cross-Border Corporate Mobility in the Internal Market?”, Journal of Private International Law,13(2), 2017, s.294-323.
- MOROĞLU, Erdoğan: “Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 22, 2002, s.413-420.
- NİBOYET, J. P./FİŞEK, Hicri: “Şirketlerin, Hakikaten, Bir Tabiiyeti Mevcut Mudur?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3, 1952, s.97-113.
- NOMER, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 31. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- OĞUZOĞLU, Cahit: Eski ve Yeni Telakkilere Göre Hükmi Şahsiyet, Ankara, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi, 1937.
- ÖZEL, Sibel: "Avrupa Adalet Divanı'nın Inspire Art Kararı Üzerine Bir İnceleme", in Arkan, Sabih/Yongalık, Aynur (ed.), Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi Ankara 2006, s.459-476.
- ÖZEL, Sibel/ERKAN, Mustafa/PÜRSELİM, Hatice Selin/KARACA, Hüseyin Akif: Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2024.
- ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler Tüzel Kişilerin Genel Teorisi/Dernekler/Vakıflar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1982.
- ÖZTAN, Bilge: Tüzel Kişiler (Ders Notları), Turhan Kitabevi, Ankara 1994.
- PEKDİNÇER, Tamer: “Ticaret Sicili Açısından Merkez-Şube-Satış Mağazası Kavramları”, Prof. Dr. Fahman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s.471-479.
- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 9. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.
- RAMMELOO, Stephan: “Cross-Border Company Mobility and the Proposal for a 14th EC Company Law Directive: “Daily Mail” Surmounted”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 6(2), 1999, s.105-110.

- ROTHER, Nicole: “Freedom of Establishment of Legal Persons within the European Union: An Analysis of the European Court of Justice Decision in the Überseering Case”, American University Law Review, 53, 2004, s.1103-1141.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von: System des Heutigen Römischen Rechts, Band II, Veit, Berlin 1840.
- SÜRAL, Ceyda/TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur: Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Özkan, Işıl/Süral Efeçinar, Ceyda/Tütüncübaşı, Uğur (ed.), Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 11.Bası, Beta Basım, İstanbul 2024.
- TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- TEKİNALP, Gülören: “Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri AT Hukuku ve MÖHUK”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 19(1-2), 2011, s.909-921.
- TEKİNALP Gülören: “Yabancı Tüzel Kişilerin Tanınması”, Halil Arslanlı' nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 1978, s.187-214.
- TEKSOY, Barış: “Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinden Doğan Kanunlar İhtilafında Kuramsal Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 29(2), 2013, s.167-224.
- TEKSOY, Barış: “Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Tüzel Kişiler ve MÖHUK’un 9. Maddesi”, in Tanrıbilir, Feriha Bilge/Gümüşlü Tunçağıl, Gülce (ed.), 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu, Ankara 2019, s.210-237.
- ULAŞ KISA, Seda: “Milletlerarası Özel Hukukta Ticaret Şirketlerinin Temsil ve İlzamu”, İstanbul Barosu Dergisi, 76(1), 2002. s.41-67.
- ULUOCAK, Nihal: Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.
- VACCARO, Enrico: “Transfer of Seat and Freedom of Establishment in European Company Law”, EBLR, 2005, s.1348-1365.
- VARGOVA, Petro: The Cross-Border Transfer of a Company’s Registered Office Within the European Union, Central European University, 2010.
- VOSSESTEIN, Gert-Jan: “Transfer of Registered Office, The European Commission’s Decision Not to Submit Proposal for a Directive”, 4(1), 2008, s.53-65.
- VOSSESTEIN, Gert-Jan: “Companies’ Freedom of Establishment after SEVIC”, European Company Law, 3(4), 2006, s.177-182.
- WOOLDRIDGE, Frank: “Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed”, European Business Law Review, 14(3), 2003, s.227-235.
- WYMEERSCH, Eddy: “Is a Directive on Corporate Mobility Needed?”, European Business Organization Law Review, 8(1), 2007, s.161-169.
- WYMEERSCH, Eddy: Centros: A Landmark Decision in European Company Law, Institute Working Paper Series, WP 1995-15, Gent 2001.
- YASAN, Mustafa: “Birleşik Krallık Şirketler Hukukunda Şirket Merkezi (Registered Office) Mecburiyeti”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(2), 2013, s.997-1014.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Burcu İRGE ERDOĞAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Burcu İRGE ERDOĞAN, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ 

Ben, otobiyografimi yazmaya “... Türkiye’de hem eğitimini hem de seçtiği mesleğini çok severek yapan ender mutlu insanlardan biri...” olduğumu söyleyerek başlamak istiyorum. Gerçekten hem tahsilini yaptığı üniversitesini, fakültesini seven hem de bitirdikten sonra seçtiği mesleğini seven insanlar ne yazık ki ülkemizde çok az.

31 Mart 1949’da doğdum. Bütün hayatım Ankara’da geçti. Ankara Bahçelievler’deki Ulubatlı Hasan İlkokulu’nu, TED Ankara Koleji Fen bölümünü iyi derece ile bitirdikten sonra üniversite giriş sınavında hayli yüksek bir puan almama rağmen, çok isteyerek Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ni tercih ettim.



Dört yılda iyi derece ile hukuk fakültesini bitirdim. Ayrıca ikinci, üçüncü ve dördüncü sınıflarda isteğe bağlı olarak katıldığım seminer dersleri sonunda üç seminer hazırlayıp 10 üzerinden 10 aldım. Böylece üç sertifika sahibi olduğum için fakülteyi bitirir bitirmez hemen doktora sınavına girmeye hak kazandım. Hem yabancı dil hem de yazılı bilim sınavından geçerek derslere başladım. Aynı zamanda adliye de avukatlık stajına da devam ediyordum.

Avukatlık stajı sırasında, işe girme, para kazanma yasağı olduğu, yalnızca ücretli öğretmenlik yapılabildiği için arkadaşlarımla çoğu Ankara’daki ortaokul ve liselerde Türkçe, edebiyat, tarih, coğrafya, beden eğitimi gibi derslere öğretmen olarak girmeye başladılar. Ben doktora kazanıp tekrar fakültede derslere başladığımdan böyle bir arayışa girmemişim. Bir gün bizden yaşça hayli büyük bir sınıf arkadaşımız ağabeyimize, bir cumartesi günü adliye de staj konferansından çıkarken rastladığımda kendisinin çalıştığı Atatürk Erkek Lisesi’nde İngilizce öğretmenine ihtiyaç olduğunu dile getirdi, benim ret cevabımı dinlemeden pazartesi buluşma saatini söyleyerek yürüdü gitti. Ben pazartesi günü okula gittiğimde baş muavin hemen o gün öğleden sonra gireceğim lise 1. sınıf şubelerini bir kâğıda yazıp elime verdi.

Kolej mezunu olup İngilizce bilmek başka, bu bilgileri kurallarına göre lise 1.sınıf öğrencilerine aktarmak tamamen başka bir konuydu. Ben hemen kitapçılara koştum. İyi bildiğim, hukuk kitaplarından çeviri yaptığım İngilizcemle öğrencilerime öğretebilmek üzere tamamen farklı bir meslekte kendimi yetiştirmem gerekiyordu. Bir sürü İngilizce-Türkçe kitap aldım. Hukuk fakültesini bitirmiştım ama aynı anda üç farklı işe başlamıştım. Her sabah avukatlık stajım için adliyeye gidiyordum, oradan bazı günler Atatürk Lisesi’ne, kalan günlerde de yine gündüzleri yapılan doktora derslerime girebilmek için Cebeci’ye fakülte meşuresine gidiyordum. Akşam üzerleri beş buçuk yedi buçuk arasında da arkadaşlarımla Kızılay’da Bakanlıklar’a doğru bulvarın üzerinde bulunan kafelerde buluşuyorduk, daha ziyade sık sık gittiğimiz tiyatro oyunları, filmler üzerinde konuşuyorduk. Bazı günler de Kolej’in Mezunlar Derneğinin yeni açtığı lokaline gidiyorduk.

Hukuk fakültesine başladığım yıl Siyasal Bilgiler Fakültesi’ndeki benden iki üç sınıf büyük Kolejli arkadaşlarımla çağrısı ile henüz 18 yaşındayken TED Ankara Koleji Mezunlar Derneği’ni beş arkadaş güclüklere rağmen kurmuştuk. Aradan dört yıl geçmişti. Derneğimiz artık lokal açacak duruma gelmişti. Halen bu derneğimizin “Onur Kurulu” üyesi olarak Kolejimize katkıda bulunmaya çalışıyorum.

Bu arada her Cuma akşamı Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrasının klâsik müzik konserlerine, sinemaya, tiyatroya gidiyorduk. Cumartesi veya Pazar günleri de doktora çalışmalarına yoğunlaşıyordum. Bu dönemde bir avukat arkadaşım askere gidecek olması nedeniyle yerine bırakacağı İngilizce öğretmeni ararken beni buldu. Ulus’taki Gazi Erkek Lisesi’nde de İngilizce öğretmenliği yapmaya başladım. Stajımın ikinci altı ayını o sırada avukat olan babamın yanında yaptım. Babamın yazıhanesi Kızılay’daki Tuna Han’daydı. Üst katımızda da iş mahkemeleri vardı. Babamla Yargıtaya, Danıştaya, Askerî Yargıtaya gidiyor, epey bilgi ediniyordum. İdealim üniversitede asistan olmaktı, serbest avukatlık yapmayı hiç düşünmüyordum. Fakat hayat şartları bazen insanları plânlamadıkları farklı yönler kaydırabiliyor. Doktora seminer ödevlerimi yazmış, teslim etmiş, ama doktora yeterlik sınavına hiç girememiştim. Zaman itibarıyla hakkımı kaybetmek üzereyken hukuk fakültesi yönetimi bana “bir dönemlik süre ve sınav hakkı” tanıdı. Bu aşamada bana çok yardımcı dokunan idare hukuku anabilim dalında öğretim üyesi olan Dr. Âdil Özkul’u burada saygıyla hatırlamak, fakülte kurulu ve yönetim kurulunda da beni savunan sayın hocam Doç. Dr. Mukbil Özyörük ile Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’ı rahmetle anmak isterim. Doktora derslerini çok zevkle işleyen ve üzerimde çok emeği olan ve bu anlattığım süreçte yurtdışında bulunan Sayın Prof. Dr. Ömer İlhan Akipek hocamın hayatımdaki yeri ise bambaşkadır. Ben hâlâ doktora derslerinde hocam anlatırken tuttuğum notlardan

faaydalanyorum ve yüksek lisans öğrencilerime aktarıyorum.

Stajla birlikte tam 8 yılımı adliye koridorlarında, serbest avukat olarak koşturmakla geçirdim. Tez aşamasına gelmişim ama tez konusunu arayabilmek ve seçebilmek için zaman bulamıyordum. Derken Ankara İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisinde asistanlık sınavı açıldığını gazetede okudum ve başvurumu yaptım. Hem yabancı dil, hem bilim hem de sözlü sınavını başarıyla geçtim, idare hukuku asistanı oldum. Ama artık iki çocuğum vardı ve ben hepsini birada yapacaktım, her zaman olduğu gibi....

Benim ailemde hukukçu çoktur. Geriye kalan bütün büyükdelerim, dedem, büyükbabam savaşırlara girmiş, madalya kazanmış subaylardır. Geçtiğimiz yüzyıldan itibaren sayacak olursam; büyükbabamın babası Müderris Odyakmaz Sait Efendi, muhtelif mahkeme hâkimi Azmi Bey, sorgu hâkimi Azmi Bey ve geçtiğimiz yıllarda kaybettiğim savcı ve sonra Yargıtay üyesi olan aynı zamanda şair ve yazar amcam Nezvad Odyakmaz'ı saydıktan sonra hayatımda çok önemli yeri olan babacığım askerî hâkim ve sonradan başladığı serbest avukatlıkta 65 yılını tamamlayan, Sivas önceki milletvekili Cevad Odyakmaz'ı özellikle anmak isterim.

Babam Cevad Odyakmaz askerî öğrenci olarak okuduğu İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 10 üzerinden 9,5 ortalama ile sınıf birincisi, fakülte ikincisi olarak bitirmiş, askerî hâkimlik, serbest avukatlık, milletvekilliği, harbokulunda muhtelif hukuk dersleri hocalığı yapmıştır. Basılmış hukuk kitaplarının yanında yakın siyasî tarihimizi anı kurgusuyla anlatan hatıra kitabı, Mondros-Sevr-Mudanya-Lozan Antlaşmalarını günümüz Türkçesiyle anlatan kitapları vardır. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin özellikle yabancı hocalarını babamdan çok dinlediğim için iyi tanırım.

Ankara Hukuk Fakültesinin hocalarını ise hep annemden dinledim. Annemler Roma hukuku hocası Prof. Dr. Paul Koschaker'in doğum gününü öğrenip çiçek yaptırmışlar ve o gün derste hocaya sunmuşlar. Koschaker, kendi ülkesinde yıllarca hocalık yaptığını ama hiç böyle bir anmayla çiçek buketi almadığını, ilk defa Türkiye'de Türk öğrencilerinin doğum gününü hatırladığını dile getirmiş, çok duygulanmış. Saygıyla andığımız Prof. Dr. Coşkun Üçok ve Prof. Dr. Bülent Nuri Esen hem annemin hem de benim hocalarım oldular.

1979 gününün 30 Kasım'ında Ankara İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi'nde Prof. Dr. Hamza Eroğlu hocamın idare hukuku asistanı olarak devlet üniversitesinde göreve başladım. Ankara Üniversitesi'nde de doktora tezimi yazma aşamasındaydım. Her iki hocam, yani asistanı olduğum Hamza Eroğlu ile tez babam İlhan Akipek hocalarım aralarında anlaşarak bana "Uluslararası Memur" konusunu tez olarak verdiler. Asistan olduktan tam bir hafta sonra derse girmeye başladım, hâlâ da ders anlatıyorum, hemen hemen hiç ara vermedim.

Çok sevdiğim fakültem daha sonra Gazi Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi, en son olarak da Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi oldu. Fakültede ayrı diploma veren 7 bölüm vardı. Bu bölümler daha sonraları A, B, C olarak üç şubeye ayrıldılar. Benim de ders yüküm uzun yıllar haftada 28-30 saat kadardı. Hattâ kısa bir süre bir yarıyıl üç vize yaptığımız zamanlar oldu. Müfredatı yetiştirebilmek ve sınav öncesi tekrar yapabilmek için sınavlardan önceki Pazar günleri ders yapıyordum. Bu durumdan öğrencilerim çok memnundu, ne yazık ki rahatsızlık duyan meslektaşlarımız da oldu. Bu yıllar içinde aşağı yukarı on yıl kadar da Gülhane Askerî Tıp Akademisi'nde, GATA Hemşirelik Yüksekokulunda Türk İnkılâp Tarihi dersi anlattım. Uzun yıllar Polis Akademisine de derse gittim. Bir keresinde aynı anda 4 üniversite, 6 fakülte, 9 bölüme ders anlatmaya gittiğimi fark ettim. Gazi Üniversitesi şehrin muhtelif yerlerine dağılmıştı. Ben derslere yetişebilmek için çoğu kez teneffüslerde bir semtten diğerine otomobilimle koşturuyordum. Beşevler, Emek Mahallesi, Teknik Okullar ve diğer semtler arasında adeta uçuyordum. Bilgisayarın henüz hayatımıza girmediği yıllarda sınav notlarının (vize %30, final %70 gibi) hesaplanmasında hesap makinesiyle ailem bana yardımcı oluyordu, çünkü yüzlerce öğrencim vardı.

1983 yılında Ankara Üniversitesi'nde "pekiyi" dereceyle kamu hukuku doktoru, 1984'te yardımcı doçent, 1990'da yazılı ve sözlü oybirliğiyle doçent oldum. Benim birinci yabancı dilim İngilizce, ikinci yabancı dilim ise Ankara Kolejinde seçimlik ders olarak tercih ettiğim Almancaydı. Doçent olur olmaz ilk işim hem Fransızca öğrenmek hem de profesörlük çalışmalarım için araştırma yapmak üzere Fransa'ya gitmek oldu. Aix-en-Provence ve Grenoble'da 1,5 yıl kaldıktan sonra yüzlerce fotokopi ve Fransızca hukuk kitabıyla geri döndüm. Fransız ve Türk hukuk sistemiyle ilgili getirdiğim bilgi, belge ve kitaplarını kullanarak yazmak istediğim o kadar uzun bir makale ve kitap listesi hazırlamıştım ki, heyecandan içim içime sığmıyordu. Fakat ders yüküm her zaman olduğu gibi çok fazlaydı. Getirdiklerimin yarısından azını ancak değerlendirebildim. Bu durum da içimde bir hüznün olarak kaldı. Belki ileride bu, raflar ve dolaplar dolusu kitapları, fotokopileri, belgeleri – eskimiş olsalar bile – kullanabilmenin daha doğrusu değerlendirebilmenin hayalini kuruyorum.

1996'da profesör oldum. Hemen ardından kamu yönetimi bölümü başkanı ve beş ay sonra da henüz üç yıl önce kurulmuş bulunan hukuk fakültemize dekan oldum. Üç yıl sonra dekanlık süresi bitince, bu defa aldığım daveti kabul ederek Konya'ya Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne dekan olarak gittim. Üç yıl otobüsle Konya'ya gidip gelerek hem Ankara'da İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesindeki idare hukuku ve idarî yargı derslerimi hem de Selçuk Hukuk'taki görevimi aksatmadan yerine getirmeye çalıştım.

Üç yılın bitiminde tekrar İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesine geri döndüm. Zaten hiç bırakmamıştım ki! Ben ders anlatmayı, öğrencilerimle beraber olmayı, hele yüksek lisans ve doktora derslerini çok severim. Her akşam dersim olsa, her gecem dolu olsa bile zevkle değişik konular işlemeye devam ederim.

2011 yılında bir vakıf üniversitesinden dâvet alınca 32 yıllık üniversitemden erken emekli olarak ayrıldım. 1 yıl sonra başka bir vakıf üniversitesinden yeni kurulmakta olan hukuk fakültesine kurucu dekan olarak dâvet edildim. İki dönem, hemen hemen 5 yıl da orada görev yaptım. Bir süre de işletme fakültesi dekan vekilliği görevini yerine getirdim. Bir dönem Kıbrıs'ta bir özel üniversitede görev yaptıktan sonra nihayet

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesine geldim.

Bu kronolojik sıralamadan sonra biraz da dekanlıklarım sırasında yaptığım sosyal faaliyetlerden ve düzenlediğim bilimsel toplantılardan çok kısaca bahsetmek, sonra da hazırladığım çalışmaları dile getirmek isterim. Ardından kendi kendime hep sorduğum ben Zehra Odyakmaz olarak Türk hukukuna bir katkıda bulunabildim mi? sorusunu cevaplayacağım. Tabii bu arada hobilerime de biraz değineceğim.

Dekanlıklarım süresince ve Gazi Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürü olarak arkadaşlarımla birlikte panel, konferans, sempozyum, proje, sohbet, toplantı, eğitim gezisi, söyleşi, sosyal faaliyet, sertifika programı, panel-forum şeklinde aşağı yukarı 80 civarında etkinlik düzenledim. Özgeçmişimde her biri tarihleriyle yazılıdır.

1984 yılında yardımcı doçent olduktan sonra verdiğim konferanslar ve sunduğum bildirilerim yaklaşık 300 civarındadır. 70'ten fazla oturum başkanlığımın yanında, 30'a yakın ulusal ve uluslararası toplantıya delege olarak katıldım. Delege, oturum başkanı, konuşmacı olarak katıldığım toplantılardan 165 tanesi uluslararası faaliyetlerdir.

Basılmış 10 kitabım var, 11.si de basılmak üzere. 125 uzun makalemden 30'a yakını İngilizce olarak yazdım, yurtdışında basıldı.

1971 yılında hukuk fakültesini bitirdiğime göre 53 yıldan beri çalışmaktayım. 1 yılı avukatlık stajı ve 7 yılı serbest avukatlık olmak üzere geçirdiğim 8 yılın bana çok fazla katkısı olduğunu söylemeliyim. Her öğretim üyesi meslektaşımın “adliye koridorları ve mahkeme kalemleri gerçeği”ni görerek, yaşayarak öğrenmeleri gerektiğini düşünüyorum. Bu deneyim üzerine hazırlayacakları kanun taslaklarının Türkiye şartlarına daha uygun olacağını ve tabii daha fazla başarı sağlayacağını zannediyorum.

Kendi kendime şu soruyu ara sıra sorarım: Ben hukukumuza hangi önemli çalışmaları yaparak katkıda bulundum? Daha doğrusu acaba bir katkıda bulunabildim mi?

Çalışma hayatımda çok emek verdiğim konuların başında “Ombudsmanlık – Kamu Denetçiliği Kurumu” gelir. Bu konuya ilk defa hocam Prof. Dr. Hamza Eroğlu'nun 1978 baskılı İdare Hukuku kitabında rastladım. Hocam, Kurumu açıkladıktan sonra çeşitli ülkelerle karşılaştırmalı olarak incelemişti. Ben de o tarihten sonra hem lisans hem de yüksek lisans ve doktora derslerimde konuyu anlatmaya başladım. 1997 yılında Gazi Hukuk'taki dekanlığım sırasında Adalet Bakanlığından gelen yazı sonucu ombudsmanlıkla ilgili çalışmalara başlamak üzere kurulacak komisyona idare hukukçusu olarak katıldım. Yıllar boyunca ombudsmanlıkla ilgili kanunu hazırlamak için birkaç defa komisyon kuruldu. Hepsinin başkanlığını yaptım. Bu tarihten itibaren yurtiçinde düzenlenen bütün panel ve sempozyumlarda bu Kurumun önemini, kurulmasının faydalarını ve Kurumun gerekliliğini anlatmaya çalıştım. Herkes böyle yeni bir Kurumun – hiç bilmedikleri ve anlamadıkları halde – kurulmasına karşıydı. Bütün enerjimi; çeşitli toplantılarda kurulmasının önemini açıklamaya harcıyordum. Bir defa kadük olan, bir defa Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kanun tasarısı nihayet üçüncüsünde TBMM'nde kabul edildi. Kurum; artık çalışmalarına başlamıştı. İlk zamanlar ilk seçilen başdenetçi ve diğer denetçiler beni toplantılarına çağırıyorlar, bilgi istiyorlardı. Çok mutluydum; artık bundan sonraki bilimsel toplantılarda Kurumun Türkiye için faydalarını ve kurulmasının gerekliliğini değil, faaliyete geçmiş yeni bir Kurumun Kanununu açıklayacak, verdiği kararların yorumunu yapacaktım. Geçen yıl da yıllardan beri çalıştığım konuyu meslektaşlarımla 1300 sayfalık kitap haline getirdim.

2004 yılında davet edildiğim bir uluslararası toplantı vesilesiyle “Eşitlik Kurumları (Equality Bodies)”na ilgi duymaya başladım. Avrupa Birliği Konsey Direktifleri doğrultusunda İngilizce yazdığım ilk makalem yurtdışında 2005 yılında yayınlandı. 2008 yılında da eşitlik kurumlarını Türkiye açısından incelediğim bir makalem yayınlandı. Türkiye İnsan Hakları Kurumu geçtiğimiz yıllarda Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu olarak yeniden oluşturuldu. Asistan meslektaşımın hazırladığım bu konudaki kitabım da bugünlerde baskıda.

Beni en çok etkileyen çalışmam ise Adalet Bakanlığı için hazırladığımız “Türkiye’de Kadın Cezaevleri Nasıl Olmalı?” konulu projedir. 1999 yılında Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinin dekanıken düzenlediğim “Hukukta Kadın Sempozyumu” sırasında bir avukat panelist tarafından hapislerde yatan kadınların durumu dile getirildiğinde çok etkilendim ve bazı ayrıntıları Adalet Bakanlığına naklettikten kısa bir süre sonra Bakanlıktan beni aradılar ve bu konuda neler yapılabileceğini sordular. Ben de ilk önce kütüphanelere giderek yabancı ülkelerde cezaevleri ile ilgili yapılmış çalışmaları, yayınları topladım. Mimarlık Fakültesi dekanıdan cezaevi planı çizmesi için bir öğretim üyesi görevlendirmesini rica ettim. Planın revir bölümünü tıp fakültesine, dış bölümünü dişilik fakültesine, sosyal faaliyet alanlarındaki seramik fırını ve benzeri ihtiyaçları meslekî eğitim fakültesine, annesiyle birlikte hapisshanede kalacak olan bebekler ve çocuklar için gerekli donanım, malzemeler listesini çocuk bölümüne hazırlattık. Adalet Bakanlığına teslim ettiğimiz bu çalışma kısa bir süre sonra hayata geçirildi. Bu arada cezaevlerinde yatmakta olan kadınların çoğunun suçunun – zannedildiği gibi terör olaylarının içinde olmak veya hırsızlık değil – kendilerini aldatan kocalarını, nişanlılarını öldürmek, yaralamak olduğunu da söylemeliyim.

1934 yılında Atatürk'ün isteği ile kurulan Türk Hukuk Kurumu, 1941 yılında basılan Türk Hukuk Lûgatını yenileme çalışması ile ilgili kurulan komisyona yönetim kurulu olarak beni davet ettiklerinde onur duydum. Birkaç yıllık çalışmamızın sonucunda Türkçe ve dört yabancı dil destekli olarak lûgatımız basıldı. Lûgatın sonradan düzeltilerek yazılmasında redaksiyonu yapan ve İngilizce bölümlerde çevirilerimde bana destek veren Tülin Özbay'ın da çok emeği geçti. Hâlen Türk Hukuk Kurumu yönetim kurulu üyesiyim ve burada çalışmaktan şeref duyuyorum.

•Kızılay'da bulunan Türk Hukuk Kurumunun bodrum katında yer alan çok zengin içerikli kitaplarını da kütüphane sistematığına göre yeniden sınıflandırmasını yaparak, yeni bir yazılım sistemiyle bilgisayara

geçirttik. Bunların yapılabilmesi için önce çok değer verdiğim, saydığım, Ankara Hukuktan tanıdığım değerli kütüphaneci Sayın Oya Fişekçi'yi buldum. Kendilerinin yönlendirmesiyle Ankara Hukuk Kütüphanesinden emekli olmuş bir memura ulaştık, onu kitapları tasnif edip yerleştirmesi için istihdam ettik. Ancak yazılım programı gereksinimimizde – bu konu telife girdiği için – ne Ankara Barosundan ne de Türkiye Barolar Birliğinden yardım alamıyorduk. Sonra bilgisayar programcım Murat Yücel Atatürkçü çizgide olduğu için ayrı bir saygı duyduğu Türk Hukuk Kurumunun – tabii benim de hatırımın olduğunu ekleyerek – hiçbir ücret almadan ayrıntılı bir yazılım programı geliştirdi. Böylece Türk Hukuk Kurumu kütüphanesi yeniden düzenlenmiş oldu.

2000-2005 yılları arasında T.C. Genelkurmay Başkanlığı Atatürk Araştırma Merkezi (ATAREM) üyeliğim sırasında Türkiye'nin muhtelif yerlerinde askerî birliklere “Atatürkçülük, Atatürk ilkeleri, millî birlik, beraberlik ve lâiklik” konusunda konferans vermek üzere gönderildim. Bu tarihlerden önce ve sonra da özellikle biz kadınların her şeyimizi borçlu olduğumuz ulu önderimiz Mustafa Kemal Atatürk'ün üstün kişiliği ve büyük Türk hukuk inkılabı konusunda çok konferans verdim, bildiri sundum, açılış dersi yaptım. Bildirilerimin ve özellikle konferanslarımın 60'tan fazlası “Atatürk” ile ilgilidir. Bu da benim hayatımdaki en onur verici konuların başında gelir.

Kanaatimce; üniversitede hocalık daha doğrusu öğretim üyeliğinin birbirinden tamamen farklı üç cephesi var. Birincisi; öğrencilere, kalabalıklara hitap ederek ders anlatmak, onlarla beraber olmak. İkincisi; bunun tamamen tersi, kütüphanede kitapların arasında veya bilgisayarınızın başında yalnız olarak, yanınızda kimseler olmadan araştırma yapmak, okumak, çalışmalarınızı yazmak. Üçüncüsü de; toplumumuza olan borcumuzu ödemek şeklinde değerlendirdiğim, panellerde, sempozyumlarda bildiri sunmak, konuşma yapmak, konferans vermek.

Ben mesleğimin bu, birbirinden farklı üç yönünü de sevmekteyim. Bir yere konuşma yapmak üzere davet edildiğim zaman ilk sorduğum “Hedef kitlem kim olacak? sorusudur. Yani ben kimlere hitaben, belirlenmiş bir konuyu anlatacağım? Sade vatandaşa mı, hukuk öğrencisine mi, uygulamayı çok iyi bilen avukatlara, hâkimlere, savcılara mı, yoksa öğretim üyesi arkadaşlarıma mı? Aynı konuyu, katılımcıların mesleğine göre veya henüz öğrenmekte olan öğrencilere göre değişik hazırlamak gerekecektir.

En çok arzu ettiğim hususlardan biri de bütün avukat, hâkim, savcı ve noterlerimiz tarafından taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin ve uygulamayı taahhüt ettiğimiz hükümlerinin bilinmesinin, henüz öğrencilik yıllarımdan itibaren sağlanmasıdır. Ayrıca bu konuda hizmet-içi eğitimin önemine de değinmek isterim. Bilhassa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu Sözleşme hükümlerini geniş yorumlayarak bakış açısının gelişmesini sağlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin (Convention on Elimination of All Kinds of Discrimination Against Woman), Paris Prensiplerinin, ayrımcılığı önlemek için düzenlenmiş bulunan bazı Avrupa Birliği Konsey direktiflerinin hukuk mesleğini icra edenlere iş hayatları boyunca çeşitli vesilelerle anlatılması gerektiğini düşünüyorum.

Basılmış kitaplarımın, makalelerimin, bildirilerimin yanında çok sayıda basılmamış kitap ve makale çalışmalarım, radyo ve televizyon konuşmalarım, hakem heyeti, danışma kurulu, bilim kurulunda bulunduğum bilimsel dergiler, proje ve komisyon çalışmalarım (kanun tasarısı hazırlıkları...), akademik ve idari görevlerim, üyesi bulunduğum kurullar, yine üyesi bulunduğum, yönetim kurulunda görev yaptığım ulusal ve uluslararası kuruluşlar var. Burada sadece hemen hemen her ulusal ve uluslararası kademesinde Gençlik Teşkilâtı Başkanı, Eğitim Komisyonu Başkanı olarak çalıştığım Türk Atlantik Konseyini ve diğer 165 uluslararası toplantıyı zikretmekle yetiniyorum. Halen Türk Atlantik Konseyinin yönetim kurulu üyesiyim.

Bu kadar “hukuk bilgisinden” sonra biraz da hobilerimden bahsedeyim. “Ev”e çok meraklıyım. Porselen, gümüş, bakır, tablo koleksiyonlarımın ve iç mekân bitkilerimin yanında hukuk ağırlıklı zengin bir kütüphanem var. Ama benim esas hobim piyano çalmak. Çocukluğumda başladığım piyano derslerim çok sevdiğim klâsik müzik üzerinedir. Kolej dışında ve Kolejdeki solistler gecelerinde, konserlerde defalarca Beethoven, Chopin gibi çok sevdiğim bestecilerin eserlerini çaldım. Uzun yıllar hemen her gün piyano çalıştım, parmaklarım için sürekli egzersiz yaptım.

Özgeçmişlere o insanların çocuklarının ve onların eğitimleri, diplomaları ile ilgili bilgilerin konulduğunu bazı dışışleri mensuplarının özgeçmişlerinde görmüştüm. Onlar da yabancılardan çoğunun öyle yaptıklarını söylemişlerdi. Önce hayli yadırgadığım bu uygulamayı sonradan doğru, hattâ gerekli bulunduğunu söylemeliyim. Belli statüdeki kişiler başarılarına ulaşma yolunda ilerlemekteyken anne ve baba olduklarını unutmadan bu görevlerini de yerine getirerek iyi bir evlât yetiştirdiklerini, onların eğitim durumlarını, sahip oldukları diplomalarını kendi başarıları olarak kendi özgeçmişlerine eklemek istemektedirler. Biz bilim insanları makalelerimizi, kitaplarımızı yazarken, bildirilerimizi, konferanslarımızı hazırlarken çocuklarımızı da ihmal etmediğimizi, o yoğunluk içinde onlarla elimizden geldiğince ilgilenerek çocuklarımızın da istikbalini hazırlamaya çalıştığımızı – demek ki göstermek istiyoruz – şeklinde yorumluyorum. Benim iki kızım, üç torunum var. Bir kızım siyasal bilgiler ve uluslararası ilişkiler doçenti, diğeri de Türkiye’de ilk defa tiyatro rejisörlüğü eğitimi görüp rejisör olan kızım.

Son olarak, herkese söylemek istediklerime gelince...

Bence “hukuk” eğitimi en kutsal eğitimidir. Hattâ herkesin kutsal dediği tıp tahsilinden de daha kutsaldır. Tarih boyunca dünyaya hükmetmiş bütün büyük imparatorlukların yıkılışı, çöküş sebepleri incelendiğinde görülecektir ki hiçbiri başarısız sağlık teşkilâtları veya diğer mesleklerin kötü icra edilmesi nedeniyle değil, “adalet sisteminin bozulması” ile yıkılıp gitmiş, tarihin derinliklerine gömülmüştür.

Öğrencilerime her zaman, her yerde, her devirde hukukçuya ihtiyaç duyulduğunu ve hep duyulacağını söylemekteyim. İki kişinin bulunduğu her yerde kurala gereksinim vardır, o halde hukuk hep lâzımdır.

Hemen hemen bütün bildirilerimin sonunda dile getirdiğim bir arzumu burada da tekrarlamak istiyorum: Umarım yakın bir gelecekte Türk yüksek mahkemelerinin, özellikle Türk Danıştayının vereceği kararlar hukuk devleti olarak anılan bütün uygar devletleri yönlendirecek kadar özgün, ileri görüşlü, çok güçlü, o ülkelerin ders kitaplarına emsal karar olarak girecek ve okutulacak kararlar olur.

PROF. DR. ZEHRA ODYAKMAZ-2025

EVLİLİĞİN YANILMA SEBEBİYLE NİSBÎ BUTLANI

THE RELATIVE NULLITY OF MARRIAGE DUE TO MISTAKE

Gökhan ŞAHAN* & İbrahim Numan ERDOĞAN**

Makale Bilgi

Gönderi: 19/11/2024
Kabul : 07/03/2025

Anahtar Kelimeler

Evlilik,
Nisbî Butlan,
Yanılma.

Article Info

Received: 19/11/2024
Accepted: 07/03/2025

Keywords

Marriage,
Relative Nullity,
Mistake.

Özet

ID.21492/inuhfd.1587882 doi

TMK m.149 hükmünde, irade bozukluğu hallerinden yanılma sebebiyle, evliliğin nisbî butlanı ele alınmaktadır. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir dava olan butlan davasının müstakil bir şekilde inceleme konusu yapılması önem arz etmektedir. TMK m.149'da bahsi geçen yanılma hali borçlar hukuku anlamındaki yanılmadan farklıdır. Hüküm uyarınca üç ayrı halde evlenmenin butlanı dava edilebilir. Sayılan haller dışında bu hükme dayanılarak butlan davası açılması mümkün değildir. Hükümde ifade edilen ilk hal kişinin evliliğin mahiyetinde yanılmasıdır. Burada kişinin evliliği kurma yönünde bir iradesi yoktur. İkinci hal ise eşin kimliğinde yanılma halidir. Burada kişide evlenme iradesi mevcut olmasına rağmen evleneceği kişi bakımından irade ve beyanı uyumsuzdur. Hükümde düzenlenen son hal ise kişinin evlendiği eşinin önemli bir niteliği hususunda yanılmış olmasıdır. Burada kişi esasen eş hakkında yanlışlığı niteliği bilmiş olsa idi evliliği hiç kurmayacaktır. Yanılan kişinin bu yanlışlığı eşinin bizzat şahsı bakımından olmalıdır. Diğer bir ifadeyle eşin niteliği ile ilgili olmayan yanılgılar TMK m.149 bağlamında butlan davası açma hakkı vermez. Çalışmamızda TMK m.149 kapsamında açılacak butlan davasının nedenlerinin ardından davanın bizzat kendisi ve davanın eşler, çocuklar ve üçüncü kişiler bakımından sonuçları da ele alınmıştır.

Abstract

In the Turkish Civil Code (TCC) Article 149, the relative nullity of marriage due to mistake, which is one of the cases of disorder of will, is discussed. It is important that the nullity case, which is a frequently encountered case in practice, be subject to independent examination. The mistake mentioned in TCC Article 149 is different from the mistake in the sense of the law of obligations. According to the provision, a nullity case can be filed in three different situations. Except for the cases listed in the provision, a nullity action can't be filed for this reason. The first situation expressed in the provision is that the person is mistaken about the nature of marriage. In the situation expressed here, the person has no will to establish a marriage. The second situation is the mistake in the identity of the spouse. Here, although the person has the will to marry, his/her will and declaration do not match in terms of the person he/she will marry. The last situation regulated in the provision is that the person is mistaken about an important characteristic of his/her spouse. Here, if the person had known about the characteristic he/she was mistaken about his spouse, he/she would not have entered into the marriage at all. This mistake of the mistaken person must be in terms of his/her spouse's person. In other words, mistakes that are not related to the spouse's qualifications do not give the right to file a nullity lawsuit in the context of TCC Art. 149. In our study, after the reasons for the nullity lawsuit to be filed within the scope of TCC Article 149, the lawsuit itself and the consequences of the lawsuit for spouses, children and third persons are also discussed.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

** Arş. Gör., İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ŞAHAN, Gökhan/ ERDOĞAN, İbrahim Numan, "Evliliğin Yanılma Sebebiyle Nisbî Butlanı", İnÜHFD, 16(1), 2025, s.37-48. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

In our study, the relative nullity of marriage due to mistake, which is regulated in the Turkish Civil Code article 149, is basically discussed. The aim of the study is to examine the provisions and consequences attributed to the marriage being concluded by mistake, which is a frequently encountered situation in practice. The relative nullity of marriage due to mistake is regulated in the TMK article 149, taking into account three separate situations. Except for the cases listed in the provision, a nullity lawsuit cannot be filed. In other words, the principle of *numerus clausus* is accepted here.

According to the provision, the first situation that gives the right to file a nullity lawsuit is the mistake in the nature of the marriage. In this case, one does not have the intention to marry. However, he/she somehow got married. It is unlikely that this person will get married even though they don't want to because it is not possible for a person to get married even if they do not want to get married in real life. In addition, marriages are performed in front of an official and the person is informed about the marriage. However, it cannot be said that this situation has never been encountered. For example, this situation applies well to a scenario where a person gets married by mistake due to insufficient knowledge of Turkish. The second situation listed in Article 149 is to make a mistake regarding the spouse's person. Here, the person essentially wants to get married. However, he does not want to marry the person he married. At this point, there is a mistake in identity.

The last situation stated in Article 149 is making a mistake about an important characteristic of the spouse. Here, the person wants to get married. What the person does not want is a characteristic of the person he marries. If the person who is mistaken had known this characteristic, the marriage would never have taken place. The marriage that is made because of not knowing this characteristic makes the continuation of the marriage unbearable for the person who is mistaken. In order for a person to be decided to be null and void because of being mistaken about an important characteristic of the person he marries, four conditions are required. The first of these is that the mistake is in terms of the spouse's personal qualities. Therefore, the occurrence of unexpected events in terms of the spouse's family or environment does not give the right to claim nullity of the marriage. The situation of mistake in an important quality of the spouse is frequently encountered in practice. Examples of this situation are the spouse working as a prostitute before marriage, being a gambling or drug addict, being homosexual, not being a virgin, appearing to have a doctorate degree but being a primary school graduate, the man being sexually impotent, hiding a child out of wedlock, abnormality in the genital organ, and the state of bisexuality.

Another condition sought for filing a nullity suit due to mistake in an important characteristic of the spouse is that the mistake must be fundamental. Fundamentality is understood in two ways. These are objective fundamentality and subjective fundamentality. Objective fundamentality is the understanding that a reasonable and average person would not have entered into the marriage if they knew about the mistake. When determining objective fundamentality, Turkish public order, Turkish family structure and traditions and customs should be taken into consideration because one person may not agree to marry a person whom another person agrees to marry. For this reason, the average Turkish citizen should be taken into consideration when making the determination here. For example, according to the Court of Cassation, the fact that a woman is not a virgin is a reason for nullity. However, there are people who can accept marrying a woman who is not a virgin. However, when the average citizen of Turkish society is considered, it becomes clear that this situation should be accepted as a reason for nullity because the fact that people who do not accept this situation cannot sue for nullity of marriage would have unjust consequences. However, the woman's loss of virginity must have been due to sexual intercourse outside of marriage and this situation should have been concealed during the marriage.

The subjective fundamental nature of the mistake is that it is acceptable to a reasonable person that the mistake is important to the person who made the mistake. In other words, even if a person does not have the same characteristics and lifestyle as the person who made the mistake, it is necessary for someone who puts himself in the place of the person who made the mistake to agree with the person who made the mistake and understand that the marriage cannot continue. The person who made the mistake, regardless of whether it is due to his own fault or someone else's deception, can file a lawsuit for nullity of the marriage as long as he does not tolerate this situation before or after the marriage is established. What is meant by toleration is that the person continues his/her marriage without paying attention to this quality of his/her spouse.

Another condition required to file a nullity case due to a mistake in an important characteristic of the spouse is that the mistake makes the marriage unbearable. The person who made the mistake must be in a position where he/she can't continue the marriage after learning about this characteristic. The judge will evaluate this situation. However, an objective assessment should be made here as well. For example, a woman cannot request a nullity decision by stating that the eighty-five-year-old man she married is sexually impotent. However, it is in the normal course of life for a woman who marries a twenty-five-year-old man to expect sexual potency.

The last condition for filing a nullity lawsuit due to mistake in an important characteristic of the spouse is that the marriage would never have been formed if there had been no mistake. The point to note here is that the person who made the mistake must be completely unaware of the mistake. For example, a nullity lawsuit cannot be filed due to immoral life against a woman who was known to be working in a brothel before marriage.

The results of the relative nullity case are examined under three main headings. The first of these is the results of the case for the spouses. The first and natural result for the spouses is the end of the marriage. If one of the spouses has acquired citizenship due to marriage, this citizenship continues only if he/she was in good faith when he/she entered into the marriage. If the marriage ends, the woman loses the right to use her husband's surname. Upon termination of marriage, spouses cannot inherit from each other and any disposition *mortis causa* made in favor of each other becomes invalid. If one of the spouses has attained legal adulthood through marriage, he/she retains his/her adulthood only if he/she was in good faith when the marriage was made. Otherwise, adulthood is lost.

The nullity case has no effect on children. The rights of a child born in a void marriage are no different from those of a child born in a valid marriage. The result of the nullity case for third persons is that the transactions made by these persons trusting the marriage union continue to be valid.

I. GİRİŞ

Evlenmenin butlanı Türk Medeni Kanunu (TMK) m.145-153 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bunlardan m.148-153 arasında evliliğin nisbî butlanı hüküm altına alınmıştır. Türk Medeni Kanunu'nda nisbî butlan sebepleri olarak; ayırt etme gücünden geçici yoksunluk, yanılma, aldatma ve korkutma ile yasal temsilcinin rızası olmaması düzenlenmiştir. Çalışmamızda evliliğin yanılma sebebiyle nisbî butlanına karar verilmesi konusu ele alınmıştır. Bu kapsamda, öncelikle yanılma sebebiyle nisbî butlanın hangi hâllerde ortaya çıkacağı hususu, nelerin nisbî butlan sebebi olarak kabul edilip edilmeyeceği, yanılma sebebiyle açılacak butlan davası ve şartları, son olarak ise evlenmenin nisbî butlan sebebiyle iptalinin hüküm ve sonuçları ele alınmıştır.

II. GENEL OLARAK

Evliliğin nisbî butlanı TMK m.148-151 ve TMK m.153 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bunlardan m.149-151'de evliliğin kurulmasında eşlerden birinin irade bozukluğuna uğraması durumu hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu bu maddelerde belirlenen hâllerin varlığı durumunda evliliğin iptal edilebileceğini hüküm altına almıştır. Bu sebeple Kanun'da tahdidi yani numerus clausus ilkesine bağlı kalınarak nisbî butlan sebeplerinin belirlendiği ifade edilebilir¹.

İrade bozukluğu sebebiyle evliliğin nisbî butlanını gerektiren hâllerden birisi evliliğin yanılarak yapılmış olmasıdır. Bu durum TMK m.149 hükmünde düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki yanılma hâli sebebiyle evliliğin butlanı Türk Medeni Kanunu'nda ayrıca düzenlendiği için Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) mevcut olan yanılma hâline ilişkin hükümler evliliğin butlanında uygulama alanı bulmaz². Zira TBK'daki hükümlerin mahiyeti itibarıyla kamunun çıkarının ağır bastığı bir sözleşme olan evlilik sözleşmesine uygulanması birçok sorunu beraberinde getirir³. Örneğin TBK m. 35 gereğince yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal eden kişi, yanılma kendi kusurundan kaynaklanmaktaysa, karşı tarafın uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır. Fakat, evlenmede yanılma hâlinde, yanılan eş kendi kusuru ile yanılmış olsa dahi karşı tarafın zararını tazmin etmek zorunda değildir.

TMK m.149 hükmünde hangi hâllerin evlenmenin yanılma sebebiyle iptaline yol açacağı tahdidi olarak belirlenmiştir. Bu sebeple söz konusu hâllerden birinin varlığı sübut bulmadığı takdirde ilgili hükme dayanılarak evliliğin iptaline karar verilemez. Ayrıca hükümde sayılmayan türde bir yanılma hâli de yine evliliğin nisbî butlan sebebiyle iptaline dayanak teşkil edemez⁴.

TMK m.149 hükmünde yanılma hâli sebebiyle evliliğin iptaline sebebiyet verebilecek hâller iki bentte düzenlenmektedir. Ancak, ilk bentte iki ayrı durum ele alınmıştır.

III. YANILMA SEBEBİYLE BUTLAN

Evlenmenin yanılma sebebiyle nisbî butlanı, TMK m. 149'da düzenlenmiştir. Bu hüküm şöyledir:

“Aşağıdaki durumlarda eşlerden biri evlenmenin iptalini dava edebilir:

1. *Evlenmeyi hiç istemediği veya evlendiği kişiyle evlenmeyi düşünmediği hâlde yanılarak bu evlenmeye razı olmuşsa,*
2. *Eşinde bulunmaması onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir duruma sokacak derecede önemli bir nitelikte yanılarak evlenmişse.”*

Söz konusu düzenlemeye göre, bir kişi evlenmeyi istemediği halde evlilik yönünde irade beyanında bulunmuşsa veya evlenmeyi düşünmediği bir kişi için evlenme iradesi açıklamışsa ya da evlendiği kişinin niteliğinde yanılmışsa, evliliğin iptalini isteyebilir. Kanuni düzenlemeye göre, evlilikte yanılma halleri, evlenmenin niteliğinde yanılma, eşin kimliğinde yanılma ve eşin niteliğinde yanılma başlıkları altında incelenmiştir.

A. Evlenmenin Niteliğinde Yanılma

Evlenmenin niteliğinde yanılma esasen kişinin “evlenmeyi hiç istemediği” hâlde evlenmesidir. Bu sebeple, kişinin evliliğin anlam ve niteliği konusunda iradesinin fesada uğradığı, diğer bir anlatımla kişinin iradesi ile beyanının uyumsuz olduğu ifade edilebilir⁵. Eşlerden biri, resmi memur huzurunda yaptığı irade açıklamasının, evlenmeye ilişkin olduğunu fark etmemişse, yapılan işlemin evlenme olduğunu bilmiyorsa evlenmenin niteliğinde yanılma söz konusu olur⁶. Burada, esasen evlenme konu olarak düşünülmemekte, ancak birtakım sebeplerle evlilik gerçekleşmektedir⁷.

Mevzubahis durumla çeşitli şekillerde karşılaşılabilmektedir. Örneğin kişinin başka bir hukukî

¹ ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.596; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, s. 81; YILMAZ, Süleyman: Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2023, s.131; KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.86; HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019, s.74; GENÇCAN, Ömer Uğur: Aile Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s.399.

² TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 135; KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul 1985/1986, s. 104; ÖZTAN, s.602; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.88; YILMAZ, s.133.

³ AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Deyan: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 23. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2021, s.216.

⁴ ÖZTAN, s.603; YILMAZ, s.133.

⁵ ÖZTAN, s.603; HATEMİ, s.75.

⁶ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.104.

⁷ ÖZTAN s.603; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ s.88; KILIÇOĞLU, s.87; ERDEM, Mehmet/MAKARACI BAŞAK, Aslır., Aile Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s.89; AKKURT, Sinan Sami: Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Butlanı, Konya, 2015, s.88; ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.33; AKINTÜRK/ATEŞ, s.217; GENÇCAN, s.399.

işleme onay verdiğini zannederek evlenmesi hâlinde evlenmenin mahiyetinde yanlış söz konusudur⁸. Yine, kişi yetersiz Türkçe bilgisine sahip olduğu için evlenme sözleşmesine yanlış olarak onay vermiş olabilir⁹. Benzer şekilde, kişi yaptığı sözleşmenin evlilik olduğunu bilmiyor, nişanlanmak için onay verirken evleniyor, bir tiyatro oyununda oynadığını zannederek evliliğe onay veriyor veya din değiştirme merasimine katıldığını zannederek evleniyor olabilir¹⁰. Tekinay tarafından verilen bir örnekte, bir İngiliz kadın, din değiştirip Hindu olmak isterken, merasim sırasında kadın Hintli bir erkekle evlendirilmiştir. Bu evlilik yanlış sebebiyle iptal edilmiştir¹¹. Eşlerden birinin yapılan merasimin evlenme merasimi olduğunu bilmesine rağmen, “hayır” diyeceği yerde, şaşkınlıkla veya kelimenin anlamını bilmemesi sebebiyle “evet” demişse, yanlış var olduğu kabul edilir¹².

Maddede ifade edilen evlenmeyi hiç istememe hâli ile uygulamada karşılaşmak ise oldukça zordur. Zira evlilik, nikâh memuru ve iki tanık önünde yapılmak zorundadır. TMK m.142 çerçevesinde, nikâh memuru evlenecek kişilerin sözlü onayını almak ve bu rızanın alındığını kendisi de sözlü olarak orada onaylatmak zorunda olduğundan bahsedilen şekilde bir evliliğin meydana gelmesi düşük ihtimal olarak görülebilir. Fakat yine de bu ihtimalin hiç olmadığı söylenemez. Ayrıca bu şekilde bir hüküm olmasaydı ortada açık bir kanun boşluğu olacağı doktrinde ifade edilmektedir¹³. Fakat kanaatimizce bu şekilde bir hükmün olmaması durumunda ortada kanun boşluğundan ziyade bilinçli susmanın olduğu ifade edilebilir. Zira mutlak ve nispi butlan sebepleri Kanun’da sınırlı olarak sayılmıştır. Kanun’da düzenlenmemiş bir butlan sebebi hakkında ise kanun boşluğundan bahsetmek mümkün değildir. Aksi durumda bu boşluğun doldurulması gerektiği şeklinde bir sonuç ortaya çıkar. Bu takdirde de butlan sebeplerinin sınırlı olarak sayılması anlamını yitirir. Ayrıca butlanla sakat evliliklerin kapsamı gereğinden fazla genişler. Bu şekilde bir genişleme diğer başka hallerde de uygulama alanı bulur. Örneğin muvazaalı evlenmeler Kanun’da butlan sebebi olarak sayılmadığı için geçerli kabul edilmektedir. Bu gibi hallerde bir kanun boşluğu olduğu kabul edildiği takdirde yeni butlan sebepleri oluşturmak mümkün olur.

Son olarak değinilebilir ki, hükmün ifade tarzından yalnızca yanlış hâlinde değil evlenmenin hile veya ikrahla gerçekleştirilmesi durumunda da uygulama alanı bulacağı gibi bir yorum akla gelebilir. Fakat bahsedilen iki hâl Kanun’da sonraki maddelerde ayrıca düzenlenmiş olup bunların yanlışmaya ilişkin hükmün uygulama alanına dahil olmadığı ifade edilebilir.

B. Eşin Şahsında Yanlış

TMK m.149/1 hükmünün ikinci cümlesinde “evlendiği kişiyle evlenmeyi düşünmediği hâlde” denilerek kişinin evleneceği kişinin şahsında yanlış olması durumunda evliliğin iptal edilebileceği öngörülmüştür. Bu hâlde, kişi esasen evlenmeyi istemektedir. Fakat evlendiği kişinin kimliği noktasında iradesi ile beyanı arasında bir uyumsuzluk söz konusudur¹⁴. Burada kişi, evleneceği kişinin kim olduğu hakkında yanılmaktadır¹⁵.

Eşin şahsında yanlış ihtimaline ilişkin kişinin A kişisi ile evlenmek isterken A’nın ikiz kardeşi B ile evlenmesi örnek verilebilir. Yine kişinin sosyal medya yoluyla tanıştığı kişi zannederek başka bir kişi ile evlenmesi; görme yetisinin olmaması sebebiyle aynı isme sahip başka bir kişi ile evlenmesi; yabancı bir kişinin vatandaşlık almak için evleneceği kişi yerine başka bir kişi ile evlenmesi şeklinde benzer örnekler çoğaltılabilir. Benzer şekilde bir kişi başka bir kimsenin kimliğini ele geçirmiş ve bu sayede yanlış eş ile evlenmiş ise bu durumda da hüviyette yanlış söz konusudur.

Burada özellikle kişinin mesleğinde veya mali durumunda yanlış hâlinin incelenmesi önem arz eder. Bu şekilde kişinin medeni kimliğinde yanlış hali, doktrindeki bir görüşe göre kişinin şahsında yanlış olarak kabul edilmektedir¹⁶. Bu görüşe göre evlenen kişinin doktor zannedilirken hastanede hademe olması veya avukat zannedilirken avukat katibi olması gibi hâllerde kişinin hüviyeti konusunda bir yanlış söz konusudur¹⁷.

Daha isabetli görünen ikinci görüşe göre¹⁸ ise bahsedilen hâllerde TMK m.149/2 hükmü uygulama alanı bulmalıdır. Zira bu durumda esasen kişinin şahsı, başka bir anlatımla kim olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Buna karşın, evlenilmek istenen kişinin sahip olduğu nitelik bakımından yanlış mevcuttur. Açıklanan gerekçeyle, bu gibi hâllerde TMK m.149/2 hükmü uygulama alanı bulmalıdır. Nitekim bir Yargıtay kararında da mevzubahis görüş istikametinde sonuca ulaşmış görülmektedir¹⁹.

⁸ ÖZTAN, s.604; YILMAZ, s.133.

⁹ ÖZTAN, s.604.

¹⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.88; ÖZTAN, s. 604; YILMAZ, s.133.

¹¹ TEKİNAY, s.136.

¹² TEKİNAY, s.136.

¹³ TUTUMLU, Mehmet Akif : Yeni Türk Medeni Kanununun Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları (Eski MK;1971 MK Öntasarısı ve 1984 MK Öntasarısı Hükümleri ile Karşılaştırmalı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2006, s.57.

¹⁴ HATEMİ, s.75; TUTUMLU, s.57.

¹⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.88; KILIÇOĞLU, s.87; AKINTÜRK/ATEŞ, s.217.

¹⁶ TEKİNAY, s. 137.

¹⁷ TEKİNAY, s. 137.

¹⁸ AKINTÜRK/ATEŞ, s.217; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 89; ÖZTAN, s.605.

¹⁹ Yargıtay 2. HD., 18.2.1949, E. 1949/5804 K. 1949/749 (kazanci.com.tr ET.28.06.2024).

C. Eşin Önemli Bir Niteliğinde Yanılma

1. Genel Olarak

TMK m.149/2 hükmünde eşlerden birinin “eşinde bulunmaması onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir duruma sokacak derecede önemli bir nitelikte yanılarak” evlenmesinin nisbî butlan sebeplerinden biri olduğu düzenlenmektedir.

Eşte bulunduğu düşünülen, ancak bulunmayan bir nitelik veya vasıf söz konusu olup bu nitelik veya vasfın bulunmaması diğer eş için evliliği çekilmez hâle getirecek nitelikte ise, yanılma sebebiyle iptal istenebilir²⁰. Yanılan kimse, evleneceği kişinin şahsı (hüviyeti) hususunda emindir. Ancak, bu şahsın bulunduğunu varsaydığı nitelikler diğer eşte aslında yoktur. Bu sebeple, evlenme iradesi oluşurken bir bozukluk ortaya çıkmıştır²¹. Bir diğer anlatımla, kişinin beyanı, evlilik anında, evliliğin gerçekleşmesini isteme yönünde ortaya çıkmakta, fakat bu beyanla evliliği isteme saiki açısından kişinin şahsî nitelikleri arasında bir uyumsuzluk bulunmaktadır²². Burada esasen kişiyi evliliğe razı eden saiklerden biri hususunda yanılmanın olduğu söylenebilir. Bu saik diğer eşin önemli bir niteliği hakkındadır²³.

Türk Medeni Kanunu m.149/2 hükmü uygulanırken, hüküm gereğinden fazla genişletilmemelidir. Zira her evlilik belirli beklentiler üzerine yapılır ve çoğunlukla beklentilerin gerçekleşmemesi sebebiyle sona erer. Bundan dolayı, evlilik sözleşmesinin arz ettiği önem gereği bu sözleşmenin alelade veya hayatın olağan akışında her zaman karşılaşılabilecek olan sübjektif nitelikteki sebepler yüzünden iptaline imkan tanımak isabetli olmaz. Bir eşin, diğer eşin niteliğinde düşmüş olduğu her yanılma halinde, evliliğin iptali istenemez²⁴. Eşin karakter ve huyunda veya mali durumunda yanılmış olma, TMK m. 149/2 kapsamında yanılma olmaz²⁵. Bu haller daha çok, birer boşanma sebebi olabilir.

2. Eşin Önemli Bir Niteliğinde Yanılmanın Şartları

a. Yanılmanın Eşin Şahsî Nitelikleri Bakımından Olması

Yanılma eşin şahsî nitelikleri bakımından olmalıdır. Bu tür yanılmaya eşin haysiyetsiz hayat sürmüştüğü, toplum tarafından hoş karşılanmayan içki, kumar ve uyuşturucu bağımlılığına sahip olması, üniversite mezunu izlenimi uyandırıp ilköğretim mezunu olması, doktor gibi davranıp hasta bakıcı olması, eşlerden birinin homoseksüel olması, kadının bakire olmaması²⁶, erkeğin cinsel iktidarsız olması²⁷, eşlerden birinin yüz kızartıcı suç işlemiş olması²⁸, kadının aslında başka birinden olan çocuğunun evlenilen eşten

²⁰ “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 149 uncu maddesinde yanılma nedeniyle evlenmenin nisbi butlan ile iptali hali düzenlenmiştir. Anılan maddenin ikinci bendinde eşinde bulunmaması onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir duruma sokacak derecede önemli bir nitelikte yanılarak evlenme halinin evlenmenin iptalinin dava edilebileceği belirtilmektedir. Dosyanın incelenmesinden, dava dilekçesinde ve tanık beyanında davalının davacı ile birlikte yaşamasını çekilmez hale getirecek derecede bulunmuştur. Erkek eş boşanma sebepleri arasında "Davalı bakire değil" vakiasına da dayanmıştır. Tarafların sadakat yükümlülüğü evlilik birliğinin kurulmasıyla başlar (TMK m. 185). Davalı kadının evlilik öncesi cinsel ilişki yaşamış olması (bakire olmaması) boşanma davasında davalı kadın için kusur oluşturmaz, ancak koşulları var ise evliliğin nisbi butlan ile iptaline (TMK madde 149) davasına konu olabilir.” Yargıtay 2. HD., 2.4.2018, E. 2016/13682 K. 2018/4285 (kazanci.com.tr. ET.12.05.2024).

²¹ HATEMİ, s.75.

²² ÖZTAN, s.605; KILIÇOĞLU, s.88; HATEMİ, s.75; AKINTÜRK/ATEŞ, s.218.

²³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.89.

²⁴ AKINTÜRK/ATEŞ, s.217; TEKİNAY, s.137.

²⁵ AKINTÜRK/ATEŞ, s.218.

²⁶ “Davalı-davacı kadının zifaf gecesi bakire (kız) çıkmadığı toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Bu suretle kadında bulunması lazım gelen vasfın bulunmaması sebebiyle kocanın davasının kabulü” Yargıtay 2. HD., 22.2.2007, E. 2006/14649 K. 2007/2504 (kazanci.com.tr ET.16.05.2024); “Mevcut olayda; taraflar 12.03.2013 tarihinde evlenmiş, davacı erkek 28.02.2014 tarihinde Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesi uyarınca evlilik birliğinin sarsılması, hukuki sebebine dayanarak boşanma isteminde bulunmuştur. Erkek eş boşanma sebepleri arasında "Davalı bakire değil" vakiasına da dayanmıştır. Tarafların sadakat yükümlülüğü evlilik birliğinin kurulmasıyla başlar (TMK m. 185). Davalı kadının evlilik öncesi cinsel ilişki yaşamış olması (bakire olmaması) boşanma davasında davalı kadın için kusur oluşturmaz, ancak koşulları var ise evliliğin nisbi butlan ile iptaline (TMK madde 149) davasına konu olabilir.” Yargıtay 2. HD., 2.4.2018, E. 2016/13682 K. 2018/4285 (kazanci.com.tr. ET.12.05.2024).

²⁷ “Cinsel gücü olmayan koca hakkında evlenmenin feshi davası açılabilir. Karı veya kocasında bulunmaması onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir hale koyacak derecede önemli bir niteliği hakkında hataya düşerek evlenen karı kocadan biri, evlenmenin feshini dava edebilir (MK. 116). Evlenmenin sosyal amacı yanında nesli devam ettirme ve cinsel istekleri tatmin etme gayesi de vardır. Kocanın cinsel organı normal yapıda olmasına rağmen psikolojik sebeple dahi olsa dört ayı geçen evlilik süresi içinde kabul edilebilir hiç bir sebep yokken eşinin kızlığını bozamamış olması karşısında kocanın davacıya karşı cinsi ilişkiyi yerine getirebilecek kudretten yoksun olduğunun kabulü zorunludur. Bu sebeple evliliğin feshine karar verilmesi gerekir” Yargıtay 2. HD., T. 2.5.1985, E. 1985/4060 K. 1985/4201 (kazanci.com.tr. ET.12.05.2024).

²⁸ “Dosya incelendiğinde; davacı-davalı kadının “İsparta 5. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2015/481 esas, 2015/565 karar ve İsparta 3. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2015/379 esas, 2016/125 karar sayılı” dosyalarında ayrı ayrı hırsızlık suçundan ceza aldığı anlaşılmaktadır. Hırsızlık suçu yüz kızartıcı suçlardır. Davalı-davacı erkeğin hırsızlık suçundan mahkum olmuş birinin böyle bir durumunu bilmeden onunla evlenmesi, davalı-davacı erkek açısından davacı-davalı kadının önemli bir niteliğinde yanılma olarak kabul edilmelidir. Aynı zamanda bu yanılma durumu, davalı-davacı erkek yönünden davacı-davalı kadınla birlikte yaşamayı çekilmez bir duruma sokacak niteliktedir. Bu durumda, davanın nisbî butlan sebebiyle kabulü gerekir” Yargıtay 2. HD., 12.12.2022, E. 2022/8299 K. 2022/10349 (kazanci.com.tr. ET.12.05.2024).

sanılması²⁹, eşlerden birinin evlilik dışı çocuğunu gizlemesi³⁰, cinsel organda anormallik³¹, çift cinsiyetli olunması³², evlenmeden önce ahlaksız hayat tarzına sahip olunması³³ gibi hâller örnek verilebilir³⁴.

Eşin sara hastası olması doktrinde³⁵ ve Yargıtay kararlarında³⁶ iptal sebebi olarak kabul edilmektedir. Fakat bu gibi ihtimallerde öncelikle hastalığın derecesinin değerlendirilmesi daha isabetli görünmektedir. Zira her hastalık aynı derecede değildir. Bu sebeple benzer ihtimallerde sağlık kurulu raporuyla hastalığın kontrol altına alınmaya müsait olup olmadığı tespit edilmelidir. Aksinin kabulünün evliliğin haksız ve hukuksuz şekilde iptaline yol açabileceği ihtimali göz ardı edilmemelidir³⁷.

Yanılma, eşin kendi şahsi özellikleri bakımından olmak zorunda olduğu için eşin ailesinin veya çevresinin kötü özellikleri iptal sebebi olarak kabul edilemez³⁸. Zira aksinin kabulü evliliğin herhangi bir sebebe dayanarak iptal edilmesinin önünü açar.

Benzer şekilde eşin mali durumunun beklenildiği gibi çıkmaması her durumda iptal sebebi sayılmamalıdır³⁹. Öte yandan, eşlerden birisi diğerinin ekonomik ve sosyal statüsünü farklı bir şekilde zannetmiş veya olmayan bir durumu var zannetmiş ve bu zan doğrultusunda evlilik saiki oluşmuş ise evlenmenin iptali mümkün görülebilir⁴⁰. Örneğin, bir kişinin doktor zannederek evlendiği kişinin hasta bakıcı çıkması veya avukat zannedilen kişinin avukat katibi çıkması gibi hâller bu kapsamdadır⁴¹. Fakat bir eşin mali veya sosyal durumu yakın ancak beklenilen şekilde değilse evlenmenin iptali mümkün olmamalıdır. Bu gibi hâllerde yanılmanın iptal sebebi olup olmadığını hakimnin takdir etmesi gerekir.

b. Yanılmanın Esaslı Olması

Eşin niteliğindeki yanılma esaslı derecede olmalıdır. Buradaki esaslılığın derecesi objektif ve sübjektif açıdan olmak üzere iki şekilde belirlenir. İlk olarak yanılmanın objektif açıdan anlamı, makul orta seviye bir insanın var olan durumu bildiği takdirde evliliği kurmayacak olmasıdır⁴².

Söz konusu duruma kadının bakire çıkmaması veya erkeğin cinsel iktidarsızlığı örnek gösterilebilir. Fakat davacı eş evlenmeden önce bu durumları biliyorsa dava açma hakkına sahip değildir. Bu durum dava hakkından feragat veya affetme şeklinde değerlendirilir⁴³.

Kadının bakire olmaması son yıllarda önemli bir sebep olarak görülmekten çıkmış olsa da kanaatimizce bu hâlde evliliğin iptalinin mümkün olması Türk kamu düzeni bakımından daha uygundur. Ancak doktrinde de isabetli olarak belirtildiği üzere kadının bekaretini kaybetmesi mutlaka cinsel ilişki yüzünden olmalı ve bu durum erkekten gizlenmiş olmalıdır⁴⁴. Benzer şekilde erkeğin cinsel iktidarsızlığı da

²⁹ “Davacı dava dilekçesinde, davalı ile evlenmeden önce cinsel birliktelik yaşadığını, davalının 5 aylık hamile iken kendisinden hamile olduğunu, bu durumu fark ettiğini, bebeğin aldırılmasının tehlikeli olduğunu söylediğini, çocuğun kendisinden olduğuna inanarak, davalının beyanına güvenerek ve davalının ailesinin de baskısı ile mahkemeden evlenmeye izin kararı alarak davalı ile yalnızca çocuk nedeniyle evlendiğini, evliliğin ardından zaman içinde çocuğun babaya ve ailesine gösterilmek istenmemesinin şüphle uyandırıldığını, çocuğun icra yoluyla teslim alındığında DNA testi yaptırıldığını...tarihli test negatif çıktığı için.... davalı kadının, davacı ile evlenmeden önce bir başkasıyla daha birlikte olduğu ve o kişiden hamile kaldığı belirlenmiş durumdadır. Davacı erkek evlenmeden önce davalının kendisinden hamile kaldığını düşünmüş ve davalı kadının kendisinden başka bir erkekle ilişkisinin bulunduğu habersiz, kendisi için davalı kadınla birlikte yaşamayı çekilmez bir duruma sokacak derecede, davalı kadının önemli bir niteliğinde yanılarak onunla evlenmiştir. Bu sebeple, TMK 149/2 maddesi gereğince nisbi butlan koşulları olduğundan, davacı erkeğin davasının kabulü gerekir...” Yargıtay 2. HD., 1.12.2022, E. 2022/7739 K. 2022/9912 (kazanci.com.tr. ET.12.05.2024).

³⁰ “mevcut nüfus kaydından, daha önce evlilik yapmamış bulunan davalı kadının Zekerya isimli kişiden 21.11.2005 doğumlu Yelda isimli evlilik dışı bir kızının olduğu anlaşılmaktadır. Olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme ise hâkime aittir. Dava dilekçesindeki açmamlara göre dava, nitelikte yanılma sebebiyle evlenmenin iptali davasıdır. (TMK m 149 f.2)” Yargıtay 2. HD., 10.6.2015, E. 2015/9977 K. 2015/12247 (kazanci.com.tr. ET.12.05.2024).

³¹ “Davalı kadının göğüs ve karın bölgelerinde aşırı kıllanma olduğu, ayrıca cinsel organının anormal bir yapıda bulunduğu, klitoris çok gelişmiş olduğu, adeta bir çocuk erkeklik organı biçimini aldığı, bunun ise cinsel birleşmeye imkan vermediği, davacının bunu ilk gece öğrendiği..... Erkek görünüşlü ve ömür boyu ilaç gücüyle dişiliğini korumaya çaba harcayan bir kadına karşı kocada doğan soğukluk ve haklı kaçınma duyguları karşısında evlenmenin bozulması (feshi) gerekir” Yargıtay 2. HD., 14.5.1981, E. 1981/2375 K. 1981/3728 (kazanci.com.tr. ET.12.05.2024).

³² Yargıtay 2. HD., 21.01.1085, E. 89, K. 376, UYAR, Talih: Türk Medeni Kanunu (Gereğçeli-İçtihatlı), Aile Hukuku, C. I, Ankara 2002, s.262.

³³ “Toplanan delillerden davalının evlenmeden önce üçüncü kişilerle çok kez evlilik dışı ilişkiye girdiği, sokakta birlikte bulundukları sırada bu halin 3. kişilerin hoş karşılanmayacak davranışların yol açtığı davalının bu amaçla Gürcistan'dan geldiği anlaşılmaktadır. Davalının ahlaki yapısı önemli vasıf olup, davacı için onunla birlikte yaşamayı çekilmez hale sokar.” Yargıtay 2. HD., 10.5.2002, E. 2002/3393 K. 2002/6257 (kazanci.com.tr. ET.12.05.2024).

³⁴ Diğer örnekler için bkz. ÖZTAN, s.606; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 89; YILMAZ, s.134; AKINTÜRK/ATEŞ, s.219.

³⁵ YILMAZ, s.136.

³⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 12.7.1950, E. 1950/2-152 K. 1950/40 (kazanci.com.tr. ET.12.05.2024).

³⁷ “Toplanan delillerden davalının hastalığının bulaşıcı nitelikte olmadığı ve tedavi edilebilir olduğu.....davacının davasının reddi..” Yargıtay 2. HD., 3.10.2006, E. 2006/5711 K. 2006/12979 (kazanci.com.tr. ET.03.07.2024).

³⁸ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.105; TEKİNAY, s.138; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.89; YILMAZ, s.134; ERDEM/MAKARACI BAŞAK, s.90; AKINTÜRK/ATEŞ, s.218; TUTUMLU, s.58; AKKURT, s.90.

³⁹ “Medeni Kanunun 116/2. maddesine göre eşinde bulunmaması onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir hale koyacak derecede önemli bir niteliği hakkında hataya düşerek evlenen karı kocadan her biri, evlenmenin feshini dava edebilir. Bundan anlaşılacağı gibi hata eşin niteliklerine özellikle fiziki ve ahlaki niteliklerine ilişkin olmalıdır. Eşin ekonomik durumunun ve toplumdaki sosyal yerinin önemi olamaz.” Yargıtay 2. HD., 14.10.1986, E. 1986/8668 K. 1986/8776 (kazanci.com.tr. ET.12.05.2024).

⁴⁰ GENÇCAN, s.408-409.

⁴¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.88-89.

⁴² ÖZTAN, s.607; AKINTÜRK/ATEŞ, s.218; AKKURT, s.92.

⁴³ YILMAZ, s.136.

⁴⁴ GENÇCAN, s.405.

iptal sebebi olarak varlığını devam ettirmelidir. Aksinin kabulü eşlerin evlilikten objektif beklentilerinin boş çıkartılması anlamına gelir.

Eşlerden herhangi birinin kısır olması ise iptal sebebi olarak görülmemelidir⁴⁵. Zira bu durumun evlilikten önce bilinmemesi olağandır. Fakat bir eş bu durumu özellikle gizlemiş ise bu hâlde boşanma davasının açılması düşünülebilir. Zira herhâlde TMK m.166 uyarınca boşanma davası açma hakkı mevcuttur. Ancak, belirtmek gerekir ki Yargıtay vermiş olduğu kararlarında eşlerden birinin kısır olmasını boşanma sebebi olarak kabul etmemektedir⁴⁶. Doktrinde de bu yönde görüşler mevcuttur⁴⁷. Fakat daha isabetli görünen bir diğer görüşe göre kısırılık TMK m.166 kapsamında boşanma sebebi olarak kabul edilmelidir⁴⁸. Zira evlilikten tek beklenti tarafların cinsel tatmini değildir. Neslin devam etmesi de tarafların objektif ve makul bir beklentisi olarak görülmelidir. Aksinin kabulü tarafların boşanmak için gerçekte olmayan bir nedene dayanmasına sebep olur. Bu durum ise kanaatimizce usul ekonomisi ilkesi bakımından uygun olmaz.

Yanılmanın subjektif açıdan önemli olması ise yanılma konusunun yanılan açısından önemli olduğunun makul bir insan tarafından kabul edilebilir olmasıdır⁴⁹. Burada her insan açısından önemli olmayan, ancak yanılanın şahsı açısından önemli olan bir nitelik eksikliği mevcuttur. Doktrinde bu duruma bir çiftçinin eşinin uyku hastalığına sahip olması sebebiyle işlerini yapamayacak bir kadınla evlenmesi hâli örnek verilmektedir⁵⁰. Benzer şekilde göçebe hayat yaşayan bir mevsimlik işçinin kendisi gibi zannederek evlendiği eşinin sabit iş ve ikametgah sahibi olması da bu kapsamda değerlendirilebilir.

Yanılma, yanılan eşin kusuruna dayanabileceği gibi, eş yanılırken kusursuz da olabilir. Diğer taraftan, yanılan, üçüncü kişinin fiili sebebiyle de yanılmış olabilir. Bu durumlar arasında herhangi bir fark bulunmayıp eş her hâlikarda yanıldığı konuyu evlilikten önce⁵¹ veya evlilikten sonra mazur görmediği müddetçe evliliğin iptalini talep edebilir⁵². Mazur görme kavramı eşin yanılma sebebini öğrendikten sonra diğer eşe hoşgörülü yaklaşması şeklinde tanımlanabilir⁵³. Başka bir anlatımla, hoşgörünün varlığını kabul edebilmek için, yanılan eşin ortadaki evliliği açık veya zımni bir şekilde devam ettirme iradesi olmalıdır. Örneğin yanılan eşin diğer eşle birlikte seyahate çıkması, hediyeler alması, evden ayrılan eşi eve geri getirmesi gibi haller evliliğin devam ettirilmesine yönelik iradenin varlığını gösterebilir.

c. Yanılmanın Evliliği Çekilmez Kılması

Yanılma, mutlaka evliliğin devamını yanılan bakımından çekilmez hâle getirmelidir. Buradaki çekilmezlik hâli tespit edilirken evliliğin yanılma öğrenildikten sonra devam ettirilemeyecek durumda olup olmadığına bakılmalıdır⁵⁴. Zira, yanılmayı öğrendiği andan itibaren uzunca bir süre dava açmayan eş yanıldığı şeyi kabul etmiş sayılmalıdır. Nitekim açılacak olan nisbî butlan davası da TMK m.152 hükmü uyarınca altı ay ve beş yıllık hak düşürücü sürelerle tabi tutulmuştur.

Evliliğin çekilmez hâle gelip gelmediğini hakim takdir eder. Hakim, burada çeşitli sorulara yanıt aramalıdır. Bunlar, yanılma konusunun ne zaman ortaya çıktığı, davacının bu durumu bilip bilmediği, bu durumu bilseydi evliliği kurup kurmayacağı, ortaya çıkan durumun evliliği çekilmez kılp kılmadığı gibi sorulardır. Hakim bu sorulara yanıt alıp, yanılma konusunun evliliğin kurulmamasına neden olacak kadar esaslı olup olmadığını takdir ve tespit ederek iptal kararını verir⁵⁵.

Hakim bu durumda da somut olayın gerekliliklerine göre hareket etmelidir. Sözgelimi 95 yaşında bir erkekle evlenen 35 yaşındaki bir kadın, eşinin cinsel iktidarsız olduğunu iddia ederek evliliğin iptalini talep edemez. Zira, hayatın olağan akışında 95 yaşında bir erkeğin yeterince cinsel güce sahip olmaması tahmin edilebilir ve beklenebilir bir durumdur. Fakat, aynı durum 25 yaşında bir erkekle evlenen 25 yaşındaki bir kadın için iptal sebebi olarak değerlendirilir. Benzer şekilde daha önceden evlilik geçirmiş bir kadınla evlenen bir erkeğin, kadının bakire olmamasına dayanarak evliliğin iptalini talep etmesi mümkün değildir. Zira erkek bu durumu bilerek evlendiği için iptal talebi anlamsız olur.

d. Yanılma Olmasaydı Evliliğin Kurulamayacak Olması

Yanılma ile evlilik bağının kurulması arasında uygun bir illiyet bağının olması gereklidir. Diğer bir anlatımla yanılma olmasaydı evlilik kurulmayacak olmalıdır. Bu sebeple yanılan eş, yanıldığı konu hakkında evlenmeden önce ciddi emareler görmüş veya ciddi bir şüphe sahibi olmuş ise iptal talebi kabul

⁴⁵ “cinsel iktidarı mevcut olmasına rağmen çocuk yapma kabiliyetinin bulunmaması (kısırılık), Medeni Kanunun 116/2. maddesinde öngörülen ve evliliğin butlanını gerektirecek nitelikte vasıfta hatayı oluşturmamasına göre” Yargıtay 2. HD., 29.12.1986, E. 1986/10335 K. 1986/11434 (kazanci.com.tr. ET.12.05.2024).

⁴⁶ “Yargıtayımızın bir çok kararında da açıkça dile getirildiği üzere “kısırlılık” olgusu dahi tek başına bir boşanma nedeni değildir. Eşlerden birinin kendi iradesi dışında maruz kaldığı bir rahatsızlık sebebiyle ya hiç ya da sağlıklı çocuklara sahip olamaması bir çeşit “semavi afet” tir. Eşlerin birlikte göğüslemeleri gereken böyle bir durumda sağlıklı eşin boşanmayı istemesi meşru, haklı, adil ve iyi niyetli bir düşünce olarak kabul edilemez.” Yargıtay 2. HD., 18.2.1991, E. 1990/10764 K. 1991/2883 (kazanci.com.tr. ET.28.06.2024); “Davalı kadının evlilik öncesi prematüre over yetmezliği rahatsızlığını eşinden gizlemesi, eşini sağlığı konusunda yanıltması...davacının bu sebeple güveninin sarsılması Türk Medeni Kanunu’nun 149....düzenlenen nispi butlan sebeplerini oluşturabilir” Yargıtay 2.HD., 28.11.2012, E. 2012/8975, K. 2012/28580 K., UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt.; Türk Medeni Kanunu Aile Hukuku Cilt 1, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s.226.

⁴⁷ ÖZTAN, s.682.

⁴⁸ ERGÜN, Zafer: Boşanma Davaları, 3. Bası, Adil Yayınevi, Ankara, 2004, s.446.

⁴⁹ ÖZTAN s.607; AKINTÜRK/ATEŞ, s.219.

⁵⁰ ÖZTAN s.607.

⁵¹ “...davalının evlenmeden önce başkasından hamile olduğunu davacının bildiği ve bunu bilerek davalıyla evlendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda yanılmadan...söz edilemez” Yargıtay 2. HD., 25.06.2008, E. 2008/9652 K. 2008/9346, ÖZÜĞÜR, s.68.

⁵² YILMAZ, s.136; AKINTÜRK/ATEŞ, s.219.

⁵³ GENÇCAN, s.410.

⁵⁴ ÖZTAN s.608.

⁵⁵ KÖSEOĞLU, Bilal/KOCAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011, s.13.

görmemelidir⁵⁶. Örneğin haysiyetsiz yaşam sürdüğü, hakkındaki söylentilerden, kılık kıyafetinden veya davranışlarından belli olan bir kadının bakire çıkmaması sebebiyle iptal talebi kabul görmemelidir. Benzer şekilde alkol bağımlısı olduğu bilinen bir erkeğe karşı bu sebeple evliliğin iptali davası açılması aynı şekilde kabul edilebilir değildir.

IV. NİSBİ BUTLAN DAVASI

A. Hukuki Niteliği, Konusu ve İspat Yükü

Nisbî butlan davası niteliği bakımından bozucu yenilik doğuran davadır⁵⁷. İptal kararı verinceye kadar evlilik, geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Davada verilen karar ise yenilik doğuran karar mahiyetindedir.

Davanın konusu geçerli olarak kurulmuş evliliğin iptalidir⁵⁸. Dava sonucunda evliliğin iptaline karar verilmesi durumunda evlilik ileriye etkili olarak sona erer⁵⁹. Bu davada ispat yükü davacı eşin üzerindedir⁶⁰.

B. Davanın Tarafları

1. Davacı

Yanılma sebebiyle nisbî butlan davasının davacısı, kural olarak yanılma yoluyla iradesi sakatlanan eştir. Bu davayı mirasçılarının veya herhangi bir ilgilinin açma hakkı yoktur⁶¹. Fakat TMK m.159/1 uyarınca eşlerden birisi açtığı dava sonuçlanmadan ölürse bu durumda ölen eşin mirasçıları davaya devam edebilir. Mirasçıların devam ettiği dava sonucunda sağ kalan eşin evlenmede iyiniyetli olmadığı anlaşılırsa, bu takdirde TMK m.159 uyarınca “sağ kalan eş, yasal mirasçı olamayacağı gibi, daha önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları da kaybeder”. Mirasçılar tarafından devam edilen dava nitelikli olarak nisbî butlan davası değil tespit davasıdır⁶².

Dava açmak isteyen eşin kısıtlı olması durumunda bu davayı açmak için yasal temsilcisinin icazetine ihtiyacı yoktur. Zira nisbî butlan davası açma hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır⁶³.

Dava açma hakkı doğan eşin ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda ise yasal temsilcisi bu davayı açma hakkına sahiptir⁶⁴. Dava yasal temsilci tarafından açılmışsa, TMK m. 149 hükmündeki yanılma hallerini yasal temsilci ispat etmelidir. Özellikle, eşin niteliğindeki yanılmanın birlikte yaşamayı çekilmez hale getirdiği, yasal temsilci tarafından ilgili deliller sunularak ispat edilmelidir. Yanılan eşin yasal temsilcisi diğer eş ise bu durumda ortada bir menfaat çatışması olduğu muhakkaktır. Zira diğer eş Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.114/1-d uyarınca temsil için gerekli niteliklere sahip değildir. Bu eksikliğin giderilmesi için aile mahkemesi hakimi tarafından taraflara süre verilebileceği gibi aile mahkemesi vesayet makamına kendiliğinden ihbarda da bulunabilir⁶⁵. Süre verilmesi ile birlikte, tarafların başvurusu üzerine veya mahkemenin ihbarı ile vesayet makamı tarafından TMK m.426/2 uyarınca temsil kayyımı atanır. Temsil kayyımı atanması ile birlikte butlan davası kayyımın temsili ile devam eder.

2. Davalı

Yanılma sebebiyle nisbî butlan davasının davalısı diğer eştir.

C. Dava Hakkının Düşmesi

Nisbî butlan davası, mutlak butlan davasından farklı olarak, hak düşürücü süreye tabidir. Bu hak düşürücü süre TMK m.152 uyarınca yanılmanın öğrenildiği tarihten itibaren altı ay ve her hâlükarda evliliğin başlangıcından itibaren beş yıldır. Yanılmanın öğrenilmesi yanılmanın türüne göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Sözgelimi kadının bakire çıkmaması veya erkeğin iktidarsız olması evliliğin ilk gecesinden itibaren öğrenilir. Bu takdirde altı aylık süre evlenmenin gerçekleştiği günün ertesi gününden itibaren işlemeye başlamalıdır. Ancak, örneğin eşlerden herhangi birinin evlenmeden önce ahlaksız bir yaşam tarzı sürmesi gibi hâller evliliğin başlangıcından itibaren beş yıllık süre içerisinde herhangi bir şekilde öğrenilmiş ise altı aylık süre bu durumun öğrenilmesinden itibaren başlar⁶⁶. Öte yandan, beş yıllık hak düşürücü sürenin bitimine altı aydan daha kısa bir süre kalması durumunda, yanılan eş altı aydan daha kısa bir süre içinde dava açmalıdır. Örneğin, evliliğin dördüncü yılı ve onuncu ayında yanıldığını öğrenen eşin

⁵⁶ YILMAZ, s.137.

⁵⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ s.93; GENÇCAN, s.448; KÖROĞLU, Emre: “Türk Medeni Hukukunda Evliliğin Nisbi Butlanı Sebeplerinden Korkutma”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 80, S. 3, 2022, s.945.

⁵⁸ GENÇCAN, s.505.

⁵⁹ KIRMIZI, Mustafa; Yargıtay Kararları Işığında Aile Hukuku Davaları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s.269.

⁶⁰ ÖZTAN, s.617

⁶¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.96;

⁶² “Eş ölmeden önce nispi butlan davası açmış olup, dava sırasında ölmüş ise; davaya mirasçıları tarafından halef sıfatıyla devam edilmesi halinde, mirasçıların sürdürdükleri dava artık bir nispi butlan davası değil, davalı eşin iyi niyetli olmadığının tespiti davası sayılır”. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2.11.2011, T. E. 2011/7-695, K. 2011/673 (kazanci.com.tr E.T.03.07.2024)

⁶³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 96; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 110.

⁶⁴ ÖZTAN s.617; YILMAZ, s.150; Aksi görüş için bkz. BERKİ, Şakir: “Türk Medeni Kanununda Evlenmede Mutlak Butlan”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 1962, s.201.

⁶⁵ “Davaya konu sahip olan davalılar arasında çıkar çatışmasının bulunduğu nazara alınarak davada temsil etmek üzere kayyım atanması için (TMK m. 426/2) yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulması, atanacak kayyımın duruşmaya çağırılması, gösterdiği takdirde delillerinin toplanılması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi” gerektiği yönünde bozulmuş..” Yargıtay 2. HD., 7.2.2019, E. 2018/8211 K. 2019/679 (lexpera.com.tr ET.02.07.2024)

⁶⁶ “Davacı tanıklarının yeniden çağırılıp dinlenilerek davacının ... açıklamalarıyla ilgili bilgilerinin sorulması ve iptal sebebinin öğrenildiği tarihin kesin olarak belirlenmesi ve ulaşılacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekir...” Yargıtay 2. HD., 9.10.2007, E. 2007/18135 K. 2007/13646, ÖZÜĞÜR, s.74.

dava açma süresi iki ay olur.

Yanılan eş dava açma hakkından feragat edebilir. Feragat açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Açık feragat eşin açıkça bu hakkından vazgeçtiğini beyan etmesi iken örtülü feragat yanılan eşin yanıldığı konuyu öğrenmesine rağmen evliliğine devam etmesi ve eşini affetmesi şeklinde olabilir. Eşin bu şekildeki davranışları, yanılarak yaptığı evliliğe icazet verdiği anlamına gelir⁶⁷.

Son olarak belirtmek gerekir ki, eşin ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda yasal temsilcinin açacağı dava hak düşürücü süre ile sınırlandırılmamıştır. Yasal temsilcinin bu davayı her zaman açma hakkına sahip olduğu doktrinde ifade edilmektedir⁶⁸. Fakat yasal temsilcinin açacağı davada, dava açma süresinin sınırının dürüstlük kuralı olarak belirtilmesi daha isabetli görünmektedir. Aksinin kabulü geçerli olarak devam eden bir evliliğin tamamen yasal temsilcinin kararlarına göre askıda beklemesi anlamına gelir. Yasal temsilcinin dava açma hakkının dürüstlük kuralı ile bu şekilde sınırlandırılması, esasen ayırt etme gücüne sahip olmayan eşin korunmasını sağlamaktadır. Bu sebeple, Kanun'da özel bir hüküm olmamasına rağmen, yasal temsilci, temsil ettiği kişinin sahip olduğu haktan fazlasına, ancak dürüstlük kuralı çerçevesinde sahip olmalıdır.

D. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Yanılma sebebiyle açılacak nisbî butlan davasında görevli ve yetkili mahkeme TMK m.160 uyarınca boşanmaya ilişkin açılacak davalarda yetkili ve görevli mahkemedir. Bundan dolayı görevli mahkemeler 4787 Sayılı “Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun” m. 4 hükmü uyarınca aile mahkemeleridir. Aile mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde ise asliye hukuk mahkemesi aile mahkemesi sıfatıyla bu davalara bakar.

Yanılma sebebiyle nisbî butlan davasında yetkili mahkeme ise TMK m.168 uyarınca “eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir”. Bu hüküm göz önüne alındığında yanılan eş bu davayı kendi yerleşim yerinde, eşinin yerleşim yerinde veya hatta davadan önce son altı aydır birlikte oturdukları yer mahkemesinde açma imkanına sahiptir.

Eşlerden birinin ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda ise yasal temsilci bu davayı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 6 hükmü uyarınca davalı olan diğer eşin yerleşim yeri mahkemesinde açabilir.

Yanılma sebebiyle açılan nisbî butlan davasında, hakim, TMK m.169 uyarınca geçici önlemleri resen alma yetkisine sahiptir.

V. NİSBİ BUTLAN DAVASININ SONUÇLARI

Yukarıda ifade edildiği üzere nisbî butlan davası esasen mutlak butlan davasıyla aynı sonucu doğurur. Bu sonuç evliliğin sona ermesidir. Bu yönüyle butlan kararı yenilik doğurucu nitelikte bir karardır⁶⁹.

TMK m.156 uyarınca nisbî butlanına karar verilmiş bir evlilik bu kararın kesinleşmesine kadar geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bundan dolayı nisbî butlan kararı ileriye etkili sonuçlar doğurur⁷⁰. Aşağıda nisbî butlan kararının eşler, çocuklar ve üçüncü kişiler açısından sonuçları incelenmiştir.

A. Eşler Açısından

Yanılma sebebiyle nisbî butlan davası, kabul edildiği takdirde evlilik birliği sona erer. Bu sebeple eşler bir başkası ile evlenme hakkına sahip olur. Fakat kadın eş TMK m.132/1 uyarınca bekleme süresine uymak zorundadır. Bunun gibi TMK m.129/1-2 hükümleri uyarınca kayın hısımlığına ilişkin evlenme yasakları da aynen geçerli olur⁷¹.

Eşlerden herhangi biri evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanmış ise bu durumda kazanılan vatandaşlık eşler iyniyetli ise geçerli olmaya devam eder. Zira TVK m.16/3 hükmü “Evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancılar evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde evlenmede iyniyetli iseler Türk vatandaşlığını muhafaza ederler” şeklindedir. Burada aranan şart vatandaşlığı kazanan eşin evliliği gerçekleştirmede kötü niyetinin olmamasıdır. Ancak belirtmek gerekir ki TVK m.16/1 hükmü uyarınca vatandaşlığın kazanılabilmesi için evliliğin en az üç yıl devam ediyor olması şartı aranmaktadır. Bu sebeple, sözgelimi kadının bakire çıkmaması sebebiyle evliliğin butlanının talep edilmesinde olduğu gibi, evlilikten hemen sonra açılan bir davada, nisbî butlan sebebiyle evliliğin iptaline karar verilirse, vatandaşlık konusu gündeme gelmeyecektir. Zira zaten vatandaşlık kazanmak için gerekli şartlardan evliliğin üç yıl sürmüştüğü şartı yerine getirilmemiştir.

Yanılma sebebiyle evliliğin nisbî butlanına karar verildiği takdirde kadın evlilikte iyniyetli olsa bile kocasının soyadını kullanma hakkını kural olarak kaybeder⁷². Fakat TMK m.173/2 hükmü uyarınca, kadın, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati olduğunu ve bunun kocasına zarar vermeyeceğini ispatlarsa, talebi üzerine hâkim, kadının kocasının soyadını taşımasına izin verebilir. Şartlar değişirse kocası, iznin kaldırılmasını isteyebilir. Bu hüküm nisbî butlan halinde de uygulanır.

Eşlerin maddi veya manevi tazminat talepleri, nafaka talepleri hakkında da boşanma hakkındaki hükümler uygulama alanı bulur⁷³. Bu kapsamda özellikle belirtmek gerekir ki TMK m.158 uyarınca yargılama devam ederken tedbir nafakasına; yargılama sonunda ise yoksulluk nafakasına hükmedilmesi

⁶⁷ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.112.

⁶⁸ YILMAZ, s.151.

⁶⁹ YILMAZ, s.153; TEKİNAY, s.157; ÖZTAN s.620.

⁷⁰ DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s.98; YILMAZ, s.153; TEKİNAY, s.157.

⁷¹ YILMAZ, s.154; GENÇCAN, s.452; DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s. 99.

⁷² TEKİNAY, s. 159; DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s.99; YILMAZ, s.154.

⁷³ DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s.99; TEKİNAY, s.158; YILMAZ, s.154.

mümkündür⁷⁴. Benzer şekilde mal rejimleri konusunda da boşanma hakkındaki hükümler uygulama alanı bulur⁷⁵.

Evliliği sona eren eşler birbirlerine mirasçı olma haklarını yitirirler. Ayrıca TMK m.181 hükmü uyarınca, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, eşlerin birbirleri lehine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflar da geçersiz hâle gelir⁷⁶. İptal davası devam ettiği sırada, eşlerden biri ölürse, evlilik henüz devam ediyor olduğundan kural olarak sağ kalan eş mirasçı olabilir. Fakat butlan davası sonuçlanmadan eşlerden herhangi biri öldüğü takdirde yasal mirasçılar TMK m.159 hükmü uyarınca açılmış olan davaya devam edebilirler. Davaya devam eden mirasçılar, sağ kalan eşin kötüniyetli olduğunu ispat ederse, eş mirasçı olamaz. Yasal mirasçılar davaya devam etmezse veya mirasçılar tarafından devam edilen dava sonucunda sağ kalan eşin evliliğin kurulmasında iyiniyetli olduğu anlaşılırsa, sağ kalan eş, ölen eşe mirasçı olur⁷⁷.

Eşlerden herhangi birinin evlilik ile birlikte erginliğini kazanması hâlinde ne olacağı da TMK m.158/1 hükmünde düzenlenmiş olup söz konusu hüküm “evlenirken iyiniyetli bulunan eş bu evlenme ile kazanmış olduğu kişisel durumunu korur” şeklindedir. Doktrinde ve yargı kararlarında ise bu hususta çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre evlenmeyle erginliğini kazanan eş evlilik devam ettiği müddetçe, iptal kararı geriye yürümeyeceği için, erginliğini korur, ancak iptal kararı ile birlikte erginliğini kaybeder⁷⁸. Bu görüşe göre, aksi düşünüldüğünde, TMK m. 153 anlamsız hale gelir. Zira veli yaş küçüklüğü sebebiyle evliliği iptal ettirse bile, küçük erginliğini koruyacağından, aynı evlenmeyi velisinin iznini almadan yine yapabilir⁷⁹. Söz konusu görüş, yaş küçüklüğüne rağmen, evlenme ile ergin kılınan kişiler açısından değerlendirme yapmıştır. Evlenme ile erginlik sağlandığı hallerde, evlenmenin iptali halinde, erginlik akıbeti açısından yerinde görülebilir. Ancak irade bozukluğu sebebiyle ve özellikle yanılma sebebiyle evliliğin iptali halleri için doktrindeki diğer bir görüş⁸⁰ kanaatimizce daha isabetli ve Kanun’un lafzına uygundur. Bu görüşe göre, evlenme ile kazanılan erginliğin ancak eşin iyiniyetli olması durumunda devam edeceği şeklindedir. Fakat davalı eş kötü niyetli ise butlan kararıyla birlikte erginliğini kaybetmelidir. Erginlik bu hâlde ileriye etkili olarak sona erer. Sözgelimi kendisinden hamile olduğu düşüncesi ile bir kadın ile evlenen erkek, evlilik ile birlikte erginlik kazanmış ve doğan çocuk kendisine ait çıkmamış ise bu durumda erginliğini muhafaza etmelidir. Ancak aynı örnekteki kadının ergin olduğu varsayımında bu kadın erginliğini kaybetmelidir. Zira burada iyiniyetin bulunmadığı açıkça anlaşılmaktadır.

B. Çocuklar Açısından

TMK m.157/1 hükmü uyarınca “Mahkemece butlanına karar verilen bir evlilikten doğan çocuklar, ana ve baba iyiniyetli olmasalar bile evlilik içinde doğmuş sayılırlar”. Burada eşlerin ikisi açısından da iyiniyetin varlığı aranmaz⁸¹. Aynı durum butlan kararının kesinleşmesinden önce ana rahmine düşmüş ve kararın kesinleşmesinden sonra doğmuş çocuklar bakımından da geçerlidir⁸².

Evliliğin iptaline karar verildiğinde, çocukların kazanmış olduğu Türk vatandaşlığı, TVK m. 7 gereği korunur. Anne veya babanın iyiniyetli olup olmaması önemli değildir⁸³.

TMK m.157/2 hükmü uyarınca çocukların ana babalarıyla kişisel ilişki kurması, velayet ve nafaka hakkında ise boşanmaya ilişkin hükümler kıyasen uygulama alanı bulur⁸⁴.

C. Üçüncü Kişiler Açısından

Bir evlilik yanılma sebebiyle butlanına karar verilene ve bu karar kesinleşene kadar geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu sebeple eşlerin evlilik birliğini temsilen üçüncü kişilerle yapmış olduğu işlemler geçerliliğini ve eşler bakımından bağlayıcılığını sürdürür. Bu durum üçüncü kişilerin evliliğin geçerli olduğuna dair güveninin korunmasının bir sonucudur⁸⁵. Mesela iptal kararı verilmeden önce, bir eş, diğer eşin yaptığı kefalet sözleşmesine gerekli rızayı göstermişse, daha sonra evlilik iptal edilmiş olsa dahi, söz konusu kefalet sözleşmesi geçerliliğini korur.

VI. SONUÇ

Yanılma sebebiyle evliliğin nisbî butlanı TMK m.149 hükmünde düzenlenmiştir. Yanılma, irade bozukluğu hâllerindendir. Ancak, evliliğin yanılma sebebiyle nisbî butlanı ile Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde düzenlenen yanılma şartları ve sonuçları bakımından farklıdır.

Kanun koyucu tarafından, yanılma sebebiyle evliliğin butlanına karar verilmesi için gerekli şartlar, TMK m.149 hükmünde numerus clausus ilkesi uyarınca tek tek sayma yoluyla belirlenmiştir. Bu sebeple,

⁷⁴ ÇİTAK, Burçak: Eşler Arasındaki Nafaka Yükümlülüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2016, s.24.

⁷⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.99; “Dava, evliliğin nispi butlan sebebiyle iptaline (TMK. madde 149/2) ilişkindir. Evliliğin iptaline karar verilirse, eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi, tazminat,nafaka ve soyadı hakkında boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır(TMK.md. 158/2). Yasa, evlenmenin iptaline karar verildiğinde, yukarıda sayılan hususlar hakkında, boşanmaya ilişkin hükümlerin uygulanacağını hükme bağladığına göre, davalının nafaka isteklerinin esası hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerekir” Yargıtay 2. HD., 17.9.2014, E. 2014/17542 K. 2014/17545 (kazanci.com.tr. ET.12.05.2024).

⁷⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.99;

⁷⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.100; YILMAZ, s.155.

⁷⁸ ÖZTAN, s.634; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ s.101; YILMAZ, s.155.

⁷⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ s.101; ÖZTAN, s. 634; YILMAZ, s.155.

⁸⁰ ERTOP, Elif İdil: Evlenmenin Hükümsüzlüğü ve Evlenmenin Hükümsüzlüğünün Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2022, s.130; TEKİNAY, s. 158; HATEMİ, s.67-68; KÖROĞLU, s.949.

⁸¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.98; YILMAZ, s.156.

⁸² YILMAZ, s.156; KILIÇOĞLU, s.99-100.

⁸³ YILMAZ, s.156; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.98

⁸⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 98; YILMAZ, s.156

⁸⁵ YILMAZ, s.156.

Kanun'daki şartlar mevcut değilse evliliğin butlanına karar verilemez. Kanun uyarınca evliliğin yanılma sebebiyle butlanına karar verilebilmesi için üç ayrı yanılma hâinden birinin gerçekleşmiş olması gereklidir.

TMK m.149/1 hükmünün ilk kısmında yanılma sebebi olarak evliliğin mahiyetinde yanılma konusu düzenlenmektedir. Evliliğin mahiyetinde yanılma kişinin evlenmeyi hiç istememesine rağmen evlenmiş olmasıdır. Bu durumla günlük hayatta karşılaşılması yüksek ihtimal değildir.

TMK m.149/1 hükmünün ikinci kısmında ise eşin kişiliğinde yanılma konusu düzenlenmektedir. Eşin kişiliğinde yanılma hâinde kişi esasen evlenmeyi istemesine rağmen evleneceği kişi konusunda yanılmıştır. Bu sebeple kişinin iç iradesi ile beyanı arasında bir uyumsuzluk söz konusudur.

TMK 149/2 hükmünde ise eşin önemli bir niteliğinde yanılma hâli düzenlenmektedir. Eşin önemli bir niteliğinde yanılma, kişinin evlendiği kişide bulunmayan bir özelliği bilmiş olsaydı o kişiyle hiç evlenmeyecek olması durumudur. Ancak bu durum evliliğin devamını çekilmez hâle getirdiği takdirde evliliğin butlanına karar verilebilir. Bu yanılma, mutlaka eşin şahsı açısından olmalıdır. Eşin yakınlarında bu şekilde bir yanılma olduğu takdirde evliliğin butlanına karar verilemez. Yine bu yanılma mutlaka esaslı nitelikte olmalıdır. Küçük yanılmalar evliliğin butlanı için yeterli değildir.

Nisbî butlan davasının davacısı kural olarak yanılan eş, davalısı ise diğer eştir. Butlan davası TMK m.152 uyarınca yanılmanın öğrenildiği tarihten itibaren altı ay ve her hâlükarda evliliğin başlangıcından itibaren beş yıl içerisinde açılmak zorundadır. Bu süre hak düşürücü niteliktedir.

Yanılma sebebiyle nisbî butlan davası, kabul edildiği takdirde evlilik birliği sona erer. Eşlerden herhangi biri evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanmış ise bu durumda kazanılan vatandaşlık eşler için yetli ise geçerli olmaya devam eder. Yanılma sebebiyle evliliğin nisbî butlanına karar verildiği takdirde kadın evlilikte yetli olsa bile kocasının soyadını kullanma hakkını kural olarak kaybeder. Fakat TMK m.173/2 hükmü uyarınca, kadın, nisbî butlan halinde de kocasının soyadını kullanabilir. Şartlar değişirse kocası, izin kaldırılmasını isteyebilir. Eşlerin maddi veya manevi tazminat talepleri, nafaka talepleri hakkında da boşanma hakkındaki hükümler uygulama alanı bulur. Evliliği sona eren eşler birbirlerine mirasçı olma haklarını yitirirler. Butlan davası sonuçlanmadan eşlerden herhangi biri öldüğü takdirde yasal mirasçılar TMK m.159 hükmü uyarınca açılmış olan davaya devam edebilirler. Davaya devam eden mirasçılar, sağ kalan eşin kötüniyetli olduğunu ispat ederse, eş mirasçı olamaz. Evlenme ile kazanılan erginlik ise ancak eşin yetli olması durumunda devam edecektir. Fakat davalı eş kötü niyetli ise butlan kararıyla birlikte erginliğini kaybeder.

Evliliğin iptaline karar verildiğinde, çocukların kazanmış olduğu Türk vatandaşlığı, TVK m. 7 gereği korunur. Anne veya babanın yetli olup olmaması önemli değildir. TMK m.157/2 hükmü uyarınca çocukların ana babalarıyla kişisel ilişki kurması, velayet ve nafaka hakkında ise boşanmaya ilişkin hükümler kıyasen nisbî butlan halinde de uygulama alanı bulur.

Bir evlilik yanılma sebebiyle butlanına karar verilene ve bu karar kesinleşene kadar geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu sebeple eşlerin evlilik birliğini temsilen üçüncü kişilerle yapmış olduğu işlemler geçerliliğini ve eşler bakımından bağlayıcılığını sürdürür.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Deya: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 23. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2021.
- AKKURT, Sinan Sami: Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Butlanı, Konya, 2015
- BERKİ, Şakir: "Türk Medeni Kanununda Evlenmede Mutlak Butlan", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 1962, s. 201-231.
- ÇİTAK, Burçak: Eşler Arasındaki Nafaka Yükümlülüğü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2016.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- ERDEM, Mehmet/MAKARACI BAŞAK, Aslı: Aile Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.
- ERGÜN, Zafer: Boşanma Davaları, 3. Bası, Adil Yayınevi, Ankara, 2004.
- ERTOP, Elif İdil: Evlenmenin Hükümsüzlüğü ve Evlenmenin Hükümsüzlüğünün Sonuçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2022.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Aile Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011.
- HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019.
- KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul 1985/1986.
- KÖROĞLU, Emre: "Türk Medeni Hukukunda Evliliğin Nisbi Butlanı Sebeplerinden Korkutma", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 80, S. 3, 2022, s. 925-966.
- KÖSEÖĞLU, Bilal/KOCAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- ÖZUGUR, Ali İhsan: Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.
- TUTUMLU, Mehmet Akif : Yeni Türk Medeni Kanununun Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları (Eski MK;1971 MK Öntasarısı ve 1984 MK Öntasarısı Hükümleri ile Karşılaştırmalı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2006.
- UYAR, Talih: Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli-İçtihatlı), Aile Hukuku, C. I, Ankara 2002.
- UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt: Türk Medeni Kanunu Aile Hukuku Cilt 1, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016.
- YILMAZ, Süleyman: Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazarlar Gökhan ŞAHAN ve İbrahim Numan ERDOĞAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Gökhan ŞAHAN and İbrahim Numan ERDOĞAN, who are the authors has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkısı | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the authors alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The authors declares that they complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

PLATFORM ÇALIŞANLARININ HAKLARININ KORUNMASI: TÜRK İŞ HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME**PROTECTION OF PLATFORM WORKERS' RIGHTS: AN ASSESSMENT IN THE CONTEXT OF TURKISH LABOR LAW AND COMPERATIVE LAW**Özgür OĞUZ *  10.21492/inuhfd.1593363 **Makale Bilgi**Gönderi: 29/11/2024
Kabul : 04/03/2025**Anahtar Kelimeler***Platform Çalışma,
Dijital Dönüşüm,
İşçi Hakları,
Sosyal Güvenlik,
Hukuki Statü***Article Info**Received: 29/11/2024
Accepted: 04/03/2025**Keywords***Platform Work,
Digital Transformation,
Labor Rights,
Social Security,
Legal Status***Özet**

Dijital dönüşüm, çalışma hayatını da dönüştürerek yeni çalışma türlerinin ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır. Platform çalışması da bu yeni çalışma modellerinden biridir ve çalışma yaşamının geleceğinde önemli bir rol oynayacağı öngörülmektedir. Dijital ortamda iletişimin sağlandığı, esnek ve genellikle geçici olan platform çalışmaları, işgücü talebinin ve arzının dijital platformlar aracılığıyla eşleştirilmesi ile gerçekleşmektedir. Dijitalleşmenin etkisiyle turizm gibi sektörler de dijital dünyaya ayak uydurmakta ve istihdam çeşitleri çoğalmaktadır. Online platformlar aracılığıyla yapılan konaklama, ulaşım, yeme içme gibi hizmetler, platform çalışanlarının sayısında artışa neden olmaktadır. Platform çalışmasının yaygınlaşması, platform çalışanlarının iş ve sosyal güvenlik haklarının korunması açısından bazı zorluklara yol açmaktadır. Platform çalışanları bakımından geleneksel iş hukuku çerçevesinde bir sınıflandırılma yapılması güç olduğundan, platform çalışanlarının işçi haklarından yararlanmaları zorlaşmaktadır. Bu çalışmada, platform çalışanlarının iş hukukundaki statülerinin daha net bir şekilde belirlenmesi ve bu sayede haklarının korunması için gerekli çözümler ele alınacaktır. Farklı hukuk sistemlerinde platform çalışanlarının statüsüne ilişkin mevzuatlar ve yargı kararları karşılaştırılarak farklı hukuki yaklaşımlar belirlenecek ve bu sayede platform çalışanlarının haklarının korunması için uygun çözüm önerileri ileri sürülecektir. Bu çalışmanın sonucunda, platform çalışanlarının iş hukukundaki statülerinin daha net bir şekilde belirlenmesine ve bu sayede haklarının korunmasına katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

Abstract

The digital transformation is revolutionizing the world of work, giving rise to new forms of employment, including platform work. Platform work is expected to play a significant role in the future of work, utilizing digital platforms to match labor supply and demand. As industries like tourism adapt to the digital age, employment opportunities are diversifying, with online platforms facilitating services such as accommodation, transportation, and food and beverage. The widespread adoption of platform work has presented challenges in safeguarding the labor and social security rights of platform workers. The traditional labor law framework struggles to classify platform workers, making it difficult for them to access the labor rights they are entitled to. This study aims to explore solutions for better defining the labor law status of platform workers and protecting their rights. By comparing legislation and court rulings related to the status of platform workers across different legal systems, this study identifies various legal approaches. Based on these findings, it proposes appropriate solutions to safeguard the rights of platform workers. The ultimate goal is to contribute to a clearer definition of the labor law status of platform workers, enabling better protection of their rights.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** OĞUZ/Özgür, "Platform Çalışanlarının Haklarının Korunması: Türk İş Hukuku Ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Bir Değerlendirme", İnÜHFD, 16(1), 2025, s.49-59. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Introduction and Research Purpose: Platform work, introduced as “crowdsourcing” in 2006, represents a modern and evolving concept encompassing a diverse range of employment types facilitated by digital platforms and applications. This innovative work model redefines traditional employment relationships, creating a triangular interaction between platforms, workers, and customers mediated through digital tools. It spans various job types, from low-skilled services like delivery and transportation to specialized tasks such as software development. The rise of platform work has generated significant legal ambiguity, particularly concerning the classification of workers as employees or independent contractors. This uncertainty has led to varied regulatory approaches worldwide, with some jurisdictions recognizing platform workers as employees with full labor rights, while others maintain their status as independent contractors with limited protections. This study focuses on these legal ambiguities within the framework of Turkish labor law, using comparative insights from other legal systems. The aim is to assess whether the existing framework adequately addresses the challenges of platform work or requires reform. By examining international practices and analyzing key employment criteria—remuneration, work performance, and dependency—this study evaluates whether platform workers in Turkey can be classified as employees and proposes solutions to ensure fair, inclusive, and comprehensive legal protections for this growing segment of the workforce, ensuring greater clarity and security for platform workers globally.

Literature Review: The literature indicates significant variations in how different legal systems approach the classification of platform workers. Some courts have recognized platform workers as employees based on factors such as control, dependency, and the nature of their tasks, while others have classified them as independent contractors with fewer rights and protections. This divergence stems from the heterogeneity of platform work, which combines elements of traditional and digital employment, making it challenging to fit within conventional legal frameworks. This study contributes to the existing literature by identifying gaps in Turkish labor law, comparing them with international examples, and proposing a comprehensive framework for addressing these issues through legislative reforms that ensure platform workers' rights are clearly safeguarded and adequately protected in the modern digital economy.

Methodology and Findings: This study employs a qualitative and comparative legal analysis method, examining domestic and international legislation, court decisions, and scholarly debates. The findings demonstrate that platform work encompasses various arrangements, with some workers operating under direct control, such as Uber drivers, while others function autonomously, like freelancers on platforms such as Fiverr. This diversity highlights the ambiguity in defining platform work and complicates its legal classification. In the context of Turkish labor law, employment relationships are typically defined through criteria such as remuneration, work performance, and dependency. However, the dependency criterion presents significant challenges in platform work, particularly due to the algorithmic oversight employed by platforms, which often blurs the line between independence and control. Comparative insights from jurisdictions like Germany, the United Kingdom, Italy, and Spain further underscore the complexity of this issue. For example, courts in Germany and the UK have classified platform workers as employees, citing clear control mechanisms, while earlier decisions in Spain denied such classifications before being overturned by the Supreme Court, demonstrating the evolving nature of legal interpretations in this area.

Conclusions, Limitations, and Recommendations: The study concludes that the absence of clear and specific regulations addressing platform work in Turkish labor law poses substantial challenges for the protection of workers' rights. These challenges include limited access to fundamental labor protections such as unemployment benefits, occupational health and safety measures, and entitlements like paid leave. Platform workers often find themselves in a legal gray area, where traditional employment frameworks fail to adequately address their unique circumstances. To tackle these pressing issues, the study advocates for the introduction of a presumption of employment for platform workers. This approach, inspired by the European Commission's directive, would ensure that these workers are afforded basic employment rights and protections. Moreover, the study highlights the critical need to revise the dependency criterion in Turkish labor law to account for the distinctive features of platform work, such as algorithmic management and remote oversight. By redefining dependency, the law can better align with the realities of contemporary work structures and ensure fair treatment for platform workers. Drawing on international examples, such as Belgium's employment presumptions and Italy's Bologna Agreement, the study recommends implementing these frameworks to address immediate concerns while laying the foundation for broader legislative reforms. These measures are pivotal for safeguarding the rights of platform workers in Turkey and promoting equity and security within the rapidly evolving digital economy. By adopting such comprehensive strategies, Turkish labor law can become more inclusive and adaptive to the demands of the modern workforce.

I. GİRİŞ

Gelişen teknolojiyle birlikte çalışma hayatında yaygınlaşan platform çalışması, geleneksel iş ilişkilerinden farklı olarak, platform, işçi ve müşteri arasında dijital ortamda kurulan üçlü bir ilişkiyi ifade etmektedir.¹ Bu çalışma modeli, düşük vasıf gerektiren işlerden yüksek vasıf gerektiren işlere kadar geniş bir yelpazede hizmet sunmaktadır. Ancak platform çalışmasının hukuki niteliği, işçi ile bağımsız çalışan ayrımını bulanıklaştırarak hukuki belirsizliklere yol açmaktadır. Bu durum, platform çalışanlarının sosyal güvenlik, iş sağlığı ve güvenliği, ücretli izin gibi temel haklardan yoksun kalmasına sebep olmaktadır. Türk iş hukuku, platform çalışanlarına özgü doğrudan bir düzenleme içermemektedir. İş sözleşmesinin unsurları arasında yer alan ücret, iş görme ve bağımlılık kriterleri, platform çalışmasının heterojen yapısı nedeniyle mevcut yasal çerçevede değerlendirilmekte yetersiz kalmaktadır.² Özellikle bağımlılık unsuru, algoritmik yönetim ve uzaktan çalışma gibi dijital çağın gereklilikleri ışığında yeniden ele alınması gereken bir konudur. Bu çalışmada, Türk iş hukuku bağlamında platform çalışanlarının hukuki statüsü incelenerek, mevcut mevzuatın yetersizlikleri ortaya konulacaktır. Ayrıca, farklı hukuk sistemlerindeki uygulamalar ve mahkeme kararları ışığında karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılacak ve platform çalışanlarının haklarının korunması

¹ KÜÇÜK, Doğukan: Türk İş Hukuku Bakımından Platform Çalışanları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 81

² KÜÇÜK, s. 310

adına çözüm önerileri sunulacaktır. Bu bağlamda, dijital ekonominin hızla büyüdüğü bir çağda, platform çalışanlarının haklarının güvence altına alınması için hukuki reformların kaçınılmaz olduğu sonucuna varılmaktadır.

II. PLATFORM ÇALIŞMASI KAVRAMI

2006 yılında ilk kez ‘crowdsourcing’ olarak adlandırılan³ platform çalışması nispeten yeni bir kavramdır. Ancak çalışma hayatında farklı isimler altında var olan platform çalışması bir şemsiye terim olup, içerisinde birçok çalışma çeşidini barındırmaktadır. Örneğin, Eurofound, çalışma şekline, yerine ve gerekli becerilere göre ayrılmış 10 tür platform çalışma türünü ortaya koymuştur.⁴ Platform çalışanlarını sınıflandırmada ise en yaygın olarak kullanılan yöntem, “crowdsourcing” ve “uygulamalar aracılığıyla talep üzerine çalışma” olmak üzere iki ana formu içermektedir.⁵

‘Crowdsourcing’, internet üzerinden işletmeler ve bireyleri birbirine bağlayan online platformlar aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. ‘Crowdsourcing’ platformlarında gerçekleştirilen görevlerin niteliği, düşük beceri gerektiren işlerden yüksek beceri gerektiren işlere kadar değişebilmektedir. Bu bağlamda Amazon Mechanical Turk ‘crowdsourcing’ platformlarına önemli bir örnek teşkil etmektedir. Amazon Mechanical Turk işçilerin küresel olarak erişilebilen bir dijital platform aracılığıyla müşterilere hizmet sunduğu bir dijital platformdur. Uygulamalar aracılığıyla talep üzerine çalışma ise; ulaşım, temizlik veya büro işleri gibi hizmetlerin yerel olarak gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir. Örnekte, Uber gibi uygulamalar aracılığıyla işçiler ve müşteriler buluşturulmaktadır. Bu uygulamaları çalıştıran platformlar, genellikle hizmet kalitesi, işgücü seçimi ve yönetimi için çeşitli asgari kalite standartları belirlemektedir.

Bu bağlamda platform çalışması kavramının genel bir tanımlaması yapılacak olursa, dijital platformlar ve uygulamalar aracılığıyla potansiyel olarak sınırsız sayıda kişi tarafından gerçekleştirilen, farklı şekillerde olabilen ve karşılığında ödemeye dayalı her türlü iş platform çalışması kavramı çerçevesine girmektedir.⁶ Platform çalışmasının temel özelliklerini ortaya koymak gerekirse, bir üçgen ilişkinin bulunduğunu ve bu ilişkinin çevrimiçi bir aracılığa hizmet ettiğini belirtmemiz gerekmektedir. Platform, platform işçisi ve müşteri arasında kurulan bu üçgen ilişki, işçi ile müşteri arasında çevrimiçi ortamda aracılık kurulmasına hizmet etmektedir.⁷ Dolayısıyla, bir platform tarafından organize edilen ve ücret karşılığında gerçekleştirilen çalışma; platform, müşteri ve çalışan olmak üzere üç tarafın bulunması; belirli bir görevin yerine getirilmesi ya da belirli bir sorunun çözülmesi; dış kaynak kullanımına dayanması; işin bölünerek yürütülmesi ve talep doğrultusunda hizmet sunulması platform çalışmasının unsurlarıdır.⁸

III. PLATFORM ÇALIŞMASINDA İŞ İLİŞKİSİ VE ÇALIŞANLARIN STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ SORUNU

Platform çalışanlarının hukuki statüsü, çeşitli ülke hukuklarında kritik bir sorun olmaya devam etmektedir. Dijital platform şirketleri geleneksel olarak platform çalışanlarını işçi değil, bağımsız çalışan olarak nitelendirmektedirler. Platform çalışmasında, çalışanın dilediği zaman iş görme edimini yerine getirmesi, sistem dışında kalabilme özgürlüğüne sahip olması, çalışma süresini ve yerini kendisinin belirlemesi, iş araçlarını kendisinin temin etmesi geleneksel bağımlılık unsurunu ortadan kaldırmaktadır. İşin reddedilebilmesi, çalışanın başka kişilerle sözleşme yapmasının önünde bir engel bulunmaması, bu ilişkinin “bağımsız çalışma” niteliğinde bir sözleşme ilişkisi olarak değerlendirilmesine neden olmaktadır.⁹ Platform çalışmasının çoğunlukla kendi hesabına çalışma (bağımsız çalışma) olarak kabul edilmesi, bu çalışanların iş hukukunun sağladığı hak ve korumalardan yararlanamamasına yol açmaktadır. Bu noktada, bu çalışanlara nasıl bir koruma sağlanacağı ve platformla aralarındaki ilişkinin iş sözleşmesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği önemli bir tartışma konusu haline gelmektedir.¹⁰

Anketler, platform çalışanlarının da kendilerini bu şekilde konumlandıklarını göstermektedir.¹¹ Bu bağlamda çeşitli hukuk sistemlerinde platform çalışanlarının hukuki statüsüne ilişkin farklı yaklaşımların bulunduğunu, mahkeme kararlarında platform çalışanlarının hukuki statüsünün özel durumlara göre belirlendiğini ve platform çalışanlarının hukuki statüsüne dair yeknesak bir yaklaşımın henüz tesis edilmediğini belirtmemiz gerekmektedir.

2021 yılında Almanya Federal İş Mahkemesi belirli koşullar altında bir platform çalışanının işçi olarak nitelendirilebileceğine karar vermiştir.¹² Çeşitli şirketler adına perakende satış noktalarında ve benzin

³ HOWE, Jeff: “The Rise of Crowdsourcing”, Wired Magazine, www.wired.com/2006/06/crowds/ (Erişim: 28.11.2024).

⁴ EUROFOUND: Employment and Working Conditions of Selected Types of Platform Work, Publications Office of the European Union, 2018, s.5.

⁵ GYULAVÁRI, Tamás: “Collective Rights of Platform Workers: The Role of EU Law”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 27(4), 2020, s.406.

⁶ EUROPEAN COMMISSION: Study to Gather Evidence on the Working Conditions of Platform Workers, VT/2018/032 Final Report, 2019, s.40.

⁷ EUROPEAN COMMISSION, s. 41.

⁸ ALPAGUT, Gülsevil: “Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları”, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri: Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı, Ed. Kübra Doğan Yenisey, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 95; KÜÇÜK, s. 309

⁹ ALPAGUT, s. 98

¹⁰ ALPAGUT, s. 99

¹¹ FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER: Where Do the Platform Workers Stand? – Status and Protection in Europe and the US, Worklife 2.0, s.2.

¹² German Federal Labour Court: No. 9 AZR 102/201, 1 December 2020, Industrial Relations and Labour Law, “German Federal Labour Court Decision on the Case of a Crowdworker and Relative Salary”, https://industrialrelationsnews.ioe-emp.org/industrial-

istasyonlarında belirli ürünlerin sunumlarını denetleyen bir platform şirketi için 11 aylık bir süre boyunca çalışan davacı, kendisine daha fazla görev verilmediğinde, hukuki statüsünün işçi olarak değerlendirilmesi adına dava açmıştır. Söz konusu davada Almanya Federal İş Mahkemesi platform çalışanı lehine karar verip işçi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Karar esas olarak işçi ile platform operatörü arasındaki sözleşmesel ilişkinin ve bu ilişkinin fiili uygulamasının değerlendirilmesine dayanmaktadır. Federal İş Mahkemesi, çeşitli görevleri yerine getirmek için oldukça özel ve ayrıntılı talimatların yanı sıra, platform şirketinin ücret sisteminin, işçiye daha büyük ve daha iyi ücretli görevlere erişmek için aynı anda birden fazla görevi üstlenmeye teşvik eden bir sistem oluşturduğuna özellikle vurgu yapmıştır.

Benzer bir şekilde Birleşik Krallık'ta, Yüksek Mahkeme bir platform şirketinin iki şoförü hakkında işçi statüsünde olduklarına dair bir karar vermiştir.¹³ Şoförlerin, bağımsız çalışan olarak sınıflandırıldıklarını ve bu nedenle çeşitli haklardan mahrum kaldıklarını, işçi olarak sınıflandırılmaları gerektiğini iddia ettikleri davada, platform şirketi ise şoförlerin doğrudan müşterilere hizmet eden bağımsız çalışan olarak değerlendirilmeleri gerektiğini savunmuştur. Yüksek Mahkemenin kararına göre, esas olarak: (i) şoförlerin kendileri yolculuk ücretlerini belirlememeleri ve (ii) platform şirketinin sürücü ile yolcu arasındaki iletişimi, sürücülerin müşterilerle bireysel ilişkiler kurmasını engelleyecek şekilde kısıtlaması dolayısıyla söz konusu şoförlerin işçi olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

İtalya'da ise mahkeme önüne getirilen bir yemek dağıtım platformu (Glovo) çalışanının işçi olarak sınıflandırılması uygun görülmüştür.¹⁴ İlgili davada, platform şirketinin uygulamanın arkasındaki algoritma dolayısıyla platform çalışanlarının bağımsız çalışan olarak sınıflandırılması gerektiği iddialarına karşın, mahkeme platform şirketinin çalışanı kontrol ettiğini, yönettiğini ve yarı disiplin yaptırımları uyguladığını tespit etmiştir. Bu nedenle ilgili kararda, platform çalışanlarının hukuki statüsünün işçi ile işverenin arasındaki sözleşmeye bakılmaksızın, çeşitli unsurların varlığı dahilinde işçi olarak kabul edilmesi gerektiği ortaya konulmuştur.

İspanya'da da faaliyet gösteren Glovo yemek dağıtım platformu hakkında ise İspanya mahkemeleri İtalyan mahkemesinin aksi yönünde zıttı bir karar vermiştir.¹⁵ Mahkeme Glovo şoförlerinin işçi olarak kabul edilemeyeceğini, zira faaliyetleri üzerinde tam kontrole sahip olduklarını belirtmiştir. İstedikleri siparişleri seçme özgürlüklerinin olduğunu, varış noktasına giden yolu serbestçe belirleyebildiklerini, belirli bir saatte başlama veya bitirme zorunluluğu olmadıklarını belirten mahkeme, Glovo şoförlerinin işçi olarak kabul edilemeyeceğine karar kılmıştır. Mahkeme ayrıca platform şirketinin kullandığı GPS konum takip cihazının, şirketin denetim aracı olmadığını, söz konusu cihazların kat edilen mesafeyi hesaplamak adına kullanıldığını belirterek Glovo şoförlerinin bağımsız çalışan olduğunu belirtmiştir. Fakat ilgili karar 25 Eylül 2020 tarihinde İspanya Yüksek Mahkemesi tarafından bozulmuştur.¹⁶ Yüksek Mahkeme, Glovo'nun sadece tüketicileri (müşterileri) ve platform çalışanlarını birbirine bağlayan elektronik bir aracılık hizmeti sunmakla sınırlı olmadığını, aynı zamanda faaliyetleri koordine ettiğini ve düzenlediğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, Glovo'nun, hizmetin algoritmik yönetimi, dağıtıcıların değerlendirmeleri ve sürekli coğrafi konum takibi yoluyla yalnızca sonuca değil, faaliyetin kendisine de etki eden kontrol araçları oluşturduğunu ileri sürmüştür. Dolayısıyla, şirket tarafından belirlenen organizasyonel kurallara tabi olan platform çalışanları ile platform şirketi arasında bir iş ilişkisinin olduğunu kabul etmenin gerektiği Yüksek Mahkeme kararıyla ortaya konulmuştur.

Platform çalışanlarının hukuki statülerinin doğru bir şekilde belirlenmesi, sosyal güvenlik ve işçi haklarının tesis edilmesi açısından elzemdir. Hâlihazırda, dijital platformlarda çalışmayı düzenleyen yasal çerçevelerin olmaması, birçok çalışan ile ilgili ihtilaf ve içtihada yol açmış ve bu durum hukuki güvenlik ve öngörülebilirlikte önemli problemlere neden olmuştur. Bu bakımdan belirtmek gerekir ki, platform çalışanlarının işçi olarak değerlendirilmesi gerektiğine dair bir yargı kararı verilmiş olsa bile, bu karar belirli bir ülkede faaliyet gösteren tüm dijital platformlar için geçerli olmaz. Bu bağlamda, çeşitli hukuk sistemlerinde platform çalışanlarının hukuki statüsünün, mahkeme kararları ve akademik tartışmalar ışığında yeni düzenlemeler vasıtasıyla açıklığa kavuşturulması gereken bir konu haline geldiğini söylemek mümkündür.¹⁷ Bu tartışmalar, platform çalışanlarının iş ilişkilerindeki hukuki statüsünün belirsizliğini ve bundan kaynaklanan hak kayıplarını vurgulamaktadır. Özellikle, platform çalışanlarının haklarının belirlenmesi ve korunması, dijital çalışma platformlarının yaygınlaşmasıyla beraber uluslararası düzeyde endişe verici bir sorun haline gelmiştir. Birçok ülke, bu önemli sorunu ele almak ve çözmek için adımlar atmıştır. Ancak, mevcut Türk iş hukuku mevzuatı, platform çalışanlarının hukuki statüsünü net bir şekilde belirleme konusunda yetersiz kalmaktadır. Platform çalışanlarının işçi statüsünde değerlendirilmesi

relations-and-labour-law-january-2021/news/article/german-federal-labour-court-decision-on-the-case-of-a-crowdworker-and-relative-salary (Erişim: 28.11.2024).

¹³ The Supreme Court of the United Kingdom: Press Summary dated 19 February 2021, Uber BV and Others (Appellants) v Aslam and Others (Respondents), [2021] UKSC 5, on appeal from [2018] EWCA Civ 2748.

¹⁴ Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales: Employment Status of Platform Workers: National Courts Decisions Overview (Argentina, Australia, Belgium, Brazil, Canada, Chile, France, Germany, Italy, Netherlands, New Zealand, Panama, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States & Uruguay), <https://ignasibeltran.com/employment-status-of-platform-workers-national-courts-decisions-overview-argentina-australia-belgium-brazil-canada-chile-france-germany-italy-nederland-new-zealand-panama-spain-switzerl/#ital> (Erişim: 28.11.2024).

¹⁵ Juzgado de lo Social, Madrid, 39, 1353/2017 - 284/2018, 03.09.2018.

¹⁶ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Madrid, 25.09.2020, E.4746/2019, K.805/2020.

¹⁷ BAYCIK, Gaye/CİVAN, Orhan Ersun/TOLU YILMAZ, Hazal/BOSNA, Berrin: "Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, 2021, s.713.

durumunda, İş Kanunu ve ilgili diğer mevzuattan kaynaklanan tüm hak ve yükümlülüklerle sahip olmaları gerekir. Bu haklar arasında sendikal haklar, işsizlik ödeneği, kıdem tazminatı, yıllık izin ve fazla çalışma ücreti gibi haklar yer almaktadır. Bu bağlamda, platform çalışanlarının haklarının güvence altına alınması için mevzuatta önemli değişiklikler yapılması bir gereklilik haline gelmiştir. Bu değişiklikler, platform çalışanlarının iş ilişkilerindeki belirsizlikleri gidermek ve adil bir çalışma ortamı sağlamak için temel bir adım olacaktır. Söz konusu değişikliklerin belirlenmesi adına platform çalışanlarının hukuki statüsünün mevcut mevzuatımız çerçevesinde belirlenmesinin mümkün olup olmadığı ve farklı hukuk sistemlerinde bu sorunun çözümü adına ne gibi adımlar atıldığı tartışılacaktır.

IV. TÜRK İŞ HUKUKU BAĞLAMINDA PLATFORM ÇALIŞMASINDA İŞ İLİŞKİSİ VE ÇALIŞANLARIN HUKUKİ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ

Platform çalışması, kendi içerisinde önemli derecede ayrıştığından platform çalışanlarının hukuki statüsünün belirlenmesi önemli bir sorun teşkil etmektedir.¹⁸ Zira Uber gibi platformlarda çalışanlar platformun talimatları ve denetimi altında iş görürken, Fiverr gibi platformlarda çalışanlar kimseden talimat almadan bağımsız olarak çalışmaktadır. Bu bağlamda dünya çapında bir mutabakata varıldığını söylemek de mümkün olmayacaktır. Zira kimi ülke hukuklarında işçi olarak kabul edilen platform çalışanları, kimi ülke hukuklarında bağımsız çalışan statüsüne veya karma bir statüyü haiz olmaktadır.¹⁹ Bu bağlamda Türk iş hukuku mevzuatı çerçevesinde platform çalışanlarının hukuki statüsünü incelemek, mevzuatımızda yapılması gereken reformlara ışık tutmak adına uygun olacaktır.

A. İş Sözleşmesinin Unsurları

1. Ücret

Bir iş sözleşmesinde açıkça ücretin kararlaştırılmaması, sözleşmenin geçersiz olduğu anlamına gelmez. Önemli olan, belirli bir işin belirli bir ücret karşılığında yapılacağı ve bunun sözleşmede açıkça ifade edilmesinin sağlanmasıdır.²⁰ Platform çalışanlarının ücretlendirilmesi, platforma ve işin türüne göre değişiklik gösterebilmektedir. Bazı platformlarda çalışanlar, tamamladıkları işlere göre ücretlendirilmektedir. Bazı platformlarda ise çalışanlar, belirli bir süre için saatlik veya günlük bir ücret almaktadır. Fakat bütün platform çalışanları yaptıkları işleri bir ücret karşılığında yaptığından, bir platform çalışma sözleşmesini iş sözleşmesi olarak nitelendirmek adına ücret unsuru bakımından bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki TBK m. 401 uyarınca: “İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür.”

2. İş Görme

İş sözleşmesinin temelinde, belirli bir işin tamamlanması yatar. Bu iş, insan emeği ile gerçekleştirilir ve taraflar için maddi bir değere sahiptir. İşin niteliği, bedensel emek, zihinsel çalışma veya kamu hizmeti gibi çeşitli şekillerde olabilir. İşin nasıl yapılacağı, yani bedensel güç mü yoksa araç-gereç kullanımı mı gerektiği önemli değildir. Ancak, iş sözleşmesinin konusu TBK m. 27/1 hükmüne yasalar, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olamaz. Aynı şekilde, suç teşkil eden bir faaliyeti de kapsamaz.²¹ Bu bağlamda belirtmek gerekir ki anayasaya, kamu düzenine veya ahlaka aykırı olmayan platform çalışması sözleşmelerinde, iş görme unsuru bakımından bir eksiklik bulunmamaktadır.

3. Bağımlılık

İş görme ve ücret unsurlarının yanı sıra, iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olan bağımlılık iş sözleşmelerini iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli unsurdur.²² Bu bağlamda işi ifa eden işçi, işverenin talimatları doğrultusunda hareket eder ve faaliyetleri işveren tarafından denetlenir.

a. Ekonomik Bağımlılık

Türk iş hukukunda platform çalışanlarının ekonomik bağımlılığı, dijitalleşen çalışma modellerinin getirdiği yeni dinamikler ışığında yeniden değerlendirilmesi gereken bir konudur. Geleneksel iş hukuku anlayışında, işçi hayatını idame ettirebilmek için ihtiyaç duyduğu geliri çalışması karşılığında elde eden ve işveren karşısında ekonomik yönden güçsüz olan bir pozisyonda korunmaktadır.²³ Ancak, dijital platformlarda çalışan bireylerin durumu bu tanıma tam olarak uymamaktadır. Platformlar, çalışanların gelirlerinin büyük bir kısmını sağlamakta ve bu durum, çalışanların ekonomik bağımlılığını artırmaktadır. Özellikle, hizmet bedelinin platform tarafından belirlenmesi, çalışanların pazarlık haklarının bulunmaması, kullanıcılarla doğrudan iletişim kurmalarının veya rakip platformlarda çalışmalarının yasaklanması gibi unsurlar, platform çalışanlarının ekonomik olarak platforma bağımlı hale gelmesine sebep olmaktadır.²⁴ Bu doğrultuda, Türk iş hukukunun platform çalışanlarının ekonomik bağımlılığını dikkate alarak, onların haklarını ve sosyal güvenliklerini sağlamaya yönelik düzenlemeler yapması gerekmektedir. Ekonomik

¹⁸ KUTLU, Merve: “Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü: Uber-Aslam ve Diğerleri Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(2), 2021, s.272.

¹⁹ BEYTAR, Erbil: “Platform Çalışması: Çalışan Statüsünün Belirlenmesi Sorunu”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2023, s.261.

²⁰ GÜLNAR, Şeyda/GÖRMEZ, Yalçın: “İş Sözleşmesinin Unsurları, Özellikleri, Doğan Borçlar ve Sona Ermesi”, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 2024, s.121.

²¹ AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.372.

²² SÜZEK, Sarper/BAŞTERZİ, Süleyman: İş Hukuku, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2024, s.230.

²³ TOLU YILMAZ, Hazal: Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 311

²⁴ TOLU, s. 313

bağımlılık, iş ilişkisinin tespitinde önemli bir unsur olarak değerlendirilmeli ve platform çalışanlarının çalışma koşullarının adil ve sürdürülebilir olmasını temin edecek hukuki mekanizmalar geliştirilmelidir. Bu şekilde, dijital ekonominin getirdiği yeni çalışma biçimlerinin işçi hakları çerçevesinde korunması mümkün olacaktır.

b. Teknik Bağımlılık

Türk iş hukukunda platform çalışanlarının teknik bağımlılığı, dijital çalışma modellerinin karmaşık yapısı içinde önemli bir tartışma konusudur. Klasik istihdam modelinde, işverenin işçinin işini yapacağı yer, yöntem ve araçları belirleme yetkisi, teknik bağımlılığın temelini oluşturur.²⁵ Ancak, platform çalışanlarında bu teknik bağımlılık daha farklı bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Web tabanlı platformlarda, iş araç ve gereçlerin çoğu çalışanlar tarafından sağlanırken, platformun sunduğu yazılım ve veri altyapısı teknik bağımlılığı sürdürmektedir.²⁶ Ayrıca, bazı platformlarda işin teknik aşamalarına ilişkin detaylı talimatların kullanıcılar tarafından sağlanması ve bu talimatlara uyumun kontrol edilmesi, çalışanların teknik olarak platforma bağımlı olduğunu ortaya koymaktadır. Konum tabanlı platformlarda ise, işin görüleceği araç ve gerecin teknik nitelikleri platform tarafından belirlendiği için çalışanların teknik bağımlılığı devam etmektedir.²⁷ Bu bağlamda, teknik bağımlılığın varlığı, platform çalışanlarının iş hukuku kapsamında değerlendirilmesinde önemli bir unsur olarak dikkate alınmalıdır. Uzaktan çalışma gibi yeni istihdam modellerinde teknik bağımlılığın tamamen ortadan kalkmadığı, aksine dijital araçlar aracılığıyla sürdürüldüğü görülmektedir. Sonuç olarak, platform çalışanlarının teknik bağımlılığı, iş ilişkisinin niteliğini belirlemede kritik bir faktör olup, bu bağımlılığın hukuki düzenlemelerde dikkate alınması, çalışanların hak ve güvenliklerinin sağlanması açısından elzemdir.

c. Kişisel/Hukuki Bağımlılık

Türk iş hukukunda platform çalışanlarının bağımlılığı, yalnızca gelir kaynağına dayalı değerlendirmelerle sınırlı kalmayıp, aynı zamanda işverenle olan kişisel ve hukuki bağımlılık ilişkisi çerçevesinde de incelenmelidir. Kişisel bağımlılık, iş sözleşmesinin temel unsurlarından biri olarak işçinin işverene hukuki ve fiili açıdan tabi olmasını ifade eder. Bu bağımlılık, işverenin iş organizasyonu içinde işçinin görevlerini belirlemesi, çalışma saatlerini düzenlemesi, denetim ve gözetim yetkisini kullanması gibi unsurlarla somutlaşır.

Geleneksel iş sözleşmelerinde olduğu gibi, platform çalışanları da işverenin hiyerarşik otoritesi altında çalışmakta ve bu durum işverenin verdiği emir ve talimatlarla işçinin kişiliğinin ayrılmaz bir parçası olan iş gücünü yönetmesi ile kendini göstermektedir. Platformların çalışanlarına yönelik kontrol mekanizmaları, çalışma şeklini, yerini ve zamanını düzenleyerek işçinin işverenin hiyerarşik otoritesi altında iş görme edimini yerine getirmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.²⁸ Yargıtay'ın da iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran temel bağımlılık unsurunun hukuki bağımlılık olduğuna vurgu yapmaktadır.²⁹

Platform çalışanları açısından bağımlılık unsurunun değerlendirilmesi, işin organizasyonu, yönetimi ve denetimi gibi ölçütlerle şekillenir. Özellikle konum tabanlı platformlarda işin kapsamı, çalışma koşulları ve ücreti platform tarafından belirlenmekte, çalışanların bağımsız karar alma yetkisi sınırlanmakta ve faaliyetleri dijital araçlarla sürekli izlenmektedir. Buna karşın, genel nitelikli dijital platformlarda çalışanların iş görme edimleri ne ölçüde bağımsız gerçekleştirdikleri ve iş organizasyonuna dahil olup olmadıkları hususları bağımlılığın derecesini belirleyen kritik faktörler arasında yer almaktadır. Bu bağlamda, işçinin işverenin organizasyonu içinde iş görmesi ve işverenin yönetim yetkisinin varlığı, bağımlılık unsurunun temel göstergeleri olarak değerlendirilmektedir.

Kişisel bağımlılığın en belirgin yansımalarından biri, işverenin işçiyi yönetme ve denetleme yetkisidir. Dijital platformlarda bu durum, çalışanların faaliyetlerinin algoritmalar aracılığıyla izlenmesi, işin nasıl ifa edileceğine dair yönlendirmeler yapılması ve performans değerlendirmelerinin platform tarafından yürütülmesi gibi unsurlarla somutlaşmaktadır. Dolayısıyla, işverenin işçiyi denetleyebilmesi ve işin yürütümü üzerinde belirleyici olması, kişisel bağımlılığı güçlendiren ve iş ilişkisinin varlığını gösteren önemli ölçütler arasında yer almaktadır.

Belirtmek gerekir ki, Türk iş hukukunda platform çalışanlarının hukuki statüsünü belirlemek adına özellikle bağımlılık unsurunun platform çalışanları bakımından incelenmesi önemlidir. Zira platform çalışmasının iş sözleşmesinin diğer unsurlarını karşıladığı açıktır. Dolayısıyla, bağımlılık unsurunun tespiti halinde platform çalışanlarının işçi sıfatını haiz olacağı açıktır. Fakat buradaki önemli bir problem platform çalışmasında bağımlılık unsurunun tespitinde karşımıza çıkan zorluklardır. Tipik iş ilişkilerinde bağımlılık unsurunun tespiti hususunda, işverenin otoritesinin daha belirgin olmasından mütevellit, önemli engeller bulunmamaktadır. Platform çalışmasında ise platformun fiziksel olarak sürekli bir yönetimi ve denetimi olmasa da algoritmik yönetim araçlarıyla çalışanların sürekli olarak yönetilme ve denetlenme imkânı bulunmaktadır. Bu bağlamda bağımlılık unsurunun tespiti açısından yeni bir anlayışın benimsenmesi gerektiği aşîkârdır.

Yargıtay eski tarihli kararlarında, bağımlılık unsurunun tespiti adına, işin işverene ait işyerinde

²⁵ DOĞAN, Sevil: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2016, s. 123

²⁶ TOLU, s. 316

²⁷ TOLU, s. 316

²⁸ TOLU, s. 317

²⁹ Y9HD, T. 27.06.2019, E. 2016/23086, K. 2019/14507

yapılmasının bir kriter olduğunu belirtmekteydi.³⁰ Fakat günümüzde teknolojinin gelişmesi ve dijitalleşme sonucunda ortaya çıkan, uzaktan çalışma gibi atipik iş ilişkileri doğrultusunda bağımlılık unsurunun değerlendirilmesinde işin işyerinde görülmesinin asli bir kriter olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmemiz gerekmektedir. Dijitalleşmenin sonucunda evrilen çalışma hayatı neticesinde, bağımlılık unsurunu belirlemek adına yeni bir kriterin kullanılması ihtiyacı doğmuştur. Bu bağlamda, Yargıtay'ın da içtihatlarında belirttiği üzere, bağımlılık unsurunun tespiti açısından, işin işverene ait iş organizasyonu çerçevesinde onun yararına yapılması kriterini benimsemek uygun olacaktır.³¹

Platform çalışanlarının işçi statüsünde olduğu ispatlansa da sendika hakkı, işsizlik ödeneği, iş sağlığı ve güvenliği, ücretli izin gibi konularda önemli soru işaretlerinin karşımıza çıkması mümkündür. Bu bağlamda platform çalışanlarının haklarının korunması adına özel düzenlemelerin getirilmesi gerektiği, ancak bu düzenlemeler doğrultusunda Türk iş hukuku kapsamında platform çalışanlarının haklarının güvence altına alınmasının sağlanabileceğini belirtmemiz gerekmektedir. Zira mevcut hukuki çerçeve, sanayi toplumuna özgü geleneksel iş ilişkilerini esas almakta ve bağımlılık unsurunu fiziksel işyeri, doğrudan emir-komuta ilişkisi gibi ölçütler üzerinden değerlendirmektedir. Oysa platform çalışması, algoritmik yönetim, esnek çalışma saatleri ve dijital iş organizasyonu gibi unsurlar nedeniyle klasik bağımlılık kavramını aşındırmakta, bu da mevcut hukuki normların platform çalışanlarının işçi statüsünü belirlemede yetersiz kalmasına neden olmaktadır.

V. AVRUPA KOMİSYONUNUN PLATFORM ÇALIŞANLARI HAKKINDAKİ DİREKTİFİ

Avrupa Birliği, Aralık 2021'de Avrupa Komisyonu tarafından önerilen direktif çerçevesinde platform çalışanlarının çalışma koşullarını iyileştirmeye yönelik önemli bir düzenleme süreci başlatmıştır.³² Söz konusu öneriye göre, dijital platform ile çalışan arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı hususunda bir karine oluşturulması öngörülmektedir. Buna göre, çalışma performansının denetimine ilişkin beş kriterden en az ikisinin sağlanması halinde, platform çalışanının işçi statüsünde olduğu kabul edilecektir. Bu kriterler arasında; çalışanın ücretinin platform tarafından belirlenip belirlenmediği, çalışanın davranışlarına ilişkin bağlayıcı kuralların mevcut olup olmadığı, işin denetlenip denetlenmediği, çalışma organizasyonu ile çalışma süreleri konusunda çalışanın bağımsız hareket edip edemediği ve müşterileri seçme özgürlüğüne sahip olup olmadığı yer almaktadır. Direktif taslağına göre, beş kriterden en az ikisinin karşılanması durumunda iş ilişkisi bulunduğuna yönelik bir karine oluşacak, ancak platform işletmecisi, bu kriterlerin karşılanmadığını ispat ederek söz konusu karineyi çürütme hakkına sahip olacaktır. Bununla birlikte, iş ilişkisinin mevcut olmadığına dair ispat yükü, dijital platformun üzerinde olacaktır.

Avrupa Birliği'nin platform çalışanlarına yönelik hazırladığı direktifte, "platform çalışanı" ve "platform işletmecisi" kavramları net bir şekilde tanımlanmıştır. "Platform çalışanı", dijital platformlar aracılığıyla hizmet sunan ve bu platformlar tarafından çalışma koşulları, ücretlendirme veya performans değerlendirmesi gibi konularda denetlenen bireyleri ifade eder. Bu tanım, platform çalışanlarının işçi statüsünde kabul edilip edilmeyeceğinin belirlenmesinde önemlidir. Öte yandan, "platform işletmecisi" ise dijital platformun sahibi veya yöneticisi olan, platformun işleyişini kontrol eden ve platform çalışanlarıyla müşteriler arasındaki etkileşimi yönlendiren tüzel veya gerçek kişileri kapsar.

Buna ek olarak, direktif, platform çalışanlarının haklarının korunmasına yönelik çeşitli düzenlemeler içermektedir. Bu kapsamda, otomatik izleme ve karar alma sistemlerinin kullanımına ve işleyişine ilişkin şeffaflığın sağlanması, bu sistemlerin çalışma koşulları üzerindeki etkilerine dair çalışanlara bilgi edinme hakkının tanınması ve bu tür kararların gözden geçirilmesini talep edebilecekleri etkin itiraz mekanizmalarının oluşturulması öngörülmektedir. Söz konusu düzenlemeler, dijital platformlar aracılığıyla yürütülen çalışma biçimlerinde algoritmik yönetimin yol açabileceği hak ihlallerini önlemeyi ve platform çalışanlarının iş ilişkisi kapsamında korunmasını temin etmeyi amaçlamaktadır.

Bu doğrultuda, Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu arasında 8 Şubat 2024'te varılan mutabakat sonucunda, platform çalışanlarının işçi olduğuna dair karine yasal bir temel kazanmıştır.³³ Buna göre, dijital iş platformu ile çalışan arasındaki ilişki, ulusal mevzuat, toplu iş sözleşmeleri veya üye devletlerde yürürlükte olan uygulamalar doğrultusunda kontrol ve yönlendirme unsurlarının tespiti halinde, yasal olarak işçi-işveren ilişkisi olarak kabul edilecektir. Platform işletmecisi, bu karinenin aksini iddia etmek istiyorsa, sözleşmesel ilişkinin bir işçi-işveren ilişkisi olmadığını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, karinenin ayrıntılarının nasıl belirleneceği üye devletlerin ulusal mevzuatına bırakılmıştır.

VI. PLATFORM ÇALIŞANLARININ HUKUKİ STATÜSÜ BAĞLAMINDA DÜNYADAN ÇÖZÜM ÖRNEKLERİ

Platform ekonomisinin yükselişiyle birlikte, platform işçilerinin sosyal statüsü ve korunması konusu küresel çapta önemli bir tartışma haline gelmiştir. Bu bağlamda çeşitli ülkelerdeki mevzuat güncellemeleri

³⁰ Yargıtay 10. HD., 14.03.1995, E.1995/2008, K.1995/2571. www.yargitay.gov.tr (Erişim: 28.11.2024).

³¹ YARDIMCIOĞLU, Didem: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mevsimlik İş Sözleşmesi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.114.

³² JAURETT, Alexandre/GROSJEAN, Cécilia: "Platform Workers: Towards a European Agreement on the Employment Presumption", White & Case LLP, 10 Nisan 2024, <https://www.whitecase.com/insight-alert/platform-workers-towards-european-agreement-employment-presumption> (Erişim: 28.11.2024).

³³ EUROPEAN COUNCIL/COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION: "Platform Workers: Council Confirms Agreement on New Rules to Improve Their Working Conditions", 11 Mart 2024, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/03/11/platform-workers-council-confirms-agreement-on-new-rules-to-improve-their-working-conditions/> (Erişim: 28.11.2024).

ve platform çalışması bakımından yapılan reformlar incelenecektir.

A. Belçika

Belçika’da platform işçileri ile dijital platformlar arasındaki iş ilişkisinin niteliğinin belirlenmesi hususunda bugüne kadar iş mahkemeleri kararları ve Çalışma İlişkileri İdari Komisyonu (Administrative Commission for the Regulation of Labour Relations) öncülük etmiştir.³⁴ Avrupa Komisyonu’nun 2021 yılı sonlarında sunduğu Direktif önerisi ve 8 Aralık 2021 tarihli İş Mahkemesi kararının³⁵ etkisiyle, Belçika İş Kanunu’nun 4. Bölümü platform işçilerinin daha iyi korunması için iki önlem getirmektedir.³⁶ İlk olarak, “Dijital Platformlar için İş İlişkisi Hakkında Karine” başlıklı yeni bir bölümün getirildiğini belirtmemiz gerekir. Bu bölümdeki yeniliklerin çoğu, İş Kanunu’nun 337/3 maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Bu maddede öncelikle “dijital platform müşterisi”, “platform çalışanı” ve “platform operatörü” gibi bazı anahtar terimler tanımlanmaktadır. Bu tanımlar, platform çalışmasının kapsamını netleştirmektedir. Bir dijital platform işletmecisi, “kâr amacı güden bir hizmet sağlayan ve bir algoritma veya herhangi bir başka eşdeğer yöntem veya teknoloji aracılığıyla performansın nasıl gerçekleştirileceği ve çalışma veya ücret koşulları ile ilgili olarak karar verme veya denetim yetkisini kullanabilen ve aşağıdaki tüm şartları karşılayan ücretli bir hizmeti sunan kişidir: a) bu hizmetin kısmen elektronik ortamda, bir web sitesi veya mobil uygulama gibi uzaktan sağlanması; b) hizmetin, hizmet alıcının talebi üzerine sağlanması”. Bu tanım, ev kiralanması veya mal veya hizmetlerin yeniden satılması amacını güden platformları veya kâr amacı gütmeyen bir temelde hizmet sunan platformları kapsamaz. Bu nedenle Airbnb gibi dijital platformlar kapsam dışı kalmaktadır. Daha sonra “platform çalışanı”, “sözleşmenin niteliği veya ilgili taraflarca yapılan nitelendirmeden bağımsız olarak, dijital platform işletmecisi aracılığıyla platform çalışması yapan herhangi bir kişi” olarak tanımlanmaktadır. “Platform operatörü” ise “doğrudan veya bir aracı aracılığıyla dijital platform işletmecisini işleten gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmaktadır. Özellikle, platform işçisi için bir iş sözleşmesinin varlığına ve dolayısıyla çalışan olarak nitelendirilmesine işaret edebilecek eylemlerde bulunabilecek olan operatördür. Bu terimler ve tanımlar, Avrupa Komisyonu’nun önerdiği AB direktifinde kullanılan terimler ve tanımlarla tamamen aynı olmasa da onlardan esinlenmiştir. İş Kanunu’nun 337/3 maddesinde yapılan değişiklikle ayrıca, platform ekonomisinde platform çalışanının hukuki statüsünün belirlenmesi hususunda, için istihdam sözleşmesinin varlığına ilişkin özel bir karineden söz edilmektedir. Bu karinenin amacı platform işçileri ve platformlar için daha fazla hukuki güvenlik yaratmak ve böylece istihdam ilişkilerinin niteliği hakkındaki tartışmaya daha fazla açıklık getirmek, ancak aşırı katı bir sınır çizmekten kaçınmaktır. Sonuçta, bir platform için gerçek bir bağımsız çalışan olarak hizmet vermek hukuki imkânlar dâhilinde olmalıdır.

Belçika İş Kanunu’nda yapılan bu değişiklikler bağlamında platform çalışanları bakımından, dijital platform istihdam ilişkilerinin bir iş sözleşmesi kapsamında yürütüldüğü, aksi kanıtlanana kadar karine olarak kabul edilmektedir. Bu karine, aşağıdaki sekiz kriterden en azından üçünün veya son beş kriterden ikisinin varlığı tespit edilirse çürütülemez. Son beş kriter, Avrupa Komisyonu’nun önerdiği yasal karineye karşılık gelmektedir. Bir başka deyişle Avrupa Komisyonu’nun ilgili direktifine üç Belçika kriteri eklenmiştir. Avrupa Komisyonu’nun ilgili direktifi yukarıda açıklandığından, Belçika’da farklı olarak eklenen bu üç kriter incelenecektir.

1. Platform İşletmecisinin Faaliyet Alanı İle İlgili Münhasırlık Talep Etmesi

Kanun koyucunun burada ve aşağıdaki kriterlerin çoğunda “talep edebilir” ifadesini kullanması, platform işletmecisi için yalnızca bir ihtimal olduğunu, yani bunun gerçekten gerçekleştiğini kanıtlama zorunluluğu olmadığını göstermektedir. Burada önemli bir soru, kanun koyucunun “faaliyet alanı” ile neyi kastettiğidir. Belki de platformun sunduğu hizmetlerin türüne bakılmalıdır. Ancak, faaliyet alanı ile ilgili bu sınırlama gereksiz gibi görünmektedir. Sonuçta, platform işletmecisi kendi faaliyet alanı ile sınırlı olmayan genel bir münhasırlık talep etseydi, taraflar arasındaki yetki ilişkisi daha da açık bir şekilde belirlenebilirdi.

2. Platform İşletmecisinin Temel Hizmetlerin Düzgün Çalışması Dışındaki Amaçlar İçin Coğrafi Konum Takibini Kullanması

Coğrafi konum takibi, yabancı içtihatlarda sıkça tekrar eden klasik bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle coğrafi konum takibi bir kontrol aracı olarak kullanıldığında, denetim ilişkisine işaret etmektedir. Bu durum, iş ilişkisini belirlemede kullanılan dört genel kriterden biri olan hiyerarşik denetime işaret etmektedir (Belçika İş Kanunu, Madde 333, §1). Buradaki kriter, coğrafi konum takibinin hizmetlerin düzgün çalışması için kullanıldığı durumu genel bir muafiyet olarak sunmaktadır. Bu geniş tanımlama, istenen netliği sağlamamaktadır. Gerçekten de herhangi bir platform işletmecisi coğrafi konum takibinin yalnızca uygulamanın düzgün çalışması için kullanıldığını iddia edecektir. Platformun algoritmalarının nasıl çalıştığı konusunda netlik olmadığı sürece, bunun aksini ispatlamak neredeyse imkânsız olacaktır.

³⁴ VAN OLMEN, Chris: “Belgium: Labour Deal 2022: Better Protection for Digital Platform Workers”, L&E Global, 9 Aralık 2022, <https://leglobal.law/2022/12/09/belgium-labour-deal-2022-better-protection-for-digital-platform-workers/> (Erişim: 28.11.2024).

³⁵ İlgili karar Deliveroo kuryelerini bağımsız çalışan olarak nitelendirmiştir; VAN OLMEN & WYNANT: “Brussels Labour Tribunal Qualifies Deliveroo Riders as Self-Employed”, 15 Aralık 2021, <https://www.vow.be/en/node/296> (Erişim: 28.11.2024).

³⁶ GRANADO ARANZANA, Jennifer: “Classification of Platform Workers: Belgium Ahead of the Forthcoming European Framework”, Linklaters, 15 Aralık 2022, <https://sustainablefutures.linklaters.com/post/102hyot/classification-of-platform-workers-belgium-ahead-of-the-forthcoming-european-fra> (Erişim: 28.11.2024).

Dolayısıyla, böyle bir kriterin ancak algoritmik yönetimin şeffaflığına dair kanun düzenlemeleri getirildiğinde anlam kazanacağını belirtmemiz gerekir.

3. Platform İşletmecisinin Platform Çalışanının İş Yapma Özgürlüğünü Kısıtlaması

Bu kriter, iş ilişkisinin niteliğini belirlemede kullanılan dört genel kriterden birine, yani çalışma organizasyonu özgürlüğüne karşılık gelmektedir (Belçika İş Kanunu, Madde 333, §1). Açıklama metninde, rotasını seçme veya teslimat yöntemini kendisi belirleme özgürlüğü olmayan veya platformu önceden belirlenmiş bir prosedüre göre parselin teslim alındığına ve teslim saatine dair bilgi vermesi gereken bir bisiklet kuryesi örneği verilmektedir. Bu bağlamda her özel duruma göre tespitine karar verilecek olan iş organizasyonu kriteri bakımından kanun koyucunun örnek vermesi, içtihatların yeknesaklaşması ve hâkimlerin bu bağlamda bir rehberi olması bağlamında pozitif bir adım olmuştur.

B. İtalya

Dijital platform çalışanlarının haklarının korunması adına iş hukuku düzenlemelerinde değişiklik yapan ülkelerin yanı sıra, İtalya yenilikçi bir yaklaşımda bulunarak platform çalışanlarının durumunu iyileştirmek adına hızlı ve etkin bir çözüm yolu ortaya koymuştur.³⁷ 2017’de Bolonya’daki bir grup motor kurye, sağlık ve güvenlik koşullarının önemini vurgulayarak ve daha insancıl çalışma koşulları talep ederek işlerinden istifa etmiş ve ilgili durumu şikâyet etmek adına Bolonya Belediyesi’ne başvurmuştur.³⁸ Bolonya Belediye Meclisi hızla harekete geçerek dijital platform işletmecilerini, Bolonya’daki dijital platform çalışanlarının çalışma koşullarının iyileştirilmesi için görüşmeye davet etmiştir. Kısa süre sonra Belediye, sendikalar (CGIL, CISL ve UIL’in yerel şubeleri), Riders Union Bologna ve dijital platform işletmecileri arasında müzakereler başlamış ve bu müzakereler sonunda 2018’de “Kentsel Bağlamda Dijital Platform Çalışanlarının Temel Haklarının Korunması Sözleşmesi”³⁹ (Bolonya Sözleşmesi) kabul edilmiştir. Şu ana kadar, teslimat sektöründe faaliyet gösteren dört platform (MyMenu, Sgnam, Domino’s Pizza ve Winelivery) bu gönüllü anlaşmayı imzalamıştır. Bu platformlar Bolonya’daki yemek teslimatı sektöründe çalışan platform işçilerinin neredeyse tamamını kapsamaktadır. Riders Union Bologna sendikasının bu yerel süreçteki rolünün azımsanmayacak kadar önemli olduğunu söylememiz gerekmektedir. Bu durum sendikaların dijital platform çalışanlarının kötü ve güvensiz çalışma koşullarına ne denli meydan okuyabildiğine dair önemli bir örnek teşkil etmektedir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda dijital platform çalışanları bakımından yapılması gereken reformların yanı sıra, bu reformların gerçekleştirilmesi sırasında hak kayıplarının yaşanmaması adına yerel çözümlerin de benimsenmesi gerekmektedir. Yerel çözümleri en hızlı şekilde harekete geçirecek olanın ise sendikalar olduğu bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda sendikaların teşvik edilmesi ve platform çalışanlarının sendikalaşmasının önünün açılması elzemdir.

Bolonya Sözleşmesi, Bolonya şehrinde faaliyet gösteren tüm platform işçilerini kapsayan geniş bir düzenleme alanına sahiptir.⁴⁰ Bu sayede Sözleşme, yerel yönetimlerin yeterli yetkiye sahip olmadığı platform işçilerinin hukuki statüsünün belirlenmesi ile ilgili sorunu ortadan kaldırmaktadır. Sözleşme, hükümlerinin dijital platform işletmesinin çalışma organizasyonunu ve fiyatı belirlediği tüm durumlar için geçerli olduğunu açıkça belirtmektedir.⁴¹ Dolayısıyla sözleşmenin, her tür platform işçisini kapsayan oldukça geniş bir kapsama sahip olduğunu belirtmek gerekir. Sözleşme, dijital platform işçilerine minimum düzeyde koruma standartları sağlamakta olup, birçok hüküm doğrudan iş sağlığı ve güvenliği ile ilgilidir. Bologna Sözleşmesi, ulusal düzeyde platform işçileri için özel haklar tanıyan 101/2019 sayılı Kararname’ye ilham kaynağı olmuştur. Mezkur Kararname, dijital platformlar aracılığıyla çalışan bireylerin hukuki statüsünü ve çalışma koşullarını düzenlemeye yönelik önemli bir adım teşkil etmektedir. Söz konusu düzenleme, platform çalışanlarının asgari ücret, sosyal güvenlik, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası gibi temel işçi haklarından yararlanmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Kararname, platform işletmecilerinin çalışanlar üzerindeki denetim ve yönlendirme yetkisini esas alarak işçi statüsünün belirlenmesine yönelik ölçütler getirmekte olup, bağımlılık ve kontrol unsurlarının varlığı halinde, platform çalışanlarının işçi olarak kabul edilmesini öngörmektedir. Ayrıca, otomatik karar alma sistemlerinin şeffaflığına ilişkin düzenlemelerle, algoritmik yönetimin çalışma koşullarına etkisine dair çalışanlara bilgi edinme hakkı tanınmış ve platformların denetim mekanizmalarına ilişkin sorumlulukları artırılmıştır. Bu bağlamda, 101/2019 sayılı Kararname, gig ekonomisinde faaliyet gösteren çalışanların iş güvencesini artırmayı ve platform işletmecilerinin iş hukukuna ilişkin yükümlülüklerini netleştirmeyi hedefleyen bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

Bologna Sözleşmesi’nin, yasal reformlara kıyasla daha kolay uygulanabilen “yumuşak” bir araç olduğunu söylememiz gerekmektedir. Sözleşme, bağlayıcı olmayan ve gönüllü bir girişim olmasına rağmen dijital platform çalışanlarının çalışma koşullarında, özellikle de iş sağlığı ve güvenliği alanında somut iyileştirmelere yol açmıştır. Ancak Sözleşmenin bazı eksikliklerin de bulunduğu bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmenin bağlayıcı ve zorunlu olmaması, belirlenen asgari standartların sıkı bir şekilde

³⁷ EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK: “A National and Local Answer to the Challenges of the Platform Economy in Italy”, 16 Şubat 2022, <https://healthy-workplaces.osha.europa.eu/en/publications/national-and-local-answer-challenges-platform-economy-italy-0> (Erişim: 28.11.2024).

³⁸ PIRONE, Maurilio: “Bologna’s Riders: ‘It’s Not for Us but for Everyone!’”, Social Europe, 26 Haziran 2023, <https://www.socialeurope.eu/bolognas-riders-its-not-for-us-but-for-everyone> (Erişim: 28.11.2024).

³⁹ Orijinal dilinde “CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEL LAVORO DIGITALE NEL CONTESTO URBANO”

⁴⁰ CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEL LAVORO DIGITALE NEL CONTESTO URBANO, m. 1.2.

⁴¹ CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEL LAVORO DIGITALE NEL CONTESTO URBANO, m. 1.4.

uygulanmasını neredeyse imkânsız hale getirmektedir. Özet olarak, bu bağlamda yapılacak olan bir sözleşmenin değeri çoğunlukla ilgili platform işletmecilerin iyi niyetine bağlıdır. Dolayısıyla bu “yumuşak” aracın ülkemizde benimsenmesi dijital platform çalışanlarının haklarının korunması bakımından pozitif bir adım vaat etse de dijital platform çalışanları hakkında; açık tanımlamalar içeren, işsizlik ödeneği, iş sağlığı ve güvenliği, ücretli izin gibi konuları kapsayan özel düzenlemeler getirilmeden hak kayıplarının tamamen önüne geçilmesinin mümkün olmadığını belirtmemiz gerekmektedir.

VII. SONUÇ

Dijitalleşen dünyaya ayak uyduran sektörler istihdam çeşitlerinin artmasına sebebiyet vermiştir. Bu yeni oluşan istihdam çeşitleri daha karmaşık iş ilişkilerine ve dolayısıyla da daha karmaşık problemlere önyak olmuştur. Dijital platformlar da bu bağlamda işçi haklarının korunması bakımından önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Ulusal mahkemeler kararlarında bu probleme karşılık vermeye çalışsa da platform çalışması kavramının heterojen yapısı nedeniyle içtihat yeknesaklığına engel olmaktadır.

Çeşitli hukuk sistemleri, yasal reformlar ile ve “yumuşak” çözüm yolları ile bu soruna cevap vermeye çalışmıştır. Geleneksel iş hukuku tanımlamalarının ve geleneksel iş ilişkisi kriterlerinin bu bağlamda modern istihdam çeşitlerini değerlendirmek adına yetersiz kaldığı bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla dijitalleşen dünyaya ayak uydurmak adına hızlı bir şekilde yasal reformların gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu reformlar platform çalışma, dijital platform işleteni, platform çalışanı gibi önemli kavramları açıkça tanımlamalıdır ki, çok çeşitli platform çalışanlarının hepsinin hakları korunabilsin. Yapılması gereken bu reformlar yalnızca platform çalışanlarının hukuki statüsünü belirlemek adına değil, ayrıca; işsizlik ödeneği, iş sağlığı ve güvenliği, ücretli izin gibi konularda açık düzenlemelerin getirilmesi adına yapılmalıdır.

Türk iş hukukunda iş sözleşmesinin esaslı unsurları bu bağlamda incelenmiş olup, bağımlılık unsuru bakımından ne gibi bir kriterin benimsenmesi gerektiği tartışılmıştır. Bu bağlamda mahkeme kararlarıyla şekillenecek olan bağımlılık unsurunun tespitinde kullanılacak kriterler, uzun vadede platform çalışanlarının haklarının korunması adına uygun hale gelebilecek olsa da bu bağlamda Avrupa Komisyonu Direktifi ve Belçika hukukunda yapılan reformlar incelenmiş olup, işbu kriterlerin mevzuatça belirlenmesinin daha isabetli olacağı görüşüne varılmıştır. Zira Avrupa Komisyonu ile belirlenen kriterler ve Belçika’da bu kriterler haricinde reformla getirilen üç ek kriter ışığında platform çalışmasında iş ilişkisinin tespitinin yapılması mahkeme kararları arasındaki farklılıkları azaltacak olup, söz konusu iş ilişkisi tahlillerinin yasal bir zemin üzerinde tartışılmasına olanak tanıyacaktır.

Mevzuatımızda, dijital platform çalışanlarını kapsayan hükümler bulunmaması bu bağlamda önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Platform çalışanlarının haklarının korunması adına, hukuki statüleri bağlamında öncelikle işçi olduklarının ve işçilerin sahip oldukları haklardan faydalanabileceklerinin karine olarak kabul edilmesi modern devlet hukukları tarafından getirilen bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda mezkur karinenin Türk iş hukuku bağlamında yasal bir zemine oturtulması platform çalışanlarının haklarının etkin bir şekilde korunabilmesi bakımından önemli bir yere sahiptir. Yukarıda getirilmesi gereken bu karinenin çürütülebilmesi adına Avrupa Komisyonunca ve Belçika’da öne sürülen kriterler tartışılmış olup, kimi kriterler eleştirilmiştir. Bu bağlamda Türk kanun koyucuların ilgili kriterleri ülkemiz platform çalışma yapısını da inceleyerek geliştirmesi ve yasal zemine oturtması gerekmektedir.

Bu çözüm önerilerine ek olarak İtalya, Bolonya’da dijital platform çalışanlarının haklarının korunması bakımından imzalanan Bolonya Belediye Meclisi’nin öncülük ettiği ve İtalyan iş hukuku reformlarına ilham haline gelmiş olan Bolonya Sözleşmesi ve birkaç hükmü incelenmiş olup, platform çalışanlarının haklarının korunmasının “yumuşak” hukuk araçlarıyla da kısmen de olsa korunabileceği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda yapılması elzem olan hukuki reformların bürokratik sürecinde platform çalışanlarının haklarının zedelenmemesi adına sendikaların ivedilikle faaliyete geçmesi ve yerel “yumuşak” çözümlerin uygulanmasını kolaylaştırması gerekmektedir. Zira teorik bir soruna getirilen pratik bir çözümün, yapılacak olan reformların belirlenmesine yardımcı olacağı ve kanun koyucunun işini kolaylaştıracağı aşîkârdır.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ALPAGUT, Gülsevil: “Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları”, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri: Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı, Ed. Kübra Doğan Yenisey, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 87-120.
- BAYCIK, Gaye/CİVAN, Orhan Ersun/TOLU YILMAZ, Hazal/BOSNA, Berrin: “Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, 2021, s.713-801.
- BEYTAR, Erbil: “Platform Çalışması: Çalışan Statüsünün Belirlenmesi Sorunu”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2023, s.239-266.
- DOĞAN, Sevil: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru – Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2016
- EUROFOUND: Employment and Working Conditions of Selected Types of Platform Work, Publications Office of the European Union, 2018.
- EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK: “A National and Local Answer to the Challenges of the Platform Economy in Italy”, 16 Şubat 2022, <https://healthy->

- workplaces.osha.europa.eu/en/publications/national-and-local-answer-challenges-platform-economy-italy-0 (Erişim: 28.11.2024).
- EUROPEAN COMMISSION: Study to Gather Evidence on the Working Conditions of Platform Workers, VT/2018/032 Final Report, 2019.
- EUROPEAN COUNCIL/COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION: “Platform Workers: Council Confirms Agreement on New Rules to Improve Their Working Conditions”, 11 Mart 2024, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/03/11/platform-workers-council-confirms-agreement-on-new-rules-to-improve-their-working-conditions/> (Erişim: 28.11.2024).
- FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER: Where Do the Platform Workers Stand? – Status and Protection in Europe and the US, Worklife 2.0.
- German Federal Labour Court: No. 9 AZR 102/201, 1 December 2020, Industrial Relations and Labour Law, “German Federal Labour Court Decision on the Case of a Crowdfunder and Relative Salary”, <https://industrialrelationsnews.ioe-emp.org/industrial-relations-and-labour-law-january-2021/news/article/german-federal-labour-court-decision-on-the-case-of-a-crowdfunder-and-relative-salary> (Erişim: 28.11.2024).
- GRANADO ARANZANA, Jennifer: “Classification of Platform Workers: Belgium Ahead of the Forthcoming European Framework”, Linklaters, 15 Aralık 2022, <https://sustainablefutures.linklaters.com/post/102hyot/classification-of-platform-workers-belgium-ahead-of-the-forthcoming-european-fra> (Erişim: 28.11.2024).
- GÜLNAR, Şeyda/GÖRMEZ, Yalçın: “İş Sözleşmesinin Unsurları, Özellikleri, Doğan Borçlar ve Sona Ermesi”, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 2024, s.119-134.
- GYULAVÁRI, Tamás: “Collective Rights of Platform Workers: The Role of EU Law”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 27(4), 2020, s.406-424.
- HOWE, Jeff: “The Rise of Crowdsourcing”, Wired Magazine, www.wired.com/2006/06/crowds/ (Erişim: 28.11.2024).
- JAURETT, Alexandre/GROSJEAN, Cécilia: “Platform Workers: Towards a European Agreement on the Employment Presumption”, White & Case LLP, 10 Nisan 2024, <https://www.whitecase.com/insight-alert/platform-workers-towards-european-agreement-employment-presumption> (Erişim: 28.11.2024).
- KUTLU, Merve: “Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü: Uber-Aslam ve Diğerleri Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(2), 2021, s.271-310.
- KÜÇÜK, Doğukan: Türk İş Hukuku Bakımından Platform Çalışanları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- PIRONE, Maurizio: “Bologna’s Riders: ‘It’s Not for Us but for Everyone!’”, Social Europe, 26 Haziran 2023, <https://www.socialeurope.eu/bolognas-riders-its-not-for-us-but-for-everyone> (Erişim: 28.11.2024).
- SÜZEK, Sarper/BAŞTERZİ, Süleyman: İş Hukuku, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2024.
- The Supreme Court of the United Kingdom: Press Summary dated 19 February 2021, Uber BV and Others (Appellants) v Aslam and Others (Respondents), [2021] UKSC 5, on appeal from [2018] EWCA Civ 2748.
- TOLU YILMAZ, Hazal: Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Madrid, 25.09.2020, E.4746/2019, K.805/2020.
- Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales: Employment Status of Platform Workers: National Courts Decisions Overview (Argentina, Australia, Belgium, Brazil, Canada, Chile, France, Germany, Italy, Netherlands, New Zealand, Panama, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States & Uruguay), <https://ignasibeltran.com/employment-status-of-platform-workers-national-courts-decisions-overview-argentina-australia-belgium-brazil-canada-chile-france-germany-italy-nederland-new-zealand-panama-spain-switzerl/#ital> (Erişim: 28.11.2024).
- VAN OLMEN & WYNANT: “Brussels Labour Tribunal Qualifies Deliveroo Riders as Self-Employed”, 15 Aralık 2021, <https://www.vow.be/en/node/296> (Erişim: 28.11.2024).
- VAN OLMEN, Chris: “Belgium: Labour Deal 2022: Better Protection for Digital Platform Workers”, L&E Global, 9 Aralık 2022, <https://leglobal.law/2022/12/09/belgium-labour-deal-2022-better-protection-for-digital-platform-workers/> (Erişim: 28.11.2024).
- YARDIMCIOĞLU, Didem: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mevsimlik İş Sözleşmesi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Yargıtay 10. HD., 14.03.1995, E.1995/2008, K.1995/2571. www.yargitay.gov.tr (Erişim: 28.11.2024).

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Özgür OĞUZ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Özgür OĞUZ, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

**DİJİTAL VARLIKLARIN TEMİNAT OLARAK KULLANILMASI HAKKINDA
AVRUPA HUKUK ENSTİTÜSÜ İLKELERİNİN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK
KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ****AN ASSESSMENT OF THE EUROPEAN LAW INSTITUTE PRINCIPLES ON THE USE OF
DIGITAL ASSETS AS SECURITY WITHIN THE SCOPE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW**İbrahim Doğan TAKAVUT *  **Makale Bilgi**Gönderi: 13/01/2025
Kabul : 12/03/2025**Anahtar Kelimeler***Dijital Varlık,
Blokzincir,
Teminat,
Kanunlar İhtilafı.***Article Info**Received: 13/01/2025
Accepted: 12/03/2025**Keywords***Digital Assets,
Blockchain,
Security,
Conflict of Laws.***Özet**10.21492/inuhfd.1618917 

Dijital varlıkların ticaret hayatında güvence sağlamak amacıyla teminat olarak kullanılması giderek yaygınlaşmaktadır. Ancak, dijital varlıkların teminat olarak kullanılmaları halinde doğabilecek uyumsuzlıklardaki, özellikle milletlerarası özel hukuk alanındaki belirsizlikler, teminat ilişkilerinin temelini teşkil eden güven unsuruna zarar vermektedir. Bu belirsizlikleri gidermek amacıyla Avrupa Hukuk Enstitüsü'nün yayınladığı "Dijital Varlıkların Teminat Olarak Kullanılması Hakkında İlkeler (İlkeler)", dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı ilişkilerde ortaya çıkabilecek uyumsuzlıklarda hangi hukukun uygulanacağını belirlemek için kanunlar ihtilafı kuralları öngörmektedir. Söz konusu kurallar, dijital varlıklar üzerinde teminat hakkının tesisine ve bu hakkın üçüncü kişilere karşı etkili olabilmesine ilişkin olarak hangi hukukun uygulanması gerektiğine dair çözüm önerileri sunmaktadır. Çalışma kapsamında, öncelikle, İlkeler hakkında genel bir çerçeve çizilecektir. Ardından, dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyumsuzlıklarda uygulanacak hukukun, Türk hukuku çerçevesinde mevcut kanunlar ihtilafı kurallarıyla belirlenmesi sürecinde ortaya çıkan sorunlar ele alınacaktır. Son olarak da İlkeler kapsamında düzenlenen kuralların bu sorunlara getirdiği çözümler incelenecektir. İlkeler kapsamında düzenlenen bağlama kurallarının, dijital varlıklara ilişkin teminat uyumsuzlıklarında uygulanacak hukukun tespitinde ne ölçüde etkili ve başarılı bir çözüm sunduğu milletlerarası özel hukuk perspektifinde değerlendirilecektir.

Abstract

Digital assets are often used as security in commercial life. However, legal uncertainties, especially in private international law, undermine the fundamental trust element of securities. To address these uncertainties, "The Principles on the Use of Digital Assets as Security (the Principles)", published by the European Law Institute, establish conflict-of-laws rules for determining the applicable law in disputes arising from using digital assets as security. These rules provide solutions regarding which law should govern the creation of security rights over digital assets and the effectiveness of those rights against third parties. This study will first outline a general framework for the Principles. Subsequently, it will examine the issues arising in the process of determining the applicable law in disputes where digital assets are used as collateral, based on the existing conflict of laws rules under Turkish law. Finally, it will analyze the solutions introduced by the rules in the Principles to address these challenges. The effectiveness and success of the rules established under the Principles in determining the applicable law for disputes involving security interests in digital assets will be evaluated from the perspective of private international law.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Avrupa Hukuk Enstitüsü Üyesi. Konu, ilk olarak, 31 Ekim 2023 tarihinde Avrupa Hukuk Enstitüsü Turkish Hub tarafından düzenlenen webinar kapsamında değerlendirilmiştir. Çalışma, ilgili değerlendirmenin yeniden düzenlenmiş ve genişletilmiş halidir. Webinar için bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=9gx62kEPg5Y&t=243s> (Erişim: 05.03.2025).

Atıf Şekli | **Cite As:** TAKAVUT/İbrahim Doğan, "Dijital Varlıkların Teminat Olarak Kullanılması Hakkında Avrupa Hukuk Enstitüsü İlkelerinin Milletlerarası Özel Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi", İnÜHFD, 16(1), 2025, s.60-75. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The use of digital assets as security is increasing in line with the dynamics of commercial life. However, uncertainties in private international law, particularly regarding the applicable law in disputes involving the use of digital assets as security, undermine the trust that ought to be established through security deals. Current conflict-of-laws rules do not provide sufficient solutions for identifying the applicable law due to the nonphysical nature of digital assets and the decentralized framework of the systems where they are registered. In particular, the lex rei sitae rule fails to adequately determine the applicable law for proprietary disputes because it is challenging to associate digital assets with a physical location. These shortcomings and the increasing use of digital assets in cross-border transactions result in unresolved disputes and endanger commercial stability. This underscores the necessity for specific regulations addressing disputes related to digital assets utilized as security.

The European Law Institute (ELI) is proactively addressing potential issues arising from disputes over digital assets, conducting research, and publishing reports on these topics. As part of this work, the Principles on the Use of Digital Assets as Security (the Principles) have been developed. These Principles offer private international law solutions for establishing security interests in digital assets and their effects on third parties. They propose that conflict-of-laws rules, rather than substantive law provisions, should address disputes that may arise when digital assets are used as security. The Principles are not just a theoretical framework; they are designed to serve as a practical guide for formulating domestic legislation on the subject matter and to provide a reference point for identifying the applicable law in resolving disputes arising in this context.

This study aims to assess the effectiveness of the solutions provided by the Principles. By employing a doctrinal approach, it analyzes the Principles, compares them with established rules, and evaluates the proposed recommendations and solutions. The study begins by presenting general information on the Principles. Then, it examines how the applicable law is determined by Turkish courts in general security disputes and the issues raised by applying classical conflict of law rules in disputes where digital assets are used as security. In the third and final section, the conflict of laws rules set out in the Principles are evaluated, considering existing scholarly views on the subject and how these rules may apply in practice.

The Principles propose a conflict of law rule based on the security provider's place of business or habitual residence to determine the applicable law regarding the creation of a security interest in digital assets and its effectiveness against third parties. Since digital assets do not have a physical form, the Principles suggest the security provider's place as a connecting factor rather than the location of digital assets. While considering the security provider's location may introduce some additional problems, it aids in practically determining the applicable law in disputes related to digital assets used as security, thus reinforcing the trust relationship intended in security arrangements.

While the security provider's location as a connecting factor is advantageous, it may also lead to several challenges. These challenges mainly arise from deciding the applicable law focusing on the party involved in the security agreement rather than the subject matter of the security itself. Considering the publicity of the security arrangements and their impact on the rights of third parties, focusing on one party in the security agreement while determining the applicable law may harm those third parties. The Principles establish genuine exception rules, such as considering the intermediary's location, to mitigate the negative outcomes. The exception rules try to balance the adverse effects on third-party rights caused by considering the security provider's location.

Within the Principles, conflict of laws rules are provided in addition to the regulations on substantive law governing the resolution of disputes that may arise when digital assets are used as security. The solutions proposed by the Principles for conflict-of-laws issues are not entirely novel. Similar connecting rules have been suggested in related contexts, such as regulations on securities held through intermediaries or the UNCITRAL Model Law on Secured Transactions. What is significant in the context of the Principles is the application of these conflict-of-laws rules specifically to relationships involving digital assets used as security. The proposed connecting rules aim to balance the protection of parties' rights in the security agreements and third parties while ensuring equity in private international law.

However, it's important to note that the proposed rules are imperfect. Despite their imperfections, the Principles are likely to influence future regulatory efforts. These rules can be considered when national legal provisions are being formulated or when a dispute arises to determine the applicable law. For these reasons, it is important to study and analyze the principles to improve their effectiveness.

I. GİRİŞ

Dijital ortamda üretilen, kaydedilen, depolanan ve devredilebilen dijital varlıklar, ticari hayatta farklı amaçlarla kullanılmaya başlanmıştır. Dijital varlıkların farklı kullanım alanları, beraberinde çeşitli hukuki uyumsuzlukları da getirmektedir. Söz konusu uyumsuzluklar, genellikle yabancılık unsuru taşımaları nedeniyle milletlerarası özel hukukun kapsamına girmekte olup, yetkili mahkemenin ve uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekliliği, esasa ilişkin bir değerlendirme yapılmadan önce karmaşık hukuki sorunlara yol açmaktadır.

Dijital varlıkların farklı kullanım alanlarından birine örnek olarak, varlıkların teminat olarak kullanılmaları gösterilebilecektir. Dijital varlıkların teminat olarak kullanılmaları halinde ortaya çıkacak uyumsuzluklar ve bu uyumsuzlukların nasıl çözümleneceğine ilişkin ortaya çıkan belirsizlikler, teminat ilişkisinin temelini teşkil eden güven ilişkisine aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple, ortaya çıkabilecek belirsizliklerin giderilmesi ve dijital varlıkları teminat olarak kullanan tarafların konu hakkında öngörü sahibi olabilmeleri için, konunun özel olarak değerlendirilmesi ve düzenlenmesi önem teşkil etmektedir.

Avrupa Hukuk Enstitüsü [*European Law Institute (ELI)*], dijital varlıklara ilişkin uyumsuzlukların ortaya çıkartabileceği sorunları öngörerek bu sorunlar özelinde çalışmalar yapmak ve raporlar yayınlamaktadır¹. Bu çalışmalar kapsamında Enstitü, dijital varlıkların ticaret hayatında teminat olarak

¹ Dijital Çağda Hukuk ve Yönetişim (Law and Governance for the Digital Age) başlığı altında yapılan çalışmalar için bkz. <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/> (Erişim: 05.03.2025).

kullanılmalarının ortaya çıkardığı belirsizlikleri önlemek amacıyla özel bir çalışma yapmış ve “*ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*” isimli ilkeler ile bir rapor yayınlamıştır². İlkeler ve rapor *ELI Turkish HUB* tarafından Türkçeye çevrilmiş ve “Dijital Varlıkların Teminat Olarak Kullanılması Hakkında İlkeler” (İlkeler) ismiyle raporla (Rapor) birlikte yayınlanmıştır³.

Çalışma kapsamında ilk bölümde İlkeler hakkında genel bir çerçeve çizilecektir. Ardından ikinci bölümde, dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun Türk hukuku açısından nasıl belirleneceği ve ortaya çıkacak sorunlar ele alınacaktır. Bu sayede, İlkeler ile düzenlenen kanunlar ihtilafı kurallarının çare olmayı amaçladığı milletlerarası özel hukuka ilişkin meseleler ortaya konulmaya çalışılacaktır. Üçüncü ve son bölümde ise İlkeler kapsamında düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları, öğretideki görüşler ve söz konusu kuralların uygulamadaki olası yansımaları göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir.

II. DİJİTAL VARLIKLARIN TEMİNAT OLARAK KULLANILMASI HAKKINDA İLKELER

Dijital varlıkların ekonomik bir değer taşımaları ve bu değer hızla bir şekilde artması, varlıkların teminat olarak kullanılmalarının da önünü açmıştır. Özellikle COVID-19 pandemisi gibi küresel likitide sıkıntısı ortaya çıkaran hususlar, teminat araçlarına ilişkin ihtiyacı ve dijital varlıkların teminat olarak kullanılmalarına yönelik talebi doğurmuştur. Dijital varlıkların ekonomik değerlerinin artması varlıkların teminat olarak kullanılmalarına ilişkin talebi arttırırken, varlıkların teminat olarak kullanılmaları da varlıkların değerlerini mütakabil olarak arttırmıştır⁴.

Dijital varlıkların ticaret hayatında kullanılmalarına ve bir teminat aracı olarak tercih edilmelerine sebep olarak dijital varlıkların temel özellikleri gösterilebilecektir. Dijital varlıkların banka veya noter gibi bir aracı olmadan merkeziyetsiz sistemde otonom, hızlı, şeffaf ve güvenilir işlemlere konu olabilmeleri varlıkların tercih edilmesine sebep olmaktadır⁵. Varlıkların; teknolojik özelliklerinden ötürü dolandırıcılığa karşı koruma sağlamaları, kullanımlarının transferler de dâhil olmak üzere kolay oluşu, farklı platformlarda kolaylıkla ulaşılabilir ve bu platformlar üzerinde hızlı işlemlere tabi oluşları ve değerlerinin tespit edilmesinin kolaylığı, bu varlıkların teminat olarak kullanılmalarına ilişkin talebi de arttırmıştır⁶.

Teminat ilişkisi, temelinde borcun ifasının garanti altına alındığı bir güven ilişkisine dayanmaktadır⁷. Teminat ile bir borcun güvence altına alınması için kişinin tüm malvarlığı ile sorumluluk altına girdiği şahsi bir teminat gösterilebileceği gibi borcun ödenmemesi halinde bir eşya veya hakkın paraya çevrilerek elde edilen meblağdan borcun tahsili imkânının sağlandığı aynı bir teminat da gösterilebilir⁸. Bu aynı teminat ile hak sahibi alacaklı, herkese karşı ileri sürebileceği bir garanti elde etmektedir⁹. Teminat olarak dijital bir varlığın kullanılması halinde, dijital varlıklara ve bu varlıkların tabi olduğu hukuka ilişkin belirsizlikler kurulmaya çalışılan bu güven ilişkisinde sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Özellikle dijital varlıkların teminat olarak kullanılmalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda yapılan işlemlerin geçerliliklerinin, hüküm ve sonuçlarının hangi hukuka tabi olacağının bilinmemesi tarafların elde etmeye çalıştıkları güven ilişkisine zarar vermektedir.

Dijital varlıkların teminat ilişkilerine konu olması ve bu ilişkilerin çoğunlukla sınır ötesi nitelik taşıması sebebiyle, milletlerarası alanda, teminat ilişkilerinde güven ortamının sağlanmasına yönelik çalışma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Teminat ilişkilerinin üçüncü kişilerin hakları üzerindeki aynı etkisi, ilgili ihtiyacı daha da acil hale getirmiştir. Dijital varlıklara ilişkin, bu varlıkların hukuki nitelikleri veya bu varlıklara ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuka ilişkin milletlerarası alanda ve iç hukuklarda kimi düzenlemeler yapılırsa da bu çalışmalar dijital varlıkların teminat olarak kullanılmaları halini özel olarak düzenlememektedirler¹⁰.

Milletlerarası alanda dijital varlıkların teminat olarak kullanılmalarından kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında çalışma ihtiyacını karşılamak amacıyla ELI tarafından Dijital Varlıkların Teminat Olarak Kullanılması Hakkında İlkeler (İlkeler) hazırlanmış ve konu hakkında bir rapor (Rapor) yayınlanmıştır. İlkelerin 1(1) hükmü uyarınca İlkeler, dijital varlıklara ilişkin genel hükümler düzenlemektense “dijital varlıkların¹¹ gerçek veya tüzel özel hukuk kişileri tarafından, teminat sözleşmesi hükümleri uyarınca teminat

² İlkeler ve Rapor için bkz. <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/eli-principles-on-the-use-of-digital-assets-as-security/> (Erişim: 05.03.2025).

³ İlkeler ve Raporun Türkçe çevirisi için bkz. <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/eli-principles-on-the-use-of-digital-assets-as-security/> (Erişim: 05.03.2025).

⁴ LEHMANN, Matthias/HAENTJENS, Matthias: “The Law Governing Secured Transactions in Digital Assets”, SSRN Scholarly Paper, 12, 2023, s.5.

⁵ LEHMANN, Matthias: “Who Owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain”, Minnesota, Journal of Law, Science, and Technology, 21(1), 2019, s.96-97.

⁶ LEHMANN/HAENTJENS, s.5.

⁷ DURAL, Mustafa/SARI Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I, 16. Baskı, Filiz Kitapevi, 2021, s.167.

⁸ DURAL/SARI, s.167.

⁹ KUNTALP, Erden: “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995, s.297.

¹⁰ BAZINAS, Spyridon V: “Digital Assets and Private Law: Is There a Need for a Uniform Law?”, Uniform Law Review, 2004, s.2.

¹¹ İlkeler kapsamında genel bir dijital varlık tanımının yapılmasındansa dijital varlıkların esaslı unsurlarını belirlenmiş ve nelerin dijital varlık olarak kabul edilebileceği Raporda örnek olarak sayılmıştır. İlkeler uyarınca dijital varlıklar, elektronik şekilde depolanan, gösterilen ve yönetilen; kontrol, yararlanma ve kullanma haklarına konu olabilen ve devredilen varlıklardır. İlkeler, diğer milletlerarası çalışmalardan farklı olarak ölçülebilir bir değere sahip olmalarını da dikkate alarak sosyal medya ve diğer

olarak kullanılmasında” uygulanacak hükümleri düzenlemektedir¹². Yani İlkeler, dijital varlıklara ilişkin uyumsuzlukları düzenleme amacından öte, varlıkların teminat ilişkilerine konu olduğu uyumsuzluklara ilişkin özel düzenleme yapma amacı taşımaktadır¹³.

İlkeler, milletlerarası alanda kabul edilen, dijital varlıkların teminat olarak kullanılmasına dair genel hükümler üreten bir model kanun olmayı amaçlamamaktadır. İlkelerin amacının kapsamının daha dar olduğu söylenebilecektir. İlkelerin, öncelikle, 1(1) hükmünde de belirtildiği üzere, Avrupa Birliğinde kullanılması ve ardından farklı hukuk çevrelerinde de dikkate alınması amaçlanmıştır. İlkeler, konu hakkında düzenleme yapacak kanun koyucular başta olmak üzere ilgili uyumsuzluklarda karar vermesi gereken kamu makamları veya hakemlere bir ilham ve rehber olma amacı taşımaktadır¹⁴. İlkeler var olan hukuk düzenlemelerin yerine geçmekten öte bu düzenlemelerde yer alan eksiklerin giderilmesini hedeflemektedir¹⁵.

İlkeler dijital varlıkların teminat olarak kullanılması halinde ortaya çıkabilecek uyumsuzluklar hakkında beş maddelik bir düzenleme yapmıştır. Bir bütün olarak değerlendirildiğinde, yapılan düzenlemelerin ağırlıklı olarak kanunlar ihtilafına ilişkin olduğu görülmektedir. Bu durumun iki temel husustan kaynaklandığı söylenebilecektir. Öncelikle, dijital varlıklar veya bu varlıklardan kaynaklanan uyumsuzluklarının vasıflandırılmasına dair tartışmalar konu hakkında yeknesak maddi düzenleme yapılmasını zorlaştırmaktadır. İlkeler de bu zorluğu görerek pratik bir yöntem izlemiş; dijital varlıkların hukuki niteliklerine ilişkin tartışmalara girmeden, varlıklar üzerinde fiili veya hukuki hakimiyet kurulabilmesini ve varlıkların devredilebilmelerini esas alarak varlıkların teminat ilişkilerine konu olabileceklerini kabul etmiş ve konu hakkında ortaya çıkabilecek uyumsuzluklardaki kanunlar ihtilafı problemlerine ağırlık vermiştir¹⁶. İkinci olarak, konu hakkında ortaya çıkabilecek uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin problemlerin, esasa ilişkin değerlendirme yapılmadan önce karmaşık problemlere sebep olacağı öngörülmüştür. Mevcut kanunlar ihtilafı kuralları, dijital varlıkların teminat olarak kullanılmalrı halinde ortaya çıkacak uyumsuzluklarda, uygulanacak hukukun tespit edilmesinde ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanmasında yeterli olamayacaktır. Bu sebeple İlkeler kapsamında maddi hukuk düzenlemelerinden öte kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

İlkeler kapsamında, kanunlar ihtilafı kuralları ve maddi kurallar ile, milletlerarası özel hukuk alanında nadiren kullanılan, maddi milletlerarası özel hukuk kuralları da düzenlenmiştir. Maddi milletlerarası özel hukuk kuralları, kanunlar ihtilafı kurallarından farklı olarak milletlerarası özellik içeren durumlar için özel hukuk normu getiren düzenlemelerdir¹⁷. Örneğin İlkeler 4(6) hükmü uyarınca

“(k)anunen, cismani olmayan varlıklar için işlem kütüğü veya bildirim sistemi (transaction filing or notice filing system) veya üçüncü kişilere karşı geçerliliği ve önceliği sağlayan herhangi bir başka sistem mevcut olmayan hukuklarda, dijital varlık üzerindeki teminat hakkı üçüncü kişilere karşı, teminatlı alacaklı dijital varlığın etkin kontrolünü kazandığında geçerli olur. Bu kontrolün; teminat sağlayanın, bağımsız olarak dijital varlığı elden çıkarmasını önlemeyi sağlaması gerekir”

düzenlemesi getirilmiştir. Bu hüküm, bir kanunlar ihtilafı kuralından öte teminat ilişkilerine dair özel bir kayıt sistemi bulunmayan hukuklarda ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçebilmek amacıyla düzenlenmiş bir maddi milletlerarası özel hukuk kuralıdır. Kuralın amacı, dijital varlıkların konu olduğu teminat ilişkilerinde ilgili teknolojinin ortaya çıkartabileceği problemlerin önüne geçilmesidir.

III. DİJİTAL VARLIKLARIN TEMİNAT OLARAK KULLANILDIĞI UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK HUKUKUN 5718 SAYILI MÖHUK KAPSAMINDA TESPİTİ VE ORTAYA ÇIKAN PROBLEMLER

Yabancılık unsuru içeren bir teminat ilişkisinden veya dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı bir ilişkiden kaynaklanan uyumsuzluk, yargılamaya konu olduğunda, uyumsuzluğun hangi hukuk ile çözümleneceğinin tespit edilmesi gerekecektir¹⁸. Türk hukuku uyarınca 5718 sayılı Milletlerarası Özel

çevrimiçi hesapları da dijital varlık olarak kabul etmek suretiyle, teminat ilişkisine konu olabilecek varlıkların kapsamını geniş tutmuştur. SOUKUPOVA, Jana: “Analysis of the Notion of Digital Assets in the Context of Fragmented Terminology”, The Lawyer Quarterly, (3)14, 2024, s.393.

¹² İlkeler kapsamında düzenlenen teminat ilişkileri, geleneksel kredi işlemlerinden kaynaklanabileceği gibi merkeziyetsiz finans platformlarının [decentralised finance (‘DeFi’) platforms] sağladığı işlemlerden de kaynaklanabilecektir. Dijital varlıkların teknolojik altyapıları sebebiyle, varlıkların kullanımları sırasında farklı teminat ilişkileri de ortaya çıkabilmektedir. Özellikle blokzincir teknolojisinde kullanılan “proof of stake” ve “yield farming” teknolojileri akıllı sözleşme protokolleri kapsamında çalışan klasik teminat ilişkilerine benzemektedirler. Fakat bu işlemler İlkelerin kapsamına girmemektedir. Rapor, s.22.

¹³ Bu ayrım önem teşkil etmektedir; çünkü, dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyumsuzluklar değerlendirilirken teminat ilişkisine özgü dikkate alınan hususlar, dijital varlıklara ilişkin genel uyumsuzluklar değerlendirilirken dikkate alınan hususlardan farklı olabilecektir. Bu durum da dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyumsuzlukların tabi olduğu hukuk ile dijital varlıklara ilişkin genel uyumsuzlukların tabi olduğu hukukun farklı olmasına sebep olabilecektir.

¹⁴ Bu sebeple, İlkeler hazırlanırken, hukuklar arasındaki farklılıklar dikkate alınarak tarafsız bir dil kullanılmaya çalışılmış ve varlıkların teminat olarak kullanılmasına ilişkin kavramlara dair bir tutarlılık elde edilmesi amaçlanmıştır. Rapor, s.11-34.

¹⁵ İlkeler 1(4) hükmü uyarınca, İlkeler halihazırda finansal araç olarak düzenlenmiş dijital varlıklara ilişkin uygulamaya hâle getirmekte ve bunlara ilişkin hukukları uygulama dışında bırakmayı amaçlamamaktadır. Hatta ilgili düzenlemeler ile İlkeler arasında bir çatışma olması halinde ilgili düzenlemelerin esas alınacağı düzenlenmiştir.

¹⁶ Rapor, s.19.

¹⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.7.

¹⁸ GUILLAUME, Florence: “Chapter 3: Aspects of Private International Law Related to Blockchain Transactions”, Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2019, s.61; RÜHL, Giesela: “Smart (Legal) Contracts, or: Which (Contract) Law for Smart Contracts?”, Blockchain, Law and Governance, Editörler Benedetta Cappiello, Gherardo Carullo, Springer, 2021, s. 166.

Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (MÖHUK)¹⁹ hükümleri başta olmak üzere ilgili kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınarak uygulanacak hukuk tespit edilecektir²⁰. Fakat dijital varlıklara ilişkin gelişen yeni teknoloji ve bu teknolojinin kullanılmasında ortaya çıkan durumlar, mevcut kanunlar ihtilafı kuralları ile uygulanacak hukukun tespitinde problemler ortaya çıkarmaktadır.

Bir uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespitinde ilk olarak vasıflandırma yapılmalı ardından ilgili bağlama kuralları ile uygulanacak hukuk tespit edilmelidir. Vasıflandırma, uyuşmazlığa konu hayat ilişkisinin hangi hukuki kategoriye girdiğinin tespit edilmesi, yani uyuşmazlığın hukuki olarak vasıflandırılması anlamına gelmektedir²¹. Dijital varlıklar veya dijital varlıkların konu olduğu uyuşmazlıklar hakkında genel kabul edilmiş bir hukuki vasıflandırma bulunmamaktadır. Dijital varlıkların konu olduğu uyuşmazlıkların vasıflandırılmasında, bu varlıkların bir eşya olarak kabul edilip edilemeyeceği veya bu varlıklar üzerindeki hakların sözleşmesel bir temele dayanıp dayanmadığı gibi tartışmalar halen güncelliklerini korumaktadır²². Bu tartışmalar dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyuşmazlıkların vasıflandırılmasında da belirsizliklere sebebiyet vermektedir.

Dijital varlıkların teminat olarak kullanıldıkları uyuşmazlıklarda akdi ve ayni olmak üzere iki temel ilişkinin ortaya çıktığından bahsedilebilecektir. Uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde, teminat ilişkisinin bu iki yönünün birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu iki farklı ilişkiden ortaya çıkan uyuşmazlıklar farklı vasıflandırma ve bağlama kurallarına tabi olduklarından, farklı hukuklara tabi olabileceklerdir. Tarafların aralarındaki sözleşmeden kaynaklı nispi nitelikteki hak ve borçları, akit statüsüne; ayni hakkın doğumu, hükümleri, sona ermesi gibi ayni hakla ilişkin meseleler ise ayni hak statüsüne tabi olacaktır²³.

Teminat ilişkisi ile, öncelikle, taraflar arasında bir akit ilişkisi ortaya çıkar. Taraflar arasındaki teminat sözleşmesinden kaynaklı; teminat amacıyla sınırlı ayni hak kurulması borcu, yani malın teslimi, alacağın temliki gibi işlemler bu akit statüsüne tabidirler²⁴. Diğer bir deyişle; teminat sözleşmesi ile ayni hakkın kurulmasına ilişkin borç, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye tabiyken; bu hakkın kurulmasından sonraki uyuşmazlıklar ayni hak statüsüne tabidir²⁵. Dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyuşmazlıklarda da taraflar arasındaki teminat sözleşmesinden kaynaklı nispi nitelikteki uyuşmazlıklar, akit statüsünün tabi olduğu hukuka tabi olacaktır.

Akit statüsüne uygulanacak hukuk, MÖHUK 24(1) hükümleri uyarınca öncelikle, tarafların irade serbestisi kapsamında seçtikleri hukuka tabi olacaktır²⁶. Kimi özel sözleşme türlerinde bir tarafın daha güçsüz konumda olduğu öngörülerek tarafların irade serbestisi kısıtlanmış olsa da genel sözleşme tiplerinde tarafların sınırsız bir hukuk seçimi hakkına sahip oldukları söylenebilecektir²⁷. Dijital varlıkların teminat olarak kullanılmasına ilişkin uyuşmazlıklarda da sözleşmelere uygulanacak hukuk olarak tarafların yaptıkları hukuk seçiminin dikkate alınması, uygulanacak hukukun tespitinde kolaylık sağlayacaktır²⁸. Bununla birlikte tarafların dijital varlıklara ilişkin teknolojileri kullanarak yaptıkları hukuk seçimlerinin şekli ve maddi geçerliliği ile kapsamı konusunda belirsizlikler bulunmaktadır. Konu hakkında birçok farklı problem örnek olarak gösterilebilecektir. Örneğin, dijital varlıklar ile işlem yapan tarafların hukuk seçimi yapma ehliyetine sahip olup olmadıklarının tespiti problemlidir. Dijital varlıkların kodlarının içinde yer alan hukuk seçiminin açık veya zımnî bir hukuk seçimi olarak kabul edilip edilemeyeceği de tartışmalıdır²⁹. Özellikle merkeziyetsiz, halka açık sistemlerde sadece sisteme üye olmanın bir hukuk seçimi anlamına gelip gelmediği bir kesinlik taşımamaktadır. Bir uyuşmazlık halinde yapılan hukuk seçiminin geçerliliğinin hangi

¹⁹ RG:12.12.2007, Sayı:26728.

²⁰ Her devlet mahkemesi kendi kanunlar ihtilafı kuralları ile uygulanacak hukuku tespit edecektir. Avrupa Birliği üyesi ülkeler de başta Roma I Tüzük hükümleri olmak üzere kendi kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate alarak uygulanacak hukuku tespit edecektir. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), 2008.

²¹ NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s.97; ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin: Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2023, s.18; GUILLAUME, s.62; KRYSA, Felix: "Chapter 7 Taxonomy and Characterisation of Crypto Assets in Private International Law", Blockchain and Private International Law, Brill Nijhoff, Leiden, The Netherlands, 2023, 169; Vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılacağı bir tartışma konusu olsa da genel kabul edilen görüş uyarınca, ilgili değerlendirmeyi yapan hâkimin kendi hukukuna yani *lex fori*ye göre vasıflandırma yapacağı, yalnızca milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması için istisna olarak esasa uygulanacak hukuk olan *lex causae*ya göre de vasıflandırma yapabileceği kabul edilmektedir. ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2024, s.61; NG, Michael: "Choice of Law for Property Issues Regarding Bitcoin under English Law." Journal of Private International Law, (2)15, 2019, s.320.

²² FAIRFIELD, Joshua A.T.: "Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property," Indiana Law Journal, 97(4), 2022, s.1290 vd.; TEKELİOĞLU, Numan: "Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: NFT'lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30(3), 2022, s.1305; BİLGİLİ, Fatih / CENGİL, M. Fatih: "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu", <https://ssrn.com/abstract=3432713> (Erişim: 05.03.2025), 2019; TURANBOY, Asuman: "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri", BATIDER, C. XXXV, S. 3, 2019, s.57; NG, s.321; KRYSA, s.171.

²³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.293.

²⁴ DEMİRKOL, Berk: Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.388.

²⁵ DEMİRKOL, s.388.

²⁶ NOMER, s.323; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.331; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s.405; Roma I Tüzüğü 3(1) uyarınca da taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçme imkânına sahiptirler.

²⁷ NOMER, s.347 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.346.

²⁸ RÜHL, s. 168.

²⁹ RÜHL, s.169; NG, s.333.

hukuka göre belirleneceği de yine karmaşık problemlere sebep olmaktadır³⁰. Dijital varlıklara ilişkin kodlama hatalarının, kod içerisinde yer alan hukuk seçimi üzerindeki etkisi de farklı bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır³¹.

Taraflar bir hukuk tercihinde bulunmazlarsa sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, MÖHUK 24(4) uyarınca, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olduğu kabul edilen karakteristik edim borçlusunun bulunduğu yer hukukudur³². Karakteristik edim; sözleşmeye niteliğini, ağırlığını veren ve sözleşmeyi karakterize eden edimdir³³. Teminat sözleşmelerinde teminat veren, karakteristik edim borçlusudur. O halde tarafların hukuk seçimi yapmadıkları dijital varlıkların teminat olarak kullanıldıkları sözleşmelerde uygulanacak hukuk, karakteristik edim borçlusu olan teminat verenin mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde işyeri hukuku, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olacaktır. Bu kanunlar ihtilafı kuralı da dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitinde sorunlar çıkartacaktır. Öncelikle her ne kadar teminat verenin ediminin karakteristik edim olduğu söylenebilecekse de kendi kendine doğrudan işlem yapabilme teknolojisine sahip dijital varlıkların kullanıldığı uyuşmazlıklarda karakteristik edimin tespiti problem çıkartacaktır³⁴. Blokzincir üzerinde tarafların anonim olarak işlem yapılabilmesi sebebiyle işlem yapan tarafın esas alınması, uygulanacak hukukun tespitinde problemlere sebebiyet verecektir³⁵. Yine dijital varlığı teminat olarak verenin bulunduğu yerin tespiti sorun çıkartabilecek ve hatta tespit edilen yer uyuşmazlık ile alakasız bir yer olabilecektir.

Akit statüsüne uygulanacak hukuk tespit edilirken, MÖHUK 24(4) hükmünde yer alan istisnai hüküm uyarınca da halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde uyuşmazlık bu hukuka tabi olacaktır³⁶. Bu istisna, uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili hukuk ile uyuşmazlığın çözümlenmesi ile milletlerarası hakkaniyetin sağlanmasına yöneliktir³⁷. Bu istisna, dijital varlıkların teminat olarak kullanıldıkları uyuşmazlıklarda, hâkimlere somut olayın özelliklerini değerlendirme imkânı tanıyarak uygulanacak hukukun tespitinde yardımcı olabilecektir. Dijital varlıkların teknik özelliklerinden ötürü karakteristik edimin ne olduğuna ve karakteristik edim borçlusunun kim veya nerede olduğunun tespitine ilişkin problemler, uygulanacak hukukun istisnai hüküm ile tespit edilmesine sebep olabilecektir³⁸.

Dijital varlıkların teminat olarak kullanıldıkları bir uyuşmazlıklarda, taraflar arasındaki nispi ilişkiden ayrı olarak, bir aynı hak ilişkisi de ortaya çıkmaktadır³⁹. Teminatlı alacaklı, borçluya karşı olduğu gibi teminat verenin diğer alacaklılarına karşı bir hak elde etmektedir. Bu durum, teminat ilişkisinin sadece taraflar arasında değil, üçüncü kişiler hakkında da sonuç doğurmasından kaynaklanmaktadır. Dijital varlıkların teminat olarak kullanıldıkları uyuşmazlıklarda, diğer teminat haklarında olduğu gibi bir aynı hak (*in rem*) veya aynı hak benzer bir hakkın ortaya çıktığından bahsedilebilecektir⁴⁰.

Bir uyuşmazlığın aynı hakka ilişkin olduğuna dair yapılan vasıflandırmanın ardından, aynı haklara ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları ile uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir⁴¹. Taşınır ve taşınmaz eşya üzerindeki aynı ve sınırlı aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin problemlere uygulanacak hukuk, *lex rei sitae* kuralı ile tespit edilmektedir⁴². Kural uyarınca aynı hak veya mülkiyet ile ilgili uyuşmazlıklar malın işlem anında bulunduğu ülke hukukuna tabidir⁴³. Kural, temel olarak işlem güvenliğinin sağlanması ve üçüncü kişilerin haklarının korunmasına hizmet etmektedir⁴⁴. MÖHUK 21. madde uyarınca da taşınır ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynı hakların, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tabi olduğu düzenlenmiştir. O halde yabancılik unsuru içeren teminat ilişkisinden veya teminat olarak dijital varlıkların kullanıldığı ilişkilerden doğan aynı hakların, teminat konusu malın bulunduğu yer hukukuna tabi olması gerekmektedir. Fakat kural, fiziki varlıklar için ortaya çıktığı ve fiziki varlıkların unsurları dikkate alınarak geliştiği için, fiziki bir varlığı bulunmayan dijital varlıklar hakkında uygulanamayacaktır. Dijital varlıkların maddi varlıklarının olmaması sebebiyle, ilgili kural kapsamında

³⁰ GUILLAUME, s.79.

³¹ GUILLAUME, s.67.

³² NOMER, s.334; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.351; Benzer bir düzenleme Roma I Tüzüğü 4(2) hükmünde yer almaktadır.

³³ NOMER, s.335; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.354.

³⁴ TERRITT, Harriet: "Governing the Blockchain: What is the Applicable Law", Fintech Law and Regulation Second Edition, Editörler Jelena Madir, Elgar Online, Massachusetts 2021, s.207.

³⁵ RÜHL, s.173.

³⁶ NOMER, s.334; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.358; Roma I Tüzüğü 4(3) hükmü uyarınca da kanunlar ihtilafı kuralları ile tespit edilen hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde, bulunan daha sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır.

³⁷ NOMER, s.6; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.30.

³⁸ RÜHL, s.171.

³⁹ BONOMI, Andrea. "Blockchain and Private International Law–Some General Remarks". Yearbook of Private International Law, XXIV, 2022/2023, s.157.

⁴⁰ Rapor, s.10.

⁴¹ Hangi konuların aynı hak kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ise bir kesinlik taşımamaktadır. Aynı hakkın temel unsurlarının, hukuki niteliğinin, türlerinin, doğumunun, kapsamının, hükümlerinin, devrinin, sona ermesinin veya üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesine ilişkin şartların, bu sayılanlarla sınırlı olmamakla birlikte, aynı hakkın kapsamı dâhilinde olduğu kabul edilmektedir. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.293; MESCİ, Barış: Milletlerarası Özel Hukukta Hava Araçlarının Teminata Konu Olması, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s.257.

⁴² ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.295.

⁴³ NOMER, s.305; NG, s.326.

⁴⁴ ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s.366.

uygulanacak hukukun tespiti de mümkün olmayacaktır⁴⁵. Dijital varlıkların teminat olarak kullanılmaları halinde de varlıkların fiziki karşılıklarının olmaması sebebiyle, *lex rei sitae* kuralı ile uyumsuzluklara uygulanacak hukuk tespit edilemeyecektir⁴⁶. Bu durumda, varlıkların bulundukları yerin esas alındığı kanunlar ihtilafı kurallarının, dijital varlıklar hakkındaki uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun tespiti için kullanılamayacağı söylenebilecektir⁴⁷.

Dijital varlıklara ilişkin aynı hak uyumsuzluklarında *lex rei sitae* kuralının uygulanabilmesi için dijital varlıkların bulundukları yerin tespitine yönelik farklı çözüm önerileri ileri sürülmüştür. Örneğin, dijital varlıkların mahalli olarak depolanması halinde bu yerin varlıkların bulunma yeri olarak kabul edilebileceği ileri sürülmüştür⁴⁸. Fakat dijital varlıkların ilişkilendirdikleri yerler (bilgisayarlar, varlığa sahip olduğunu iddia eden kişilerin bulunduğu yerler veya dijital varlıkların tutuldukları cüzdanların bulunduğu yerler) tamamen tesadüfi olup uyumsuzluk ile sıkı ilişkili hukuku göstermede yetersiz kalabilecektir⁴⁹. Her ne kadar dijital varlıkları bir yer ile ilişkilendirmek pratik bir çözüm önerisi gibi görünse de dijital varlıkların ve bu varlıkların temeli olan blokzincir teknolojisinin nitelikleri dikkate alındığında, varlıkları bir yer ile bu şekilde ilişkilendirme varlıkların niteliği ile bağdaşmamakta ve bu ilişkilendirme sıkı ilişkili hukuku gösterememektedir⁵⁰.

Aynı haklara ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının, dijital varlıklara ilişkin uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun tespiti sırasında ortaya çıkardığı farklı problemler de bulunmaktadır. Konu hakkında ortaya çıkan ilk problem, aynı hakların üçüncü kişiler üzerindeki etkileri sebebiyle bu tip uyumsuzluklarda taraflara hukuk seçimi hakkının genel olarak tanınmamış olmasıdır. MÖHUK 21. hükümleri uyarınca da aynı haklara ilişkin uyumsuzluklarda taraflara hukuk seçimi hakkı tanınmamıştır⁵¹. Karşılaştırmalı hukukta aynı hak ilişkilerine uygulanacak hukukun seçilmesine izin veren ve fakat bu seçimin üçüncü kişiler üzerinde etkisi olmadığını kabul eden hukuklar bulunmaktadır⁵². Türk hukukunda da aynı haklara ilişkin uyumsuzluklarda hukuk seçimine izin verilmesi gerektiği öğretide ileri sürülmektedir⁵³. Fakat aynı haklara ilişkin uyumsuzluklarda hukuk seçimine izin verilmeyen Türk hukuku gibi hukuklarda, dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyumsuzluklarda ortaya çıkan aynı uyumsuzluklarda hukuk seçimine izin verilmeyecektir⁵⁴. Dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyumsuzluklarda taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânının tanınması, her ne kadar yapılan hukuk seçimine ilişkin yukarıda bahsedilen tartışmalara sebebiyet verse de uygulanacak hukukun tespitinde kolaylık sağlayacaktır. Konu hakkında ortaya çıkabilecek bir diğer problem de aynı haklara ilişkin uyumsuzluklarda, sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinden farklı olarak, daha sıkı ilişkili bir hukukun tespit edilmesi halinde bu hukukun uygulanmasına genellikle imkân tanınmamış olmasıdır. Aynı haklara ilişkin uyumsuzluklarda daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilse dahi bu hukuk, eğer konu hakkında düzenlemelerde imkân tanınmıyorsa uygulanamayacaktır. Türk hukukunda da MÖHUK 21. maddesi uyarınca aynı haklara ilişkin uyumsuzluklarda hâkimlere daha sıkı ilişkili hukuku uygulama imkânı tanınmamıştır. Karşılaştırmalı hukukta ise hâkimlere daha sıkı ilişkili uygulama imkânı tanıyan düzenlemeler bulunmaktadır⁵⁵. Hatta tarafların hukuk seçiminin daha sıkı ilişkili hukuku gösterebileceği ve bu sebeple istisna hüküm kapsamında uygulanabileceği de ileri sürülmektedir⁵⁶. Öğretide, Türk hukukunda da aynı haklara ilişkin uyumsuzluklarda hâkimlerin daha sıkı ilişkili hukuku değerlendirebilmesine imkân tanıyan bir istisnanın kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁷. Aynı haklara ilişkin uyumsuzluklarda daha sıkı ilişkili hukuk istisnası ile uygulanacak hukukun tespitinin kabulü, dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyumsuzluklarda, bu varlıkların teknolojik özellikleri nedeniyle uygulanacak hukukun belirlenemediği durumlarda, hâkimlere uygulanacak hukukun tespitinde önemli bir kolaylık sağlayacaktır⁵⁸.

IV. İLKELER KAPSAMINDA DÜZENLENEN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI

A. Giriş Hükümü

İlkeler kapsamında düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları, dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyumsuzluklara uygulanacak hukukun tespitine yönelik genel giriş hükümleri ile başlamaktadır. Bu hükümler uyarınca:

İlke 3: Dijital Varlıklar Üzerinde Teminat Haklarının Tesisi ve Uygulanacak Hukuk
3(1) “Bir dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesisi için, teminat sözleşmesinin taraflarının, tesis edilmek istenen teminat hakkı türüne uygulanacak hukukun koşullarına uyması gerekir.”

⁴⁵ BONOMI, s.158; GUILLAUME, s.63.

⁴⁶ WENDEHORST, Christiane: "Chapter 5 Proprietary Rights in Digital Assets and the Conflict of Laws", Blockchain and Private International Law, Leiden, The Netherlands: Brill Nijhoff, 2023, s.126.

⁴⁷ GUILLAUME, s.70.

⁴⁸ NOMER, s.316.

⁴⁹ GUILLAUME, s.63.

⁵⁰ LEHMANN, s.115; NG, s.326; Rapor, s.26.

⁵¹ NOMER, s.305; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.295.

⁵² ÖMEROĞLU, Ekin: Aynı Haklara Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Yargı Mercinin Tayininde İrade Serbestisi Prensibi, Adalet Yayınevi, 2017, s.151 vd.

⁵³ ÖMEROĞLU, s.158.

⁵⁴ BONOMI, s.161.

⁵⁵ ÖMEROĞLU, s.169.

⁵⁶ ÖMEROĞLU, s.161.

⁵⁷ ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s.368; ÖMEROĞLU, s.176.

⁵⁸ KRYSA, s.200.

İlke 4: Dijital Varlıklar Üzerindeki Teminat Haklarının Üçüncü Kişiler Karşısında Etkisi ve Uygulanacak Hukuk

4(1) “Dijital varlık üzerindeki teminat hakkının üçüncü kişilere karşı etkili olabilmesi ve üçüncü kişilerin haklarına nazaran öncelikten yararlanabilmesi için, uygulanacak hukuk kapsamındaki teminat hakkı türü özelinde üçüncü kişilere karşı etkili olma koşullarını taşıması gerekir.”

İlkeler, öncelikle, kurulmak istenen teminat türü ve bu türe uygulanacak hukukun dikkate alınması gerektiğini giriş hükümleri ile vurgulamıştır. Ardından teminat hakkının tesisi ve teminat hakkının üçüncü kişilere karşı geçerliliğine ilişkin hükümleri iki farklı hükümde düzenlemiştir. Bu durum, esas olarak, teminat hakkının tesisinin ve teminat hakkının üçüncü kişilere karşı etkisinin kimi hukuklarda farklı hükümlere tabi olmasından kaynaklanmaktadır. Özellikle teminat hakkının aleniyetinin gerekliliğinden ötürü, teminat hakkının tesisinden farklı olarak, teminat hakkının üçüncü kişilere karşı etkili olabilmesi için farklı hukuklarda teminat yüklü malın tesliminin, teminat hakkına dair bildirimde bulunmanın veya tescilin gerekli olduğu durumlar bulunmaktadır⁵⁹. İlkeler bu farklılıkları gözeterek, iki hususu farklı hükümlerde düzenlemiştir.

Teminat hakkının tesisi ve teminat hakkının üçüncü kişilere karşı etkisi iki farklı hükümde düzenlense de iki durum da tesis edilmek istenen teminat hakkı türüne uygulanacak hukuka tabi kılınmıştır. Bu durum, İlkelerin, teminat hakkının tesisi ile teminat hakkının üçüncü kişiler üzerindeki etkisinin farklı hukuklara tabi olabileceğini kabul ederken iki hüküm arasında farklılaştırmayı gerektirecek önemli bir neden görmemesinden kaynaklanmaktadır. İlkeler uygulanacak hukukun tespiti pratik bir şekilde sağlanması ve üçüncü kişilerin uygulanacak hukuka dair öngörülerinin desteklenmesi amacı ile iki hususu benzer hukuklara tabi kılmayı amaçlamıştır⁶⁰.

Giriş hükümlerinden anlaşılacağı üzere İlkeler, teminat hakkının tesisinin ve bu hakkın üçüncü kişilere karşı etkisinin hangi hukuka tabi olacağına dair düzenleme yapmaktadır. İlkeler kapsamında dijital varlıkların konu oldukları teminat sözleşmelerinin geçerlilik şartlarına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. Dijital varlıkların teminat olarak kullanıldıkları teminat sözleşmelerinin geçerlilikleri ve tarafların teminat sözleşmesinden doğan borç ve yükümlülükleri, klasik kanunlar ihtilafı kuralları ile tespit edilen akit statüsüne tabi olacaktır.

B. Kanunlar İhtilafı Kuralları

3(1) ve 4(1) hükümlerinde yer alan giriş hükümlerinin ardından 3(2) ve 4(2) hükümlerinde uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceğine dair bir objektif bağlama kuralı getirilmiştir. Bu hükümler uyarınca:

3(2): “İlke 3(1) anlamında ‘uygulanacak hukuk’; teminat verenin, teminat hakkının tesis edildiği andaki işyerinin bulunduğu yerin hukuku veya birden fazla işyeri var ise merkezi idaresinin yapıldığı yerin hukuku veya işyerinin olmaması halinde mutad meskeninin bulunduğu yerin hukukudur.”

4(2): “İlke 4(1) kapsamında ‘uygulanacak hukuk’; teminat verenin, teminat hakkının tesis edildiği andaki işyerinin bulunduğu yerin hukuku veya birden fazla işyeri var ise merkezi idaresinin yapıldığı yerin hukuku veya işyerinin olmaması halinde mutad meskeninin bulunduğu yerin hukukudur.”

Kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan bağlama noktalarının temel amacı, uyumsuzluk ile en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesini sağlamaktır⁶¹. Bağlama noktalarının uyumsuzluğun sosyal bağlamda en yakın olduğu, tarafların bildiği veya öngörebildiği hukuku göstermesi amaçlanır⁶². Dijital varlıkların konu olduğu uyumsuzluklara uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınabilecek bağlama noktalarına dair farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. İşlemin taraflarının dikkate alındığı; ilgili aracı kurumun dikkate alındığı [Place of the Relevant Intermediary Approach (PRIMA)]; PRIMA yaklaşımından türeyen ve ilgili hesabın dikkate alındığı [Account Agreement Approach (AAA)]; işlemin taraflarından öte bir sicil, ihraç edenin veya ağ operatörünün dikkate alındığı; dijital varlığı ihraç eden tarafından veya sistem yöneticisi tarafından yapılan hukuk seçiminin dikkate alındığı; dijital varlığı ihraç edenin dikkate alındığı [Location of the Issuer Master Account (LIMA)]; sistemi işleten veya yönetimini üstlenen otoritenin bulunduğu yerin dikkate alındığı [Place of the Relevant Operating Authority/Administrator (PROPA)]; sistemle ilgili ana anahtarı elinde bulunduranın dikkate alındığı [Primary Residence of the Private Encryption Master Key holder (PREMA)] veya programcının dikkate alındığı [Primary Residence of the Coder (PResC)] farklı bağlama noktaları ileri sürülmüştür⁶³. Bu bağlama noktalarının uygulanacak hukukun tespitinde avantajlı ve dezavantajlı yanları bulunmaktadır. Bütün bu bağlama noktalarının avantajlı ve dezavantajlı unsurlarına ilgili çalışma kapsamında yer vermek mümkün değildir. Bu sebeple çalışma kapsamında, İlkeler kapsamında hangi bağlama noktalarının neden tercih edildiği özel olarak incelenecektir.

Dijital varlıkların teminat olarak kullanıldıkları uyumsuzluklar hakkında önerilen bağlama noktasının hem uyumsuzluk ile sıkı ilişkili hukuku göstermesi hem de üçüncü kişiler tarafından öngörülebilir olması gerekmektedir. İlkeler, dijital varlıkların cismani bir varlıklarının bulunmamasını ve bu varlıklar üzerindeki

⁵⁹ Rapor, s.26.

⁶⁰ Rapor, s.31.

⁶¹ ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s.14.

⁶² NOMER, s.105; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s.20; Örneğin, şahsi statü ile ilgili hususlar, tarafların vatandaşlık veya yerleşim yerine bağlanarak milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlanmaya çalışılmaktadır. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.31.

⁶³ Financial Markets Law Committee Distributed Ledger Technology and Governing Law 2018, https://fmlc.org/wp-content/uploads/2018/05/dlt_paper.pdf (Erişim: 05.03.2025); WENDEHORST, s.122 vd.; LEHMANN, s.114; TERRITT, s.216; NG, s.329.

sahiplik hallerine ilişkin problemleri dikkate alarak uygulanacak hukukun tespitinde dijital varlığın kendisini öncelikli olarak dikkate almamıştır⁶⁴. Bunun yerine, bir veya birden fazla dijital varlık üzerinde teminat hakkı veren gerçek ya da tüzel kişi, teminatlı alacaklı lehine teminat veren taraf, ilkeler kapsamında bağlama noktası olarak düzenlenmiştir⁶⁵.

Dijital varlıkların teminat olarak kullanılmasında ortaya çıkabilecek uyumsuzluklarda teminat verenin bağlama noktası olarak dikkate alınmasının birçok avantajlı yönü bulunmaktadır. Öncelikle, teminat veren kişinin tespiti, teminat alan kişinin tespitine oranla daha kolay ve görece istikrarlıdır⁶⁶. Teminat veren genellikle bir kişi iken teminatlı alacaklı sayısı birden fazla olabilecek ve her bir kişi özelinde uygulanacak hukukun tespiti zorluk çıkartabilecektir⁶⁷. Teminat verenin bulunduğu yer (işyeri veya mutad meskeni), teminatı alan veya üçüncü kişiler tarafından öngörülebilir. Bu da uygulanacak hukukun hangisi olabileceğine dair bir öngörü oluşturur. Teminat hakkına ilişkin yarışan taleplerin söz konusu olduğu hallerde teminat verenin dikkate alınması, uyumsuzluk hakkında sıranın belirlenmesinde de bir referans noktası sağlama avantajına sahiptir⁶⁸. Sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi veya teminat verenin aczi hallerinde de değerlendirilecek hukukun tek bir hukuk olması pratik açıdan fayda sağlayacaktır⁶⁹. Teminat veren tarafından yapılan toptan devirlerde de birden fazla hukuk yerine tek bir hukukun dikkate alınacak olması, uygulanacak hukukun tespitinde bir kolaylık sağlayacaktır⁷⁰.

Her bağlama kuralında olduğu gibi dijital varlıkların teminat olarak kullanılmasında ortaya çıkabilecek uyumsuzluklarda teminat verenin esas alınmasının dezavantajlı yönleri de bulunmaktadır. Bu bağlama noktasında, öncelikle, dijital varlıktan öte teminat veren dikkate alındığı için aynı dijital varlık için farklı hukukların uygulanması hali ortaya çıkabilecektir. Bu durum dijital varlıklara ilişkin yeknesak bir hukukun oluşturulmasını zorlaştıracaktır⁷¹. Blokzincir üzerinde anonim olarak işlem yapılabilmesi de ilgili kişinin ve bulunduğu yerin tespit edilmesi açısından zorluk çıkartabilecektir⁷². Uygulanacak hukukun üçüncü kişiler tarafından öngörülebilmesi özellikle bu kişilerin hakları üzerindeki etkisi de dikkate alındığında önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Kural, teminat verenin nerede bulunduğu üçüncü kişiler tarafından kolaylıkla tespit edilemeyecek olması ve teminat verenin yer değiştirme ihtimalinin bulunması sebepleriyle de eleştirilmektedir⁷³. Fakat, diğer bağlama noktalarının teminat verenin bulunduğu yerin dikkate alınmasına oranla konu hakkında ne kadar öngörü sağlayabileceği tartışmalıdır. Özellikle teminat ilişkilerinde teminat verenin (ve dolayısıyla bulunduğu yerin) bilinmesi teminat ilişkisinin doğası gereğidir. Teminat verenin kim olduğunun veya bulunduğu yerin teminat ilişkisinde teminatı alan kişi tarafından bilinmesi, teminat ilişkisinin gerektirdiği güven ilişkisi gereği daha olasıdır. Bu durum teminat verenin bulunduğu yerin öngörülebilir olmamasına dair eleştirileri boşa çıkarmaktadır. İlkeler teminat verenin yer değiştirmesinin uygulanacak hukukta ortaya çıkardığı belirsizlikleri önlemek amacıyla da bağlama noktasını teminat hakkının tesis edildiği andaki lokasyon ile sabitlemiştir. Bu düzenleme, statü değişikliklerinin ortaya çıkartabileceği problemlerin önüne geçilmesi açısından önemlidir⁷⁴.

İlkeler dijital varlıkların teminat amacıyla kullanıldığı uyumsuzluklara uygulanacak hukukun tespitine yönelik bağlama noktası seçerken, dijital varlıktan öte teminat vereni esas almıştır. Bu durum, teminat sözleşmelerinde akit statüsüne uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınacak bağlama noktası ile uyumludur⁷⁵. Teminat sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilirken de karakteristik edim borçlusu olan teminat veren dikkate alınacaktır. Fakat teminat sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilirken kullanılan bağlama noktasının aynı haklara ilişkin uyumsuzluklarda dikkate alınması, teminat ilişkisinin aleniyeti ve üçüncü kişilerin hakları üzerinde problemlere sebep olabilecektir. Zaten bu sebeplerle aynı haklara ilişkin klasik kanunlar ihtilafı kurallarında taraflardan öte uyumsuzluğa konu varlık dikkate alınarak uygulanacak hukuk tespit edilmektedir. Dijital varlıkların teminat olarak kullanıldıkları uyumsuzluklarda dijital varlıklardansa teminat verenin dikkate alınması benzer problemlere sebep olabilecektir. Uygulanacak

⁶⁴ Rapor, s.26.

⁶⁵ Bu yaklaşım milletlerarası alanda konu hakkında var olan düzenlemeler ile de paralellik arz etmektedir. İlkelerin referans alındığı milletlerarası düzenlemelere UNCITRAL Teminatlı İşlemler Model Kanunu (UNCITRAL Model Law on Secured Transactions) ve Avrupa Komisyonu'ndan Avrupa Parlamentosu, Konseyi ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'ne, bir alacağın devrinin veya halefiyetin üçüncü kişiler karşısında etkisi ve temlik edilen veya halef olunan alacağın başka bir kişinin hakkına önceliği meseleleri hakkında rapor (Report from the European Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the question of the effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over the right of another person) örnek olarak gösterilebilecektir. Rapor, s.27; Financial Markets Law Committee Distributed Ledger Technology and Governing Law raporunda da bu bağlama noktası öneri olarak ileri sürülmüştür. Financial Markets Law Committee Distributed Ledger Technology and Governing Law, 2018, 6.21-6.24.

⁶⁶ Rapor, s.27.

⁶⁷ LEHMANN/HAENTJENS, s.18.

⁶⁸ LEHMANN/HAENTJENS, s.18.

⁶⁹ Rapor, s.27.

⁷⁰ WENDEHORST, s.125.

⁷¹ WENDEHORST, s.113.

⁷² WENDEHORST, s.125.

⁷³ LEHMANN/HAENTJENS, s.19.

⁷⁴ NOMER, s.31; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.53.

⁷⁵ Bu durum İlkelerin dijital varlıklar üzerindeki haklara ilişkin belirgin bir tavrının olmamasından da kaynaklanmaktadır. İlkeler, dijital varlıklar üzerindeki hakların nispi veya aynı hak olduklarına dair tartışmalara girmemiştir. Bu duruma sebep olarak da tarafların teminat sözleşmelerine dayanabilmelerine imkân sağlanmasının, varlıkların teminat olarak kullanılmalrının kolaylaştırılmasının ve devlet hukukları ile aykırılıkların ortaya çıkmamasının amaçlanması gösterilmiştir. Rapor, s.34.

hukukun belirlenmesinde teminat verenin dikkate alınması, pratik açıdan diğer bağlama noktalarına göre daha faydalı olsa da bu durum milletlerarası hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilecek veya üçüncü kişilerin haklarını olumsuz etkileyebilecektir. Bu nedenle, ortaya çıkabilecek sorunları dengeleyebilecek bir mekanizmanın bulunması gerekmektedir. İlkeler bu amaçla ana kural yanında bir istisna kural düzenlemiştir.

C. Kanunlar İhtilafı Kurallarının İstisnaları

1. Açık İlişki İstisnası

Milletlerarası özel hukuk öğretisinde kanunlar ihtilafı kuralları ve bağlama noktaları ile uyumsuzluk ile en sıkı bağlantılı hukukun tespit edilmesi amaçlanmaktadır. Fakat kimi durumlarda kanunlar ihtilafı kuralları ile tespit edilen hukuk, uyumsuzluk ile en sıkı ilişkili hukuku gösteremez ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanmasına hizmet edemez. Bu sebeple, bağlama kurallarına istisna hükümler getirilerek, kanunlar ihtilafı kuralları ile tespit edilen hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukukun veya milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine hizmet eden bir hukukun uyumsuzluk kapsamında değerlendirilmesi sağlanır. Dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyumsuzluklarda teminat verenin bulunduğu yer hukukunun dikkate alınması, pratik olarak uygulanacak hukukun tespiti konusunda kolaylık sağlasa da her durumda uyumsuzluk ile en sıkı ilişkili hukuku göstermeyebilecektir. İlkeler kapsamında bu durum öngörülerek bir istisna kural getirilmiştir. Bu kurallar uyarınca:

3(3): “İlke 3(2)’nin istisnası olarak, dijital varlığın kendisinin açıkça belirli bir yerle ilişkili olduğu durumlarda, o yerin hukuku ‘uygulanacak hukuk’ kabul edilir.”

4(3): “İlke 4(2)’nin istisnası olarak, dijital varlığın kendisinin açıkça belirli bir yerle ilişkili olduğu durumlarda, o yerin hukuku ‘uygulanacak hukuk’ kabul edilir.”

İlkeler kapsamında gerçek bir istisna kuralı düzenlenmiştir. Bu kural uyarınca teminat verenin bulunduğu yer hukukunun uygulanması her durumda zorunlu olmayıp eğer dijital varlığın kendisi bir yer ile teminat verenin bulunduğu yer hukukundan daha açık bir ilişki kuruyor ise uyumsuzluk bu hukuk ile çözümlenebilecektir⁷⁶.

İlkeler kapsamında düzenlenen, dijital varlığın kendisinin açıkça belirli bir yerle ilişkili olduğu durumlarda bu yer hukukunun dikkate alınacağına dair hükümde iki husus dikkati çekmektedir. Öncelikle dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyumsuzluklarda uyumsuzluğun değil, dijital varlığın kendisinin belirli bir yerle ilişki kurduğunda bu yer hukukunun istisna olarak dikkate alınacağı öngörülmüştür. Bu hüküm, pratik sebeplerle dijital varlık yerine teminat verenin bulunduğu yer hukukunun dikkate alınmasının teminat ilişkisinin aleniyetine ilişkin ortaya çıkarılabileceği problemleri bertaraf etme amacı taşımaktadır. İstisna, aynı haklara ilişkin uyumsuzluklarda dijital varlığın dikkate alınmadan uygulanacak hukuka karar verilmesinin özellikle üçüncü kişilerin hakları üzerinde yaratacağı olumsuz etkinin dengelenmesi için önem teşkil etmektedir. İkinci olarak, dijital varlık ile hukuk arasındaki ilişkinin açık olmasının aranması önemlidir. Bu ifadeden, dijital varlık ile bir yer hukuku arasındaki ilişkinin alelade bir ilişkiden fazlası olması gerektiği anlaşılmaktadır. İlkelerin açıklamalarında da bu ilişkinin açıkça ve kolaylıkla tespit edilebilir olması gerektiği vurgulanmıştır⁷⁷. Dijital varlık ile bir yer arasındaki ilişkinin açık olmasının aranması yine üçüncü kişilerin haklarını koruma amacı taşımaktadır. Dijital varlığın kendisinin açıkça belirli bir yerle ilişkili olduğu durumlar, çoğunlukla, üçüncü kişilerin dijital varlığın bir yerle ilişkili olduğunu tespit edilebildiği hallerdir. Bir dijital varlık ile bir yer hukukunun arasındaki açık ilişki eğer üçüncü kişiler tarafından anlaşılabilirse bu durumda teminat verenin bulunduğu yer hukukundansa bu hukukun istisnai olarak dikkate alınması üçüncü kişilerin hakları üzerindeki olumsuz etkiyi ortadan kaldıracaktır.

İlkeler kapsamında hangi durumlarda bir dijital varlığın bir yer ile açıkça ilişkili olabileceği özel olarak düzenlenmemiştir. Hangi durumlarda açık ilişkinin kabul edilebileceği, İlkelerin açıklamalarında örnek kabilinden sayılmıştır. Dijital varlıkların bir yer ile açıkça ilişkili olması çoğunlukla bu varlıkların teknolojik özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Dijital varlıklara ilişkin teknoloji sürekli gelişmekte ve değişmekte; varlıkların, farklı şekillerde bir yer ile açık ilişki kurma ihtimalleri ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple açık ilişki kurulma hallerinin sınırlı olarak sayılmaması yerinde olmuştur. Konu hakkında dijital varlığın bir devlet ile açıkça ilişki içinde olması, dijital varlığın bir aracı kurumda tutulması veya bir hukuk seçiminde bulunulmuş olması dijital varlığın bir yer ile açık ilişkisine örnek olarak sayılmıştır.

2. Açık İlişki İstisnasına İlişkin Örnekler

a. Dijital Varlığın Bir Devletle Açıkça İlişki İçinde Olması

Dijital varlıkların, kimi durumlarda, bu varlıklara has teknolojik özelliklerinden ötürü bir devlet ile açıkça ilişkili olduğundan bahsedilebilecektir. Konu hakkında, bütün düğümleri bir devlet toprağı üzerinde bulunan blokzincir veya izne tabi bir blokzincir üzerinde kayıtlı dijital varlıklar örnek olarak gösterilebilecektir.

Blokzincir teknolojisi, bilgilerin dijital ortamda saklanması, düzenlenmesini ve doğrulanmasını sağlayan bir veri tabanı sistemidir⁷⁸. Bu sistemde, her bir bilgi parçası veya işlem, algoritmalar yardımıyla bir bloğa işlenir; bu bloklar, bir önceki bloğa bağlanarak bir zincir oluşturur⁷⁹. Bu zincir, blokların birçok farklı ağ ve bilgisayarda [düğümler (nodes)] eş zamanlı olarak kaydedilip doğrulanmasını sağlayan dağıtık

⁷⁶ WENDEHORST, s.112.

⁷⁷ Rapor, s.10.

⁷⁸ FAIRFIELD, s.1269; LEHMANN, s.100.

⁷⁹ MORISHITA, Tetsou: “Technical Description of DLT for Conflict Lawyers”, Blockchain and Private International Law, Editörler Andrea Bonomi, Matthias Lehmann, Shaheez Lalani, Brill Nijhoff, 2023, s.51.

defter teknolojisi [*distributed ledger technology (DLT)*] ile çalışır⁸⁰. Düğümler, blokzincire eklenen bilgileri doğrular, kopyalarını saklar ve ağın sürekliliğini sağlar. Sistemde işlemleri doğrulayan veya işlemlere aracılık eden bir merkez bulunmaması yani sistemin merkeziyetsiz -*decentralize*- olması ve sistemdeki işlemlerin ağdaki bütün düğümlerce işlenmesi sebebiyle sistem, dağıtık defter teknolojisi olarak tanımlanmaktadır⁸¹. Dağıtık defterler, genel olarak izinli DLT (*permissioned DLT*) ve izinsiz DLT (*permissionless DLT*) olarak ikiye ayrılırlar. İzinsiz DLT'ler, halka açık sistemler olup herkesin katılımına açıktır⁸². İzinli DLT'ler ise yalnızca belirli katılımcıların erişimine açık olan ve genellikle özel kurumlar ya da devletler tarafından kullanılan kontrollü sistemlerdir; bu sistemlerde kullanıcılar, işlem yapabilmek veya doğrulama süreçlerine katılabilmek için önceden yetkilendirilmiş olmalıdırlar⁸³.

Dijital varlıkların blokzincir üzerinde kaydedildiği kimi durumlarda varlıklar, bir devlet ile açıkça ilişki halinde olabilecektir. Örneğin bir blokzincirin bütün düğümlerinin sadece bir devlet toprağında bulunması durumunda artık bu blokzincir üzerinde kayıtlı dijital varlık ile devlet arasında açık bir ilişki ortaya çıkacaktır⁸⁴. Yine dijital varlığın izinli DLT sistemine tabi bir blokzincir üzerinde yer alması durumunda varlık, takip edilebilir ve bir yer ile ilişkisi tespit edilebilir duruma gelecektir. Bu durumda sisteme giriş izni veren bir makam olacaktır ve dijital varlık üzerinde işlem yapabilmek için bu makamdan bir izin alınmış olması gerekecektir. Örneğin blokzincirin bir devlet, bir banka veya finansal bir kuruluş tarafından düzenlenmesi veya kontrol edilmesi hallerinde bu blokzincir üzerinde kayıtlı olan dijital varlıklar, ilgili devletle, bankanın veya finansal kuruluşun bulunduğu yerle açıkça ilişki halinde olacaktır⁸⁵. Bu iki durumda da uyuşmazlığın çözümünde dikkate alınacak hukukun teminat verenin bulunduğu yer hukukundansa varlığın bağlantılı bulunduğu devlet hukuku olması, hem uyuşmazlığın sıkı ilişkili bir hukuk ile çözümlenmesine hem de üçüncü kişilerin haklarının korunmasına yardımcı olacaktır.

b. Dijital Varlığın Bir Aracı Kurumda Tutulması

Dijital varlıkların muhafaza şekli, bu varlıkların belirli bir yerle ilişkili olduğunu gösterebilecektir. Dijital varlıklar iki şekilde muhafaza edilebilirler⁸⁶. Varlıklar bir aracı kuruma gerek olmadan doğrudan bir blokzincir üzerinde tutulabilir ve varlığa ulaşılmasına imkân sağlanan özel anahtar bir bilgisayarda, sabit diskte veya harici bir diskte tutulabilir. Özel anahtara, sabit veya harici diske sahip kişi, varlık üzerinde doğrudan kontrol yetkisine sahip olur⁸⁷. Bu kişi dünya üzerinde herhangi bir yerde bulunabileceği için bu şekilde saklanan varlıkların bir yer hukuku ile bağlantısının olduğundan bahsedilmesi oldukça zordur. İkinci olarak varlık bir aracı kurum bünyesinde de tutulabilir. Eğer varlık bir aracı kurumda muhafaza ediliyor ise artık bu durumda varlığın aracı kurumun bulunduğu yer ile bağlantısı olduğundan bahsedilebilecektir⁸⁸.

Dijital varlıkların tutulduğu aracı kurumlar ile, dijital varlığı piyasaya sürüp onun yönetimi ile elde bulundurulmasına (*holding*) ilişkin hizmet sağlayan veya dijital varlığın yönetimi ile hak sahipliğine dâhil olarak muhafaza eden (*custodian*) üçüncü taraflar ifade edilmektedir⁸⁹. Bu kurumlar, bir cüzdan sağlayıcısı veya bir *kripto-exchange* kurumu olabileceklerdir.

Aracı kurumların dijital varlık üzerinde fiili bir hakimiyetinin olduğundan bahsedilebilecektir⁹⁰. Hatta bu hakimiyetin gerçek varlıklar üzerinde sahip olunulan hakimiyetten daha etkili olduğu, bu hakimiyet sebebiyle dijital varlıkların fiziki olarak aracı kurumun bulunduğu yerde bulunduklarının kabul edilebileceği öğretide ileri sürülmektedir⁹¹. Bu yaklaşım, dijital varlıklara ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun, özellikle aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespit edilmesine yönelik bir kolaylık sağlayabilecektir⁹².

Dijital varlıkların teminat olarak kullanılmalarda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespiti sırasında varlığı elinde tutan aracı kurumun bir bağlama noktası olarak dikkate alınmasının birçok faydalı yönü bulunmaktadır. Öncelikle aracı kurumun dikkate alınmasının üçüncü kişilerin hakları üzerinde olumlu bir etkisi bulunmaktadır. Üçüncü kişiler, dijital varlığı elinde tutan aracı kurumun kim olduğu hakkında fikir sahibi olabilir ve yapılan işlemlerin bu aracı kurumun bulunduğu yer hukukuna tabi

⁸⁰ WENDEHORST, s.105.

⁸¹ LEHMANN, s.96.

⁸² MORISHITA, s.59.

⁸³ GUILLAUME, s.51; MORISHITA, s.59.

⁸⁴ LEHMANN/HAENTJENS, s.11.

⁸⁵ Rapor, s.28.

⁸⁶ MORISHITA, s.58.

⁸⁷ GUILLAUME, s.53.

⁸⁸ GUILLAUME, s.81.

⁸⁹ Rapor, s.17.

⁹⁰ BONOMI, s.162.

⁹¹ LEHMANN/HAENTJENS, s.13.

⁹² Aracı kurumların uygulanacak hukukun tespitinde sağladığı faydalar göz önünde bulundurularak menkul kıymetlere ilişkin uyuşmazlıklarda benzer bir yaklaşım izlenmiş ve aracı kurum dikkate alınarak uygulanacak hukukun tespit edilmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, Aracılar Nezdinde Tutulan Menkul Kıymetlere İlişkin Belirli Haklara Uygulanacak Hukuka Dair 5 Temmuz 2006 Tarihli Lahey Sözleşmesi ("Lahey Menkul Kıymetler Sözleşmesi") uyarınca aracı kurumun bulunduğu yer hukukunun, aracılaştırılmış menkul kıymetlerde uygulanacak hukuk olarak dikkate alınacağı düzenlenmiştir. LEHMANN/HAENTJENS, s.13. Aracılı sistemde menkul kıymetlere ilişkin milletlerarası nitelikli hak sahipliği ihtilaflarına uygulanacak hukukta ilgili aracı kurumun dikkate alınmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ULUSLU, Ayşe Elif: Milletlerarası Özel Hukukta Kaydi Menkul Kıymet Ticaretinde Hak Sahipliği İhtilaflarına Uygulanacak Hukuk, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, 183 vd.

olacağını öngörebilirler⁹³. Dijital varlıklarla işlem yapan tarafların bulundukları yerlerin tespiti zor olsa da dijital varlıklara ilişkin kurumsal hizmet veren aracı kurumların mutlaka bilinen bir merkezleri olacaktır. Bu durum da uygulanacak hukukun tespitine ilişkin bir kolaylık sağlayacaktır. Yine dijital varlıklara ilişkin uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespit edilmesinde aracı kurumun dikkate alınması ile bir yatırımcının bütün yatırımları hakkında tek bir hukukun dikkate alınmasını sağlanabilecektir. Bu sayede dijital varlığa ilişkin bütün portföy tek bir hukuka tabi olacaktır⁹⁴.

Dijital varlıklara ilişkin uyuşmazlıklarda aracı kurumların dikkate alınması uygulanacak hukukun tespitinde kolaylık sağlasa da uyuşmazlık özelinde daha farklı sorunların ortaya çıkmasına da sebep olabilecektir. Dijital varlıklara ilişkin hizmet veren aracı kurumların genellikle fiziki ofislerinin olmaması bir belirsizlik olarak ortaya çıkabilecektir. Kanuni olarak belirlenen merkezlerin verilen hizmetlerden öte merkezin bulunduğu yerin aracı kuruma sağladığı imkânlar dikkate alınarak seçilmesi de aracı kurumun bulunduğu yerin dijital varlık ile bağlantısını zayıflatılabilecektir⁹⁵. İlkeler bu çekinceleri de dikkate alarak aracı kurumları zorunlu bir bağlama noktası olarak düzenlenmemiştir. Aracı kurumların dijital varlık ile sahip oldukları bağın istisna hüküm kapsamında değerlendirilebileceği ve somut uyuşmazlığın özelliklerine göre varlığın açıkça aracı kurumun bulunduğu yer ile ilişkili olabileceği kabul edilmiştir⁹⁶.

c. Hukuk Seçimi

Bir uyuşmazlığa uygulanacak hukukun taraflarca belirlenebilmesi, milletlerarası ticaret alanında irade serbestisi ilkesi çerçevesinde genel kabul gören bir yaklaşımdır. Kanunlar ihtilafı kurallarında, genellikle, önce tarafların hukuk seçimi subjektif bir bağlama kuralı olarak düzenlenmiş, tarafların hukuk seçiminde bulunmamaları halinde uygulanacak hukukun tespiti için objektif bağlama kurallarına yer verilmiştir. Bu durum, tarafların irade serbestisine verilen önemden kaynaklanmaktadır. İlkeler ise uygulanacak hukuk bakımından hukuk seçimine öncelik tanımamış, hukuk seçiminin dijital varlık ile seçilen yer hukuku arasında açık bir bağ tesis edebileceğini ve bu hususun istisnai hükümler kapsamında değerlendirilebileceğini vurgulamıştır.

İlkeler kapsamında hukuk seçiminin doğrudan bir bağlama kuralı olarak düzenlenmemesinin farklı sebepleri bulunmaktadır. Öncelikle, taraflarca yapılan hukuk seçimi yalnızca taraflar arasında hüküm ve sonuçlarını doğuracak ve bu hukuk seçiminin üçüncü kişileri bağlayıcı bir etkisi olmayacaktır. Teminat hakkının doğumunda veya teminat hakkının önceliği gibi üçüncü kişilerin haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda, tarafların hukuk seçiminin, işlemin tarafı olmayan, hukuk tercihinden haberi olmayan veya haberi olması beklenemeyecek üçüncü kişiler hakkında geçerli olacağı kabul edilemez⁹⁷. Aksi yönde bir kabul, üçüncü kişilerin hukuk seçimi sebebiyle hak kaybına uğramalarına sebep olabilecek veya tarafların farklı hukuklar seçmek suretiyle üçüncü kişilerin haklarını manipüle etmelerine imkân sağlayabilecektir⁹⁸. İkinci olarak, İlkeler kapsamında hukuk seçimine doğrudan imkân tanınmaması, dijital varlıklara ilişkin işlem yapan tarafların nasıl geçerli bir hukuk seçimi yapabileceklerine dair tartışmalardan da kaynaklanmaktadır. Dijital varlıkların teminat olarak kullanıldıkları uyuşmazlıklarda hukuk seçiminin dijital varlık ile açık bir ilişki gösterebileceği kabul edilebilecekse de bu seçimin nasıl yapılacağı, tarafların konuya ilişkin iradelerinin nasıl tespit edileceği veya yapılacak seçiminin kapsamının ne olacağı tam bir kesinlik taşımamaktadır.

İlkeler hukuk seçiminin özellikle üçüncü kişilerin hakları üzerinde ortaya çıkartabileceği sakıncalı durumları ön görerek, hukuk seçimini zorunlu bir bağlama noktası olarak düzenlemese de hukuk seçimini tamamen göz ardı da etmemiştir. İlkeler, mülkiyet ve teminat haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda taraflara hukuk seçimi imkânı tanınması gerektiğine görüşler ile; dijital varlıkların teminat olarak kullanılmasından kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde hukuk seçiminin pratik bir çözüm olabileceğine; teminat verenin yerleşim yerinin tespitinin hukuk seçiminin tespitinden daha zor ve problematik olabileceğine⁹⁹ ve somut uyuşmazlıkta hukuk seçiminin dikkate alınmasının belirsizlikten öte gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler için bir öngörülebilirlik sağlayabileceğine¹⁰⁰ ilişkin görüşleri de dikkate alarak, hukuk seçiminin istisna hüküm kapsamında dijital varlık ile açık ilişkiyi gösterebileceğini ve uygulanacak hukuk olarak dikkate alınabileceğini kabul etmiştir. Bu durum, hukuk seçiminin üçüncü kişilerin hakları üzerindeki etkisini yumuşatırken irade serbestisi kapsamında yapılan hukuk seçiminin tamamen göz ardı edilmesini önlemektedir.

Bu aşamada özellikle vurgulanması gerekmektedir ki İlkeler kapsamında, istisnai olarak dikkate alınabilecek hukuk seçimi ile kastedilen, tarafların ikili işlemlerinde yaptıkları hukuk seçimi değildir. Taraflar arasında yapılan hukuk seçiminin, üçüncü kişiler tarafından bilinebilmesi ve dijital varlık ile seçilen hukuk arasında açık bir ilişki ortaya çıkardığının söylenmesi mümkün değildir. İlkeler kapsamında dijital varlık ile açık ilişki kurduğu kabul edilen hukuk seçimi, dijital varlıklara işlem yapılan sistemler üzerinde veya doğrudan dijital varlığın kodunun içinde yer alan hukuk seçimidir. Bir blokzincire ilişkin yazılım indirilirken veya bir blokzincire kayıt yaptırılırken, sistem üzerinde yer alan hukuk seçiminin istisnai hüküm

⁹³ ULUSLU, s.186.

⁹⁴ ULUSLU, s.186.

⁹⁵ LEHMANN/HAENTJENS, s.14.

⁹⁶ Rapor, s.28.

⁹⁷ Benzer gerekçelerle klasik kanunlar ihtilafı kurallarında aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklarda hukuk seçimine izin verilmemiştir.

⁹⁸ LEHMANN/HAENTJENS, s.16.

⁹⁹ LEHMANN/HAENTJENS, s.17.

¹⁰⁰ Benzer gerekçeler ile dijital varlıklara ilişkin uyuşmazlıklarda taraflara, üçüncü kişilerin haklarını koruyacak şekilde kısıtlanmış bir hukuk seçim imkânının tanınması gerektiği ileri sürülmektedir. WENDEHORST, s.123.

kapsamında geçerli bir hukuk seçimi olduğu söylenebilecektir¹⁰¹. Bir dijital varlık kullanılırken bu varlığın kodu içerisinde yer alan ve taraflarca okunabilen hukuk seçiminin de geçerli bir hukuk seçimi olduğundan bahsedilebilecektir¹⁰². Bu durumlarda artık hukuk seçimi sadece işlemin taraflarınca değil blokzincir üzerinde veya ilgili dijital varlık ile işlem yapan kişilerce de bilinebilecektir. Bu durumda da üçüncü kişilerin, blokzincirin tabi olduğu hukukun farkında olduklarından bu hukuk seçimi ile bağlı olduklarından bahsedilebilecektir.

Dijital varlıkların teminat olarak kullanıldıkları uyumsuzluklarda hukuk seçimi, İlkeler kapsamında, teminat ilişkisinin üçüncü kişilerin hakları üzerindeki etkisi ve yapılan hukuk seçiminin geçerliliğine ilişkin tartışmalar sebebiyle doğrudan bir bağlama noktası olarak düzenlenmemiştir. Fakat hukuk seçimine etki tanınmaması hem milletlerarası uygulamaya aykırılık teşkil edecek hem de uygulanacak hukukun tespitinde zorluk çıkartacaktı. Bu sebeple İlkeler, hukuk seçimini tamamen göz ardı etmeden istisna kural dâhilinde hukuk seçiminin dikkate alınmasına imkân sağlamıştır.

3. Fiziki Bir Varlık İle Bağlantı İstisnası

Dijital varlığın fiziki bir varlığı temsil ettiği durumlarda İlkeler kapsamında tespit edilen hukuk ve sonuçlarının ilgili fiziki varlık üzerinde etki doğurup doğurmayacağı da özel bir istisna kural ile düzenlenmiştir. Bu hükümler uyarınca:

3(4): “Eğer teminat olarak kullanılacak dijital varlık gerçekteki (cismani ya da cismani olmayan) bir varlığı temsil ediyorsa; dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesisinin, aynı zamanda dijital varlığın teminini oluşturan gerçekteki varlık üzerinde teminat hakkı tesis edilmesi sonucunu doğurup doğurmadığı veya hangi şartlar altında doğurduğu meseleleri gerçekteki varlığın mülkiyet yönünü ilgilendiren olağan kanunlar ihtilafı hukukunun kurallarına göre belirlenecektir.”

4(4): “Eğer teminat olarak kullanılacak dijital varlık gerçekteki (cismani ya da cismani olmayan) bir varlığı temsil ediyorsa; dijital varlık üzerindeki teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkililiğinin, aynı zamanda dijital varlığın teminini oluşturan gerçekteki varlık üzerindeki teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkililiği sonucunu doğurup doğurmadığı veya hangi şartlar altında doğurduğu meseleleri gerçekteki varlığın mülkiyet yönünü ilgilendiren olağan kanunlar ihtilafı hukukunun kurallarına göre belirlenecektir.”

Dijital varlıklar, kimi durumlarda fiziki bir varlığı temsil etmek amacıyla kullanılabilirler. Bu bağlamda, sanal jeton olarak bilinen *non-fungible token (NFT)* örnek olarak gösterilebilir. Bir NFT’nin fiziki bir varlıkla ilişkilendirilmesi, söz konusu fiziki varlığa bir QR kodu veya seri numarası atanması anlamına gelmektedir¹⁰³. Bu işleme, fiziki varlıkların tokenizasyonu adı da verilmektedir¹⁰⁴. Ancak, bu tür bir ilişkilendirme, NFT üzerinde gerçekleştirilen işlemlerin doğrudan fiziki varlık üzerinde hüküm ve sonuç doğuracağı anlamına gelmemektedir¹⁰⁵. NFT ile bağlantılı işlemlerin fiziki varlık üzerinde hüküm ve sonuç doğurabilmesi, bu durumun fiziki varlığa uygulanacak hukuk tarafından kabul edilmesine bağlıdır¹⁰⁶. Şayet fiziki varlığa uygulanacak hukuk, NFT ile gerçekleştirilen işlemlerin fiziki varlık üzerinde doğrudan sonuç doğurmasını kabul etmiyorsa, NFT ile yapılan işlemler yalnızca taraflar arasında sözleşmesel bir sonuç doğurur, fiziki varlık üzerinde herhangi bir hukuki etki yaratmaz.

İlkeler kapsamında teminat olarak kullanılan bir dijital varlığın fiziki bir varlığı temsil etmesi hali özel bir istisna kural olarak düzenlenmiştir. Dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesisinin ve dijital varlık üzerindeki teminat hakkının üçüncü kişilere karşı geçerliliğinin aynı zamanda dijital varlığın bağlantılandığı fiziki varlık üzerinde etki doğurmasının, fiziki varlığa ilişkin olağan kanunlar ihtilafı kuralları ile tespit edilecek hukuk uyarınca belirleneceği düzenlenmiştir. Bu hukuk, *lex rei sitae* kuralı gereği fiziki varlığın bulunduğu yer hukuku veya ilgili teminat işleminin geçerli kabul edilebilmesi için gerekli olan tescil yeri hukuku (*lex registrationis*) olabilecektir¹⁰⁷. Yani dijital varlık üzerinde kurulan teminat ilişkisinin sonuçlarının bağlantılandığı varlığın üzerinde sonuç doğurup doğurmayacağı, fiziki varlığa uygulanacak hukuka bakılarak tespit edilecektir. Örneğin bir taşınır ile bağlantılanmış NFT hakkında teminat ilişkisinin kurulmuş olması halinde NFT üzerindeki teminat hakkı tesisinin bağlantılandığı varlık üzerinde de teminat hakkı tesisi sonucu doğurup doğurmayacağı, fiziki varlığa uygulanacak hukuka göre tespit edilecektir. NFT’nin bağlantılandığı varlık bir taşınır olduğu için, büyük ihtimal, varlığın bulunduğu yer hukuku dikkate alınacak ve bu hukukun izin vermesi halinde NFT üzerinde kurulan teminat hakkı fiziki varlık üzerinde de kurulmuş kabul edilecektir.

Dijital varlığın fiziki bir varlığı temsil ettiği durumda, dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesisinin gerçek varlık üzerindeki etkisi hakkında gerçek varlığın tabi olduğu hukukun esas alınması, teminat ilişkilerine dair var olan sistemi korurken, dijital varlıkların teminat olarak kullanılabilirliklerinin de önünü açma amacı taşımaktadır¹⁰⁸. İlkelerin amacı var olan sistemi yeniden düzenlemekten öte dijital varlıklara

¹⁰¹ LEHMANN/HAENTJENS, s.17; NG, s.332; Bu yolla yapılacak hukuk seçiminin çoğunlukla izinli DLT sistemlerinde gerçekleştirilebileceği söylenebilecektir. Çünkü izinli DLT sistemlerinde sisteme giriş için gerekli olan izin talebi ve izin verilmesi prosedürü, geçerli bir hukuk seçimine delalet edebilecektir. Buna karşı izinsiz DLT sistemlerde hukuk seçimine dair bir kabulün olduğunun söylenmesi daha zordur. BONOMI, s.161.

¹⁰² WENDEHORST, s.123.

¹⁰³ WENDEHORST, s.105.

¹⁰⁴ WENDEHORST, s.106.

¹⁰⁵ TEKELİOĞLU, s.1321.

¹⁰⁶ BONOMI, s.159.

¹⁰⁷ Rapor, s.28.

¹⁰⁸ Rapor, s.28.

ilişkin uyumsuzluklara ilişkin eksiklikleri tamamlamaktadır. Bu sebeple İlkeler, var olan hukuktan farklı veya var olan hukuk ile çatışan bir düzenleme yapmaktan çekinmektedir. Dijital varlığın fiziki bir varlığı temsil ettiği durumda, fiziki varlığın tabi olduğu hukukun esas alınması da bu amacı taşımaktadır.

V. SONUÇ

Dijital varlıkların bir teminat aracı olarak kullanılması, ticari hayatın dinamikleri ile uyumlu olarak artmaktadır. Ancak, dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyumsuzluklarda uygulanacak hukuk başta olmak üzere, milletlerarası özel hukuka dair belirsizlikler, teminat ilişkisi ile sağlanmak istenen güven ilişkisine zarar vermektedir. Mevcut kanunlar ihtilafı kuralları, dijital varlıkların fiziki karşılıklarının olmaması veya dijital varlıkların kayıtlı olduğu sistemlerin merkezizetsiz bir yapıya sahip olması nedeniyle uygulanacak hukukun tespitinde yeterli çözüm sağlayamamaktadır. Özellikle *lex rei sitae* kuralı, dijital varlıkların fiziksel bir yerle ilişkilendirilememesi nedeniyle teminata ilişkin aynı uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun belirlenmesinde yetersiz kalmaktadır. Bu durum, dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyumsuzluklara dair ayrı ve özel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir. Avrupa Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan Dijital Varlıkların Teminat Olarak Kullanılması Hakkında İlkeler, bu ihtiyaca yanıt olarak, bir dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesisi ve teminat hakkının üçüncü kişilere etkisine ilişkin milletlerarası özel hukuka dair çözüm önerileri getirmektedir.

Dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun tespitine yönelik farklı bağlama noktaları dikkate alınabilmektedir. İlkeler, teminat hakkının tesisi ve teminat hakkının üçüncü kişilere karşı etkili olabilmesi için uygulanacak hukukun tespitinde teminat verenin işyeri veya mutad meskeninin esas alındığı bir bağlama kuralı önermiştir. Bu durum dijital varlıkların fiziki bir karşılıklarının olmaması sebebiyle varlıkların bulunduğu yer hukukunun esas alınamamasından kaynaklanmaktadır. Teminat ilişkisinin taraflarından teminat verenin teminatı alan kişi yerine dikkate alınması ise teminat veren ile uygulanacak hukukun daha pratik bir şekilde tespit edilebiliyor olmasından kaynaklanmaktadır. Teminat verenin bulunduğu yer hukukunun dikkate alınması, kimi problemlere sebep olabileceksin de diğer bağlama noktaları ile karşılaştırıldığında dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun pratik bir şekilde tespitine yardımcı olmakta ve teminat ilişkisi ile kurulmaya çalışılan güven ilişkisine hizmet etmektedir.

Dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyumsuzluklarda teminat verenin bağlama noktası olarak dikkate alınması, pratik açıdan faydalı olmakla birlikte, farklı problemlere sebep olabilecektir. Bu durum, temel olarak, teminat ilişkisine uygulanacak hukuk tespit edilirken teminat konusu varlıktan öte teminat ilişkisinin tarafının dikkate alınmasından kaynaklanmaktadır. Özellikle teminat ilişkisinin aleniliği ve teminat ilişkisinin üçüncü kişilerin hakları üzerindeki etkisi dikkate alındığında uygulanacak hukukun tespitinde teminat ilişkisinin taraflarından birinin dikkate alınması sorun çıkaracaktır. Bu durumun ortaya çıkacağı olumsuz sonuçların önüne geçebilmek için İlkeler, gerçek bir istisna kuralı düzenlemiştir. Kural uyarınca, somut uyumsuzluğun unsurları dikkate alınarak, dijital varlık ile bir yer arasında açıkça bir ilişki tespit edilirse bu yer hukuku uyumsuzluğa uygulanabilecektir. Bu istisna hükmü, uygulanacak hukuk olarak teminat verenin dikkate alınacak olmasının ortaya çıkartabileceği problemleri dengeleme, üçüncü kişilerin haklarını koruma amacı taşımaktadır. Hangi durumların dijital varlık ile bir yer arasında açık ilişkiyi göstereceği özel olarak belirtilmemiş sadece kimi durumlar yayınlanan Raporda örnek olarak sayılmıştır. Örnek olarak sayılan durumlar incelendiğinde, dijital varlık ile bir yerin açıkça ilişkili olup olmadığının değerlendirilmesinde, üçüncü kişilerin ilgili ilişkiyi öngörebilme imkânının olup olmadığının dikkate alındığı görülmektedir. Dijital varlığın teknik özellikleri gereği bir devlet ile ilişki göstermesi, varlığın bir aracı kurumda tutulması veya dijital varlık kapsamında bir hukuk seçiminde bulunulmuş olmasının istisnai olarak uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınabileceği vurgulanmıştır. Bu istisnaların hepsinde ilgili yer ile dijital varlığın bağlantısı üçüncü kişiler tarafından öngörülebilecektir. Bu sayede de teminat verenin bulunduğu yer hukukunun dikkate alınmasının üçüncü kişiler üzerindeki haklarını üzerindeki olumsuz etki de dengelenebilecektir.

İlkeler, dijital varlığın fiziki bir varlığı temsil ettiği durumlarda da teminat ilişkisinin fiziki varlık üzerinde sonuç doğurup doğurmayacağı konusunda fiziki varlığa uygulanacak hukukun dikkate alınması gerektiğini özel olarak düzenlemiştir. Bu hüküm de İlkelerin var olan hukuk düzenlemeleri ile uyum sağlama amacını, kamu düzeni ve uygulanabilirlik konusundaki çekincelerini göstermektedir.

Dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı bir uyumsuzluğun Türk mahkemeleri önüne gelmesi hâlinde, bu konuya ilişkin MÖHUK'ta veya özel bir düzenlemede açık bir hüküm bulunmadığından, hâkimin uygulanacak hukuku mevcut kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde tespit etmesi güçlük arz edecektir. Teminat ilişkisinden doğan akdi uyumsuzluklar bakımından, MÖHUK m. 24 hükümleri çerçevesinde uyumsuzluğa uygulanacak hukukun belirlenebilmesi daha mümkün olup, karakteristik edim borçlusu sıfatıyla teminat verenin dikkate alınması suretiyle ilgili hukuk tespit edilebilecektir. Bununla birlikte, teminat ilişkisinden kaynaklanan aynı uyumsuzluklara uygulanacak hukuk MÖHUK hükümleri uyarınca belirlenemeyecektir. Hâkim, *lex rei sitae* ilkesini uygulayabilmek amacıyla dijital varlıkların bulunduğu yer hususunda bir değerlendirme yapmak zorunda kalacaktır. Ancak dijital varlıkların teknik özellikleri nedeniyle, bu değerlendirme çoğu durumda kesin bir sonuç vermeyecek veya belirlenen yer uyumsuzlukla sıkı bir bağ içinde olmayacaktır. Dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı uyumsuzluklarda, aynı haklara ilişkin uyumsuzluklara uygulanacak hukukun belirlenebilmesi ve İlkeler kapsamında önerilen bağlama noktalarının Türk mahkemelerinde değerlendirilebilmesi amacıyla, hâkimlere MÖHUK m. 21 kapsamında aynı haklara ilişkin ihtilaflarda daha sıkı ilişkili hukuku dikkate alabilme yetkisinin tanınması gerekmektedir.

Ayrıca, taraflara aynı haklar bakımından hukuk seçimi hakkının tanınması veya daha sıkı ilişkili hukuk istisnası kapsamında tarafların yapmış olduğu hukuk seçimlerinin dikkate alınması, aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde hakimlere yardımcı olacaktır. Bu yolla, İlkelerde önerilen çözümler bağlayıcı olmadan hakimlerce değerlendirilebileceği gibi, uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun belirlenmesi noktasında da daha tutarlı ve öngörülebilir bir çözüm sağlanabilecektir.

İlkelerin kanunlar ihtilafına ilişkin sunduğu çözüm önerileri daha önce hiç duyulmamış çözüm önerileri değildir. Benzer konularda, örneğin araçlar nezdinde tutulan menkul kıymetlere ilişkin düzenlemelerde veya UNCITRAL Teminatlı İşlemler Model Kanununda benzer bağlama kuralları öneri olarak ileri sürülmüştür. İlkeler kapsamında önemli olan, bu kanunlar ihtilafı kurallarının ilk defa dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı ilişkilerde kullanılması için önerilmesidir. İlkeler önerdiği bağlama kuralları ile dijital varlıkların teminat olarak kullanıldığı ilişkilerde teminat ilişkisinin taraflarının ve üçüncü kişilerin haklarının korunması arasında bir denge ve milletlerarası özel hukukta hakkaniyeti sağlamaya çalışmaktadır. Her ne kadar teklif edilen kuralların dezavantajlı yanları bulunsun da çalışmanın hakimleri ve ilerde yapılacak düzenlemeleri etkileyeceği aşikardır.

KAYNAKÇA

- BAZINAS, Spyridon V: "Digital Assets and Private Law: Is There a Need for a Uniform Law?", Uniform Law Review, 2004, s.1-9.
- BONOMI, Andrea. "Blockchain and Private International Law—Some General Remarks". Yearbook of Private International Law, XXIV, 2022/2023, s.153-164.
- BİLGİLİ, Fatih / CENGİL, M. Fatih: "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu", <https://ssrn.com/abstract=3432713> (Erişim: 05.03.2025), 2019.
- DEMİRKOL, Berk: Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- DURAL, Mustafa/SARI Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I, 16. Baskı, Filiz Kitapevi, 2021.
- FAIRFIELD, Joshua A.T.: "Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property", Indiana Law Journal, 97(4), 2022, s.1261-1313.
- Financial Markets Law Committee Distributed Ledger Technology and Governing Law 2018, https://fmlc.org/wp-content/uploads/2018/05/dlt_paper.pdf (Erişim: 05.03.2025).
- GUILLAUME, Florence: "Chapter 3: Aspects of Private International Law Related to Blockchain Transactions", Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2019, s.49-82.
- KUNTALP, Erden: "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995, s.263-300.
- KRYSA, Felix: "Chapter 7 Taxonomy and Characterisation of Crypto Assets in Private International Law", Blockchain and Private International Law, Brill Nijhoff, Leiden, The Netherlands, 2023, s.157-191.
- LEHMANN, Matthias: "Who Owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain", Minnesota, Journal of Law, Science, and Technology, 21(1), 2019, s.93-136.
- LEHMANN, Matthias/HAENTJENS, Matthias: "The Law Governing Secured Transactions in Digital Assets", SSRN Scholarly Paper, 12, 2023.
- MESCİ, Barış: Milletlerarası Özel Hukukta Hava Araçlarının Teminata Konu Olması, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- MORISHITA, Tetsou: "Technical Description of DLT for Conflict Lawyers", Blockchain and Private International Law, Editörler Andrea Bonomi, Matthias Lehmann, Shaheez Lalani, Brill Nijhoff, 2023, s.51-65.
- NG, Michael: "Choice of Law for Property Issues Regarding Bitcoin under English Law." Journal of Private International Law, (2)15, 2019, s.315-338.
- NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2021.
- ÖMEROĞLU, Ekin: Aynı Haklara Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Yargı Merciiinin Tayininde İrade Serbestisi Prensibi, Adalet Yayınevi, 2017.
- RÜHL, Giesela: "Smart (Legal) Contracts, or: Which (Contract) Law for Smart Contracts?", Blockchain, Law and Governance, Editörler Benedetta Cappelletto, Gherardo Carullo, Springer, 2021, s.159-180.
- ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif: Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2023.
- SOUKUPOVA, Jana: "Analysis of the Notion of Digital Assets in the Context of Fragmented Terminology", The Lawyer Quarterly, (3)14, 2024, s.385-404.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2024.
- TEKELİOĞLU, Numan: "Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: NFT'lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30(3), 2022, s.1302-1329.
- TERRITT, Harriet: "Governing the Blockchain: What is the Applicable Law", Fintech Law and Regulation Second Edition, Editörler Jelena Madir, Elgar Online, Massachusetts 2021, s.199-218.
- TURANBOY, Asuman: "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri", BATİDER, C. XXXV, S. 3, 2019, s.47-62.
- ULUSLU, Ayşe Elif: Milletlerarası Özel Hukukta Kaydi Menkul Kıymet Ticaretinde Hak Sahipliği İhtilaflarına Uygulanacak Hukuk, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- WENDEHORST, Christiane: "Chapter 5 Proprietary Rights in Digital Assets and the Conflict of Laws", Blockchain and Private International Law, Brill Nijhoff, Leiden, The Netherlands, 2023, s.101-127.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar İbrahim Doğan TAKAVUT, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | İbrahim Doğan TAKAVUT, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

TERDİTLİ DAVADA TALEPLERİN AYRILMASI VE BUNA İLİŞKİN SORUNLAR
SEPARATION OF PROGRESSIVE LAWSUIT AND RELATED PROBLEMSAziz Serkan ARSLAN *  **Makale Bilgi**Gönderi: 04/03/2025
Kabul : 28/03/2025**Anahtar Kelimeler***Terditli Dava,
Talep
Usûl Ekonomisi,
Vekâlet Ücreti,
Tahkikat.***Article Info**Received: 04/03/2025
Accepted: 28/03/2025**Keywords***Progressive Lawsuit,
Request,
Principle of
Procedural
Economy,
Attorney Fee,
Investigation.***Özet**10.21492/inuhfd.1651089 

Mahkemeden talep edilen hukuki korumaya hõre dava çeşitleri; eda, tespit ve inşai davadır. Terditli dava, dava çeşitleri ayırımında; talep sonucuna göre dava çeşitleri arasında yer almaktadır. Terditli dava 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 111. maddesinde 'terditli dava' başlığı altında tarif edilmiştir. Buna göre terditli dava, davacının, aynı davalıya karşı arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantı bulunan birden fazla talebini, aralarında aslilık ferilik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilmesine imkân veren bir dava çeşididir. Terditli davada mahkeme, davacının aynı dilekçesinde yer alan her iki talebi ile ilgili tahkikat aşamasını ortak bir biçimde bir arada yürütür, bu doğrultuda öncelikle davacının asıl (asli) talepte denilen ilk talebi incelenir, bu talep yerinde görülmez ise yardımcı (feri) talebine geçilir ve tahkikat aşamasında deliller birlikte değerlendirilerek her iki taleple ilgili tek bir hüküm kurulur. Bu bağlamda terditli dava usul ekonomisinin gerçekleşmesine önemli katkı sunan bir dava çeşididir. Çalışmamızda öncelikle terditli dava hakkında genel bilgiler verildikten sonra, terditli davada sıraya konulmuş taleplerin uygulamada rastlandığı üzere mahkeme tarafından birbirinden tamamen ayrılarak incelenmesi hususu ele alınacak devamında bu durumun ortaya çıkaracağı sorunlar üzerinde durulacaktır.

Abstract

In our law, one of the types of lawsuits based on the legal protection requested from the court is the progressive lawsuit. The progressive lawsuit is defined under the title of 'progressive lawsuit' in Article 111 of the Code of Civil Procedure No. 6100. Accordingly, the progressive lawsuit is a type of lawsuit that allows the plaintiff to put forward more than in the same petition against the same defendant, provided these claims have a legal or economic connection, by establishing a primary and secondary relationship between them. In a progressive lawsuit, the court conducts the investigation phase regarding both claims included in the same petition of the plaintiff together in a joint manner, in this direction the first claim of the plaintiff, called the primary (main) claim, is examined, if this claim is not found appropriate, the auxiliary (secondary) claim is considered and a single verdict is made regarding both claims by evaluating the evidence together in the investigation phase. In this context, the progressive lawsuit is a type of lawsuit that makes a significant contribution to the realization of procedural economy. In our study, first of all, general information about the amended case will be given and then the issue of the requests listed in the amended case being examined by the court in a completely separate manner, as is the case in practice, will be discussed, and then the problems that this situation will cause will be emphasized.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr. Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ARSLAN/Aziz Serkan, "Terditli Davada Taleplerin Ayrılması Ve Buna İlişkin Sorunlar ", İnÜHFD, 16(1), 2025, s. 76-85. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | **This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.**

EXTENDED SUMMARY

One of the basic purposes of the civil procedure law is for the plaintiff to reach a conclusion in the simplest, fastest, and most cost-effective manner while seeking his/her rights before the judicial bodies. One of the rules regulated by the legislator for this purpose is that the plaintiff can request multiple request that are related to the same lawsuit petition from the court in an orderly manner. This rule is written under the title of orderly action in Article 111 of the Code of Civil Procedure, which is the basic basis of civil procedure law.

Although the concepts of 'staged lawsuit' or 'stepped lawsuit' are also used instead of 'progressive lawsuit' in doctrine and practice, the term 'progressive lawsuit' is preferred in our study because the legislator used this term, which is also widely adopted in the CPC.

In a progressive lawsuit, the plaintiff, who requests legal protection from the court, requests the court to examine multiple primary and secondary requests that are related to each other in a certain order. The court cannot examine and rule on the secondary claim if it has reject the plaintiff's primary claim on the merits (CPC Art. 111/2). Thus, the investigation stages regarding both the primary and secondary claims of the plaintiff are carried out together and a decision is made regarding both the primary and secondary claims at the same time. This situation positively contributes to the resolution of cases in a shorter time, in a simple, fast, and cost-effective manner. In addition, it helps the plaintiff to better protect his rights by interrupting the statute of limitations for the secondary claim requested with a reserve. In particular, the request for the cancellation-registration of the title deed as the first claim, and the request for the judgment of the receivable if this claim is not found to be justified can be given as examples of a reserve case. Apart from this, the complaint regarding the cancellation of the transaction made by the enforcement officer and the request for entitlement as a secondary claim in case of its rejection, the determination of the invalidity of the termination of the employment contract, and the claim for reinstatement as the primary claim; In case the court decides otherwise, the request for the collection of severance pay and notice compensation receivables from the defendant, the request for the cancellation of the disposition as the main request in the case of cancellation of the disposition, the request for invalidity due to collusion in case of rejection of this, the request for the rejection of the dispositions of the deceased based on the main request of collusion, and the request for reduction in case of rejection of this can be given as examples of frequently encountered demand cases in practice. Despite the positive aspects of the frequently resorted to demand case in practice, sometimes problems and hesitations can be encountered in court practices regarding the examination of the demands by differentiating them or making one of them a pending issue, litigation expenses, and attorney fees. In this study, the problems that arise in the light of the opinions of the judicial authorities and the doctrine will be examined and solution suggestions will be tried to be presented.

The progressive lawsuit offers the plaintiff the opportunity to put forward multiple claims against the same defendant that have a legal or economic connection between them in the same lawsuit against the same defendant by establishing a primary and secondary relationship between them. In progressive lawsuits, one of the claims requested from the court is the primary claim; the second is the secondary claim. The plaintiff first requests the court to decide on the primary claim and makes the secondary claim for the possibility of the primary claim being rejected.

The court first tries to reach an opinion on the primary claim and when its opinion on this claim is negative, it examines the secondary claim and reaches a conclusion on that issue and makes a decision. If the plaintiff's primary claim is ruled on in a progressive lawsuit, there is no need to make a decision on the secondary claim. In a progressive lawsuit, the investigation stages regarding both the primary and secondary claims of the plaintiff are carried out together and a decision is made on both the primary and secondary claims at the same time. This situation contributes positively to the procedural economy, which means that the cases are resolved in a shorter time, simply, quickly, and with reasonable costs.

Despite the stated benefits of the progressive lawsuit, in practice, it is seen that the courts, by taking advantage of the opportunity provided by Article 167 of the Civil Procedure Code, separate the demands put forward as progressive lawsuits from each other and decide on them as separate files. This situation will not only be contrary to the purpose of the legislator and the letter of the law, but also, to put it more concretely, will cause separate litigation expenses and attorney fees for each separate file, and will have a negative impact on the proper conduct of the trial and procedural economy.

I. GİRİŞ

Davacının yargı organları önünde hakkını ararken mümkün olduğunca basit, hızlı ve ekonomik olarak sonuca ulaşması yargılama hukukunun temel amaçlarından birisidir. Bu amaca yönelik olarak kanun koyucunun düzenlediği kurallardan biri de davacının aynı dava dilekçesi ile aralarında bağlantı bulunan birden fazla talebini terditli olarak mahkemeden talep edebilmesidir¹. Bu kural medeni yargılama hukukunun temel dayanağı olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.111'de “terditli dava” başlığı altında kaleme alınmıştır².

¹ 1086 sayılı HUMK döneminde kanunda terditli dava hakkında bir hüküm bulunmaması birlikte 1987 yılında 1986/4-1987/5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı ile birden fazla talebin davacı tarafından terditli dava şeklinde ikame edilebileceği kabul edilmiş ve uygulama bu şekilde gerçekleşmiştir. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda ise terditli dava ayrı bir madde başlığı altında düzenlenerek mevzuattaki yerini almıştır.

² Davalar kategorize edilirken değişik şekillerde ayırma tâbi tutulmaktadır. Ancak en önemli ayırım mahkemeden istenen hukukî korumaya göre yapılan ayırımdır. Bunun dışında, dava dilekçesinde istenen talebin sayısına veya sonucuna göre de ayırım yapılmaktadır. Bu bağlamda terditli davanın dava türleri arasındaki yeri, davacının dava dilekçesinde belirttiği talep sonucunun sayısına göre tespit edilmektedir. Bkz. PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s.219; POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer: Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s.254; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema: Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.240; TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku C.1, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2024, s.691; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.347; BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Medenî Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.153; PEKCANİTEZ, Hakan: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. II, 17. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.1085; TOPALOĞLU, Ali: “Terditli Davalar Açısından HMK'nın Görev Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi 14(1), 2014, s.83; TUTUMLU, Mehmet Akif: “Terditli Davada Hüküm Kurma Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, (97), 2014, s.92-94; TEKÇE BARUT, Fatma Nur: Medeni Usul Hukukunda Terditli Talep Yığılması, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler

Doktrinde ve uygulamada terditli dava kavramı yerine “kademeli dava” veya “basamaklı dava” kavramları da kullanılmakla birlikte kanun koyucu HMK’da, doktrinde de ağırlıklı olarak benimsendiği üzere terditli dava kavramını kullandığı için çalışmamızda terditli dava kavramı tercih edilmiştir³.

Terditli davada, davacı birbiriyle bağlantı bulunan asli ve ferî birden fazla talebinin belli bir sıra altında incelenmesini mahkemeden talep eder. Mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe ferî talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz (HMK m.111/2). Böylece davacının hem asli hem de ferî talebine ilişkin tahkikat aşamaları birlikte yürütülür ve hem asli hem de ferî talep hakkında aynı anda karar verilir⁴. Bu durum davaların daha kısa sürede, basit, hızlı ve uygun maliyetle çözüme kavuşturulmasına olumlu katkı sağlar⁵. Ayrıca terditli davada asıl talebin yanında talep edilen yardımcı talep açısından da zamanaşımı kesilir. Bu durum ise davacının haklarını daha iyi korumasına yardımcı olur⁶. Bu açıdan terditli dava uygulamada sıkça kullanılan bir dava çeşididir⁷.

Terditli davanın olumlu yönlerine karşın bazen uygulamada taleplerin ayrılarak (tefrik edilerek) incelenmesine veya birinin bekletici mesele haline getirilmesine rastlanmaktadır. Bunun neticesinde ise yargılama giderleri ve vekalet ücreti gibi konularda problem ve tereddütlerle karşılaşabilmektedir. Bu çalışmada Yargıtay kararları ışığında terditli dava hakkında bilgi verildikten sonra taleplerin ayrılmasının ortaya çıkardığı problemler irdelenecek ve çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

II. GENEL OLARAK TERDİTLİ DAVA VE ÇEŞİTLERİ

Terditli davada, davacı iki ayrı talepte bulunur. Ancak, bu talepleri terditli (kademeli) olarak yapar. Diğer bir ifadeyle taleplerden biri asıl ikincisi ise yardımcı (terditli) taleptir. Davacı, ilk önce asıl talep hakkında karar verilmesini ister. Yardımcı talebini ise, asıl talebin reddedilmesi ihtimaline binaen yapar⁸. Bu bağlamda terditli davanın görülebilmesi için talepler arasında aslilik-ferilik ilişkisi bulunması ve talepler arasında ekonomik veya hukuki bağın bulunması şeklinde iki şart aranmaktadır. Buna ilave olarak her ne kadar madde metninde açıkça yer verilmemiş olsa da doktrinde ve Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere

Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2022, s.19 vd.

³ MUŞUL, Timuçin: Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.29; KURU, Baki/AYDIN, Burak: Medenî Usul Hukuku El Kitabı C. I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.416; KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü C. II, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 1484; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.272; KIRAZ, Taylan Özgür: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 29; ASLAN, Kudret: “Medenî Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasının Etkileri”, Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 9(25), 2013, s. 92; YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.154; Yargıtay 14.HD., 28.02.2017, E.2016/10784, K.2017/1505; Yargıtay 14.HD., 08.03.2013, E.2013/619, K. 2013/3423; “Davacı-davalı erkek, kademeli olarak öncelikle nisbi bütlan sebebiyle evliliğin iptali, bu mümkün olmadığı takdirde evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma talebinde bulunmuştur. Davacı – davalı erkeğin kademeli isteklerinden boşanma davası hakkında olumlu ya da olumsuz karar verilmemiştir.” Yargıtay 2.HD., 09.11.2015, E.2015/6743, K.2015/20580 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025).

⁴ KILINÇ, Ayşe: “Bir Yargıtay Kararı Işığında Terditli Dava ve Terditli Davada Hüküm Konusunun İncelenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69(2), 2020, s.546.

⁵ Alman hukukunda yaygın şekilde başvuru terditli dava, davaların yığılmasının bir alt türü olarak ZPO § 260'da düzenlenmektedir. Maddeye göre, davacının aynı davalıya karşı ileri sürdüğü birden fazla talep, farklı sebeplere dayansa bile, ilk derece mahkemesinin bütün taleplere bakmakla görevli olması ve aynı tür davanın açılmasının caiz olması hâlinde talepler tek bir davada birleştirilebilir. Terditli davada davacı, davalıya karşı asli talep ve yardımcı talep olmak üzere iki talepte bulunur ve kural olarak asli talebin reddedilmesi durumunda yardımcı talep mahkemece incelenir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. ROSENBERG, Leo/SCHWAB Karl/GOTTWALD, Peter: Zivilprozessrecht, 15. Auflage, C.H. Beck, München 2013, s. 533 Rn. 1, s. 535 Rn. 19.

⁶ POSTACIOĞLU/ALTAY, s.257.

⁷ Uygulamada sıklıkla başvuru terditli davalara örnek olarak; ilk talep olarak tapu iptalinin ve tescilinin, bu talebin yerinde görülmemesi halinde alacağa hükmedilmesinin istendiği tapu davaları gösterilebilir. “Dava terditli olarak açılmış olup, ilk talep tapu iptal-tescil, bu talebin yerinde görülmemesi halinde 20.000 TL alacağa hükmedilmesine ilişkindir. Mahkemece tapu iptal-tescil talebinin reddine, alacağa yönelik talebin ise kısmen kabulüyle 20.000 TL'nin kabulüne, bozmadan sonra ıslah yapılamayacağından ıslah talebinin reddine karar verilmiştir.” Yargıtay 8.HD., 12.12.2018, E.2018/12122, K.2018/20052 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025). Yine icra memurunun yapmış olduğu işlemin iptaline ilişkin şikâyet ve bunun reddi hâlinde ferî talep olarak istihkak talebinde bulunulan davalarda sıklıkla karşılaşılan terditli davalar arasındadır. “Öncelikle alacaklı vekilinin asli talep olarak bildirdiği şikâyetin incelenmesi, şikâyetin reddi hâlinde bu kez istihkak iddiasının incelenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, aynı süre içerisinde şikâyet başvurusu ve istihkak davası açmak zorunda olan alacaklının hukuki yararının çiğnenmesi sonucunu doğuracağı gibi, ayrı ayrı açılmış olmaları hâlinde istihkak davası şikâyetin sonucunu bekleyeceğinden usul ekonomisi ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. Alacaklının taleplerinin yasal dayanağı İİK'nin 99. maddesi olup, yerel mahkemenin gerekçesinde belirtildiği üzere işyeri devri, alacaklıdan mal kaçırma vs. iddialarının şikâyetinde değil, açılacak istihkak davasında dinlenebileceğinden alacaklının terditli olarak ileri sürdüğü talepler arasında bu anlamda da hukuki bir bağlantı bulunmaktadır. Alacaklının taleplerinin aynı amaca hizmet etmesi iki ayrı talebin bulunmadığı anlamına gelmez. Yukarıda açıklandığı gibi alacaklı icra memurunun işlemine karşı şikâyetinde bulunabileceği gibi istihkak davası da açabilir.” Yargıtay HGK, 10.12.2019, E.2017/8-1917, K.2019/1332 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025). Bunların haricinde iş akdinin feshinin geçersizliğinin tespiti ile işe iadenin asli talep olarak ileri sürüldüğü ancak mahkemenin aksi kanaatte olması hâlinde kudem tazminatı, ihbar tazminatı alacaklarının davalıdan tahsilinin istendiği iş davaları, tasarrufun iptali davasında asıl talep olarak tasarrufun iptal edilmesinin istendiği, bunun reddi halinde muvazaa nedeniyle geçersizlik talebinde bulunulan davalar, murisin tasarruflarının muvazaa asıl talebine bağlı olarak reddinin istendiği bunun reddi halinde tenkisin talep edildiği davalar terditli dava örneklerindendir. “Tenkis davaları ile muvazaaya dayalı iptal davaları ileri sürülüş biçimleri, hukuksal esaslar, kapsamları ve nihayet başta tenkis davası açan kişinin tasarrufun geçerli bulunduğunu zimnen benimsediği düşüncesi akla gelse de, kendi yararına bir hukuki sonuç elde etmek isteyen ve kapsamları farklı hukuki sonuçlar doğurabilecek birden fazla dava açma durumunda bulunan bir kimse bu davalardan birini diğerine tercihan açmaya zorlanamayacağı gibi, yasaların uygulanmasında, hakların korunması doğrultusunda hareket etme gereği karşısında bu davalardan birini açmakla, açık bir irade beyanı olmadan diğerinden feragat edildiğinin kabulü de uygun bulunmamıştır. Miras bırakanın yaptığı temlikli tasarruflardan zarar gören mirasçılar, tenkis davası ile birlikte kademeli olarak veya tenkis davası açtıktan sonra ayrı bir dilekçe ile Borçlar Kanunu'nun 18. maddesine dayalı muvazaa nedeniyle iptal tescil davası da açabilirler.” Yargıtay İBBGK, 22.05.1987, E.1986/4, K.1987/5, RG: 05.10.1987, 19595.

⁸ KURU, s.1484.

asli ve ferî talepler açısından ortak görevli bir mahkemenin de bulunması şarttır⁹.

Terditli davalar, dayandıkları vakıaların aynı veya başka olmasına göre ikiye ayrılır.

İlk olarak terditli davada taleplerin dayandıkları vakıaların aynı olması halinde, asıl talep ile yardımcı (terditli) talebin dayandığı maddi vakıalar aynıdır; yalnız bu vakıaların dayandıkları taleplerin hukuki sebebi değişiktir. Buna örnek olarak davacının ödünç verdiği piyano'nun mevcut ise aynen iadesini, olmadığı takdirde bedeli olan 50.000 TL'nin tahsilini istemesi gösterilebilir. Mahkeme öncelikle piyano'nun aynen iadesine, bu talebi uygun bulmadığı takdirde bedeli olan 50.000 TL'nin davacıya ödenmesine karar verebilir. Terditli dava açılmasıyla, pratik zaruretlerin bir sonucu olarak bazı hâllerde terditli hüküm olarak sayılabilecek durumların ortaya çıkmasını birbirine karıştırmamak gerekir¹⁰. Zira terditli dava sonucunda verilen hüküm terditli değildir. Asıl talep hüküm altına alınmışsa, zaten yardımcı talep hakkında herhangi bir karar verilmeyecektir. Asıl talep reddedilmişse ancak bu durumda yardımcı talep hakkında karar verilecektir. Yardımcı talep de mahkemece esastan reddedilmişse verilen karar menfi tespit hükmü niteliğinde olacaktır.

İkinci olarak taleplerin dayandığı vakıaların değişik olması halinde ise asıl talep ile yardımcı (terditli) talebin hem dayandıkları vakıalar hem de bunların hukuki sebepleri değişiktir. Bu duruma örnek olarak davacının, asıl talep olarak ölüme bağlı bir tasarrufun iptalini istemesi ancak bu yerinde görülmez ise ölüme bağlı tasarrufla devredilen malların tenkisini istemesi gösterilebilir¹¹. Bu durumda, her iki talebin dayandığı vakıalar başka olduğu gibi bunların hukuki nitelendirmesi ve sebepleri de (iptal, tenkis) başkadır¹². Tenkis ve muvazaa nedeniyle iptal-tescil davalarının hukuki sebepleri farklı olsa da dayandıkları vakıalar (dava sebepleri) aynı muvazaa olayıdır. Bu durumda bu iki davayı bağımsız davalar olarak nitelendirmek mümkün değildir¹³.

Davacının dava dilekçesinde aralarında bağlantı bulunmayan birden fazla vakıaya dayanması ve vakıaları terdit ilişkisi içerisinde sunması durumunda terditli davadan söz edilemez. Zira bu durumda davacının talep sonucu tek olmakla beraber, talep sonucunu haklı gösteren ancak birbiriyle bağlantısı olmayan vakıalar terditli olarak ileri sürülmektedir¹⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanun m.111'deki koşulları taşımayan bir dava terditli dava olarak açılmışsa hâkim bu davaların ayrılmasına her zaman karar verebilecektir¹⁵.

III. TERDİTLİ DAVANIN İNCELENMESİ

Terditli davaya bakan mahkeme, davacının dava dilekçesindeki asıl talebi ile yardımcı talebi arasında bir bağlantı bulunması ve her iki talebin de hukuki ve ekonomik bakımdan aynı veya benzer amaca yönelmiş olması durumunda, ilk önce asıl talep hakkında inceleme yapar. Bu talebi yerinde bulursa, yardımcı (terditli)

⁹ KURU, s.1494; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.357; ERUYGUR, Kemal Haluk/ERDEM, Abdullah: "Terditli Dava Taleplerinde Dava Şartı Arbuluculuk", Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2024, s.1-18; "Terditli (kademeli) davalarda (6100 Sayılı HMK 111. md), davacı aynı davalıya karşı aralarında hukuki veya ekonomik bağlantı bulunan birden fazla talebini aralarında asıllık ve fer'ilik ilişkisi kurarak aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Terditli davalardaki taleplerden biri asıl taleptir; ikincisi fer'i taleptir. Davacı, ilk önce asıl talep hakkında karar verilmesini ister, yardımcı talebini ise asıl talebin reddedilmesi ihtimali için yapar. Mahkeme de davacının asıl talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer'i talebi inceleyemez ve karara bağlayamaz. Terditli davalarda görev hususu asıl talebe göre belirlenmelidir. Görev, kamu düzeni ile ilgili olduğundan iddia ve savunma olarak ileri sürülmesi bile bu hususu mahkeme resen gözeteneğinden asıl talebin reddine karar verilmesi halinde Mahkemece fer'i talebe dair görev hususunun değerlendirilmesi mümkündür. Somut uyuşmazlık incelendiğinde, dilekçeler teatisi aşamasında gerek dava dilekçesi gerek süresi içerisinde ve HMK'nun 141/1. maddesine uygun olarak sunulan cevaba cevap dilekçesindeki anlatımlara göre; davacı taraf, davaya konu taşınmazın bağış olarak devredildiğini, boşanma ilamıyla sabit olduğu üzere davalı kadının güven sarsıcı ve sadakat yükümlülüğünü ihlal eden davranışlarda bulunması ve aile birliğine karşı vazifelerini önemli surette yerine getirmediklerinden evlilik birliğinin sona erdiğini belirterek bağıştan rücu sebebine dayalı tapu iptal ve tescil, bu mümkün olmadığı takdirde mal rejiminin tasfiyesi ile alacak istemiştir. Davacının asıl talebi bağıştan rücu sebebine dayalı tapu iptal ve tescil olup, asıl talep hakkında bir karar verilmeden fer'i talebin incelenmesi mümkün değildir. Asıl talebin kanuni dayanağı ise 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 295 vd. maddeleri (818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 244 vd. maddeleri) olduğuna göre, uyuşmazlığın çözüm yeri genel mahkemelerdir. Mahkemece, davanın kaldığı yerden devamı ile talep hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 8.HD., 22.11.2016, E.2016/22, K.2016/15934 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025).

¹⁰ KURU, s.1494. İİK m.24'e göre taşınır teslimine ilişkin ilamların icrasında taşınır borçlunun yedinde bulunmazsa ilamda yazılı değeri alınır. Vermezse ayrıca icra emri tebliğine hacet kalmaksızın haciz yoluyla tahsil olunur. Taşınır malın değeri, ilamda yazılı olmadığı veya ihtilaflı bulunduğu takdirde, icra memuru tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunur; Keza işe iade davalarında, 4857 İş Kanunu m. 21'e göre işçinin kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren on gün içinde işe başlatılmak üzere başvuruda bulunmasına rağmen işverenin kendisine tanınan bir aylık süre içinde işçiyi işe başlatmaması halinde en az dört en çok ise sekiz aylık ücret tutarında tazminat ödemesi gerekir. Bu ise İş Kanunu m. 21/2 ve m. 21/4 çerçevesinde işe iade kararında ayrıca belirtilir.

¹¹ "Miras bırakanın yaptığı temlikli tasarruflara karşı bundan zarar gören mirasçılar tenkis davası ile birlikte kademeli olarak veya ayrı bir dilekçe ile muvazaa hukuksal nedenine dayanarak tapu iptal-tescil davası açabilirler." Yargıtay İBK, 22.05.1987, E.1986/4, K.1987/5 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025).

¹² "Mahkemece, davacıların ilk talebi olan tapu iptali-tescil isteklerinin kabulüne karar verilmiş; terditli olarak talep edilen tenkis isteği bakımından ise davanın reddine karar verilmiştir. Hemen belirtilmelidir ki, dava dilekçesinin içeriği ve iddianın ileri sürülüş biçiminden açılan davada öncelikli isteğin "tapu iptali ve tescil" olduğu anlaşılmaktadır. Davacıların ilk sıradaki talebi olan tapu iptali-tescil istekleri mahkemece yerinde görülmediği takdirde terditli talep olan "tenkis" isteği üzerinde durulması gerekirken; tapu iptal-tescil talebi kabul edildiği halde, terditli talep olan tenkis isteği yönünden de davanın reddine karar verilmesi ve tenkis talebi reddedildiği gerekçesiyle davalı lehine vekalet ücretine hükmedilmiş olması doğru değildir." Yargıtay 1.HD., 28.09.2020, E.2019/1989, K.2020/4501 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025).

¹³ KURU, s.1485.

¹⁴ PEKCANİTEZ, s.1083.

¹⁵ MUŞUL, s.77 vd.

talebin incelenmesine gerek kalmaz¹⁶. Asıl talep yerinde görülmezse mahkemenin bu kanaatini bir ara kararıyla açıklaması gerekmez; bu süreç tamamen hâkimin ya da mahkemenin karar verme sürecinde bir kesit olup, herhangi bir kararla taraflara özellikle duyurulmasına gerek yoktur. Zira hâkim, her iki taleple ilgili tahkikat aşamasını ortak bir biçimde bir arada yürütür ve delilleri birlikte değerlendirerek bir karara varır. İşte karar verme sürecinde hâkim, öncelikle asıl talep konusunda bir kanaate varmaya çalışacak, bu talep konusundaki kanaati olumsuz yönde oluştuğunda, yardımcı talebi inceleyip o konuda bir sonuca varacak ve tek bir karar verecektir¹⁷. Terditli davada davacının asıl talebi hüküm altına alınmışsa yardımcı talep hakkında zaten herhangi bir karar verilmesine gerek kalmayacaktır. Ancak asıl talebi reddedilmişse ancak bu durumda yardımcı talebi hakkında karar verilecektir¹⁸.

Mahkemenin terditli davada yapacağı tahkikat, yardımcı talep de aynı vakıya dayandığı veya aslı taleple bağlantılı olduğu için, talebin ayrı bir dava konusu yapılmasına göre daha kolay olacaktır. Bunun neticesinde karar vermesi de, yardımcı talebin ayrı bir dava konusu yapılması haline oranla çok daha kolay olacaktır.

Terditli davayı, davacının dava dilekçesinde terditli olarak birden fazla vakıya dayandığı davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) ile karıştırmamak gerekir¹⁹. HMK m. 110'da düzenlenen davaların yığılması hali, davacının, aynı davalıya karşı birden fazla bağımsız vakıya dayalı aslı talebini, aynı dava dilekçesi ile hep birlikte talep etmesidir. Bu durumda davacının talepleri arasında, terditli davadaki gibi bir aslilik-ferilik durumu söz konusu olmaz²⁰. Başka bir ifade ile birleşen talepler birbirinin ikamesi değildir²¹. Bu dava çeşidinde taleplerin tümü birbirinden bağımsız, eşdeğer ve aynı derecede öneme sahiptir. Her bir talep farklı edimlerin gerçekleştirilmesine yönelmiştir. Görünüşte tek dava, gerçekte ise talep sayısınca dava mevcuttur. Davacının ulaşmak istediği birden çok talep sonucunun hepsi birbirine eşdeğerdir, aralarında herhangi bir tercih sıralaması yoktur. Burada davacı birden çok talep ileri sürmekte ve hepsi hakkında karar verilmesini istemektedir²². Bu nedenle görünüşte tek hüküm olsa bile, gerçekte talep sayısınca hüküm mevcuttur. Mahkeme, taleplerin tümü hakkında ayrı ayrı karar vermek ve bunları hüküm fıkrasında göstermek zorundadır²³. Mahkemenin, taleplerin tümü hakkında tek ve aynı şekilde karar verme zorunluluğu

¹⁶ “Terditli (kademeli) davalarda, davacı aynı davalıya karşı aralarında hukuki veya ekonomik bağlantı bulunan birden fazla talebini aralarında aslilik ve fer’ilik ilişkisi kurarak aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Terditli davalardaki taleplerden biri asıl taleptir; ikincisi fer’i taleptir. Davacı, ilk önce asıl talep hakkında karar verilmesini ister, yardımcı talebini ise asıl talebin reddedilmesi ihtimali için yapar. Mahkeme de davacının asıl talebinin esaslanarak karar vermedikçe, fer’i talebi inceleyemez ve karara bağlayamaz. Somut olayda, davacılar dava dilekçesinde tasfiyeye konu taşınmazların tapu kayıtlarının iptali ile davacılar adına tescilini, mümkün olmaması halinde mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacağın tahsiline karar verilmesini istemişlerdir. Mahkemece, davacıların aslı talebi olan tapu iptali ve tescil isteği hakkında olumlu olumsuz bir karar verilmeden, doğrudan alacak talebi hakkında karar verilmiştir. O halde, mahkemece, yukarıda bahsedilen ilkeler ışığında, HMK 297. madde uyarınca, davacıların terditli talepleri hakkında ayrı ayrı olumlu-olumsuz bir karar verilmesi gerekirken, bu hususlar göz önüne alınmadan karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2.HD., 21.03.2022, E.2021/859, K.2022/2625 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025).

¹⁷ KURU, s.1484.; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.272; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.347; “6100 sayılı HMK’nın 111. maddesi gereğince birleştirilen terditli davada davacının talebindeki sıraya uygun şekilde öncelikli talebi olan tapu iptali ve tescil istemi incelenmiş ise de ikinci kademede terditli talebi olan muhdesat bedellerinin tahsili istemi konusunda 6100 sayılı HMK’nın 26 . maddesi gereğince inceleme yapıp karar verilmesi gerekirken, bu konuda olumlu olumsuz bir karar verilmemesi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 14.HD., 17.01.2017, E.2016/10860, K.2017/307 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025).

¹⁸ KURU, s.1494; TEKÇE BARUT, s.46; “Dava, arsa sahiplerinden bağımsız bölüm satın alanın açtığı tazminat, mümkün olmaz ise mesken bedelinin tahsili ve senet iptali istemine ilişkindir. HMK’nın 111/2 maddesi, “Mahkeme, davacının aslı talebinin esaslanarak reddine karar vermedikçe, fer’i talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz.” hükmünü içermektedir. Somut olayda mahkemece, davacının HMK’nın 111. maddesi uyarınca terditli olarak öne sürdüğü taleplerinden ilki kabul edilmiş, ancak, aynı maddenin 2. fıkrasına aykırı şekilde, bu talep ile birlikte, öne sürülen ikinci talep içerisinde yer alan, senet iptaline de karar verilmiş olmasında isabet bulunmamıştır.” Yargıtay 23.HD., 29.03.2018, E.2015/3180, K.2018/2506 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025).

¹⁹ AKSOY, Elif: “Objektif Dava Birleşmesi”, Türkiye Barolar Bbirliği Dergisi, (117), 2015, s.203; BUDAK/KARAASLAN, s.153; KURU/AYDIN, s.21; ERUYGUR/ERDEM, s.9; KURU, s.1494.

²⁰ “Usul hukuku ilkeleri çerçevesinde değerlendirildiğinde davacı, davalıya karşı birbirinden bağımsız olan birden fazla aslı talebini aynı davada birleştirebilir, yani birden fazla davalıyı aynı dava dilekçesiyle açabilir. Bir başka anlatımla dava yığılması bir davada aynı taraflar arasında birden fazla talebin ileri sürülmesi, yani aynı taraflar arasında birden fazla talep sonucunun mahkeme önüne sunulması amacıyla getirilmesidir. Dava yığılmasında görünüşte tek dava var iken gerçekte talep sayısınca dava mevcuttur ve söz konusu bu birden fazla talepler birbirinden bağımsızdır. Taleplerin birbirinden bağımsız olması, diğer deyişle mahkemenin önünde birden çok talep sonucu bulunması sebebiyle mahkemenin her bir talebi ayrı ayrı incelemesi ve her biri için ayrı hüküm kurması gerekir. Bu gereklilik çerçevesinde varılan önemli sonuçlardan biri de kendisini vekâlet ücretinin, her bir talep için ayrı ayrı takdir edilmesi noktasında gösterir. Gerçekten de dava yığılmasında her bir talebin tek başına dava edilme olanağı bulunduğu göre, her bir talep bakımından da ilgisi yararına ayrı ayrı vekalet ücreti takdir edilmesi gerekir. Somut olaya döndüğünde asıl dava davacısı, asıl dava davalısı aleyhine tek dilekçeyle fakat davaların yığılması niteliğinde olmak üzere, tecavüzün önlenmesi ve tazminat konulu iki aslı talep içeren bir dava açmıştır; tazminat talebi tecavüzün önlenmesi talebinin fer’i niteliğinde de değildir. Bu taleplerin her birinin ayrı ayrı reddedilmiş olması sebebiyle her bir talep bakımından davalı yararına vekâlet ücreti takdiri gerekir.” Yargıtay HGK, 09.11.2016, E.2014/11-1307, K.2016/1045 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025).

²¹ KIRTILOĞLU, Serhat: “Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18(3), 2014, s.159.

²² AKSOY, s.206.

²³ “Davacı vekilince, Hakem Heyeti tarafından verilen 10287 ve 10294 sayılı dosyalarda verilen kararların iptali talep edilmiş, mahkemece 10287 sayılı dosya yönünden verilen Heyet kararı iptal edilmiş ise de 10294 sayılı dosya yönünden ilk derece mahkemesi olumlu veya olumsuz bir karar vermemiştir. HMK 110 maddesi uyarınca ‘dava yığılması’ metoduyla, aslında bağımsız olarak ileri sürülebilecek birden fazla talebin aynı dava içerisinde ileri sürülmesi mümkün olup, mahkemece her bir bağımsız istem hakkında ayrı ayrı karar verilmesi gerekmekte ise de, taleplerden biri hakkında karar verilmemiş olması halinde mahkemenin hakkında karar verilmeyen talep yönünden dosyayı yeniden esasa kayıt etmesi ve talep hakkında hüküm kurması gerekmekte olup,

yoktur. Dava şartları, her bir talep bakımından ayrı ayrı belirlenir. Ayrıca, birlikte ileri sürülen talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağın bulunması da şart değildir. Davaların yığılmasının terditli dava ile ortak yönü delillerin ikamesi ile tahkikat aşamasıdır²⁴.

IV. TERDİTLİ DAVADA TALEPLERİN AYRILMASI

Kanun koyucu davaların ayrılmasını HMK m.167’de “Davaların ayrılması” başlığı altında düzenlenmiştir. Madde gereğince mahkeme, yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için, birlikte açılmış veya sonradan birleştirilmiş davaların ayrılmasına, davanın her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden karar verebilir. Bu durumda mahkeme, ayrılmasına karar verilen davalara bakmaya devam eder.

Davanın ayrılmasının şartlarını düzenleyen HMK m.167 hükmünde davaların ayrılarak görülebilmesi için öncelikle genel bir sebep düzenlenmiştir. Buna göre davaların ayrılması için en önemli sebep yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesinin sağlanmasıdır. Bu genel sebebe ilave olarak bir davanın ayrılabilmesi için davaların birlikte açılmış veya sonradan birleştirilmiş olması koşullarının da aranacağı madde metninde kaleme alınmıştır.

Davanın ayrılmasına ilişkin HMK m.167’de belirtilen koşullar, terditli dava için ele alınacak olursa; öncelikle terditli dava, dayanağı HMK m.111 olan, aynı dava dilekçesi ile aynı mahkemede açılan, birbirinden bağımsız vakıa ve taleplerin sözkonusu olmadığı sadece talepler arasında aslilik-ferilik ilişkisi bulunan bir dava türüdür. Bu bakımdan davaların ayrılması şartları arasında sayılan, birbirinden bağımsız ancak birlikte açılmış veya sonradan birleştirilmiş bir dava çeşidi değildir. Bu bakımdan HMK m.167’de davaların ayrılmasına ilişkin öngörülen koşullar, terditli davaya ilişkin HMK m.111 düzenlemesiyle bağdaşmaz.

Buna ilave olarak birbirine bağımlı taleplerden oluşan terditli dava söz konusu olduğunda, talepleri birbirinden bağımsız gibi düşünerek ayrı bir dava haline getirmenin iyi bir yargılamaya hizmet edip etmeyeceği şüphelidir. Madde metninde davaların ayrılmasının yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için düzenlendiği ifade edilmiş olmasına rağmen, birbirine tamamen bağımlı, birbirinin ikamesi şeklindeki taleplerin ayrı ayrı incelenip karara bağlanmasının, yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesine ve usul ekonomisine katkı sağlamayacağı kanaatindeyiz.

Terditli davada taleplerin ayrılması durumu usul ekonomisi bağlamında ele alınacak olursa terditli bir davada ayırma kararı verilmesi durumunda ayrılan dava veya davalar o mahkemenin esasına ayrıca kaydedilecek ve eski kayıt ile yeni kayıt birbiriyle ilişkilendirilecektir. İlk kayıt o dosyada kalan kısma münhasır olacaktır. Devamında ayrılan davanın dosyası ilk dosyada bu kısımlara ait yazıların tamamının onaylı suretleri konularak yeniden oluşturulmaktadır. Ayrılan davalar bakımından daha önce tek karar ve ilam harcı alınmış ise her biri için ayrıca harç alınır; daha önce alınan harç ayrılmış davaları da kapsıyorsa yeniden harç alınmaz. Ayrılıp yeni esas numarası alan her dava için başvuru harcı alınır. Ayırma işlemleri için yapılan masraflar ile ayrılan dosyanın duruşma gününün tebliği için gerekli olan masraf ana dosyanın gider avansından karşılanır. Gerekğinde gider avansı tamamlattırılır (HMK Yönetmeliği m.63/2-3). Neticeten terditli davanın ayrılması halinde usul ekonomisinin sadece basitlik ve zaman unsurlarının değil taraflara getireceği ek külfet göz önünde bulundurulduğunda ekonomik olma unsurunun da zedeleneyeceği açıktır.

Davayı inceleyen mahkeme, terditli olarak açılan talep ve davalar yönünden aralarında hukuki veya ekonomik yönden bağlantı bulunmadığına kanaat getirirse, davaların ayrılmasına karar verebilecektir. Buna karşın uygulamada, birbiriyle bağlantılı birden fazla talep ileri sürülerek davanın terditli şekilde açılmasına rağmen, bu taleplerden sadece biri ya da birkaçı hakkında karar verilmesi gerektiğinde, HMK m.167’nin verdiği imkandan faydalanılarak terditli olarak ileri sürülmüş olan taleplerin birbirinden ayrılarak buna ayrı bir esas numarası verildiğine rastlanmaktadır²⁵. Bunun devamında birbirinden ayrılan talepler her biri ayrı bir dava konusu olacağı için, ayrı açılmış bir dava şeklinde görülerek asli talep ayrımı gözetilmeksizin tahkikat işlemlerine girişilebilmekte ve karara bağlanabilmektedir. Diğer bir ihtimal olarak ise mahkeme, ayırma kararı verdiği yardımcı talebe ilişkin davayı, asıl taleple ilgili dava açısından bekletici mesele yaparak asıl talep ile ilgili kararından sonra ayrıca karara bağlayabilmektedir.

Bu uygulama Alman hukukundaki kısmi hükmü çağrıştırmaktadır²⁶. Alman Usul Kanunu ZPO 301.

mahkemece esasa ilişkin bir karar verilmeden kararın denetlenmesi mümkün görülmediğinden temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 11.HD., 03.03.2017, E.2016/13685, K.2017/1263 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025).

²⁴ MUŞUL, s.103; TANRIVER, s.626 vd.; TEKÇE BARUT, s.46; KIRTILOĞLU, s.136.

²⁵ “Ön inceleme aşaması bitmiş olmakla tahkikat aşamasına geçilmesine, tahkikatın HMK’nın 140/3 maddesi uyarınca ön inceleme tutanağı esas alınarak yürütülmesine..., Tenkis talebi yönünden dosyanın tefriki ile ayrı bir esasa kaydedilmek suretiyle vasiyetnamenin iptaline ilişkin işbu davanın bekletici mesele yapılmasına...” Beykoz Asliye Hukuk Mahkemesi, 30.11.2023, E.2023/153; “...Mahkememizce haczin İİK.nun 97. Maddesi uyarınca yapılmış sayılmasına ilişkin kararının iptali ile haczin İİK.nun 99. maddesi uyarınca yapılmış sayılmasına karar verilmesine yönelik şikayet tefrik edilerek eldeki 2022/649 esas sırasına kaydı yapılmış, istihkak davasına ise mahkememizin 2022/639 esas sayılı dosyasında devam edilmiştir.” Adana 3. İcra Mahkemesi, 30.01.2025, E.2022/639, K.2025/57.

²⁶ Kısmi hüküm, dava konusunun bir kısmı hakkında karar verilip, kalan kısım ile ilgili olarak yargılamaya belli şartlar altında devam edilmesi, diğer bir ifade ile davacının talebinin bir kısmı hakkında nihai karar verilip kalan kısmı hakkında yargılamaya devam edilmesini konu edinir. Özellikle dava konusunun karar vermeye elverişli hale gelmiş, olgunlaşmış olan kısımları hakkında hüküm verilmesine olanak tanıyarak dava malzemesinin ve uyuşmazlığın sınırlandırılması ve çözümünü sağlamak üzere basitleşmesini sağlamak, aynı zamanda davacı açısından dava ile elde etmek istediği menfaatin, davalı açısından ise davaya ilişkin savunmaları bağlamında haklı olunan ve olunmayan kısımların belirlenerek, tarafların en kısa sürede yargılamadan beklediği sonucu sağlamak

maddesinde “kısmi hüküm” başlığı altında düzenlenen maddeye göre bir davada ileri sürülen birden fazla talepten yalnız biri veya bir kısmı, karşı davada ise asıl dava veya karşı dava kesin hükümle karara bağlanacak olgunluğa ulaşmış ise mahkemece bu talep veya miktar bakımından nihai hüküm (kısmi hüküm) verilir. Birleştirilmiş bir alacağın, dayanağı, miktarı uyumsuzluk konusu olan bir kısmı hakkında esasa ilişkin hüküm verilebilecek duruma gelinmiş ise mahkeme buna ilişkin kısmi karar verilebilir. Mahkeme, olayın özelliklerine göre kısmi hükmün verilmesini uygun görmezse, takdir yetkisi gereğince kısmi hüküm vermek zorunda değildir.

Alman hukukunda hal böyle olmakla birlikte Türk hukukunda terditli davada, birbirinin ikamesi olabilecek birden fazla talepler ileri sürülmesini rağmen bunlara ilişkin tek bir karar verilebileceğinden, ileri sürülen bu taleplerin önce bir kısmı hakkında karar verilmesi, karşı dava açılmış olan hâllerde ve asıl dava veya karşı davadan biri hakkında diğerinden önce karar verilmesi şeklinde kısmi hüküm kurulamaz²⁷. Zaten hukukumuzda buna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır²⁸.

Doktrinde terditli davanın tanımı gereği, taleplerin ayrılmasının söz konusu olmayacağı, başka bir ifadeyle, terditli olarak ileri sürülen taleplerden birinin diğer talepten ayrılarak başka bir dava dosyası kapsamında görülmeye başlanmasının mümkün olmayacağı kabul edilmektedir. Zira böyle bir durumda ilk davanın terditli dava olmaktan çıkmış olacağı belirtilmektedir²⁹. Ayrıca terditli talep yığılması ile ilk sağlanmak istenen amacın usul ekonomisi olduğu, asıl ve yardımcı talepler bakımından davaların ayrılması ve asıl talebin yardımcı talep hakkında karar verilebilmesi için bekletici sorun hâline getirilecek olmasının beklenen bu temel amacı gerçekleştiremeyeceği ileri sürülmektedir³⁰. Son olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.111 uyarınca “... aynı dava dilekçesinde...” ifadesi ile kanun koyucunun asli ve ferî nitelikteki talepler bakımından davaların ayrılabilirliğini düşünmediği vurgulanmaktadır³¹.

V. TERDİTLİ DAVADA TALEPLERİN AYRILMASININ YARGILAMADA ORTAYA ÇIKARILABİLECEĞİ SORUNLAR

Terditli davanın tanımının yapıldığı HMK m.111/2 fıkrasında mahkemenin, davacının asıl talebinin esastan reddine karar vermedikçe, yardımcı talebini inceleyemeyeceğini ve hükme bağlayamayacağı düzenleme altına alınmıştır. Davayı inceleyen mahkemenin, terditli olarak açılan talep ve davalar yönünden aralarında hukuki veya ekonomik yönden bağlantı bulunmasına rağmen davayı ayırma kararı vermesi hem yargılama açısından hem de yargılama giderleri ve vekalet ücreti yönünden sorunlara neden olacaktır.

A. Yargılama Açısından Ortaya Çıkabilecek Sorunlar

Terditli dava, taleplerin kademeli olarak birbiriyle bağlantılı şekilde sunulduğu bir dava türüdür. Talepler arasında aslilik-ferilik ilişkisi olduğundan, mahkeme bu talepleri tek bir dava kapsamında ve belirli bir sırayla incelemekle yükümlüdür. HMK madde 111/2 uyarınca, asli talep hakkında karar verilmeden feri taleplere geçilemez. Bu nedenle, mahkemenin terditli davada talepleri birbirinden ayırarak ayrı davalara haline getirmesi, bu dava türünün yapısına ve amacına aykırıdır. Terditli davanın temel amacı, usul ekonomisi sağlamak ve bağlantılı talepleri tek bir süreçte çözmektir. Davaların ayrılması, daha çok birleşen davalara veya bağımsız taleplerin birleştiği durumlarda söz konusu olabilir, bu nedenle terditli dava için geçerli bir seçenek değildir.

Terditli şekilde açılan davaya bakan mahkemenin, talep ve davalara yönünden aralarında hukuki veya ekonomik yönden bağlantı bulunmasına rağmen talepleri ve davayı ayırma kararı vermesi öncelikle asıl talebe ilişkin davanın mı yoksa yardımcı talebe ilişkin davanın mı inceleneceği konusunda sorunlara neden olabilecektir. Terditli davaya bakan mahkeme, hüküm kurarken asıl talebi neden reddettiğini ve yardımcı talebi neden kabul ettiğini net bir şekilde açıklama imkanına sahiptir. Bu sayede birbiriyle bağlantılı taleplerden ilkinin reddedilme gerekçesi daha anlaşılır hale gelir ve çelişkili kararın ortaya çıkması, terditli taleplere ilişkin yapılacak gerekçelendirme ile önlenmiş olur.

Buna rağmen mahkemenin aralarında bağlantı bulunan talepleri ve davayı ayırma kararı vermesi, ayırdığı davalara ilişkin yapacağı yanlış bir değerlendirme aralarında bağlantı bulunan uyumsuzluğa ilişkin birbirine zıt farklı kararların ortaya çıkmasını neden olabileceği gibi, önce karara bağlanacak davanın neticesinin, sonra karara bağlanacak davayı konusuz bırakmasına neden olabilecektir.

Terditli davada asıl ve yardımcı talepler farklı hukuki gerekçelere dayanabilir. Mahkemenin davaları ayırması iki farklı talep içinde aslında ortak olan delillerin, ayrılmış davaların tahkikat aşamalarında ayrı ayrı yeniden toplanmasına neden olabilecektir. Bu durum usul ekonomisine aykırılık teşkil edecektir.

Sonuç olarak, aralarında sıkı bir bağ bulunan taleplere dayalı olarak açılan terditli davalarda

amacını güder. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAKMAK, Gonca Duygu, Medeni Usul Hukukunda Kısmi Hüküm ve Kısmi Kesinleştirme, Arsito Yayınevi, İstanbul 2021, s.4.

²⁷ MUŞUL, s.192

²⁸ Kısmi hükümle tali talep hakkında karar verilmesi HMK md.111/2 uyarınca mümkün olmamakla birlikte, eğer dava sebepleri aynı zamanda karşılıklı ve birbirinin alternatifi olarak ileri sürülmüş ise, bu durumda usuli olarak birbirinden bağımsız iki talep hakkında kısmi hüküm ile karar verilmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKİL, Cenk: “Genel Hatlarıyla Alman Medeni Yargılama Hukukunda Kısmi Hüküm”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İÜHFMD)70(1), s.191. Sadece HMK’nın tahkim hükümleri arasında yer alan 436. maddenin II. fıkrasına göre “Aksi kararlaştırılmadıkça hakem veya hakem kurulu kısmi kararlar verebilir. Şeklinde hüküm yer almakta olup hukuk mahkemelerinde gerçekleşen yargılamada bu hükmün uygulanması mümkün değildir.

²⁹ TEKÇE BARUT, s.46.

³⁰ TEKÇE BARUT, s.46.

³¹ BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, AÜHF Yayınları, Ankara 1979, s.399; BULUT, Uğur: Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.192.

mahkemenin ayırma kararı vermesi, delillerin toplanması ve kararın gerekçelendirilmesi aşamalarında ciddi sorunlara neden olabilecektir.

B. Yargılama Giderleri ve Vekalet Ücreti Açısından Ortaya Çıkabilecek Sorunlar

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. maddesinde, davadaki hangi masrafların yargılama gideri olarak kabul edildiği ayrı ayrı sayılmak suretiyle belirlenmiştir³².

Yargılama giderlerinden sorumluluğu düzenleyen HMK m. 326 uyarınca kanunda yer alan istisnai haller dışında bütün dava masraflarından haksız dava açan veya haksız olarak aleyhine dava açılmasına sebebiyet veren kişinin sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

Terditli davada talepler birbiri ile bağımlı olduğundan, her talep için ayrı ayrı yargılama giderlerine ve vekâlet ücretine hükmedilmez. Zira terditli dava sonucunda mahkemeye terditli olarak ileri sürülen taleplerden yalnız biri hakkında ve tek bir hüküm kurulacağı için haksız çıkan taraf tek bir vekalet ücreti ve yargılama gideri ödemeye mahkûm edilir³³.

Terditli davada davacının gerek asıl talebinin gerekse de yardımcı talebinin kabul edilmiş olması karşı tarafın yargılama giderleri ve vekalet ücretinden sorumlu tutulması için yeterlidir³⁴. Terditli davalarda, tüm kademeli talepler reddedilmedikçe karşı taraf lehine vekalet ücretine hükmedilemez.

Terditli davada davacının asli ve ferî nitelikteki taleplerinin değeri para ise veya parayla ölçülebiliyorsa, ayrıca taleplerin değerleri birbirinden farklı ise vekâlet ücreti kabul edilen talebe göre belirlenecektir. Hem asıl talebin hem de yardımcı talebin reddedilmesi halinde yine tek vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekir. Bu durumda vekâlet ücreti belirlenirken reddedilen taleplerin toplam değeri esas alınmalıdır³⁵.

Terditli olarak ileri sürülen taleplerin paraya ilişkin olmadığı durumlarda, haklı taraf lehine maktu vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekir. Buna karşın terditli olarak ileri sürülen talepler para veya para ile ölçülebiliyorsa (örneğin tapu iptali ve tescili davası) bu durumda nispi vekalet ücretine hükmedilmelidir³⁶.

Hal böyle olmakla birlikte davacının terditli dava taleplerinin uygulamada rastlandığı üzere mahkemece birbirinden tamamen ayrılarak incelenmesi durumunda bir başka sorun da vekalet ücretine ilişkindir. Buna göre, taleplerin ayrılması durumunda iki farklı esas numaralı dosyaya bağlı olarak iki farklı karar ortaya çıkacaktır³⁷. Bu durum her bir dosya için ayrı ayrı yargılama gideri ve vekalet ücreti doğmasına neden olacaktır. Bu netice ise en başta açılan terditli davanın niteliğine aykırı olacağı gibi kanun koyucunun

³² Yargılama giderleri; a) Başvurma, karar ve ilam harçları, b) Dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri, c) Dosya ve sair evrak giderleri, ç) Geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler, d) Keşif giderleri, e) Tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler, f) Resmi dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler, g) Vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır bulundukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu hâlde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri, ğ) Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti, h) Yargılama sırasında yapılan diğer giderler şeklinde belirlenmiştir.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. RÜZGARESEN, Cumhur: "Terditli Davada Yargılama Harç ve Giderleri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(3), 2020, s.1007; "Davacının ilk talebi tapu iptal-tescil, bu talebin yerinde görülmemesi halinde 20.000 TL alacağı hükmedilmesine ilişkindir. Mahkemece tapu iptal-tescil talebinin reddine, alacağı yönelik talebin ise kısmen kabulü ile 20.000 TL'nin kabulüne, bozmadan sonra ıslah yapılamayacağından ıslah talebinin reddine karar verilmiştir. Terditli (kademeli) olarak açılan davalarda ilk talebin reddine bağlı olarak ikinci talep hakkında kabul kararı verilmesi durumunda iki ayrı dava için iki ayrı harç ve yargılama giderlerine hükmedilemez. İkinci talep hakkında verilen karara göre harç, vekalet ücreti ve diğer yargılama giderleri hakkında hüküm kurulur." Yargıtay 8.HD., 12.12.2018, E.2018/12122, K.2018/20052 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025).

³⁴ "Davacı baba, kademeli (terditli) olarak dava açmış, öncelikle müşterek çocuğun velayetinin davalı anneden alınarak kendisine verilmesini, bu talebi kabul edilmediği takdirde ise müşterek çocuk ile kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesini istemiştir. Davacı babanın velayetin değiştirilmesine dair talebi reddedilmiş, ancak kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesine yönelik talebi kabul edilerek karar verilmiştir. Davada kısmen kabul söz konusu değildir. Dava terditli olarak açılmış olup; iki ayrı dava değil, tek dava vardır. O halde davacının kademeli talebi kabul edildiğinden davacı yararına karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca maktu vekalet ücreti takdiri ve yapmış olduğu yargılama giderlerine hükmedilmesi gerekirken, davalı yararına vekalet ücreti ve yargılama giderlerine karar verilmesi doğru görülmemiştir." Yargıtay 2.HD., 14.12.2016, E.2016/21587, K.2016/15987 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025).

³⁵ RÜZGARESEN, s.1015; TEKÇE BARUT, s.173.

³⁶ RÜZGARESEN, s.1015; ALDEMİR, Hüsnü: Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.1105; TEKÇE BARUT, s.173.

³⁷ İcra mahkemesinde terditli dava şeklinde açılan ve asıl talep olarak şikâyet ve yardımcı talep olarak ise istihkak talep edilen bir davada, mahkeme öncelikle davayı tefrik etmiş, davacının her bir talebi ayrı dosya haline getirilmiş, sonrasında da mahkeme her iki davayı da reddederek davacıyı ikişer kez yargılama gideri ve vekalet ücretine mahkûm etmiştir; "Mahkememizce haczin İİK.nun 97. Maddesi uyarınca yapılmış sayılmasına ilişkin kararının iptali ile haczin İİK.nun 99. maddesi uyarınca yapılmış sayılmasına karar verilmesine yönelik şikâyet tefrik edilerek mahkememizin 2022/649 esas sırasına kaydı yapılmış olup, yapılan yargılama sonunda 14/04/2023 tarihli 2023/204 sayılı karar ile, Şikâyetin REDDİNE, -Alınması gerekli 262,30 TL harçtan, dava açılırcın yatırılan 117,70 TL harcın mahsubu ile bakiye kalan 144,60 TL harcın davacıdan tahsili ile hazineye irad kaydına, -Karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT uyarınca hesaplanan 2.100,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı alacaklıya verilmesine..." Adana 3. İcra Mahkemesi, 30.01.2025, E.2022/639, K.2025/57; "...davacı şirketin, mahcuz malların kendisine ait olduğu yönündeki iddiaları soyut nitelikte olup davacı tarafından somut bir delil ibraz edilmediğinden mülkiyet karinesinin aksinin davacı 3.kişi tarafından ispat edilemediği anlaşılmış bu nedenle İstihkak Davasının REDDİNE, Başvuru harcı peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına, -Davacı tarafından dava açılırcın yatırılan 1.172,16 TL Peşin harçtan 615,40 TL maktu peşin harcın mahsubu ile fazla yatırılan 556,76 TL harcın karar kesinleştiğinde ve talep halinde davacıya iadesine, -Karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT uyarınca asıl alacak değeri üzerinden hesaplanan 12.000,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı alacaklıya verilmesine, -Davacı tarafından yapılan yargılama giderlerinin üzerinde bırakılmasına karar verilmiştir." Adana 3. İcra Hukuk Mahkemesi, 14.04.2023, E.2022/649, K.2023/204.

amacı ve usul ekonomisi ile de çelişecektir³⁸.

Vekalet ücretine ilişkin ortaya çıkabilecek sorunu somutlaştırmak gerekirse, terditli şekilde açılan davada mahkeme davayı ayırmış ve davacının asıl talebi hakkında kabul kararı vermiş olsun, bu durumda doğal olarak vekalet ücreti ve yargılama giderleri karşı tarafa yüklenecektir. Bundan sonraki aşamada ayrılan yardımcı talebe ilişkin dava konusuz kalmış olsa bile yargılama giderlerine ve vekalet ücretine ilişkin ikinci bir karar verilerek zorunda kalınacaktır³⁹.

Aksi durumda davacının terditli davadaki asıl talebinin reddedildiği takdirde ise davacı ayrılan yardımcı talebinde haklı çıksa dahi en başta asıl talebinde haksız çıktığı için karşı taraf lehine vekalet ücreti ve yargılama giderlerini ödemek zorunda kalacaktır. Sonradan lehine çıkan yardımcı talebi neticesinde hak kazanacağı vekalet ücreti ve yargılama giderlerini tahsil etmekle uğraşacaktır. Bu durum ise terditli davada tek bir hüküm verilir ve tek bir vekalet ücretine hükmedilir kuralı ile bağdaşmayacaktır.

Üçüncü ihtimalde ise davacının terditli davadaki hem asıl talebinin hem de yardımcı talebinin mahkemece reddi veya kabulü durumunda davacı ayrılan taleplerine bağlı dava dosyaları nedeniyle iki kez vekalet ve yargılama giderine hak kazanacak veya tam tersi ihtimalde bu masrafları ödemek zorunda kalacaktır⁴⁰. Bu durum ise açılan terditli davanın niteliği, kanun koyucunun amacı ve usul ekonomisi ile bağdaşmayacaktır.

VI. SONUÇ

Türk hukukunda HUMK zamanında kanunda açıkça düzenleme olmadığı halde uygulamada sıkça başvurulmuş terditli dava çeşidi, HMK m.111’de “terditli dava” başlığı altında müstakil olarak düzenlenerek mevzuatımıza dahil edilmiştir.

Terditli dava, davacıya aynı davalıya karşı aralarında hukuki veya ekonomik bağlantı bulunan birden fazla talebini aralarında aslilık ve fer’ilik ilişkisi kurarak aynı dava dilekçesinde ileri sürebilme imkânı sunar. Terditli davalarda mahkemeden istenen taleplerden biri asıl taleptir; ikincisi ise yardımcı (fer’i) taleptir. Davacı, mahkemeden ilk önce asıl talebi hakkında karar verilmesini ister, yardımcı talebini ise asıl talebin reddedilmesi ihtimali için yapar.

Mahkeme öncelikle asıl talep konusunda bir kanaate varmaya çalışır, bu talep konusundaki kanaati olumsuz yönde oluştuğunda, yardımcı talebi inceleyip o konuda bir sonuca ulaşarak karar verir. Terditli davada davacının asıl talebi hüküm altına alınmışsa yardımcı talebi hakkında herhangi bir karar verilmesine gerek kalmaz. Terditli davada davacının hem asıl hem de yardımcı talebine ilişkin tahkikat aşamaları birlikte yürütülür ve hem asıl hem de yardımcı talebi hakkında aynı anda karar verilir. Bu karar aynı zamanda tek bir yargılama gideri ve vekalet ücretini içerir. Bu yönleriyle terditli dava, davaların daha kısa sürede, basit, ve uygun maliyetlerle çözüme kavuşturulması anlamına gelen usul ekonomisine olumlu katkı sağlar.

Terditli davanın belirtilen faydalarına rağmen uygulamada, mahkemelerin HMK m.167’nin verdiği imkândan faydalanarak terditli dava olarak ileri sürülmüş olan talepleri birbirinden ayırarak ayrı dosyalar halinde karar verdiğine rastlanmaktadır. Terditli davanın temel amacı, usul ekonomisi sağlamak ve bağlantılı talepleri tek bir süreçte çözmektir. Mahkemenin terditli davada talepleri birbirinden ayırarak ayrı davalar haline getirmesi, bu dava türünün yapısına ve amacına aykırıdır. Öte yandan mahkemenin ayırma kararı vermesi, delillerin toplanması ve kararın gerekçelendirilmesi aşamalarında ciddi sorunlara neden olabileceği gibi ayrılan her bir dosya için ayrı ayrı yargılama gideri ve vekalet ücreti doğmasına neden olabilecektir. Bu durum ise yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesine ve usul ekonomisine olumsuz tesir edecektir.

KAYNAKÇA

- AKİL, Cenk: “Genel Hatlarıyla Alman Medeni Yargılama Hukukunda Kısmi Hüküm”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İÜHFMD)70(1), 2012, s.179-201.
- AKSOY, Elif: “Objektif Dava Birleşmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (117), 2015, s.201-232.
- ALDEMİR, Hüsnü: Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYYAZ, Sema: Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- ASLAN, Kudret: “Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasının Etkileri”, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 9(25), 2013, s. 29-113.

³⁸ “Dava, tapu iptali ve tescil, bu olmaz ise ödenen bedelin iadesi istemi ile açılmıştır. Terditli dava 6100 sayılı HMK’nın 111. maddesinde düzenlenmiştir. Terditli davalarda aynı davalıya karşı birden fazla talep, aralarında bir aslilık fer’ilik ilişkisi kurmak suretiyle aynı dava dilekçesinde ileri sürülebilir. Ancak bu talepler arasında hukuki bağlantının bulunması şarttır. Öte yandan, anılan Yasa’nın 111/2. maddesinde belirtildiği üzere mahkeme davacının asıl talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer’i talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz. Bu dava türünde iddia edilen taleplerin biri veya birkaçının reddedilmiş olması tüm kademeli talepler reddedilmedikçe karşı taraf lehine avukatlık ücreti takdirini gerektirmez. Bu nedenle bölge adliye mahkemesince, davacıların ikinci kademedeki alacak isteminin kabulüne karar verildiğine göre, reddedilmiş sayılan birinci kademedeki tapu iptali ve tescil istemi nedeniyle davalı arsa malikleri yararına vekalet ücreti ve harca hükmedilmesi ve ayrıca arsa sahiplerince yapılan yargılama giderlerinin davacıardan alınması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 6.HD., 06.10.2022, E.2021/5570, K.2022/4606 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025).

³⁹ “Somut olayda mahkemece terditli davalardan iki haklı ihtar nedeniyle tahliye kararı verilmiş, diğer üç tahliye talebinin yerinde olmadığından davanın reddine karar verilmiş ve davalı da kendisini bir vekil ile temsil ettirdiğinden davalı lehine 3 ayrı vekalet ücreti takdir edilmiş ise de HMK m.111/2 uyarınca davacının fer’i taleplerinin de incelenerek davalı lehine vekalet ücreti takdir edilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 3.HD., E.2017/6370, K.2017/16415 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025).

⁴⁰ “Terditli (kademeli) olarak açılan davalarda ilk talebin reddine bağlı olarak ikinci talep hakkında kabul kararı verilmesi durumunda iki ayrı dava için iki ayrı harç ve yargılama giderlerine hükmedilemez. İkinci talep hakkında verilen karara göre harç, vekalet ücreti ve diğer yargılama giderleri hakkında hüküm kurulur.” Yargıtay 3.HD., 22.05.2023, E.2023/304, K.2023/1538 www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18.02.2025).

- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, AÜHF Yayınları, Ankara 1979.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Medenî Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- BULUT, Uğur: Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- ÇAKMAK, Gonca Duygu, Medenî Usul Hukukunda Kısmi Hüküm ve Kısmi Kesinleştirme, Arsito Yayınevi, İstanbul 2021.
- ERUYGUR, Kemal Haluk/ERDEM, Abdullah: “Terditli Dava Taleplerinde Dava Şartı Arabuluculuk”, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2024, s.1-18.
- KILINÇ, Ayşe: “Bir Yargıtay Kararı Işığında Terditli Dava ve Terditli Davada Hüküm Konusunun İncelenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69(2), 2020, s.541-566.
- KIRTILOĞLU, Serhat: “Medenî Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18(3), 2014, s.133-172.
- KİRAZ, Taylan Özgür: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- KURU, Baki/AYDIN, Burak: Medenî Usul Hukuku El Kitabı C. I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü C. II, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.
- MUŞUL, Timuçin: Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- PEKCANITEZ, Hakan: Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku C. II, 17. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer: Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- ROSENBERG, Leo/SCHWAB Karl/GOTTWALD, Peter: Zivilprozessrecht, 15. Auflage, C.H. Beck, München 2013.
- TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku C.1, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- TEKÇE BARUT, Fatma Nur: Medenî Usul Hukukunda Terditli Talep Yığılması, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2022.
- TOPALOĞLU, Ali: “Terditli Davalar Açısından HMK’nın Görev Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi 14(1), 2014, s.64-100.
- TUTUMLU, Mehmet Akif: “Terditli Davada Hüküm Kurma Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, (97), 2014, s.92-94.
- YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Aziz Serkan ARSLAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Aziz Serkan ARSLAN, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

TÜRKİYE’DE SOSYAL ARABULUCULUK
SOCIAL MEDIATION IN TURKEY

Didem ERDOĞAN* & Rukiye KAHYA**

Makale BilgiGönderi: 02/12/2024
Kabul : 17/03/2025**Anahtar Kelimeler***Alternatif
Uyuşmazlık Çözüm
Yöntemi,
Arabuluculuk,
Sosyal Arabuluculuk,
Şiddetle Sivil
Mücadele,
Sosyal Arabuluculuk
Akademisi,
HEGEM Vakfı.***Article Info**Received: 02/12/2024
Accepted: 17/03/2025**Keywords***Alternative Dispute
Resolution Method,
Mediation,
Social Mediation,
Civil Struggle
Against Violence,
Social Mediation
Academy,
HEGEM Foundation.***Özet**10.21492/inuhfd.1595218 

Bir uyuşmazlığın çözüm yöntemi olarak bilinen en yaygın yöntem, uyuşmazlığı yargı yoluna taşımak; yani dava açmaktır. Fakat yargı organının iş yükünün son yıllarda oldukça arttığı gözlenmiştir. Bu da bireylerin haklarına bir an önce kavuşmalarının önünde ciddi bir engel oluşturmaktadır. Bu nedenle çağdaş demokratik hukuk sistemleri, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmelerine olanak tanıyan ek yöntemler geliştirmeye başlamıştır. Alternatif çözüm yöntemi olarak anılan bu yöntemlerden bir tanesi de sosyal arabuluculuktur. Sosyal arabuluculuk, çatışmaların çözümüne yönelik bir yöntem olarak, taraflar arasında barışçıl iletişimi ve müzakereleri teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Bu süreçte, tarafsız bir üçüncü kişi olarak arabulucu, tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardımcı olmaktadır. Sosyal arabuluculuk, toplumsal uyumu sağlamak, ilişkileri geliştirmek ve çatışmaları kalıcı şekilde çözmek için kullanılan bir arabuluculuk türüdür. Özellikle komşuluk ilişkileri, okul çatışmaları, işyeri anlaşmazlıkları gibi sosyal ortamlarda etkilidir. Önemli özellikleri arasında, gönüllülük, gizlilik, eşitlik ve tarafsızlık ilkeleri yer almaktadır. Sosyal arabuluculuk, genellikle resmi hukuki süreçler yerine daha az maliyetli, daha hızlı ve esnek çözümler sunmaktadır. Türkiye’de son yıllarda arabuluculuğun yanı sıra sosyal arabuluculuğun da Batı ülkeleri standartlarında gelişimini sağlamak için önemli adımlar atılmaktadır. Çalışmanın konusu Türkiye’de hukuk sistemi içinde sosyal arabuluculuğa tanınan yer ve güvencelerin araştırılmasıdır. Dolayısıyla konuya anahtar olacak şekilde Türkiye’de sosyal arabuluculuk terimi, sosyal arabuluculuğun tarihi, özellikleri ve etik ilkeleri ile sosyal arabulucu olabilmenin şartları, sosyal arabulucunun hukuki statüsü ve sorumluluğu konularıyla sınırlı açıklamalar yapılacaktır.

Abstract

The most common method of resolving a dispute is to bring the dispute before the judiciary, i.e. to file a lawsuit. However, it has been observed that the workload of the judicial body has increased considerably in recent years. This constitutes a serious obstacle for individuals to achieve their rights as soon as possible. For this reason, contemporary democratic legal systems have started to develop additional methods that allow the parties to solve their problems themselves. One of these methods, referred to as alternative resolution methods, is social mediation. Social mediation, as a method of conflict resolution, aims to promote peaceful communication and negotiations between the parties. In this process, the mediator, as a neutral third party, helps the parties to find their own solutions. Social mediation is a type of mediation used to ensure social cohesion, improve relationships and resolve conflicts permanently. It is particularly effective in social settings such as neighborhood relations, school conflicts and workplace disputes. Important features include the principles of voluntariness, confidentiality, equality and impartiality. Social mediation often offers less costly, faster and more flexible solutions than formal legal processes. In recent years, important steps have been taken in Turkey to ensure the development of social mediation as well as mediation at the standards of Western countries. The subject of this study is to investigate the place and guarantees given to social mediation in the Turkish legal system. Therefore, limited explanations will be made on the term social mediation in Turkey, the history, characteristics and ethical principles of social mediation, the conditions for becoming a social mediator, the legal status and responsibility of the social mediator.

* Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

** Arş. Gör. Dr. Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: ERDOĞAN, Didem/ KAHYA, Rukiye, “Türkiye’de Sosyal Arabuluculuk”, İnÜHFD, 16(1), 2025, s.86-99. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The most classical method used to resolve a dispute, the litigation method, does not always produce results in line with its purpose, because even if the decision of the judicial body is fair, it may be a decision made too late. For this reason, contemporary democratic legal systems have begun to develop additional methods that allow the parties to resolve their problems. One of these methods, referred to as an alternative solution method, is the institution of social mediation, which -in Turkey- has developed in recent years. The purpose of this study is to reveal the importance of this method in light of its history and development and to discuss its function.

Social mediation had already existed as a means of reconciliation in societies long before it was accepted in legal systems. Since the main reason for disagreements, conflicts, and disputes is communication problems, the existence of this practice is also in question through the mediation of a competent person or group that enables communication between the parties in that society.

In Turkish Law, the institution of mediation was accepted as an alternative solution method to litigation in legal disputes in 2013 with the Law on Mediation in Civil Disputes No 6325 in order to resolve disputes in an effective and inexpensive way. The institution of social mediation, which aims to resolve dispute types other than legal disputes, is a new practice in Turkish Law. This practice is carried out within the framework of the cooperation protocol signed with the Foundation for Combating Violence (HEGEM Foundation) on 06.01.2022 within the scope of the Human Rights Project of the Ministry of Justice. In other words, there is no special law as in mediation in legal disputes, and there are no procedures determined by regulatory procedures issued based on and in accordance with this law, and no rights and guarantees granted to the persons who perform it. In this study, we tried to clarify the term social mediation with examples of European practices, and also focused on the harmful effects, rather than benefits, of regulations made without eliminating the legal deficiencies in the ethical principles of social mediation, the conditions for becoming a social mediator, and the legal status and responsibilities of social mediators.

Social mediation is an impartial and independent third-party activity carried out to help individuals or organizations develop their relationships with each other and resolve disputes that cause them to confront each other. The Foundation for Combating Violence is a foundation established to prevent violent incidents by conducting research on social violence and crime, determining risk maps and developing models for civil struggle against violence with various support services. The fact that it has signed a cooperation protocol with the Ministry of Justice and state universities in order to carry out social mediation activities is in accordance with the principles of the foundation.

However, what should happen is to create a common platform that ensures that all associations and foundations operating in the field of social mediation work together, as in the practice in France, and that this formation provides specialization training and certification programs, or to carry out the process with a central organization established within the General Directorates of Legal Affairs of the relevant ministries. In addition, with this regulation, the procedures and principles to be followed in social mediation activities and whether these activities are binding or not should be clearly stated, the basic principles regarding the legal responsibility of the social mediator should be determined and assurance should be provided to the social mediator who acts on a voluntary basis.

Social mediation is an alternative dispute resolution method that has a very wide field of application, but despite this, as a rule, it is not legally binding. In order for it to be legally valid, it is essential to make some legal arrangements, just like in mediation in civil disputes. In this way, social mediation can become legally binding in terms of the parties fulfilling their obligations.

Establishing social mediation and training field actors is one thing, but transferring these preparations to the field is another. Throughout our research, we have seen that social mediation arrangements have many aspects that need improvement. Indeed, social mediation was a necessary step to take - considering the contribution this method will provide to social consensus - and these steps must now be clarified and strengthened.

The application of alternative dispute resolution methods; is a result of the establishment of negotiation awareness and belief in reaching a solution through dialogue in society, and at the same time, it contributes to the formation of this habit. For this reason, it is a necessary and important practice to spread voluntary mediation activities for the solution of social problems that vary from country to country and even from region to region, and to carry out social mediation activities by foreseeing a system within this scope.

Social mediation activity, which has been applied for many years in Europe, has been tried to be implemented in Turkey by being tied to certain regulations in the last few years. As in every new application, it is essential to progress by repairing the encountered problems, deficiencies and malfunctions of the system in time and to keep the benefit of the application at the highest level. However, although the applications that have been continuing in Europe for many years constitute an important recent example and social mediation activities in Turkey have actually been carried out by people who are considered respectable and reliable for reasons such as age, position and reputation, it is unacceptable for grave mistakes and deficiencies to exist even while the system is still in its formation phase.

When the most recent written sources created on social mediation (Special Regulation on the Organizational Structure and Working Principles of the Social Mediation Academy; "Certified Social Mediation", "Certified Violence Prevention Consultancy" and "Human Rights Consultancy" Certificate Programs Implementation Directive) are examined; the fact that the topics included here lack a legal basis also makes it difficult to understand their content. The mentioned sources give the impression that the focus is entirely on the organizational structure, not on the rights and obligations of the two main factors that give rise to social mediation, namely the social mediator and the parties to the dispute, and on the ethical principles they must comply with. The sentences in these sources make it very difficult to read and comprehend due to partly incorrect use of scientific terminology, and partly distortions in meaning they carry. For example, it is clearly seen that the basic logic of law has not been internalized and the technical use of concepts has not been mastered in the topics covered by the style and sentences used in the sources. However, on this way towards institutionalizing social mediation, the emergence and conditions for the activation of responsibility should be examined directly by expert lawyers, starting from the history of the subject, and based on examples from the types of responsibility and comparative legal systems.

I. GİRİŞ

Çatışmanın tarihi insanlık tarihi kadar eskidir demek yanlış olmaz. İnsanlık var olduğu günden beri uyuşmazlık yaşanması ve bunun çatışmaya dönüşmesi sık rastlanılan bir durumdur. Resmi olmayan tarihi çok daha öncelere uzanmakla birlikte dünyada 21. yüzyıl başlarında hukuk sistemlerinde yerini almaya başlayan sosyal arabuluculuk (*social mediation*), alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından en çok başvurulan yol olarak tercih ve teşvik edilmeye devam etmektedir¹. Çoğu çatışma veya anlaşmazlığın *yanlış anlama temelli iletişim sorunlarından* kaynaklandığı göz önüne alınırsa problem çözmede sosyal arabulucunun rolünün önemi daha iyi anlaşılabilir.

Arabuluculuk müessesesi uyuşmazlıkların yargı yoluna taşınması ile kaybedilen zamanın önüne geçebilmek ve aynı zamanda uyuşmazlıkları etkili ve ucuz bir yöntemle çözüme kavuşturabilmek amacıyla yargı yoluna alternatif bir çözüm yöntemi olarak kabul edilmiştir. Sosyal arabuluculuk kavramı ise hukuk uyuşmazlıkları dışında kalan, temel olarak sosyal ilişkilerdeki uyuşmazlıkları çözmeyi hedefleyen ve sistemimize yeni dahil olmuş bir arabuluculuk türüdür. Bu minvalde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile birlikte hukuk sistemimize kazandırılan yenilikler arasında davaların daha etkin ve verimli bir şekilde ele alınmasına olanak veren ön inceleme aşaması davaların etkin ve verimli bir şekilde ele alınmasını amaçlar. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra gerçekleştirilen bu süreçte mahkeme dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını belirler ve tarafların delillerini sunmalarını sağlar. Ayrıca, hâkim, tarafları sulh ve arabuluculuk konusunda bilgilendirir ve onlara bu yolu teşvik eder (HMK m. 137/1, m. 320/2). Eğer sulh veya arabuluculuk yoluyla bir sonuca ulaşılabileceği değerlendiriliyorsa hâkim bir defaya mahsus yeni bir duruşma günü tayin edebilir (HMK m. 140/2). Bu süreç dava sürecinin başında taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde stratejik bir yol haritası sunarak arabuluculuğun önemini ortaya koymaktadır. Bu aşama dava süreçlerinin başında taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü için stratejik bir yol haritası sunar. İşte tam bu noktada arabuluculuk müessesesinin rolü ve önemi belirginleşir. Arabuluculuğun teşvik edilmesi uyuşmazlıkların hızla ve dostane bir biçimde çözülmesine katkı sağlayarak, yargı sisteminin üzerindeki yükü hafifletir. Bu çerçevede arabuluculuk taraflara kazan-kazan prensibine dayalı bir çözüm yolu sunarken, mahkemelerin iş yükünü de önemli ölçüde azaltır ve hukuk sisteminin etkinliğini artırır². Dolayısıyla arabuluculuğun ön inceleme aşamasında göz önünde bulundurulması uyuşmazlıkların çözümüne barışçıl bir perspektif kazandırılması açısından kritik bir rol oynamaktadır³.

Türk Hukukunda arabuluculuğa ilişkin kabul edilmiş temel kanun 22.06.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6325 sayılı *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*'dur (6325 sayılı Kanun olarak anılacaktır). Bu Kanuna dayanılarak hazırlanan mevcut yönetmelik ise 22.06.2018 tarihinde yürürlüğe giren *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği*'dir.

Sosyal arabuluculuğa ilişkin düzenleme ise Adalet Bakanlığının “İnsan Hakları, Şiddetle Sivil Mücadele ve Sosyal Arabuluculuk Bilincini Güçlendirici Saha Aktörleri Yetiştirilmesi Projesi: 2021-2030” kapsamında yürüttüğü çalışmalara ve Adalet Bakanlığı-Şiddetle Mücadele Vakfı (HEGEM Vakfı) İş Birliği Protokolü (06.01.2022) hükümlerine göre hazırlanmış olan 14.04.2024 tarihli “*Sosyal Arabuluculuk Akademisi*” Teşkilat Yapısı İle, Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Özel Yönetmelik'tir (Özel Yönetmelik olarak anılacaktır).

Arabuluculuk kurumunda görüldüğü gibi yeni bir sistemin hukuk düzenine entegre edilebilmesi için öncelikle mevcut bir kanuna ve bu kanun temel alınarak oluşturulacak düzenleyici işlemlere ihtiyaç vardır. Sosyal arabuluculuk sisteminde ise henüz arabuluculuğa özgü bir usul ile bu usule tabi olan arabuluculuk faaliyetleri için belirlenmiş yasal düzenlemeler ve haklar bulunmamaktadır. Bu çalışmada sosyal arabuluculuk teriminin açıklığa kavuşturulmasını amaçlıyoruz. Ayrıca sosyal arabuluculuğun etik ilkeleri, sosyal arabulucu olmanın koşulları, sosyal arabulucuların hukuki statüsü ve sorumluluğu konularında mevcut hukuki boşluklar giderilmeden yapılan düzenlemelerin, sistem üzerinde getireceği muhtemel olumsuz etkileri de ele alacağız.

II. TERİM VE KAVRAM SORUNU İLE SOSYAL ARABULUCULUĞUN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Bilindiği gibi bir uyuşmazlığın çözümü için yargı yolu ve yargılama faaliyeti dışında uyuşmazlığın çözümüne olanak sağlayan alternatif çözüm yöntemleri olmak üzere iki temel sistem bulunmaktadır. Fakat bunlardan ilkinin, yani yargılama faaliyetinin -personel yetersizliği, kişi başına düşen dosya sayısının fazlalığı gibi- çeşitli sebeplerle işlerliği konusunda ciddi sıkıntılar yaşanmaktadır. Bu sorunlar da hukuk düzenlerini alternatif sistemlere yöneltmiştir. Uyuşmazlıkların yargıya nazaran alternatif yöntemlerle çok daha kısa sürede ve az masrafla çözülmesinin hem taraflara hem de iş yükünün hafiflemesi bakımından adliyelere kolaylık sağladığı bir gerçektir. Anayasa Mahkemesi de kararlarında alternatif çözüm yollarının; uzlaşma, tahkim, dostane çözüm ve arabuluculuk gibi birçok çeşidi bulunduğuna işaret etmektedir⁴. İşte sosyal arabuluculuk da bu yöntemlerden bir tanesidir.

¹ ATALI, Murat: Temel Hukuk Dizisi, Medeni Usul Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2024, s.404.

² ÖZBEK, Mustafa: “Dünya Çapındaki Adaletle Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 51, S.2, Nisan 2002, s.135.

³ ATALI, s.217.

⁴ AYM, 14.03.2024, E.2023/160, K.2024/77, §24; AYM, 26.10.2023, E.2020/73, K.2023/181, §43; AYM, 26.07.2023, E.2023/43, K.2023/141, §19; AYM, 30.06.2022, E.2018/137, K.2022/86, §162; AYM, 14.11.2019, E.2018/89, K.2019/84, §45; AYM, 01.10.2009, E.2006/57, K.2009/123; AYM, 01.10.2009, E.2006/106, K.2009/124.

Sosyal arabuluculuğun ne olduğunu ortaya koymadan önce ne olmadığına değinmek bu müesseseyi anlamamızı kolaylaştırabilir. Alternatif çözüm yöntemleri arasında sayılsa da genel manada arabuluculuğun, bir kere yargının bir alternatifi olmadığı ve tamamlayıcı bir işleve sahip olduğu Anayasa Mahkemesi kararında⁵ ve 6325 sayılı Kanunun kabulünden önceki alt komisyon raporunda⁶ ifade edilmektedir. Alternatif çözüm yöntemlerinin yargı yoluna alternatif olmamasından kasıt, yargı sistemi yerine ikame edilmeye çalışılan bir usul olması değil, kamu düzenini ilgilendirmeyen küçük çaplı uyuşmazlıkların adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmeyi hedefleyen yöntemler bütünü olmasıdır⁷. Yani temel olarak arabuluculuk, mahkemelere alternatif bir yol olarak değil, yargının yanında yer alan tamamlayıcı ve uyuşmazlıkların daha büyük adli uyuşmazlıklar haline gelmeden önce çözümünü amaçlayan bir diğer yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Sosyal arabuluculuk da yargının bir alternatifi olmaktan ziyade ona paralel bir şekilde işleyen ve uygulanabilen, geçmişteki ve mevcut sosyal ilişkilerin onarılmasına odaklanan ek yöntemlerin bütünüdür ifade eder. Bu alanda da taraflar arasındaki iradilik ilkesi gereğince farklı yollarla hak arama imkanları her zaman erişilebilir durumdadır.

Sosyal arabuluculuk terimi ona yakın anlamlar içeren pek çok sözcükle karıştırılmaktadır. Tek başına arabuluculuk kavramının terminolojik olarak içerdiği terimler uzlaşma, uzlaştırma, uzlaştırıcılık, müzakere, dostane çözüm ve tahkim gibi terimlerdir.

Uzlaşma (*conciliation*), uzlaştırma veya uzlaştırmacılık; anlaşma, bir ihtilafın sona erdirilmesi, sulhlaşma, sulh olma şeklinde tanımlanmaktadır⁸. Çoğu kez arabuluculuk ile eş bir kavram olarak karşımıza çıkan bu terimler, arabuluculuktan üçüncü kişinin yani uzlaştırmacının sürece aktif katılımı yönüyle ayrılmaktadır. Uzlaştırmacı, arabulucudan daha aktif bir rol üstlenerek taraflara çözüm önerilerinde bulunabilir ve ayrıntılı bilgiler verebilir⁹. Onu arabuluculuktan ayıran bir diğer husus uyuşmazlığı adli makamların denetimi altında çözmeye çalışmasıdır. Yargıtay da ceza muhakemesinde uzlaştırmacılığı muhakeme içi; fakat yargılama dışı bir faaliyet olarak değerlendirmektedir.

Müzakere (*negotiation*), bir mesele hakkında karar vermeden evvel karar verecek kimseler arasında görüşlerin ortaya atılmasıdır¹⁰. Karşılıklı fikir alışverişinde bulunma olarak özetlenebilecek müzakereyi, sosyal arabuluculuktan ayıran en önemli unsur müzakere sürecine üçüncü bir kişinin katılmamasıdır¹¹. Yalnızca uyuşmazlık taraflarının yer aldığı ve süreci yönetecek bir üçüncü kişiye yer verilmediği müzakerede tarafların süreçte tam bir egemenliği söz konusudur.

Dostane çözüm (*friendly settlement*), kelime anlamı itibarıyla günlük yaşamda, sosyal ve psikolojik bir yaklaşımla taraflardan birinin sunduğu çözüm önerisinin diğer taraf tarafından kabul edilmesiyle oluşan süreç ve sonucu ifade eder. Bu kavram özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurularda özel bir yöntem olarak öne çıkmaktadır. Müzakere yapılmaksızın bir tarafın sunduğu seçeneğin diğer tarafın da menfaatine uygun olmasıyla varılan anlaşma, sonucun tek taraflı bir iradeyle oluştuğunu düşündürülebilir. Ancak, diğer tarafın bu çözüm önerisini kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır.

Tahkim (*arbitration*), uyuşmazlık taraflarının anlaşmazlıklarının çözümünü üçüncü bir kişi veya kişilere bıraktığı ve bu kişilerin uyuşmazlığı çözüme kavuşturduğu süreçtir. “Üçüncü kişi veya kişiler” ifadesi, bir kişinin hakem olarak veya bir grup hakemin hakem kurulu olarak görev alabilmesini ifade eder. Bu süreçte hakem veya hakem kurulu önündeki uyuşmazlık kesin ve bağlayıcı bir şekilde çözülür. Taraflar, sürece katılım konusunda sınırlı imkanlara sahiptir; genellikle sadece talep edilen bilgi ve belgeleri sunarlar. Bu nedenle tahkim, tarafların süreç üzerinde serbestçe tasarruf edememesi ve esnek olmaması açısından arabuluculuktan belirgin bir şekilde ayrılır.

Arbuluculuk (*mediation*) ise 6325 sayılı Kanunun 2/1-b maddesinde,

“sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlemlerini 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 ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”

şeklinde tanımlanmıştır¹².

Dolayısıyla doktrinde bu terimlerin kullanım şekilleri ve bu terimlere karşılık gelen anlamlar konusunda farklı yorumlar bulunmaktadır. Bu yorum girdabında boğulmamak için biz, sosyal arabuluculuk

⁵ AYM, 10.07.2013, E.2012/94, K.2013/89.

⁶ TBMM: “Alt Komisyon Raporu”, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-af97-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6325#step-4>, (Erişim: 26.08.2024).

⁷ PEKCANİTEZ, Hakan: “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, Hukuki Perspektifler Dergisi, (5), 2005, s.12-16; TANRIVER, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Özellikle Arabuluculuk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (64), 2006, s.152.

⁸ Bk. TDK, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim: 26.08.2024); Hukuk Sözlüğü, <https://sozluk.adalet.gov.tr/Harf/U>, (Erişim: 26.08.2024).

⁹ 6325 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ile (Ek: 12/10/2017-7036/22 m.) tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucunun bir çözüm önerisinde bulunabileceği eklenmiştir. Bu değişiklik onu uzlaştırmacılık kurumuna yaklaşırsa da çözüm önerisi sunma arabuluculuğun klasik temelinde yer almayan bir özelliktir. Çünkü arabuluculuk sürecinde esas önemli olan tarafların hukuki ve şahsi durumlardan ziyade şahsi menfaatlerdir. Bu menfaatleri dengeleyerek, tarafların anlaşabilecekleri ortamı hazırlamak arabulucunun görevidir.

¹⁰ Hukuk Sözlüğü, <https://sozluk.adalet.gov.tr/Harf/M?Sayfa=10>, (Erişim: 13.09.2024); Tübitak: “Sosyal Bilimler Ansiklopedisi”, <https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr/ansiklopedi/muzakere>, (Erişim: 13.09.2024).

¹¹ ŞAHİN, Tuğçem/CELİK, Yasin/RUHİ, Ahmet Cemal: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.15.

¹² Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6325.pdf>, (Erişim: 26.08.2024).

terimini “anlaşmazlıkların çatışmaya ya da şiddete dönüşmeden; adli ya da idari soruşturma konusu olmadan dostane yollarla çözmek”¹³ anlamına uygun olacak şekilde kullanacağız.

Sosyal arabuluculuk diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve arabuluculuğa kıyasla daha basit bir yapıya sahiptir. Bu sistemde arabuluculuğun aksine arabuluculuk faaliyetlerini düzenleyen özel bir usul ve bu usul neticesinde sosyal arabuluculuk yapanlara tanınan belirli haklar henüz bulunmamaktadır. Arabuluculuk için Adalet Bakanlığı bünyesinde Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Arabuluculuk Kurulu ve Bürolar gibi özel yapılar oluşturulmuşken, sosyal arabuluculuk için de benzer bir yapının oluşturulabileceğine inanıyoruz ve bunun yakın zamanda gerçekleşmesini bekliyoruz. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü Hakan Öztatar farklı platformlarda arabuluculuğa dair soruları yanıtlamış, sosyal arabuluculuk konusuna değinmiş ve bu sistemin özellikle okullarda akran zorbalığı ve aile içi uyuşmazlıkların çözümünde sosyal arabuluculuğun içinde yer alan akran arabuluculuğu yöntemiyle yaygınlaşacağını ifade etmiştir¹⁴. Akran arabuluculuğu tarafsız üçüncü bir öğrenci arabuluculuğunda, çatışan öğrenciler arasında yüz yüze görüşmelerle anlaşmazlıkların çözümünü amaçlamaktadır. Öztatar’ın bir konuşmasında Manisa ilindeki arabuluculuk derneklerinin ilkokullarda başlattığı akran arabuluculuğu uygulamasından bahsedilmiş ve bu uygulamada, belirli sayıda öğrencinin seçilip öfke kontrolü, toplantı yönetimi, müzakere ve iletişim konularında arabuluculuk eğitimi aldığı belirtilmiştir. Öğrenciler, eğitimden sonra arabuluculuk yemini etmiş ve arabulucu rozeti takarak, sınıflarında ortaya çıkan anlaşmazlıkları okul idaresine yansıtmadan çözüme kavuşturmuştur. Bu sayede yaklaşık 130 akran uyuşmazlığı, olaylar büyümmeden ve idareye yansımadan çözülmüştür. Bu konuya bir diğer örnek araştırmada da İzmir’deki bir lisede 6 yıl boyunca uygulanan akran arabuluculuğu programının etkinliği değerlendirilmiştir¹⁵. Bu yöntemle öğrencilerin arabulucu olarak seçilmeleri sonucunda kişisel sorumluluk alma, özgüven ve sorun çözme yeterliliklerinin arttığı gözlemlenmiştir¹⁶. Araştırma bulguları ne kız ne de erkek öğrencilerin arabulucu olmanın kendilerine olumsuz bir etkisi olduğunu, aksine kişisel gelişimlerine olumlu katkıda bulunduğunu göstermiş; öğrencilerin sosyal çevrelerini ve arkadaş ilişkilerini olumlu yönde etkilemiş, “olumlu değişim” ve “samimiyet artışı” gibi olumlu etkiler yaratmış ve ayrıca empatik gelişim, sorun çözme ve öfke yönetimi gibi kişisel becerilerin de geliştiği gözlemlenmiştir¹⁷. Sonuç olarak akran arabuluculuğu modeli, öğrencilerin anlaşmazlıklara yapıcı ve barışçıl yollarla yaklaşmalarını sağlayarak kişisel gelişimlerini desteklemektedir; bu da eğitim kurumlarında çatışma yönetiminde barışçıl yollar arayanlar için etkili bir araç olarak değerlendirilmektedir.

Ayrıca sosyal arabuluculuk idareyle ilgili uyuşmazlıklar yönünden yasama ombudsmanına benzetilebilir. Türkiye’deki yasama ombudsmanının arabulucu fonksiyonu, kamu uyuşmazlıklarında etkin çözümler sunarak bürokratik yükü azaltması ve kamu sektörü içinde daha etkileşimli iletişim kanalları sağlayan idari faaliyetler olması¹⁸ bakımından sosyal arabuluculuğa benzetilebilir. Ancak, bu fonksiyon sadece kamu ile ilgili uyuşmazlıklarda geçerli iken; sosyal arabuluculuk adından da anlaşılabileceği gibi her alanda geçerli olan bir yaklaşımdır.

Görüldüğü gibi sosyal arabuluculuğun varlık nedeni bireylerin günlük sosyal hayattaki zorluklar karşısında yaşadığı problemlerin çözümüne yönelik ihtiyaçlarını giderebilmesi için gerek duyduğu iletişim ve müzakere ortamını sağlayacak çalışmaları yapmaktır. Zira arabulucu ortaya çıkan uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil, ikna ve telkin ile tarafların müzakerelere girişmelerine ve anlaşma sağlayacakları bir ortam imkanı oluşturulmasına katkı sunmayı hedefler¹⁹. Bu yönüyle sosyal arabuluculuk esasında yargının bir uzantısı olmamakla birlikte, ona yüklenen sosyal ilişkileri iyileştirme işlevi, ağır bir yükü de beraberinde getirmektedir. Çünkü özellikle aile, iş yeri, okul veya üniversite gibi sosyal alanlarda yaşanan sorunların karmaşıklığı, nadiren çözüme ulaşan sonuçlar doğurabilir. Bu alanlardaki uyuşmazlıklar daha karmaşık bir mahiyet arz ettiği için nitelikli, alanında uzman ve donanımlı sosyal arabulucuların yetiştirilmesi oldukça önemlidir. Fakat hemen belirtmek gerekir ki uluslararası alandaki sosyal arabuluculuk hükümlerinin iç hukukumuza doğrudan entegre edilmesi bu hükümlerin zamanla işlevsizleşmesine ve aşılması daha güç sorunlara yol açabilir. O nedenle sosyal arabuluculara verilecek eğitimin özü, içeriği ve nasıl aktarılacağı konusunda sosyokültürel yapıya uygunluk amaçlanmalıdır. Zira Özel Yönetmeliğin “Faaliyetler ve ilkeler” başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasının 1 bendinde, “Alternatif anlaşmazlık çözüm alanlarında tüm çalışanların gelişimlerinin ve haklarının güçlenmesini destekleyici çalışmalar yapmak; bu yönde sendika dahil, paydaş kurum, kuruluşlarla iş birliği içinde ihtiyaç duyulacak yeni hizmet/görev yapıları oluşturmak” akademinin faaliyetleri arasında sayılmıştır.

Sosyal arabuluculukta tarafların bir anlaşmaya ulaşması zorunlu değildir. Bu yöntem uyuşmazlıkları çözenin ötesinde sosyal ilişkilerin onarılması ve sürdürülmesini hedefler. Yani, gizli yürütülecek olan bu

¹³ HEGEM: “Okul Merkezli Sosyal Arabuluculuk”, <https://hegemvakfi.org.tr/media/uploads/2024/09/07/3-okul-merkezli-arbuluculuk.pdf>, (Erişim: 26.08.2024).

¹⁴ Arabuluculuk Daire Başkanlığı: “Arabulucular Soruyor?”, https://www.youtube.com/watch?v=aCm_-r966M8, (Erişim: 30.08.2024).

¹⁵ ÇETİN, Cemile/TÜRNÜKLÜ, Abbas/TURAN, Nuray: “Anlaşmazlıkların Çözümünde Akran Arabuluculuk Modelinin Dönüştürücü Etkileri: Arabulucu Öğrenciler Gözünden Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 16(3), 2015, s.387.

¹⁶ ÇETİN/TÜRNÜKLÜ/TURAN, s.391.

¹⁷ ÇETİN/TÜRNÜKLÜ/TURAN, s.391-395.

¹⁸ DURAN, Hazal: “The Intermediary Function of Turkey’s Legislative Ombudsman in Resolving Public Disputes”, Bilig, S. 96, TBMM’nin 100. Yılı Özel Sayısı, 33-59, Ocak 2021, s.41-43.

¹⁹ TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. Baskı, 2022, s.44.

süreçte taraflar uyumsuzluk yaşamadan önceki sosyal huzuru gelecekte de koruma amacındadırlar. Bu yüzden sosyal arabuluculuk bireyler arası ilişkileri tazmin edici veya cezalandırıcı adalet yerine onarıcı adalet anlayışı temelinde iyileştirmeye çalışır.

Uygulanacak kanun hükümlerine göre yapılan arabuluculuk sınıflandırmasında nitelikli ve geleneksel (adi) olmak üzere iki tür bulunmaktadır. Nitelikli arabuluculukta tarafların kanunun öngördüğü arabulucular arasından seçilecek kişiyle bu faaliyeti yürütmeleri esas alınır ve toplumsal birlik bu toplumlarda geleneksel arabuluculuğun uygulandığı toplumlara göre daha kopuk ve zayıftır. Sosyal arabuluculuğun geleneksel arabuluculuğa daha uygun düştüğü ifade edilebilir. Çünkü geleneksel yöntemler kullanılarak yapılan bu türde toplumsal yapının iç içe sıkı bir bağ kurularak inşa edilen ilişkilerin bozulması durumunda saygı duyulan, nüfuzlu kimsenin aracı olması beklenmektedir²⁰. Ancak geleneksel arabuluculukta arabulucunun bu özellikleri onun taraflar üzerinde manevi tahakküm yaratma ihtimalini artırabilir ve tarafların, arabulucunun çözüm önerilerine hukuken olmasa da manevi bir uyma zorunluluğu hissetmelerine neden olabilir. Sosyal arabuluculukta sözleşme ihlali ilk bakışta oldukça zayıf bir yaptırımla karşı karşıya gibi görünse de *verilen söze sadık kalmak* olarak tanımlanan ahde vefa prensibi²¹ gereği sosyal arabuluculuk sonucu verilen sözlere riayet edilememesi sosyal ilişkileri zayıflatabilir.

Sosyal arabuluculuğun özelliklerini belirttiikten sonra bu kavramın yerindeliğinden de bahsederek konuyu tamamlamak istiyoruz. Sosyal kelimesi, sosyal arabuluculuğun neredeyse tüm toplumsal meseleleri kapsamasını sağlamakta ve bu yönüyle elverişli alanların oldukça geniş olduğunu göstermektedir. Bu genişliği yönetebilmek için sosyal arabuluculuk, belirli mekanlar, konular veya öznelerle yönelik yan dallar oluşturarak kendini sınırlandırmaktadır. Bu alanlar; şiddet önleme formatörlüğü, insan hakları danışmanlığı, aile temelli arabuluculuk, kampüs arabuluculuğu, okul ve halk eğitim merkezli arabuluculuk, iş hayatında sosyal arabuluculuk ve kentsel arabuluculuk gibi çeşitli kategorilere ayrılmaktadır. Bu sayede toplumda çatışma ihtimalinin en yoğun olduğu alanlarda, belirli mekan, konu ve özne sınıflandırması yapılarak sosyal konuların daha iyi yönetilmesi sağlanmaktadır. Ayrıca Sosyal Arabuluculuk Akademisi Özel Yönetmelik'te zamanla artan ihtiyaçlara göre bu çeşitliliği artırmanın mümkün olduğu da belirtilmektedir.

III. BİR ARABULUCULUK TÜRÜ OLARAK SOSYAL ARABULUCULUĞUN KABUL SÜRECİ

Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığınca hazırlanan 11. Kalkınma Planında (2019-2023) temel amaç olarak belirlenen “Nitelikli İnsan, Güçlü Toplum” başlığı altında amaçlanan, tüm bireylerin nitelikli bir eğitime ve hayat boyu öğrenme imkanlarına erişim sağlamaları ve ailenin güçlendirilmesi hedefleri kapsamında Adalet Bakanlığı hukuk uyumsuzlukları dışında kalan akrabalık, komşuluk, aile, işyeri, okul, üniversite gibi alanlarda sosyal ilişkilerden kaynaklı ortaya çıkan uyumsuzlukların çözümüne destek olarak Şiddetle Mücadele Vakfı (HEGEM Vakfı) ve bu vakıfla protokol imzalamış olan 27 devlet üniversitesi ile iş birliği içinde “İnsan Hakları ve Şiddetle Sivil Mücadele Bilincini Geliştirici Saha Aktörleri Yetiştirme Projesi” geliştirilmiştir. Bu kapsamda Adalet Bakanlığı ile HEGEM Vakfı arasında toplumda arabuluculuk konusunda farkındalığı artırmak ve bir arada yaşama kültürüne katkı sağlamak amacıyla 06.01.2022 tarihinde iş birliği protokolü imzalanmıştır. Beş yıl süre ile geçerli olan bu protokole göre HEGEM Vakfı *kampüs* arabulucuların yetiştirilmesi için yüz yüze ve/veya uzaktan eğitim yöntemleriyle sertifika programları yürütmek ve eğitim sonunda katılımcılara sertifikanın ulaşımını sağlamakla yükümlüdür²².

Avrupa’da alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemlerinden biri olarak arabuluculuğun kabulünün öncelikle sosyal bir uyum sağlamak amacıyla yönelik olduğu vurgulanarak ilgili bakanlıkların çalışmaları ile daha yaygın kullanımını teşvik eden çalışmalar yürütülmüştür²³. Avrupa Komisyonunca bir rapor sunularak gönüllü arabuluculuk mekanizmaları aracılığıyla sosyal çatışmaların -özellikle ulusüstü sosyal çatışmaların- önlenmesinin ve çözülmesinin önemi vurgulanmıştır²⁴. Bununla sosyal ilişki içerisinde olan insanlar arasında uyum sağlanarak çatışmanın engellenmesi hedeflenmiş, mahkemelerin iş yükünü artıran uyumsuzlukların -çözümünden de önce- ortaya çıkmadan engellenmesine yönelik politikalar benimsenmiştir. Örneğin Avrupa’da sosyal arabuluculuğu en erken kabul eden ülkelerden biri olan Almanya’da sosyal arabuluculuk hizmeti hukuk eğitiminin bir parçası olarak verilmektedir²⁵.

Avrupa’da sosyal arabuluculuk uzun yıllardan bu yana varlık gösteren alternatif bir çatışma önleme veya uyumsuzluk çözüm yöntemi iken Türkiye’de yeni bir uygulama sunacak genç bir kavramdır. Ancak kavramsal olarak bir yenilik olduğunu söylemekle beraber arabuluculuğun niteliğine ve hedeflenen amaca bakıldığında Türkiye’de yeni bir uygulamayı doğurduğunu söylemek gerçekçi olmayacaktır. Zira

²⁰ BAHADIR, Tuğçe N.: Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.79.

²¹ Tübitak: “Sosyal Bilimler Ansiklopedisi”, https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr/ansiklopedi/ahde_vefa, (Erişim: 02.09.2024).

²² Protokolün 4. maddesinde “...“Kampüs Arabuluculuk Eğitimi” verilmesine yönelik hizmet yapıları oluşturmak; bu bağlamda ulusal/uluslararası sertifika vermek.” şeklinde yer alan anlaşma kapsamının daha sonra sosyal arabuluculuk kavramı ile karşılaştığı görülmektedir. Protokol hükümleri için bk. <https://hegemvakfi.org.tr/media/uploads/2024/06/30/1-bakanlik-protokolleri.pdf>, (Erişim: 20.08.2024).

²³ Avrupa Komisyonu: “Madeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyumsuzluk Çözümü Hakkında Yeşil Kitap”, 2002, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52002DC0196>, (Erişim: 20.09.2024).

²⁴ Avrupa Konseyi: “Laeken Zirvesi”, §25 vd, https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_4_zirveler_1985_sonrasi/2001_12_laeken_zirvesi_baskanlik_sonuc_bildirgesi_en.pdf (Erişim: 20.09.2024).

²⁵ ALMEIDA, Helena Neves/SANTOS, Clara Cruz/ALBUQUERQUE, Cristina Pinto: Avrupa’da Sosyal Arabuluculuk, Solak, Öner/Erdoğan, Ersin (çev.ed.), 2022, s.21, 22.

Türkiye’deki sosyokültürel yapı dikkate alındığında; mahallelerde, geniş ailelerde, aşiretlerde veya bir meslek kolunda çıkan çatışmaların etkisi büyümeden, o toplulukta itibar sahibi güvenilir kişilerin, saygın aile büyüklerinin veya kanaat önderlerinin girişimleriyle anlaşmazlığın/uyuşmazlığın/çatışmanın uzlaşa ile sonuçlandırılması Türkiye’de öteden beri başvurulmuş bir geleneksel arabuluculuk yöntemidir. Öyle ki devlet yetkililerinin de zaman zaman bu kişilerle toplumsal bir çatışmanın engellenmesi için iletişime geçtiği bilinmektedir. Bu yönüyle değerlendirildiğinde “sosyal arabuluculuğun” toplumsal açıdan değil ve fakat hukuk sistemimiz açısından yeni bir sistem öngördüğünü söyleyebiliriz.

ABD ve Kanada gibi Anglo Sakson hukuk sistemlerinde sosyal arabuluculuk toplumda şiddet ve suç oranının arttığı 1940’lı yıllardan itibaren uygulanmaya başlamış, Avrupa’da ise 2000’li yıllarda artan göçmen nüfusu ile birlikte kabul görmüştür. Avrupa’da sosyal arabuluculuk kavramı ilk olarak Eylül 2000’de Fransa’nın Créteil şehrinde 42 uzman kişi tarafından verilen seminerde hukuk uyuşmazlıklarındaki arabuluculuktan farklı bir arabuluculuk türü olarak tanımlanmıştır. Buna göre sosyal arabuluculuk üçüncü bir tarafın tarafsız ve bağımsız bir şekilde kişilerin veya kuruluşların birbirleriyle iletişim kurmalarını sağlayarak aralarındaki ilişkiyi geliştiren veya onları karşı karşıya getiren anlaşmazlığı çözmelerine yardımcı olan, sosyal bağların yaratılması ve onarılması ile günlük hayatta yaşanan anlaşmazlıkların çözümlendiği bir süreç olarak tanımlanmıştır²⁶.

Avrupa Komisyonu, 2000’lerin başından itibaren AİHS’ye uygun şekilde Avrupa’da sosyal arabuluculuk uygulamaları için çerçeve oluşturmak amacıyla hazırlanmış tavsiye kararlar kabul etmiştir. AİHS ve 1 Ekim 2001’de kabul edilen Avrupa Sosyal Arabuluculuk Yönergesine (*Charte de Référence de la Médiation Sociale*)²⁷ dayanarak Fransa’da 27 Mart 2008 tarihinde sosyal arabuluculuk alanında faaliyet gösteren tüm derneklerin birlikte çalışmasını sağlayan, 90’dan fazla üyesi bulunan *France Médiation* kurulmuştur²⁸. Bu çerçevede Fransa’da ilk ulusal aile arabuluculuğu eğitimi 2012 yılında Lyon Üniversitesinde düzenlenmiştir²⁹. Birçok üniversitede aile arabuluculuğu eğitimi lisansüstü eğitim şeklinde verilmektedir³⁰. Ancak sosyal arabuluculuk için *France Médiation* tarafından verilen kurs programını tamamlamak gerekmektedir.

Sosyal arabuluculuk, Avrupa Komisyonunca tanınarak çerçeve hükümler oluşturulmadan çok önce Avrupa’da varlık gösteren alternatif bir çözüm yöntemidir. Almanya’da bu kapsamda değerlendirilebilecek aile arabuluculuğu hizmeti 1980’li yıllardan bu yana devlet, yerel yönetimler veya kilise tarafından ücretsiz verilmektedir³¹. Benzer şekilde İtalya’da da yerel yönetimlerin desteğiyle bu hizmet yürütülmektedir³². Ayrıca kuzey şehirlerinin yoğun olarak göç aldığı 1900’lü yılların başında İtalya’da dilsel-kültürel arabuluculuk organizasyonları da oluşmuştur³³. Günümüzde bunun için verilen eğitimler kurs şeklinde veya yüksek lisans programı olarak verilmektedir³⁴.

Sosyal bağın kuvvetlendirilmesi, topluma uyum sağlanması amacıyla başvurulmuş bu yöntemin her zaman hedeflenen sonuca ulaşmada başarılı olduğu söylenemez. Örneğin Fransa’da sosyal arabuluculuğun bir kolu olarak akran arabuluculuğu (*les grands frères*) ile baştan kamu güvenliğinin tesisini sağlamak için gençlerin, kendi mahallelerinde çıkabilecek anlaşmazlıkların önlenmesi veya çıkan anlaşmazlıkların çözümüne yardımcı olmaları için istihdam edilmesi başarılı bir uygulama olmamıştır³⁵. Sosyal arabuluculuk iç hukukumuzda düzenlenirken, başarılı ve başarısız uygulamalar örnek alınarak sistemin niçin işlemediği hakkındaki nedenler belirlenip bu yönüyle değerlendirilmeliydi.

Devletin sorumluluğu yalnızca nitelikli arabulucuların istihdamını sağlamakla sınırlı değildir; aynı zamanda kamuyu da sosyal arabuluculuk işlevi hakkında bilgilendirmek ve çatışmaların dava öncesi aşamada çözümü için uygulamaya teşvik etmektir. Dolayısıyla henüz eğitim aşamasında sosyal arabuluculuk uygulamasında sertifika programlarının isminin çok kez değişmesi, daire başkanlığı olarak kurulması öngörülen birimlerin merkez olarak değiştirilmesi gibi kuruluş aşamasında aceleye geldiği düşünülen düzenlemeler bu bakımdan sistemsiz hareket edildiğine işaret eder.

IV. SOSYAL ARABULUCU OLMANIN ŞARTLARI

Türk Hukuk sisteminde iş uyuşmazlıklarında, ticari uyuşmazlıklarda, tüketici uyuşmazlıklarında ve gayrimenkul hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurmak dava şartı olarak kabul edilmiştir³⁶. Yaklaşık yedi yıldır uygulamada olan ve uygulama alanı genişletilerek başvurulmuş

²⁶ France Médiation: “Definition”, <https://www.francemediation.fr/definition>; Proposal for a European Recommendation on Social Mediation Submitted in the Framework of the European Days of Social Mediation, <https://ec.europa.eu/programmes/erasmus-plus/project-result-content/30dc6ea5-b3c5-4f94-b8bf-552fece7c070/RECO-GBv2.pdf>, (Erişim: 21.09.2024).

²⁷ Charte de Référence de la Médiation Sociale, https://www.francemediation.fr/system/files/inline-files/charte_mediationsociale%2C%202001.pdf, (Erişim: 22.09.2024).

²⁸ France Médiation: “Qui sommes-nous?”, <https://www.francemediation.fr/qui-sommes-nous>, (Erişim: 22.09.2024).

²⁹ ALMEIDA/SANTOS/ALBUQUERQUE, s.8.

³⁰ ALMEIDA/SANTOS/ALBUQUERQUE, s.8.

³¹ ALMEIDA/SANTOS/ALBUQUERQUE, s.22.

³² ALMEIDA/SANTOS/ALBUQUERQUE, s.33.

³³ ALMEIDA/SANTOS/ALBUQUERQUE, s.35.

³⁴ ALMEIDA/SANTOS/ALBUQUERQUE, s.44.

³⁵ Pratiques Professionnelles de la Médiation Social, Édition France Médiation, s.11; ALMEIDA/SANTOS/ALBUQUERQUE, s.12-13.

³⁶ Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu’nda zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenleme şu şekildedir:

“Bazı uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk

MADDE 18/B- (Ek:28/3/2023-7445/37 md.)

(1) Aşağıdaki uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır:

Didem ERDOĞAN & Rukiye KAHYA

zorunlu arabuluculuğun, mahkemelerin iş yükünü azaltmasının yanı sıra toplumda müzakere kültürünün yerleşmesine katkı sunması açısından da önemli bir yenilik olduğu söylenmelidir. Sosyal arabuluculuk da tarafların isteksiz değil gönüllü olduğu müddetçe görüşmelere dahil olarak katkı sunabileceği bir ihtiyari arabuluculuk türüdür. Zorunlu arabuluculuktan farklı olarak devlet dışı kuruluşların sisteme dahil olarak sertifika vermesi şeklinde genel bir uygulama benimsenmektedir. Türkiye’de sosyal arabuluculuk sistemi Adalet Bakanlığı ile iş birliği protokolü imzalayan HEGEM Vakfı bünyesinde kurulan “Sosyal Arabuluculuk Akademisi” eliyle yürütülmektedir.

Hukuk uyumsuzluklarında arabuluculuk yapabilmek için öncelikle arabuluculuk siciline kayıtlı olmak gerekmektedir. Sicile kayıt için aranan şartlar ise HUAK’ın 20. maddesinde ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin 30. maddesinde sayılmıştır. HUAK m. 20’ye göre Türk vatandaşı olmak; mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak, tam ehliyetli olmak, 5237 sayılı TCK’nın 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak; terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak; arabuluculuk eğitimi tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak gerekir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin 30. maddesinde bu koşulların yanı sıra arabuluculuk başvuru sahiplerinin yerine getirmesi gereken bir diğer koşul daha düzenlenmiştir. Buna göre başvuru tarihi itibarı ile fiilen avukatlık mesleğini veya bir kamu görevini ifa etmeyen başvuru sahiplerinin, arabuluculuk mesleğini yapmalarına ruhen ve bedenen engel bir hâllerinin bulunmadığını sağlık kuruluşlarından alacakları 6 aydan daha eski tarihli olmayan raporlarla belgelendirmeleri gerekir (m. 30/4, m. 30/5). Dolayısıyla tüm bu belirtilen şartları taşıyan ve tamamlayan kişiler sicile kaydolarak arabuluculuk yapabilecektir. Hukuk uyumsuzluklarında arabuluculuk eğitimi ve sınavı için yetkili birim Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulan Arabuluculuk Daire Başkanlığıdır.

Sosyal arabuluculukta ise devlet dışı kuruluşların sisteme dahil olarak sertifika vermesi şeklinde genel bir uygulama benimsenmiştir. HEGEM Vakfının yürüttüğü proje kapsamında 2023 yılında yeminli sosyal arabuluculuk sertifika programını tamamlayan katılımcılara sertifikaları Aydın Adnan Menderes Üniversitesi e-devlet sistemi üzerinden verilmiş, yeni dönemde yeminli sosyal arabuluculuk temel eğitimi

a) Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar.

b) Taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar.

c) 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar.

ç) Komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar.

(2) Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşma belgesi, taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmek suretiyle düzenlenir.

(3) Bu madde kapsamında düzenlenen anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunlu olup bu şerh taşınmazla ilgili anlaşma belgeleri bakımından taşınmazın bulunduğu yer, diğer anlaşma belgeleri bakımından ise arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden alınır. Mahkeme taşınmazla ilgili anlaşma belgeleri bakımından yapacağı incelemede anlaşma içeriğini, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı ve taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı yönünden denetler; bu kapsamda kurum veya kuruluşlardan bilgi veya belge talep edebilir ve gerektiğinde duruşma açabilir.

(4) Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin verilmesiyle ilgili diğer hususlar hakkında 18 inci madde hükmü uygulanır.

(5) (Ek:7/11/2024-7531/26 md.) 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.”

1 Ocak 2018’den bu yana uygulanan iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda şu şekilde düzenlenmiştir:

“Dava şartı olarak arabuluculuk

MADDE 3- (1) Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. (Ek cümle:28/3/2023-7445/41 md.) Bu alacak ve tazminatla ilgili itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları hakkında birinci cümle hükmü uygulanır...”

1 Ocak 2019’dan bu yana uygulanan ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda şu şekilde düzenlenmiştir:

“3. Dava şartı olarak arabuluculuk

MADDE 5/A- (Ek:6/12/2018-7155/20 md.) (1) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır...”

28 Temmuz 2020’den bu yana uygulanan tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda şu şekilde düzenlenmiştir:

“Dava şartı olarak arabuluculuk

MADDE 73/A- (Ek:22/7/2020-7251/59 md.) (1) Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz: a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar d) 74 üncü maddede belirtilen davalar d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar...”

Zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin sistematığı üzerine değerlendirme için bk. EKMEKÇİ, Ömer/ ÖZEKES, Muhammet/ ATALI, Murat/ SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 129 vd.

sertifika programının Anadolu Üniversitesi ilan şartlarına ve mevzuatına göre yürütülmesine karar verilmiştir.

Bu programa başvuru için “bakanlık ya da resmi kurumlarda çalışan kamu çalışanı olmak” şartı aranmakta, ilan edilen başvuru tarihleri içerisinde başvuru ücreti yatırılarak başvuru yapılmaktadır³⁷. Anadolu Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından yürütülen programın teorik ve uygulama seminerlerinden oluşan 1.5 aylık eğitim süreci tamamlanarak belirlenen tarihlerde çevrimiçi sınav yapılmakta ve en az 50 puan alan adaylar başarılı olarak sertifika almaya hak kazanmaktadır.

“Yeminli Sosyal Arabuluculuk”, “Yeminli Şiddet Önleme Danışmanlığı” Ve “İnsan Hakları Danışmanlığı” Sertifika Programları Uygulama Yönergesinde (“Yönerge” olarak anılacaktır), katılımcıların yeminli sosyal arabuluculuk başarı belgelerini edindikten sonra kendi kurumlarında ve bulundukları iller/ilçelerde ve sosyal ortamlarda mezuniyetlerine esas olacak iş/işler görebilecekleri belirtilmiştir (m. 10/b). “Mezuniyetlerine esas olacak iş/işler”den kastın ne olduğu ise açık değildir. Kamu çalışanlarının ön lisans/lisans mezuniyetlerinin mi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na göre atandıkları hizmet sınıfı mı, yoksa tamamlanan sertifika programının niteliği mi kastedilmektedir anlaşılmamaktadır.

Bu programla aile, akrabalık, komşuluk, okul, üniversite, iş ilişkisi gibi sosyal ilişki içerisinde olan kişilerin arasındaki hukuk uyuşmazlıkları dışında kalan uyuşmazlık türlerinin, sosyal arabuluculuk ile çözüme kavuşturularak hukuk uyuşmazlığına dönüşmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle ilgili Özel Yönetmelikte Sosyal Arabuluculuk Araştırma-Uygulama Merkezi, Şiddetle Sivil Mücadele Araştırma-Uygulama Merkezi, İnsan Hakları Araştırma-Uygulama ve Danışmanlık ve AR-GE Merkezi düzenlenmiş, sosyal arabuluculuk türleri olarak zamanla zamanla ihtiyaca göre ayrıca aile temelli arabuluculuk ve müzakere, okul merkezli arabuluculuk, kampüs arabuluculuğu ve iş hayatında sosyal arabuluculuk merkezlerinin kurulabileceği öngörülmüştür (Özel Yönetmelik m. 11). Bu yan dallar oluşturulurken çatışmaların yoğunlaştığı mekan, konu veya kişiye yönelik bir belirlemeye gidilecektir. Belirli meslek grupları muaf tutulmakla birlikte, yeminli sosyal arabuluculuk sertifika programını bitirenler kendi kurumlarında ya da bulundukları il/ilçe kamu kuruluşlarında 6 ay süre ile en az 7 anlaşmazlık konusuna bakarak sosyal arabuluculuk görevi uygulama/staj dönemini tamamlamış olacaktır. Pilot bölge uygulaması Manisa ilinde yürütülmüş olup, diğer anlaşmalı kurumlarda uygulanmaya başlandığına dair somut veriler bulunmamaktadır. İş birliği protokolünü imzalayan üniversitelerin rektörlüklerinde sosyal arabuluculuk koordinatörlükleri kurulmasına ilişkin gerekli düzenlemeler kabul edilmiş, ancak yine kampüs arabuluculuk faaliyetlerinin yürütüldüğüne dair somut verilere rastlanmamıştır.

Projeye göre üniversiteler, sivil toplum kuruluşları ve yerel yönetimler eliyle aile temelli arabuluculuk, okul merkezli arabuluculuk, yerel yönetimler eksenli yeminli sosyal arabuluculuk, iş hayatından sosyal arabuluculuk, spor alanlarında yeminli sosyal arabuluculuk, şiddet önleme ve insan hakları danışmanlığı, gençlikle yeminli sosyal arabuluculuk, kampüste arabuluculuk, turizm eksenli yeminli sosyal arabuluculuk, kentsel sosyal arabuluculuk programları kapsamında saha aktörleri yetiştirilmesi öngörülmüştür. Bu programlara katılabilmek için öncelikle yeminli sosyal arabuluculuk ve/veya şiddet önleme ve insan hakları danışmanlığı eğitimlerine sahip olmak gerekmekte, çalışılan kurumdaki hizmetin niteliğine göre sosyal arabuluculuk türü belirlenmektedir.

V. SOSYAL ARABULUCUNUN HUKUKİ STATÜSÜ

Türkiye’de sosyal arabuluculuk sistemi Adalet Bakanlığı ile iş birliği protokolü imzalayan HEGEM Vakfı tarafından yürütülmektedir. Bu kapsamda yapılmış olan faaliyetlerin ilk somut adımı olarak 2022 yılında (proje hazırlık dönemi olan Şubat-Temmuz 6 aylık dönemde) 25 pilot ilde tanıtım faaliyetleri yürütülmüştür. “Sosyal Arabuluculuk” sertifika programına 2700 ve “Şiddet Önleme Formatörlüğü” sertifika programına 1300 gönüllü katılımı sağlanmış, 26 Mayıs 2022 tarihinde Manisa ilinde yapılan pilot il çalışmaları değerlendirme toplantısında sürecin tüm illere yaygınlaştırılmasına karar verilmiştir³⁸.

Sosyal arabuluculuk sistemi HEGEM Vakfı bünyesinde kurulan “Sosyal Arabuluculuk Akademisi” eliyle yürütülmektedir. Ancak “akademi” kavramı dahi henüz bir yıl dolmadan üç farklı isimle karşılanmıştır. HEGEM Vakfı’nın 12.12.2023 tarihinde yürürlüğe giren Sertifika Programları Uygulama Yönergesinde³⁹ *İnsani Haklar ve Sosyal Arabuluculuk Akademisi*⁴⁰, Vakfın 02.02.2024 tarihinde kabul edilen yönetmeliğinde⁴¹ *Sosyal Arabuluculuk ve Danışmanlık Akademisi (SADAK)*, son olarak yine Vakfın 14.04.2024 tarihli Yönetmeliğinde⁴² *Sosyal Arabuluculuk Akademisi* olarak tanımlanmıştır. Bu kavramlar

³⁷ 2024 başvuruları için ilan edilen ücret, şiddet önleme ve insan hakları danışmanlığı sertifika programı için 370 TL, yeminli sosyal arabuluculuk sertifika programı için 470 TL’dir.

³⁸ İnsan Hakları ve Şiddetle Sivil Mücadele Bilincini Güçlendirici Saha Aktörleri Yetiştirme Projesi (2021- 2030), [http://insanihaklarakademisi.org.tr/Files/ckFiles/file/2023/4_%20PROJE%20bilgi%20dosyas%C4%B1%20\(16\)%20.pdf](http://insanihaklarakademisi.org.tr/Files/ckFiles/file/2023/4_%20PROJE%20bilgi%20dosyas%C4%B1%20(16)%20.pdf), (Erişim: 25.09.2024). Açıklanan son verilere göre sertifika programlarından 4701 yeminli sosyal arabulucu ve şiddet önleme formatörü mezun olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bk. <https://hegemvakfi.org.tr/media/uploads/2024/01/20/mezuniyet-e-devlet.pdf>, (Erişim: 10.09.2024).

³⁹ Sertifika Programları Uygulama Yönergesi, <http://hegemvakfi.org.tr/media/uploads/2023/12/09/sertifikalar-yonerge.pdf>, (Erişim: 25.09.2024).

⁴⁰ 2023 yılında yayınlanan İnsani Haklar ve Sosyal Arabuluculuk Akademisi Özel Yönetmeliğine dayanmış olsa da eski tarihli, yürürlükte olmayan, ilgili düzenlemenin yayınına ulaşıl原因amıştır.

⁴¹ “Sosyal Arabuluculuk ve Danışmanlık Akademisi” Teşkilat Yapısı ile, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Özel Yönetmelik, <https://hegemvakfi.org.tr/tr/sayfalar/sosyal-arabuluculuk>, (Erişim: 25.09.2024).

⁴² “Sosyal Arabuluculuk Akademisi” Teşkilat Yapısı ile, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Özel Yönetmelik, <https://hegemvakfi.org.tr/media/uploads/2024/06/30/6-akademi-yonetmelik.pdf>, (Erişim: 26.09.2024).

düzenlemelerin belirli bir nizam içerisinde ve bilinçli bir çalışma ürünü olmadığı izlenimi uyandırmaktadır. Öyle ki 02.02.2024 tarihli Yönetmeliğe dayanılarak çıkarılan 22.02.2024 tarihli Yönergede⁴³ bu yönetmeliğe uygun olarak “Akademi” Sosyal Arabuluculuk ve Danışmanlık Akademisini ifade edecek şekilde düzenlenmişse de 14.04.2024 tarihli Yönetmeliğe dayanılarak düzenlenen 24.07.2024 tarihli Yönergede⁴⁴ de “Akademi” hatalı olarak dayanak Özel Yönetmelikte yer alan Sosyal Arabuluculuk Akademisini değil, eski tarihli Yönergedeki gibi Sosyal Arabuluculuk ve Danışmanlık Akademisini ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. İki yıldır yapılmakta olan pilot il çalışmaları akabinde sosyal arabuluculuk eğitimi vermeye yetkili birimin dört ay gibi kısa bir sürede içerisinde üç defa isminin değişmesi sistemin tanınırlığının sağlanabilmesi açısından da kuşku uyandırmaktadır.

Yönetmelik çıkarma yetkisi Anayasa’nın 124. maddesinde Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerine tanınmıştır. Kamu tüzelkişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilirler (AY m. 123, 124). Yürürlükteki yönetmelik HEGEM Vakfı tarafından “Özel Yönetmelik” adı altında çıkarılmıştır. İhtimal odur ki Vakıf, yönetmelik çıkarma yetkisini söz konusu yönetmelikte geçen ifade ile “yarı kamu tüzel kişisi” olmasına dayandırmaktadır. Özel Yönetmeliğin Akademinin kuruluşu esasını düzenleyen 7. maddesinde “Akademi, bir yarı kamu tüzel kişisi olarak kurulmuştur” ibaresi geçmektedir. 1982 Anayasası’nın 123. maddesine göre kamu tüzel kişiliği yalnızca kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabilir. Yani bir tüzel kişiliğin kamu tüzel kişilik kazanması için bir kamu makamı tarafından tanınması/onaylanması, kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış olması yeterli görülmemekte; normal şartlarda sahip olamayacağı kamusal yetki ve ayrıcalıkların, kamusal yükümlülüklerin kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile tanınmış olması gerekmektedir⁴⁵. Devlet tarafından kurulan ve kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış olan tüzel kişilerin, bu iki şartı bir arada taşıması halinde kamu tüzel kişisi olduğunun kabul edilmesi de yine tüzel kişiliğin kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmuş ancak niteliğinin belirlenmemiş olduğu hallerde geçerlidir⁴⁶.

Konuya ilişkin olarak Uyuşmazlık Mahkemesinin 1999 yılında ve Danıştay’ın da sonraki kararlarında yer verdiği nitelermelere değinmekte fayda görüyoruz. Uyuşmazlık Mahkemesi Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre vakıf senedi ile kurulmuş ve tescil ile tüzel kişilik kazanmış Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı ile ilgili olarak; bir özel hukuk tüzel kişisi olan Vakfın “adalet hizmeti”ne yardımcı ve bitişik olarak kamu hizmeti yerine getirmesi ve ağırlıklı olarak kamusal bir nitelik taşıması dolayısıyla *kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese* olduğunun kabulü gerektiğine karar vermiştir⁴⁷. Yüksek Mahkeme bu yönde karar tesis ederken klasik kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi olağan bir yöntem olmasa da kurucuları ile organları tümüyle Bakanlık merkez teşkilatında görev yapan kamu görevlilerinden oluştuğuna ve gelirinin Bakanlık Birimleri tarafından verilecek hizmetler dolayısıyla sağlanan gelirlerden oluştuğuna dikkate çekmiştir.

Oysa HEGEM Vakfı yasayla veya Cumhurbaşkanı kararnamesiyle kurulmuş olma, yasalarla belirlenmiş olan görevleri yerine getirme ve yasayla özel olarak tanınmış ayrıcalıklardan yararlanma gibi özellikleri taşımadığı gibi kurucuları, organları ve gelirlerine ilişkin yargı kararları ile vurgulanan bu türden ayrıcalıklara da sahip değildir. Vakıfların 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun hükümlerine uygun olarak kamu kurum ve kuruluşları ile görev alanlarına giren konularda ortak projeler yürütmesi elbette mümkündür. Ancak HEGEM Vakfı’nın Adalet Bakanlığı ile iş birliği protokolü imzalayarak sosyal arabulucular yetiştirmek üzere sertifika programı düzenlemesi tek başına kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese –veya Özel Yönetmelikte geçen ifade ile yarı kamu tüzel kişisi- olması sonucunu doğurmayacaktır.

“Özel Yönetmelik” adı altında çıkarılan Vakıf Yönetmeliğine ilişkin bir diğer husus da yönetmeliğin dayanağı olarak Adalet Bakanlığının proje hakkındaki resmi yazıları, Vakfın Üniversitelerle yaptığı protokoller/sözleşmeler ve Adalet Bakanlığı ile imzaladığı iş birliği Protokolünün gösterilmiş olmasıdır. Ancak yönetmelik çıkarmaya yetkili makamlar, görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarabilir. “Özel Yönetmelik” adıyla yayımlanmış Sosyal Arabuluculuk düzenlemesinde ise dayanak kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bahsi geçmemektedir.

Sosyal arabuluculuk sertifika programı vermeye yetkili Akademinin dayanak düzenlemesine yetki, konu ve sebep bakımından değindikten sonra, programın içeriğine ve programı tamamlayan katılımcıların hukuki statüsüne ilişkin değerlendirmede bulunma gereği duyuyoruz: İhtiyari arabuluculuk türü olarak

⁴³ “Sosyal Arabuluculuk”, “Şiddet Önleme ve İnsan Hakları Danışmanlığı” Sertifika Programları Uygulama Yönergesi, <https://hegemvakfi.org.tr/tr/sayfalar/sertifikalar-yonerge>, (Erişim: 26.09.2024).

⁴⁴ “Yeminli Sosyal Arabuluculuk”, “Yeminli Şiddet Önleme Danışmanlığı” ve “İnsan Hakları Danışmanlığı” Sertifika Programları Uygulama Yönergesi, <https://hegemvakfi.org.tr/media/uploads/2024/09/02/5-sertifikalar-yonerge.pdf>, (Erişim: 27.09.2024).

⁴⁵ ULUSOY, Ali: Türk İdare Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s.148; KARAHANOGULLARI, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2023, s.14.

⁴⁶ GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 25. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2023, s.98.

⁴⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 03.05.1999, E.1999/1, K. 1999/11. <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>, (Erişim: 20.08.2024). Aynı yönde verilen Danıştay kararları: Danıştay İDDK, 06.05.2010, E.2006/2958, K.2010/910; Danıştay 5.D, 17.05.2000, E.2000/476, K.2000/1516. Türkiye Diyanet Vakfı’na ilişkin benzer yönde karar: Danıştay 5.D., 01.04.2003, E.2000/624, K.2003/1085. <https://karararama.danistay.gov.tr/> (Erişim: 28.09.2024).

sosyal arabuluculuk çok farklı alanlarda varlık göstermektedir. Bu nedenle hangi sosyal ilişkinin tesisine yönelik bir arabuluculuk türü olduğunu belirlemek bakımından alt başlıklar belirlenmesi zorunludur. Zira projeye hedeflenen her mahalleye, her okula, her iş yerine yeterli sayıda yeminli sosyal arabulucu olan saha aktörleri kazandırmaktır.

Sosyal arabuluculuğun oluşumuna ilişkin -çalışmamızda yeri geldikçe değindiğimiz üzere kanaatimizce hatalı ve noksan olmakla birlikte- birtakım düzenlemeler, koordinatörlükler oluşturulmuşsa da sosyal arabuluculuk faaliyetlerine ilişkin esas ve ilkeler belirlenmemiştir. Kanuni dayanağı esas almayan sosyal arabuluculuk faaliyetleri gönüllülük esasına dayanan ve hukuki bağlayıcılığı olmayan dostane faaliyetlerdir. Bu faaliyetlerin bağlayıcı olması için öncelikle kanuni bir düzenlemeye dayandırılması gerekmektedir. Yapılacak bir düzenleme ile öncelikle çok geniş bir yelpazede uygulama alanı olan sosyal arabuluculuk faaliyetlerinin, ilgili bakanlıkların Hukuk İşleri Genel Müdürlükleri bünyesinde kurulan bir merkezi teşkilatlanma ile veya Fransa örneğindeki gibi kamu kuruluşlarının ve sivil toplum kuruluşlarının üyeliği esasıyla oluşturulmuş merkezi bir örgütlenme ile yürütülmesinin öngörülmesi esastır. Bu düzenleme ile ayrıca sosyal arabuluculuk faaliyetlerinde izlenecek usul ve esaslar ile bu faaliyetlerin etkisinin açık bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Böylece hem sosyal arabulucunun hukuki sorumluluğuna ilişkin esaslar belirlenecek hem de çatışmaya sebep olan konu hukuki bir uyuşmazlığa dönüşmeden önceki safhada sosyal arabuluculuk faaliyetlerinin bağlayıcı niteliğine ilişkin bir belirlemeye gidilmiş olacaktır. Bununla birlikte sosyal arabulucuya birtakım güvenceler de verilmesi gerekmektedir. Hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyetlerinde arabulucunun ücret hakkı bulunmakta, sosyal arabuluculuk ise gönüllülük esası ile yürütülmektedir. Gönüllü hizmet veren sosyal arabulucunun bir de tazminat sorumluluğunun doğacak olması sosyal arabuluculuk müessesesinin gelişimini engelleyecektir. Bunun yanı sıra sosyal arabulucuya birtakım güvenceler de sağlanmalıdır. Hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyetinde bulunan arabulucuların ücret hakkı vardır; ancak sosyal arabuluculuk gönüllülük esası ile yürütülmektedir. Gönüllülük temelinde hizmet veren sosyal arabulucuların, tazminat sorumluluğu gibi risklerle karşı karşıya kalması, bu müessesenin gelişimini engelleyebilir. Ek olarak arabuluculukta, arabulucu tarafından hazırlanan anlaşma belgesi ilamlı icra yoluna başvurulabilme olanağı sağlar⁴⁸; bu da hukuki bağlayıcılık açısından önemli bir avantajdır. Ancak sosyal arabuluculukta böyle bir imkanın olmaması, bu uygulamanın etkinliğini sınırlayabilir. Dolayısıyla sosyal arabuluculuğun daha fazla desteklenmesi ve güçlendirilmesi için bu tür güvenceler ve hukuki kolaylıklar göz önünde bulundurulmalıdır.

VI. SOSYAL ARABULUCULUĞUN ETİK İLKELERİ VE SOSYAL ARABULUCUNUN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Sosyal arabulucuların çatışan bireylere nasıl yardımcı olacaklarını anlamak için yaptıkları işin detaylandırılması ve hukuki yükümlülüklerinin aydınlatılması gerekmektedir. Ayrıca bu konuların aydınlatılması, sosyal arabulucudan yardım alacak bireylerin hangi aşamada sosyal arabulucuya başvuracaklarını bilmeleri ve sosyal arabulucunun kendilerine nasıl bir faydasının dokunacağını anlamaları için de önemlidir. İşte bu noktada sosyal arabuluculuğun etik ilkeleri ve sosyal arabulucunun yükümlülükleri konusunun açıklığa kavuşması gerekmektedir.

Sosyal Arabuluculuk Akademisi, Özel Yönetmeliğin “İlkeler” başlıklı 6. maddesinde akademinin ilkelerini; “a) Temel hak ve özgürlüklere saygı a) Etik değerlere bağlılık b) Bilimsel özerklik c) Çözüm odaklılık d) İnsanilik e) Verimlilik f) Objektiflik g) Güvenilirlik h) Evrensellik i) Hukukilik j) Millilik k) Yenilikçilik”, şeklinde on iki madde halinde sıralamıştır⁴⁹. Doğrudan sosyal arabuluculara yönelik düzenlenmeyen etik ilkeler, daha ziyade Akademinin değerleri şeklinde düzenlenmiştir. Sosyal arabulucuların uymakla yükümlü oldukları etik kurallar ve yükümlülükleri konusunda açık bir bilgiye Özel Yönetmelikte yer verilmemiş; fakat 22. maddede “Bu özel yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde, Vakıf Resmi Senedi hükümlerine ve Vakıf Genel Kurul ve Yönetim Kurulu kararlarına göre hareket edilir” denmiştir.

Arabuluculuk alternatif yöntemini yargılamadan ayıran belli başlı yönler bulunmaktadır. Daha seri ve daha esnek bir süreç olması, tümüyle taraf iradesine bağlılığı ve taraf menfaatlerini dengeleyerek çözümün bizatihi taraflar tarafından gerçekleştirilmesi ve işleyişinde gizliliğin esas olması başlıca özellikleri arasında sayılabilir. Samimi, güvenli ve anlaşmayı hedefleyen özgür bir tartışma ortamı yaratılmasını sağlaması açısından gizlilik özel bir öneme sahiptir⁵⁰. Gizlilik ilkesi HUAK m. 4’te düzenlenmiştir. Buna göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür ve aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar. Öyle ki arabulucu taraflarla yaptığı özel görüşmelerde edindiği bilgileri tarafın açık muvafakati olmadıkça diğer tarafa aktarmayacaktır. Gizlilik kuralına aykırı hareket eden arabulucunun hukuki ve cezai sorumluluğu saklı olup, sicilden silinmesine karar verilebilir (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği m. 6/4). Gizlilik yükümlülüğüne aykırı hareket ederek bir kişinin hukukten korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır

⁴⁸ EROĞLU, Orhan: Şematik İca ve İflas Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.92; ERTANHAN, Mesut: Yargılama ve Takip Giderleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.385.

⁴⁹ “a)” ifadesi yanlışlıkla iki kez arka arkaya yazılmıştır. Bu tür bir tekrarın, muhtemelen yazım sırasında yapılan bir dikkatsizlikten ya da hatadan kaynaklandığı açıktır. Dolayısıyla sıralamayı okurken bu tekrarın fark edilmesi ve gerekli düzeltmenin yapılması gerekir. Başka bir deyişle söz konusu tekrar bir yazım hatasıdır ve metnin doğruluğunu sağlamak için düzeltilmesi gerekmektedir.

⁵⁰ TANRIVER, Arabuluculuk, s. 66.

(HUAKE m. 33). Hapis cezası, disiplin cezası ve hukuki yaptırım öngörülerek güvence altına alınan arabuluculukta gizlilik esasının temel nedeni, taraflara rahat bir müzakere ortamı sunulmasıdır. Sosyal arabuluculuk sürecine ilişkin benzer bir düzenleme olmaması ise tarafları müzakereye teşvik edecek en temel esaslardan birisinin eksikliği anlamına gelmektedir.

Öte yandan her ne kadar HUAKE’da ve ilgili yönetmelikte yer alan arabuluculuk ilkeleri arasında açıkça sayılmamış olsa da arabulucuların aranan yeterliliğe sahip olması ve mesleki rollerini aşmama yükümlülükleri vardır⁵¹. Bu sınırlar içerisinde arabuluculuk faaliyetlerini yürüten arabulucu, eşitlik ilkesini ve tarafsızlık ilkesini ihlal etmeden tarafları aydınlatmakla yükümlüdür. Çıkan çatışmanın türüne göre faaliyet gösterecek sosyal arabulucunun yeterliliği öngörülen sertifika programı ile sağlanmış olsa dahi müzakere sürecinde hangi sınırlara riayet etmesi gerektiği, tarafları aydınlatma yükümlülüğü ile mesleki rolünü aşmaması arasındaki denge, yapılacak yasal bir düzenleme ile güvenceye alınmalıdır. Bu, sosyal arabulucu önünde buluşan tarafların güvenini kazanmak ve çözüme daha hızlı ulaşılmasını sağlamak bakımından da ayrıca önem arz eder.

Arabuluculuk faaliyetlerinde olduğu gibi sosyal arabuluculuk faaliyetlerinde de müzakereye katılmayan üçüncü kişilerin hakları gözetilmelidir. Sosyal arabulucu tarafları, özellikle aile ve akraba arabuluculuklarında süreç dahil olabilecek üçüncü tarafın çıkarlarını dikkate almaya teşvik etmelidir. Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler gibi sosyal arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerin de kanuni güvence altına alınması ve diğer düzenleyici işlemlerle ayrıntılı olarak korunması zorunludur.

Kanaatimizce arabulucular için ilan edilen tüm etik standartlar ve davranış kuralları, sosyal arabulucular için de geçerli olmalıdır. Arabulucunun rolü, tarafsızlık ve bağımsızlık temelinde taraflara eşit bir ortam sağlamaktır. Süreçte herhangi bir güç dengesizliği varsa arabulucu bunun üstesinden gelmek için çaba sarf etmelidir. Bu çerçevede arabulucu dürüstlük ve ahlaki bütünlüğe sahip, güvenilir bir kişilik sergilemelidir. Anlaşmazlık konusuna dair derin bilgi ve uzmanlık, onun tarafsız desteği sağlamasında kilit rol oynar. Ayrıca çıkar çatışmalarından uzak durarak, sürecin her aşamasında tarafsızlığına gölge düşürmemeye özen göstermelidir⁵². Tüm bu nitelikler arabulucunun etkin bir şekilde taraflar arasında köprü kurmasını ve yapıcı çözümler geliştirmesini sağlar⁵³. Bu minvalde sosyal arabulucuların; uyuşmazlık tarafları arasında eşitliği gözetme yükümlülüğü, tarafların kendi kaderini tayin hakkına saygı duyma, tarafsız olma, taraflarla menfaat ilişkisi veya çıkar çatışmasının bulunmaması, sürecin niteliğine uygun hareket etme ve görevini özenle yerine getirme, gizlilik ilkesine riayet etme, mesleki yeterliliğe sahip olma, unvan kullanımı, reklam ve tanıtım ile ücret ve masraflarını isteme konularında çıkarılacak mevzuata uygun hareket etme yükümlülüğü olmalıdır. Uyuşmazlık taraflarının sahip olduğu iradilik, gizlilik, gönüllülük, eşitlik gibi ilkelerin hayata geçirilebilmesi için tarafların öncelikle süreçteki haklarını bilmeleri, yani sosyal arabulucu tarafından aydınlatılmaları gerekmektedir. Arabuluculuk sürecinin etkili ve adil olabilmesi için en başından itibaren şeffaflığın korunması ve doğru bilgilendirme yapılması önemlidir. Arabulucunun tarafları bilgilendirme ve yönlendirme rolü, görevlerini yerine getirmesinde kritik bir etkiye sahiptir. Müzakereler sırasında yanlış bilgilendirme veya gerekli açıklama eksikliği durumunda arabulucunun sorumluluktan kaçınması önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir⁵⁴. Bu, aynı zamanda 1982 Anayasası’nın 40. maddesinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin korunması amacına da hizmet eder. Fakat çalışmada yer yer belirtildiği üzere sosyal arabuluculuk alanında öncelikle kanuni düzenleme yapıp, ardından diğer düzenleyici işlemler yapılmadan tüm görüşmeler herhangi bir yaptırıma tabi olmadan havada kalacak ve sosyal arabulucunun da herhangi bir hukuki sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu da tarafların menfaat ihlaline yol açarak kuruma olan güveni zayıflatacaktır.

Arabuluculuğa ilişkin 6325 sayılı Kanunun 21. maddesinde yer alan düzenlemeye baktığımızda Arabuluculuk Daire Başkanlığının, arabuluculuk için aranan koşulları taşımadığı hâlde sicile kaydedilen veya daha sonra bu koşulları kaybeden veya kendi isteğiyle arabulucular sicilinden kaydının silinmesini talep eden arabulucunun kaydını silme yetkisine sahip olduğunu görmekteyiz. Ayrıca Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 6325 sayılı Kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmediğini tespit ettiği arabulucuyu yazılı olarak uyarmak; bu uyarıya uyulmaması hâlinde arabulucunun savunmasını aldıktan sonra gerekirse adının sicilden silinmesini Kuruldan talep etme yetkisine sahiptir. Sosyal arabuluculukta ise Özel Yönetmeliğin 18. maddesinde sosyal arabulucuların Sosyal Arabuluculuk Akademisine gönüllülük esası çerçevesinde üye olma ve üyelikten ayrılmasının mümkün olduğunu; fakat olumsuz hallerinin (istenmeyen tutum ve davranışlarının) söz konusu olduğu hallerde katılımcıların üyeliklerinin Akademi Yönetim Kurulu kararı ile sona erdirileceği ifade edilmektedir. Sosyal arabulucunun *istenmeyen tutum ve davranışlarının* ne olduğu konusu açıkça ifade edilmemiştir. Sosyal arabuluculuğa ilişkin herhangi bir yükümlülük hukuki

⁵¹ HOFFMAN, David: “Ten Principles of Mediation Ethics, Alternatives to the High Cost of Litigation 18(8), 147-169, Eylül 2000, s. 148-149.

⁵² Arabulucular süreç boyunca tarafsız kalmaya ve çıkar çatışmalarından uzak durmaya özellikle dikkat etmelidirler. Bu, arabuluculuğun temel prensiplerinden biri olup, sürecin her aşamasında tarafsızlığa gölge düşmemesi için önemlidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 36/1-c maddesi de benzer şekilde hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektiren önemli bir sebep olduğunda tarafların hâkimi reddedebileceğini veya hâkimin kendisinin çekilebileceğini öngörmektedir. Özellikle davada daha önce arabuluculuk veya uzlaştırmacılık yapan bir kişinin tarafsızlığı konusunda şüphe duyulabilir ve bu, hâkimin reddi için geçerli bir sebep olarak kabul edilir. Bu düzenlemeler hem hâkimlerin hem de arabulucuların tarafsızlık ilkesine ne kadar büyük önem vermeleri gerektiğini vurgulamaktadır.

⁵³ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/AYKUTALP, Aslı: Yargı Örgütü Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2024, s.25.

⁵⁴ BADUR, Emel: “Arabulucunun Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu”, Medeni Hukuk Dergisi 1, S. 1, Ocak 2024, s.19.

boyutuyla düzenlenmemişken, sosyal arabulucuların *olumsuz sayılacak hallerinde* Akademi üyeliklerinin sonlandırılacağı zayıf ve yüzeysel bir ifadedir. Sosyal arabulucuların görevlerindeki artışa paralel bir yetki ve sorumluluk çerçevesinin çizilememiş olması çözülmesi gereken önemli bir sorundur.

Hukuk uyuşmazlıklarında arabulucunun hukuki sorumluluğuna dair bir düzenleme bulunmasa da arabulucu 6325 sayılı Kanundan ve etik kurallardan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde sözleşmeye aykırı hareket etmesinden ve/veya haksız fiillerinden sorumlu tutulabilir⁵⁵. Doktrinde arabulucunun hukuki sorumluluğunun özellikle dava şartı arabuluculuk bağlamında yasal zemine oturtulması ve konuya ilişkin açıklık getirilmesi gerekliliğinin altı çizilmiştir⁵⁶. Kanaatimizce sosyal arabuluculuk konusunda da bu faaliyetin sosyal arabulucunun müstakbel görev ve yükümlülüklerinin yargı denetimi dışında kalması anlamına gelmeyecek şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Bu sayede sosyal uyuşmazlığı çözme faaliyetlerinin mevzuata uygunsuzluğu iddiasıyla ve bu faaliyetlerin zararlarından çıkacak ihtilafların çözümü için yargı yoluna gitme olanağı mümkün kılınabilir. Örneğin sosyal arabulucunun gizlilik ilkesini ihlali yaptırma tabi tutulmalıdır.

VII. SONUÇ

Sosyal arabuluculuk kişilerin veya kuruluşların birbirleriyle olan ilişkilerini geliştirmeye ve karşı karşıya gelmelerine neden olan anlaşmazlıkları çözmelerine yardım etmek üzere yürütülen tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi faaliyetleridir. Şiddetle Mücadele Vakfı, toplumsal şiddet ve suça ilişkin araştırmalar yaparak risk haritaları belirleyerek ve çeşitli destek hizmetleri ile şiddetle sivil mücadele modelleri geliştirerek şiddet olaylarının önüne geçmek amacıyla kurulmuş bir vakıftır. Sosyal arabuluculuk faaliyetlerini yürütmek amacıyla Adalet Bakanlığı ve devlet üniversiteleri ile iş birliği protokolü imzalaması vakfın ilkelerine uygun çalışmalardır. Ancak olması gereken, Fransa uygulamasında olduğu gibi, sosyal arabuluculuk alanında faaliyet gösteren tüm derneklerin ve vakıfların birlikte çalışmasını sağlayan ortak bir platform oluşturularak uzmanlık eğitimi ve sertifika programının bu oluşum tarafından verilmesi veya ilgili bakanlıkların Hukuk İşleri Genel Müdürlükleri bünyesinde kurulan bir merkezi teşkilatlanma ile yürütülmesidir. Ayrıca bu düzenleme ile sosyal arabuluculuk faaliyetlerinde izlenecek usul ve esaslar ile bu faaliyetlerin bağlayıcı olup olmadığı açık bir şekilde ortaya konmalı, sosyal arabulucunun hukuki sorumluluğuna ilişkin temel esaslar belirlenmeli ve gönüllülük esası ile hareket eden sosyal arabulucuya güvence sunulması gerekmektedir.

Sosyal arabuluculuk; uygulama alanı oldukça geniş olan, fakat buna rağmen kural olarak hukuken herhangi bir bağlayıcılığı olmayan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Hukuken de geçerli olabilmesi için tıpkı arabuluculukta olduğu gibi birtakım hukuki düzenlemelerin yapılması esastır. Bu sayede sosyal arabuluculuk tarafların yükümlülüklerini yerine getirmesi bakımından hukuken bağlayıcılık kazanabilir.

Sosyal arabuluculuğun kotarılması ve saha aktörlerinin yetiştirilmesi başka, bu hazırlıkların sahaya aktarılması başka bir şeydir. Araştırmamız boyunca gördük ki sosyal arabuluculuk düzenlemelerinin ıslaha muhtaç birçok yönü bulunmaktadır. Gerçekten de sosyal arabuluculuk -bu yöntemin toplumsal uzlaşıya sağlayacağı katkı göz önünde bulundurulursa- atılması gereken bir adımdı; şimdi bu adımların belirlenmesi ve güçlendirilmesi gerekir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanması; toplumda müzakere bilincinin, diyalog ile çözüme ulaşma inancının yerleşmesinin bir sonucu olmakla birlikte aynı zamanda bu alışkanlığın oluşmasına da katkı sağlamaktadır. Bu nedenle ülkeden ülkeye ve hatta bölgeden bölgeye değişen sosyal sorunların çözümü için ihtiyari arabuluculuk faaliyetlerinin yaygınlaştırılması ve bu kapsamda sosyal arabuluculuk faaliyetinin bir sistem öngörülerek yürütülmesi gerekli ve önemli bir uygulamadır. Avrupa’da uzun yıllardır uygulanan bir çözüm yöntemi olan sosyal arabuluculuk faaliyeti Türkiye’de son birkaç yıldır belirli düzenlemelere bağlanarak hayata geçirilmeye çalışılmaktadır. Her yeni uygulamada olduğu gibi karşılaşılan sorunlar, sistemin eksiklikleri ve aksaklıkları zamanla onarılarak ilerlemek ve uygulamanın faydasını en üst seviyede tutmak esastır. Ancak Avrupa’da uzun yıllardır süregelen uygulamalar önemli bir yakın örnek teşkil etmesine ve Türkiye’de sosyal arabuluculuk faaliyetlerinin aslında yaş, mevki, itibar gibi nedenlerle saygın ve güvenilir kabul edilen kişilerce kadimden beri yürütülüyor olmasına rağmen, sistem henüz oluşum aşamasındayken dahi fahiş hataların ve eksikliklerin bulunması kabul edilebilir değildir.

Sosyal arabuluculukla ilgili oluşturulan en yeni tarihli yazılı kaynaklar (“*Sosyal Arabuluculuk Akademisi*” Teşkilat Yapısı İle, Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Özel Yönetmelik ve “*Yeminli Sosyal Arabuluculuk*”, “*Yeminli Şiddet Önleme Danışmanlığı*” Ve “*İnsan Hakları Danışmanlığı*” Sertifika Programları Uygulama Yönergesi) incelendiğinde, buralarda yer verilen konuların kanuni dayanaktan yoksun olması içeriği anlamımızı da güçleştirmektedir. Anılan kaynaklar sosyal arabuluculuğa vücut veren iki ana faktörün, yani sosyal arabulucu ve uyuşmazlık taraflarının hak ve yükümlülükleri ile uyması gereken etik ilkelere değil, tamamıyla teşkilat yapısına odaklanıldığı izlenimini vermektedir. Bu kaynaklarda yer alan cümleler yer yer bilimsel terminolojinin doğru kullanılmamasından yer yer de taşıdığı anlam bozuklukları sebebiyle okumayı ve anlamayı çok zorlaştırmaktadır. Örneğin kaynaklarda kullanılan üslup ve cümlelerin ele aldığı konularda, hukukunun temel mantığının içselleştirilmediği ve kavramların teknik kullanımına hâkim olunmadığı açıkça görülmektedir. Oysa sosyal arabuluculuğu kurumsallaştırmaya yönelen bu yolda

⁵⁵ AZAKLI ARSLAN, Betül: “Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1), 2018, s.210, 211.

⁵⁶ TANRIVER, Süha: “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (147), 2020, s.126; AZAKLI ARSLAN, s.218.

doğrudan uzman hukukçular eliyle konunun tarihçesinden başlanarak, sorumluluğun türleri ve karşılaştırmalı hukuk sistemi örneklerinden hareketle sorumluluğun doğuş ve harekete geçirilme şartları incelenmelidir.

KAYNAKÇA

- ALMEIDA, Helena Neves/SANTOS, Clara Cruz/ALBUQUERQUE, Cristina Pinto: Avrupa'da Sosyal Arabuluculuk, Solak, Öner/Erdoğan, Ersin (çev. ed.), 2022.
- Arabuluculuk Daire Başkanlığı: "Arabulucular Soruyor?", https://www.youtube.com/watch?v=aCm_-r966M8, (Erişim: 30.08.2024).
- ATALI, Murat: Temel Hukuk Dizisi, Medeni Usul Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2024.
- Avrupa Komisyonu: "Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap", <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52002DC0196>, (Erişim: 20.09.2024).
- AZAKLI ARSLAN, Betül: "Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1), 2018, ss.189-223.
- BADUR, Emel: "Arabulucunun Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu", Medeni Hukuk Dergisi 1, S. 1, Ocak 2024, ss.1-26.
- BAHADIR, Tuğçe N.: Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- ÇETİN, Cemile/ TÜRNÜKLÜ, Abbas/ TURAN, Nuray: "Anlaşmazlıkların Çözümünde Akran Arabuluculuk Modelinin Dönüştürücü Etkileri: Arabulucu Öğrenciler Gözünden Bir Değerlendirme", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 16(3), 2015, ss.383-411.
- DURAN, Hazal: "The Intermediary Function of Turkey's Legislative Ombudsman in Resolving Public Disputes". Bilig, S. 96, TBMM'nin 100. Yılı Özel Sayısı, 33-59, Ocak 2021.
- EKMEKÇİ, Ömer/ ÖZEKES, Muhammet/ ATALI, Murat/ SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019.
- EROĞLU, Orhan: Şematik İca ve İflas Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- ERTANHAN, Mesut: Yargılama ve Takip Giderleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 25. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2023.
- HEGEM: "Okul Merkezli Sosyal Arabuluculuk", <https://hegemvakfi.org.tr/media/uploads/2024/09/07/3-okul-merkezli-arabuluculuk.pdf>, (Erişim: 26.08.2024).
- HOFFMAN, David: "Ten Principles of Mediation Ethics, Alternatives to the High Cost of Litigation 18(8), 147-169, Eylül 2000.
- İnsan Hakları ve Şiddetle Sivil Mücadele Bilincini Güçlendirici Saha Aktörleri Yetiştirme Projesi (2021-2030), [http://insanihaklarakademisi.org.tr/Files/ckFiles/file/2023/4_%20PROJE%20bilgi%20dosyas%C4%B1%20\(16\)%20.pdf](http://insanihaklarakademisi.org.tr/Files/ckFiles/file/2023/4_%20PROJE%20bilgi%20dosyas%C4%B1%20(16)%20.pdf), (Erişim: 25.09.2024).
- KARAHANOGULLARI, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2023.
- ÖZBEK, Mustafa: "Dünya Çapındaki Adaletle Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 51, S.2 Nisan 2002.
- PEKCANITEZ, Hakan: "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", Hukuki Perspektifler Dergisi, (5), 2005, ss.12-16.
- Pratiques Professionnelles de la Médiation Social, Edition France Médiation.
- Proposal for a European Recommendation on Social Mediation Submitted in the Framework of the European Days of Social Mediation, <https://ec.europa.eu/programmes/erasmus-plus/project-result-content/30dc6ea5-b3c5-4f94-b8bf-552fece7c070/RECO-GBv2.pdf>, (Erişim: 21.09.2024).
- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/AYKUTALP, Aslı: Yargı Örgütü Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2024.
- ŞAHİN, Tuğçem/ÇELİK, Yasin/RUHİ, Ahmet Cemal: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk 2. Baskı, 2022.
- TANRIVER, Süha: "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (147), 2020, s.111-142.
- TANRIVER, Süha: "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (64), 2006, ss.151-177.
- ULUSOY, Ali: Türk İdare Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazarlar Didem ERDOĞAN & Rukiye KAHYA, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Didem EROĞAN & Rukiye KAHYA, who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından hazırlanmıştır. | This article was prepared by the authors.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The authors declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

MİRASTAN YOKSUNLUKTA MİRASBIRAKANIN AFFI
FORGIVENESS OF THE DECEASED IN UNWORTHINESS TO INHERITMusa Furkan ŞAHİN *  

Makale Bilgi

Gönderi: 11/02/2025
Kabul : 10/03/2025

Anahtar Kelimeler

*Mirastan Yoksunluk,
Mirasbırakan,
Mirasçı,
Vasiyet Alacaklısı,
Af.*

Article Info

Received: 11/02/2025
Accepted: 10/03/2025

Keywords

*Unworthiness to
Inherit,
Deceased Person,
Heir,
Legatee,
Forgiveness.*

Özet

10.21492/inuhfd.1635713 

Mirastan yoksunluk, Türk Medeni Kanunu madde 578/I'de düzenlenen sebepleri gerçekleştiren mirasçının veya ölüme bağlı tasarrufla kendisine mal varlığı bırakılan kişinin miras hakkından mahrum kalmasıdır. Mirastan yoksunluğun doğması için mirasbırakanın irade beyanına gerek yoktur. Türk Medeni Kanunu madde 578/II'de ise mirasbırakana mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affederek mirastan yoksunluğu sona erdirmeye imkânı verilmektedir. Af, mirasbırakanın akli ve manevi bir süreç geçirerek mirastan yoksun olan mirasçının veya vasiyet alacaklısının gerçekleştirdiği fiili arkada bırakmasıdır. Hukuki niteliği itibarıyla mirasbırakanın affı, hukuki sonuç doğuran duygu açıklamasıdır. Affın geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurması için mirasbırakanın affa konu fiilden haberdar olması, ayırt etme gücünün mevcut olması ve gerçek iradesinin mirastan yoksun kişiyi affetme yönünde olması gerekir. Bazı mirastan yoksunluk sebepleri bakımından bu şartlar sağlanamayacağından af mümkün değildir. Affın mümkün olduğu mirastan yoksunluk sebepleri bakımından mirasbırakanın affının geçerliliği şekle bağlı değildir. Bu çalışmada, mirastan yoksunlukta af kavramı, affın hukuki niteliği, geçerlilik şartları, şekli, ispatı ve sonuçları tartışılmaktadır.

Abstract

Unworthiness to inherit is the inability of the heir or the beneficiary of a testamentary disposition because of the reasons regulated in Article 578/I of the Turkish Civil Code. The declaration of will of the deceased is not required for the unworthiness to inherit. Article 578/II of the Turkish Civil Code gives the deceased the opportunity to end the unworthiness to inherit by forgiving the heir or the legatee. Forgiveness means that the deceased, after a mental and emotional process, decides not to penalize the heir or the legatee who is unworthy of the inheritance. The forgiveness of the deceased is a declaration of feeling that has legal consequences. In order for the forgiveness to be valid, the deceased must be aware of the act subject to forgiveness, must be capable of judgment, and must have the real will to forgive. Since some of the reasons regulated in Article 578/I of the Turkish Civil Code do not fulfil these conditions, forgiveness is not possible for these reasons. In this study, the concept of forgiveness in unworthiness to inherit, its legal nature, validity conditions, form, proof, and consequences of forgiveness are discussed



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Arş. Gör. Dr. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ŞAHİN/Musa Furkan, "Mirastan Yoksunlukta Mirasbırakanın Affı", İnÜHFD, 16(1), 2025, s.100-110. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Unworthiness to inherit regulated in Article 578 of the Turkish Civil Code refers the inability of the heir or the beneficiary of the testamentary disposition because of the reasons listed in this article. Unworthiness to inherit has its consequences by law, even in the absence of the deceased's will. Unlike the disinheritance regulated under Article 510 of the Turkish Civil Code, in the case of the fulfillment of certain reasons, the unworthiness to inherit has its consequences according to the law. Thus, it is ensured that the heir or legatee who is unworthy of the inheritance is deprived of their inheritance rights without any testamentary disposition of the deceased.

The reasons for unworthiness to inherit in Article 578/I of the Turkish Civil Code are: (1) murder or attempted murder of the deceased, (2) permanently disabling the deceased from making testamentary dispositions, (3) enabling or preventing the deceased from making or revoking a testamentary disposition by malice, coercion, or threat, and (4) revoking a testamentary disposition when it is not possible for the deceased to make it again. All of these acts that cause unworthiness to inherit are directed against the deceased and committed intentionally and unlawfully. Article 578/II of the Turkish Civil Code provides the deceased with an opportunity to end the unworthiness to inherit of the heir or the legatee who committed these acts. In this study, the concept of forgiveness in unworthiness to inherit, its legal nature, validity conditions, form, proof, and consequences of forgiveness are discussed.

Forgiveness is a decision made by the deceased, made after a mental and emotional process, to refrain from penalizing the heir or the legatee who is unworthy of the inheritance. The forgiveness of the deceased is a declaration of feeling that has legal consequences. The fact that the act causing the unworthiness to inherit is directed against the deceased requires that the forgiveness must be made by the deceased. Thus, the forgiveness cannot be declared by the agent. It is not possible for the deceased to withdraw his/her declaration regarding forgiveness in unworthiness to inherit. It is possible for the deceased to declare a conditional forgiveness.

In order for the forgiveness to have consequences, firstly, the deceased must know the act is subject to the forgiveness. This condition is fulfilled when the deceased is aware of the important details of the act. It is not possible to forgive acts that have not yet occurred. Secondly, the deceased must be capable of judgment. Accordingly, it is not necessary for the deceased to have the capacity to act. Even if the deceased, who is capable of judgment, is underage or interdicted, the declaration of forgiveness is valid. Finally, the real will of the deceased must be to forgive. This is possible at the end of the deceased person's spiritual and mental process without being influenced. The forgiveness is valid even if the deceased does not know the legal consequences of the forgiveness.

Forgiveness is not possible for all the reasons for unworthiness to inherit in Article 578/I of the Turkish Civil Code. This is because, as a result of some of the reasons, the deceased loses his/her capacity to make judgment or dies.

There is no formal requirement for the validity of forgiveness in unworthiness to inherit. Forgiveness may be explicit or implicit. However, in order to determine that the deceased has forgiven the heir or the legatee without an explicit declaration of the deceased, the circumstances and conditions in the case must be examined. In the case that the deceased makes a testamentary disposition in favor of the heir or the legatee who is unworthy of inheriting without explicitly declaring the will of forgiveness, this may mean that the deceased has implicitly forgiven this heir or the legatee. However, even in this case, the will of the deceased must be interpreted. The addressee of the declaration of forgiveness may be the heir, the legatee, or third parties. The proof that the deceased has forgiven the heir or the legatee who is unworthy of inheriting must be made by the person who benefits from it. Therefore, the heir or the legatee who is unworthy of inheriting must prove the forgiveness of the deceased. If the existence of the forgiveness is clear from the circumstances of the case, the judge takes this into consideration.

In the case that the deceased forgives the heir or the legatee who is unworthy of inheriting, the unworthiness to inherit ends. Thus, the heir or the legatee is entitled to the inheritance of the deceased and can claim the property bequeathed to him by the testamentary disposition.

I. GİRİŞ

Mirastan yoksunluk, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 578’de düzenlenen sebepleri gerçekleştiren mirasçının veya ölüme bağlı tasarrufla kendisine mal varlığı bırakılan kişinin mirasbırakanın irade beyanına gerek olmaksızın miras hakkından mahrum kalmasıdır. TMK m. 510’da düzenlenen mirasçılıktan çıkarmadan farklı olarak doğrudan mirasbırakanın şahsına yönelmiş olan belirli sebeplerin gerçekleşmesi hâlinde, mirastan yoksunluk kanun hükmü gereği kendiliğinden hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu sayede, mirasbırakanın herhangi bir ölüme bağlı tasarruf yapmasına gerek olmadan mirastan yoksun olan mirasçının veya vasiyet alacaklısının miras hakkından uzaklaştırılması sağlanmış olur¹.

Mirastan yoksunluğun ortaya çıkması için mirasçı olan veya ölüme bağlı tasarrufla kendisine mal varlığı bırakılan kişinin TMK m. 578’de sayılan sebeplerden birini gerçekleştirmiş olması gerekir. Bu sebeplerin ortak noktası, söz konusu fiillerin kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesidir². TMK m. 578/I-1’de mirasbırakanın öldürülmesi veya öldürülmeye teşebbüs edilmesi, TMK m. 578/I-2’de mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetinin daimî olarak kaybettirilmesi düzenlenmektedir. TMK m. 578/I-3’te ise aldatma, zorlama veya korkutma sonucu ortaya çıkan dört durum düzenlenmektedir. Bunlar, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapmasını veya ölüme bağlı tasarruftan dönmesini sağlamak veya engellemektir. Son olarak TMK m. 578/I-4’te mirasbırakanın tekrar yapması mümkün değilken ölüme bağlı tasarrufun ortadan kaldırılması da mirastan yoksunluk sebebi olarak sayılmaktadır. Mirastan yoksunluk sebeplerinden birini veya birden fazlasını gerçekleştiren mirasçı veya ölüme bağlı tasarrufla kendisine mal varlığı bırakılan kişi, mirastan yoksun olur ve miras payı veya kendisine bırakılan mal varlığı üzerinde hak kazanamaz.

TMK m. 578/II’de mirasbırakana mirastan yoksunluğun ortadan kaldırılması için bir imkân tanınmaktadır. Bu hükme göre mirasbırakan, mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affederek mirastan yoksunluğu sona erdirebilir. Mirastan yoksunluğa ve bunun sonucunda mirasçıya veya vasiyet alacaklına etkisi bakımından affın hangi özelliklere sahip olduğunun belirlenmesi ve affın niteliğinin ortaya konması önemlidir. Affın geçerliliği şekil şartına bağlı olmadığından özellikle mirasbırakanın af iradesinin açık olmadığı durumlarda affın gerçekleşip gerçekleşmediğinin doğru tespit edilmesi gerekir. Keza mirastan yoksunluk sebeplerinden bazıları bakımından affın mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu sebeple, affın mümkün olduğu mirastan yoksunluk sebeplerinin belirlenmesi de önem arz eder. Bu çalışmada, mirastan yoksunlukta af kavramı, affın hukuki niteliği, geçerlilik şartları, şekli, ispatı ve sonuçları üzerinde durulmakta; hangi mirastan yoksunluk sebepleri bakımından affın mümkün olduğu değerlendirilmektedir.

II. MİRASTAN YOKSUNLUKTA AF KAVRAMI

Mirastan yoksunlukta af kavramı, TMK m. 578/II hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükme göre mirasbırakan, mirastan yoksunluk sebeplerinden birini gerçekleştirecek mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affedebilir³. Böylece mirasbırakanın mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını mirastan mahrum bırakmak istediğine yönelik karineyi çürütmesi söz konusu olur⁴.

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük’te af “*Bir suç işleyeni, kusur veya hata yapanı bağışlama.*” olarak tanımlanmaktadır. Mirastan yoksunluk bakımından af da mirasbırakanın mirastan yoksunluk sonucunu doğuran davranışı arkada bırakması ve bu davranışın sonuçlarını ortadan kaldırması olarak tanımlanabilir⁵. Buna göre, mirastan yoksunlukta af kavramı, mirasbırakanın duygusuna, düşüncesine ve tutumuna dayanmaktadır. Mirasbırakanın mirasçının veya vasiyet alacaklısının davranışının onun mirasa hak

¹ TUOR, Peter/PICENONI, Vito: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang (Art. 537-640 ZGB), Stämpfli Verlag, Bern, 1966, Art. 540 ZGB, N.2; SCHWANDER, Ivo: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlTv ZGB), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019, Art. 540 ZGB, N.1; ESCHER, Arnold: Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), Schulthess & Co. AG, Zürich, 1960, Art. 540 ZGB, N.1; KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1978, s.531; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, N.1515-1516; İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, N.1488; ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku (Tablolarla ve Örneklerle), 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s.342.

² TUOR/PICENONI, Art. 540 ZGB, N.15; ESCHER, Art. 540 ZGB, N.7; DURAL/ÖZ, N.1521; OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984, s.323; EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, N.1176; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N.1496.

³ Mirasbırakanın affı, miras hukukuna ait başka hukuki müesseseler bakımından da söz konusu olabilir. Nitekim mirasçılıktan çıkarmada affa ilişkin özellikler, mirastan yoksunlukta af bakımından da niteliğine uygun düştüğü ölçüde geçerlidir.

⁴ MÜLLER-CHRISTMANN, Bernd: Beckscher Online-Kommentar zum BGB (BeckOK BGB), 72. Edition, Verlag C. H. Beck, München, 2024, beck-online.beck.de, (Erişim: 03.12.2024), BGB § 2343, N.1; RUDY, Mathis: Grosskommentar zum Zivilrecht: BeckOGK, Verlag C. H. Beck, München 2024, beck-online.beck.de, (Erişim: 03.12.2024), BGB § 2343, N.2; HELMS, Tobias: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, Erbrecht (§§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG), 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2022, BGB § 2343, N.1; KROIB, Ludwig: Bürgerliches Gesetzbuch: Erbrecht, 6. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022, BGB § 2343, N.1.

⁵ HELMS, BGB § 2343, N.1; RUDY, BGB § 2343, N.3; BURANDT, Wolfgang/ROJAHN, Dieter/MÜLLER-ENGELS, Gabriele: Erbrecht, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2022, § 2343, N.6; HOEREN, Thomas: Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2024, BGB § 2343, N.1; KROIB, BGB § 2343, N.2; WILDISEN, Christoph: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich – Genf, 2023, Art. 540, N.8; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N.1519. Ayrıca bkz. BURANDT, Wolfgang/ROJAHN, Dieter/HORN, Claus-Henrik: Erbrecht, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2022, BGB § 2337, N.2; HERZOG, Stephanie: Bürgerliches Gesetzbuch: Erbrecht (Erbrecht), 6. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022, BGB § 2337, N.5; STÜRNER, Rolf: Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2023, BGB § 2337, N.1. Aynı yönde Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH, 01.03.1974 - IV ZR 58/72.

kazanamaması veya ölüme bağlı tasarrufa dayanarak hak elde edememesi için yeterli bir sebep olmaktan çıktığını düşünmesi ve tutumunun bu yönde olması hâlinde af söz konusu olur⁶.

Mirasbırakan, mirastan yoksun mirasçının veya vasiyet alacaklısının özür dilemesi sonucunda onu affedebilir. Bu durum, mirasbırakanın özür talep etmesi sonucunda gerçekleşebileceği gibi⁷, mirastan yoksun olan mirasçının veya vasiyet alacaklısının kendi iradesiyle özür dilemesi şeklinde de olabilir.

Mirasbırakan ile mirastan yoksun olan mirasçının veya vasiyet alacaklısının uzlaşmaları hâlinde mirasbırakanın affının mevcut olup olmadığı somut olaya göre değerlendirilmelidir. Nitekim her ne kadar af ile uzlaşma⁸ birbirlerine yakın kavramlar olsalar da uzlaşma olduğu her hâlde affın da mevcut olduğu kabul edilemez⁹. Mirasbırakan ile mirasçı veya vasiyet alacaklısı, ilişkilerinin devam edebilmesi veya başka saiklerle karşılıklı ödün vermiş ve bazı konularda anlaşma sağlamış olabilirler. Ancak bu hâlde de uzlaşma sağlanmış olması, mirasbırakanın mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affettiği anlamına gelmeyebilir. Uzlaşma sırasında mirasbırakan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affedebileceği gibi, affetmeden uzlaşma sağlaması da mümkündür¹⁰. Diğer yandan, mirasbırakanın affının söz konusu olabilmesi için mirasçı veya vasiyet alacaklısı ile uzlaşmış olmaları gerekli değildir. Başka bir ifadeyle, mirasbırakan ile mirastan yoksun olan mirasçı veya vasiyet alacaklısı arasında bir uzlaşma olmasa dahi mirasbırakanın mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affetmesi mümkündür.

Mirasbırakanın affının mevcut olup olmadığını tespit etmek için mirasbırakan ile mirasçı veya vasiyet alacaklısı arasındaki aile ilişkilerinin de değerlendirilmesi gerekebilir¹¹. Mirasçının veya vasiyet alacaklısının mirastan yoksunluğa sebep olan davranışından sonra aile ilişkilerinde sarsılma ve ilişkilerin bozulması söz konusu olur. Mirasbırakan, mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affettiğinde aile ilişkilerindeki bu bozulmayı kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaktadır¹². Doktrinde mirasbırakan ile mirasçının veya vasiyet alacaklısının birlikte geziye çıkmaları, birbirlerini doğum günlerinde veya bayramlarda ziyaret etmeleri, birbirlerinin işlerine yardım etmeleri, mirasçının veya vasiyet alacaklısının evinde değişiklik yapabilmesi için mirasbırakanın kredi çekmesi hâllerinde affın mevcut olabileceği belirtilmektedir¹³.

Mirasbırakanın affının anlaşılabilmesi için aile ilişkilerinin tekrar eskisi gibi olması ise gerekli değildir. Mirastan yoksunluğa sebep olan davranıştan sonra ortaya çıkan mesafenin kısmen giderilmesi hâlinde de somut olaydaki durum ve şartlar değerlendirilerek mirasbırakanın affının mevcut olduğu kabul edilebilir¹⁴. Ancak mirastan yoksunluğa sebep olan davranışın gerçekleşmesinden sonra mirasbırakan ile mirasçı veya vasiyet alacaklısı arasında iletişim sağlanması her hâlükârda mirasbırakanın affını göstermez¹⁵. Zira bu iletişim aile ilişkilerinin yeniden kurulmamasına rağmen sağlanmış olabilir. Mesela, mirasbırakanın aile huzurunun bozulmaması veya birlikte yaşamayı katlanabilir kılmak için kişisel ilişkiyi devam ettirmesi¹⁶, mirasbırakanın mirasçı ile ticari ilişkisinin devam etmesi veya mirasbırakan ile mirasçının karşılaştıklarında birbirleriyle selamlaşmaları her zaman mirasbırakanın mirasçıyı affettiği anlamına gelmez. Alman Federal Mahkemesi de bir kararında anne ile çocuğunun tekrar konuşmaya başlamalarına rağmen birbirlerine kefil olmamaları hâlinde affın mevcut olmaması ihtimalinin bulunduğunu belirtmiştir¹⁷. Bu gibi hâllerde sırf tekrar iletişime geçtikleri için mirasbırakanın mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affettiği varsayılmamalıdır.

III. AFFIN HUKUKİ NİTELİĞİ

⁶ RUDY, BGB § 2337, N.1; HERZOG, Erbrecht, BGB § 2337, N.5; ENGİN, Baki İlkay: Mirastan Yoksunluk, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2010, s.200.

⁷ MÜLLER-ENGELS, Gabriele: Beckscher Online-Kommentar zum BGB (BeckOK BGB), 72. Edition, Verlag C. H. Beck, München 2024, beck-online.beck.de, (Erişim: 03.12.2024), BGB § 2337, N.1.

⁸ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük'te uzlaşmak, "Aralarındaki düşünce veya çıkar ayrılığını, karşılıklı ödümlerle kaldırarak karşılıklı anlaşmak ve mutabık kalmak." olarak tanımlanmaktadır.

⁹ MÜLLER-ENGELS, BGB § 2337, N.1; LANGE, Knut Werner: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2022, BGB § 2337, N.1; BURANDT/ROJAHN/HORN, BGB § 2337, N.4; HERZOG, Erbrecht, BGB § 2337, N.7.

¹⁰ Doktrinde af ile uzlaşma arasındaki ilişki "Affet ama unutma." ve "Unut ama affetme." ifadeleriyle formüle edilmektedir. "Affet ama unutma." ifadesi affın bulunduğu ancak uzlaşma sağlanmadığı, "Unut ama affetme." ifadesi ise uzlaşma sağlandığı ancak mirasbırakanın mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affetmediği durumlar için kullanılmaktadır. Söz konusu ifadeler için bkz. MÜLLER-ENGELS, BGB § 2337, N.1.

¹¹ Mirasbırakanın affının geçerliliği için şekil şartı bulunmadığından, af zımnen de gerçekleşebilir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. VI.

¹² MÜLLER-ENGELS, BGB § 2337, N.1; HERZOG, Erbrecht, BGB § 2337, N.7. Af için barışma arzusunun mevcudiyetinin gerekli olmadığına, mirasbırakanın barışma niyeti olmamasına rağmen sırf mirastan yoksun mirasçının veya vasiyet alacaklısının yakınlarını düşünmesi gibi başka saiklerle af beyan edebileceğine ilişkin bkz. ENGİN, s.200.

¹³ MÜLLER-ENGELS, BGB § 2337, N.3.

¹⁴ Mirasbırakanın affı sonucunda ebeveyn ile çocuk arasındaki samimi ve sevgi dolu ilişkinin yeniden kurulmasının önemli olmadığına ilişkin bkz. LANGE, BGB § 2337, N.1; BURANDT/ROJAHN/HORN, BGB § 2337, N.3.

¹⁵ MÜLLER-ENGELS, BGB § 2337, N.1; LANGE, BGB § 2337, N.1; RUDY, BGB § 2337, N.5; HERZOG, Erbrecht, BGB § 2337, N.8.

¹⁶ LANGE, BGB § 2337, N.1.

¹⁷ BGH, 07.06.1961 - V ZR 18/60.

Mirastan yoksunlukta af, mirasbırakanın hukuki sonuç doğuran duygu açıklaması niteliğindedir¹⁸. Mirasbırakanın affi, hukuki işlem niteliğinde değildir¹⁹. Nitekim mirasbırakanın affının sonuçları kanunun bu duygu açıklamasına sonuç bağlaması sebebiyle ortaya çıkmaktadır.

Af, mirasbırakanın şahsına sıkı sıkıya bağlıdır²⁰. Affa konu olan ve mirastan yoksunluğa sebep olan davranış, mirasbırakana yöneliktir ve ancak mirasbırakan tarafından bu davranışın sonuçlarının kalkmasına yönelik af söz konusu olabilir. Bu sebeple, mirasbırakanın mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affetmeden ölmesi hâlinde mirasbırakanın yakınlarının veya diğer mirasçıların affi mirastan yoksunluğu kaldırmaz. Ayrıca affın mirasbırakanın yasal temsilcisi tarafından gerçekleştirilmesi mümkün değildir²¹. Diğer bir ifadeyle vesayet altındaki kişinin yerine vasisinin veya velayet altındaki kişinin yerine velisinin mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affetmesi hukuki sonuç doğurmaz. Buna benzer olarak, mirasbırakanın iradi temsilcisinin de affi geçerli değildir.

Affin gerçekleşmesi ile af hüküm ve sonuçlarını doğurur. Affın geri alınması mümkün değildir²². Mirasbırakan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affettiğine yönelik düşüncesini beyan ettiğinde af gerçekleşmiş olur. Böylece mirasçı veya vasiyet alacaklısı üzerinde affın geri alınması tehdidi bulunmaz. Mirasbırakan ile mirasçının veya vasiyet alacaklısının arasının tekrar bozulması hâlinde dahi affa konu olan davranıştan dolayı mirastan yoksunluk sonucu ortaya çıkmaz. Mirastan yoksunluğa sebep olmayan bir fiile veya başka bir hususa kızan mirasbırakan, affetmiş olduğu mirastan yoksunluk sebebinin hukuki sonuçlarını ileri süremez. Ancak affedilen mirasçının veya vasiyet alacaklısının daha sonraki süreçte tekrar mirastan yoksunluk sebeplerinden birini gerçekleştirmesi hâlinde yine mirastan yoksunluk söz konusu olur. Mirasçı veya vasiyet alacaklısı, aynı yoksunluk sebebi gerçekleştirmiş olsa bile mirasbırakanın kendisini daha önce affettiğini belirterek bu fiilinden de mirastan yoksunluk sonucu doğmadığını ileri süremez.

Doktrinde mirasbırakanın affını şarta bağlamasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, affın geçerli olabilmesi için şarta bağlanmaması gerekir²³. Diğer görüşe göre ise mirasbırakan af için bazı şartların gerçekleşmesi gerektiğini ifade ederek affı şarta bağlayabilir²⁴. Böylece mirastan yoksun olan mirasçı veya vasiyet alacaklısı, bu şartları yerine getirdiği takdirde affın hüküm ve sonuçları doğar. Kanaatimizce de affın şarta bağlanması mümkündür. Af, mirasbırakanın kendi düşünceleri ve duyguları ile gelişir ve mirasbırakan bu düşüncelerin ve duyguların oluşabilmesi için mirastan yoksun olan mirasçının veya vasiyet alacaklısının belli bir şartı gerçekleştirmesi gerektiğini düşünebilir. Mirasbırakanın affı şarta bağlaması, mirastan yoksun olan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına af için bir fırsat vermesi olarak yorumlanabilir. Özellikle uygulamada mirasbırakanın affını iradi şarta bağlaması ile karşılaşılması muhtemeldir.

Kanun koyucu, bazı suçlar bakımından af kanunları çıkarabilmektedir. Bu af kanunları, kişilere hükmedilen cezalara yöneliktir. Mirasbırakana yönelik işlediği bir suçtan dolayı mahkûmiyet kararı alan mirastan yoksun mirasçının veya vasiyet alacaklısının suçunun bir af kanunu kapsamında olması söz konusu olabilir. Ancak bu durum, mirasbırakanın mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affetmesi sonucunu doğurmaz. Bu sebeple, af kanunları ile sağlanan ceza affı ile mirastan yoksunlukta mirasbırakanın affı farklı hukuki kavramlardır²⁵. Yine, mirasbırakana yönelik işlediği bir suçtan dolayı mahkûmiyet kararı alan mirastan yoksun mirasçının veya vasiyet alacaklısının cezasını çekmiş olması dahi mirastan yoksunluğu ortadan kaldırmaz.

IV. AFFIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Mirasbırakanın affının hüküm ve sonuçlarını doğurması için geçerlilik şartlarını sağlaması gerekmektedir. Bu şartlar mirasbırakanın affa konu fiilden haberdar olması, mirasbırakanın ayırt etme gücünün mevcut olması ve mirasbırakanın gerçek iradesinin af yönünde olmasıdır.

A. Mirasbırakanın Affa Konu Fiilden Haberdar Olması

Mirasbırakanın mirastan yoksun mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affının geçerli olması için affa konu fiilden haberdar olması gerekir. Mirasbırakanın fiilden haberdar olması, bu fiilin yeterince ayrıntılı

¹⁸ OĞUZMAN, s.328; DURAL/ÖZ, N.1560; ENGİN, s.201; ANTALYA, O. Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu – Miras Hukuku Cilt III, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, N.1568; ÇABRİ, N.137. Affın maddi fiil (Realakt) olduğuna ilişkin bkz. BURANDT/ROJAHN/MÜLLER-ENGELS, § 2343, N.4; KROß, BGB § 2343, N.2. Affın karar niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N.1521.

¹⁹ ENGİN, s.202. Af bakımından hukuki işlemlere ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı yönünde bkz. MÜLLER-ENGELS, BGB § 2337, N.2; BURANDT/ROJAHN/HORN, BGB § 2337, N.6.

²⁰ MÜLLER-ENGELS, BGB § 2337, N.2; RUDY, BGB § 2337, N.4; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, §5, N.55; ENGİN, s.199; ÇABRİ, N.134; GÜNAY, Erhan: “Mirastan Yoksunluk”, Terazi Hukuk Dergisi, 11(113), 2016, s.43.

²¹ RUDY, BGB § 2337, N.4; BURANDT/ROJAHN/HORN, BGB § 2337, N.10; HERZOG, Erbrecht, BGB § 2337, N.1 ENGİN, s.199; ÇABRİ, N.134.

²² MÜLLER-ENGELS, BGB § 2337, N.2; RUDY, BGB § 2343, N.5; BURANDT/ROJAHN/HORN, BGB § 2337, N.6; HERZOG, Erbrecht, BGB § 2337, N.2; OĞUZMAN, s.329; ÖZTAN, s.348; ANTALYA, N.1567; ÇABRİ, N.138; GENÇCAN, Ömer Uğur: Miras Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s.869; GÜNAY, s.42.

²³ ANTALYA, N.1567; GENÇCAN, s.869.

²⁴ MÜLLER-ENGELS, BGB § 2337, N.2; RUDY, BGB § 2337, N.4; ÇABRİ, N.139. Affın şarta bağlanarak bir hukuki işlem kapsamında gerçekleştirilmiş olması, hukuki niteliğinin değiştiğini göstermez, bkz. RUDY, BGB § 2337, N.4.

²⁵ DURAL/ÖZ, N.1559; ENGİN, s.201; ÇABRİ, N.136; GÜNAY, s.43. Aynı yönde bkz. Yargıtay 7. HD, 29.11.1952, E.1952/4173, K.1952/4447 (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.542). Yargıtay’ın bu kararı Türk Kanunu Medenisi madde 540/II’de yer alan ifadenin tereddüde yol açması sebebiyle vermiş olabileceği yönünde bkz. ENGİN, s.201.

olarak bilinmesi anlamına gelir²⁶. Diğer bir ifadeyle, mirasbırakanın fiilin esaslı unsurlarını ve kendisi veya toplum için önemli sayılabilecek yönlerini öğrendiği takdirde affi geçerli olur. Buna göre, mirastan yoksunluğa sebep olan fiilin sebeplerinin, nasıl gerçekleştirildiğinin ve sonuçlarının mirasbırakan tarafından bilinmesi gerekir. Mirasbırakanın fiile ilişkin önemli ayrıntıların bir kısmını bilmemesi, affin dayandığı olguların eksik kalmasına sebep olur ve affin geçerli olmasını engeller.

Doktrinde mirastan yoksunluğa konu olan fiilin ayrıntılı olarak bilinmemesi hâlinde de affin geçerli olabileceği ileri sürülmektedir. Bu durumda affin geçerli olması için mirasbırakanın daha önce yaşananlardan dolayı mirastan yoksunluk sonucunun doğmasını istemediğini açıkça belirtmesi gerektiği savunulmaktadır²⁷. Kanaatimizce mirasbırakanın böyle bir irade beyanı bulunsa dahi mirastan yoksunluğa yol açan fiilin önemli ayrıntılarından haberdar olmaması hâlinde af geçerli değildir. Fiilin önemli ayrıntıları, mirasbırakan bilseydi af yönünde iradesinin oluşmayacağı hususlardır. Bu hususları bilmeyen mirasbırakanın af beyanı mevcut olsa dahi mirasbırakanın bunları öğrenmesi hâlinde bu iradesinin değişmesi ihtimali mevcuttur. Kanaatimizce bu ihtimalin bulunması, affin geçerli olmaması için yeterlidir. Üstelik fiilin yeterince ayrıntılı olarak bilinmemesi hâlinde de affin geçerli olacağının kabul edilmesi, mirasbırakanın manipülasyona uğratılmasına veya birtakım olayların gizlenerek mirasçılarının veya vasiyet alacaklısının mirastan yoksunluktan sıyrılmaya yönelik çaba göstermelerine sebep olabilir.

Mirastan yoksunluk sebebi gerçekleştiikten sonra mirasbırakanın mirastan yoksun olan mirasçı veya vasiyet alacaklısı lehine yaptığı ölüme bağlı tasarruflar bakımından da mirasbırakanın affa konu fiilden haberdar olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, mirastan yoksunluğa yol açan fiili ayrıntılı olarak bilmeyen mirasbırakan, bu fiilden sonra mirastan yoksun mirasçı veya vasiyet alacaklısı lehine ölüme bağlı tasarrufla bulunursa, bu tasarruf af anlamına gelmez. Buna karşılık, mirasbırakan mirastan yoksunluğa yol açan fiil hakkında yeterli bilgiye sahip olmasına rağmen mirasçı veya vasiyet alacaklısı lehine ölüme bağlı tasarrufla bulunursa affin mevcut olup olmadığı değerlendirilebilir²⁸.

Mirasbırakanın affa konu fiilden haberdar olması şartının bir sonucu, henüz gerçekleşmemiş fiillere yönelik affin mümkün olmamasıdır²⁹. Buna göre, mirasbırakan mirasçıları veya vasiyet alacaklılarını mirastan yoksunluktan bağışık kılamaz. Başka bir deyişle, gelecekte işlenecek fiillerin mirastan yoksunluk sonucu doğurmayacağı yönündeki bir ifade hukuken geçerli değildir. Böyle bir ifadenin varlığı hâlinde dahi TMK m. 578/I'de sayılan fiillerden birinin gerçekleştirilmesi sonucunda mirastan yoksunluk doğar. Mirasbırakanın mirasçının veya vasiyet alacaklısının böyle bir fiilde bulunacağını öngörmesi ve bunu affedeceğini belirtmesi hâlinde dahi af geçerli değildir. Bu fiili gerçekleştiren mirasçı veya vasiyet alacaklısı, mirasbırakanın daha önceki ifadesine dayanarak affin söz konusu olduğunu ileri süremez.

B. Mirasbırakanın Ayırt Etme Gücünün Mevcut Olması

Mirasbırakanın mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affetmesinin geçerliliği için gereken şartlardan biri mirasbırakanın ayırt etme gücünün mevcut olmasıdır³⁰. Affin geçerli olması için fiil ehliyetini haiz olma şartı aranmamaktadır. Bu bakımdan mirasbırakan, kısıtlı olsa veya ergin olmasa dahi ayırt etme gücü mevcut olduğu sürece mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affedebilir³¹.

Ayırt etme gücünün mevcut olması için kişinin fiillerinin sebeplerinin ve sonuçlarının bilincinde olması ve bu bilince göre davranışlarını gerçekleştirebilmesi gerekir³². Mirastan yoksunluk bakımından ise mirasbırakan affin sebep ve sonuçlarının bilincindeyse ve bu bilince göre af iradesinde bulunuyorsa ayırt etme gücünün mevcut olduğu kabul edilir. Mirasbırakanın affin sebep ve sonuçlarının bilincinde olmasının anlamı, affin ahlaki içeriğini bilebilmesidir³³.

C. Mirasbırakanın Gerçek İradesinin Af Yönünde Olması

Mirasbırakanın mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affının hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için mirasbırakanın gerçek iradesinin af yönünde olması gerekir. Buna göre, affa konu fiilden haberdar olan ve ayırt etme gücünü haiz mirasbırakan, iradesinin oluşumunda herhangi bir sakatlık olmaksızın mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affetmelidir. Mirasbırakanın af iradesinin oluşması, onun hem akli hem de manevi bir süreç geçirmesi ve mirastan yoksun olan mirasçının veya vasiyet alacaklısının

²⁶ MÜLLER-CHRISTMANN, BGB § 2343, N.1; RUDY, BGB § 2343, N.4; BURANDT/ROJAHN/MÜLLER-ENGELS, § 2343, N.7; BURANDT/ROJAHN/HORN, BGB § 2337, N.5; SCHWANDER, Art. 540 ZGB, N.27; WILDISEN, Art. 540, N.8; HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2021, Art. 540 ZGB, N.21; ENGİN, s.207; ÇABRİ, N.140.

²⁷ RUDY, BGB § 2337, N.5.

²⁸ Açıklamalar için bkz. VI.

²⁹ RUDY, BGB § 2337, N.5; BURANDT/ROJAHN/HORN, BGB § 2337, N.5; HRUBESCH-MILLAUER, Art. 540 ZGB, N.21; ENGİN, s.200; ÇABRİ, N.135.

³⁰ SCHWANDER, Art. 540 ZGB, N.27; ESCHER, Art. 540 ZGB, N.17; HRUBESCH-MILLAUER, Art. 540 ZGB, N.21; BREITSCHMID, Peter/EGGEL, Martin/EITEL, Paul/FANKHAUSER, Roland/GEISER, Thomas/JUNGO, Alexandra: Erbrecht, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Genf, 2023, 5. Kapitel, N.14; KOCAYUSUFPASAOĞLU, s.542; OĞUZMAN, s.328; DURAL/ÖZ, N.1560; EREN/YÜCER AKTÜRK, N.1199; SEROZAN/ENGİN, §5, N.55; ENGİN, s.208; ANTALYA, N.1566; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N.1521; ÖZTAN, s.347; ÇABRİ, N.144; SARI FİDAN, Özlem: "Mirasçılık Sifatını Kaybedenlerin Miras Ortaklığı ile İlişkileri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(2), 2015, s.155.

³¹ MÜLLER-ENGELS, BGB § 2337, N.2; RUDY, BGB § 2337, N.4; BURANDT/ROJAHN/HORN, BGB § 2337, N.6; HERZOG, Erbrecht, BGB § 2337, N.2; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N.1521.

³² ZEVLİLİLER, Aydın: Kişiler Hukuku – Gerçek Kişiler, Oğaç Matbaası, Ankara, 1981, s.52; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 24. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, N.287; ERKAN, Vehbi Umut/YÜCER, İpek: "Ayırt Etme Gücü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 60(3), 2011, s.488-489.

³³ MÜLLER-ENGELS, BGB § 2337, N.2; RUDY, BGB § 2337, N.4; ENGİN, s.209.

davranışı sonucu uğradığı ihlale rağmen onu bağışlama niyetinin olmasına bağlıdır³⁴. Mirasbırakanın bu fiili bilseydi dahi mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affedeceğine yönelik farazi af ise kabul edilemez³⁵.

Mirasbırakanın affının geçerli olması için gerçek iradesinin bu yönde olması gerektiğinden yanılma, aldatma veya korkutma sonucunda af beyanında bulunan mirasbırakanın affı geçerli değildir³⁶. Bu geçersizliğin sebebi gerçek iradenin oluşmamasıdır. Buna karşılık, TMK m. 578/1-3'te yer alan aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla ölüme bağlı tasarruf yapılmasını veya bundan dönülmesini sağlama şeklindeki mirastan yoksunluk sebebi bu durumda uygulama alanı bulmamaktadır. Zira mirasbırakanın mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affetmesi ölüme bağlı tasarruf niteliğinde değil, duygu açıklaması niteliğindedir.

Mirasbırakanın affa yönelik iradesinin oluşması sırasında affın hukuki sonuçlarını göz önünde bulundurmasına gerek yoktur. Mirasbırakan affın sonucu olarak mirasçının veya vasiyet alacaklısının tekrar miras hakkını kazanacağını bilmesi veya bunu öngörmese bile af geçerlidir³⁷. Affın niteliği duygu açıklaması olduğundan mirasbırakanın bağışlamaya yönelik gerçek iradesinin oluşması yeterlidir.

V. MİRASTAN YOKSUNLUK SEBEPLERİ BAKIMINDAN AFFIN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Öldürme veya Öldürmeye Teşebbüs

TMK m. 578/1-1'de mirasçının veya vasiyet alacaklısının "*mirasbırakanı kasten veya hukuka aykırı olarak öldürmesi veya öldürmeye teşebbüs etmesi*" mirastan yoksunluk sebebi olarak sayılmaktadır. Bu bentte hem öldürme hem de öldürmeye teşebbüs yer almaktadır. Mirasçının veya vasiyet alacaklısının mirasbırakanı kasten veya hukuka aykırı olarak öldürmesi hâlinde mirasbırakanın af iradesinin oluşması kural olarak mümkün değildir³⁸. İstisnaen mirasbırakanın ölmek üzereyken mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affetmesi mümkün olabilir ancak bunun için mirasbırakanın mirastan yoksun olan mirasçının veya vasiyet alacaklısının fiilinden dolayı ölebileceğini öngörmesi gerekir³⁹.

Öldürmeye teşebbüste ise mirasbırakan, affın şartlarının sağlanması hâlinde mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affedebilir⁴⁰. Zira öldürmeye teşebbüs sonucunda mirasbırakan hayatına devam etmektedir. Öldürmeye teşebbüs sonucunda özellikle ayırt etme gücü bakımından bir eksiklik ortaya çıkmamışsa mirasbırakanın affı mümkündür.

Doktrinde mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs etmek aynı zamanda mirasçılıktan çıkarma sebebi de olduğundan, mirasbırakanın öldürmeye teşebbüs hâlinde mirasçılıktan çıkarma yoluna başvurmamasının af olarak kabul edilebileceğini ancak bunun dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴¹. Mirasbırakanın öldürmeye teşebbüs fiilinden sonra henüz mirasçılıktan çıkarma imkânını kullanmaması tek başına af anlamına gelmez⁴². Zira mirastan yoksun olan mirasçının işlediği fiil, ölüm gibi çok ciddi bir sonuca yönelmiştir ve mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarmaya yönelik bir beyanda bulunmasa dahi kendisini öldürmeye teşebbüs eden kişiyi mirasçılıktan çıkarmak istemesi hayatın doğal akışına daha uygundur⁴³.

B. Ölüme Bağlı Tasarruf Yapma Ehliyetini Daimî Olarak Kaybettirme

TMK m. 578/1-2'de mirasçının veya vasiyet alacaklısının "*mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirmesi*" mirastan yoksunluk sebebi olarak yer almaktadır. Doktrinde mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma gelmesi hâlinde ayırt etme gücünün kaybı söz konusu olduğundan affın mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁴⁴. Ancak bu

³⁴ ESCHER, Art. 540 ZGB, N.17.

³⁵ MÜLLER-CHRISTMANN, BGB § 2343, N.2; RUDY, BGB § 2343, N.4; BURANDT/ROJAHN/MÜLLER-ENGELS, § 2343, N.6. Aynı yönde Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH, 11.03.2015 – IV ZR 400/14.

³⁶ ENGİN, s.211; ÇABRİ, N.146; GENÇCAN, s.869. Yanılma, aldatma veya korkutma sonucunda af beyanında bulunan mirasbırakanın bu beyanının geçersiz olması için iptaline gerek bulunmadığı yönünde bkz. ÇABRİ, N.146.

³⁷ MÜLLER-CHRISTMANN, BGB § 2343, N.1; RUDY, BGB § 2343, N.3; BURANDT/ROJAHN/MÜLLER-ENGELS, § 2343, N.7; HELMS, BGB § 2343, N.1; KROIB, BGB § 2343, N.3; LANGE, Heinrich/KUCHINKE, Kurt: Lehrbuch des Erbrechts, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1989, s.117; SCHWANDER, Art. 540 ZGB, N.27; WILDISEN, Art. 540, N.8; ENGİN, s.202-203; ÇABRİ, N.145.

³⁸ TUOR/PICENONI, Art. 540 ZGB, N.30; ESCHER, Art. 540 ZGB, N.17; SCHWANDER, Art. 540 ZGB, N.27; BREITSCHMID/EGGEL/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, 5. Kapitel, N.14; OĞUZMAN, s.329; DURAL/ÖZ, N.1561; EREN/YÜCER AKTÜRK, N.1199; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N.1522. TMK 578/1-1 için affın söz konusu olmadığına ilişkin bkz. ÖZTAN, s.347. Ötanazinin mirasbırakanın iradesi ile gerçekleşmesi sebebiyle mirastan yoksunluk sonucunu doğurmayacağı yönünde bkz. RUDY, BGB § 2343, N.3; LEITMEIER, Lorenz: "Verfassungskonforme Auslegung des § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB", Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, (1), 2025, s.9; LANGE/KUCHINKE, s.117; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.534; ENGİN, s.201; ÇABRİ, N.135. Aynı yönde Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH, 11.03.2015 – IV ZR 400/14.

³⁹ RUDY, BGB § 2343, N.4; BURANDT/ROJAHN/MÜLLER-ENGELS, § 2343, N.2; HELMS, BGB § 2343, N.1; HOEREN, BGB § 2343, N.2; KROIB, BGB § 2343, N.4; ENGİN, s.212.

⁴⁰ RUDY, BGB § 2343, N.4; BURANDT/ROJAHN/MÜLLER-ENGELS, § 2343, N.2; KROIB, BGB § 2343, N.4; ESCHER, Art. 540 ZGB, N.17; OĞUZMAN, s.329; ENGİN, s.212.

⁴¹ DURAL/ÖZ, N.1528.

⁴² SCHWANDER, Art. 540 ZGB, N.4.

⁴³ PIOTET, Paul: Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Band IV/2, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Stuttgart, 1981, s.562.

⁴⁴ TUOR/PICENONI, Art. 540 ZGB, N.30; ESCHER, Art. 540 ZGB, N.17; SCHWANDER, Art. 540 ZGB, N.27; BREITSCHMID/EGGEL/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, 5. Kapitel, N.14; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.541;

durumda somut olayda mirasbırakanın ayırt etme gücünün ortadan kalkıp kalkmadığının değerlendirilmesi gerekir. Zira ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma gelme, her hâlikârda affa ilişkin ayırt etme gücünün sona ermesi sonucunu doğurmayabilir. Bazı hâllerde mirasbırakan ölüme bağlı tasarruf yapamayacak durumda olsa dahi affın sebep ve sonuçlarını anlayabilecek ve iradesini buna göre oluşturabilecek durumda olabilir. Buna göre, şartları sağlanıyorsa bu hâlde de mirasbırakanın affı mümkün olabilir⁴⁵.

C. Aldatma, Zorlama veya Korkutma İle Mirasbırakanın Ölüme Bağlı Tasarruf Yapmasını veya Ölüme Bağlı Tasarruftan Dönmesini Sağlama veya Engelleme

TMK m. 578/I-3'e göre mirasçının veya vasiyet alacaklısının "mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlaması veya engellemesi" mirastan yoksunluk sebeplerinden biridir. Doktrinde, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunması veya bundan dönmesi, aldatma, zorlama veya korkutma ile sağlandıysa veya engellendiyse, bunun mirastan yoksunluk sonucunu doğurmasının aldatma, zorlama veya korkutmanın mirasbırakanın ölümüne kadar devam etmesine bağlı olup olmadığı tartışmalıdır. Bu sebep bakımından affın mümkün olup olmadığı da bu tartışmada kabul edilen görüşe göre değişmektedir.

Bir görüşe göre, mirastan yoksunluğun söz konusu olabilmesi için TMK m. 578/I-3 uyarınca aldatma, zorlama veya korkutmanın mirasbırakanın ölümüne kadar devam etmesi gerekir⁴⁶. Bu görüşe göre, bu hâller sona erip mirasbırakan hareket özgürlüğüne kavuştuğu takdirde artık buna sebep olan mirasçı veya vasiyet alacaklısı mirastan yoksun olmaz. Zira bu durumda mirasbırakanın aldatma, zorlama veya korkutma ile gerçekleştirdiği ölüme bağlı tasarrufu geçersiz kılması imkânı bulunmaktadır.

Katıldığımız diğer görüşe göre, TMK m. 578/I-3 uyarınca aldatma, zorlama veya korkutmanın geçici olması, diğer bir ifadeyle mirasbırakanın ölümünden önce sona ermesi hâlinde de mirastan yoksunluk gerçekleşir⁴⁷. Nitekim aldatma, zorlama veya korkutmanın sona ermesinden sonraki süreçte mirasbırakanın mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affetmesi mümkündür⁴⁸. Ancak aldatma, zorlama veya korkutma sona ermeden önce mirasbırakanın ölmesi hâlinde mirasbırakanın affı mümkün olmaz.

D. Mirasbırakanın Tekrar Yapması Mümkün Değilken Ölüme Bağlı Tasarrufun Ortadan Kaldırılması

TMK m. 578/I-4'te ise mirasçının veya vasiyet alacaklısının "mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldırması veya bozması" mirastan yoksunluk sebebi olarak düzenlenmektedir. Bu durumda mirasbırakanın mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affetmesi söz konusu olamaz⁴⁹. Nitekim bu sebebin bir örneği olan mirasbırakanın ölümünden sonra ölüme bağlı tasarrufun ortadan kaldırılması veya bozulması hâlinde, mirasbırakan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affedemez⁵⁰.

VI. AFFIN ŞEKLİ

Mirasbırakanın mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affının hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için mirasbırakanın iradesinin açığa çıkmış olması gerekir. Ancak affın geçerli olması için şekil şartı bulunmamaktadır⁵¹. Mirasbırakan, af iradesini resmî şekilde yapılmış bir belgeyle beyan edebileceği gibi, yazılı bir şekilde veya sözlü olarak dahi açıklayabilir. Bu beyan, açık veya örtülü olabilir.

Mirasbırakanın resmi vasiyetname veya yazılı vasiyetname ile af iradesini açıklaması veya miras sözleşmesinde af iradesinin yer alması hâlinde af açık olarak gerçekleşir. Mirasbırakanın af iradesini açıkça beyan etmeksizin mirastan yoksun olan mirasçı veya vasiyet alacaklısı lehine ölüme bağlı tasarruf yapması hâlinde ise örtülü olarak affın gerçekleştiği kabul edilebilir⁵². Ancak bu durumda mirasbırakanın iradesinin yorumlanması gerekir. Mesela, mirasbırakanın mirasçıyı affetmemesine rağmen ona saklı payı karşılamayan değerinde bir mal bırakması hâlinde, mirastan yoksun olan mirasçının affın hüküm ve sonuçlarını doğurduğunu

OĞUZMAN, s.329; DURAL/ÖZ, N.1561; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N.1522; ÖZTAN, s.347.

⁴⁵ ENGİN, s.212.

⁴⁶ TUOR/PICENONI, Art. 540 ZGB, N.24; ESCHER, Art. 540 ZGB, N.11; SCHWANDER, Art. 540 ZGB, N.16; SEROZAN/ENGİN, §5, N.47. Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 61 II 318, 320.

⁴⁷ BELGESAY, Mustafa Reşit: Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Üçüncü Kitap Miras, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1952, s.129; EREN/YÜCER AKTÜRK, N.1188; GÜNAY, s.41. Kanunda bu hâllerin mirasbırakanın ölümüne veya ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetini kaybetmesine kadar devam etmesi şartının bulunmamasının da bu görüşü desteklediğine ilişkin bkz. EREN/YÜCER AKTÜRK, N.1188.

⁴⁸ Bu yoksunluk sebebinin daimi olduğu kabul edilse dahi mirasbırakanın affının mümkün olabileceği yönünde bkz. ENGİN, s.213.

⁴⁹ İstisnai hâllerde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak hâlde olmasına rağmen mirasbırakanın affa ilişkin ayırt etme gücü mevcutsa affı mümkün olabileceği, mesela fiziki yeteneklerinin eksikliği sebebiyle ölüme bağlı tasarruf yapamayacak olan mirasbırakanın ayırt etme gücü mevcut olduğu takdirde affının mümkün olduğuna ilişkin bkz. ENGİN, s.214.

⁵⁰ BURANDT/ROJAHN/MÜLLER-ENGELS, § 2343, N.3; KROIB, BGB § 2343, N.4; TUOR/PICENONI, Art. 540 ZGB, N.30; ESCHER, Art. 540 ZGB, N.17; SCHWANDER, Art. 540 ZGB, N.27; OĞUZMAN, s.329; DURAL/ÖZ, N.1561; ENGİN, s.213; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N.1522.

⁵¹ BURANDT/ROJAHN/MÜLLER-ENGELS, § 2343, N.6; ESCHER, Art. 540 ZGB, N.17; SCHWANDER, Art. 540 ZGB, N.27; PIOTET, s.563; WILDISEN, Art. 540, N.8; HRUBESCH-MILLAUER, Art. 540 ZGB, N.21; BREITSCHMID/EGGEL/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, 5. Kapitel, N.14; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.541; OĞUZMAN, s.328; DURAL/ÖZ, N.1560; EREN/YÜCER AKTÜRK, N.1198; SEROZAN/ENGİN, §5, N.55; ENGİN, s.209; ANTALYA, N.1566; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N.1522; ÖZTAN, s.348; ÇABRİ, N.148; GENÇCAN, s.869. Mirasbırakanın af iradesini mektupla dahi beyan edebileceğine ilişkin bkz. GENÇCAN, s.869.

⁵² RUDY, BGB § 2337, N.7.1; HERZOG, Erbrecht, BGB § 2337, N.3; TUOR/PICENONI, Art. 540 ZGB, N.30; SCHWANDER, Art. 540 ZGB, N.27; SEROZAN/ENGİN, §5, N.55. Ölüme bağlı tasarrufun şekle aykırı olması sebebiyle geçersiz olması hâlinde dahi mirasbırakanın iradesinin mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affettiği yönünde olduğunun anlaşılabilmesine ilişkin bkz. RUDY, BGB § 2337, N.7.1.

ileri sürerek saklı payının tamamını talep etmesi her durumda kabul edilebilir olmayabilir. Dolayısıyla sırf lehine ölüme bağlı tasarruf yapması sebebiyle mirasbırakanın mirastan yoksun olan mirasçıyı affettiği varsayılmamalıdır⁵³. Buna karşılık mirasçıya saklı pay değerine ulaşacak miktarda miras bırakılması hâlinde kural olarak affin gerçekleştiği kabul edilebilir⁵⁴. Ancak bu durumun dahi istisnası olabilir. Mesela mirastan yoksun olan mirasçının herhangi bir pay alamayacağını bilmeyen ve bu hukuki bilgisizliği sebebiyle bu mirasçının saklı payını yine de elde edeceğini sanan mirasbırakanın bu saklı paya karşılık gelecek şekilde ölüme bağlı tasarrufta bulunması hâlinde affin gerçekleştiği sonucuna varılamaz⁵⁵.

Mirastan yoksunlukta af iradesi, mirasbırakanın bazı davranışlarından yola çıkılarak da tespit edilebilir⁵⁶. Doktrinde buna örnek olarak mirasbırakanın mirastan yoksun mirasçı veya vasiyet alacaklısı ile aynı evde yaşamaya devam etmesi⁵⁷ veya tekrar başlaması⁵⁸ gösterilmektedir. Ancak mirasbırakanın zımnen affetmesi konusunda dikkatli bir değerlendirme yapılması gerekir. Mirasbırakanın gerçek iradesinin mirastan yoksun mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affetmek yönünde olduğunun tespit edilmesi hâlinde zımni affin gerçekleştiği kabul edilmelidir⁵⁹. Buna karşılık, zorunluluktan veya sırf üçüncü kişilere kötü bir izlenim vermemek için aynı evde yaşamaya devam etmeleri hâlinde af söz konusu olmaz. Bu bakımdan bu tip durumlarda affin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği, özellikle mirasbırakanın gerçek iradesinin af yönünde olması şartının sağlanıp sağlanmadığının tespit edilmesi gereklidir.

Mirasbırakanın mirastan yoksun mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affinin muhatabı da önemli değildir. Mirasbırakan af iradesini doğrudan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına yöneltebilir. Ancak mirasbırakanın mirastan yoksun mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affettiğini üçüncü kişilere bildirmesi hâlinde de af hüküm ve sonuçlarını doğurur⁶⁰. Mirastan yoksun mirasçının veya vasiyet alacaklısının mirasbırakanın kendisini affettiğini bilip bilmemesi de affin hüküm ve sonuçlarının doğması bakımından önemli değildir⁶¹. Ayrıca, affin geçerliliği mirasçının veya vasiyet alacaklısının kabulüne bağlı değildir⁶².

VII. AFFIN İSPATI

Mirasbırakanın mirastan yoksun mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affetmesi, geçerlilik şartlarının sağlanması hâlinde hüküm ve sonuçlarını doğurur. Affin şartlarının gerçekleştiğinin ispat yükü bundan yararlanan kişiye aittir. Dolayısıyla affin mevcut olduğunu ileri süren mirastan yoksun mirasçının veya vasiyet alacaklısının mirasbırakanın kendisini affettiğini ispatlaması gerekmektedir⁶³. İspatın her türlü delille gerçekleştirilmesi mümkündür⁶⁴. Ancak durum ve koşullardan mirasbırakanın affinin mevcut olduğu anlaşılıyorsa affin ispatı gerekmebilir. Bu hâlde hâkim affin mevcut olduğunu tespit ederse resen dikkate almalıdır⁶⁵.

Mirasbırakanın affinin şartlarından biri, mirasbırakanın gerçek iradesinin af yönünde olmasıdır. Buna göre yanıltma, aldatma veya korkutma korkutma hâllerinde gerçek irade oluşmadığından af geçerli değildir. Bu sebepler mevcut olduğu için mirasbırakanın gerçek iradesinin af yönünde olmadığını iddia eden tarafın bunu ispatlaması gerekir⁶⁶.

VIII. AFFIN SONUÇLARI

Mirastan yoksunluk sebeplerinin varlığı hâlinde mirastan yoksun olan mirasçı veya vasiyet alacaklısı, mirasa hak kazanamaz ve hâlihazırda yapılmış ölüme bağlı tasarruflarla kendisine bırakılan mal varlığını talep edemez. Mirasbırakanın mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affetmesi hâlinde ise mirastan yoksunluk sona erer⁶⁷. Böylece affedilen mirasçı veya vasiyet alacaklısı, mirasçı sıfatını tekrar kazanır ve miras hakkını talep edebilir. Buna bağlı olarak mirasbırakan affetmesine rağmen saklı paya hak kazanabilecek mirasçıya hiçbir mal varlığı bırakmamışsa veya saklı payından daha az miktarda mal varlığı bırakmışsa, affedilen mirasçı saklı payını talep etmek için tenkis davası açabilir.

Mirastan yoksun olan mirasçı veya vasiyet alacaklısı, birden fazla mirastan yoksunluk sebebi sonucunda mirastan yoksun olabilir. Bu durumda, mirasbırakanın mirastan yoksunluğa sebep olan fiillerin

⁵³ MÜLLER-ENGELS, BGB § 2337, N.3.

⁵⁴ MÜLLER-ENGELS, BGB § 2337, N.3.

⁵⁵ ENGİN, s.210.

⁵⁶ MÜLLER-CHRISTMANN, BGB § 2343, N.2; KROIß, BGB § 2343, N.2; HERZOG, Erbrecht, BGB § 2337, N.6; STÜRNER, BGB § 2337, N.1; ESCHER, Art. 540 ZGB, N.17; SCHWANDER, Art. 540 ZGB, N.27; PIOTET, s.563; HRUBESCH-MILLAUEER, Art. 540 ZGB, N.21; ÇABRİ, N.148.

⁵⁷ SCHWANDER, Art. 540 ZGB, N.27.

⁵⁸ RUDY, BGB § 2337, N.7.1; ESCHER, Art. 540 ZGB, N.17.

⁵⁹ RUDY, BGB § 2337, N.7; HERZOG, Stephanie: Pflichtteilsrecht, 3. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022, N.4.

⁶⁰ ESCHER, Art. 540 ZGB, N.17; WILDISEN, Art. 540, N.8; ÖZTAN, s.347; ENGİN, s.210-211; ÇABRİ, N.149.

⁶¹ RUDY, BGB § 2337, N.7.

⁶² ENGİN, s.211; ÇABRİ, N.150.

⁶³ MÜLLER-CHRISTMANN, BGB § 2343, N.2; RUDY, BGB § 2343, N.6; BURANDT/ROJAHN/MÜLLER-ENGELS, § 2343, N.8; KROIß, BGB § 2343, N.5; SCHWANDER, Art. 540 ZGB, N.27; HRUBESCH-MILLAUEER, Art. 540 ZGB, N.21; Belgesay, s.130; ENGİN, s.215; ÇABRİ, N.151; GÜNAY, s.43.

⁶⁴ ÇABRİ, N.151.

⁶⁵ ENGİN, s.215; ÇABRİ, N.151.

⁶⁶ ÇABRİ, N.147.

⁶⁷ RUDY, BGB § 2343, N.5; BURANDT/ROJAHN/MÜLLER-ENGELS, § 2343, N.1; TUOR/PICENONI, Art. 540 ZGB, N.29; PIOTET, s.563; LANGE/KUCHİNKE, s.117; WILDISEN, Art. 540, N.8; ENGİN, s.214; ÇABRİ, N.152; SARI FİDAN, s.155. Mirastan yoksunluğun af ile sona ermesinin mirastan yoksunluğa sebep olan fiilin kamu düzeniyle ilgisi olmadığını gösterdiğine ilişkin bkz. TUOR/PICENONI, Art. 540 ZGB, N.29; EREN/YÜCER AKTÜRK, N.1197. Affin mirastan yoksunluğuna sona erdiren yegâne sebep olduğuna ilişkin bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N.1520.

tamamını değil de bazılarını affetmesi hâlinde mirastan yoksunluğun sonuçları devam eder⁶⁸. Zira diğer sebepler bakımından af gerçekleşse de mirastan yoksunluk sebeplerinden birine yönelik affın mevcut olmaması, mirastan yoksunluk sonucunu doğurur. Mirastan yoksunluğa yol açan fiillerden bir kısmının affedilmesi, mirastan yoksunluğa sebep olan bütün fiillerin affedildiği anlamına gelmez.

IX. SONUÇ

TMK m. 578'de düzenlenen mirastan yoksunluk, bu maddede yer alan sebepleri gerçekleştiren mirasçının veya ölüme bağlı tasarrufla kendisine mal varlığı bırakılan kişinin miras hakkı kazanamamasıdır. Mirastan yoksunluk, mirasbırakanın iradesi olmasa dahi kanun gereği sonuçlarını doğurur. Mirastan yoksunluğa sebep olan fiillerin ortak noktaları, mirasbırakanın şahsına yönelmiş olmaları ile kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmeleridir. TMK m. 578/II'de mirasbırakana bu fiilleri işleyen mirasçının veya vasiyet alacaklısının mirastan yoksunluğunu sona erdirmeye yönelik bir imkân getirilmiştir. Buna göre mirasbırakan, mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affederek mirastan yoksunluğu ortadan kaldırabilir.

Af, mirasbırakanın akli ve manevi bir süreç geçirerek mirastan yoksun olan mirasçının veya vasiyet alacaklısının gerçekleştirdiği fiili arkada bırakmasıdır. Mirastan yoksunlukta af, hukuki sonuç doğuran duygu açıklamasıdır. Mirastan yoksunluğa sebep olan fiilin mirasbırakana yönelik olması, affın mirasbırakan tarafından gerçekleştirilmesini gerektirmektedir. Bu bakımdan af, mirasbırakanın şahsına sıkı sıkıya bağlıdır ve temsilci tarafından beyan edilemez. Mirasbırakanın af beyanını geri alması mümkün değildir. Mirasbırakan, mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affını şarta bağlı olarak ileri sürebilir.

Affin hüküm ve sonuçlarını doğurması için geçerlilik şartlarının mevcut olması gerekir. Bu kapsamda, öncelikle affın geçerli olması için mirasbırakan affa konu fiilden haberdar olmalıdır. Bu şart, mirasbırakanın fiile ilişkin önemli detaylara hâkim olması ile gerçekleşir. Henüz gerçekleşmemiş fiillere yönelik af ise kabul edilemez. Affın geçerlilik şartlarından ikincisi, mirasbırakanın ayırt etme gücünün mevcut olmasıdır. Buna göre, mirasbırakanın fiil ehliyetinin bulunması gerekli değildir. Mirasbırakan küçük veya kısıtlı olsa dahi ayırt etme gücünü haizse af iradesi geçerlidir. Son olarak affın geçerli olabilmesi için mirasbırakanın gerçek iradesinin af yönünde olması gerekir. Buna göre, mirasbırakanın hiçbir etki altında kalmadan akli ve manevi bir süreç geçirmesi ve mirastan yoksun olan mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını bağışlaması gereklidir. Mirasbırakan bu süreçte affın hukuki sonuçlarını bilmese dahi af geçerli olur.

Mirastan yoksunluk sebeplerinin tamamı bakımından af söz konusu olmaz. Zira bazı sebeplerin sonucunda mirasbırakanın ayırt etme gücü ortadan kalkmakta veya mirasbırakan ölmüş olmaktadır. Ancak mirasbırakan hayattaysa ve ayırt etme gücü mevcutsa, diğer şartların da sağlanması hâlinde af mümkündür.

Mirastan yoksunlukta affın geçerliliği şekle bağlı değildir. Af, açık veya örtülü şekilde gerçekleşebilir. Ancak mirasbırakanın açık bir beyanı olmaksızın mirastan yoksun mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affettiği yönünde kanaatin oluşması için somut olaya göre durum ve koşulların incelenerek değerlendirme yapılması gerekir. Mirasbırakan af iradesini mirasçıya, vasiyet alacaklısına veya üçüncü kişilere karşı beyan edebilir.

Mirasbırakanın mirastan yoksun mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affettiğinin ispatı, bundan yararlanan kişi tarafından gerçekleştirilmelidir. Buna göre, affı mirastan yoksun mirasçının veya vasiyet alacaklısının ispatlaması gerekir. Ancak somut olaydaki durum ve koşullardan mirasbırakanın affı tespit edilebiliyorsa hâkim bunu resen dikkate alır.

Mirasbırakanın mirastan yoksun mirasçıyı veya vasiyet alacaklısını affetmesi hâlinde mirastan yoksunluk sona erer. Böylece mirasçı veya vasiyet alacaklısı, mirasbırakanın mirasına hak kazanır ve ölüme bağlı tasarrufla kendisine bırakılan malvarlığını talep edebilir.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, O. Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu – Miras Hukuku Cilt III, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BELGESAY, Mustafa Reşit: Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Üçüncü Kitap Miras, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1952.
- BREITSCHMID, Peter/EGGEL, Martin/EITEL, Paul/FANKHAUSER, Roland/GEISER, Thomas/ JUNGO, Alexandra: Erbrecht, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Genf, 2023.
- BURANDT, Wolfgang/ROJAHN, Dieter/HORN, Claus-Henrik: Erbrecht, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2022.
- BURANDT, Wolfgang/ROJAHN, Dieter/MÜLLER-ENGELS, Gabriele: Erbrecht, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2022.
- ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi Cilt II (TMK m. 575-639), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 24. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- ENGİN, Baki İlkey: Mirastan Yoksunluk, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2010.
- EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- ERKAN, Vehbi Umut/YÜCER, İpek: "Ayırt Etme Gücü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 60(3), 2011, s.485-522.
- ESCHER, Arnold: Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), Schulthess & Co. AG, Zürich, 1960.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Miras Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- GÜNAY, Erhan: "Mirastan Yoksunluk", Terazi Hukuk Dergisi, 11(113), 2016, s.39-46.
- HELMS, Tobias: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, Erbrecht (§§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG), 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2022.
- HERZOG, Stephanie: Bürgerliches Gesetzbuch: Erbrecht (Erbrecht), 6. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022.
- HERZOG, Stephanie: Pflichtteilsrecht, 3. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022.
- HOEREN, Thomas: Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2024.

⁶⁸ RUDY, BGB § 2337, N.9; ÇABRİ, N.141.

- HRUBESCH-MILLAUE, Stephanie: OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2021.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1978.
- KROIB, Ludwig: Bürgerliches Gesetzbuch: Erbrecht, 6. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022.
- LANGE, Heinrich/KUCHINKE, Kurt: Lehrbuch des Erbrechts, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1989.
- LANGE, Knut Werner: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurKG, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2022.
- LEITMEIER, Lorenz: “Verfassungskonforme Auslegung des § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB”, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, (1), 2025, s.7-11.
- MÜLLER-CHRISTMANN, Bernd: Beckscher Online-Kommentar zum BGB (BeckOK BGB), 72. Edition, Verlag C. H. Beck, München, 2024, beck-online.beck.de, (Erişim: 03.12.2024).
- MÜLLER-ENGELS, Gabriele: Beckscher Online-Kommentar zum BGB (BeckOK BGB), 72. Edition, Verlag C. H. Beck, München 2024, beck-online.beck.de, (Erişim: 03.12.2024).
- OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984.
- ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku (Tablolarla ve Örneklerle), 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- PIOTET, Paul: Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Band IV/2, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Stuttgart, 1981.
- RUDY, Mathis: Grosskommentar zum Zivilrecht: BeckOGK, Verlag C. H. Beck, München 2024, beck-online.beck.de, (Erişim: 03.12.2024).
- SARI FİDAN, Özlem: “Mirasçılık Sifatını Kaybedenlerin Miras Ortaklığı ile İlişkileri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(2), 2015, s.149-164.
- SCHWANDER, Ivo: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlTv ZGB), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkey: Miras Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- STÜRNER, Rolf: Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2023.
- TUOR, Peter/PICENONI, Vito: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang (Art. 537-640 ZGB), Stämpfli Verlag, Bern, 1966.
- WILDISEN, Christoph: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich – Genf, 2023.
- ZEVKLİLER, Aydın: Kişiler Hukuku – Gerçek Kişiler, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Musa Furkan ŞAHİN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Musa Furkan ŞAHİN, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

1215 SÖYLENCESİ: BİR İNSAN HAKLARI BELGESİ OLARAK MAGNA CARTA THE MYTH OF 1215: MAGNA CARTA AS A HUMAN RIGHTS DOCUMENT

Cemre Belçim GÖLBAŞI UÇAR*  

Makale Bilgi

Gönderi: 15/10/2024
Kabul : 10/03/2025

Anahtar Kelimeler

Magna Carta,
İnsan Hakları Belgesi,
Aristokrat Sınıfı,
25'lerin Yargılaması
Usulü.

Article Info

Received: 15/10/2024
Accepted: 10/03/2025

Keywords

Magna Carta,
Human Rights
Document,
The Aristocratic
Class,
Judgement of the
Twenty-Five.

Özet

13. yüzyıl İngiltere’inde kabul edilen bir belge olan Magna Carta, insan hakları tarihinde genellikle başlangıç noktasını temsil eder. Bu belgenin, o güne kadar kabul edilmiş diğer örneklerinden ayrı ve özel bir anlamı olduğu inancı hakimdir. Araştırmanın amacı Magna Carta’nın hukuki niteliğini inceleyerek günümüzdeki insan hakları anlayışı ile bağlantısını ortaya koymaktır. Belgenin tarihsel arka planı incelenerek ve devlet teorisi kavramları ile ilişkisi ortaya konularak yapılaş amacının tespit edilmesi hedeflenmektedir. Bu nedenle araştırmada öncelikle Magna Carta’nın kabul edilmesine giden tarihsel süreçte yer verilmiştir. Magna Carta’yı kabul eden Kral John ve öncesindeki kralların yönetimleri incelenmiştir. Ardından belgenin türü, tarafları ve içeriği ortaya konulmuştur. Magna Carta’nın hukuki bir belge olarak hangi türü temsil ettiği, tarafları olarak kral ve baronların toplumsal konumları ve içeriğinde hangi konulara yer verildiği incelenmiştir. Araştırmada yöntem olarak nitel araştırma yöntemi tercih edilmiştir. Bu anlamda başta değişiklikler içeren Magna Carta’nın orijinal metni ve ona esin kaynağı olan I. Henry’nin taç giyme töreni belgesi olmak üzere; tarihi ve hukuki birincil kaynaklar ile ikincil kaynaklardan ve edebi eserlerden de yararlanılmıştır.

Abstract

Magna Carta, a document adopted in 13th century England, usually represents the starting point in the history of human rights. The general belief prevails that this document has a separate and special meaning from other examples that had been accepted to that day. The aim of this research is to examine the legal nature of Magna Carta and to reveal its connection with the current understanding of human rights. It is aimed to determine the historical background of the document and the purpose for which it was made by examining it on the axis of the concepts of state theory. For this reason, the research first focused on the historical process leading to the adoption of Magna Carta. The administrations of King John, who accepted Magna Carta, and the Kings before him have been examined. Then the type, parties and content of the document were revealed. It has been examined which type Magna Carta represents as a legal document, the social positions of the kings and barons as parties, and what issues are included in its content. Qualitative research method has been preferred as the method in the research. In this sense, especially the original text of Magna Carta, which contains changes and the Coronation Charter of Henry I and other historical and legal primary sources, as well as secondary and literary works have also been used.

* Arş. Gör. Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı. / Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku doktora öğrencisi.

Atıf Şekli | Cite As: GÖLBAŞI UÇAR Cemre Belçim, “1215 Söylencesi: Bir İnsan Hakları Belgesi Olarak Magna Carta”, İnÜHFD, 16(1), 2025, s.111-125. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.



EXTENDED SUMMARY

The introduction of human rights into positive law in the international arena is considered that it started with the process after World War II. However, human rights did not emerge at once. It is impossible for the development of the understanding of human rights to be completed in such a short period of time. This understanding is a result of thousands of years of philosophical and political accumulation. The currents of thought on which Western civilization is built are especially influential. In this sense, it is a general acceptance that the Magna Carta, which England, a prominent state, produced in the early Middle Ages, contained the first reflection of human rights and blinked at the present day's understanding.

With this research, the answer to the question of whether Magna Carta really has a special significance to be attributed in the history of human rights is being sought. The legal nature of Magna Carta as a document and its contextual and purposeful value as a human rights document are being questioned. Answers are being sought to the questions of what the parties and the purpose of the document are.

In order to achieve the purpose of the research, primary sources were examined first. The first of these is the Magna Carta text. Magna Carta has been used together with the changes it has undergone during the process. The Coronation Charter of Henry I which was also used as a draft when preparing the text of the Magna Carta also has been taken into account. Along with the primary sources, important secondary historical and legal sources have been used. Additionally, literary works dealing with the period were also used.

It is possible that there are many studies on this topic in the international arena. However, the same situation does not seem to be possible in the national area. For this reason, it is aimed to fill this gap in the literature by conducting a study on the basis of general state theory concepts related to Magna Carta. In this way, it is aimed to help to know the other evaluations of the document in the international field while it is being examined in the national field.

The qualitative research method was preferred as the method in the study. The study is a research article and was written using qualitative sources. The foreign sources used in the study have shown the direction in reaching the result in the research. The reason why foreign sources are predominantly preferred is that the research topic examines the political change in a foreign country. In this sense, Bede's work, which is frequently used as a source of reference in foreign sources, was also used as a source of information. It is not very often that there is a study in the national field that examines Magna Carta in detail on the axis of its content and sides. For this reason, the subject has been dealt with especially by associating with the concepts of state theory. The social status of the parties of the document and their relations with the king are given.

The main features of feudalism, which expresses the basic political structure of the period, that prepared the way for the signing of the Magna Carta, have been revealed. In addition, religion, which was an important dynamic of the period, was also included. It has been investigated how the king's relationship with the Pope affected political life and was instrumental in the adoption of the Magna Carta. In this sense, it has been determined that the spiritual and worldly power conflict that has lasted for centuries in Europe has also been effective in the process of accepting the Magna Carta. Conducting a study related to the concepts of state theory has enabled the study of Magna Carta not only in the field of history but also in the field of legal theory.

According to the conclusion reached in the research, Magna Carta does not coincide with the current understanding of human rights. The most important elements that support this are the sides and content of the document. The parties to the document are the king and the barons. In this sense, there is no equality in society in terms of the rights recognized in the document. It is a document that protects the rights of aristocrats, a class that is hierarchically at the top. The most crucial aspect included in its content is the judgement of the Twenty-Five. This procedure was allocated as a *forma securitatis* given to the barons in the implementation of the agreement. If the king failed to honor his promises, the barons were empowered to enforce the agreement by using all the resources at their disposal. In this sense, it can even be said that the document protects the barons rather than the king or the common people.

For the purpose of Magna Carta, there is no such thing as the recognition of certain rights to the entire public. It was forcibly admitted to the king as a result of the barons' uprising against John's arbitrary rule. It has remained in force for a very short time. After that, it underwent many changes with the sudden death of John and the efforts of the new king's aides. It can even be said that in the end, it turned into a document that protects the kingdom again. The reason why the document became so famous after that is in the 16th and the 17th centuries it has been brought back to the agenda. It has become a tool used not only against kings but also against arbitrary and lawless administrations. In this sense, it has also been used against parliaments that are seen to be too powerful. It has become a symbol of resistance against lawlessness. In this sense, it has been taken out of its true context and given another meaning. It is possible to evaluate it as such a symbol, but of course, it is not a sufficient document from the point of the current view of human rights law.

I. GİRİŞ

1215 yılında İngiltere’de kabul edilen bir belge olan Magna Carta, tam adının çevirisiyle “Büyük Özgürlükler Fermanı”, genel kabule göre o tarihe kadar var olmuş diğer örneklerine benzemeyen ve insan hakları anlayışını yansıtan bir başlangıç noktası olarak ele alınmaktadır.

Makalenin araştırma konusu, Magna Carta’nın bir insan hakları belgesi olarak incelenmesidir. Araştırmada Magna Carta’nın bir hukuki belge olarak hangi niteliklere sahip olduğu, kabul edilmesi ile neyin amaçlandığı ve bu özelliklerin insan hakları anlayışı ile ne kadar örtüştüğü sorularına cevap aranmıştır. Bu sorulara cevap aranırken tarihsel arka plana da yer verilmiştir. Dönemin siyasi, ekonomik ve hukuki özellikleri incelenerek Magna Carta’nın oluşmasına zemin hazırlayan düşünsel altyapının bir haritası çizilmeye çalışılmıştır. Ayrıca Magna Carta’nın bir bütün olarak incelenmesi gerekmiştir; metnin üslubuna, taraflarına, hukuki kavramlarına, metinde ismi geçen kişilere ve bu kişilerin unvanları ile toplumdaki konumlarına yer verilmiştir.

Magna Carta’yı bir insan hakları belgesi olarak incelemek, döneminin ve özgün metnin özelliklerini dikkate almanın haricinde “insan hakları belgesi” kavramının tanımlanmasını ve belirli bir sistematığa oturtulmasını da gerektirmektedir. Ancak böyle bir tanımlama disiplinler arası bir çalışmayı zorunlu kılmakta ve araştırmanın amacını aşmaktadır. Bu nedenle konu, Magna Carta’yı tetiklediği tespit edilen belirli unsurlar ve belgenin, dönemine özgü hukuki niteliği üzerinden incelenmesi ile sınırlandırılmıştır. Belgenin insan hakları tarihi anlatılırken genellikle vurgu yapıldığı görülen kısımları ele alınırken aynı zamanda gölgede kaldığı düşünülen bazı özelliklerine de yer verilmiştir.

Araştırma yapılırken nitel araştırma yönteminden yararlanılmıştır. Bu anlamda Magna Carta metni başta olmak üzere döneme ait hem birincil hem de ikincil tarihi kaynaklardan, hukuki incelemelerden ve dönemi anlatan edebi eserlerden faydalanılmıştır. Bu çalışmayla Magna Carta’nın hukuki anlamının ve insan hakları ile bağlantısının ortaya konulması hedeflenmektedir. Uluslararası alanda bu konuyla ilgili yazılan birçok araştırma makalesine rastlamak mümkün olsa da ulusal alanda bu konuyu devlet teorisi kavramları ekseninde ele alan bir çalışmaya rastlamak pek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle konunun öncelikle tarihsel arka planına yer verilmiştir. İngiliz toplumunun siyasi olarak geçirdiği süreç incelenerek Magna Carta’nın kabulüne götüren unsurlar ele alınmıştır. Ardından Magna Carta metni hukuki bir belge olarak incelenmiş; tarafları ve içeriği ortaya konulmuştur. Son olarak Magna Carta sonrası İngiliz toplumunun siyasi düzeninde nasıl bir değişim yaşandığına yer verilmiştir.

II. MAGNA CARTA’NIN TARİHSEL ARKA PLANI: KURULAN DÜZENDEN SAPMA VE BARONLARIN İSYANI

Magna Carta’nın yapılış amacı ve içeriğinin anlaşılabilmesi için imzalandığı dönemin koşullarının incelenmesi gerekir. Zira tarihte olaylar her zaman bir neden-sonuç ilişkisi içerisinde ilerler. Bu anlamda hukuk tarihinde ve insan haklarının gelişiminde önemli atıflar yapılan Magna Carta da ortaya çıktığı toplumun siyasi, sosyal, dini, ekonomik ve coğrafi koşullarının bir ürünüdür. İngiltere’nin yüzyıllar süren gelişimine yer vermek bu araştırmanın amacını aşacaktır. Ancak Magna Carta’yı kabul edildiği dönemin özelliklerinden bağımsız olarak anlamlandırmak mümkün değildir. Bu nedenle tarihsel arka planın temel unsurlarına değinilmesi gerekir.

Magna Carta’nın imzalandığı dönem 13. yüzyıla tekabül eder. Bu tarihler, İngiltere’de Orta Çağ’ın başlangıç tarihi olarak kabul edilen 1066 yılından sonrasına rastlar.¹ 1066 yılına kadar İngiltere toprakları farklı kavimlerin akınlarına maruz kalmıştır. Güney’den Roma, Doğu’dan farklı barbar ve Germen kabileleri ve Kuzey’den Vikingler ile Normanların istilaları sonucu birçok kez yakılıp yıkılmış, yeni baştan inşa edilmiş ve toplumsal değişime uğramıştır.² 1066 yılını önemli kılan ise Norman ve Viking akınları ile Hastings Savaşı’dır. Normandiya Dükü Fatih William, Hastings Savaşı’nda Anglo-Saksonları hezimete uğratarak İngiltere tahtına geçmiş ve bu tarihten sonra İngiliz toplumunun ciddi bir Normanlaşma sürecine girdiği görülmüştür. Bu sürecin 13. yüzyıl İngiltere’sine götüren iki önemli sonucu olduğu söylenebilir: Feodal sistem gelişmiş ve İngiliz adaları yönünü Kuzey’den çok Fransa’nın merkezde olduğu Batı’ya çevirmiştir.³

İngiltere, tarımsal faaliyetlerin ön planda olmasını sağlayan topraklara sahiptir.⁴ Kabileler döneminden itibaren bu faaliyetlerin yürütülmesi, devam eden askeri mücadeleler için asker sağlanması ve vergilerin toplanması gibi konular özel kişiler tarafından yürütülmüştür.⁵ Norman dönemine gelindiğinde bu

¹ BLACK, Jeremy: İngiltere Tarihi, Çev. Aytac Yıldız, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2020, s.99. Günümüzde İngiltere, Birleşik Krallık ve İngiltere farklı anlamlara sahiptir. “İngiltere” kelimesi İngiltere adalarının kastedilmesiyle coğrafi ve aynı zamanda orada yaşayan toplumu ifade ettiği için politik bir kavrama işaret eder. “Birleşik Krallık” (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland); İngiltere, İskoçya, Galler ve Kuzey İrlanda olmak üzere dört kurucu ülkeden oluşan devleti ifade eder. “Büyük İngiltere” (Great Britain) kelimesi ise yalnızca İngiltere, İskoçya ve Galler’i kapsar. Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Dış İşleri Bakanlığı: “Birleşik Krallık’ın Siyasi Görünümü”, <https://www.mfa.gov.tr/ingiltere-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, (Erişim: 15.10.2024). Araştırmada Magna Carta’nın ortaya çıktığı toplum incelenirken İngiltere kelimesi tercih edilmiştir. Zira dönemin krallarının kendilerini “İngilizlerin Kralı” (Rex Anglorum) olarak ifade ettiği görülmektedir. BLACK, s.84. Ancak o dönemde günümüzdeki anlamıyla İngiltere siyasal birliğinin mevcut olmadığı unutulmamalıdır.

² Detaylı bilgi için bkz. BLACK, s.51-99; JENKINS, Simon: İngiltere’nin Kısa Tarihi, Çev. Uygur Kocabaşoğlu, İletişim Yayınları, İstanbul 2020, s.9-37. İngiltere’ye yapılan Roma seferleri için bkz. CAESAR, Gaius Iulius: Notlar: Galya Savaşı Üzerine, Çev. Samet Özgüler, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2022, s.144-155.

³ BLACK, s.99-101. Bu dönemde William tarafından birçok kale inşa ettirilmiştir. Bu durum onun kurmak ve yerleştirmek istediği düzen hakkında ipuçları vermektedir. HIBBERT, Christopher: Çağdaş İngiliz Krallığı, Staples Printers Ltd, St Albans 1971, s.17.

⁴ BEDE: A History of the English Church and People, Penguin Books, Edinburgh 1964, s.37.

⁵ BLACK, s.101. İngiltere’nin akınlarına maruz kaldığı ve etkilendiği Roma için de benzer bir durum söz konusudur. CAESAR,

parçalı toplumsal yapı feodalizme dönüşmeye başlamıştır.⁶ Magna Carta'nın ortaya çıkmasını sağlayan toplumsal yapı da feodal sistemin özelliklerini yansıtmaktadır. Bu nedenle feodalizmin, belgenin oluşumuna zemin hazırlayan birtakım temel unsurlarından bahsedilmesinde fayda vardır.

Feodalizm, Orta Çağ Avrupası ile özdeşleşen bir kavramdır. Toplumun siyasi, hukuki ve ekonomik düzenini ifade eder. Feodal sistem incelenirken toplumsal yapıdaki değişimlere bağlı olarak dönemlere ayrılır.⁷ Sistemin temel özelliği, vassalın şahsi tabiiyet (sadakat) bağı ile lorduna bağlı olmasıdır. Tabiiyet esası, kişilerin toplumsal yaşamdaki yerlerini belirleyen en önemli unsurdur. Vassal, lordun “adamıdır” ve ona “biat eder”. Bu tabiiyet durumu, Orta Çağ Avrupası'na ait birçok eserde sembolize edilen *hommage* adı verilen bir tören ile sağlanır.⁸ *Hommage*'ın etimolojik kökeni, “insan” anlamında kullanılan Latince *homo* ve sonrasında Anglo-Fransızca *homage* kelimelerine dayanır ve “bağlılık”, “sadakat”, “vefa” anlamına gelir.⁹

Birbirine sadakat ile bağlı olan lord ve vassal arasında sözleşmeye dayalı bir ilişki vardır.¹⁰ Bu ilişki iki yönlüdür: vassal, başta askerlik hizmeti olmak üzere birtakım hizmetlerde bulunma sözünü verir, bunun karşılığında lord ona güvenlik ve koruma sağlama ile toprağını kullanma taahhüdünde bulunur.¹¹ Burada kilit nokta; kurulan ilişkinin sözleşmeye dayanıyor olmasıdır. Sözleşmenin bir tarafı sözünü yerine getirmediginde diğer taraf da sorumluluklarını yerine getirmeme hakkına sahiptir. Orta Çağ toplumu, birbirine çeşitli ilişkilerle bağlı sosyal sınıflardan oluşur. Ancak topluma bir bütün olarak bakıldığında kral ve tebaası arasındaki ilişkide farklı bir durum söz konusudur. Black'in de ifade ettiği üzere: “Kutsal bir monarşide bir köylü veya vassal tebaa olarak kendi başına, sorumluluklarından vazgeçebilme hakkına sahip değildir.”¹² Toplumsal yapının bu özelliği, Magna Carta fikrinin ortaya çıkmasına neden olan önemli sorunlardan biri olarak görülmektedir.¹³

Norman fetihleri ile ilişkilendirilen bir diğer konu, İngiltere'nin Fransa ile olan ilişkisidir. Bu dönemde sadece siyasi değil, kültürel anlamda da Fransa'nın etkisi açık bir şekilde görülür.¹⁴ Ayrıca hanedan üyelerinin birbiri ile evlenerek geliştirdiği siyasi bağlar, Avrupa toplumlarında iktidar meselesinin karmaşık miras ağları üzerine kurulmasına neden olmuştur. Veraset kurallarının belirsiz olduğu Orta Çağ'ın başlarında, taht iddiasında bulunanlar arasındaki savaşlar ve kilisenin bu duruma müdahalesi egemenliğin sahibinin belirlenmesinde önemli rol oynamıştır.¹⁵ Bu anlamda İngiltere'nin geçirdiği dönemleri de hükümdarlar ile ilişkilendirerek incelemek mümkündür.¹⁶ Hükümdarın kişisel özellikleri, toplumun içinde bulunduğu durumun ilk belirleyicilerinden biri olarak değerlendirilebilir.

Magna Carta'nın imzalandığı dönemde tahtta Kral John oturmaktadır. Ancak onun tek başına bu belgenin mimarı olduğu söylenemez. Öncesinde tahta çıkan I. Henry, II. Henry ve I. Richard'ın yönetimleri, Magna Carta gibi kralın taviz verdiği bir belgenin talep edilmesine alt yapı hazırlar. Bu nedenle 12 ve 13. yüzyıllarda İngiltere'nin siyasi ve hukuki dönüm noktalarına değinilmesi gerekir.

A. 12. ve 13. Yüzyıllarda Magna Carta'ya Giden Sürecin Dinamikleri

Magna Carta'nın imzalanmadan önce İngiltere'nin oldukça çalkantılı süreçlerden geçtiğini söylemek mümkündür. Toplumun ve yönetimin yapısındaki değişim bu durumu oluşturan en önemli sebeplerdendir. Yüzyıllar boyunca çeşitli toplumlar tarafından akınlara maruz kaldıktan sonra 12. yüzyıl civarında adada nihayet görece kalıcı ve sistematik bir düzen kurulmaya başlandığı söylenebilir.¹⁷ Bu nedenle Magna Carta'nın içine doğduğu toplumsal yapının anlaşılması için I. William'dan sonraki sürecin dinamiklerini nelerin oluşturduğunu incelemekte fayda vardır.

Hastings Savaşı'nın galibi Fatih William¹⁸ (I. William) ölmeden önce egemenliğini, Normandiya tahtına Robert ve İngiltere tahtına II. William (Rufus) gelmek üzere iki oğlu arasında paylaştırır.¹⁹ II. William'dan sonra tahta bir diğer kardeş I. Henry (1100-1135) gelir. I. Henry'nin odaklandığı iki büyük sorun vardır: Normanlar ve Fransa. Kral, bu sorunların çözümünü kraliyet yönetiminin kurumlarını köklü

s.56.

⁶ AKAD, Mehmet/VURAL DİNÇKOL, Bihterin/BULUT, Nihat: Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2023, s.274.

⁷ Bkz. BLOCH, Marc: Feodal Toplum, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2021, s.111-129.

⁸ BLOCH, s.228-229; AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali/KÖKER, Levent: İmparatorluktan Tanrı Devletine, İmge Kitabevi, Ankara 2020, s.184.

⁹ Merriam-Webster Dictionary: “Homage”, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/homage#dictionary-entry-1>, (Erişim: 15.10.2024). Dictionary: “Homage”, <https://www.dictionary.com/browse/homage>, (Erişim: 15.10.2024).

¹⁰ AĞAOĞULLARI/KÖKER, s.214.

¹¹ BLOCH, s.231.

¹² BLACK, s.105.

¹³ BLACK, s.105.

¹⁴ Örneğin Norman fetihlerinden sonra İngiltere'de Fransız etkisinin en somut hissedildiği alanlardan birisi İngiliz dili ve buna bağlı olarak edebiyattaki değişimdir. Detaylı bilgi için bkz. EMERSON, Oliver Farrer: The History of English Language, Macmillan & Co. Ltd., New York 1910, s.51 vd.

¹⁵ I. Henry öldükten sonra yaşanan taht krizi bu durumun örneklerinden biridir. Dönem ile ilgili detaylı bilgi için bkz. FLEMING, Robin: Britain After Rome: The Fall and Rise 400-1070, Penguin Books, London 2011, s.314 vd.

¹⁶ İngiliz hukukçular tarafından geliştirilen anlayışa göre kralların iki bedeni vardır: fiziksel ve politik bedenleri. Krallar öldüğünde fiziksel bedenleri işlevini yitirir ancak etki doğurmaya devam eden bir de politik bedenleri vardır. Bu durum kral değişikliği ve ölümlerinin İngiltere siyasetini etkilemesinde bir örnek olarak gösterilmektedir. KARAİMAMOĞLU, Tolgahan: “Norman Fethi'nden Magna Carta'ya: İngiltere'de Kralların Ölümlerinin Siyasi Sonuçları”, Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 20(3), 2022, s.114.

¹⁷ Avrupa'nın büyük bir kısmı özellikle 8-10. yüzyıllar arasında “ikinci dalga bir barbar akımına” uğramıştır. BLACK, s. 78 vd.

¹⁸ Yaşadığı dönemler: 1028-1087.

¹⁹ BLACK, s.107.

bir değişikliğe uğratmakta görür.²⁰ Halihazırda var olan gelenekleri ve kurumları geliştirir ve aynı zamanda başta gezici yargıçlar olmak üzere eklemelerde bulunur. Kral tarafından tayin edilen ve ülkenin çeşitli yerlerine gönderilen gezici yargıçlar ve bu sistemin II. Henry döneminde gelişiminin, günümüzde Anglo-Sakson Hukuk Sistemi olarak adlandırılan ortak hukuk sisteminin (*Common Law*) oluşmasına zemin hazırladığı kabul edilmektedir.²¹ Ayrıca bu dönemde yaşanan önemli gelişmelerden bir diğeri, Normandiya'nın fethedilmesi ve İngiltere tahtı ile birleştirilmesidir. Bu şekilde her iki tarafta toprağı bulunan ve ilişkileri süren aristokratların durumu iyileştirilmiştir.²² Güçlü bir aristokrat sınıfının yönetime ne derecede etkiye bulunabileceğı ileride Magna Carta'nın kabul edilmesinde anlaşılacaktır.

I. Henry öldükten sonra, erkek varisi bulunmaması nedeniyle tahta kimin geçeceği konusunda tartışmalar yaşanmıştır. Yaşanan mücadeleler sonucu ilk önce tahta I. Henry'nin yeğeni Stephen, ardından I. Henry'nin kızı Matilda'nın oğlu II. Henry çıkar. Yaşanan taht krizi, veraset kurallarının belirsizliğinin bir göstergesidir. Bu belirsizlik, yerel yönetimlerin güçlenmesi ile sonuçlanır ve I. Henry'nin inşa ettiği sistemin de bozulmasına neden olur. Öncesine göre güçlenmiş bir soylular sınıfı ortaya çıkar. Ayrıca II. Henry, baba tarafından Fransız Plantagenet Hanedanı üyesidir ve sonrasında Fransa Kralı VII. Louis'nin eski karısı Akitanyalı Eleanor ile evlenmiştir. Bu nedenle İngiltere kralı, Fransa'daki topraklar karşılığında sadakat yemini ile Fransa kralına bağlıdır.²³

Dönemin siyasi yapısına bakıldığında hem İngiliz adaları hem de Fransa topraklarına sahip olmayı amaçlayan bir Angevin Krallığı'nın ortaya çıktığı görülür. Bu durum, Fransa'nın düşmanlığını pekiştirir. Ne yazık ki II. Henry'nin tek düşmanı Fransa olmayacaktır; II. Henry, yerel kilise ağırlarıyla güçlenen piskoposluk otoritesi ile de karşı karşıya gelecektir. Bu durumun sebebi yakın arkadaşlarından biri olan Thomas Becket ile aralarında geçen bir olaydır. Kral ve kilise arasında yaşanan iktidar krizleri, Magna Carta dönemi de dahil olmak üzere Avrupa tarihini şekillendiren önemli konulardan biridir.²⁴

Thomas Becket, kralın yakın bir arkadaşıdır ve 1162 yılında Canterbury Başpiskoposu olarak atanır.²⁵ Burada faaliyetlerine devam ederken kilisenin, dünyevi otoriteden bağımsızlığına dayanan bir görüş benimser. Din adamlarının ancak kendi kilise mahkemelerinde yargılanabileceğini savunur. Ancak II. Henry bu bağımsızlık fikrine karşı çıkar, kendi gücüne bir itiraz olarak görür. Bu sebeple başlayan olaylar neticesinde Becket, kral yanlısı şövalyeler tarafından öldürülür ve sonrasında aziz ilan edilir.²⁶

Kendisi de bir hukukçu olan II. Henry'nin dönemi, 'Becket Olayı' haricinde ortak hukuk düzeninin (*common law*) geliştiğı ve yönetimin kralın şahsından uzaklaştığı bir dönem olarak tasvir edilir.²⁷ Yine de dönemin önemli sorunlarından biri, artan ekonomik ihtiyaçlara cevap verilebilmesi için özellikle vergi konusunda alınan keyfi kararlardır.²⁸ Bu durum krala karşı çıkan ve keyfiliğin önlenmesi için bir araya gelen soylular sınıfını gündeme getirir. Güçlenerek gelen soylular sınıfı, yavaş yavaş sesini yükseltmeye başlayacaktır.

II. Henry'den sonra tahta oğlu I. Richard (1157-1199) geçer. I. Richard, "Aslan Yürekli Richard" (*Richard the Lionheart*) olarak anılır.²⁹ Bu durum onun toplumdaki insanlar bakımından oldukça sevildiğini gösteren unsurlardan biridir. Lakabını güçlü, cesur ve savaşçı bir kral olması sebebiyle almıştır. Üçüncü Haçlı Seferi'ne katılmış ve Robin Hood efsanelerinde kahraman olarak lanse edilmiş olan³⁰ I. Richard'dan sonra gelen kardeşi John'un ise onun tam zıddı bir etki bıraktığını söylemek mümkündür. John tahta geldiğinde soyluların bir kısmı kralın yetkisini tanımaz ve Fransa safına geçer. Hem babasına hem de ağabeyine ihanet etmiş olan John'un iki lakabı vardır: "yumuşak kılıç" anlamına gelen "*Softsword*" ve "Yurtsuz John" anlamına gelen "*John the Lackland*". "Yumuşak kılıç" lakabı, John'un askeri yeteneğı olmamasından gelir.³¹ John, "yurtsuz" yani "mülksüz" lakabını ise Kral II. Henry'nin genç oğlu olarak hiçbir toprağı sahip olmamasından, kendisine hiçbir mülk bırakılmamış olmasından alır.³² En başından beğenilmeyen bir kral olan John, aristokrasinin isteklerine boyun eğmek zorunda kalan ve Magna Carta'yı kabul eden zayıf bir kral olarak tarih sahnesinde yerini alır.

B. Krala Karşı Birlik: Baronların İsyanı

²⁰ GREEN, Judith: "King Henry I and Northern England", *Transactions of the Royal Historical Society*, 17(2007), 2007, s.37 vd.

²¹ MOOERS, Stephanie L.: "A Reevaluation of Royal Justice under Henry I of England", *The American Historical Review*, 93(2), 1988, s.340.

²² BLACK, s.108.

²³ BLACK, s.116.

²⁴ AKAD/DİNÇKOL/BULUT, s.48 vd. Detaylı bilgi için bkz. SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: *Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneğı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

²⁵ Canterbury Başpiskoposluğu, İngiltere tarihinin çeşitli dönüm noktalarında birçok defa karşımıza çıkar. Bunun sebebi hem mevkî hem de idari olarak kilise otoritesi içerisinde önemli bir yer olması ile ruhani otoritenin bir sembolü haline gelmesidir. Bu nedenle Canterbury Başpiskoposları ve buraya ilişkin sorunlar aynı zamanda dünyevi otoritenin durumu ile de doğrudan ilişkilidir. Canterbury Başpiskoposluğunun tarihsel önemi için bkz. Historic UK: "Archbishops of Canterbury", <https://www.historic-uk.com/HistoryUK/HistoryofEngland/Archbishops-of-Canterbury/>, (Erişim: 15.10.2024). Time Travel Britain: "The History of the Archbishop of Canterbury", <https://www.timetravel-britain.com/articles/history/archbishop.shtml>, (Erişim: 15.10.2024).

²⁶ Becket'in ölümüyle ilgili detaylı bilgi için bkz. COMPTON, Thomas K.: "The Murderers of Thomas Becket", *The Historian*, 35(2), 1973, s.238-255; SCULLY, Robert E.: "The Unmaking of a Saint: Thomas Becket and the English Reformation", *The Catholic Historical Review*, 86(4), 2000, s.579-602.

²⁷ SALZMAN, Louis Francis: *Henry II*, Constable and Company, London 1917, s.175.

²⁸ CORFE, Tom: *Archbishop Thomas and King Henry II*, Cambridge University Press, Cambridge 1975, s.29-30.

²⁹ NORFATE, Kate: *Richard the Lion Heart*, Macmillan and Co., London 1924, s.34.

³⁰ Historic UK: "Robin Hood", <https://www.historic-uk.com/HistoryUK/HistoryofEngland/Robin-Hood/>, (Erişim: 15.10.2024).

³¹ STARKEY, David: *Magna Carta: True Story Behind the Charter*, Hodder & Stoughton, London 2016, s.9-11.

³² JENKINS, s. 58.

Magna Carta'nın kabul edildiği 1215 tarihinde tahtta Kral John oturmaktadır. John, 1199-1216 yılları arasında İngiltere tahtında hüküm sürmüştür.³³ Bu tarihlerde dikkat çeken ilk husus John'un ölmesiyle krallığının sona erdiği tarihin, Magna Carta'nın imzalandığı kabul edilen 1215'ten bir yıl sonrasına tekabül etmesidir. Bu durum Magna Carta'nın John ile bağlantısının yarım kaldığını düşündürür. Gerçekten de Magna Carta'nın tarihinde değişimler, unutulmalar ve yeniden hatırlanmalar vardır.

"Yurtsuz John"un tahta geldiği dönemin yapısına bakıldığında en büyük düşman olarak Fransa kralı II. Philip'in görüldüğü söylenebilir. II. Philip'in onun hakkında fikir sahibi olunabilecek iki lakabı vardır. Bunlardan ilki, *augeo* kelimesinden üretilen ve büyüten, genişleten anlamına gelen "*Augustus*" ve bir diğeri "Tanrı lütfu" anlamına gelen "*Dieudonné*"dir.³⁴ I. Richard gibi II. Philip de John'un sahip olamadığı lakaplara sahiptir. Philip'in en büyük amacı Angevin Krallığı'nı yıkmak ve kendi egemenliğini tesis etmektir. Bunun için İngiltere'de yaşanan iç çekişmelerden yararlanır ve krala karşı ayaklananlara destek olur.³⁵

John'un iki büyük hatasının onu aristokratlara karşı taviz vermeye sürüklediği söylenebilir. Bunlardan ilki kiliseye karşı tutumudur. II. Henry'nin Thomas Becket ile yaşadığı olayın bir benzeri, John ve Papa III. Innocent arasında yaşanır.³⁶ Sorun bu sefer Canterbury Başpiskoposluğu'na kimin atanacağı meselesidir. John, Papa'nın adayı olan ve Fransa'da II. Philip'in yetkisi altında eğitim almış Stephen Langton'un atanmasına şiddetle karşıdır.³⁷ Ancak Papa onu uyarır; Tanrı'ya ve kiliseye karşı çıkmanın onun için tehlikeli olacağını söyler. John geri çekilmez ve kilise mallarına el koymaya başlar. Bu hareketinin sonucunda kilise, önce İngiltere'de kendi görev ve yetki alanına giren işleri yapmayacağına dair bir karar yayınlar ve ardından John'u aforoz eder.³⁸

John'un ikinci hatası, keyfi kararlar alarak hukuk dışına çıkmasıdır. Bu dönemde II. Henry'nin miras bıraktığı hukuk düzeninin yozlaştığı ve hukukun "kralın isteği" olarak algılandığı görülür.³⁹ Ayrıca John, Fransa ile olan mücadelesinde yaşadığı ekonomik kayıpları keyfi olarak uyguladığı ağır vergi kurallarıyla çözmeye çalışır. Tüm bu davranışları soyluların tepkisini çeker; John'a suikast girişiminde bulunulur ve sonrasında onu tahttan indirebilmek için baronların isyan süreci başlar.⁴⁰

Baronlar, kralın yetkilerini elinden almak veya daha gerçekleştirebilir bir amaç olarak kısıtlamak istemektedir. Ancak Orta Çağ İngiltere'sinde böyle bir güçle donatılmış konuma veya veraset itirazı gibi bir nedene sahip değillerdir. Bu nedenle baronların amacının gerçekleştirilmesi için bu harekete kralın da katılması şarttır. Buradan yeni bir fikir doğar; hukuki reform içeren ve kralı bağlayan bir sözleşmenin yapılması gerekir.⁴¹

Baronlar ve kral arasında yapılması planlanan uzlaşmanın arabulucusu rolünde, Canterbury atama krizinin baş aktörü Stephen Langton vardır.⁴² Başpiskopos Langton, kralın aforozunu kaldırır ve bunun karşılığında John yemin eder. Yeminin; kilisenin korunması, barışın ve adaletin tesis edilmesi üzerine olduğu tahmin edilmektedir. Baronlar bu yeminin, I. Henry'nin taç giyme töreni belgesinde de (*The Coronation Charter*) yer alan "kadim baronluk özgürlüklerini" yerine getirmeyi taahhüt ettiğini ileri sürer.⁴³ Artık somut bir amaçları vardır: o da John'a, kendi isteklerini I. Henry'nin *Charter*'ı ile yoğurarak kabul ettirmektir.

Baronlar, amaçlarına ulaşmak için kral ile görüşmek ve onun kabulünü almak isterler. Bu sebeple baronlar ve kral, 6 Ocak 1215'te New Temple Londra'da bir görüşme gerçekleştirir. Görüşmede baronlar, *Charter*'ın kabul edilmesi karşılığında kiliseyi ve krallığı koruyacaklarına dair yemin edeceklerini söyler. Kral buna cevap olarak baronların hem krallığa hem de *Charter*'a karşı da onunla birlikte sorumlu olmaları gerektiğini ileri sürer. Bu şekilde görüşme ertelenir ve John, baronları oyalamak için süre kazanır. Bir sonraki görüşmenin 26 Nisan tarihinde Northampton'da yapılacağı kararlaştırılır ancak John sözünü tutmaz. Görüşme yerine gelmeyeceğini ve yerine Langton'u göndererek onun üzerinden iletişim kuracağını belirtir. Bunun üzerine baronlar isteklerinin bir listesini hazırlar ve Langton'a verir. Eğer istekleri kral tarafından kabul edilmezse krallığın kalelerini ele geçirecekleri tehdidinde bulunurlar. Ancak John bu taleplerini de reddeder ve olaylar iç savaşa doğru sürüklenir.⁴⁴

³³ BLACK, s.132. John'un krallığı ile ilgili de veraset sorunları mevcuttur. Hatta bu durum dönemi inceleyen eserlerde ele alınmıştır. Bunlardan biri de Shakespeare'in eseridir. İngiliz Kralı John ve Fransız Kralı Philip arasında taht kimin hak ettiği ile ilgili olarak şöyle bir diyalog geçer: "Kral John: Fransa, kimden aldın bana bu suçlamaları yöneltme hakkını? Kral Philip: Hayvanlar kralında bile iyi duygular uyandırarak hakka tecavüz karşı çıkmayı öğreten göksel yargıçtan. İşte o yargıç vasısı yaptı beni bu çocuğun; onun emriyle eleştiriyorum ve onun yardımıyla düzelterek yaptığın haksızlıkları." SHAKESPEARE, William: Kral John'un Yaşamı ve Ölümü, Çev. Hamit Çalışkan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2023, s.17.

³⁴ STARKEY, s.11.

³⁵ BREAY, Claire: Magna Carta: Manuscripts and Myths, The British Library, London 2010, s.8.

³⁶ İngiltere tarihi kral ve kilise arasındaki çekişmelerle şekil almış görünmektedir. Öyle ki benzer bir olay yüzyıllar sonra VIII. Henry (1491-1547) ve Sir Thomas More arasında da yaşanmıştır.

³⁷ BALDWIN, John: "Master Stephen Langton, Future Archbishop of Canterbury: The Paris Schools and Magna Carta", The English Historical Review, 123(503), 2008, s.823-824.

³⁸ STARKEY, s.13.

³⁹ STARKEY, s.20.

⁴⁰ BREAY, s.15-17.

⁴¹ STARKEY, s.25-26.

⁴² Detaylı bilgi için bkz. CARPENTER, David A.: "Archbishop Langton and Magna Carta: His Contribution, His Doubts and His Hypocrisy", The English Historical Review, 126(522), 2011, s.1041-1065.

⁴³ I. Henry'nin Taç Giyme Töreni belgesi için bkz. The History of England: "The Charter of Liberties of Henry I, 1100", <https://thehistoryofengland.co.uk/resource/the-charter-of-liberties-of-henry-i/>, (Erişim: 15.10.2024).

⁴⁴ BREAY, s.24-25.

7 Mayıs tarihinde John yeni bir *Charter* ile gündeme gelir. Ancak her ne kadar içeriğinde baronların kadim özgürlükleri ve onlara her sene yeni bir lider seçme hakkı yer olsa da yeterli görülmez. Londra, baronların işgaliyle 17 Mayıs'ta düşer. Artık direnecek bir durumu kalmayan John ile baronlar arasında 27 Mayıs'ta barış yapılır.⁴⁵

Charter'ın görüşülmesi için 10 Haziran tarihinde baronlar ve kral bir kez daha buluşur. Öncesinde belirttikleri istekleri genişleten baronların sunduğu maddeler listesi, John tarafından kabul edilerek krallığın gücünü temsil eden mühür ile mühürlenir.⁴⁶ 15 Haziran tarihinde John ve baronlar genel kurul halinde görüşmek için yine bir araya gelir. Bu tarih, İngiltere'de Magna Carta'nın imzalandığı tarih olarak kabul edilmektedir. Ancak belgenin bu tarihte imzalandığını veya imzalanıp imzalanmadığını kanıtlayan bir delil günümüze ulaşmış değildir. Günümüze ulaşan verilerden elde edilen bilgilere göre bu tarihte mühürlendiği ve karşılıklı yemin edilerek yürürlüğe konulduğu tahmin edilmektedir.⁴⁷ 19 Haziran'da Runnymede'de yapılan bir başka görüşmenin ise törensel olduğu kabul edilmektedir. Baronların istekleri (*Articles of the Barons*) 10-19 Haziran arasında geçen süreçte değişikliğe uğramaya devam etmiş ve son halini almıştır.⁴⁸

III. MAGNA CARTA

John'un, baronların isteklerini mühürleyerek kabul etmesinin; kendisi, krallık ve baronlar için birtakım sonuçları olmuştur. Bu sonuçların hukuki ve siyasi niteliğini ortaya koyabilmek için Magna Carta'nın taraflarının ve içeriğinin incelenmesi gerekir. Ancak günümüzde geçerli hukuki işlem türleri ile Magna Carta'yı bir kategoriye koymak, onun amacı ve niteliği hakkında yanılgıya düşürebilir. Bu nedenle belgenin, isminde geçen Latince *Carta*, ya da İngilizce *Charter* olarak incelenmesi tercih edilmiştir.⁴⁹ Zira orijinal metinde de bu ifade kullanılmaktadır.

Charter'lar, Anglo-Sakson toplumunda hukuki belgeler olarak kabul edilir. Kralların, din adamlarının ve toplumda yaşayan kişilerin vasiyetname gibi çeşitli ilişkilerini konu edinen birçok versiyonu bulunmaktadır. Bu belgeler, döneme ilişkin araştırma yapılırken önemli bir birincil kaynak kabul edilmektedir.⁵⁰ Magna Carta da döneminin özellikleri hakkında fikir edinilmesini sağlayan yüzlerce Orta Çağ *Charter*'ından biridir.

10. yüzyıla gelindiğinde *Charter*'lar artık belirli bir formata oturmaya başlamıştır. Belgelerin iki tarafı vardır ve belirli birtakım hukuki ifadeleri içerirler. Örneğin kraliyet dönemi yılına göre tarihlendirilmiş, belirli bir üslup ile yazılmış ve sınır maddeleri konulmuştur.⁵¹ Magna Carta da kral ve baronlar olmak üzere iki tarafa sahiptir, baronların isteklerinin listelendiği taslağın belirli bir kraliyet üslubu ile yazılması ile şeklen *Charter*'a dönüşmüştür ve "25'lerin yargılaması" gibi baronlara önemli yetkiler veren bir güvence sistemine sahiptir.

Magna Carta, kabul edildiği 1215 tarihinden sonraki on yıl içinde üç önemli değişikliğe uğramıştır.⁵² Bu nedenle aşağıdaki bölümlerde Magna Carta'nın tarafları ve içeriğine dair inceleme yapılırken 1215, 1216 ve 1225 değişikliklerini içeren metin esas alınmıştır.

A. Taraflar: Aristokratlar ve Kral

Charter, Tanrı'nın lütfuyla Kral John'un başpiskoposlara, piskoposlara, başrahiplere (*abbots*), rahiplere (*priors*), kontlara (*earl*), baronlara, şeriflere (*sheriffs*) ve onların hizmetkarları ile tüm sadık tebaaya selam sunması ile başlar. Ardından *Charter*'da yer alan özgürlüklerin kutsal kilisenin yüceltilmesi ve krallığın reformu için, tarafların kendi isteği ile, İngiltere krallığında sonsuza kadar geçerli olmak üzere başpiskoposlara, piskoposlara, başrahiplere, rahiplere, kontlara, baronlara ve tüm krallığa verildiği ifadesi yer alır.⁵³ Metnin sonunda şahitlik eden kişilerin isim listesinde de lord, başpiskopos, piskopos, rahip, yargıç (*justiciar*), kont ve muhafız (*constable*) unvanları vardır.⁵⁴

Charter'da geçen baron ve kont gibi aristokratik unvanlar, Orta Çağ Avrupası'nda birçok yerde soyluluğu temsil eder. Ancak soyluluk ile neyin kastedildiği konusunda Orta Çağ boyunca tüm Avrupa için geçerli bir yargıda bulunmak pek mümkün görünmemektedir. Kimi zaman kimi yerlerde soyluluk ile ataları arasında köle olmayanlar kastedilirken kimi zaman da toprak sahibi senyörler kastedilmiştir.⁵⁵ Bu anlamda soylu olmak ve aristokrat olmak aynı anlama gelmez.

Orta Çağ Avrupa'sında toplumsal ve hukuki bir sınıf olarak aristokrasiye üye olabilmek için birtakım unvanlara sahip olunması gerektiği kabul edilir. Bu aristokratik unvanlar arasında hiyerarşi vardır ve her bir unvanın hem erkek hem de kadın versiyonu bulunur. Bunlar: imparator/imparatoriçe, kral/kraliçe, arşidük/arşidüşes, grandük/grandüşes, dük/düşes, prens/prenses, marki/markiz, kont/kontes,

⁴⁵ STARKEY, s.43.

⁴⁶ VINCENT, Nicholas: "Magna Carta: from King John to Western Liberty", in Goldman, Lawrence (ed.), Magna Carta: History, Context and Influence, University of London Press, London 2018, s.27; STARKEY, s.48-49.

⁴⁷ STARKEY, s.52; BREAY, s.38-39.

⁴⁸ STARKEY, s.54.

⁴⁹ "*Charter*" kelimesinin Türkçe araştırmalardaki yaygın kullanımının "şart" olduğu söylenebilir.

⁵⁰ The British Academy: "Anglo-Saxon Charters", <https://www.thebritishacademy.ac.uk/projects/academy-research-projects-anglo-saxon-charters/>, (Erişim: 15.10.2024).

⁵¹ SNOOK, Ben: The Anglo-Saxon Chancery: The History, Language and Production of Anglo-Saxon Charters from Alfred to Edgar, The Boydell Press, Suffolk 2015, s.4.

⁵² STARKEY, s.4-5.

⁵³ BREAY, s.49.

⁵⁴ STARKEY, s.251, 253.

⁵⁵ BLOCH, s.421-425.

vikont/vikontes, baron/barones, lord/leydi ve şövalyedir.⁵⁶ Ancak soyluluk her zaman bu unvanlara sahip olanların doğrudan hukuki anlamda soylu bir sınıfa ait olduğu anlamına gelmemiştir. Bu durum özellikle İngiltere’de, Avrupa’daki gelişiminden farklı bir şekilde seyretmiştir. Orta Çağ’ın başlarında veraset kurallarındaki belirsizlik gibi soyluluk kurallarında da belirsizlikler mevcuttur. Toplumsal bir sınıf olan soyluların hukuki anlamda soylular sınıfına dönüşmesi zaman içerisinde ortaya çıkan koşulların bir ürünüdür.⁵⁷

Geniş bir değerlendirme yapılacak olursa Orta Çağ’da soylu olabilmenin üç şartı olduğu söylenebilir. Bunlar; diğerlerine göre üstünlüğü teyit edip somutlaştıracak kendine özgü bir statüye sahip olmak, bazı istisnaları olmakla birlikte statünün kan bağı ile devam etmesi gerekliliği ve bu irsili kuralının mevcut hukuk düzeni tarafından tanınmasıdır.⁵⁸ Bu anlamda Magna Carta döneminde bu koşullar sağlanmadığı için soyluluk kurumunun varlığından bahsedilemeyeceği kabul edilmektedir. Hatta Bloch’un görüşüne göre soylular sınıfı, kelimenin Fransa ve Almanya gibi yerlerde kazandığı anlamı kapsayacak şekilde İngiltere’de hiçbir zaman doğmamıştır.⁵⁹ Ancak yinelemek gerekirse, soyluluk ve aristokratlık her ne kadar iç içe geçmiş kavramlarsa da aynı anlama gelmemektedir. İngiltere’de hukuksal anlamda bir soylular sınıfı olmasa da hiyerarşik toplumsal sınıflar vardır.⁶⁰ Birtakım egemenlik güçlerini elinde bulunduranların hiyerarşinin üst kısmında yer aldığı bu toplum yapısında, alt sınıfın kontrolü neredeyse tamamen bu üst sınıfın elindedir. 13. yüzyılda Magna Carta’nın başlattığı süreç içerisinde bu sınıf gitgide güçlenecek ve imtiyazlara sahip olmaya devam edecektir.

Orta Çağ İngiliz toplumunun kendine özgü yapısı ve kuralları dikkate alınarak Magna Carta’nın dili incelendiğinde belgenin kapsayıcılığı hakkında bir sonuca ulaşılabılır. Metinde her ne kadar “tüm krallık” ifadesi kullanılmış olsa da özgür adam ve soylu adam arasında hukuken farklılık bulunmayan; ancak yine de güçlü hiyerarşik yapıya sahip bir krallığın kastedildiği unutulmamalıdır. Bu anlamda Magna Carta’nın taraflarını aristokratlar ve kralın oluşturduğunu söylemek mümkündür.

B. İçeriği: Baronların İstekleri (Articles of the Barons)

1215 tarihinde Runnymede’de mühürlenен baronların istekleri, krallık bürosundaki (*royal chancery*) görevliler tarafından eklemeler ve düzeltmeler yapılarak 63 maddelik bir belgeye dönüştürülmüştür.⁶¹ Ancak *Charter*’ın kendisinde maddeler numaralandırılmış değildir ve metin kesintisiz devam eden cümlelerden oluşur.⁶²

Baronların isteklerinin gözden geçirildiği 1217 değişikliklerinde, kraliyet ormanlarını ilgilendiren maddeler metinden çıkarılmış ve Orman Şartı (*Charter of the Forest*) adı verilen yeni bir belgeye dönüştürülmüştür. Geri kalan kısmın Magna Carta olarak bilinmesi bu değişiklikten sonra olmuştur. Baronların “kadim özgürlüklerini” tanıyan maddelerin kaldığı metin, Latince tam adıyla *Magna Carta Libertatum* yani “Büyük Özgürlükler Fermanı” (*Great Charter of Freedoms*) olarak anılmaya başlamıştır.⁶³

Magna Carta’nın içeriğinde yer alan konu başlıkları şu şekilde sıralanabilir; kilise, miras paylaşımı, vergilendirme, seyahat kuralları, evlilik, borçların durumu, kraliyet tarafından istenen yardımlar, yargılama, köylülerden istenen birtakım kamu görevleri, kiralara, şövalyelerin durumu, şehir yapısı, Galliler ve din adamları ile ilgili düzenlemeler, ölçü birimleri, cezalar, ticaret ve orman kuralları ile 25’lerin yargılamasına ilişkin düzenlemeler.⁶⁴

25’lerin yargılaması (*judgement of the Twenty-Five*) usulü, baronlar için Magna Carta’nın uygulanmasında bir güvence (*forma securitatis*) olarak düzenlenmiştir.⁶⁵ Kral tarafından kabul edilen hususlar yerine getirilmez veya engellenirse; baronlar söz konusu güvence maddesini ileri sürerek krallığa karşı zor kullanabilecektir. Bu anlamda 25’lerin yargılaması usulü, İngiltere’de krala karşı sabit bir direniş örgütü oluşturulmasının ilk örneklerinden biri olarak da değerlendirilir.⁶⁶ Bu usule ilişkin düzenlemeler belgenin son kısımlarında; 52, 55, 61 ve 62. maddelerinde yer almaktadır.

52. maddeye göre; eğer bir kişi, “eşitlerinin yasal kararı” olmaksızın toprağından, kalesinden, özgürlüğünden ya da haklarından yoksun bırakılmışsa bu durum derhal düzeltilmelidir. İhtilaflı bir durum söz konusu ise 61. maddede detaylı bir şekilde düzenlenen 25’lerin yargılaması sonucu bir karar verilecektir.⁶⁷

⁵⁶ Nobility Titles: “Aristocratic Titles of Medieval Europe (Part 1)”, <https://nobilitytitles.net/aristocratic-titles-of-medieval-europe-part-1/>, (Erişim: 15.10.2024); Nobility Titles: “Aristocratic Titles of Medieval Europe (Part 2)”, <https://nobilitytitles.net/aristocratic-titles-of-medieval-europe-part-2/>, (Erişim: 15.10.2024).

⁵⁷ BLOCH, s.424 vd.

⁵⁸ BLOCH, s.417-418.

⁵⁹ BLOCH, s.485.

⁶⁰ Orta Çağ İngiltere’inde soyluluk ile ilgili olarak bkz. COSS, Peter: “Knights, Esquires and the Origins of Social Gradation in England”, *Transactions of the Royal Historical Society*, 5(1995), 1995, s.155-178.

⁶¹ BREAY, s.34.

⁶² BREAY, s.49.

⁶³ BREAY, s.44. JONES, Dan: *Magna Carta The Birth of Liberty*, Viking Yayınları, New York 2015, s.184.

⁶⁴ Magna Carta metni için bkz. BREAY, s.49-54.

⁶⁵ HOLT, J. C.: “The Making of Magna Carta”, *The English Historical Review*, 72(284), 1957, s.412.

⁶⁶ RUSSELL, Josiah Cox: “London and Thirteenth Century Anti-Royal Methods”, *The Southwestern Social Science Quarterly*, 12(2), 1931, s.156.

⁶⁷ Magna Carta madde 52: “To any man whom we have deprived or dispossessed of lands, castles, liberties, or rights, without the lawful judgement of his equals, we will at once restore these. In cases of dispute the matter shall be resolved by the judgement of the twenty-five barons referred to below in the clause for securing the peace.”

52. maddenin bir benzeri, baronlarla ilgili olarak 55. maddede düzenlenir. Maddenin dili “biz” öznesi kullanılarak yazılmıştır ve bu kelime ile belgeyi hazırlayan baronların kastedildiği söylenebilir. Buna göre baronlara yasalara aykırı olarak verilen tüm para cezaları kaldırılacak ya da yine 25’lerin yargılaması sonucu verilecek karara bırakılacaktır. Maddede baronlara bırakılmış geniş bir takdir alanı mevcuttur. Zira eğer yargılamada hazır bulunabilirse Canterbury Başpiskoposu Stephen Langton ve beraberinde getirmek istediği kişiler de yer alabilecek ve kararın oylamasına katılabilecektir.⁶⁸

Magna Carta’da 25’lerin yargılama alanına bırakılan konular düzenlendikten sonra 61. maddede bu usulün nasıl yürütüleceği detaylı bir şekilde açıklanır. 25’lerin yargılaması, Magna Carta’da kabul edilen düzenin bozulmaması için baronlara verilmiş bir güvencedir. Buna göre; baronlar kendi aralarından 25 kişi seçecek ve bu kişiler tüm güçleriyle, Magna Carta ile kabul edilen özgürlüklerin korunmasının sağlanması için görevlendirilecektir. Bu görevin yerine getirilmesinde uyulacak usule ilişkin madde metni, Türkçe’ye şu şekilde çevrilebilir:

“Eğer biz, başyargıcımız (*chief justice*), memurlarımız ya da hizmetkarlarımız herhangi bir kişiye karşı herhangi bir suç işlersek ya da barışın veya verilen bu güvencenin herhangi bir maddesini ihlal edersek ve bu suç, söz konusu yirmi beş barondan dördüne bildirilirse, bunu bildirmek ve derhal telafi edilmesini talep etmek için bize -ya da krallıkta bulunmadığımız zamanlarda başyargıca-geleceklerdir. Eğer biz ya da yurt dışında olmamız sebebiyle yokluğumuzda başyargıç, suçun bize ya da kendisine duyurulduğu günden itibaren kırk gün içinde herhangi bir telafide bulunmazsak veya bulunmazsa, dört baron konuyu yirmi beş baronun geri kalanına havale edecektir. Bu kişiler, karar verdikleri telafi sağlanana kadar, sadece kendimizden ve kralıçeden olanlar ile çocuklarımız hariç bırakılmak üzere; tüm ülke halkının desteğiyle, kalelerimizi, topraklarımızı, mülklerimiz ve herhangi bir şeyi ele geçirebilir ve saldırabilirler. Telafi sağladıktan sonra, bize olan normal itaatlerine devam edebilirler.”⁶⁹

Herhangi bir ihlalin ortaya çıkması halinde, 61. madde ile baronlara hem bu ihlal hakkında karar verecek hem de bu kararı infaz edecek bir yetki verilmiştir. Baronlara verilen bu yetkinin kapsamı, kullanılan “herhangi bir telafi”, “herhangi bir şeyi ele geçirebilir” ve “tüm ülke halkının desteğiyle” ifadelerinden de anlaşılacağı üzere oldukça geniş bir takdire bırakılmıştır. Ayrıca krallıkta isteyen herkes, baronların amaçlarına ulaşması için 25 baronun emirlerine uymaya ve gücünün sonuna kadar saldırmada onlara katılmaya yemin edebilecek ancak bu yemini etmeye zorlanamayacaktır.⁷⁰

25 barondan biri ölür, ülkeden ayrılır ya da herhangi bir şekilde görevini yerine getirmesi engellenirse, geri kalan baronlar kendi takdirlerine göre onun yerine başka birini seçecektir.⁷¹ Eğer 25 baron, yargılarına bırakılan bir konuda anlaşmazlığa düşerlerse mevcut bulunanların çoğunluğunun kararı dikkate alınacaktır.⁷² Baronlar, maddede belirtilen tüm bu kurallara uyacaklarına ve diğerlerinin de uymasını tüm güçlerini kullanarak sağlayacaklarına yemin edecektir.⁷³

Maddenin son fıkrasında baronlara verilen özgürlüklerin iptal edilemeyeceği ve azaltılamayacağına ilişkin hüküm yer alır. Bu kısmın, baronların aleyhine bir düzenlemenin yapılmaması için krala yönelik olarak düzenlendiği söylenebilir. Madde metni Türkçe’ye şu şekilde tercüme edilebilir:

“Hiç kimseden, kendi çabalarımızla ya da üçüncü bir tarafın çabalarıyla, bu imtiyazların veya özgürlüklerin herhangi bir kısmının iptal edilebileceği veya azaltılabileceği herhangi bir şey temin etmeye çalışmayacağız. Böyle bir şey temin edilirse, hükümsüz olacaktır ve hiçbir zaman kendimiz ya da üçüncü bir taraf aracılığıyla bundan yararlanmayacağız.”⁷⁴

Görüleceği üzere, Magna Carta’nın uygulanmasının koruyucusu 25 kişiden oluşan veya duruma göre başka kişilerin de eklenebildiği bir aristokratlar kuruludur. Bu kurulun amacı, kralın keyfi bir şekilde anlaşmadan caymasını önlemek; onu hukuki bir yaptırım sistemi ile bağlamaktır. Adeta sözleşmenin uyulmaması halinde cezai bir koşul olarak düzenlenen 25’lerin yargılaması, Magna Carta’da baskın tarafın baronlar olduğunu gösterir. Baronlar, zorla ve hukuka aykırı bir şekilde değil; tarafların karşılıklı anlaşması ve hukuki bir gerekçe ile amaçlarına ulaşmak istemektedir.

Magna Carta’nın öne çıkan maddelerinden bir diğeri, onun İngiltere’de insan haklarının gelişim sürecinde kilometre taşı olarak ele alınmasına sebep olan 39. maddesidir. 1628 Haklar Dilekçesi (*Petition of Rights*), 1679 Habeas Corpus Act, 1689 Haklar Bildirgesi (*Declaration of Rights*), 1701 Act of Settlement’in yer aldığı belgeler listesine giden sürecin genellikle Magna Carta ile başladığı kabul edilirken 39. madde özellikle vurgulanır.⁷⁵

39. madde hükmü şu şekildedir:

⁶⁸ Magna Carta madde 55: “All fines that have been given to us unjustly and against the law of the land, and all fines that we have exacted unjustly, shall be entirely remitted or the matter decided by a majority judgement of the twenty-five barons referred to below in the clause for securing the peace together with Stephen, archbishop of Canterbury, if he can be present and such others as he wishes to bring with him.”

⁶⁹ Magna Carta madde 61/3.

⁷⁰ Magna Carta madde 61/4.

⁷¹ Magna Carta, madde 61/5.

⁷² Magna Carta, madde 61/6.

⁷³ Magna Carta, madde 61/7.

⁷⁴ Magna Carta, madde 61/son.

⁷⁵ Bkz: AITKEN, Robert/AITKEN, Marilyn: “Magna Carta”, *Litigation*, 35(3), 2009, s.59; RADIN, Max: “The Myth of Magna Carta”, *Harvard Law Review*, 60(7), 1947, s.1060-1061.

“Kendi zümresinden olanlar ya da ülkenin ilgili yasalarına uygun olarak verilen bir karar olmadıkça hiçbir özgür kişi tutuklanamaz, hapse atılamaz, mal ve mülkü elinden alınamaz, sürgüne yollanamaz ya da herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılamaz.”⁷⁶

Bu madde, ilk bakışta, yasalara uygun olarak verilen bir karar olmadıkça kişilerin özgürlüğünden ve mallarından mahrum bırakılmasını engellediği için Habeas Corpus ile ilişkilendirilmiş ve özel bir anlam yüklenmiştir. Ancak bu maddenin tek başına Magna Carta’dan kopuk bir şekilde değerlendirilmemesi gerekir. Yukarıdaki bölümlerde detaylı bir şekilde incelendiği üzere; belgenin anlamlandırılmasında tarafların, içeriğin ve konulan güvencelerin yeri büyüktür. Madde, krallıkta yaşayan herkes için geçerli olmak üzere düzenlenmemiştir ve aslında John’un yozlaştırdığı düzenin öncesine dönüşü ifade etmektedir.

IV. MAGNA CARTA SONRASI İNGİLTERE: MONARKIN GÜCÜNDE KIRILMA

Magna Carta’nın mühürlendiğinin kabul edildiği Runnymede’deki toplantıda, kalan birtakım işlerin görüşülmesi için yeni bir tarih daha ayarlanmıştır. Buna göre 16 Temmuz günü taraflar, rahiplerle birlikte Oxford’da bir araya gelecektir. Ancak kararlaştırılan gün geldiğinde Kral John toplantıya katılmaz ve yerine yüksek rütbeli temsilcilerini gönderir. Temsilcilerin görevinin baronların isteklerini yerine getirmek ve karşılığında baronların yapması gereken şeyleri almak olduğunu söyler.⁷⁷ Baronlar ve kral arasındaki bu karşılıklılık esası, sonraki süreçte Magna Carta’nın devre dışı bırakılmasında önemli bir araç olarak kullanılacaktır.

Baronlar, Runnymede’de, tesis edilen barışın korunması için kaleler ve rehineler vermek dışında krala her türlü yardımda bulunacaklarına dair söz vermişlerdir. Ancak Oxford’da yapılan görüşmede krala bağlılıklarını teyit eden bir yemin etmeyi reddederler.⁷⁸ Bunun üzerine John, bir sonraki görüşmede temsilcileri aracılığıyla baronlara yeni bir mesaj iletir: Baronların isteği üzerine birçok şeyi onlara teslim ettiğini fakat karşılığında zarar görmek dışında herhangi bir şey elde edemediğini söyler ve kilise gücünün merkezi Roma’ya başvurur.⁷⁹ Bu şekilde III. Innocent bir kez daha devreye girer.

Magna Carta mühürlendikten sonraki gelişmelerden haberdar olan Papa III. Innocent, baronların kararlaştırılan şekilde kendi üzerine düşeni yapmamakta direnmelerini, kilise emirlerine de karşı geldikleri şeklinde yorumlar. Bunun üzerine “krallığın huzurunu bozan herkesi ve onların suç ortaklarını” aforoz eder ve mallarına kilisenin el koymasını emreder.⁸⁰ “En cesur insanları bile etkileyebilecek bir şiddet tehdidiyle” imzalandığı için Magna Carta’yı kınar.⁸¹ Belgenin geçerli olmaya devam etmesinin başta Haçlı Seferleri olmak üzere hem krallık hem de kilise bakımından çok kötü sonuçlar doğurabileceğini savunur. Bu nedenle Kral John, belgede verdiği sözü tutmamalıdır: Magna Carta’nın, kilise tarafından, sonsuza kadar hükümsüz ve geçersiz olduğuna karar verilir.⁸²

Kilisenin kralın yanında baronlara karşı durmasından sonra krallık iç savaşa sürüklenir. Baronlar, Magna Carta’nın 61. maddesinde yer alan 25’ler hükmüne dayanarak krallığın desteğini talep eder ve kalelere el koymaya çalışır. Bir kez daha John’u krallık tahtından indirip yerine başka birini getirmek isterler. Bu nedenle Fransa Kralı Philip Augustus’un oğlu Prens Louis’e başvururlar. Louis, baronların teklifini kabul eder.⁸³

Parası ve gücü tükenen John, Prens Louis’in de desteğinin alındığı iç savaşta kötü duruma düşer ve geri çekilmek zorunda kalır. Yaşanan gelişmeler sonucu Louis, 2 Haziran’da Londra’ya girmeyi başarır. Baronluk liderlerinin yönlendirmesi ile baronlar ve şehir sakinleri, Prens Louis’e kral olarak *homage* yemini ederler.⁸⁴

Kral John, 1216 yılının Ekim ayında, Prens Louis’den uzaktaki kalelere kaçarken dizanteriden ölür. Geride varis olarak kralın 9 yaşındaki oğlu Henry kalır. Henry’nin yaşının küçük olması ve krallığın içinde bulunduğu kötü durum nedeniyle krallığı yönetebilecek başka birine ihtiyaç vardır. Bu ihtiyacı karşılayan kişi; John’un sadık destekçisi, iyi bir asker ve siyasetçi olan Pembroke Kontu William Marshal olur. Krallık naipliği ve Henry’nin koruyuculuğu görevini üstlenir. Bu durum taç giyme töreni ile ilan olunur ve Henry de dönemin Papalık Elçisi Guala Bicchieri’ye *homage* töreni ile bağlılığını sergiler.⁸⁵

Tüm bunlar olurken Prens Louis, kendini Magna Carta’nın üzerinde gördüğünü yansıtan davranışlar sergilediği için baronların tepkisini çekmektedir. Buradaki boşluğu gören Kral Naibi ve Papalık Elçisi, iş birliği yaparak yeni bir planı yürürlüğe koyar. Magna Carta’dan kraliyet gücünün aleyhine olan maddeler çıkartılarak metin yeniden düzenlenir. Bu şekilde Kral Henry tarafından 12 Kasım 1216’da Magna Carta yeniden kabul edilir.⁸⁶

Marshal ve Guala’nın birlikte Louis’ye karşı hareket ettiği savaşın sonucunda Prens Louis ve baronlar mağlup olur. Louis, tahttaki hakkından feragat eder ve krallığa isyan edenlere bir daha asla yardım

⁷⁶ Magna Carta Türkçe versiyonu için bkz. İstanbul Barosu: “Magna Carta Libertatum”, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/magna2017-2.pdf>, (Erişim: 15.10.2024).

⁷⁷ STARKEY, s.80.

⁷⁸ STARKEY, s.81.

⁷⁹ HOLT, James Clarke: Magna Carta (Magna Carta), Cambridge University Press, Cambridge 1965, s.341; STARKEY, s.82.

⁸⁰ STARKEY, s.85-87.

⁸¹ STARKEY, s.91.

⁸² SMITH, Goldwin: A Constitutional and Legal History of England, Dorset Press, New York 1990, s.137-138. STARKEY, s.91.

⁸³ STARKEY, s.95-100.

⁸⁴ STARKEY, s.105.

⁸⁵ STARKEY, s.120.

⁸⁶ HOLT, Magna Carta, s.269 vd.

etmeyeceğine dair söz verir. Baronlar için ise genel af ilan edilir ve toprakları geri verilir. Bu şekilde baronların aristokratik değerlerini kaybetmeden affedilmeleri sağlanır.⁸⁷

Görüleceği üzere; günümüzde Magna Carta ismiyle anılan belgeye, aslında baronların hazırladığı bir metnin üzerinde yapılan değişiklikler sonucunda ulaşılmıştır. Başlangıçta baronların, önceki krallardan I. Henry'nin taç giyme töreni yeminini taslak olarak aldıkları bir belge söz konusudur. Sonrasında bu belge, baronların isteklerinin sıralandığı bir listeye dönüşmüş ve Kral John ile baronlar arasında yaşanan gelişmeler sonucunda birçok defa değişikliğe uğramıştır. Papalık tarafından hükümsüz ilan edilmiş, III. Henry tarafından 1225 yılında yapılan değişikliklerle yeniden ilan edilmiştir.⁸⁸

Magna Carta, günümüzde benimsenen insan hakları anlayışı ile incelenirse birçok yönden eleştiriye maruz kalacağı kesindir. Zira içeriğinde yer alan haklar ve bu hakların tanındığı kesimin sınırlılığı onu önemsiz kılmaktadır. Günümüzdeki insan hakları anlayışı, yüzyıllar süren siyasi gelişmelerin bir ürünüdür.⁸⁹ Magna Carta, böyle bir bakış açısı yerine, içerisinde bulunduğu dönemin koşulları ile birlikte ele alınırsa gerçek anlamına ulaşılması mümkündür.

Magna Carta'nın özellikleri ile ilgili olarak söylenebilecek ilk şey baronlar tarafından krala zorla kabul ettirildiğidir. Runnymede'de yapılan görüşmeler ve John'un tüm süreç boyunca gösterdiği tavırları bu durumu kanıtlar niteliktedir. Bu nedenle belge, kralın kendi başına karar alıp tanıdığı bir haklar listesi değildir. Sonrasında değişikliğe uğrasa da baronların hazırladığı ve kralın mühürleyerek kabul ettiği bir *Charter*'dir. Bu anlamda kral ile baronlar, Magna Carta'nın eşit tarafları görünümündedir. Metin incelendiğinde görüleceği üzere; her iki taraf da anlaşmaya uymakla yükümlüdür. Bunun güvencesini sağlayan yine baronlar (25'ler yargılaması) olarak düzenlendiği dikkate alınırsa baronların krala göre güçlü bir konumda olduğu dahi söylenebilir.

Magna Carta'nın içeriğindeki konular, krallıkta yaşayan herkes bakımından geçerli olacak şekilde düzenlenmemiştir. İngiltere, o dönemde hiyerarşik bir toplumsal sınıf yapısına sahiptir ve belge, hiyerarşik olarak üstte olan kesimi koruyacak şekilde dizayn edilmiştir. En başta yapılmasının amacı da budur. Krallıktaki herkesin çabasının bir ürünü değildir; baronların ve hatta belirli birkaç baronun başarısıdır.

Baronların motivasyonu feodal geleneklere dayanmaktadır. Baronlar, John'dan önceki krallık dönemlerinden beri süregelen “kadim haklarını ve özgürlüklerini” korumak ve güvence altına almak istemektedir. Baronların talep ettiği bu hakların ve özgürlüklerin neler olduğunu net bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Ancak kralın birtakım yetkilerini kullanmasında baronların da payının olması anlayışını içerdiği kesindir. Baronların savunduğu bu anlayış, aristokratik değerlerinin ve ayrıcalıklarının özünü oluşturmaktadır. İngiltere ile özdeşleşen parlamenter sistemin kökenleri Magna Carta'ya dayandırılırken de bu durum ileri sürülür. Baronların, kralın danıştığı ve karar vermesinde etki doğurabilecek güce sahip bir kurula dönüştüğü ifade edilir.⁹⁰ Bu konuda farklı görüşler de mevcuttur. Örneğin Turner'a göre “danışmak” anlamına gelen “*counsel*” (Latince *consilium*) kelimesi ile “kurul” anlamına gelen “*council*” (Latince *concilium*) kelimesi karıştırılmaktadır. I. Henry'nin taç giyme töreni belgesinde baronlara tanıdığı hak, bir eylem olarak danışmaktır. Ancak kurul veya meclis olarak baronların varlığını kabul etmek anlamına gelmez.⁹¹

Tarihsel arka plan incelendiğinde görüleceği üzere; Magna Carta, John'un ve ondan önce gelenlerin kötü yönetimine karşı gelişen bir sürecin sonucunda elde edilmiştir. Öncesinde işleyen belirli bir düzen vardır ve John'un krallık döneminde bu düzen iyice yozlaşmış haldedir. Öyle ki, John'un yönetimi, dönemi inceleyen kimi yazarlar açısından bir tür “anlaşılmamış mutlakiyetçilik”, “otoriter monarşi” veya “tiranlık” olarak değerlendirilmektedir.⁹² Hatta baronlara göre de adaletsiz ve keyfidir.⁹³ Böyle değerlendirilmesini etkileyen temel birkaç unsurun varlığından söz etmek mümkündür. Öncelikle John, keyfi bir şekilde ağır vergiler koymaktadır. İkinci olarak kendi yetkisinin sorumluluğunu halka değil, yalnızca Tanrı'ya karşı gören bir anlayışla hareket etmektedir. Son olarak krallık yetkisini Papa'nın yetkisinden üstün görmektedir. John'un bu anlayışı, krallık tarihinde ilk defa onunla birlikte ortaya çıkmamıştır. Ondandır ki süreçte gelişen ve iktidar meşruiyetini Tanrı'ya dayandıran anlayışın bir devamını temsil etmektedir. Bu anlayışın temel bir diğer özelliği kralın yetkisini kötüye kullanması, yani halkın yararını gözetmemesi ve kurallara göre hareket etmemesi halinde monarşisinin tiranlığa dönüşeceğidir.⁹⁴ Bu anlamda John'un feodal krallığı tiranlığa dönüşmüş ve halkın tepkisini çekmiştir.

Kralın keyfi davranışları, baronların tepkisini çekmesinin ilk sebebidir. Çıkarları zedelenen baronlar, keyfiliğin önüne geçmekteki çözümü, kralı bağlayan bir hukukun yaratılmasında bulmuştur. Magna Carta

⁸⁷ STARKEY, s.134.

⁸⁸ STARKEY, s.139-144.

⁸⁹ Bkz: ALGAN, Bülent: İnsan Hakları: Kavramsal ve Kuramsal Çerçeve, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s.32-35.

⁹⁰ LOUGLIN, Martin: Kamu Hukukunun Temelleri, Çev. Dilşad Çiğdem Sever/Kıvılcım Turanlı, Dipnot Yayınları, Ankara 2017, s.209-214; SOYSAL, Mümtaz: Anayasaya Giriş, İmge Kitabevi, Ankara 2011, s.52-53; SENCER, Muzaffer: “İnsan Hakları Açısından İngiliz Devrimi”, Amme İdaresi Dergisi, 23(2), 1990, s.4-5.

⁹¹ TURNER, Ralph V.: “King John's Concept of Royal Authority”, History of Political Thought, 17(2), 1996, s.166.

⁹² TURNER, s.157-158.

⁹³ STARKEY, s.20.

⁹⁴ Tiranlık kelimesi genellikle baskıcı yönetimleri ifade etmek için kullanılır. DONALD, James: Chambers's Etymological Dictionary of the English Language, W. and R. Chambers, Edinburgh 1874, s.538. Antik Yunan polislerine dayanan anlayışa göre bir kralın iki şekilde tiran olabilmesi mümkündür. İlk olarak yönetimi zorla ele geçiren kişiler tirandır; ikinci olarak da mevcut kurallara ve kurumlara aykırı hareket eden krallar tirana dönüşür. ARİSTOTELES: Politika, Çev. Furkan Akderin, Say Yayınları, İstanbul 2022, s.189. John için belki de iki durum da geçerlidir; zira ona karşı hem veraset itirazı hem de zorbalık iddiası mevcuttur.

her ne kadar kısa bir süre için yürürlükte kalabilse de kralın gücünü ciddi bir şekilde sınırlamıştır. Bu anlamda monarkın gücünde kırılmaya sebep olmuştur.

Magna Carta'nın kabul edildiği süreç boyunca dönemin en önemli dinamiklerinden biri olan dine değinilmesinde de fayda vardır. Papa ve John arasında yaşanan gergin olaylar ve sonrasında bunun değişmesinde görüleceği üzere kilise de kendi çıkarlarını koruyan bir anlayışa sahiptir.⁹⁵ Kilise, en başta hukuken olmak üzere, dünyevi iktidardan bağımsızlığını korumak için kimi zaman kralın, kimi zaman baronların, kimi zaman ise halkın yanında yer alan bir tavır çizmektedir. Bu durum, Avrupa siyasi tarihi boyunca birçok kez tekrarlanacak ve modern devlet anlayışının gelişme sürecinde önemli bir yere sahip olacaktır.⁹⁶

Magna Carta'nın konusunu, o dönemde geçerli ve baronlarla ilgili olan *common law* kuralları oluşturur. Kralın bu kuralları kabul etmesi bir yasalastırma hareketidir.⁹⁷ Baronların geleneksel olarak sahip oldukları haklar yazılı bir belgeye dönüştürülmüştür. Belgenin altında kralın onayının olması, *common law* kurallarının tanınmasını ve korunmasını garanti altına almıştır. Ancak bu kurallar toplumun her kesimini değil, yalnızca baronları ilgilendirmektedir. McIlwain'in ifadesiyle: "(Magna Carta) ...bir "özgürlükler fermanı" (*carta libertatum*) değil ama "özgürlük fermanıdır" (*carta libertatis*)".⁹⁸ Bir insan hakları belgesi olarak Magna Carta'yı bir "kilometre taşı" olmaksızın "söylence" olmaya iten en önemli özelliklerinden biri de budur. Sonraki tarihlerde Magna Carta'da tanınan hakların öznesi feodal beyler olmaktan çıkacak ve söz konusu haklar sınıf farkı olmadan geçerli hale gelecektir. Bu nedenle insan haklarının pozitif hukuka yansıyan kökenlerini 1215 gibi erken bir tarihe çekmek mümkün değildir. Tarihsel süreçte bir başlangıç noktası işaretlenecekse, insan haklarının en azından ayırt edici temel ilke ve kavramlarının da izine rastlanması gerekir.

Araştırmada Magna Carta'nın insan hakları hukuku ve teorisi bakımından bir değerlendirilmesi yapıldığı için belgenin anayasa hukuku bakımından detaylı bir analizine yer verilmemiştir. Ancak yine de yapılan değerlendirmenin eksik kalmaması için Magna Carta'nın bir anayasal gelişme olarak anlamına değinmek gerekir. Magna Carta'nın bir insan hakları belgesi olarak özellikleri, onun hukukun diğer alanlarındaki önemini dışlamaz. Magna Carta, bir kanunlaştırma hareketi olarak anayasacılığın gelişmesinde önemli bir adım olarak kabul edilmektedir. Özellikle devletin negatif bir tutum takınarak bireylerin haklarına müdahale etmemesi anlamına gelen klasik anayasacılık düşüncesinin yansımalarını bulmak mümkündür. Klasik anayasacılık anlayışına göre anayasanın amacı, siyasi iktidarın kullanılmasının sınırlanması ve denetlenmesinin sağlanmasıdır.⁹⁹ Bu anlayış çerçevesinde Magna Carta değerlendirildiğinde şöyle bir sonuç ortaya çıkar: Baronlar, "kadim özgürlüklerini" daha önceki uygulamalara dayandırarak geleneksel kuralları yazılı kurallara dönüştürmüştür. Kralı bağlayan hukuki bir belgenin kabul edilmesi sağlanarak feodalitede birbirine bağlı adamların en tepesinde bulunan kralın iktidarı sınırlandırılmıştır. Ayrıca 25'lerin yargılaması usulü gibi bir güvence getirilerek bu sınırlamanın denetlenmesi de sağlanmaktadır. Bu anlamda toplumsal yaşamın bir kısmı için de olsa kralın iktidarından kaynaklanacak müdahalelerin önlenmesinin amaçlandığı ve Magna Carta'nın bu yönüyle anayasal bir niteliğe sahip olduğu söylenebilir.¹⁰⁰

Magna Carta'nın anayasacılık bakımından önemini vurgulayan kısımlarından biri olarak 61/3. maddesi gösterilebilir. Buna göre: "(25'lerin karar verdiği) telafi sağlanana kadar, ...tüm ülke halkının desteğiyle, (25 baron birlikte) kalelerimizi, topraklarımızı, mülklerimizi ve herhangi bir şeyi ele geçirebilir ve saldırabilirler. Telafiyi sağladıktan sonra, bize olan normal itaatlerine devam edebilirler." Görüleceği üzere burada "direnme hakkının" bir görünümü söz konusudur. Magna Carta'da sağlanan güvence ihlal edildiği takdirde 25 baronun, ihlalin telafisi sağlanana kadar kralın yönetimini ele geçirme hakkı vardır.¹⁰¹ Direnme hakkı, devletin kökeni ve iktidarın meşruluğu konusunda kabul gören en önemli teorilerden biri olan toplumsal sözleşme teorisinin temel kavramlarından biridir.¹⁰² Kral, Magna Carta'nın kurduğu hukuka aykırı davranamaz. Bu anlamda Magna Carta'nın getirdiği usulî güvenceler anayasacılığın gelişiminde önemli bir adım olarak kabul edilebilir.¹⁰³ Hatta bazı yazarlar Magna Carta'ya "özgürlükler fermanı" yerine "özgürlükler anayasası" (*constitucion libertatis*) demeyi daha uygun görmektedir.¹⁰⁴

⁹⁵ NEDERMAN, Cary J.: "The Liberty of the Church and the Road to Runnymede: John of Salisbury and the Intellectual Foundations of the Magna Carta", PS: Political Science and Politics, 43(3), 2010, s.457.

⁹⁶ AMBLER, S. T.: "The Church and Magna Carta in the Thirteenth Century", in Goldman, Lawrence (ed.), Magna Carta: History, Context and Influence, University of London Press, London 2018, s.49 vd. STOEL, Caroline B./CLARKE, Ann B.: Magna Carta Liberty Under the Law, Magna Carta in Amerika ve Graphic Arts Center ortak yayını, Portland 1986, s.20.

⁹⁷ MCILWAIN, Charles Howard: "Magna Carta and Common Law", in Malden, Henry Elliot (ed.), Magna Carta Commemoration Essays, Royal Historical Society, London 1917, s.137.

⁹⁸ MCILWAIN, Magna Carta.171.

⁹⁹ SARTORI, Giovanni: Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme, Çev. Ergun Özbudun, Yetki Yayınları, Ankara 1997, s.253.

¹⁰⁰ LYON, Ann: Constitutional History of the United Kingdom, Cavendish Yayınları, Londra 2003, s.39-40.

¹⁰¹ Benzer bir amaca yaklaşık 750 yıl sonra Türkiye Cumhuriyeti'nin 1961 Anayasası'nın Başlangıç kısmında da rastlamak mümkündür. Anayasayı yapanlar, "...hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak" bir eylem gerçekleştirmiş ve yeni Anayasayı kabul etmişlerdir.

¹⁰² Detaylı bilgi için bkz: OKANDAN, Recai G.: Devletin Menşei, Kenan Matbaası 1945, s. 64-109. Özellikle Locke'un toplumsal sözleşme teorisinde yer alan "direnme hakkı" ve Magna Carta ilişkisi, yüzyıllar sonra İngiliz topraklarını aşarak Amerika'da da etkili olacaktır. DEVINE, Donald J.: The Enduring Tension Capitalism and the Moral Order, Encounter Books, New York 2021, s.218-219. SIEGAN, Bernard H.: Property Rights From Magna Carta to the Fourteenth Amendment, Transaction Publishers, New Brunswick 2001, s. 57.

¹⁰³ MCILWAIN, Charles Howard: Constitutionalism Ancient and Modern, Cornell University Press, New York 1947, s.96.

¹⁰⁴ MCILWAIN, Constitutionalism, s.24.

Magna Carta ile krala karşı birtakım isteklerin zorla kabul ettirilebileceği görülmüştür. Bu fikrin, belgenin günümüzdeki ününe kavuşmasının en önemli sebeplerinden biri olduğu söylenebilir. Magna Carta, İngiltere siyasal yaşamında sadece kralın sınırlandırılabilmesinin değil, aynı zamanda yönetim içerisinde güçlenen ve keyfine göre davranan kesimlerin de önüne geçebilmek için bir sembol olarak kullanılmıştır.¹⁰⁵ Bu anlamda 16-17. yüzyıllarda hükümdara karşı, sonrasındaki süreçte ise güçlenen parlamentoya karşı ileri sürülen sınırlandırma taleplerinde atıf yapılan bir belge olmuştur.¹⁰⁶ İngiltere tarihinde hukukun üstünlüğünün savunulmasının ve keyfiliğin önlenmesinin bir aracı haline gelmiştir.¹⁰⁷

V. SONUÇ

Magna Carta, yüzyıllar süren akınların ve göçlerin şekil verdiği Orta Çağ İngiltere’inde yazılmış bir belgedir. Bu nedenle en başta, ortaya çıktığı düzenin özelliklerini yansıtır. Her ne kadar mevcut düzenin değişmesi amacını taşısa da; kendi döneminde geçerli bir hukuki belge türünün niteliğine de sahiptir. Bu anlamda şekli unsurları ile matbu bir *Charter*’dır; ancak tarafları ve içeriği bakımından sıradan bir *Charter*’dan, bir hak tanıma belgesinden ayrılır. Bunu ortaya koyan ise ortaya çıkış sürecidir.

Kral John’dan önceki dönemde, I. ve II. Henry’nin oturtmaya çalıştığı idari ve hukuki bir düzen, Aslan Yürekli Richard’ın zenginleştirmeye çalıştığı bir krallık vardır. Avrupa toplumlarının genelinde, karmaşık evlilik ve kilise bağlarıyla inşa edilmiş bir tabiiyetler düzeni söz konusudur. Kral John tahta geldiğinde ise İngiliz toplumundaki düzenin çatırdamaya başladığı görülür. Ağır ve keyfi vergilendirmeler başta olmak üzere John’a kin duyulacak birçok etken söz konusudur. Yaşanan olaylar sonucu birtakım güçlü baronlar, krala karşı isyan ederek birleşecek ve en sonunda Magna Carta’nın kabul edilmesini sağlayacaktır.

Magna Carta, baronlar ve kral arasında yapılmış bir *Charter*’dır. Taslağının ilk isminin de ortaya koyduğu üzere; baronların istekleri (*Articles of the Barons*) temelinde düzenlenmiştir. Bu anlamda belgenin amacı kralın, toplumdaki tüm sınıflara belirli hakları tanınması değildir. Nasıl ki Orta Çağ’da siyasal ideolojilerin varlığından söz edilemiyorsa insan hakları anlayışından da bahsedilemez. Bunun bir diğer örneği, baronların krala karşı direnmelerinde yardım için Fransa Kralı’na başvurmasıdır. Toplumun zihninde milliyetçilik ya da ulus bilinci gibi bir düşünce söz konusu değildir.¹⁰⁸ Bu fikirler, Magna Carta’dan çok sonraki dönemlerde ortaya çıkmış ve yerleşmiş fikir akımlarıdır.

Magna Carta’da, insan hakları fikrinin başlangıcına giden süreç incelenecekse; zaten o kavramın tam olarak gerçekleşmediği söylenmiş olur. Zira kavram henüz ortaya çıkma yolundadır; kabul edilen anlamına ulaşmamıştır. Bu anlamda Magna Carta günümüzde kabul edilen insan hakları anlayışını elbette yansıtmaz. Kendi dönemine göre belki de hukukun gelişimi anlamında bir gerileyiştir. Zira pratik anlamıyla hiyerarşik olarak üstte olan toplumsal bir sınıfı, aristokratları güçlendiren bir belgedir.

Araştırmanın başlığında “1215 Söylencesi” kavramının tercih edilmesinin sebebi de Magna Carta’nın tüm bu özelliklerinin değerlendirilmesinin bir sonucudur. Böyle bir tercihin yapılmasında Benno Teschke’nin “1648 Söylencesi” adlı eserinden esinlenilmiştir. Teschke, eserinde uluslararası ilişkiler ve modern devlet bakımından bir kırılma noktası olarak görülen Westphalia Barışı’nı inceler. Modern devletin gelişimi konusunda Westphalia’nın gerçekten de üzerine atfedilen değeri taşıyıp taşımadığını sorgular. Zira Westphalia ile ondan önceki feodal düzenin ortadan kalktığı, yeni bir uluslararası düzen kurularak egemen devletlerin eşitliği ilkesinin benimsendiği genel bir kabuldür. Ancak Teschke’ye göre Westphalia Barışı, tek başına böyle bir değişimin miladı olacak niteliklere sahip değildir.¹⁰⁹ Bu nedenle Teschke, modern devletler düzeninin kurulmasını 19. yüzyıla öter.¹¹⁰

Benzer bir durum belki de Magna Carta için söz konusudur; insan haklarının günümüzdeki anlamından geriye bakıldığında Magna Carta da Westphalia Barışı gibi bir söylenece olarak ele alınabilir. Magna Carta, ortaya çıktıktan sonra mevcut insan hakları anlayışını yıkarak yenisini tesis etmemiştir.

¹⁰⁵ REYNOLDS, Susan: “Magna Carta in its European Context”, *History*, 1(5), 2016, s.660.

¹⁰⁶ MUSSON, Anthony: *Medieval Law in Context The Growth of Legal Consciousness from Magna Carta to the Peasants’ Revolt*, Manchester University Press, Manchester 2001, s.164, 225.

¹⁰⁷ RADIN, s.1076 vd. 17. yüzyılda Sir Edward Coke’un Magna Carta’yı yeniden gündeme getirmesi ile ilgili olarak bkz. GARNETT, George: “Sir Edward Coke’s Resurrection of Magna Carta”, in Goldman, Lawrence (ed.), *Magna Carta: History, Context And Influence*, University of London Press, London 2018, s.51-60.

¹⁰⁸ Erözden, dönemin bu anlayışını şöyle tespit eder: “O dönemde, siyasi değerler de günümüzden oldukça farklı. Örneğin, şövalyelerden hiçbiri “vatan uğruna” savaşmayı ve bu uğurda gerekirse canını vermeyi aklına getirmemekte. Çünkü, vatan, bırakın uğrunda can verilecek bir değer olmayı, henüz bir kavram olarak bile şekillenmiş değil. Vatan deyince akla gelen, en iyi ihtimalle, Hristiyanların gökleri ülkesindeki vatani.” ERÖZDEN, Ozan: *Nasyonalizm (Ulusçuluk)*, BDS Yayınları, İstanbul 1996, s.14.

¹⁰⁹ Teschke’ye göre Westphalia’nın uluslararası ilişkiler bakımından önemi bir gizemdir. Teschke bu gizemi çözdüğünde şu sonuçlara ulaşır: Otuz Yıl Savaşları ve Seksen Yıl Savaşları sonunda 1648 yılında imzalanan antlaşmaları ifade eden Westphalia Barışı, görünüşü itibarıyla moderndir ancak maddi içeriğiyle ondan önceki dönemin, yani Orta Çağ feodal düzeninin “sürekliliğini ele vermektedir”. Bunun başlıca sebepleri ise egemen devletlerin eşitliğinin sağlanmamış olması, mülkiyete dayalı krallıkların ve hanedanlık uygulamalarının devam etmesidir. TESCHKE, Benno: *1648 Söylencesi Sınıf, Jeopolitik ve Modern Uluslararası İlişkilerin Kuruluşu*, Can Sanat Yayınları, Ağustos 2017, s.319.

¹¹⁰ Teschke’nin ifadesiyle: “...mülkiyete dayalı krallık, erken modern jeopolitiğin uzamsal kurulumu üzerine oldukça farklı bir sınır mantığı dayatıyordu. Sınırsallık, toprak birikimi ve el değişimi ile ilgili özel hanedanlık pratiklerinin bir parçası olarak kalmakla devlet ve topraklar arasındaki bir genelleyici kimlik ve değişmezliği destekliyordu. Mutlaki egemenlik aksadığı ve feodal ve mülkiyete dayalı uygulamalar varlığını koruduğu için, toprak sınırları ayrıcalıksız olmayı ve idari yönden bir örnek olmamayı sürdürüyordu. Erken modern egemen oyuncuların çeşitliliği -kalıtlı ve seçimli monarşiler, ticaret cumhuriyetleri, konfederasyonlar, aristokrat cumhuriyetleri, anayasal monarşi, kentler, malikane devletleri- eşitliği şöyle dursun, işlevsel benzerliği bile olanaksızlaştırıyordu. Bunun sonucu olarak, dışlayıcı sınırsallığa dayalı, kişisel olmayan bir devletin yönettiği modern devletler düzeninin kurulması on dokuzuncu yüzyıla ötelenmek zorundadır.” TESCHKE, s.330.

Günümüzde devletlerin uluslararası hukukta sorumlu tutulduğu ve pozitif hukukta yerini bulan bir avuç insan hakkı vardır. İnsan hakları birbirleriyle ilişkili, bağlantılı ve tamamlayıcı niteliğe sahip olduğundan bu hakların birkaçının kökeni Magna Carta’da bulunabilir. Ancak Magna Carta’nın amacı toplumun her bireyini eşit kabul ederek onların temel haklarını tanımak ve koruma altına almak değildir. Magna Carta, içeriği nedeniyle bir insan hakları belgesi olarak nitelendirilebilse bile insan hakları hukukunun temel ilkelerini asgari düzeyde dahi karşılamamaktadır. Bu nedenle insan haklarının düşünsel kökenleri milattan önceye dayandırılabilir de yerleşmiş anlamıyla pozitif hukuka girişinin II. Dünya Savaşı’ndan sonraki süreçte, 20. yüzyıla ötelenmesi gerekir.

Magna Carta’nın bir insan hakları belgesi olarak özellikleri, onun hukukun üstünlüğü konusunda bir sembol haline geldiğinin inkar edilmesini gerektirmez. Kralın baronlara verdiği imtiyaz, o dönemde geçerli olan ve kökeni uzun yıllara dayanan *common law* kurallarının yasalaştırılması anlamına da gelir. Bu bakımdan Magna Carta’nın kabulü bir kanunlaştırma hareketidir. Uzun yıllardır uygulanagelen örf adet kurallarının yazılı bir belgeye dönüştürülmesidir. Bu belgenin bir tarafının kral olması ve onun bakımından bağlayıcı temel bir yasa niteliğini alması, özellikle klasik (negatif) anayasacılık düşüncesi bakımından önemlidir. Zira bu şekilde kralın, baronların kabul edilen haklarına dokunmaması, bu hakları ihlal etmemesi sağlanmaktadır. Tarihin ilerleyen dönemlerinde siyasi rejimde yaşanan değişimlerde Magna Carta’da verilen söz, sadece krallık yönetimlerine karşı değil; aynı zamanda güçlü parlamento yönetimlerine karşı da ileri sürülmüştür.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali/KÖKER, Levent: İmparatorluktan Tanrı Devletine, İmge Kitabevi, Ankara 2020.
- AITKEN, Robert/AITKEN, Marilyn: “Magna Carta”, *Litigation*, 35(3), 2009, s.59-62.
- AKAD, Mehmet/VURAL DİNÇKOL, Bihterin/BULUT, Nihat: Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2023.
- ALGAN, Bülent: İnsan Hakları: Kavramsal ve Kuramsal Çerçeve, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- AMBLER, S. T.: “The Church and Magna Carta in the Thirteenth Century”, in Goldman, Lawrence (ed.), *Magna Carta: History, Context and Influence*, University of London Press, London 2018, s.41-50.
- ARISTOTELES: Politika, Çev. Furkan Akderin, Say Yayınları, İstanbul 2022.
- BALDWIN, John: “Master Stephen Langton, Future Archbishop of Canterbury: The Paris Schools and Magna Carta”, *The English Historical Review*, 123(503), 2008, s.811-846.
- BEDE: A History of the English Church and People, Penguin Books, Edinburgh 1964.
- BLACK, Jeremy: İngiltere Tarihi, Çev. Aytaç Yıldız, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2020.
- BLOCH, Marc: Feodal Toplum, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2021.
- BREAY, Claire: Magna Carta: Manuscripts and Myths, The British Library, London 2010.
- CAESAR, Gaius Iulius: Notlar: Galya Savaşı Üzerine, Çev. Samet Özgüler, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2022.
- CARPENTER, David A.: “Archbishop Langton and Magna Carta: His Contribution, His Doubts and His Hypocrisy”, *The English Historical Review*, 126(522), 2011, s.1041-1065.
- COMPTON, Thomas K.: “The Murderers of Thomas Becket”, *The Historian*, 35(2), 1973, s.238-255.
- CORFE, Tom: Archbishop Thomas and King Henry II, Cambridge University Press, Cambridge 1975.
- COSS, Peter: “Knights, Esquires and the Origins of Social Gradation in England”, *Transactions of the Royal Historical Society*, 5(1995), 1995, s.155-178.
- DEVINE, Donald J.: The Enduring Tension Capitalism and the Moral Order, Encounter Books, New York 2021.
- Dictionary: “Homage”, <https://www.dictionary.com/browse/homage>, (Erişim: 15.10.2024).
- DONALD, James: Chambers’s Etymological Dictionary of the English Language, W. and R. Chambers, Edinburgh 1874.
- EMERSON, Oliver Farrer: The History of English Language, Macmillan & Co. Ltd., New York 1910.
- ERÖZDEN, Ozan: Nasyonalizm (Ulusçuluk), BDS Yayınları, İstanbul 1996.
- FLEMING, Robin: Britain After Rome: The Fall and Rise 400-1070, Penguin Books, London 2011.
- GARNETT, George: “Sir Edward Coke’s Resurrection of Magna Carta”, in Goldman, Lawrence (ed.), *Magna Carta: History, Context And Influence*, University of London Press, London 2018, s.51-60.
- GREEN, Judith: “King Henry I and Northern England”, *Transactions of the Royal Historical Society*, 17(2007), 2007, s.35-55.
- HIBBERT, Christopher: Çağdaş İngiliz Krallığı, Staples Printers Ltd, St Albans 1971.
- Historic UK: “Archbishops of Canterbury”, <https://www.historic-uk.com/HistoryUK/HistoryofEngland/Archbishops-of-Canterbury/>, (Erişim: 15.10.2024).
- Historic UK: “Robin Hood”, <https://ingiltere.historic-uk.com/HistoryUK/HistoryofEngland/Robin-Hood/>, (Erişim: 15.10.2024).
- HOLT, James Clarke: Magna Carta, Cambridge University Press, Cambridge 1965.
- HOLT, James Clarke: “The Making of Magna Carta”, *The English Historical Review*, 72(284), 1957, s.401-422.
- İstanbul Barosu: “Magna Carta Libertatum”, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/magna2017-2.pdf>, (Erişim: 15.10.2024).
- JENKINS, Simon: İngiltere’nin Kısa Tarihi, Çev. Uygur Kocabaşoğlu, İletişim Yayınları, İstanbul 2020.
- JONES, Dan: Magna Carta The Birth of Liberty, Viking Yayınları, New York 2015.
- KARAİMAMOĞLU, Tolgahan: “Norman Fethi’nden Magna Carta’ya: İngiltere’de Kralların Ölümünün Siyasi Sonuçları”, *Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(3), 2022, s.113-124.
- LOUGLIN, Martin: Kamu Hukukunun Temelleri, Çev. Dilşad Çiğdem Sever/Kıvılcım Turanlı, Dipnot Yayınları, Ankara 2017.
- LYON, Ann: Constitutional History of the United Kingdom, Cavendish Yayınları, Londra 2003.
- MCILWAIN, Charles Howard: Constitutionalism Ancient and Modern, Cornell University Press, New York 1947.
- MCILWAIN, Charles Howard: “Magna Carta and Common Law”, in Malden, Henry Elliot (ed.), *Magna Carta Commemoration Essays*, Royal Historical Society, London 1917.
- Merriam-Webster Dictionary: “Homage”, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/homage#dictionary-entry-1>, (Erişim: 15.10.2024).
- MOOERS, Stephanie L.: “A Reevaluation of Royal Justice under Henry I of England”, *The American Historical Review*, 93(2), 1988, s.340-358.
- MUSSON, Anthony: Medieval Law in Context The Growth of Legal Consciousness from Magna Carta to the Peasants’ Revolt,

- Manchester University Press, Manchester 2001.
- NEDERMAN, Cary J.: “The Liberty of the Church and the Road to Runnymede: John of Salisbury and the Intellectual Foundations of the Magna Carta”, PS: Political Science and Politics, 43(3), 2010, s.456-461.
- Nobility Titles: “Aristocratic Titles of Medieval Europe (Part 1)”, <https://nobilitytitles.net/aristocratic-titles-of-medieval-europe-part-1/>, (Erişim: 15.10.2024)
- Nobility Titles: “Aristocratic Titles of Medieval Europe (Part 2)”, <https://nobilitytitles.net/aristocratic-titles-of-medieval-europe-part-2/>, (Erişim: 15.10.2024).
- NORGATE, Kate: Richard the Lion Heart, Macmillan and Co., London 1924.
- OKANDAN, Recai G.: Devletin Menşei, Kenan Matbaası, İstanbul 1945.
- RADIN, Max: “The Myth of Magna Carta”, Harvard Law Review, 60(7), 1947, s.1060-1091.
- REYNOLDS, Susan: “Magna Carta in its European Context”, History, 1(5), 2016, s.659-670.
- RUSSELL, Josiah Cox: “London and Thirteenth Century Anti-Royal Methods”, The Southwestern Social Science Quarterly, 12(2), 1931, s.156-167.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- SALZMAN, Louis Francis: Henry II, Constable and Company, London 1917.
- SARTORI, Giovanni: Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme, Çev. Ergun Özbudun, Yetki Yayınları, Ankara 1997.
- SCULLY, Robert E.: “The Unmaking of a Saint: Thomas Becket and the English Reformation”, The Catholic Historical Review, 86(4), 2000, s.579-602.
- SENCER, Muzaffer: “İnsan Hakları Açısından İngiliz Devrimi”, Amme İdaresi Dergisi, 23(2), 1990, s.3-21.
- SHAKESPEARE, William: Kral John’un Yaşamı ve Ölümü, Çev. Hamit Çalışkan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2023.
- SIEGAN, Bernard H.: Property Rights From Magna Carta to the Fourteenth Amendment, Transaction Publishers, New Brunswick 2001.
- SMITH, Goldwin: A Constitutional and Legal History of England, Dorset Press, New York 1990.
- SNOOK, Ben: The Anglo-Saxon Chancery: The History, Language and Production of Anglo-Saxon Charters from Alfred to Edgar, The Boydell Press, Suffolk 2015.
- SOYSAL, Mümtaz: Anayasaya Giriş, İmge Kitabevi, Ankara 2011.
- STARKEY, David: Magna Carta: True Story Behind the Charter, Hodder & Stoughton, London 2016.
- STOEL, Caroline B./CLARKE, Ann B.: Magna Carta Liberty Under the Law, Magna Carta in Amerika ve Graphic Arts Center ortak yayını, Portland 1986.
- TESHCKE, Benno: 1648 Söylencesi Sınıf, Jeopolitik ve Modern Uluslararası İlişkilerin Kuruluşu, Can Sanat Yayınları, İstanbul 2017.
- The British Academy: “Anglo-Saxon Charters”, <https://www.thebritishacademy.ac.uk/projects/academy-research-projects-anglo-saxon-charters/>, (Erişim: 15.10.2024).
- The History of England: “The Charter of Liberties of Henry I, 1100”, <https://thehistoryofengland.co.uk/resource/the-charter-of-liberties-of-henry-i/>, (Erişim: 15.10.2024).
- Time Travel Britain: “The History of the Archbishop of Canterbury”, <https://www.timetravel-britain.com/articles/history/archbishop.shtml>, (Erişim: 15.10.2024).
- TURNER, Ralph V.: “King John’s Concept of Royal Authority”, History of Political Thought, 17(2), 1996, s.157-178.
- Türkiye Cumhuriyeti Dış İşleri Bakanlığı: “Birleşik Krallık’ın Siyasi Görünümü”, <https://www.mfa.gov.tr/ingiltere-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, (Erişim: 15.10.2024).
- VINCENT, Nicholas: “Magna Carta: from King John to Western Liberty”, in Goldman, Lawrence (ed.), Magna Carta: History, Context and Influence, University of London Press, London 2018, s.25-40.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Cemre Belçim GÖLBAŞI UÇAR, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Cemre Belçim GÖLBAŞI UÇAR, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

THE ISSUE OF AZERBAIJANI INTERNALLY DISPLACED PEOPLE AND ARMENIAN REFUGEES IN KARABAKH

KARABAĞ'DA AZERBAIJANLI YERİNDEN EDİLMİŞ KİŞİLER VE ERMENİ MÜLTECİLER SORUNU

Arzu TURGUT* & Ali Faik DEMİR**

Makale Bilgi

Gönderi: 16/08/2024
Kabul : 19/03/2025

Anahtar Kelimeler

Azerbaycan,
Ermenistan,
Karabağ,
Yerinden Edilmiş
Kişiler,
Mülteciler.

Özet

10.21492/inuhfd.1534259 doi

Karabağ sorunu, 1990'lardan günümüze eski Sovyet coğrafyasında devlet ve ulus inşa sürecini derinden etkileyen donmuş çatışmalardan biri olmuştur. Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) dağılmasının ardından bağımsızlığını kazanan Azerbaycan ve Ermenistan'da Karabağ meselesi, toplumlar arasındaki düşmanlık algısının derinleşmesi ve liderlerin yükseliş ve düşüşlerinde belirleyici faktör olmuştur. Bakü ve Erivan için sıfır toplam bir oyun olan Karabağ'da her türlü yenilgi "aşağılanma", her türlü başarı ise "kutlanması gereken en büyük zafer" olarak görülmüştür. Karabağ meselesi Azerbaycanlılar açısından asla taviz verilmemesi gereken bir egemenlik ve toprak bütünlüğü mücadelesidir. Ermenistan açısından ise, tarih boyunca bölgede çoğunlukta olduğunu iddia eden Ermeni nüfusunun varlığına doğrudan bir tehdittir. Birinci Karabağ Savaşı'nda (1991-1994) Ermeni işgali nedeniyle Karabağ'ı terk eden 600.000 civarında Azerbaycanlı yerinden edilmiş kişi (ÜİYEK) bulunmaktadır. 2020'deki İkinci Karabağ Savaşı'ndan sonra sayıları 100.000 civarında olan Karabağ Ermenileri, Karabağ'dan kaçarak Ermenistan'da bir mülteci akınına sebep olmuştur. Bu iki grup, Karabağ'da iki ülke arasındaki toprak bütünlüğü, egemenlik ve self-determinasyon tartışmalarının görünen yüzünü oluşturmaktadır. Kuşkusuz Azerbaycanlı ÜİYEK'ler ve Ermeni mülteciler, savaşın toplumlar üzerindeki yıkıcı etkilerini gözler önüne sermektedir. Karabağ'dan kaçarak Ermenistan'a sığınan Karabağ Ermenilerinin statüsüne ilişkin güncel tartışmalar bulunmaktadır. Bu çalışmada, uluslararası hukuk ile zorla yerinden edilmeye ilişkin siyasi söylem arasındaki farklılıklar konu edinilmektedir. Karabağ sorunundan dolayı ÜİYEK ve mülteci olan kişilerin statülerinin benzeşen ve ayrışan yanları tartışılmış ve bu statülerin, özellikle bireyler açısından önemi vurgulanmıştır.

Article Info

Received: 16/08/2024
Accepted: 19/03/2025

Keywords

Azerbajan,
Armenia,
Karabakh,
Internally
Displaced People,
Refugees.

Abstract

From the 1990s to the present, the Karabakh conflict has been one of the frozen conflicts that deeply affected the state and nation-building process in the former Soviet geography. In Azerbaijan and Armenia, which gained independence after the collapse of the Union of Soviet Socialist Republics (USSR), the Karabakh issue has been a determining factor in deepening of perceptions of hostility between societies and the rise and fall of leaders. Any loss in Karabakh, which was a zero-sum game for Baku and Yerevan, was seen as "humiliation" and any success was seen as "the greatest victory that should be celebrated". The Karabakh issue is a struggle for sovereignty and territorial integrity that should never be compromised for Azerbaijanis. For Armenia, it is a direct threat to the existence of the Armenian population, which has claimed to be the majority in the region throughout history. There are around 600,000 Azerbaijani internally displaced persons (IDPs) who left Karabakh due to the Armenian occupation in the First Karabakh War (1991-1994). After the Second Karabakh War in 2020, around 100,000 Karabakh Armenians fled Karabakh, causing a refugee influx in Armenia. These two groups constitute the visible face of the discussions on territorial integrity, sovereignty and self-determination in Karabakh between these two countries. Undoubtedly, Azerbaijani IDPs and Armenian refugees reveal the devastating effects of war on societies. There are current debates regarding the status of Karabakh Armenians, who escaped from Karabakh and took refuge in Armenia. This study focuses on the divergences between international law and the political discourse on forced displacement. The statuses of IDPs and people who became refugees due to the Karabakh conflict were discussed with their similarities and differences

* Öğr. Gör. Dr. Manisa Celal Bayar Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı.

** Doç. Dr. Galatasaray Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** TURGUT, Arzu/DEMİR, Ali Faik, "The Issue of Azerbaijani Internally Displaced People and Armenian Refugees in Karabakh", İnÜHFD, 16(1), 2025, s.124-136. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

and their importance especially for individuals is emphasized.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

I. INTRODUCTION

Karabakh is one of the regions where frozen conflicts, which have been widely discussed since the 1990s, are most intensely experienced in the former Soviet geography. The ceasefire agreement signed between Azerbaijani and Armenian forces in 1994 stopped large-scale clashes. However, due to border violations, this region has become vulnerable to the possibility of being dragged into great chaos by a new spark at any moment. Instability in the South Caucasus has pushed regional or global actors, especially Russia, to take a role in the solution process of the Karabakh issue. In addition to hard security issues, trans-border soft security threats, especially forced displacement, as seen in the Karabakh example, reveal the permeability of the borders of the neighboring states. As a matter of fact, the Second Karabakh War, which began on September 27, 2020, and lasted 44 days, and the ceasefire agreement brokered by Russia, once again revealed the mobility in the region. After this war, Azerbaijan achieved military success by recapturing Karabakh and seven adjacent districts. However, although the war ended with the ceasefire agreement, the elements of instability arising from the conflict have not completely been eliminated.

The effort to use titular nations as a control mechanism against each other through administrative units during the USSR period has left these nations with complex problems rooted in the depths of history in the post-Soviet period. Disagreements between the parties were seen as a zero-sum game in which one's win meant the other's loss, both in the eyes of state leaders and the relevant local communities. Karabakh was perceived as a matter of national pride in both Baku and Yerevan. Ethnic differences and perceptions of hostility played an important role in the background of this conflict, which was seen as a dispute over territory. Therefore, the nationalist elements contained in the Karabakh issue have progressed to a level that will trigger people's threat perceptions beyond the confrontation between the governments in Baku and Yerevan. Therefore, any concession made in war or in resolving the issue led to the punishment of state leaders who were deemed unsuccessful in the eyes of societies, and to increase the legitimacy of leaders who were successful in the conflict.

From this perspective, the politicized social aspect of the Karabakh issue has undoubtedly been IDPs. Azerbaijani IDPs, who were forced to displace within Azerbaijani territory due to the First Karabakh War (1991-1994), played an important role in reminding the trauma of the war and keeping their dreams of return alive. After the Second Karabakh War (2020), the return of IDPs has been intensively encouraged by the Azerbaijani government within the scope of the "Great Return". The Azerbaijani government has tried to create the necessary physical conditions for the return of IDPs by establishing "smart villages" in old settlements. After this war, while Azerbaijani IDPs returned to their homes, Armenians left Karabakh and found themselves as refugees in Armenia. Thus, Karabakh also became an example in terms of refugee status, another form of forced displacement, for hundreds of thousands of Armenians.

In this study, three groups are discussed in terms of their status: Azerbaijanis who were forcibly displaced from the region due to the First Karabakh War, Karabakh Armenians who fled to Armenia after the Second Karabakh War, and Azerbaijanis who returned to the region after this date. The Ceasefire Agreement dated 2020 foresees a return in terms of IDPs and refugees. The study focuses on the differences between the political arguments and legal realities between the parties within the scope of displacement and return. The fact that some requirements in practice may lead to the emergence of new concepts in theory should not be overlooked. However, the attempts to use interchangeably status definitions that are clearly distinct from each other in international sources, such as IDPs and refugee, or to use them beyond their meaning for political reasons or due to lack of knowledge lead to conceptual confusion. The study aims to reveal this conceptual confusion regarding the displacement in Karabakh and to present an objective perspective on the issue.

This region, which is often called "Nagorno-Karabakh" in today's Western-oriented literature, will be referred to as "Karabakh" in the study, including Nagorno-Karabakh and the seven adjacent districts liberated from occupation. Nagorno-Karabakh represents a geographically narrow area, not including these surrounding rayons occupied in the First Karabakh War. Moreover, naming the region as Nagorno-Karabakh and dividing the region into mountainous and lowland areas means dividing the people living there historically and ethnically into Azerbaijanis and Armenians, respectively. From Azerbaijan's perspective, the use of the term Nagorno-Karabakh means supporting the claims of Armenians based on the territorial demands of the so-called Nagorno-Karabakh Republic, which was not recognized by any other state.

Azerbaijan has officially declared that it will use the term “Karabakh” for the entire region captured in the 2020 war.

The study consists of two parts. In the first part, the conceptual and legal framework regarding forced displacement and international protection will be presented. In the second part, the legal framework regarding the return of IDPs and refugees within the scope of the 2020 Ceasefire Agreement will be discussed. In this context, the process of the return of Azerbaijani IDPs who were forcibly displaced due to the Karabakh conflict between 1991 and 1994 to their former settlements will be evaluated. In the same section, the status of Armenians who left Karabakh and took refuge in Armenia due to the new political and social dynamics in the region after 2020 will be discussed from legal and political perspectives.

II. CONCEPTUAL CLARIFICATION: FORCED DISPLACEMENT AND THE STATUS ISSUE

The first group that comes to mind in terms of forced displacement and international protection, is asylum seekers and refugees, but people in refugee-like situation, individuals under United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)’s stateless mandate and people in need of international protection are also included in this scope. Apart from these groups, there is another group with a different status: IDPs. IDPs, who do not cross any borders but are forcibly displaced within their own country, are less known than refugees. Within the scope of forced displacement, there is permeability between legal concepts in terms of status. In other words, individuals can move from one status to another. For example, a person who is an IDP within the borders of his own country may become an asylum seeker or refugee in another country overtime. The status of individuals is crucial in terms of the rights they gain. For this reason, it is important to draw attention to this status permeability and make clear definitions.

As statistical data regarding the mentioned groups, the total number of forcibly displaced people by the end of 2023 is 117.3 million, while the total population protected and/or assisted by UNHCR is 122.6 million people. The total number of forcibly displaced people includes refugees, asylum seekers, other persons in need of international protection and IDPs. This figure covers refugees and other displaced persons who do not fall within UNHCR’s mandate. However, it excludes groups such as returnees and non-displaced stateless persons. 122.6 million people include, in addition to people in this situation, those who returned to their old settlements in the previous year, stateless persons, many of whom have not been forcibly displaced, and other groups to whom UNHCR has expanded the scope of protection and assistance for humanitarian reasons. There are 5.3 million people in this situation¹.

Since refugees and IDPs are constantly on the move between countries or within the country, their numbers vary from different sources and periods. As mentioned above, someone with IDP status can later enter the borders of another country and become an asylum seeker or refugee. In addition, the criteria of international institutions regarding who will be included in this scope may change. While Internal Displacement Monitoring Center (IDMC) reports that there are 68.3 million IDPs worldwide, UNHCR reports that there are 63.3 million IDPs affected by conflicts by the end of 2023. UNHCR draws these numbers from two separate sources: IDMC’s IDP statistics add up total forcibly displaced people, while IDPs protected/supported by UNHCR are included in the total population protected and/or assisted by UNHCR².

Someone seeking refugee status first becomes an asylum seeker. The only universal agreement regarding asylum is the Convention Relating to the Status of Refugees dated 28.07.1951 and the Additional Protocol dated 16.12.1966, signed under the umbrella of the United Nations (UN). Regional agreements signed in South America, Africa and Europe should also be cited as examples of legal legislation³. In international law, the individual does only have the “right to seek asylum”. Granting the right of asylum to the individual is not an obligation for the state, but a privilege granted to the state.⁴ However, the principle of non-refoulement of asylum seekers and refugees which was included in the 1951 Geneva Convention has been an important step for the individual regarding his/her rights.⁵

An asylum seeker is looking for international protection and aims to achieve refugee status or complementary protection status. Obligated to flee their homes because of war, persecution and human rights violations, these people fear violence or threats to their lives or freedom. Not all asylum seekers may be eligible for refugee status, but all refugees may have been asylum seekers at one time or another. As of the end of 2023, there were approximately 6.9 million people worldwide waiting for the outcome of their asylum applications⁶.

¹United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR): “Refugee Data Finder, Overview (Refugee Data)”, <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/insights/explainers/forcibly-displaced-pocs.html>, (Access: 10.04.2024).

²UNHCR, Refugee Data.

³PAZARCI, Hüseyin/DENK Erdem: *Uluslararası Hukuk*, Revised 23rd Edition, Doruk Kitabevi, Ankara 2024, p.233; UNHCR, “Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees (Convention and Protocol)”, <https://www.unhcr.org/media/convention-and-protocol-relating-status-refugees>, (Access: 15.05.2024).; SUR, Melda: *Uluslararası Hukukun Esasları*, Revised 12th Edition, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2018, p.118-121.

⁴ÇİÇEKLİ, Bülent: *Yabancılar Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, p.60.

⁵UNHCR, Convention and Protocol, Article 33/1.

⁶UNHCR: “Who is an ‘Asylum-seeker?’”, <https://www.unhcr.org/asylum-seekers>, (Access: 10.03.2024).

The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol define the term refugee and describe their rights and international standards of treatment for their protection⁷. Persons who can be considered refugees in the Convention are defined as follows:

“As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it”⁸.

In accordance with international law and on the basis of family unity, offspring of refugees and their grandchildren are accepted as refugees until a permanent solution is provided. Both United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA) and UNHCR recognize the grandchildren as refugees on this basis; and donors and host countries have commonly agreed on this principle⁹.

As mentioned above, UNHCR has recently introduced a new concept, “people in refugee-like situation.” UNHCR’s definition is as follows:

“People in refugee-like situation refers to a category which is descriptive in nature and includes groups of people who are outside their country or territory of origin and who face protection risks similar to those of refugees, but for whom refugee status has, for practical or other reasons, not been ascertained”¹⁰.

UNHCR Armenia underlines that Armenians who fled Nagorno-Karabakh and Syria as a result of the conflicts that broke out in 2016 and 2020 are “persons in a refugee-like situation.” According to UNHCR estimates, as of July 2021, the number of people living in a refugee-like situation in Armenia is 42,023, of which 36,989 are people in a refugee-like situation due to the Nagorno-Karabakh conflict and 4,461 Syrian-Armenian people¹¹. Interestingly, this statistic has changed afterwards. It is declared that as of December 2023, Armenia hosts 150,725 forcibly displaced persons including 145,966 refugees, 4,124 persons in refugee-like situation, 635 asylum seekers and 520 stateless persons¹².

War, political instability, ecological disasters, economic problems, ethnic, religious and inter-tribal conflicts may cause not only border crossing but also internal displacement.¹³ The concept of IDPs is stated in the Guiding Principles on Internal Displacement as follows:

“Internally displaced persons are persons or groups of persons who have been forced or obliged to flee or to leave their homes or places of habitual residence, in particular as a result of or in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalized violence, violations of human rights or natural or human-made disasters, and who have not crossed an internationally recognized border”¹⁴.

As mentioned above, there are 68.3 million IDPs displaced due to conflict and violence in 66 countries as of the end of 2023. There were also an additional 7.7 million IDPs displaced because of disasters in the same year. Total number of IDPs is 75.9 globally. This figure was 71.1 in 2022¹⁵.

Based on international human rights law, international humanitarian law and refugee law, the Guiding Principles consist of 30 principles that determine the needs and rights of IDPs during displacement, return and reintegration process. The Guiding Principles also underline the obligations of national authorities, international organizations and non-state actors to these people¹⁶. States are encouraged to incorporate these principles into their national legislative frameworks, but they are not binding on them¹⁷.

Internal displacement is an issue that requires a solution as urgently as the refugee issue today, and even more due to the high number of IDPs. While UNHCR creates the conditions required for the protection of refugees on the basis of their right to asylum and right to non-refoulement, IDPs do not have such protection. There is no international agreement or international organization that will provide this protection

⁷UNHCR: “The 1951 Refugee Convention”, <https://www.unhcr.org/about-unhcr/who-we-are/1951-refugee-convention>, (Access: 11.04.2024).

⁸UNHCR, Convention and Protocol, General Provisions, Article 1/2.

⁹United Nations (UN): “Refugees (Refugees)”, <https://www.un.org/en/global-issues/refugees>, (Access: 11.06.2024).

¹⁰UNHCR: “Refugee Data Finder, Persons Who Are Forcibly Displaced, Stateless and Others of Concern to UNHCR”, <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/methodology/definition/>, (Access: 12.07.2024).

¹¹UNHCR Armenia: “Persons in a Refugee-like Situation (Persons in a Refugee-like Situation)”, [https://www.unhcr.org/am/en/persons-in-refugee-like-situation#:~:text=Persons%20in%20a%20refugee%20like%20situation%20are%20groups%20of%20persons,%20\(UHCR%2C%202013](https://www.unhcr.org/am/en/persons-in-refugee-like-situation#:~:text=Persons%20in%20a%20refugee%20like%20situation%20are%20groups%20of%20persons,%20(UHCR%2C%202013), (Access: 01.04.2024).

¹²UNHCR: “Refugees and Asylum-Seekers”, <https://www.unhcr.org/am/en/refugees-asylum-seekers>, (Access: 25.07.2024).

¹³GÜN, Zübeyir: “Mülteci ve Göçmenlerle Yapılacak Alan Çalışmaları için Perspektifler: Bir Ön Çalışma,” in Çelebi, Özlen/Özçürümmez Saim/ Türkiye, Şirin (Ed.), İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Ankara 2011, p.274.

¹⁴United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA): “Guiding Principles on Internal Displacement (Guiding Principles)”, 1998, E/CN.4/1998/53/Add.2 <https://www.unocha.org/publications/report/world/guiding-principles-internal-displacement-0>, (Access: 17.07.2024).

¹⁵Internal Displacement Monitoring Center (IDMC): “Global Report on Internal Displacement 2024”, <https://api.internal-displacement.org/sites/default/files/publications/documents/IDMC-GRID-2024-Global-Report-on-Internal-Displacement.pdf>, (Access: 10.08.2024).

¹⁶GOLDMAN, Robert K.: “Internal Displacement: The Guiding Principles on Internal Displacement-Normative Status, and the Need for Effective Domestic Implementation”, ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law, 7, 2007, p.270-272.

¹⁷WYNDHAM, Jessica: “A Developing Trend: Laws and Policies on Internal Displacement”, Human Rights Brief, 14(1), 2006, p.7.

for IDPs. The Guiding Principles underline that the primary responsibility for IDPs is assumed by the state, but that the international community plays a crucial role when governments fail to fulfill these responsibilities¹⁸.

Some terms used regarding forced displacement may cause conceptual confusion. UN bodies are looking for ways to help refugees and IDPs, sometimes referred to as “internal refugees”, with a comprehensive approach¹⁹. The occasional use of this expression for IDPs makes it difficult to understand the distinction between the two groups. It is also common for people seeking asylum in other countries to be called “displaced persons”. However, a difference is made by calling people who have to relocate within a country for different reasons as “IDPs”, that is, by adding the word “internally”²⁰. Not using this expression or using it in a way that is contrary to the case in question will create confusion.

As another concept, people in an IDP-like situation are defined by UNHCR as follows:

“People in an IDP-like situation refers to a category which is descriptive in nature and includes groups of people who are inside their country of nationality or habitual residence and who face protection risks similar to those of IDPs but who, for practical or other reasons, could not be reported as such”²¹.

Stateless people have a different status than refugees due to their special situation.²² 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons contains detailed regulations regarding stateless persons.²³ Deprived of their citizenship rights by governments, the majority of stateless people are forcibly displaced people.²⁴ UNHCR announces that at the end of 2023, there is a total of 4.4 million stateless people worldwide, and 1.3 million of them are forcibly displaced²⁵. “Individuals under UNHCR’s statelessness mandate are defined under the 1954 Convention Relating to the Status of Stateless People as those not considered as nationals by any State under the operation of its law”²⁶. In addition, millions of stateless people are excluded from the scope of UNHCR’s mandate. These people are deprived of citizenship and denied access to fundamental rights such as education, health, employment and freedom of movement²⁷.

Finally, UNHCR defines other persons in need of international protection as follows:

“Other people in need of international protection refers to people who are outside their country or territory of origin, typically because they have been forcibly displaced across international borders, who have not been reported under other categories (asylum-seekers, refugees, people in refugee-like situations) but who likely need international protection, including protection against forced return, as well as access to basic services on a temporary or longer-term basis”²⁸.

III. CONCEPTUAL CONFUSION IN THE KARABAKH ISSUE: INTERNALLY DISPLACED PERSONS AND REFUGEES

A. The Ceasefire Agreement and the Legal Framework of the “Great Return” of Azerbaijani IDPs

Since the beginning of the first conflicts, the Nagorno-Karabakh issue has been the focus of various actors. The reasons for this include the region’s large oil reserves, its strategic location in terms of the transit of natural resources, especially oil, intense lobbying activities of the Armenians, and the political and economic interests of global actors as well as regional actors such as Iran and Russia. Nagorno-Karabakh and surrounding districts, which were under the administration of Azerbaijan SSR during the USSR period, were taken over by Armenians after 1991. Nagorno-Karabakh constitutes one quarter of historical Karabakh. It includes Mardakan, Khankendi, Hadrut and other small settlements in the southwest of Azerbaijan. It constitutes 5% of the territory of Azerbaijan with a surface area of 4,388 km²²⁹.

According to the 1989 Soviet census, the inhabitants of Nagorno-Karabakh were 76.9% ethnic Armenians, 21.5% ethnic Azeris and 1.6% others. Unlike Nagorno-Karabakh, seven surrounding rayons were predominantly populated by ethnic Azerbaijanis, but they left these territories following the 1994

¹⁸COHEN, Roberta/DENG Francis M.: “Mass Displacement Caused by Conflicts and One-sided Violence: National and International Responses”, SIPRI Yearbook 2009: Armaments, Disarmament and International Security, Security and Conflicts, 2009, p.27-28; OCHA, Guiding Principles.

¹⁹UNHCR: “UNHCR’s Operational Experience with Internally Displaced Persons”, Geneva 1994.

²⁰PAZARCI/DENK, p.235.

²¹UNHCR, Refugee Data Finder.

²²ODMAN, M. Tevfik: Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku, Çağ Üniversitesi Yayınları No: 15, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 7, Adana January 2011, p.8.;For more information please see ODMAN, M. Tevfik: Mülteci Hukuku, AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 15, Ankara 1995, p.84-94.

²³UNHCR: “Convention Relating to the Status of Stateless Persons”, https://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1954-Convention-relating-to-the-status-of-Stateless-Persons_ENG.pdf, (Access: 12.03.2025).

²⁴BMMYK: Dünya Mültecilerinin Durumu Bir İnsanlık Sorunu, Oxford University Press, Oxford 1997, p.6.

²⁵UNHCR, Refugee Data.

²⁶UNHCR, Refugee Data Finder.

²⁷UN, Refugees.

²⁸UNHCR, Refugee Data Finder.

²⁹DEMİR, Ali Faik: Türk Dış Politikası Perspektifinden Güney Kafkasya, Bağlam Yayınları, İstanbul 2003, p.160-161.;For the first violent incidents and their historical and sociological roots ÇAĞLA, Cengiz: Azerbaycan’da Milliyetçilik ve Politika, Bağlam Yayıncılık, Ankara 2022, p.53.;YILDIRIM, Dursun/ÖZÖNDER, M. Cihat: Karabağ Dosyası, 2nd Edition, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları: 118, Seri: III, Sayı: A31, Ankara 1991, p.21.;ATTAR, Aygün (Haşimzade): Karabağ Sorunu Kapsamında Ermeniler ve Ermeni Siyaseti, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 2012.;AYDINGÜN, İsmail/BALIM, Çiğdem (Ed.): Bağımsızlıklarının Yirminci Yılında Azerbaycan, Gürcistan ve Ukrayna, Türk Dilli Halklar-Türkiye ile İlişkileri, Atatürk Kültür Merkezi, Ankara 2012.;GARİBOV, Mahir: XX. Yüzyılda Ermenistan-Azerbaycan Dağlık Karabağ Sorunu, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 2017.;KASIMLI, Cavid/EFEGİL, Ertan (Ed.), Dağlık Karabağ Üzerine Yazılar, Gündoğan Yayınları, İstanbul Aralık 2014.;ÖZARSLAN, Bahadır Bumin (Ed.), Kanayan Yara Karabağ, Astana Yayınları, Ankara 2016.

Ceasefire Agreement. In Shusha, at that time, 92% of the population consisted of ethnic Azeris, 7% ethnic Armenians and 1% others³⁰.

Due to the violent incidents in Nagorno-Karabakh between 1991 and 1994, Armenians had to flee Azerbaijan to Armenia, and Azerbaijanis had to flee Armenia, Nagorno-Karabakh and Armenia-occupied Azerbaijani lands within Azerbaijan to Azerbaijan. In this period, around 600,000 people were forcibly displaced from Nagorno-Karabakh and the seven districts occupied by Armenia and received IDP status in Azerbaijan³¹. According to IDMC's current data, 658,000 people are displaced in Azerbaijan by the end of 2023. In 2020, when the war took place, this figure was 735,000³². IDPs have been scattered all over Azerbaijan and settled in many places. There were 216,389 IDPs in Baku, 52,669 in Fuzuli and 57,867 in Sumgait³³.

The Ceasefire Agreement signed after the First Nagorno-Karabakh War³⁴ included articles regarding the return of Azerbaijani IDPs, but the return could not take place due to the Armenian occupation. The issue of return was also included in the prepared plans and proposals regarding the peaceful solution of the conflict³⁵. Two of the UN Security Council Resolutions on the Nagorno-Karabakh conflict (Resolution 874 of October 1993 and Resolution 884 of 12 November 1993) expressly require the Secretary-General and relevant international organizations to ensure emergency humanitarian aid to the affected civilian people and to support refugees and IDPs. It calls on people to help them return home safely and with dignity. In 2005, the Azerbaijani government developed several guiding principles covering future returns and prepared an action plan to inform IDPs and evaluate their willingness to return³⁶.

Azerbaijani forces recaptured more than 300 settlements, including the cities of Jabrayil, Fuzuli, Zangilan, Gubadli and Shusha in the Second Karabakh War. The war ended with the tripartite declaration signed by Armenia, Azerbaijan and Russia, which entered into force on November 10, 2020. Within the scope of the agreement, Yerevan also gave back the occupied Aghdam, Kalbajar and Lachin districts to Baku³⁷. Russia played a significant role in the conflict resolution by mediating the ceasefire agreement that stopped the clashes among the parties. Moscow has also increased its strategic weight by deploying troops in Karabakh for more than three years. Russian forces have started to be withdrawn from the region as of April 2024³⁸ and this process was completed in June 2024³⁹.

In accordance with the Article 7 of the Ceasefire Agreement, IDPs, who had to leave Nagorno-Karabakh and adjacent rayons due to the war and settle in other regions within Azerbaijan, and refugees who went outside Azerbaijan, will return to the lands they left under the control of UNHCR. Armenian refugees and refugees who were previously displaced from Baku, Sumgait and other regions of Azerbaijan in the early 1990s, or Azerbaijanis who left Armenia and settled in Azerbaijan are not included in the scope of return⁴⁰.

Although more than three decades passed since their forced displacement, IDPs in Azerbaijan have continued their lives under difficult conditions. For the Azerbaijani government, the "Great Return", which includes the return of IDPs to Karabakh and surrounding regions, has been a priority goal⁴¹. For Azerbaijani state authorities, creating the necessary conditions for return has been more important than social, political and economic integration of these people into the Azerbaijani society. The integration of this group has been perceived as compromising the return to Karabakh. The return of IDPs means the restoration of sovereignty in the territories lost.

Azerbaijan has established legislation regarding the IDP population since the early 1990s and laid the foundations of important institutions. In connection with the "Law on the Status of IDPs and Refugees"

³⁰UNHCR: "Key Considerations for Returns to Nagorno Karabakh and the Adjacent Districts (Key Considerations)", <https://www.refworld.org/pdfid/5fc0e1e24.pdf>, (Access: 20.01.2024).

³¹Reliefweb: "Azerbaijan: As Azerbaijani Forces Assume Full Control over Nagorno-Karabakh, It Must Respect and Protect the Rights of Local Ethnic Armenians", <https://reliefweb.int/report/azerbaijan/azerbaijan-azerbaijani-forces-assume-full-control-over-nagorno-karabakh-it-must-respect-and-protect-rights-local-ethnic-armenians>, (Access: 31.07.2024); UNHCR, Key Considerations.

³²IDMC: "Country Profile: Azerbaijan", <https://www.internal-displacement.org/countries/azerbaijan>, (Access: 10.01.2024).

³³UNHCR, Key Considerations.

³⁴UN: "The Bishkek Protocol", <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/Bishkek%20Protocol.pdf>, (Access: 03.04.2023).

³⁵İSAYEV, Tuğçe: "İkinci Dağlık Karabağ Savaşı Sonrasında İmzalanan Ateşkes Andlaşması'na göre Azerbaycanlı Göçmenlerin Yerlerine Dönüşü", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1), 2023, p.155; Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE): "Statement by the OSCE Minsk Group Co-Chair Countries", <https://www.osce.org/mg/51152>, (Access: 19.01.2024).

³⁶UNHCR, Key Considerations.; President of the Republic of Azerbaijan: "Statement by the President of the Republic of Azerbaijan, Prime Minister of the Republic of Armenia and President of the Russian Federation", <https://president.az/en/articles/view/45923>, (Access: 25.05.2024).

³⁷President of the Republic of Azerbaijan.; HAJIYEVA, Gunay: "More Azerbaijanis Resettle in Liberated Lands under Great Return Program", <https://caspiannews.com/news-detail/more-azerbaijanis-resettle-in-liberated-lands-under-great-return-program-2023-10-26-14/>, (Access: 22.01.2024).

³⁸Associated Press: "Russia Begins Withdrawing Peacekeeping Forces from Karabakh, Now under Full Azerbaijan Control", <https://apnews.com/article/russia-azerbaijan-withdrawal-f60ed4e9ca5e78c071b77a2fa57cd765>, (Access: 11.07.2024).

³⁹The Moscow Times: "Russian Peacekeepers Complete Withdrawal from Nagorno-Karabakh", <https://www.themoscowtimes.com/2024/06/12/russian-peacekeepers-complete-withdrawal-from-nagorno-karabakh-a85385>, (Access: 12.07.2024).

⁴⁰UNHCR, Key Considerations.; President of the Republic of Azerbaijan.; İSAYEV, p.160-163.

⁴¹Trend News Agency: "'Great Return Program is Being Successfully Implemented,' President Ilham Aliyev", <https://en.trend.az/azerbaijan/politics/3689984.html>, (Access: 02.01.2023).

adopted in 1992, the Presidential decree of January 5, 1993 changed the name of “The State Committee of Azerbaijan SSR on Work with the People, Compelled to Leave Their Inhabitancy Places.” This committee had been founded according to the Decree of the Supreme Body Presidium of Azerbaijan SSR of September 19, 1989. The new name of the committee became “The State Committee for Refugee and IDP issues of the Republic of Azerbaijan”⁴². According to Article 10 of the law, this institution has duties such as registering IDPs and granting them status and documents. Thanks to this legal and institutional framework, Azerbaijani authorities achieved the temporary settlement of IDPs until a solution was found for the conflict⁴³.

Two laws regarding IDPs were enacted in Azerbaijan. The first is “Law on IDP and Refugee Status”⁴⁴ and the other is the “Law on Social Protection of Internally Displaced Persons and Persons Equated to Them”⁴⁵. The Law on IDP and Refugee Status, enacted on 21 May 1999, distinguishes two basic concepts: refugees (Azerbaijani: qaçqın) and IDPs (Azerbaijani: məcburi köçkün).

The definition of *qaçqın*, in other words refugees, in Azerbaijan legislation, complies with the definition in the Convention Relating to the Legal Status of Refugees dated 1951. Within the framework of this definition, Azerbaijanis who were forcibly displaced from Armenia to Azerbaijan due to the Nagorno-Karabakh conflict in 1988 later had refugee status in terms of international law and Azerbaijani law⁴⁶.

In accordance with the same law, the term, forcibly displaced person (*məcburi köçkün*, IDP) complies with the definition of IDPs in the Guiding Principles⁴⁷ and is described as a person who has to be displaced from his/her home and change his/her location due to military aggression, natural and man-made disasters on the territory of the Republic of Azerbaijan⁴⁸. Azerbaijanis who were displaced within the borders of Azerbaijan due to the Armenian occupation during the First Karabakh War had the status of IDP in accordance with international and Azerbaijani law. Although refugees and IDPs are defined differently in Azerbaijani law, Azerbaijan has granted refugee status to all these people. Thus, these people had the same legal status in terms of their right, although this situation caused confusion in some sources⁴⁹.

From 1993 to 2004, various actors (individual states, financial institutions, and international humanitarian and development organizations) provided more than \$640 million humanitarian assistance to refugees, IDPs and low-income persons. In 1994-1995, 70-75 million dollars were spent annually on projects carried out by international and local humanitarian aid and development organizations. In 1999, in line with Heydar Aliyev’s request to the UN World Food Program Headquarters, the organization’s activity period in Azerbaijan was exceptionally extended until the end of 2005. With the international support received in 1999, houses, social facilities and water lines were built for IDPs in various regions of Azerbaijan. Although international aid decreased in 2001 and dropped to approximately \$34 million in 2004, the Azerbaijani government continued to increase its aid to these people thanks to the funds allocated from the State Oil Fund⁵⁰. Baku’s significant financial support for the IDP population to live in better conditions has led to it gaining more legitimacy and sympathy both nationally and internationally.

After its victory in the Second Karabakh War, Azerbaijan accelerated its return efforts by implementing new projects in the abandoned regions. President of Azerbaijan, İlham Aliyev said in 2021, just a year after the war, “As we have left the conflict behind, large-scale construction work is carried out in the liberated territories. Azerbaijan is building new cities and towns from the scratch by applying the modern urban planning and utilizing the concepts of ‘smart city’ and ‘smart village’”⁵¹.

The smart village concept brings technology and innovation to rural areas. It aims to modernize and facilitate the lives of the communities with digital technologies, improve living standards and public services, and decrease environmental risks. The smart village project, to which Aliyev personally attaches great importance, was launched in Aghali in April 2021 during his visit to Zangilan. A residential block has been

⁴²State Committee for Affairs of Refugees and Internally Displaced Persons of the Republic of Azerbaijan: “History” <http://idp.gov.az/en/content/1/parent/1>, (Access: 23.08.2023); “State Committee for Affairs of Refugees and Internally Displaced Persons of the Republic of Azerbaijan” is used in the English version of its website.

⁴³UNHCR, Key Considerations.

⁴⁴Refworld: “Azerbaijan: Law No. 668-1Q of 1999, Law on IDP and Refugee Status”, <https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/1999/en/18120>, (Access: 30.07.2024); State Committee for Affairs of Refugees and Internally Displaced Persons of the Republic of Azerbaijan: “Qaçqınların və Məcburi Köçkünlərin (ölkə daxilində köçürülmüş şəxslərin) Statusu Haqqında (Qaçqınların və Məcburi Köçkünlərin)”, <http://idp.gov.az/en/law/93/parent/15>, (Access: 23.08.2023).

⁴⁵Refworld: “Azerbaijan: Law No. 669-1Q of 1999 on Social Protection of Internally Displaced Persons and Persons Equated to Them”, <https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/1999/en/35646>, (Access: 30.07.2024); State Committee for Affairs of Refugees and Internally Displaced Persons of the Republic of Azerbaijan: “Məcburi Köçkünlərin və Onlara Bərabər Tutulan Şəxslərin Sosial Müdafiəsi Haqqında”, <http://idp.gov.az/en/law/92/parent/15>, (Access: 23.08.2023).

⁴⁶İSAYEV, p.158.

⁴⁷OCHA, Guiding Principles.

⁴⁸State Committee for Affairs of Refugees and Internally Displaced Persons of the Republic of Azerbaijan, Qaçqınların və Məcburi Köçkünlərin.

⁴⁹İSAYEV, p.158-159.

⁵⁰State Committee for Affairs of Refugees and Internally Displaced Persons of the Republic of Azerbaijan: “Statecare”, <http://idp.gov.az/en/care/parent/21>, (Access: 23.08.2023).

⁵¹UN General Assembly: “76th session, 11th plenary meeting, Annex V Address by Mr. İlham Heydar oğlu Aliyev, President of the Republic of Azerbaijan”, A/76/PV.11, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n21/262/85/pdf/n2126285.pdf>, (Access: 16.08.2024).

built on an area of 110 hectares in this village. The cost of reconstruction and restoration projects was 2.2 billion manats (\$1.3 billion)⁵².

According to the Baku government, around 150,000 Azerbaijanis expressed their desire to settle in Nagorno-Karabakh⁵³. It should be added that the return of IDPs will not only be to Nagorno-Karabakh but also to a wider area, including the seven liberated rayons. Following the Great Return program, which was formalized by a Presidential decree in November 2022, more than 2000 people who previously had IDP status were settled in at least 2 cities and 3 villages. The authorities state that they have spent approximately \$7 billion on the reconstruction processes in Karabakh since November 2020⁵⁴.

On July 19, 2022, 96 displaced family members returned to Aghali, the first area designed as a smart village as mentioned above. Since 2022, former IDPs have been placed in temporary residences in various parts of Azerbaijan, in Zangilan, Fuzuli and Lachin districts, as well as in Talysh village of Tartar district⁵⁵. The resettlement of 6,000 IDPs has been carried out in 5 strategically developed settlements so far. In 2024, some 35 families, 134 people in total, returned to Fuzuli. 2,379 people have been settled in Fuzuli with these new families. By the end of 2024, the program aims to ensure the reintegration of 20,000 former IDPs into five cities and 15 villages⁵⁶. The first phase of the Great Return Program is planned to be completed by the end of 2026, allowing 34,500 families or 140,000 people to return to the territories in the Karabakh and Eastern Zangazur regions, where 34,500 residences will be established⁵⁷.

B. Karabakh Armenian Refugees in the Focus of Discourse, Action and Legal Debates

Internal displacement in Armenia due to the Karabakh conflict did not start with the 2020 war. Its origins date back to the first years of independence. UNHCR cited the main reason of internal displacement in Armenia in the early 1990s as the bombing of border villages in the Nagorno-Karabakh conflict. A series of decrees and instructions were issued by Yerevan to provide aid to 2800 people who had to flee Artsvashen. Apart from this region, it is not possible to talk about a comprehensive regulation protecting IDPs⁵⁸. According to IDMC's current data, the number of IDP in Armenia as of the end of 2023 is given as 7,600⁵⁹.

Armenians who fled Karabakh to Armenia after the 2020 war are discussed in the context of forced displacement. In this sense, forced displacement can be understood as displacement within a country or to another country by crossing the border. People who were forcibly displaced due to the Karabakh conflict are IDPs in Azerbaijan and refugees in Armenia, since these lands belong to Azerbaijan.

In addition, UNHCR recommends the term preferred by the Armenian officials for spontaneous arrivals in case of refugee-like situation. People in refugee-like situation are defined as such:

"The term 'refugee' is used for ease of reference while acknowledging that some of those who left Nagorno-Karabakh and the adjacent districts would likely not qualify for refugee status under the 1951 Convention due to their nationality but find themselves in a refugee-like situation. In public communications, UNHCR proposes to use the terminology used by the Armenian authorities, i.e. spontaneous arrivals, in view of political, legal and practical considerations (impossibility to assess complex individual profiles in the emergency context)"⁶⁰.

In the ceasefire brokered after the Second Karabakh War, there was no article regarding Armenian refugees who left Nagorno-Karabakh. When Aliyev declared the surrender of the Karabakh authorities on September 20, he talked about his view for the future of Karabakh Armenian in the region: "I am sure that the Armenian population living in Karabakh will soon see a change for the better," he said and continued, "We intend to build a life together based on peace, mutual understanding, and mutual respect. We have no problems with the Armenian people. We have no enmity"⁶¹. Azerbaijan called on the Karabakh Armenians to stay and integrate with the Azerbaijani society but also emphasized respect for their individual and personal decisions to leave⁶².

Azerbaijan State Migration Service launched a portal for Karabakh Armenians to participate in the reintegration process⁶³. UN International Court of Justice ruled that Azerbaijan must ensure that the refugees may return if they wish. The right to return have been commonly accepted and supported by national

⁵²MEHDIYEV, Mushvig: "Internally Displaced Azerbaijanis May Soon Start Returning to Liberated Zangilan", <https://caspiannews.com/news-detail/internally-displaced-azerbaijanis-may-soon-start-returning-to-liberated-zangilan-2021-10-22-0/>, (Access: 10.06.2022).

⁵³GÓRECKI, Wojciech: "Exodus of Armenians from Nagorno-Karabakh", <https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/analyses/2023-10-03/exodus-armenians-nagorno-karabakh>, (Access: 16.07.2023).

⁵⁴NATIQQIZI, Ulkar: "Displaced Azerbaijanis Eye Return to Nagorny Karabakh", <https://iwpr.net/global-voices/displaced-azerbaijanis-eye-return-nagorny-karabakh>, (Access: 14.01.2023).

⁵⁵HAJIYEVA.

⁵⁶KARIMLI, İlham: "Another 35 Families Settle in Fuzuli under Azerbaijan's 'Great Return' Program", <https://caspiannews.com/news-detail/another-35-families-settle-in-fuzuli-under-azerbaijans-great-return-program-2024-3-28-0/>, (Access: 27.07.2024).

⁵⁷HAJIYEVA.

⁵⁸Refworld: "UNHCR CDR Background Paper on Refugees and Asylum Seekers from Armenia", <https://www.refworld.org/docid/3ae6a6560.html>, (Access: 25.01.2024).

⁵⁹IDMC: "Country Profile: Armenia", <https://www.internal-displacement.org/countries/armenia>, (Access: 24.01.2024).

⁶⁰UNHCR, Key Considerations.

⁶¹KUCERA, Joshua: "Despite the Warm Welcome, Karabakh Refugees in Armenia Are Struggling, Unsure Where to Go Next", <https://www.rferl.org/a/karabakh-refugees-armenia-welcome-struggling-azerbaijan/32743624.html>, (Access: 27.04.2024).

⁶²GÓRECKI.

⁶³KUCERA.

authorities and international actors. However, 80% of Armenian refugees did not seem eager to settle Nagorno-Karabakh, according to Gegham Stepanyan, who served as a human rights ombudsman of the de facto Nagorno-Karabakh Republic which was dissolved at the end of 2023⁶⁴. As a matter of fact, as of October 1, 2020, there were only 50 to 1000 Armenians in Karabakh⁶⁵. According to International Committee of the Red Cross (ICRC), the number of remaining ethnic Armenians is around 25 today⁶⁶. As can be seen, this figure is quite symbolic for the Armenian population in Karabakh.

The reasons why Karabakh Armenians fled Karabakh include uncertainty, anxiety and fear⁶⁷. Many Armenians fled, because they did not believe that their language, religion and culture would be guaranteed, despite the positive statements of the Azerbaijani authorities⁶⁸. Armenians have concerns about the lack of democratic freedom in Azerbaijan. They are also afraid of facing criminal charges. There is a prevailing belief among Armenians that Azerbaijani IDPs or their descendants who will return may be acting out of revenge⁶⁹.

OCHA points out that 120.000 Armenians were living in Nagorno-Karabakh.⁷⁰ The population of Nagorno-Karabakh before the last war and the population of neighboring rayons is estimated to be approximately 150,000 people in total. The 150,000 figure comprises the original inhabitants of Nagorno-Karabakh who stayed in the region in the course of the conflict in the 1990s or those who returned just after the clashes. This figure also includes people who came to settle in Nagorno-Karabakh and neighboring regions but are not originally from there⁷¹.

According to UNHCR data, 91,000 people fled to Armenia due to the 2020 war in Nagorno-Karabakh and its surroundings. Approximately 88% of these people were women, children and the elderly⁷². International Crisis Group also shows the number of refugees who had to leave Nagorno-Karabakh as 100,000⁷³. According to the Armenian government, the statistics for people forcibly displaced from Nagorno-Karabakh to Armenia are 100,632 as of October 16, 2023. Approximately 2,500 Armenians which were in this group left Armenia⁷⁴.

Considering these figures, it can be concluded that one in every thirty people in Armenia became refugee after 2020. Most of Karabakh Armenians live in Yerevan. These people have faced some difficulties in Armenia in accessing employment, housing and personal belongings⁷⁵. The Armenian government is struggling with resource determination and planning problems in the face of refugee influx⁷⁶. Yerevan provided two beds and a one-time payment of 100,000 drams (one-off payment of \$250) to these people⁷⁷. Additionally, the Armenian government allocated financial aid of 50,000 drams (approximately \$125) to refugees to meet their expenses for rent and utilities. Some additional payments were also made in 2023⁷⁸. The average monthly salary in Armenia to cover rent and basic needs was around \$668 in that year⁷⁹. As can be seen, the amount of aid provided to the refugees remained quite insufficient.

The European Union (EU) promised €17 millions of aid in return for the cash payments made by Armenia to Armenian refugees. However, due to bureaucratic obstacles, EU was late in delivering the aid. UN bodies and ICRC also provided humanitarian aid, although they had problems collecting donations. In October 2023, UNHCR supposed that Yerevan would require \$97 million to meet the fundamental needs of refugees through the end of March. Apart from the EU's commitment, 60 international and local organizations raised 47% of this amount. To close the gap, Armenia received a credit from the World Bank and is exploring other global sources for loans. In addition, Armenian diaspora organizations in Europe and United States continue to work to raise extra funds from individual states and private donors⁸⁰.

⁶⁴SZECHENYI, Bence X./CHAKARIAN, Ella: "Karabakh Refugees Grappling with New Realities", <https://eurasianet.org/karabakh-refugees-grappling-with-new-realities>, (Access: 27.06.2024).

⁶⁵GÓRECKI.

⁶⁶KUCERA.

⁶⁷UN: "Karabakh Emergency Escalates, Thousands Still Pouring into Armenia: UN Agencies", <https://news.un.org/en/story/2023/09/1141662>, (Access: 17.01.2024).

⁶⁸Al-Jazeera: "Armenia Says more than 100,000 People Fled Nagorno-Karabakh" 30 September 2023 <https://www.aljazeera.com/news/2023/9/30/more-than-80-percent-of-nagorno-karabakh-people-have-fled-armenia-govt>, (Access: 20.01.2024).

⁶⁹GÓRECKI.

⁷⁰Reliefweb: "Which Future Do We Have?: Stories from Refugees in Armenia (Which Future Do We Have)", <https://reliefweb.int/report/armenia/which-future-do-we-have-stories-refugees-armenia>, (Access: 20.01.2024).

⁷¹UNHCR, Key Considerations.

⁷²UNHCR: "Persons in a Refugee-like Situation", <https://www.unhcr.org/am/en/persons-in-refugee-like-situation>, (Access: 19.01.2024); UNHCR Armenia, Persons in a Refugee-like Situation.

⁷³VARTANYAN, Olesya: "Armenia Struggles to Cope with Exodus from Nagorno-Karabakh", <https://www.crisisgroup.org/europe-central-asia/caucasus/armenian-azerbaijani-conflict-armenia/armenia-struggles-cope-exodus>, (Access: 15.05.2023).

⁷⁴Reliefweb: "Armenia – Refugees Crisis (DG ECHO Partners, Armenian Government, UN) (Armenia – Refugees Crisis)", <https://reliefweb.int/report/armenia/armenia-refugees-crisis-dg-echo-partners-armenian-government-un-echo-daily-flash-18-october-2023>, (Access: 23.01.2024).

⁷⁵Reliefweb, Which Future Do We Have.; KUCERA.; Reliefweb, Armenia – Refugees Crisis.

⁷⁶VARTANYAN.

⁷⁷LIGHT, Felix: "Karabakh Refugees in Armenia Face Uncertainty and Poverty in Exile", <https://www.reuters.com/world/asia-pacific/karabakh-refugees-armenia-face-uncertainty-poverty-exile-2023-12-04/>, (Access: 23.01.2024).

⁷⁸SHAHVERDYAN, Lilit: "Armenia to Offer Refugee Status to Displaced Karabakhis", <https://eurasianet.org/armenia-to-offer-refugee-status-to-displaced-karabakhis>, (Access: 24.01.2024).

⁷⁹VARTANYAN.

⁸⁰VARTANYAN.; UN Armenia: "Nagorno-Karabakh Crisis Support", <https://armenia.un.org/en/132322-nagorno-karabakh-crisis>.

As for Armenia's domestic legislation regarding forced displacement, the law called "On Refugees and Asylum" provides asylum seekers and refugees with property rights, the right to paid employment, social security and medical care, including the right to education and temporary shelter. The law incorporates the UN 1951 Refugee Convention and its 1967 Protocol, to which Armenia is a party, into domestic law. The process for recognizing refugee status and providing asylum to other nationals and stateless persons are described in this legislation. However, it does not contain provisions regarding the recognition of the status of IDPs⁸¹.

The status of Nagorno-Karabakh Armenians in Armenia is problematic and open to debate. In the words of an Armenian researcher, since the "Nagorno-Karabakh Republic" is not recognized as an independent state, Nagorno-Karabakh Armenians cannot benefit from the protection rights for refugees. Since they are considered "Artsakh citizens" when they enter Armenia, they cannot obtain IDP status. According to the same author, if the Armenian government opens the way for dual citizenship for Armenians fled "Artsakh", their rights as IDPs may be guaranteed. The Armenian government grants forcibly displaced Armenians similar rights guaranteed to refugees and asylum seekers in Armenia's legislation, even though they do not have refugee status⁸². As can be seen, there is confusion regarding the statuses in these expressions.

At the Council of Ministers session on October 26, 2023, the Armenian government granted "temporary protection status" to approximately 100,000 refugees who left Nagorno-Karabakh and came to Armenia for one year, which can be extended with a new approval. Prime Minister Nikol Pashinyan stated that this new status, which came into force in January 2024, will make the protection of their rights easier not only at home but also abroad. "Persons registered as residents of Nagorno-Karabakh, persons living in Armenia or abroad whose last registered address was in Nagorno-Karabakh, and persons who were not registered in Nagorno-Karabakh but lived there and were registered by the Armenian Migration and Citizenship Service as entering the country after September 19" could have temporary protection status. People who have citizenship of another country cannot benefit from this right⁸³.

Pashinyan said that the other option for former Karabakh residents is to obtain Armenian citizenship. This statement caused surprise and anger among many Karabakh residents, who already considered themselves Armenian citizens, because they had an Armenian passport since 1999. Artyom Sujyan, one of the advisors to the Minister of Justice, said that the passports were given as international travel documents upon an agreement reached by the Ministers of Internal Affairs of the Republic of Armenia and "Nagorno-Karabakh Republic." As a matter of fact, the passports of Karabakh Armenians carry the special code "070" and they have never been able to benefit from the political rights of Armenian citizens, such as voting. The new law allows these people to apply for Armenian citizenship and have political rights and social rights such as state pensions. However, this may become an impediment to social assistance available to people who have had refugee status⁸⁴.

IV. CONCLUSION

The findings of this article can be divided into three, based on conceptual, societal and political/governmental implications. Firstly, as a conceptual finding, there is a status confusion for those forcibly displaced from Karabakh. Armenians forcibly displaced from Karabakh are considered refugees. Since the Karabakh territories do not belong to Armenians, Armenians who left the region and came under Azerbaijani rule cannot be considered as IDPs. UNHCR and researchers working on forced displacement agree unequivocally that internal displacement can only be evaluated in terms of forcibly displaced people from one place to another within the territory of a country. However, the definitions of IDPs and refugee are generally confused and sometimes used interchangeably.

The reasons for this status confusion can be diverse. Some of them are as follows:

Both types of displacement—that is, internal displacement and displacement across an international border—were experienced in Karabakh by different ethnic groups. In other words, the same case provides appropriate examples on two separate issues.

The definitions of refugee and IDPs, two statuses of forced displacement, can sometimes be confused due to limited knowledge of legal definitions and sometimes due to concerns about political discourse. However, blurring the boundaries between statuses for political purposes is not a legally acceptable situation.

Forced displacement of people, together with the new developments in practice, has led to the emergence of new concepts in international law. These concepts include people in refugee-like situation -as it is used for Karabakh Armenians- and IDP-like situation. The emergence of new statuses due to needs may necessitate new rights and obligations. However, the lines between statuses can become even more blurred with the addition of gray areas that can be either against or in favor of status holders and permeability between these statuses.

response, (Access: 10.07.2024).

⁸¹AVEDIAN, Lillian: "Displaced Armenians of Artsakh Receive Aid, But No Status", <https://armenianweekly.com/2021/01/27/displaced-armenians-of-artsakh-receive-aid-but-no-status/>, (Access: 20.01.2024).

⁸²AVEDIAN.

⁸³SHAHVERDYAN.

⁸⁴SHAHVERDYAN.

The fact that IDPs in Azerbaijan and refugees and people in refugee-like situation in Armenia are given the same rights as refugees in the domestic legislation of these countries further deepens this conceptual complexity.

Studies on IDPs in other geographical regions, including Azerbaijan and Armenia, are new and fewer in number compared to studies on refugees. In fact, the number of IDPs exceeds the number of refugees worldwide in the last 10 years. Despite this, as mentioned above, IDPs are confused with refugees, and even the concept of “internal refugee” is used for IDPs.

Someone who is an IDP today has a very high potential to become a refugee in the future if their social and economic problems are not solved and safe return conditions are not provided. Revealing the difference between these two groups is necessary to work effectively on the causes and solution processes of forced displacement. Ending the status confusion is also important in terms of investigating the possibilities of forcibly displaced people to benefit from the rights appropriate to their status in the countries they go to and to return.

The second finding of this research is based on a societal implication. The social and political reflections of the Karabakh issue, which has its origins in the territorial disputes and ethnic conflict, need to be evaluated together. The Karabakh issue is beyond a political polemic that can be understood only through the lenses of leaders. This problem has also been shaped by the negative perceptions of Azerbaijani and Armenian communities towards each other. The negative stereotypes determine the discourse of leaders who want to increase their legitimacy by gaining the support of their people.

In Azerbaijan, this debate is based on how many IDPs want to return or not. During more than three decades, IDPs have established families in their new settlements. There is a possibility that their family members will also return with them. In addition, some IDPs who have created a new social and economic living space in these new settlements may not even consider returning.

150,000 Azerbaijanis who are expected to return worry 100,000 Karabakh Armenians who fled to Armenia. Armenians have concerns about the reflections of displacement experienced by Azerbaijanis in the past and current social dynamics that may be shaped under the influence of these traumatic experiences. Karabakh Armenians do not also believe that they will be able to get their political and cultural rights.

Third finding is related to political and governmental implication. Both Baku and Yerevan show similar reflexes in increasing their legitimacy by drawing attention to the Karabakh issue at home and abroad. This issue is open to politicization and securitization at both national and global level.

The Karabakh issue, which remains in memories with traumatic events in history, still serves as a mirror for politicians that magnifies successes and failures. In other words, IDPs and refugees have always been the most important subjects that make the destructiveness of war and the magic of victory more evident and visible. These groups are also likely to be instrumentalized for victimization policies.

In Azerbaijan, IDPs have benefited from state protection and support for a long time. Azerbaijan, which has the responsibility of protecting IDPs as stated in the Guiding Principles, was prepared for these people in terms of both its legal legislation and assistance.

Armenia aids these people with limited resources and accepts international support. Yerevan produces alternative solutions, including citizenship, for the status of these people in the future. If Karabakh Armenians become Armenian citizens, they will be deprived of the rights provided for refugees. However, they will have basic citizenship rights and duties such as voting. This situation creates a dilemma of “either being a citizen or a refugee” for the Karabakh Armenians. It is debatable which option Karabakh Armenians will choose.

Azerbaijan, where 20% of its territory was occupied for more than three decades and one-sixth of its population is IDPs, has taken on great financial obligations with the support and aid provided to IDPs. Azerbaijani officials had difficulties to make their voices heard. It seems that, thanks to the support of the diaspora, Armenia has the opportunity to draw attention to the problems of refugees, who constitute one-thirtieth of its society, more effectively. Moreover, this point has been reached in the last four years, which is a shorter period compared to Azerbaijan.

In the final analysis, forced displacement and the size of displaced groups, as in Karabakh, can be politicized and instrumentalized to justify their cause by states. However, statuses are individual-oriented and functions as a security armor for these individuals in terms of providing rights.

The Karabakh case constitutes a suitable example for addressing different types of forced displacement and provides significant data for other case studies in terms of status debates. The political, economic and social problems created by the Karabakh conflict, and the difficulties faced by forcibly displaced people will undoubtedly be the subject of new research. Third actors have been involved in this issue at the practical or discourse level and instrumentalized it. Therefore, the political discourses of national and international actors on IDPs and refugees can be another subject of study that requires further analysis. For all these reasons, Karabakh will maintain its place on the agenda after the 2020 war, this time regarding the return and settlement of those forcibly displaced after the conflict and will continue to set an example for similar cases.

BIBLIOGRAPHY

Al Jazeera: “Armenia Says more than 100,000 People Fled Nagorno-Karabakh”, <https://www.aljazeera.com/news/2023/9/30/more-than-80-percent-of-nagorno-karabaks-people-have-fled-armenia-govt>, (Access: 20.01.2024).

- Associated Press: “Russia Begins Withdrawing Peacekeeping Forces from Karabakh, Now under Full Azerbaijan Control”, <https://apnews.com/article/russia-azerbaijan-withdrawal-f60ed4e9ca5e78c071b77a2fa57cd765>, (Access: 11.07.2024).
- ATTAR, Aygün (Haşımzade): Karabağ Sorunu Kapsamında Ermeniler ve Ermeni Siyaseti, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 2012.
- AVEDIAN, Lillian: “Displaced Armenians of Artsakh Receive Aid, But No Status”, <https://armenianweekly.com/2021/01/27/displaced-armenians-of-artsakh-receive-aid-but-no-status/>, (Access: 20.01.2024).
- AYDINGÜN, İsmail/BALIM, Çiğdem (Ed.): Bağımsızlıklarının Yirminci Yılında Azerbaycan, Gürcistan ve Ukrayna, Türk Dilli Halklar-Türkiye ile İlişkileri, Atatürk Kültür Merkezi, Ankara 2012.
- BMMYK: Dünya Mültecilerinin Durumu Bir İnsanlık Sorunu, Oxford University Press, Oxford 1997.
- ÇAĞLA, Cengiz: Azerbaycan’da Milliyetçilik ve Politika, Bağlam Yayıncılık, Ankara 2022.
- ÇİÇEKLİ, Bülent: Yabancılar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- COHEN, Roberta/DENG Francis M.: “Mass Displacement Caused by Conflicts and One-sided Violence: National and International Responses”, SIPRI Yearbook 2009: Armaments, Disarmament and International Security, Security and Conflicts, 2009, p.15-38
- DEMİR, Ali Faik: Türk Dış Politikası Perspektifinden Güney Kafkasya, Bağlam Yayınları, İstanbul 2003.
- GARIBOV, Mahir: XX. Yüzyılda Ermenistan-Azerbaycan Dağlık Karabağ Sorunu, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 2017.
- GOLDMAN, Robert K.: “Internal Displacement: The Guiding Principles on Internal Displacement-Normative Status, and the Need for Effective Domestic Implementation”, ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law, 7, 2007, p.265-278.
- GÓRECKI, Wojciech: “Exodus of Armenians from Nagorno-Karabakh”, <https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/analyses/2023-10-03/exodus-armenians-nagorno-karabakh>, (Access: 16.07.2023).
- GÜN, Zübeyit: “Mülteci ve Göçmenlerle Yapılacak Alan Çalışmaları için Perspektifler: Bir Ön Çalışma,” in Çelebi, Özlen/ Özçürümmez Saime/ Türkay, Şirin (Ed.), İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Ankara 2011, p.271-286.
- HAIJEVA, Gunay: “More Azerbaijanis Resettle in Liberated Lands under Great Return Program”, <https://caspiannews.com/news-detail/more-azerbaijanis-resettle-in-liberated-lands-under-great-return-program-2023-10-26-14/>, (Access: 22.01.2024).
- IDMC: “Country Profile: Armenia”, <https://www.internal-displacement.org/countries/armenia>, (Access: 24.01.2024).
- IDMC: “Country Profile: Azerbaijan”, <https://www.internal-displacement.org/countries/azerbaijan>, (Access: 10.01.2024).
- IDMC: “Global Report on Internal Displacement 2024”, <https://api.internal-displacement.org/sites/default/files/publications/documents/IDMC-GRID-2024-Global-Report-on-Internal-Displacement.pdf>, (Access: 10.08.2024).
- İSAYEV, Tuğçe: “İkinci Dağlık Karabağ Savaşı Sonrasında İmzalanan Ateşkes Andlaşması’na göre Azerbaycanlı Göçmenlerin Yerlerine Dönüşü”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1), 2023, p.153-165.
- KARIMLI, İlham: “Another 35 Families Settle in Fuzuli under Azerbaijan’s ‘Great Return’ Program”, <https://caspiannews.com/news-detail/another-35-families-settle-in-fuzuli-under-azerbaijans-great-return-program-2024-3-28-0/>, (Access: 27.07.2024).
- KASIMLI, Cavid/EFEGİL, Ertan (Ed.), Dağlık Karabağ Üzerine Yazılar, Gündoğan Yayınları, İstanbul Aralık 2014.
- KUCERA, Joshua: “Despite the Warm Welcome, Karabakh Refugees in Armenia Are Struggling, Unsure Where to Go Next”, <https://www.rferl.org/a/karabakh-refugees-armenia-welcome-struggling-azerbaijan/32743624.html>, (Access: 27.04.2024).
- LIGHT, Felix: “Karabakh Refugees in Armenia Face Uncertainty and Poverty in Exile”, <https://www.reuters.com/world/asia-pacific/karabakh-refugees-armenia-face-uncertainty-poverty-exile-2023-12-04/>, (Access: 23.01.2024).
- MEHDIYEV, Mushvig: “Internally Displaced Azerbaijanis May Soon Start Returning to Liberated Zangilan”, <https://caspiannews.com/news-detail/internally-displaced-azerbaijanis-may-soon-start-returning-to-liberated-zangilan-2021-10-22-0/>, (Access: 10.06.2022).
- NATIQIZI, Ulkar: “Displaced Azerbaijanis Eye Return to Nagorny Karabakh”, <https://iwpr.net/global-voices/displaced-azerbaijanis-eye-return-nagorny-karabakh>, (Access: 14.01.2023).
- ODMAN, M. Tevfik: Mülteci Hukuku, AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 15, Ankara 1995.
- ODMAN, M. Tevfik: Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku, Çağ Üniversitesi Yayınları No: 15, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 7, Adana January 2011.
- Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE): “Statement by the OSCE Minsk Group Co-Chair Countries”, <https://www.osce.org/mg/51152>, (Access: 19.01.2024).
- ÖZARSLAN, Bahadır Bumin (Ed.), Kanayan Yara Karabağ, Astana Yayınları, Ankara 2016.
- PAZARCI, Hüseyin/DENK, Erdem: Uluslararası Hukuk, Revised 23rd Edition, Doruk Kitabevi, Ankara 2024.
- President of the Republic of Azerbaijan: “Statement by the President of the Republic of Azerbaijan, Prime Minister of the Republic of Armenia and President of the Russian Federation”, <https://president.az/en/articles/view/45923>, (Access: 25.05.2024).
- Refworld: “Azerbaijan: Law No. 668-IQ of 1999, Law on IDP and Refugee Status”, <https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/1999/en/18120>, (Access: 30.07.2024).
- Refworld: “Azerbaijan: Law No. 669-IQ of 1999 on Social Protection of Internally Displaced Persons and Persons Equated to Them”, <https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/1999/en/35646>, (Access: 30.07.2024).
- Refworld: “UNHCR CDR Background Paper on Refugees and Asylum Seekers from Armenia”, <https://www.refworld.org/docid/3ae6a6560.html>, (Access: 25.01.2024).
- Reliefweb: “‘Which Future Do We Have?’: Stories from Refugees in Armenia”, <https://reliefweb.int/report/armenia/which-future-do-we-have-stories-refugees-armenia>, (Access: 20.01.2024).
- Reliefweb: “Armenia – Refugees Crisis (DG ECHO Partners, Armenian Government, UN)”, <https://reliefweb.int/report/armenia/armenia-refugees-crisis-dg-echo-partners-armenian-government-un-echo-daily-flash-18-october-2023>, (Access: 23.01.2024).
- Reliefweb: “Azerbaijan: As Azerbaijani Forces Assume Full Control over Nagorno-Karabakh, It Must Respect and Protect the Rights

- of Local Ethnic Armenians”, <https://reliefweb.int/report/azerbaijan/azerbaijan-azerbaijani-forces-assume-full-control-over-nagorno-karabakh-it-must-respect-and-protect-rights-local-ethnic-armenians>, (Access: 31.07.2024).
- SHAHVERDYAN, Lilit: “Armenia to Offer Refugee Status to Displaced Karabakhis”, <https://eurasianet.org/armenia-to-offer-refugee-status-to-displaced-karabakhis>, (Access: 24.01.2024).
- State Committee for Affairs of Refugees and Internally Displaced Persons of the Republic of Azerbaijan: “History” <http://idp.gov.az/en/content/1/parent/1>, (Access: 23.08.2023).
- State Committee for Affairs of Refugees and Internally Displaced Persons of the Republic of Azerbaijan: “Statecare”, <http://idp.gov.az/en/care/parent/21>, (Access: 23.08.2023).
- State Committee for Affairs of Refugees and Internally Displaced Persons of the Republic of Azerbaijan: “Qaçqınların və Məcburi Köçkünlərin (ölkə daxilində köçürülmüş şəxslərin) Statusu Haqqında”, <http://idp.gov.az/en/law/93/parent/15>, (Access: 23.08.2023).
- State Committee for Affairs of Refugees and Internally Displaced Persons of the Republic of Azerbaijan: “Məcburi Köçkünlərin və Onlara Bərabər Tutulan Şəxslərin Sosial Müdafiəsi Haqqında”, <http://idp.gov.az/en/law/92/parent/15>, (Access: 23.08.2023).
- SUR, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, Revised 12th Edition, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2018.
- SZECHENYI, Bence X./CHAKARIAN, Ella: “Karabakh Refugees Grappling with New Realities”, <https://eurasianet.org/karabakh-refugees-grappling-with-new-realities>, (Access: 27.06.2024).
- The Moscow Times: “Russian Peacekeepers Complete Withdrawal from Nagorno-Karabakh”, <https://www.themoscowtimes.com/2024/06/12/russian-peacekeepers-complete-withdrawal-from-nagorno-karabakh-a85385>, (Access: 12.07.2024).
- Trend News Agency: “‘Great Return Program is Being Successfully Implemented,’ President Ilham Aliyev”, <https://en.trend.az/azerbaijan/politics/3689984.html>, (Access: 02.01.2023).
- UN Armenia: “Nagorno-Karabakh Crisis Support”, <https://armenia.un.org/en/132322-nagorno-karabakh-crisis-response>, (Access: 10.07.2024).
- UN General Assembly: “76th session, 11th plenary meeting, Annex V Address by Mr. Ilham Heydar oğlu Aliyev, President of the Republic of Azerbaijan”, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n21/262/85/pdf/n2126285.pdf>, (Access: 16.08.2024).
- UN: “Karabakh Emergency Escalates, Thousands Still Pouring into Armenia: UN Agencies”, <https://news.un.org/en/story/2023/09/1141662>, (Access: 17.01.2024).
- UN: “Refugees”, <https://www.un.org/en/global-issues/refugees>, (Access: 11.06.2024).
- UN: “The Bishkek Protocol”, <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/Bishkek%20Protocol.pdf>, (Access: 03.04.2023).
- UNHCR Armenia: “Persons in a Refugee-like Situation”, [https://www.unhcr.org/am/en/persons-in-refugee-like-situation#:~:text=Persons%20in%20a%20refugee%20like%20situation%20are%20groups%20of%20persons,%20\(UHCR%20C%202013](https://www.unhcr.org/am/en/persons-in-refugee-like-situation#:~:text=Persons%20in%20a%20refugee%20like%20situation%20are%20groups%20of%20persons,%20(UHCR%20C%202013), (Access: 01.04.2024).
- UNHCR, “Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees”, <https://www.unhcr.org/media/convention-and-protocol-relating-status-refugees>, (Access: 15.05.2024).
- UNHCR: “Convention Relating to the Status of Stateless Persons”, https://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1954-Convention-relating-to-the-Status-of-Stateless-Persons_ENG.pdf, (Access: 12.03.2025).
- UNHCR: “Key Considerations for Returns to Nagorno Karabakh and the Adjacent Districts”, <https://www.refworld.org/pdfid/5fc0e1e24.pdf> (Access: 20.01.2024).
- UNHCR: “Persons in a Refugee-like Situation”, <https://www.unhcr.org/am/en/persons-in-refugee-like-situation>, (Access: 19.01.2024).
- UNHCR: “Refugee Data Finder, Overview”, <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/insights/explainers/forcibly-displaced-pocs.html>, (Access: 10.04.2024).
- UNHCR: “Refugee Data Finder, Persons Who Are Forcibly Displaced, Stateless and Others of Concern to UNHCR”, <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/methodology/definition/>, (Access: 12.07.2024).
- UNHCR: “Refugees and Asylum-Seekers”, <https://www.unhcr.org/am/en/refugees-asylum-seekers>, (Access: 25.07.2024).
- UNHCR: “The 1951 Refugee Convention”, <https://www.unhcr.org/about-unhcr/who-we-are/1951-refugee-convention>, (Access: 11.04.2024).
- UNHCR: “UNHCR’s Operational Experience with Internally Displaced Persons”, Geneva 1994.
- UNHCR: “Who is an ‘Asylum-seeker’?”, <https://www.unhcr.org/asylum-seekers>, (Access: 10.03.2024).
- VARTANYAN, Olesya: “Armenia Struggles to Cope with Exodus from Nagorno-Karabakh”, <https://www.crisisgroup.org/europe-central-asia/caucasus/armenian-azerbaijani-conflict-armenia/armenia-struggles-cope-exodus>, (Access: 15.05.2023).
- WYNDHAM, Jessica: “A Developing Trend: Laws and Policies on Internal Displacement”, Human Rights Brief, 14(1), 2006, p.7-37.
- YILDIRIM, Dursun/ÖZÖNDER, M. Cihat: Karabağ Dosyası, 2nd Edition, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları: 118, Seri: III, Sayı: A31, Ankara 1991.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazarlar Arzu TURGUT ve Ali Faik DEMİR, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Arzu TURGUT and Ali Faik DEMİR, who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından birlikte hazırlanmıştır. | This article has been co-written by the authors.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İNÜHF'd'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İNÜHF'd'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İNÜHF'd'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The authors declare that they complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do

not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

PRINCIPATUS DÖNEMİ BÜROKRASİSİNDE HUKUKÇULARIN YERİ
THE POSITIONS OF JURISTS IN THE BUREAUCRACY OF THE PRINCIPATUSSevil YILDIZ *  10.21492/inuhfd.1643257 **Makale Bilgi**Gönderi: 19/02/2025
Kabul : 20/03/2025**Anahtar Kelimeler**Bürokrasi,
Yüksek Devlet
Memurlukları,
Hukukçular.**Özet**

Roma'da bir bürokratik yapının varlığından ancak *Principatus* dönemi itibarıyla söz edilebilir. Bu, ilk imparator *Augustus*'un temellerini attığı bir yapıdır. İmparator *Augustus*, Cumhuriyet Dönemi'nden kalan *magistra*'lıkların görev tanımlarına yeni bir düzen vermiş, yeni bir memuriyet sistemi ve memurluk makamları kurmuştur. Bu kapsamda özellikle *consilium principis*, *praefectus*'lar ve imparatorluğa bağlı bürolar öne çıkmış, dönemin hukukçularının bu memuriyetlerde görevlendirildikleri görülmüştür. İmparator *Hadrianus* Dönemi'ne dek, yaklaşık olarak 144 yıl boyunca *Augustus*'un kurduğu sistem büyük bir değişim göstermemiş ancak gelişmiştir. İmparator *Hadrianus* ise bu sistemde önemli değişiklikler ve yenilikler yapmış, sisteme ileri bir yön vermiştir. İmparator *Hadrianus* Dönemi'nden İmparator *Severus Alexander* Dönemi sonuna dek devlet memurlukları oldukça gelişmiş, hukukçuların bu memurluklardaki etkinliği artmıştır. Böylece Klasik Dönem hukukçularının bürokratik yapı içindeki varlıkları Roma İmparatorluğu'nun hukukî ve idarî alanlarında önemli derecede etkili olmuştur. *Hadrianus* Dönemi'ne dek bürokraside yer alan hukukçuların Roma hukukunun gelişiminde oynadıkları önemli rol, Cumhuriyet Dönemi'nden Geç *Principatus* Dönemi denebilecek İmparator *Hadrianus* Dönemi'ni de içine alan zamana ait hukukun "*hukukçuların hukuku*" olarak tanımlanmasına yol açmıştır.

Article InfoReceived: 19/02/2025
Accepted: 20/03/2025**Keywords**Bureaucracy,
Senior Government
Positions,
Jurists.**Abstract**

The existence of a bureaucratic structure in Rome can only be mentioned from the *Principate* period onward. This is a structure that was founded by the first emperor, *Augustus*. Emperor *Augustus* reorganized the definitions of duties for the *magistracies* inherited from the Republic, establishing a new system of civil service and official positions. In this context, the *consilium principis*, *praefects*, and offices related to the empire became prominent, and it can be seen that the jurists of the period were appointed to these positions. Until the reign of Emperor *Hadrianus*, the system established by *Augustus* remained largely unchanged for approximately 144 years, even though it underwent gradual development. Emperor *Hadrianus* made significant changes and innovations to this system, advancing its direction. From the time of Emperor *Hadrianus* to the end of the reign of Emperor *Severus Alexander*, the civil service developed considerably, and the effectiveness of jurists in these positions increased. Thus, the presence of jurists of the Classical period within the bureaucratic structure had a significant impact on the legal and administrative fields of the Roman Empire. Until the time of *Hadrianus*, the important role played by jurists in the bureaucracy contributed to the development of Roman law, leading to the characterization of the law of the time—including the period from the Republic to what can be referred to as the Late Principate Period of Emperor *Hadrianus* the "law of the jurists."

* Arş. Gör. Dr. Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: YILDIZ Sevil, "Principatus Dönemi Bürokrasisinde Hukukçuların Yeri", İnÜHFD, 16(1), 2025, s.140-152. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

During the Principate Period in Rome, a new administrative system was established in which all administrative authority was concentrated in the hands of a single individual (the princeps). This individual was hierarchically positioned at the top, organized with various administrative offices that reported to him in a gradual manner. In other words, the first Emperor/Princeps Augustus established a bureaucratic system for the governance of the Roman Empire. Prior to this, during the Republic Period, the state was managed by the Roman People, Magistrates, Popular Assemblies, and the Senate, without any hierarchical dependency among them. Therefore, it was not possible to speak of the existence of a bureaucratic structure during the Republic Period. Consequently, a primary aim of this study has been to investigate the emergence of bureaucratic structures for the first time, along with the agents that facilitated it, the conditions, the socio-economic background, and the process of its formation.

Within this framework, the first major section of the study is titled "The Bureaucratic Structure Established during the Reign of Emperor Augustus." Under this title, magistrates who continued their duties from the Republic Period during the Time of Augustus have been examined with a focus on the changes in their scope of responsibilities. Subsequently, the elements of the new system established by Emperor Augustus have been **introduced**, including the consilium principis, praefectures, and imperial offices.

In the concluding part of this main section, "The Legal Status of State Officials" has been explored. This represents one of the most significant questions this study aims to address and constitutes the second step of the research. While Roman jurists made substantial contributions to law prior to the Principate Period, these contributions occurred within relatively limited areas of activity. However, with the onset of the Principate Period, these areas expanded, and the contributions of Roman jurists in legal and administrative fields elevated Roman law to the highest legal standing in its history. This period is referred to as the "Classical Legal Period" in legal history, and the jurists of this time are known as "Classical Jurists." The legal activities of Classical Jurists during this period generally included "ius respondendi" (the right to respond to legal inquiries on behalf of the Emperor), serving as civil servants in imperial offices (a libellis, ab epistulis, cognitionibus) and functioning as legal advisors in the Emperor's consilium (consilium principis), participating in high-level administrative roles such as praefectures (including praefectus urbi, praefectus vigilium, praefectus annonae, praefectus praetorio, and praefectus aegypti) which are senior positions subordinate to the Emperor, and serving as governors in provinces associated with the Emperor and the Senate, thus participating in the administration beyond the city of Rome. Therefore, the involvement of jurists in governance **was** a significant step toward strengthening the bureaucratic structure and ensuring more effective administration. During the Augustus Period, imperial governance was able to successfully develop a qualified administrative structure capable of fulfilling complex and diverse duties.

Augustus's successors continued to establish and develop the bureaucratic structure he laid down, albeit at a slower yet steady pace within the framework he delineated. However, although the system evolved, it largely remained unchanged. The second research question of the study is: What enabled the bureaucratic structure, which had been established and initiated, to undergo a developmental process that ensured its effective and comprehensive operation? This question has found its answer within the second main heading of the study: "The Bureaucratic Structure during the Reign of Emperor Hadrian." Emperor Hadrian introduced a completely new order to the Roman civil service system. He also reorganized the functions of the imperial offices. The imperial council, *consilium principis* was restructured, and its members predominantly consisted of full-time, paid legal officials from the equestrian class. Almost all jurists of the period became members of this consilium. Similarly, the appointment of jurists to the praefectures and governorships significantly increased. Under this heading, the roles of Emperor Hadrian and subsequent emperors in appointing jurists to bureaucracy until the end of the reign of Alexander Severus have been detailed. Therefore, by listing esteemed jurists whose significant contributions have reached the present day and laid the foundations for contemporary legal institutions and rules, the study emphasizes their participation in imperial administration. These jurists were well-versed in legal matters and closely connected to Rome's social and economic life, business, and relationships. Their reputations were significantly tied to their connections with the imperial regime, the consultancies to which they were appointed by the Emperor, and their official roles within the imperial bureaucracy. Undoubtedly, both the Roman Empire and we, as contemporary jurists, owe much to the Classical jurists.

As observed, the historical framework that forms the focus of our study is confined to the Principate Period (27 BC - 235/284 AD), with references made to the Republic Period where necessary for clarity. The primary method employed for this study has been a review of existing literature, complemented by translating Latin texts and drawing comparisons among original sources that have survived to the present day, thereby solidifying our findings. Predominantly, sources in Latin, English, and Turkish have been utilized, adopting an interdisciplinary approach that incorporates history, political science, public administration, sociology, biographical literature, and law.

The primary sources of the study include the originals of Classical Legal texts contained in the Digest section of the Corpus Iuris Civilis, along with the original and translated works of Roman authors who lived and produced works during the Roman Empire, both jurists and historians. These Latin sources have been translated and analyzed by the author of this study. However, the specific citations of the texts have mostly not been provided within the main body but have been referenced in footnotes for interested readers. Based on these sources, the framework and historical trajectory of the study have been constructed, and the validity of the information at hand has been **assessed** through these references. The secondary sources naturally comprise the monographs, articles, general works, and textbooks of contemporary Romanists. Through these sources, the connections of Rome's classical jurists to bureaucracy have been established. Hence, the study seeks to fulfill the identified gaps concerning contemporary knowledge about Roman Public Law relevant to our topic.

In conclusion, this work aims to provide a comprehensive overview of the emergence, structure, and development of the bureaucratic system during the Principate Period, highlighting the pivotal contributions of both Augustus and Hadrian, and underscoring the enduring legacy of Classical jurists in shaping Roman law and administrative practice.

I. GİRİŞ

Roma'nın Cumhuriyet Dönemi'nde bürokratik bir yapının varlığından söz etmek mümkün değildir. Bu dönemde devlet yönetiminde yetkili siyasal organlar; *magistra*'lar, halk meclisleri ve senatodur. Roma, bir dünya imparatorluğu haline gelirken önce Latin Birliği'ni kurmuş, sonra İtalya'da federatif bir yapı kurarak hakimiyeti altına aldığı diğer bölgeleri eyaletlere (*provincia*) bölmüş, her bir eyaletin yönetimi için bir vali (*proconsul*)¹ atayarak bu valilerin komuta ettiği bir de ordu görevlendirmiştir². Ancak valiler de *imperium* sahibi birer *magistra* olarak eyalet yönetimini üstlendikleri için, yönetimdeki otoriteleri bürokratik bir bağ dahilinde değildir. Valilerin gönderildikleri eyaleti nasıl yönetecekleri, senatoya ait bir kurul tarafından çıkarılan beyannameye göre belirlenmekteydi. Bu beyannameye eyaletin sınırı, eyalette yaşayan halkın durumu, vergi oranları ve mahallî yönetimin yetkileri belirlenmekteydi. Beyannameye uyup uymamak ise bütünüyle valinin görev bilincine ve namus duygusuna bağlıydı³.

Nitekim Cumhuriyet Dönemi'ni sona erdiren nedenlerden birini de eyaletlerin kötü yönetimi oluşturmaktadır. Eyalet valileri, *imperium*'a sahip olan *magistra*'lar olduklarından, yargılama makamı, ordu komutanı, eyaletin en yüksek mülkî amiri sıfatıyla eyaleti yönetme, vergi salma gibi yetkilere sahip olan valilerin *imperium*'larını kötüye kullanmaları durumunda onların otoritesini sınırlayabilecek, veto hakkı gibi, hiçbir siyasal araç yoktu. Yönetimde denetimsiz olmaları, iktidarlarını sınırlayabilecek bir merkezi otorite bulunmaması onların keyfi bir yönetim sergilemesine ve talepleri kabul edilmediğinde de ayaklanmalarına yol açmıştır. Bu da Cumhuriyet Dönemi'ni zayıflatmıştır⁴.

Ayrıca yine bu dönemde birtakım özel girişimlerle vergi ve tarım alanlarında birlikler kurulmuş ve bu şekilde idari yapılanmalar oluşturulmuş olsa da bunlar özel girişimler olarak kalmıştır. Sonuç olarak Cumhuriyet Dönemi sonunda *Caesar*'ın Roma Devleti için örgütlenme planları, plandan öteye geçememiştir⁵.

İmparator *Augustus*'la başlayan *Principatus* Dönemi'nde (İlk İmparatorluk Dönemi) ilk olarak bürokratik yapıdan söz edebiliriz. İmparator *Augustus*'un imparatorluğu boyunca çok geniş kapsamlı bir *auctoritas*'a sahip olduğu, pek çok yetkiyi kendinde topladığı düşünüldüğünde, bir bürokratik yapı oluşturmada aslında şaşırtıcı gelebilir⁶.

Augustus, iktidarı döneminde güçlü ve etkin bir yönetim sergilemiş⁷ ve cumhuriyet rejimi ile monarşi arasında bir sistem kurmaya, kendi kişisel otoritesini sarsmadan, geleneksel kamu hukuku organlarını korumaya yönelik bir siyasal sistem getirmiştir⁸. *Augustus*, cumhuriyetin organlarını yeni gereksinimlere uygun hâle getirmiş ve onlardan daha etkili yeni organlar eklemiştir⁹.

Augustus, devletin üç temel erki olan yasama, yargı ve yürütme alanında çok önemli değişikliklere imza atmış, bunların halkın ve senatonun benimsemesini sağlamak, adil bir yönetim sergilendiğini göstermek için dönemin hukukçularına bu siyasal yapıda etkin bir rol vermiştir.

Gerçekten Roma Devleti'nin her döneminde hukukçular etkin bir rol oynamıştır. Cumhuriyet Dönemi'nde, *praetor*'lar tarafından kendilerine yeni dava türleri hakkında danışılmış, en önemli hukukî faaliyetleri ise kendilerine yöneltilen hukukî soruları cevaplandırmaları olmuştur. Bu sorular bir davanın tarafları yahut yargıcı tarafından yöneltilirdi. Hukukçuların bu soruları; hukuk kurallarını, karşılarına getirilen dava konusu somut olaya uygulanacak şekilde akıl yürüterek yanıtlamasına *responsa*¹⁰ denmekteydi. *Responsa*'lar bu aşamada henüz bağlayıcı değildi, yine de somut anlaşmazlık çözümleri için de hukukun gelişimi için de oldukça önemliydi¹¹.

¹ Örneğin ünlü hatip Cicero, MÖ 50-51 yıllarında Kilikia Eyaleti'nde valilik yapmıştır. GOLDSWORTHY, Adrian: Pax Romana: War, Peace and Conquest in the Roman World, Hachette UK, London, 2016, s. 245; Cicero, *Epistulae ad Atticum*'da valiliğinden şöyle bahsetmiştir: “*Toplulukları kurtardım ve vergi toplayıcılarını fazlasıyla memnun ettim. Hiç kimseyi küçümseyen davranışlarla gücendirmedim. Sadece adil, sert kararlarla çok az kişiyi etkiledim ama bunlar asla bir şikâyetle bulunacak kadar çüretkâr olmalarına neden olmadı. Zafer kazandım ve askeri başarılarım bir zafer kutlamasını hak ediyor...*” (Cicero ad Att. 6.3.3) BRAUND, David, “Introduction: the Growth of the Roman Empire (241BC-AD193)” The Administration of the Roman Empire: 241 BC.-AD. 193, 18, 1988, p. 1-14, s. 5.

² DEMİRCİOĞLU, Halil, “Roma Devletinin Eyalet (Provincia) Sistemi Hakkında”, Tarih Araştırmaları Dergisi, 5(8), 1967, s. 443-459, s. 453; TAŞDÖNER, Kerem: Anadolu'da Roma Eyaletleri Augustus Dönemi, Bilge Kültür Sanat, İstanbul, 2017, s. 45; KUNKEL, Wolfgang (Trans. by J. M. Kelly): An Introduction to Roman Legal And Constitutional History, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 1973, s. 40.

³ SÖĞÜTLÜ, Özlem: Roma Özel Hukuku (Roma Özel), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 78.

⁴ DEMİRCİOĞLU, s. 449-450; KUNKEL (Trans. by J. M. Kelly), s. 42.

⁵ SCHILLER, A. Arthur, “Bureaucracy and the Roman Law,” (Bureaucracy), Seminar 7, p. 26-48, s. 27; TÜRKOĞLU, Halide Gökçe, “Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı” (İdari Yapı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), 2009, s. 251-289, s. 279.

⁶ JONES, Arnold Hugh Martin: Studies in Roman Government and Law, Basil Blackwell, Oxford, 1960, s. 3; Kunkel (Trans. by J. M. Kelly), s. 55.

⁷ “*Augustus Dönemi'nde Vergilius tarafından yazılan Aeneas destanında, Roma'nın kuruluş efsanesinin başkahramanı Aeneas, İmparator Augustus'un kişiliğine büründürülmüş, Romanın bu yeni yönetim biçimi de kentin yeniden kuruluşu olarak yansıtılmıştır.*” DÜRÜŞKEN, Çiğdem: Roma'nın Gizem Dinleri, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul 2011, s. 36.

⁸ SÖĞÜTLÜ, Roma Özel, s. 78.

⁹ MOSCA, Gaetano (Çev. Mukbil Özyörük): “Roma ve Ortaçağ”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2-4), 1946, s. 532-564, s. 534; ÖZBAY, Ümit Vefa, “Augustus Dönemine ve Augustus Kanunlarına Genel Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (172), 2024, s. 227-262, s. 238.

¹⁰ Geç Cumhuriyet Dönemi'nden itibaren ve Klasik Dönem boyunca hukukçuların *responsa*'ları, kendileri yahut öğrencileri tarafından; “*Responsa, Epistulae, Quaestiones, Disputationes*” gibi isimlerle derlenmiş, *Corpus Iuris Civilis*'in *Digesta* bölümünde de yer almıştır (SCHILLER, A. Arthur, “The Nature and Significance of Jurists Law,” (BULR), Boston University Law Review 47(1), 1967, p. 20-39, s. 33); TAMER, Diler: Roma Hukuku Cilt I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 36.

¹¹ SCHILLER, BULR, s. 29.

İmparator Augustus, hukukçuların *responsa* faaliyetlerine yeni bir boyut kazandırmış ve hukukçuların bazılarına “*ius respondendi publicae*”yı, yani kendilerine sorulan sorulara imparator adına cevap verme yetkisini tanımıştır¹².

Ius publicae respondendi bütün hukukçulara verilmiş değildir¹³. Augustus, hukukçuların bir kısmına bu yetkiyi vermiş ve böylece onları kendisine bağlamış, yetkiyi vermediği diğer hukukçuların da etkinliklerini fiilen sınırlandırmıştır¹⁴.

Bu dönemde sistem-dışı yargılama (*cognitio extra ordinem*) olarak adlandırılan yeni bir yargılama usulüne geçilmiştir¹⁵. Yeni yargılama sistemiyle birlikte hem özel hukuk alanında hem de kamu hukuku alanında yeni birçok hukukî kurum oluşmuştur. Bu kurumların anlaşılması, gelişmesi, bu usulün etkin olması amacı da İmparator Augustus tarafından hukukçulara tanınan ve sonraki imparatorlarca da devam ettirilen “*imparator adına hukuksal sorunlara cevap verme yetkisi*” ile hukukçuların faaliyetlerine özellikle önem kazandırmıştır. Böylece onlar, en üst yargı makamı olan imparator adına hukuksal sorunları çözdükleri için yargılama makamı olma vasfını da elde etmişlerdir¹⁶.

Ius publicae respondendi, senato sınıfından kimi seçkin hukukçuların, kamuya açık ve mahkemeler üzerinde bağlayıcı etkisi olan cevaplar vermesidir. Kurmuş olduğu yeni yönetim düzeninde, dönemin büyük hukukçularının bilgi ve görüşlerinin etkili olmasını istemiş ve hukukçuları adaletin sağlanmasında önemli bir rehber konumuna getirmiştir¹⁷. Böylece hem adaleti sağlayacak hem Roma hukukunu en yüksek seviyesine çıkaracak hem de kendi egemenliği altında, bu egemenliği güçlendirecek bir sistem kuracaktır. Bir diğer deyişle *ius publicae respondendi*’nin ortaya çıkışında hukukî amaçların yanında, siyasî etken de göz ardı edilmemelidir¹⁸.

O dönemin hukukçuları, vatandaş hukuku (*Ius Civile*) ve *praetor* hukuku (*Ius Praetorium*) alanında yazdıkları şerhler ve somut olay değerlendirmeleriyle ve *ius publicae respondendi* ile hukukun gelişmesinde önemli rol oynamışlardır¹⁹. Papinianus’a göre bunlar “*auctoritas prudentium*”dur²⁰ ve pozitif hukukun kaynağıdır²¹.

Hukukçular, İmparator Augustus zamanından başlayarak *Principatus* Dönemi’nin sonuna değin, sadece yargılama makamı olmak hasebiyle değil, bürokrasi de yer almak suretiyle de Roma hukukunun gelişmesine katkıda bulunmuşlardır.

Çalışmamız, Romalı hukukçuların hukuka etkilerini Roma’nın *Principatus* (İlk İmparatorluk) Dönemi’ndeki bürokratik yapı çerçevesinde incelemeyi amaçlamaktadır. Bu kapsamda ilk olarak Augustus Dönemi’nde bürokratik yapının ortaya çıkışı ele alınmış ve hukukçuların bu yapı içerisindeki yerleri belirlenmiştir. İkinci olarak ise bürokratik yapıda bir dönüm noktası olarak görebileceğimiz İmparator Hadrianus Dönemi ve devlet memuru hukukçular ele alınmıştır.

¹² DI MARZO, Salvatore (Çev. Ziya UMUR): Roma Hukuku, 5. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s. 11; *Ius publicae respondendi* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, “*Ius Respondendi*’ye İlişkin Bazı Görüşler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 64(2), 2006, s. 235-245; ayrıca bkz. Inst. Inst. 1.2.8

¹³ Örneğin *ius publicae respondendi*’nin büyük hukukçu Labeo’ya verilmeyişi bilmekteyiz. Öte yandan İmparator Augustus tarafından Labeo’ya *consul*’lük için adaylığını koymasının teklif edildiğini ancak kendisinin fikren Cumhuriyet yönetimine, hukuk, felsefe ve diğer alanlardaki çalışmalarına bağlılığı sebebiyle bunu reddettiğini de bilmekteyiz. GÜNEŞ CEYLAN, s. 245.

¹⁴ GÜNEŞ CEYLAN, s. 235.

¹⁵ Bu bağlamda *cognitio extra ordinem* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KASER, Max, “The Changing Face Of Roman Jurisdiction”, Irish Jurist, 2(1), 1967, p. 129- 143, s. 137 vd; ARSAL, Sadri Maksudi: Umumi Hukuk Tarihi, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948, s. 383.

¹⁶ SÖĞÜTLÜ, Roma Özel, s. 84; Kaser, s. 139.

¹⁷ KUNKEL (Translated by. J. M. KELLY), s. 108; SÖĞÜTLÜ, Özlem, “Roma Hukukunda Elegancia Iuris Kavramı” Prof. Dr. Metin Günday Armağanı (Elegancia Iuris), Atılım Üniversitesi Yayını, 2, 2020, s. 1237-1276, s. 1243.

¹⁸ DI MARZO, s. 11; GÜNEŞ CEYLAN, s. 244.

¹⁹ “Klasikler hukuk bilimini, sıra sıra kavramlar veya teknik kuralların bir araya getirilmesi olarak değil, somut olayın en doğru biçimde çözüme kavuşturulması ve bu sırada gösterilen bilgelik ve sergilenen muhakeme yeteneği olarak kavramışlardır.” SÖĞÜTLÜ, Elegancia Iuris, s. 1245; TÜRKOĞLU, Halide Gökçe, “Hukukun Kaynağı Olarak İmparatorların Yazılı Cevapları (Rescriptum)” (Rescriptum), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(2), 2008, s. 133-152, s. 135; D. 3.1.1 (Ulpianus); D. 15.1.58 (Scaevola)

²⁰ *Auctoritas prudentium*, hukukçuların bilgilerindeki etkinliklerini, alanlarındaki otoritelerini, birer hukuk alimi olarak halk nezdindeki itibarlarını ifade eder. SÖĞÜTLÜ, Elegancia Iuris s. 1244; SCHILLER, A. Arthur, “Jurists’ Law” (Jurists), Columbia Law Review, 58(8), 1958, p. 1226-1238, s. 1230; DE ZULUETA, Francis, “Reflections on Gaius 1. 7,” Tulane Law Review, 22(1), 1947-1948, p. 173-179, s. 175.

²¹ D. 1.1.7.pr. (Papinianus); D. 1.2.2.12 (Pomponius)

II. İMPARATOR AUGUSTUS DÖNEMİNDE KURULAN BÜROKRATİK YAPI

A. Cumhuriyet Döneminden Kalan Magistra'lıklar

Cumhuriyet Dönemi'nde Roma toplumunun işlerinin idaresi ile görevli kimisi *imperium*²² kimisi *potestas*²³ sahibi olan makamlar olan *magistra*'lıklar; *dictator*²⁴, *consul*, *praetor*, *ensor*²⁵, *aedilis curulis*²⁶, *tribunus plebis*²⁷ ve *quaestor*'dur. Bu *magistra*'lardan *imperium* sahibi olanlar; *dictator*, *consul*, *praetor* ve *ensor* için *magistratus maiores*; *potestas* sahibi olan *aedilis curulis*, *tribunus plebis* ve *quaestor* için de *magistratus minores* ifadeleri kullanılmaktadır²⁸.

Principatus Dönemi'nde *magistra*'lıklar tamamıyla ortadan kaldırılmamıştır. Bazı *magistra*'lık makamları varlıklarını sürdürmüş ancak yapılan düzenlemelerle görev ve yetkileri Cumhuriyet Dönemi'nden farklılaştırılmış, bu *magistra*'lıklar zamanla birer şeref makamı haline getirilmiştir²⁹. İmparatorluk Dönemi'nde varlığını sürdüren *magistra*'lıklar imparatorun egemenliği altındadırlar. *Magistra*'ların halk meclisleri tarafından seçilmesi usulü İmparator *Augustus* Dönemi'nde de devam etmiştir³⁰. Bu dönemde görevlerini sürdüren *magistra*'lar; *consul*'ler, *praetor*'lar ve *quaestor*'lardır³¹.

Consul'lük makamı, Cumhuriyet Dönemi'nde olduğu gibi bir yıllığına seçilen iki kişiden oluşmaktaydı. İmparator *Augustus* MÖ 31-MÖ 23 yılları arasında bu *consul*'lerden biri olarak seçilmiştir³². Diğer *consul* ise görev süresi boyunca devleti yönetme yetkisiyle donatılmaktan daha ziyade imparatora bağlı bir yüksek memur gibiydi. MÖ 23 yılından itibaren *proconsul*³³ olan İmparator *Augustus*, *consul*'lük hakkından vazgeçmişti³⁴. *Proconsul* olan İmparator *Augustus*, orduların yerleştirildiği, askerî önemi büyük olan eyaletlerin yönetimini kendi eline almıştır. Diğer eyaletlerin yönetimini ise Cumhuriyet Dönemi'nden gelen bir geleneğe uygun olarak senatoya bırakmıştır³⁵.

Bu dönemden itibaren İmparatorluk Dönemi boyunca *consul*'lük makamı, *imperium* sahibi olmaksızın, varlığını sürdürmüştür. *Consul*'ler senatoya başkanlık yapmakta ve bazı yargı yetkileri bulunmaktadır. İmparatorluk makamı boş bulunduğu zamanlarda geçici olarak yönetimi üstlene de

²² Kamu hukuku anlamında *imperium*, Cumhuriyet Dönemi'nde, *magistra*'ların, devletin/Roma halkının gücünü temsil etme, kendi görev alanlarında fiilen kullanma yetkisidir. Bu *magistra*'lara, yüksek *magistra*'lar da denmektedir. Orduyu komuta etmek, vatandaşları askere çağırarak, halk meclislerini toplantıya çağırarak, kanun teklifinde bulunmak, görev alanlarında emir ve ceza vermek yetkileri bu *magistra*'ların *imperium* sahibi olmalarından kaynaklı yetkililerdir. İmparatorluk Dönemi'nden itibaren ise bu kavram, imparatorun egemenliğini ifade eder. UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lügati (Lügat), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s. 84; BERGER, Adolf/CLARK, David, "Encyclopedic Dictionary of Roman Law: Transactions", American Philosophical Society 43(2), Reprinted 1991, s. 494.

²³ Kamu hukukunda *potestas*, genel anlamda bir *magistra*'nın sahip olduğu gücü, hak ve yetkileri ifade eder. Cumhuriyet Dönemi'nde *imperium*'u olmayan (*sine imperio*) *magistra*'ların yetkisini ifade edecek şekilde kullanılmıştır. *Potestas* sahibi *magistra*'lar; orduyu idare etmek, meclislere çağrı yapmak, görev alanlarında emir ve ceza vermek gibi yetkilerine sahiptir. *Imperium* sahibi olan *magistra*'lardan farklı olarak *potestas* sahibi *magistra*'lar kanun teklifinde bulunamaz. UMUR, Lügat, s. 164; BERGER/CLARK, s. 640.

²⁴ İmparator *Augustus* tarafından kaldırılmış bir makamdır. *Dictator*'lük hakkında çeşitli görüşler için bkz. COHEN, David, "The Origin of Roman Dictatorship", *Mnemosyne* 10(4), 1957, p. 300-318; Türkoğlu, İdari Yapı, s. 269.

²⁵ MÖ 435 yılında *consul*'lük makamından ayrılarak bağımsız bir makam haline gelen *ensor*'luğa atanan iki kişiden oluşur. Her beş yılda bir seçilir, 18 aylık bir süre için görev yaparlardı. Görevi, Roma vatandaşlarını, sosyal, ekonomik, askerî açılardan sınıflandıran bir nüfus sayımı yapmak ve *census* ismindeki listeleri hazırlamaktır. Bu *magistra*'lığın görevlerinin büyük bir bölümü zamanla memurlara verilmiş bu nedenle de bu makam zamanla önemini yitirmişti. Ayrıca geleneklerin koruyucusu unvanını taşıyan İmparator *Augustus*, *ensor*'luk makamının yetkilerinin bir kısmını kendi üzerine almıştır. SCHILLER, A. Arthur: Roman Law: Mechanism of Development (Mechanism), Walter de Gruyter, New York, 1978, s. 182; KÜÇÜK, Eşref, "Roma Halkının İki Özgürlük Kalesi: Provocatio ad Populum ve Tribunus Plebis." (Provocatio ad Populum), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2015, s. 127-144, s. 130.

²⁶ SCHILLER, Mechanism, s. 186.

²⁷ *Tribunus plebis*, *pleb*'lerin temsilcisidir. *Pleb* meclisi tarafından seçilen ve *pleb*'lerin haklarını korumakla görevli *magistra*'lardır. Makamın Cumhuriyet Dönemi'ndeki yetkisinin gücü ve önemini, ileri zamanlarda İmparator *Augustus*'un da kendi gücünü *tribunicia potestas*'a dayandırmasında ve kendisinden sonraki imparatorların da bu yetkiye sahip olarak kabul edilmelerinde görebiliriz. Böylece bu makamın yetkilerinin tamamı imparatorlarda bulunduğundan, İmparatorluk Dönemi'nde bu *magistra*'lık önemini yitirmiştir. SCHILLER, Mechanism, s. 185; UMUR, Z., Roma Hukuku, Tarihi Giriş ve Kaynaklar, İstanbul 1967, s. 98; KUNKEL (Trans. by. J. M. KELLY), s. 54.

²⁸ *Imperium* sahibi olmayan, *potestas*'ı bulunan *magistra*'lar için kimi kaynaklarda *magistra* benzeri (*quasi magistra*) ifadesi de kullanıldığı görülür. UMUR, Lügat, s. 16; KÜÇÜK, Eşref, "Eski Roma'da Cumhuriyet Dönemi Halk Meclisleri ve Yasa Yapım Süreçleri" (Halk Meclisleri), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2017, s. 199-214, s. 201.

²⁹ UMUR, Ziya: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar- Umumi Mevhumlar- Hakların Himayesi (Tarihi Giriş), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 98; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku: Tarihi Giriş, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 27.

³⁰ SCHWARZ, Andreas Bertalan (Çev. Türkan RADO): Roma Hukuku Dersleri 1. Cilt, 4. Baskı, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul 1956, s. 141; İmparator *Tiberius* bu yetkiyi senatoya devretmişti. Halk meclisleri, MS. 3. yüzyılın sonuna dek senato tarafından seçilen *magistra*'ları seçildikten sonra halka ilan etmeye devam etmişlerdir. UMUR, Tarihi Giriş, s. 103; VENTURA, Mişon: Roma Hukuku Birinci Cilt Giriş-Roma hukukunun dış Tarihi-Usul (Procedure-), Ahmet İhsan Matbaası, İstanbul, 1934, s. 98.

³¹ ARSAL, s. 363-364; KÜÇÜK, Halk Meclisleri, s. 204.

³² ARSAL, s. 355; "Consul'liğinde neredeyse hep yaya dolaştı, consul'lükten sonra halkın içinden çoğu kez kapalı tahtırevanla geçti." SÜETONIUS, (Çev. Güngör VARINLIOĞLU): On İki Caesar'ın Yaşam Öyküsü, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2017, s. 89.

³³ Cumhuriyet Dönemi sonlarında *proconsul*'ler, eski *consul* ve eski *praetor*'lar arasından seçilen, eyalet yönetimiyle görevli, yargı yetkisi bulunan, *imperium* sahibi devlet görevlileri, valilerdir. İmparatorluk Dönemi'nde daha teknik anlamda, senatoya bağlı eyaletlerin yönetimiyle görevlendirilen valiler için kullanılmıştır. UMUR, Lügat, s. 171; BERGER/CLARK, s. 653.

³⁴ ARSAL, s. 356; ÖZBAY, s. 249.

³⁵ KUNKEL (Translated by. J. M. KELLY), s. 53; SOUTHERN, Patricia: Augustus, 2nd edition, Routledge, New York, 2014, s. 224.

consul’ün devlet yönetimi üzerindeki yetki ve rolü gittikçe sınırlı hale gelmiş, zamanla sadece bir unvan halini almıştır³⁶.

Praetor’luk, *Principatus* Dönemi’nde varlığını sürdürmüştü. Hatta İmparator *Augustus* bu dönemde artan idari iş yükü nedeniyle *praetor*’ların sayısını sekizden ona çıkarmıştır³⁷. Daha sonra da dönem boyunca bu sayı artmıştır. Özel hukuk işleri ile görevli olan *praetor*’lar, ceza mahkemelerinden sorumlu *praetor*’lar, imparatorun hazinesi (*fiscus*) ile ilgili davalarla özel kişiler arasındaki malî davalardan sorumlu *praetor*’lar bulunmaktaydı. Ayrıca vasiyet işlerinden *praetor fideicommissum* ve vesayet işlerinden *praetor tutelaris* ismiyle sorumlu iki *praetor*’luk vardı. *Centumvir*’ler Mahkemesi’ne başkanlık eden *praetor hastarius*, bir kimsenin özgür mü yoksa köle mi olduğunun tespiti için açılan davalardan sorumlu olan *praetor liberalibus* ve devlet hazinesini (*aerarium*) idare etmek üzere iki kişi olarak görevlendirilen *praetor aerarius*’larla birlikte bu dönemde toplamda on sekiz *praetor* bulunmaktaydı³⁸.

Quaestor’lar ise Cumhuriyet Dönemi’nde, Roma hazinesi ve malî işlerinden sorumlu *consul* yardımcılardı³⁹. İmparatorluk Dönemi’nde hazineye ait işler *quaestor*’lardan alınmış *praetor hastarius*’un görev alanına dahil edilmişti⁴⁰. Romanın tahıl ihtiyacının *Ostia* Limanı’ndan Roma şehrine ulaşmasını sağlamakla görevli *quaestor*’lar olan *quaestores Ostienses*’in bu görevleri ise ileriki zamanlarda *praefectus annonae*’ye devredilmişti⁴¹. İmparatorluk Dönemi’nde bu makamda yirmi kişi bulunmaktaydı. Senato yönetimindeki eyaletlerde⁴² vali yardımcılığı yapan *quaestor*’ların yanı sıra İmparator *Marcus Aurelius* tarafından kurulan, senatoda imparatorun mektuplarını okumakla görevli imparatorluk *quaestor*’luğuna da bulunmaktaydı⁴³. Bu dönemden itibaren bu *magistra*’lık daha ziyade imparatorun malî işleriyle ilgilenen bir sekreteryaya görevi görmekteydi⁴⁴.

Aedilis curulis’in, Roma şehrinin idaresi, sokaklar ve kanalizasyonların inşası-onarımı ve bakımı, kamu binaları ve tapınakların denetimi, halka açık törenlerin ve diğer etkinliklerde toplumsal karışıklıkların engellenmesi gibi görevlerinin yanı sıra ölçü ve ağırlık standartlarının belirlenmesi, iş ve ticaret yaşamının kontrolü, köle ve evcil hayvanların satıldığı çarşı-pazar yerlerinin denetimi, fiyatların belirlenmesi, tahıl fiyatlarının düzenlenmesi, satılması yasak yahut bozuk mallara el koyma gibi görevleri bulunmaktaydı. İmparatorluk Dönemi’nde bu *magistra*’lığın görev ve yetkileri daha ziyade valiler tarafından yerine getirilmekte olduğundan bu *magistra*’lık *Augustus* Dönemi’nde henüz tamamen ortadan kalkmamış olsa da önemini yitirmiştir. Örneğin; kamu oyunlarını düzenleme görevleri ve yargısal yetkileri ileri dönemlerde *praetor*’a; Roma şehrinin düzenini sağlama ve yönetim yetkileri ise *praefectus urbi*’ye verilmiştir⁴⁵. Romalı tarihçi *Suetonius*, İmparator *Augustus*’un, Romalıları eski geleneksel giyimlerine döndürmek amacıyla yaptığı düzenlemelerden birinde *aedilis*’lere: *Forum* meydanı ve çevresinde Romalıların *toga*’larını ve onların üzerine üstlük giymeden bulunmalarını emrettiğini aktarmıştır⁴⁶.

Magistra’lıkların İmparatorluk Dönemi’nde, yetkilerinin çoğunun sınırlandırılmasına, birer şeref makamı haline getirilerek devlet yönetiminde eski önemlerini yitirmelerine rağmen varlıklarını sürdürmelerinin sebebi, Romalıların eyalet valiliği, şehir valiliği ve diğer devlet memurlukları gibi daha önemli devlet görevlerine getirilmeden önce geçmesi gereken aşamalar olarak görülüyorlardı⁴⁷.

Benzer şekilde Cumhuriyet Dönemi’nden itibaren *magistra*’lar arasında da belirli aşamalardan geçilmesini gerekli kılan bir sıralama bulunmaktaydı. Bu sıralamaya *cursus honorum* denmekteydi. Bir *magistra* *quaestor* olmadan *aedil*, *aedil* olmadan *praetor*; *praetor* olmadan da *consul* olamazdı⁴⁸. *Magistra*’lar arasında böyle bir derecelendirmenin bulunmasının, Cumhuriyet Dönemi’ndeki bir bürokratik yapıya işaret olduğunu düşünmemek, bir ast-üst ilişkisi olarak yorumlamamak gerekir.

B. Augustus Döneminde Oluşturulan Devlet Memurlukları

1. Genel Bilgi

Augustus ilk olarak, eyalet valilerine yardımcılar atamış, bu yardımcılar mevcut *magistra*’lıklar yerine *procurator* olarak, imparatorluğun şövalye sınıfına mensup kimselerden seçmiştir⁴⁹. Böylece yeni bir memur, devlet görevlisi tipi oluşmuştur. Bunu takiben İmparator *Augustus*, nüfus sayımı, yiyecek temini,

³⁶ ARSAL, s. 363; KUNKEL (Trans. by. J. M. KELLY), s. 51; *Iustinianus* Dönemi’nde bu makam ortadan kaldırılmıştır. Bu dönemden sonra *consul*’lük yalnızca imparatorların taşıdığı bir unvan olarak kalmıştır.

³⁷ SOUTHERN, s. 251.

³⁸ ARSAL, s. 364, *fiscus* ve *aerarium* hakkında bkzn. KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 27.

³⁹ LATTE, Kurt, “The Origin of Roman Quaestorship”, *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, 67, 1936, p. 24-33, s. 252.

⁴⁰ SUETONIUS (Çev. Güngör Varınlıoğlu), s. 80; TAŞDÖNER, s. 40.

⁴¹ BERGER/CLARK, s. 664; TÜRKOĞLU, İdari Yapı, s. 253.

⁴² İmparator *Augustus*, eyaletlerin bir kısmının yönetimini kendine bağlamış bir kısmını ise senatoya bırakmıştı. ARSAL, s. 355; VENTURA, s. 99; TAŞDÖNER, s. 40.

⁴³ D. 1.13.1.4 (Ulpianus); BERGER/CLARK, s. 663.

⁴⁴ UMUR, Tarihi Giriş, s. 99; VENTURA, s. 98.

⁴⁵ TÜRKOĞLU, İdari Yapı, s. 258.

⁴⁶ SUETONIUS (Çev. Güncel VARINLIOĞLU), s. 82; TÜRKOĞLU, Halide Gökçe, “Roma Devletinde Suçla Mücadele ve Kamu Düzenini Sağlama”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Özel Sayı, 2017, C. 19, s. 1867-1899, s. 1887.

⁴⁷ UMUR, Tarihi Giriş, s. 100.

⁴⁸ TÜRKOĞLU, İdari Yapı, s. 263; BERGER/CLARK, s. 782; *Cursus honorum*’un en belirgin örneği İmparator *Vespasianus*’un politik kariyerinden imparatorluğuna uzanan süreçte görülür. UMUR, Tarihi Giriş, s. 96.

⁴⁹ *Augustus*’un *Pompeius Macer*’i *Asiya* Eyaleti’ne *procurator* olarak ataması hakkında bkzn. TAŞDÖNER, s. 37.

bayındırlık gibi alanlarda reform çalışmaları yapmıştır. Ayrıca bunlara paralel olarak yeni *procurator* atamaları yapmışsa da çalışmalar istediği gibi sonuçlanmamıştır⁵⁰.

Roma şehrinde halkın *insuale* adı verilen kötü yapılarda barınmaya çalışması, kanalizasyon sorunu sebebiyle halkın sürekli salgın hastalıklarla mücadele etmesi, geceleri sokaklarda güvenlik sorunları, hırsızlık, cinayet gibi suçların çok fazla yaşanması, şehirde sürekli çıkan yangınlar sebebiyle *Augustus*, Roma şehir yönetimini tamamıyla kendi üstüne almış ve Roma'nın imarı ile diğer sorunlarıyla şahsen ilgilenmiştir⁵¹.

Bu ilginin sebebi, yaşanan sorunların ve yapılması gerekli denetimlerin Cumhuriyet Dönemi'nden kalan organlar tarafından yürütülmesinin imkânsız olması ve mümkün olanların da bu görevi sürdürmesinin *princeps* aleyhine olmasıdır⁵². Şehrin yönetiminde diğer ihtiyaçlar görüldükçe örneğin hızlı ve güvenilir bir şehir postanesi (*cursus publicus*)⁵³ gibi, yardımcı örgütlerin gerekliliği de ortaya çıkmaya başlamıştır. Böylece zamanla Cumhuriyet Dönemi'nden kalan sistemden tamamen farklı olarak, merkezi ve şubeleşmiş bürolar kurularak idarî bir sistem oluşturulmaya başlamıştır⁵⁴.

Bu yeni memuriyet tiplerine şövalye sınıfından kimseler ile senato üyeleri getirilmiştir⁵⁵. Böylece İmparator *Augustus*, Roma'nın etkili ve büyük ailelerini, toplumun yüksek sınıf mensuplarını kendisine bağlamıştır⁵⁶.

Bir veya iki *consul*, bir *praetor*, bir *aedil*, bir *quaestor* ve kura ile belirlenen on beş senatörden oluşan bir *consilium* (*consilium principis*)⁵⁷ oluşturmuştur. Bu *consilium*, bir yürütme organı yahut devlet konseyi niteliği taşıması amacıyla kurulmamıştır. Daha ziyade senatoya sunulacak konular hakkında bir ön görüşme merciiydi ve İmparator *Augustus* *consilium*'da yapılan görüşmelerden, senatoda yapılacak görüşmelere ve orada karşılaşacağı tepkilere dair fikir edinmiş olurdu⁵⁸.

Bu dönemde ortaya çıkan devlet memurluklarının, Cumhuriyet Dönemi *magistra*'ları gibi, *imperium* yahut *potestas*'ları bulunmamakta, yetki ve güçlerini imparatorun kendisinden almaktaydılar. Bu nedenle de görevleri, imparatorun isteğiyle ve yönetimde bulunma süresiyle sınırlıydı. Bir başka deyişle memuriyetleri geçiciydi, ancak *magistra*'lıkta olduğu gibi sabit ve bir yılla sınırlı değildi⁵⁹. Ayrıca Cumhuriyet Dönemi'nde toplumda yeterli boş zamana ve ekonomik bağımsızlığa, hatta belirli bir servete sahip olan sınıf mensubu olan ve *magistra*'lık gibi devlet yönetimi işlerinde görev alan kimseler, bu görevlerini onur ve şeref sağladığı için ve bunların bir gereği olarak ücret almaksızın yerine getirirken, *Principatus* Dönemi'nde *magistra*'lardan farklı olarak bu memurlar ücret (*salarium*: "tuz parası") almaktaydılar⁶⁰.

Çeşitli görev alanlarında imparatorun iradesini temsil eden görevliler olarak genelleştirebileceğimiz bu memurlar dört temel gruba ayrılabilir:

- İmparatoru temsilen eyaletlerin yönetimine katılan ve oradaki askerî birlikleri idare eden imparator vekilleri,
- İmparatoru şehir ve eyalet yönetiminde temsil eden valiler,
- İmparatoru malî işlerde temsil eden vekiller,
- Belirli işlerde imparator adına hareket eden imparator yardımcıları⁶¹.

İmparatorun kendisine bağlı eyaletlere atadığı imparator vekilleri *Augustus*'a karşı sorumluyken, *Augustus* da bu imparatorluk vekillerinden senatoya karşı sorumludur. Senatonun kendisine bağlı eyaletlere atadığı valiler kura ile seçilmekte ve doğrudan senatoya karşı sorumlu olmaktadır⁶². *Augustus* kentleri bölgelere ve semtlere ayırmıştır. Bölgelerin yönetiminde yüksek devlet memurlarını, semtlerin yönetiminde halktan seçtiği kimseleri bir yıllığına görevlendirmiştir⁶³.

Augustus şövalye sınıfına altın yüzük takma, *toga*'larında erguvan rengi şerit taşıma gibi görünüşte kolaylıkla diğer kimselerden ayırt edilebilecekleri haklar tanımıştır. Böylece Şövalye sınıfını, senatör sınıfından sonra ikinci güçlü sınıf olarak destekleyip kendisine bağlamıştır. Bu iki sınıf arasındaki geçiş de imkânsız değildi. Şövalye sınıfına mensup kimselerin çocukları ileride senatör olabileceklerdi. Bunun en büyük örneği şüphesiz İmparator *Vespasianus*'tur⁶⁴.

⁵⁰ DIAKOV, Viladimir/KOVALEV, Sergei (Çev. Özdemir İNCE): İlk Çağ Tarihi Cilt: 2 Romalılar, Yordam Kitap, İstanbul, 2015, s. 198.

⁵¹ ARSAL, s. 374; SCHILLER, Bureaucracy, s. 28.

⁵² KUNKEL (Translated by. J. M. KELLY), s. 55.

⁵³ "Resmî posta hizmeti, devlet veya imparatorun çıkarlarıyla, ya da yönetimle bağlantılı olan resmî kişiliklerin veya şeylerin iletimi için düzenlenmiştir. Bu hizmet, İtalya'nın geri kalanıyla ve eyaletlerle resmî yazışmalar için de kullanılmıştır. Hadrianus Dönemi'nde yeniden örgütlenen bu posta hizmeti, malî destekle denetim altına alınmıştır." BERGER/CLARK, s. 422; UMUR, Tarihi Giriş, s. 117; ÖZER SARITAŞ, Duygu, "Roma Devletinde ulaştırma ve haberleşme sistemi" *Cursus Publicus*" Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2, 2009, s. 205-225, s. 3.

⁵⁴ KUNKEL (Translated by. J. M. KELLY), s. 56; ÖZER SARITAŞ, s. 27.

⁵⁵ SCHILLER, Bureaucracy, s. 28.

⁵⁶ UMUR, Tarihi Giriş, s. 100; DIAKOV/KOVALEV, s. 199; GÜNAL, Nadi/ÜÇER, Mehmet: Roma Hukuku Kavram ve Kurumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 69.

⁵⁷ OKANDAN, Recai Galip: Roma Amme Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1944, s. 191; UMUR, Tarihi Giriş, s. 91.

⁵⁸ SUETONIUS, s. 79; SOUTHERN, s. 241.

⁵⁹ UMUR, Tarihi Giriş, s. 101; KUNKEL (Trans. by. J. M. KELLY), s. 56.

⁶⁰ KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 29; SCHILLER, BULR, s. 24.

⁶¹ UMUR, Tarihi Giriş, s. 101.

⁶² SOUTHERN, s. 237; D. 1.18.3 (*Paulus*).

⁶³ SUETONIUS (Çev. Güncel VARINLIOĞLU), s. 76.

⁶⁴ SOUTHERN, s. 249.

Augustus ayrıca beş büyük valilik (*praefectus*⁶⁵'luk) makamı kurdu. Devletin merkez yönetiminde görevli, şehrin yönetiminin büyük bir kısmını elinde tutan⁶⁶ bu valilikler şu şekildedir: *Praefectus Aegypti*, *Praefectus praetorio*, *Praefectus urbi*, *Praefectus vigilum*, *Praefectus annonae*. Bu valilik makamlarında görevli memurlar, eskiden *magistra*'ların görevi olan pek çok alanda, imparatora bağlı olarak çalışan yüksek memurlardır⁶⁷.

Praefectus urbi, Roma şehrinin valisi idi. Başlarda imparator, Roma şehri dışındayken şehrin idaresi için görevlendirilirken zamanla imparator şehirdeyken de görevi süren bir makam halini almıştır⁶⁸. Şehrin genel idaresinden sorumludur. Kamu binalarını, su kemerlerini ve ana yolları (*curetores operum publicorum, aquarum, viarum*) denetler. Cumhuriyet Dönemi yargıçlarının sahip oldukları yetkilere sahiptirler⁶⁹.

Praefectus vigilum, İmparator Augustus tarafından MS 6'da kurulan *praefectus*'luktur. Kendisine bağlı yedi *cohorst*'luk bir itfaiye teşkilatını yönetmektedir⁷⁰. Roma şehrinde çok sık çıkan yangınlarla⁷¹ mücadele edebilmek için kurulan bu itfaiye birliği (*vigiles*) sonrasında gece bekçiliği ile de görevlendirilmiş ve bu birliğin başında da *praefectus vigilum* getirilmiştir⁷².

Praefectus annonae, MS 6'da kurulan, Roma şehrinde gıdanın taşınması ve dağıtımını denetleyen en yüksek rütbeli memurluktur. Ölçüler ve tahıl fiyatları bakımından tahıl pazarlarını, tahılların taşındığı limanları, tahıl üretilen eyaletleri, halka buğday dağıtımını denetleyen memurları bulunmaktadır⁷³. Ayrıca gemi kaptanları ve nakliyecileri ilgilendiren hukuk ve ceza davalarında yetkilidirler.

Praefectus vigilum ve *praefectus annonae*'nin atanabileceği bir üst mevki *praefectus Aegypti*'dir⁷⁴. *Praefectus urbi*'nin senatör sınıfından seçilmesi karşısında bu eyalete şövalye sınıfından bir görevli atanırdı⁷⁵. İmparatorluk için çok önemli bir eyalet olan, "imparatorluğun ambarı" olarak bilinen, Roma şehri için en önemli gıda tedarik kaynağı olan Mısır eyaletinin idarî yönetimi bu *praefectus*'un yetkisindedir, bu kimseler aynı zamanda *proconsul* rütbesini taşımaktadır⁷⁶.

Praefectus Praetorio ise imparatorun kişisel muhafız komutanı ve vekili niteliğindedir, savaş zamanlarında kendisine eşlik eder. Ulaşılabilecek en yüksek askerî mertebedir⁷⁷. Zamanla sivil yetkiler de edinmiştir. İmparatorun vekili sıfatıyla yargılama yapma yetkisi bunlardan biridir⁷⁸.

İmparator *Cladius* zamanından itibaren bürokratik örgütlenme daha sağlam bir sistem halini almıştır. İmparatorluğun bürokratik işleyişinde ve halkla ilişkilerde önemli birer konuma sahip bürolar kurulmuştur. *Princeps* tarafından kurulan bu bürolarda, *imperium* sahibi *magistra*'lar değil, imparatora bağlı, maaşlı, memurlar çalışmaktaydı. Bunlar: *Ab epistulis*, *A libellis*, *Cognitionibus* bürolarıydı.

Bir tarafın diğer tarafa iradesini bildirmek üzere yazdığı, özel mektup anlamına gelirken *epistula* kelimesinden de anlaşıldığı üzere *ab epistulis* bürosu imparatorun, resmî kurumlardan veya görevlilerden imparatora gönderilen, askerî alanda ve özel hukuk alanındaki özel yazışmalarını yürüten bürodur⁷⁹. *A libellis* bürosu adını, iradenin açıklandığı resmî mektup, imparatora yahut onun temsilcisine yazılan dilekçe anlamına gelen *libellus*⁸⁰'tan almıştır. Bu büro, vatandaşlar yahut özel kişiler tarafından imparatora sunulan dilekçelerin değerlendirilmesi ve gerekli durumlarda imparatora öneride bulunmakla görevliydi. *Cognitionibus* bürosu, tıpkı *cognitio*'nun araştırma-tetkik etme anlamına gelmesi gibi, yasal belgelerin düzenlenmesi ve hukukî dilekçelerle ilgili konularla görevlidir. Ayrıca imparator tarafından kurulan mahkemelere danışmanlık yapar ve onlar için gerekli olduğunda bilirkişi görevlendirirdi⁸¹.

Devletin tüm idarî yapısı, su yolları, gıda temini, etkinlikler, kütüphaneler, donanma ve imparatorluk mülkleri gibi unsurlar, *Hadrianus* Dönemi'ne dek bu bürolarda çalışan, genellikle yüksek eğitimli ve işlerinde deneyimli azatlılar arasından seçilen memurlar tarafından yönetilmektedir. Bu kişilerin bazıları bağımsız olarak görev alırken, diğerleri senatör sınıfının veya şövalye sınıfından *praefectus*'ların yardımcılığı olarak çalışmalarını sürdürüyordu. Yönetim sisteminin bu şekilde yeniden yapılandırmanın en önemli aşaması, eyaletlerdeki imparatorluk *procurator*'larına ve Roma'daki yeni memurlara, hukukî yetki verilmesiyle gerçekleşti. Bu gelişme, bürokratik yapının güçlenmesini ve yönetimin daha etkin bir şekilde

⁶⁵ *Praefectus* idarî yetkili olarak belli bir bölgeyi yöneten yüksek devlet memuru demektir. PLINIUS (Çev. Levent Keskin): Genç Plinius'un Mektupları Epistulae I-IV, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2018, s. 173.

⁶⁶ SCHILLER, A. Arthur, "The Jurists and the Praefects of Rome" (RIDA), RIDA, 2(3), 1949, s. 319-359, s. 322.

⁶⁷ VENTURA, s. 99; SUETONIUS, (Çev. Güncel VARINLIOĞLU), s. 80; ÖZSUNAR, Erdal, "Principatus Döneminde Romalı Askerlerin Hukukî Durumu" Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2013, s. 63-92, s. 70.

⁶⁸ SOUTHERN, s. 254; D. 1.12.1 (*Ulpianus*).

⁶⁹ KUNKEL (Translated by. J. M. Kelly), s. 56.

⁷⁰ TAŞDÖNER, s. 42; D. 1.15.4 (*Ulpianus*); D. 1.15.3.pr (*Paulus*).

⁷¹ D. 1.15.2 (*Ulpianus*).

⁷² SCHILLER, RIDA, s. 325; TÜRKOĞLU, Halide Gökçe, "Roma Devletinde Suçla Mücadele ve Kamu Düzenini Sağlama", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertas'a Armağan, Özel Sayı, 2017, C. 19, s. 1867-1899, s. 1888.

⁷³ SUETONIUS (Çev. Güncel Varınlıoğlu), s. 80; SCHILLER, RIDA, s. 325.

⁷⁴ D. 1.17.1 (*Ulpianus*).

⁷⁵ Kimi eyaletlere senatör sınıfından kimilerine ise şövalye sınıfından valilerin atanması, İmparator Augustus'un, idarî alanda kurduğu yeni ve dengeli bir sistemin örneğidir. KUNKEL (Translated by. J. M. KELLY), s. 57.

⁷⁶ İmparator Augustus tarafından Mısır Eyaleti'ne atanan vali *praefectus* sıfatını taşıırken, diğer eyalet valileri ve imparatorluğun malî gelişiminin bir sonucu olarak ortaya çıkan çeşitli kademelerdeki memurluklar *procurator* sıfatına sahiptiler. TAŞDÖNER, s. 45; UMUR, Lügat, s. 165; KUNKEL (Trans. by. J. M. KELLY), s. 57.

⁷⁷ ARSAL, s. 266; OKANDAN, s. 198-199.

⁷⁸ UMUR, Tarihi Giriş, s. 102; SCHILLER, Bureaucracy, s. 40.

⁷⁹ UMUR, Lügat, s. 65; BERGER/CLARK, s. 338; TÜRKOĞLU, İdari Yapı, s. 281; GÜNAL/ÜÇER, s. 71.

⁸⁰ UMUR, Lügat, s. 125; BERGER/CLARK, s. 561.

⁸¹ UMUR, Lügat, s. 38; BERGER/CLARK, s. 338; TÜRKOĞLU, İdari Yapı, s. 281.

işlemesini sağlayan önemli bir adım oldu. İmparatorluk yönetimi, karmaşık ve çeşitli görevleri başarabilecek nitelikli bir idarî yapı geliştirmeyi başarmıştır⁸².

Halefleri, *Augustus*'un temellerini atmış olduğu bürokratik yapıyı yine *Augustus*'un çizdiği çerçeve dahilinde, daha yavaş ancak sağlam bir şekilde kurup geliştirmeye devam etmiştir. Ancak sistem gelişmişse de büyük ölçüde değişmemiştir⁸³. Bu bürokratik yapının gözle görülür şekilde değiştiği ve en büyük gelişimi yaşadığı diğer dönem ise İmparator *Hadrianus* Dönemi'dir. Bu nedenle çalışmamızda ayrı bir başlıkta incelenecektir.

⁸² GOLDSWORTHY, s. 249; SCHILLER, Bureaucracy, s. 29.

⁸³ Örneğin imparator *Claudius* Dönemi'nden itibaren imparator tarafından atanan şövalye sınıfı mensubu eyalet valileri *procurator* unvanı taşımaya başladılar. BRAUND, s. 7; SOUTHERN, s. 358.

2. Mevcut Bürokratik Yapı İçinde Devlet Memuru Hukukçular

Principatus Dönemi'nden itibaren imparatorlukta barışın hüküm sürmesi, refahın artması, imparatorluk nüfusunun artışı, imparatorluğun egemenliği altındaki coğrafyanın genişliği, imparatorlukta medeniyetin ve hukukun uygulama alanının hem genişlemesi hem de gelişmesindeki temel etkenlerdir. Bu gelişime paralel olarak imparatorların yönetimi ve adalet sistemini özenli bir şekilde geliştirmiş olmaları ve kendilerinin hukuk felsefesine duydukları ilgi imparatorluğun hukukçulara bakışını etkilemiştir⁸⁴.

İmparator *Augustus*, katı ve merkezî bir yönetim anlayışıyla cumhuriyet yönetiminden kalan sistemi değiştirmiş yahut onun üzerinde yenilikler yapmış ve bu bakımdan Cumhuriyet Dönemi'nde yetişmiş hukukçular ile zaman zaman çatışmış olsa da hukukçular ile imparatorlar arasında kalıcı bir bağ kurmak üzere adımlar atmış, yönetimde hukukçular ile iş birliği yapma amacına yönelmiş ve böylece klasik hukukun karakteristiğini ve işleyiş şeklini şekillendirmiştir⁸⁵.

İmparator *Augustus* zamanında senatör ailelerinin gücünün giderek azalmasıyla birlikte, daha alt bir sınıf olan şövalye sınıfına mensup hukukçular öne çıkmıştır. Bu hukukçular, imparator tarafından verilen danışmanlık görevini üstlenmiş, imparatorun meclisine çağrılarak çeşitli bürolarda görev almış veya memurluklara atanarak bürokrasi içerisinde yer almak suretiyle hukukun gelişiminde etkin bir rol oynamışlardır⁸⁶. Kendileri bizzat imparator tarafından atandıkları için makamları *magistra*'lık değil memurluk niteliğindedir. Böylece İmparator *Augustus* tarafından kurulan memurluk sistemi, bir bürokratik yapının kuruluşuna işaret etmiş, bu yapı içinde de idarî ve yargısal görev ve yetkilerle donatılmış birer bürokrat olarak verilen yer, hukukçulara yeni bir etkinlik alanı sağlamıştır⁸⁷.

Bu hukukçular hukuk alanında derinlemesine bilgi sahibi ve Roma'nın sosyal ve ekonomik yaşamıyla, gündelik iş ve ilişkilerle yakından ilgili kimselerdi ve itibarlarını önemli ölçüde imparatorluk rejimiyle olan bağlantılarına, imparator tarafından atandıkları danışmanlıklara ve imparatorluk bürokrasisinde aldıkları memuriyet görevlerine borçluydular⁸⁸.

İmparator *Augustus*, Cumhuriyet Dönemi'nde *praetor*'un başkanlık ettiği jüri mahkemelerini (*ordo iudiciorum publicorum*⁸⁹) kaldırmamış, sayılarını arttırmış ve onları yenilemiştir. Özellikle kurduğu *praefectus urbi* ve *praefectus vigilum* memurluk makamlarına verdiği yargı yetkisiyle⁹⁰ bu makamları adalet sisteminin bir parçası haline getirmiştir. Roma şehri dışında da imparatorlukta çeşitli yerlerde karakollar, *praefectus praetorio*'nun yönetimindeki muhafızlardan oluşan garnizonlar kurmuştur. Bu karakollarda, alt sınıflardan gelen suçlular yargılanırken diğer ceza davaları da *praefectus praetorio*'ya gönderilmekteydi⁹¹. Bunun daha sonra da devam ettiğini, aşağıdaki *Digesta* metniyle teyit edebiliriz:

D. 12.1.40 (Paulus libro tertio quaestionum): “Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio iuris consulti cautio huiusmodi...”

D. 12.1.40 (Paulus libro tertio quaestionum): “Praefectus praetorio ve hukukçu Aemilius Papinianus'un mahkemesinde aşağıdaki türden bir yükümlülük okundu:...”

Bu dönemde devlet memurluklarında görevlendirilen hukukçuları örneklendirmek gerekirse:

Lucius Cassius Longinus, İmparator *Caligula* zamanında *Asia Eyaleti*'nin valisiydi⁹².

Proculus'un halefi olan hukukçu *Pegasus*'un İmparator *Vespasianus* Dönemi'nde valilik yaptığı bilinmektedir⁹³.

Lucius Iavolenus Priscus, MS 86'da *consul*'dü. İmparator *Domitianus* Döneminden *Trajanus* Dönemine dek çeşitli kamusal görevlerde bulunmuştu. Germania, Syria ve Afrika eyaletlerinde valilik yapmıştır. İmparator *Hadrianus*'un da *consilium* üyesidir⁹⁴.

Aslında senatoya bağlı bir eyaletlerden biri olan ve idaresi için bir *proconsul* atanması gereken *Bithynia-Pontus Eyaleti*, yolsuzluk yapıldığı iddiaları sonucunda geçici olarak imparator eyaletlerine eklenmişti. İmparator *Trajanus* tarafından Genç *Plinius* adıyla bilinen ünlü hukukçu-avukat, yazar, eski bir *praetor* ve *consul* olan *Caius Plinius Caecilius Secundus*, eyaletteki yolsuzlukları incelemesi, eyaletin malî ve idarî işlerini düzene koyması için imparatorun temsilcisi/vekili sıfatıyla (*legatus Agusti*) *Bithynia-Pontus Eyaleti*'ne vali olarak gönderilmişti ve eyaletin yönetiminde imparatorun kendisinden sonra en yetkili

⁸⁴ KUNKEL (Translated by. J. M. KELLY), s. 106; DIAKOV/KOVALEV, s. 210; AKMAN, Şefik Taylan, “Roma Antikitesinde Sosyal Politik Ekonomik Değişimlerin Hukuksal Yapı ve Kamu Düzeni Üzerindeki Etkileri” Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), (2012), s. 89-107, s. 104.

⁸⁵ KUNKEL (Translated by. J. M. Kelly), s. 106; *Augustus*'un hukukçularla iş birliği çabası yalnızca devlet memurluklarıyla sınırlı değildir. Kendisine muhalif olan *Proculianus* Hukuk Okulu kurucusu büyük hukukçu *Labeo*'ya *consul* olması için adaylığını sunmasını önermiş, *Sabinianus* Hukuk Okulu kurucusu *Capito*'ya *consul*'lük görevi vermiştir.

⁸⁶ SCHILLER, BULR, s. 25.

⁸⁷ KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, İzmir, 1983, s. 26; SÖĞÜTLÜ, Roma Özel, s. 81.

⁸⁸ SCHILLER, BULR, s. 25.

⁸⁹ Cumhuriyet'in son yüzyıllarında ve *Principatus* Dönemi'ndeki normal ceza yargılamasıdır. Mevzuat ve ceza yargı yetkisinin imparatora ve bürokratik görevlilere devredilmesi nedeniyle *cognitio extra ordinem*'den farklıdır. BERGER/CLARK, s. 613.

⁹⁰ KASER, s. 141.

⁹¹ KUNKEL (Translated by. J. M. Kelly), s. 69; GÜNAL/ÜÇER, s. 46.

⁹² SYME, Ronald, “Lawyers in Government: the Case of Ulpian” *Proceedings of the American Philosophical Society*, 116(5), 1972, s. 406-409, s. 406; GÜNAL/ÜÇER, s. 80; TAMER, s. 37.

⁹³ GÜNAL/ÜÇER, s. 80.

⁹⁴ HAUSMANİNGER, Herbert, “Benevolent and Humane Opinions of Classical Roman Jurists.” *BUL Review*, 61, 1981, s. 1139-1156, s. 1144; SYME, s. 406; TAMER, s. 37.

kişiydi⁹⁵. Görevi boyunca İmparator Trajanus ile şahsen mektuplaşacak kadar yakın ve direkt iletişimde olmuştur.

III. İMPARATOR HADRIANUS DÖNEMİNDEN İTİBAREN BÜROKRATİK YAPI

A. Genel Bilgi

İmparator Hadrianus Dönemi'nde Roma memuriyet sistemine tamamen yeni bir düzen getirilmiştir⁹⁶. İmparator Hadrianus Roma'yı dört ana idarî bölgeye ayırmış ve her birinin yönetimine birer *consul* görevlendirmiştir⁹⁷.

Bu dönemde imparatorluk yönetimi, kurumsal ve resmî bir kimlik kazanarak, imparatorluk hanesi yönetiminden ayrılmıştır. Söz konusu kurumsal ve resmî yapı içinde görevlendirilen şövalye sınıfına mensup özgürlere, kademe kademe yükselebilecekleri, maaşlı ve devamlı birer mevki verilerek, İmparatorluk'taki yüksek mevkiler devlet makamı haline getirilmiştir⁹⁸.

Hadrianus imparatorluk bürolarının etkinliklerini de yeniden düzenlemiştir. İlk olarak, imparator ile İtalya ve eyaletlerdeki temsilcileri arasındaki yoğun mektup alışverişini yönetmek üzere bir yazışma bürosu olan *ab epistulis*, Latin ve Yunan bölümleri ile birlikte yeniden kurulmuştur. Bu büro, valiler ve komutanlarla yapılan resmî yazışmaların yanı sıra, yapılan resmî işlemleri de içermek üzere tasarlanmıştır. Ayrıca, *procurator* ve düşük rütbeli askeri memurlar için atama belgelerini ve yazılı olarak verilen imparatorluk ayrıcalıklarını da yürütmüştür. İmparatorun kişisel mektupları dışında tüm resmî yazışmalar bu büroda taslak olarak hazırlanmış, kopyalanmış ve hatta dosyalanmıştır⁹⁹.

A *libellis* bürosu'nda *subscriptions*¹⁰⁰ ile yanıt verme uygulaması kabul edilen bir yöntem haline gelmiştir. Bu ofisin başı, beklenildiği üzere, hukuk alanında yetenekli bir kişi olup, daha yüksek rütbelere terfi etme şansına sahiptir. *Cognitionibus* bürosunun görev kapsamını ise imparator kararını (*decretum*) taslak olarak hazırlamada yardımcı olmak, ön inceleme yapmak, mahkeme takvimini hazırlamak ve dava kaydını tutmak oluşturmıştır. Zamanla bu hukuk bürosunun önemi ve başkanının yetkisi de artmıştır. İmparatorluk yönetiminde hukukun rolü, bürokrasinin daha etkili bir şekilde işleyişi için oldukça önemli hale gelmiştir. Böylece, bu ofis, hukukî konularda danışmanlık sağlamış ve imparatorun karar verme süreçlerinde önemli bir etken haline gelmiştir. Bu durum, hukukun uygulanması ve yargı süreçlerinin düzenlenmesinde merkezî bir rol oynamasına neden olmuştur¹⁰¹.

İmparatorluk Konseyi (*consilium*) yeniden düzenlenmiş ve üyeleri çoğunlukla şövalye sınıfına mensup, ücretli olarak tam zamanlı çalışan hukukçu memurlardan oluşturulmuştur. Böylece şövalye sınıfın yönetimdeki etkinliği, senatonun etkinliğinden daha ileri bir hal almıştır¹⁰². *Consilium*, imparatorun yargısal meselelerini yönetmede önderlik yapmakta ve imparatorluk emirnamelerinin hazırlanmasında yer almaktadır. İmparator Septimius Severus döneminde giderek genel bir hükümet danışma kurulu haline gelirken, daha sonra İmparator Severus Alexander döneminde bir imparatorluk konseyi olarak da işlev göstermiştir; *consilium* bu dönem boyunca yasama politikasını yönlendiren güç olarak kalmaya devam etmiştir¹⁰³.

İmparator Hadrianus'un düzenlemeleri, *Principatus* Dönemi'nin geri kalanında büyük ölçüde değişmeden devam etmiştir. Hazine, eyaletler üzerinde büyük bir yük oluşturulmadan doldurulmuş ve imparatorluğu yönetmek için nitelikli bir özgür insan bürokrasisi gelişmiştir. İmparator Septimius Severus, eyaletlere Roma ile eşit bir konum vermeyi amaçlayan politikası doğrultusunda bazı değişiklikler yapmıştır; Roma şehrinde senatör *magistra*'larının yerine imparatorluk *procurator*'ları atanmış, böylece, senatörlerin etkinlikleri sınırlandırılmıştır. Senatörlerin etkinlikleri, senatör olan *praefectus urbi* ve senato eyaletlerinin valilerinin bağımsızlıklarıyla birlikte, imparatorun en önemli temsilcisi olan *praefectus praetorio*'nun senatör olarak yükseltilmesinde görülmüştür. Ancak bu durum, yalnızca bu imparatorun yönetimiyle sınırlı kalmıştır¹⁰⁴.

B. Gelişen Bürokratik Yapı İçinde Devlet Memuru Hukukçular

İmparator Hadrianus Dönemi'nden İmparator Alexander Severus Dönemi'nin sonuna dek, Cumhuriyet Dönemi'nden kalmış görevleri halâ devam eden *magistra*'lıklar ve yeni imparatorluk memurlarının her birinin yanında, yürüttükleri yargı faaliyetlerinde danışmanlık yapmak üzere muhakkak bir hukukçu bulundurulmuş ve bunun Roma hukukunun gelişiminde önemli etkileri olmuştur¹⁰⁵.

Çeşitli makamlarda görev edinmek üzere tasarlanmış sivil bir hukuk eğitimi ve bir staj sistemi oluşturulmuştur. Bu eğitimi alan hukukçular *advocati fisci*¹⁰⁶ ya da alt bürokratlar veya imparatorluk makamlarında görevli yüksek bürokratların sekreteri olarak kariyerlerine devam etmişlerdir. Bu durum ise

⁹⁵ GOLDSWORTHY, s. 247; PLINIUS (çev. Levent KESKİN), s. 12.

⁹⁶ KUNKEL (Trans. by. J. M. Kelly), s. 57; AKMAN, s. 102.

⁹⁷ UMUR, Tarihi Giriş, s. 107.

⁹⁸ TÜRKOĞLU, İdari Yapı, s. 280.

⁹⁹ SCHILLER, Bureaucracy, s. 31.

¹⁰⁰ UMUR, Lügat, s. 204; ARSAL, s. 397.

¹⁰¹ SCHILLER, Bureaucracy, s. 32.

¹⁰² SCHILLER, Bureaucracy, s. 29; ARSAL, s. 369.

¹⁰³ SCHILLER, Bureaucracy, s. 35; Honoré, Tony, "Lawyers and Government in the Historia Augusta", IURA 42, 1991, s. 13-41, s. 18.

¹⁰⁴ TÜRKOĞLU, İdari Yapı, s. 280; SCHILLER, Bureaucracy, s. 30.

¹⁰⁵ SCHILLER, Bureaucracy, s. 30.

¹⁰⁶ *Advocati fisci*, adli görevleri devlet hazinesini koruma görevini yürüten yeni bir makamdır. BERGER/CLARK, s. 352.

procurator-askerî kariyerin alternatifi olarak ortaya çıkan ilk sivil kariyer biçimi olmuştur¹⁰⁷. Bu dönemde hukukçular genellikle *bureaus ab epistulis*, *bureaus a libellis* ya da *bureaus a cognitionibus*'tan birinde görev almışlardır¹⁰⁸.

Hadrianus'un *edictum perpetuum*¹⁰⁹ şeklinde yaptığı kodifikasyon, *praetor*'ların ve hukuk bilginlerinin hukuk üzerindeki etkinliğini sınırlandırmıştır. Buna karşılık yukarıda bahsedilen bürolarda yapılan imparatorluk yasaları, hukukçuların hukuka yön verdikleri bir alan halini almıştır. Örneğin hukukçu *Aburnius Valens* ilk görevini *Hadrianus*'un tahta çıkışından bir yıl sonra üstlenmiştir. *Pactumeius Clemens* ve *Vindius Verus* ise *edictum*'un derlenmesinden on yıl bile geçmeden, 138 yılında konsül olmuşlardır. *Paulus*'un öğrencisi *Licinnius Rufinus*, konsüllük yapmış ve eyaletlerde başka görevlerde bulunmuştur¹¹⁰.

Neratius Priscus, *Hadrianus* Dönemi'nin önemli hukukçularından biridir. *Labeo*'nun kurduğu *Proculianus* Hukuk Okulu'nun başkanlarından biri olmuştur. Ayrıca İmparator *Hadrianus* Dönemi öncesinde; MS 87 yılında *consul*, MS 102 yılında ise *Pannonia* Valisi olarak görev yapmıştır. *Trajanus*'un *consilium* üyesiydi. Hatta *Honoré* tarafından, *Trajanus*'un, *Neratius Priscus*'a: “*Bana ölümcül bir şey olursa eyaletleri sana emanet ediyorum*” dediği aktarılmıştır¹¹¹. *Neratius Priscus*, zamanla *Hadrianus*'un da yasal danışmanlarından biri haline gelmiştir.

Hadrianus Dönemi'ne dek bürokraside yer alan hukukçuların Roma hukukunun gelişiminde oynadıkları önemli rol, Cumhuriyet Dönemi'nden Geç *Principatus* Dönemi denebilecek İmparator *Hadrianus* Dönemi'ni de içine alan zamana ait hukukun “*hukukçuların hukuku*” olarak tanımlanmasına yol almıştır¹¹². Anılan dönem hukukunun, “hukukçuların hukuku” olarak nitelendirilmesini sağlayan dört ana unsuru *Schiller* şöyle sıralamaktadır:

- Kendilerini hukuka adanmış bir grup bireyin varlığını devam ettirmesi,
- Hukukçuların özel hukuk konusunda kapsamlı ve uzman bir bilgiye sahip olması,
- Hukukçuların hukukun günlük idaresiyle yakından ve sürekli olarak bağlantı içerisinde bulunması,
- Hukukçuların hukukunu oluşturan temel öncül olarak, hukukçuların kendilerine sorulan sorulara cevap bulurken; öğrencileriyle, birbirleriyle ve kendilerine karşıt görüşteki diğer hukukçularla görüşlerini, bazen kamuya açık şekilde bazen mektuplaşarak tartışıyor olmaları.

İmparator *Hadrianus* Dönemi'nden İmparator *Alexander Severus*'a kadar geçen sürede, hukukçular: *Claudius Tryphoninus*, *Messius* ve *Arrius Menander*'ın *consilium principis*'te yer aldığı bilinmektedir¹¹³.

İmparator *Trajanus* Dönemi'nde *Trakia* valiliği yapmış olan *Iuventus Celsus*, dönemin tanınmış hukukçularındandı. MS 129 yılında bu defa İmparator *Hadrianus* Dönemi'nde ise *Asia* valiliği ile görevlendirilmişti. Ayrıca İmparator *Hadrianus*'un *consilium* üyesiydi¹¹⁴.

İmparator *Antoninus Pius*'un, kararlarını vermeden önce *Vindius Verus*, *Salvius (Fulvius) Valens*, *Volusius Maccianus* ve *Diabolenus* isimli avukatlara danıştığı; İmparator *Marcus Aurelius*'un *Maccianus* tarafından eğitildiği ve hukuki danışman olarak *Servidius Scaevola*'dan yaralandığı bilinmektedir¹¹⁵.

Ulpius Marcellus, İmparator *Antoninus Pius*'un ve *Marcus Aurelius*'un *consilium*'larının üyesiydi¹¹⁶.

İmparator *Hadrianus* Dönemi'nde sırasıyla *quaestor*'luk, *tribunus plebis*'lik ve *praetor*'luk yapmış olan hukukçu *Salvius Iulianus*, daha sonra imparatorun *consilium*'una üye olarak devlet memurluğu yapmıştı, *Hadrianus*'un bazı reformlarını şekillendirirken başvurduğu hukukçuydu. Yine *Hadrianus*'un görevlendirmesiyle, *edictum perpetuum*'u hazırlamıştı¹¹⁷. *A libellis* bürosunda memurluk yapmıştı. İmparator *Antoninus Pius* Dönemi'nde *consilium* üyeliği devam etmiş daha sonra *Germania* valisi, daha sonrasında ise İmparator *Marcus Aurelius* döneminde *Hispania* valisi olmuştur. *Iulianus*, son olarak MS 168-169 yıllarında Afrika Eyaleti'nin *proconsul*'ü olarak görev yapmıştır¹¹⁸.

İmparator *Septimus Severus* Döneminde, MS 205-211 yılları arasında hukukçu *Papinianus*, *praefectus praetorio*'luk yapmıştır. Ayrıca yine bu dönemde *Tryphoninus* ile birlikte *consilium* üyeliği yapmıştır.¹¹⁹

MS 217-218 yılları arasında imparatorluk yapan *Macrinus*'un da bundan önce şövalye sınıfına mensup, hukukta oldukça yetenekli bir *praefectus praetorio* olduğu bilinmektedir¹²⁰.

¹⁰⁷ SCHILLER, Bureaucracy, s.31.

¹⁰⁸ SCHILLER, RIDA, s. 321.

¹⁰⁹ İmparator *Hadrianus*'un emriyle M.S. 117'de, *praetor edictum*'larında yer almış ilke, kural ve esaslar saptanmış ve hukukçu *Iulianus* tarafından *Edictum perpetuum* (kalıcı, sürekli beyanname) adıyla yayımlanarak bütün *praetor*'ların görevlerine başlarken kendi *edictum*'larını yayınlamak yerine bu *edictum* ile bağlı kalacağı ve bu *edictum*'un sadece imparator tarafından değiştirilebileceği kabul edilmiştir. KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 69.

¹¹⁰ SCHILLER, Bureaucracy, s.39.

¹¹¹ HONORÉ, s. 75; HAUSMANINGER, s. 1143.

¹¹² SCHILLER, s. 123. Bu nitelendirmeyi yapan diğer yazarlar için bkz. Schwarz (Çev. Türkan Rado), s. 149; KOSCHAKER/AYİTER, s. 27.

¹¹³ SCHILLER, Bureaucracy, s. 39.

¹¹⁴ HAUSMANINGER, s. 1141; Dion, s. 93.

¹¹⁵ HONORÉ, s. 19.

¹¹⁶ HAUSMANINGER, s. 1147; UMUR, Tarihi Giriş, s. 238.

¹¹⁷ DI MARZO, s. 7; ARSAL, s. 404; GÜNAL/ÜÇER, s. 74.

¹¹⁸ HONORÉ, s. 19; KOSCHAKER/AYİTER, s. 26; VENTURA, s. 103; HAUSMANINGER, s. 1148.

¹¹⁹ D. 12.1.40 (*Paulus*); KOSCHAKER/AYİTER, s. 26; GÜNAL/ÜÇER, s. 81; HAUSMANINGER, s. 1152.

¹²⁰ HONORÉ, s. 18.

Hukukçu *Ulpianus*, İmparator *Septimus Severus* ve sonrasında İmparator *Caracalla*'nın hukuk danışmanlarından biriydi. *Ulpianus*, *a libellis* bürosunda memur olarak çalışmıştı. İmparator *Severus Alexander* Dönemi'nde ise *praefectus praetorio* olduğu ve bunun daha da ötesinde imparatorun yönetimde *Ulpianus*'a ve onun görüşlerine çok büyük bir önem attığı bilinmektedir¹²¹.

Cervidius Scaevola'nın öğrencisi olan ve kariyerine *Papinianus*'un yanında yardımcı danışmanlık yaparak başlamış olan bir diğer hukukçu *Paulus*, *Caracalla* Dönemi'nde imparatorluk bürolarında memurluk yapmıştır¹²² Yine bu dönemde *praefectus praetorio*'luk yapmış olduğu düşünülmektedir¹²³. İmparator *Septimus Severus*'un *consilium* üyesi olmuştur¹²⁴.

Klasik Hukukçuların sonuncusu olarak bilinen *Herennius Modestinus* ise, İmparator *Alexander Severus* Dönemi'nde *a libellis* bürosunda memurluk yapmış daha sonra MS 228'de *praefectus vigilum* olmuştur¹²⁵.

İmparator *Alexander Severus*'un bir karar almadan önce yirmi hukukçuya ve en az elli belagati yüksek danışmana danışıp onlara görüşlerini sunmaları için zaman tanıdığı *Honoré* tarafından aktarılmıştır¹²⁶.

IV. SONUÇ

İmparator *Augustus*'un *princeps* oluşuyla Roma İmparatorluğu'nu yeni bir idarî düzen içinde organize etmesi, hukukçuların bu organizasyon içinde yeni yerler ve görevler edinmeye başlaması sonucunu doğurmuştur. Hukuk eğitimi vererek, hukuk okulları aracılığıyla hukukî tartışmalar yürüterek, yazdıkları hukuk eserleriyle ve kendilerine sorulan hukuki sorulara cevaplar vererek hukuku geliştirme faaliyetleri yanında çeşitli etkinlik alanlarında faaliyet göstermişlerdir.

İmparator *Augustus* Dönemi'nde *ius respondendi publicae* sahibi olmalarıyla birlikte hem hukuka sundukları katkı hem de imparatorluk içindeki itibarlarının ağırlığı şüphesizdir. İmparatora iletilen ihtilaflarda somut vakaları çözümleyerek adaleti sağlamaya yönelik ileri muhakemeler yapmış, örnek çözümler sunarak hukuku geliştirmişlerdir. Ancak hukukçuların imparatorlukta tek etkinlik alanları bu değildi. Hukukçular İmparator *Augustus*'tan itibaren, imparatorların *consilium*'larında yer alarak hukukî danışmanlık görevlerini yürütmüşlerdir. Ayrıca *consilium*'un da *Principatus* Dönemi boyunca niteliği değişmiş, önemi git gide artmıştır. Bunun yanında imparatorluk bürolarında, imparatorluk yazışmalarını yaparak, maliye muhasebe işlemlerini sürdürerek, yargı süreçlerinde yer alarak ve imparatorluk arşivlerinde görev alarak imparatorluk yönetiminde ilk elden faaliyet göstermişlerdir. İmparatorluğun merkezî yönetiminde, yüksek memurluklarda bulunarak; *praefectus urbi*, *praefectus vigilum*, *praefectus annonae* sıfat ve yetkileriyle Roma şehrinin hukuk, maliye, güvenlik alanlarında idaresini üstlenmişlerdir. Özel ve önemli bir *praefectus*'luk makamı olarak Mısır Eyaleti'nin yönetimini üstlenip *praefectus aegypti* olmaları, kendilerini çok büyük bir yönetsel yetki sağlamış ve aynı derecede ağır bir sorumluluk yüklemiştir. İmparator yardımcılığı olarak adlandırılabilir denli yüksek bir memurluk olan *praefectus praetorio*'luğa ulaştıkları da bilinmektedir.

İmparator *Hadrianus* Dönemi'nden itibaren hukukçular, imparatorluğun yeni bürokratik yapısı içinde görev yapmaya devam etmişler böylece devletin yönetiminde daha etkin rol oynamışlardır. *Ius Civile*'nin ve *Ius Honorarium*'un geliştirilmesinde bu yeni görevleriyle etkili olmuşlar, bunun yanında "hukukçuların hukuku" denilen yeni bir hukukun (*Ius Novum*) oluşmasını sağlamışlardır.

KAYNAKÇA

- AKMAN, Şefik Taylan, "Roma Antikitesinde Sosyal Politik Ekonomik Değişimlerin Hukuksal Yapı ve Kamu Düzeni Üzerindeki Etkileri" Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), (2012), s. 89-107.
- ARSAL, Sadri Maksudî: Umumi Hukuk Tarihi, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948.
- BERGER, Adolf/CLARK, David, "Encyclopedic Dictionary of Roman Law: Transactions", American Philosophical Society 43(2), Reprinted 1991.
- BRAUND, David, "Introduction: the Growth of the Roman Empire (241BC-AD193)" The Administration of the Roman Empire: 241 BC.-AD. 193, 18, 1988, s. 1-14.
- COHEN, David, "The Origin of Roman Dictatorship", Mnemosyne, 10(4), 1957, s. 300-318.
- DE ZULUETA, Francis, "Reflections on Gaius 1. 7," Tulane Law Review, 22(1), 1947-1948, s. 173-179.
- DEMİRCİOĞLU, Halil, "Roma Devletinin Eyalet (Provincia) Sistemi Hakkında", Tarih Araştırmaları Dergisi, 5(8), 1967, s. 443-459.
- DI MARZO, Salvatore (Çev. Ziya Umur): Roma Hukuku, 5. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954.
- DION, Cassius (Çev. Rukiye Öztürk/Ayşe Yakut): Historia Augusta: Hadrianus, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2022.
- DIKOV, Viladimir/KOVALEV, Sergei (Çev. Özdemir İnce): İlk Çağ Tarihi Cilt: 2 Romalılar, Yordam Kitap, İstanbul, 2015.
- DÜRÜŞKEN, Çiğdem: Roma'nın Gizem Dinleri, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul 2011.
- GOLDSWORTHY, Adrian: Pax Romana: War, Peace and Conquest in the Roman World, Hachette UK, London, 2016.
- GÜNAL, Nadi/ÜÇER, Mehmet: Roma Hukuku Kavram ve Kurumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, "Ius Respondendi'ye İlişkin Bazı Görüşler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 64(2), 2006, s. 235-245.
- HAUSMANINGER, Herbert, "Benevolent and Humane Opinions of Classical Roman Jurists." BUL Review, 61, 1981, s. 1139-

¹²¹ SYME, s. 408; UMUR, Tarihi Giriş, s. 240.

¹²² HONORÉ, s. 23; GÜNAL/ÜÇER, s. 82.

¹²³ UMUR, Tarihi Giriş, s. 238.

¹²⁴ HAUSMANINGER, s. 1153.

¹²⁵ ARSAL, s. 407; SCHILLER, Bureaucracy, s. 40.

¹²⁶ HONORÉ, s. 16.

- 1156.
- HONORÉ, Tony, "Lawyers and Government in the Historia Augusta", IURA 42, 1991, s. 13-41.
- JONES, Arnold Hugh Martin: Studies in Roman Government and Law, Basil Blackwell, Oxford, 1960.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku: Tarihi Giriş, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- KASER, Max, "The Changing Face Of Roman Jurisdiction", Irish Jurist, 2(1), 1967, s. 129- 143.
- KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, İzmir, 1983.
- KÜÇÜK, Eşref, "Eski Roma'da Cumhuriyet Dönemi Halk Meclisleri ve Yasa Yapım Süreçleri" (Halk Meclisleri), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2017, s. 199-214.
- KÜÇÜK, Eşref, "Roma Halkının İki Özgürlük Kalesi: Provocatio ad Populum ve Tribunus Plebis." (Provocatio ad Populum), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2015, s. 127-144.
- KUNKEL, Wolfgang (Trans. by. J. M. Kelly): An Introduction to Roman Legal And Constitutional History, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 1973.
- LATTE, Kurt, "The Origin of Roman Quaestorship", Transactions and Proceedings of the American Philological Association, 67, 1936, s. 24-33.
- MOSCA, Gaetano (Çev. Mukbil Özyörük): "Roma ve Ortaçağ", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2-4), 1946, s. 532-564.
- OKANDAN, Recai Galip: Roma Amme Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1944.
- ÖZBAY, Ümit Vefa, "Augustus Dönemine ve Augustus Kanunlarına Genel Bir Bakış", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (172), 2024, s. 227-262.
- ÖZER SARITAŞ, Duygu, "Roma Devletinde ulaştırma ve haberleşme sistemi "Cursus Publicus"" Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2, 2009, s. 205-225.
- ÖZSUNAR, Erdal, "Principatus Döneminde Romalı Askerlerin Hukukî Durumu" Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2013, s. 63-92.
- PLINIUS (Çev. Levent Keskin): Genç Plinius'un Mektupları Epistulae I-IV, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2018.
- SCHILLER, A. Arthur, "Bureaucracy and the Roman Law," (Bureaucracy), Seminar 7, s. 26-48.
- SCHILLER, A. Arthur, "The Nature and Significance of Jurists Law," (BULR), Boston University Law Review 47(1), 1967, s. 20-39.
- SCHILLER, A. Arthur, "Jurists' Law" (Jurists), Columbia Law Review, 58(8), 1958, s. 1226-1238.
- SCHILLER, A. Arthur, "The Jurists and the Praefects of Rome" (RIDA), RIDA, 2(3), 1949, s. 319-359.
- SCHILLER, A. Arthur: Roman Law: Mechanism of Development (Mechanism), Walter de Gruyter, New York, 1978.
- SCHWARZ, Andreas Bertalan (Çev. Türkan Rado): Roma Hukuku Dersleri 1. Cilt, 4. Baskı, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul 1956.
- SOUTHERN, Patricia: Augustus, 2nd edition, Routledge, New York, 2014.
- SÖĞÜTLÜ, Özlem, "Roma Hukukunda Elegantia Iuris Kavramı" Prof. Dr. Metin Günday Armağanı (Elegantia Iuris), Atılım Üniversitesi Yayını, 2, 2020, s.1237-1276.
- SÖĞÜTLÜ, Özlem: Roma Özel Hukuku (Roma Özel), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- SUETONIUS, (Çev. Güngör Varınlıoğlu): On İki Caesar'ın Yaşam Öyküsü, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2017.
- SYME, Ronald, "Lawyers in Government: the Case of Ulpian" *Proceedings of the American Philosophical Society*, 116(5), 1972, s. 406-409.
- TAMER, Diler: Roma Hukuku Cilt I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- TAŞDÖNER, Kevser: Anadolu'da Roma Eyaletleri Augustus Dönemi, Bilge Kültür Sanat, İstanbul, 2017.
- TÜRKOĞLU, Halide Gökçe, "Hukukun Kaynağı Olarak İmparatorların Yazılı Cevapları (Rescriptum)" (Rescriptum), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(2), 2008, s. 133-152.
- TÜRKOĞLU, Halide Gökçe, "Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı" (İdari Yapı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), 2009, s. 251-289.
- UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lügati (Lügat), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983.
- UMUR, Ziya: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar- Umumi Mevhumlar- Hakların Himayesi (Tarihi Giriş), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- VENTURA, Mişon: Roma Hukuku Birinci Cilt Giriş-Roma hukukunun dış Tarihi-Usul (Procedure), Ahmet İhsan Matbaası, İstanbul, 1934.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Sevil YILDIZ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Sevil YILDIZ, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

| The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA YOKLUK VE KESİN HÜKÜMSÜZLÜĞE İLİŞKİN GENEL BİR DEĞERLENDİRME

A GENERAL EVALUATION OF NON-EXISTENCE AND DEFINITE NULLITY IN TESTAMENTARY DISPOSITIONS

Süheyla ZORLU *  10.21492/inuhfd.1552203 

Makale Bilgi

Gönderi: 18/09/2024
Kabul : 24/04/2025

Anahtar Kelimeler

*Ölüme Bağlı
Tasarruflarda Yokluk,
Ölüme Bağlı
Tasarruflarda
Geçersizlik,
Vasiyetnamenin
Geçersizliği,
Miras Sözleşmesinin
Geçersizliği.*

Article Info

Received: 18/09/2024
Accepted: 24/04/2025

Keywords

*Absence of
Deathrelated Savings,
Invalidity of Death
Related Dispositions,
Invalidity of
Testament,
Invalidity of
Inheritance Contract.*

Özet

Sağlararası tasarruflardan farklı olarak ölüme bağlı tasarruflarda hukuka aykırılık durumunda karşılaşılabilecek yaptırımlar, Türk Medeni Kanununda sadece iptal edilebilirlik ve tenkis olarak düzenlenmiştir. Nitekim 557 nci maddeye göre mirasbırakanın tasarruf ehliyeti yoksa; tasarruf yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama etkisiyle yapılmışsa; tasarruf içeriği, bağlandığı koşul ya da yüklemeler hukuka veya ahlâka aykırı ise ve nihayet tasarrufun kanunun öngördüğü şekle uyulmadan yapılması söz konusu ise ölüme bağlı tasarrufun iptali mümkündür. Ölüme bağlı tasarrufun saklı pay sahibi mirasçılarının payını zedelemesi halinde tenkis davası açılarak serbestçe tasarruf edilebilir miktara indirgenmesi sağlanabilir. Ancak Türk Medeni Kanununda ölüme bağlı tasarruflara ilişkin olarak yalnızca iptal ve tenkisin düzenlenmiş olması, ölüme bağlı tasarruflarda yokluk veya kesin hükümsüzlüğün söz konusu olmayacağı yanlışlığına düşürmemelidir. Türk Medeni Kanununun miras hukuku kitabında ölüme bağlı tasarrufların yokluk ya da kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmasına ilişkin düzenlemenin bulunmaması bir düzenleme boşluğunun varlığının kabulünü gerekli kılar. Bu boşluk ise Türk Medeni Kanununun 5 inci maddesinden hareketle Türk Borçlar Kanunu hükümleri ile doldurulmalıdır. Çalışmada miras hukukunda ölüme bağlı tasarruflar bakımından pek çok zaman göz ardı edilen yokluk ve kesin hükümsüzlüğe neden olabilecek durumlar ele alınmıştır.

Abstract

Unlike inter vivos dispositions, the sanctions that may be encountered in case of illegality in testamentary dispositions are regulated only as cancellability and annulment in the Turkish Civil Code. As a matter of fact, according to Article 557, if the heir does not have the capacity to dispose; if the disposition is made under the influence of mistake, deception, intimidation or coercion; if the content of the disposition, the conditions or obligations to which it is attached are contrary to law or morality; and finally, if the disposition is made without complying with the form prescribed by the law, it is possible to annul the testamentary disposition. In the event that the testamentary disposition damages the share of the heirs with reserved shares, it may be reduced to the amount that can be freely disposed of by filing a lawsuit for equalisation. However, the fact that only cancellation and restitution are regulated in the Turkish Civil Code regarding testamentary dispositions should not lead to the misconception that there will be no absence or absolute nullity in testamentary dispositions. The fact that there is no regulation in the inheritance law book of the Turkish Civil Code on the subjection of testamentary dispositions to the sanction of nullity or final nullity necessitates the acceptance of the existence of regulatory gap. The gap should be filled with the provisions of the Turkish Code of Obligations based on Article 5 of the Turkish Civil Code. In this study, situations that may lead to absence and absolute invalidity in terms of testamentary dispositions in inheritance law, which are often overlooked, are discussed.

* Dr. Öğr. Üyesi Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ZORLU Süheyla, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yokluk ve Kesin Hükümsüzlüğe İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, İnÜHFD, 16(1), 2025, s.153-166. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.



EXTENDED SUMMARY

The invalidity of testamentary dispositions differs from the inter vivos transactions regulated under the law of obligations. As a matter of fact, in an inter vivos transaction, in the presence of conditions such as incompetence, contravention of law or morality, final nullity is in question. However, in a testamentary disposition, in the presence of similar circumstances, the legal transaction continues to be valid unless it is cancelled by the court. In the case of final nullity in inter vivos transactions, the assertion of this invalidity is not subject to a period of time. On the other hand, the filing of an action for annulment in testamentary dispositions is subject to a prescription period. In addition, final nullity in inter vivos transactions should be taken into consideration by the judge automatically. However, in the case of testamentary dispositions, certain persons may file a lawsuit in case of the existence of grounds for annulment; and it is not possible for the judge to consider this situation automatically.

Article 557 and the following provisions of the Turkish Civil Code regulate the cancellation and revocation of testamentary dispositions. The fact that only the cancellability of the testamentary dispositions is regulated, whereas there is no provision on their final nullity is out of respect for the last wishes of the heir. The fact that the legislator is contented with such a regulation does not mean that the sanctions of nullity or final nullity will not arise in testamentary dispositions.

Firstly, non-existence, which is the most severe type of sanction in a legal transaction, should be discussed. In case of absence (non-existence), the disposition related to death has never arisen, therefore, there can be no question of a disposition related to death account. In testamentary dispositions, the sanction of non-existence is mentioned in the absence of the will and declaration of will, which are the constituent elements of the legal transaction. If there is any doubt as to whether a testamentary disposition is subject to the sanction of nullity or annullability, it may be correct to reach a solution by considering whether the transaction is formally in accordance with the law. Because, if there is a legal transaction that is in compliance with the form stipulated in the law, cancellation should be mentioned, and if there is a transaction that cannot be said to be in compliance with the form stipulated in the law, it should be mentioned as nullity. Such an assumption is justified by the fact that the existence or non-existence of the true will of the heir in the testamentary dispositions can be understood by revealing it in accordance with the form prescribed by law. If the heir does not have the desire to make a testamentary disposition in his/her expressed will, in other words, if there is no animus testandi, it should be stated that the testamentary disposition is null and void.

Another invalidity that may arise in testamentary dispositions is absolute nullity. For example, if there is a violation of the legal capacity stipulated by the law in the testamentary disposition, the sanction of absolute nullity may arise. As a matter of fact, the legislator has stipulated that the age of fourteen must be completed for the testamentary disposition. For example, if the heir was eleven years old when the testator made the testamentary disposition, a null and void testamentary disposition may be mentioned. However, if the heir did not comply with the form prescribed by the law when making the testamentary disposition, unlike inter vivos transactions, the sanction of cancellability should arise (Art. 557 TCC).

If the testamentary disposition is made through a representative, it should be considered null and void. This is because the testamentary dispositions must be made personally by the heir. Since it is not possible to dispose of some assets, the testamentary dispositions made in relation to these assets should also be deemed null and void. For example, it should be stated that this is the case for immovable properties suitable for agriculture, the transfer of which is prohibited by law. In terms of the validity of joint wills, the situation should be evaluated from various perspectives.

The initially valid testamentary disposition becomes automatically invalid in some cases. Some of these are regulated in the law (TCC Art. 548/I, 581/I). For example, if the person to whom the testamentary disposition is made dies before the heir, the disposition automatically becomes null and void. Similarly, if a gift is made in favour of the spouse, but the marriage is terminated, the gift automatically becomes null and void.

I. GİRİŞ

Hukukî işlemlerde genel anlamda karşılaşılabilecek geçersizlik halleri yokluk¹, kesin hükümsüzlük (butlan), iptal edilebilirlik, tek taraflı bağlamazlık ve eksiklik olarak ifade edilebilir². Ancak miras hukuku geçersizlik halleri ile borçlar hukuku geçersizlik halleri farklılık gösterir. Eş deyişle ölüme bağlı tasarruflarda hukuka aykırılığın yaptırımı sağlararası işlemlerden farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Zira sağlararası işlemlerde ehliyetsizlik, hukuka veya ahlaka aykırılık gibi durumların varlığı halinde kesin hükümsüzlük söz konusu iken (TBK m. 27); ölüme bağlı tasarruflarda benzer durumların varlığı kendiliğinden hükümsüzlüğe yol açmaz. Ancak mahkeme tarafından iptal edilebilir. Ayrıca sağlararası işlemlerde ehliyetsizlik, hukuka veya ahlaka aykırılık halinde kesin hükümsüz bir işlem olduğundan herhangi bir süreye bağlı olmaksızın bunun ileri sürülebilmesi mümkündür. Halbuki ölüme bağlı tasarrufların aynı nedenlerle iptali süreye bağlı kılınmıştır (TMK m. 559). Yine sağlararası işlemlerde ehliyetsizlik, hukuka veya ahlaka aykırılığın varlığı yargılama sırasında hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır. Buna karşın ölüme bağlı tasarruflarda ehliyetsizlik, hukuka veya ahlaka aykırılık iptal sebebi olduğundan sadece belirli kişilerin bu davayı açabilmesine olanak tanınmıştır; hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaz.

TMK m. 557 vd. nda ölüme bağlı tasarrufların iptaline ve tenkisine ilişkin hükümler yer almaktadır. Kanunda ölüme bağlı tasarruflarda kesin hükümsüzlüğün yerini iptale ilişkin hükümlerin almasının nedeni mirasçılarının mirasbırakanın son arzularına saygı duymak isteyebilmeleri ile ahlâki ve dini düşüncelerdir. Ancak bu durum ölüme bağlı tasarruflarda yokluk veya kesin hükümsüzlük durumlarının ortaya çıkmayacağı anlamına gelmez³. İmkânsızlık, aşırı yararlanma, muvazaa gibi nedenlerle ölüme bağlı tasarrufun geçersizliğine ilişkin bir düzenlemeye TMK'de yer verilmiştir. Kanun koyucunun TMK'de bu konuyu ele alış biçiminden dolayı ölüme bağlı tasarruflar bakımından geçersizlik nedenlerinin kanunda sayılanlardan (TMK m. 557-558) ibaret olduğu sanılabilir. Ancak ölüme bağlı tasarruflara ilişkin tüm hükümsüzlük hallerinin TMK m. 557 vd. hükümlerinde düzenlenenlerden ibaret olduğu yanlışına düşülmemelidir⁴. Zira anılan hükümlerde düzenlenmemiş olan bazı durumlarda ölüme bağlı tasarruf hiç meydana gelmemiş (yokluk yaptırımı) veya yapıldığı sırada mevcut olan bir nedenden dolayı baştan itibaren hükümsüz bir şekilde doğmuş (kesin hükümsüzlük yaptırımı) olabilir. Bir ihtimal de yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufun sonradan gerçekleşen bir takım olay ya da olgular neticesinde hükmünü yitirmesi, kendiliğinden hükümsüz kalmasıdır.

Ölüme bağlı tasarrufun yokluğunda tasarruf hiç meydana gelmemiş; kesin hükümsüzlük veya ölüme bağlı tasarrufun sonradan hükmünü yitirmesi durumlarında kendiliğinden hükümsüz olmuştur. Bunun için iptal davası açılmasına veya hâkimin ölüme bağlı tasarrufu ortadan kaldırmaya yönelik başkaca inşâi karar vermesine gerek bulunmamaktadır⁵. Mahkemeden olumsuz tespit hükmü alınarak açıklayıcı bir karar ihdas edilmesi ise mümkündür⁶. Ancak bazı yazarlar ölüme bağlı tasarrufun bir biçimde geçersiz olsa bile ilgililer tarafından iptali istenmemişse ayakta tutularak hüküm ve sonuç doğurmaya devam etmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷. Bu doğrultuda ölüme bağlı tasarrufun geçersiz olduğu bazı durumlarda somut olayın tahvil için gerekli unsurları barındırması halinde tahvil yolu ile mirasbırakanın son arzularının ayakta tutulmasının sağlanabileceği de ifade edilmektedir⁸. Ancak belirtilmelidir ki vasiyetnamenin ayakta tutulabilmesi için öncelikle mirasbırakanın tasarruf iradesini ihtiva eden geçerli bir belgenin varlığı gerekmektedir⁹. Bu nitelikte bir belge mevcut değilse, yokluk veya kesin hükümsüzlük söz konusu ise, yorumlanarak ayakta tutulamayacağı ifade edilmelidir. Yine sözlü vasiyetteki olağanüstü şartlar mevcut olmamasına rağmen son

¹ “Yokluk” olarak değerlendirilen hallerde gerçek anlamıyla bir geçersizlikten söz edilip edilemeyeceği hakkında bkz., TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla Altop: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul 1993, s.377 vd.; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar Genel), 24. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.374; AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2020, s.142; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme (Borçlar Hukuku), 6. Tıpkı Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul 2014, s.578; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (Cilt 1), Gözden Geçirilmiş 12.Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2014, s.179.

² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.375 vd.; AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s.179.

³ İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 15. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2021, s.206.

⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku (Miras Hukuku), 2. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul 1978, s. 348; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 18. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul 2022, s. 224.

⁵ Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda “...Mahkemece;... TMK'nun 558/2.maddesi gereğince, vasiyetnamenin yok hükmünde (yapılmamış) kabul edilen kısmının iptali ile yetinilmesi ve tenkis davasıyla ilgili toplanan deliller çerçevesinde inceleme ve araştırma yapılarak, oluşacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken; yanlışlıklarla değerlendirme sonucu yazılı şekilde vasiyetnamenin iptali davalarının tümünden kabulü yönünde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” ifadeleri kullanılmıştır (Bkz. Yargıtay 3.HD., 25.05.2010, E.2010/3389, K.2010/9280. <https://legalbank.net> (Erişim: 08.09.2024)). Halbuki “yok hükmünde” olan bir hukukî işlem bilindiği üzere mahkeme tarafından iptal edilmez, yalnızca tespit kararı verilebilir. Nitekim Yargıtay bir başka kararında ise “...mirastan feragat sözleşmesi ölüme bağlı tasarruf şeklinde yapılması geçerlilik koşulu olup resmi şekil koşuluna uyulmadan yapılan sözleşmenin hukukten geçerliliği bulunmadığından iptali de söz konusu değildir...” ifadelerini kullanmıştır (Bkz. Yargıtay 14.HD., 08.02.2021, E.2017/1857, K.2021/651. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 08.09.2024)).

⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.348; AYAN/AYAN, s.179.

⁷ Bkz. TAŞATAN, Caner: “Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu'na Yansımaları”, DEÜHFD, 23(1), 2021, s.584-585.

⁸ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. KAŞAK, Fahri Erdem: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Tahvili”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71(3), 2022, s.973.

⁹ ANTALYA, O. Gökhan/SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku Cilt III, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.290.

arzular beyan edilmişse veya açıklanan son arzulara tanık olan kimseler hâkime bildirimde bulunmamışsa sözlü vasiyet yoktur¹⁰.

II. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA YOKLUK

Yokluk kavramı bir geçersizlik (hükümsüzlük) türü olarak kabul edilmemektedir. Zira hukukî işlemde kurucu unsur bulunmuyorsa hukukî işlem hiç meydana gelmez¹¹. Bir hukukî işlem ancak kurucu unsurları bulunmasına rağmen geçerlilik unsurlarından yoksunsa geçersiz olabilir¹². Geçerlilik veya geçersizlik sözleşmenin kurulmasından sonrasına ilişkin bir değerlendirmedir. Geçersizlik ise bir üst kavram olup kesin hükümsüzlük ve iptal olarak alt türlere ayrılmaktadır¹³.

Yokluk bir hukukî işlemde görülebilecek en ağır yaptırım olarak kabul edilebilir¹⁴. Tüm hukukî işlemlerde olduğu gibi ölüme bağlı tasarruflar bakımından da kurucu, var edici unsurların mevcut olmaması halinde yokluktan söz edilir¹⁵. Bazı olaylarda vasiyetnamede yokluktan mı, yoksa iptal edilebilirlikten mi söz edilebileceği hususunda tereddüt yaşanabilir. Yokluk ile diğer geçersizlik türlerinin (özellikle iptal edilebilirlik) sonucunun tespitinde, şekli olarak kanunda öngörülmuş unsurlara kısmen veya tamamen uygunluğuna bakarak değerlendirmede bulunulmalıdır¹⁶. Şeklen kanuna uygun bir işlem varsa iptal edilebilirlikten; kanunda düzenlenmiş ölüme bağlı tasarruf türlerinden farklı bir işlem varsa yokluktan söz edilmelidir. Bir başka ifadeyle kanunda öngörülen biçime kısmen ya da tamamen uyan bir hukukî işlem varsa ölüme bağlı tasarruf iptale konu olur. Ancak biçimsel bakımdan kanunda öngörülenlerle hiç benzerliği olmayan bir işlemin iptalinden söz edilemez¹⁷. Örneğin bir kişi ses kaydına alarak son arzularını açıklamışsa, bir whatsapp grubuna ses kaydı ile veya yazarak ölümünden sonraki isteklerini beyan etmişse kanunda aranan biçime hiç uygun olmadığından yokluk söz konusudur, iptaline gerek olmaz.

Bilindiği gibi ölüme bağlı tasarruflarda kurucu unsur mirasbırakanın irade beyanının varlığıdır. İrade beyanı hiç yoksa veya açıklanan beyan şekle uygun değilse yorum yoluyla bunun vasiyetname olarak kabul edilmesi sağlanamaz¹⁸. Yapılan ölüme bağlı tasarruflarda, diğer hukukî işlemlerdeki gibi, fiil iradesinin ve hukukî sonuç iradesinin varlığı gereklidir¹⁹. İrade açıklaması ölüme bağlı tasarruflarda bulunma arzusuyla yapılmamışsa, bir başka ifadeyle hukukî sonuca yöneltilen bir irade yoksa, sonuç yokluktur²⁰. Yine ölüme bağlı tasarruf yapmaya ilişkin irade açıklaması maddi cebir altında yapılmışsa, örneğin mirasbırakan şakağına dayanmış silahla vasiyetnamesini yazmaya zorlanmışsa, zorla parmak basması sağlanmışsa, yok hükmündedir²¹. Bir kimsenin mirasbırakan yerine geçerek, bilgisi olmaksızın onun adına el yazılı vasiyetname hazırlamasında, mirasbırakanın iradesini yansıtmayan ve onun el yazısını ihtiva etmeyen bu vasiyetname yok hükmündedir²².

İradesini açıklayan kimse, yalnızca duygu açıklamalarında bulunmuşsa, olmasını arzu ettiği vakıaları mektuplaştırmışsa veya senaryolaştırmışsa, şiirle ifade etmişse ya da yazıya geçirdiği beyanında son arzularına yönelik birtakım planlarından bahsetmişse ölüme bağlı tasarruf ortaya çıkmamıştır. Mirasbırakan vasiyet yapma niyetiyle yazılı beyanlarda bulunmuşsa da imza atmamışsa, bu durumda vasiyetname yapma arzusu bulunmadığından, hukukî sonuç iradesi (animus testandi) olmadığından, ölüme bağlı tasarruf yok hükmünde kabul edilmelidir²³. Zira bu tarz metinler proje olmaktan öteye gidememiştir²⁴. Yine bilgisayarda yazılmış metinde, yazıcıdan döktürülen belgede, daktiloda yazılan ancak imza atılmamış kağıtta mirasbırakanın son arzuları yer almaktaysa bunların da vasiyetname olarak nitelendirilebilmesine olanak bulunmamaktadır²⁵. Mirasbırakan son arzularını videoya veya ses kaydına almışsa geçerli bir

¹⁰ Yargıtay 3.HD., 05.03.2013, E.2012/23224, K.2013/3612 “...vasiyetçiden sadır olan ve tanıklarla birlikte vasiyetnameye konu daire için hakime teslim edilmiş bir sözlü vasiyetname yoktur. O halde sözlü vasiyetname bu yönüyle geçerli sayılmaz. O halde, sözlü vasiyet şartları gerçekleşmemiştir...”. Bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim:08.09.2024).

¹¹ EREN, Borçlar Genel, s. 374.

¹² Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. AKBULUT, Pakize: Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s.23 vd.

¹³ Geçersizlik teorileri hakkında detaylı bilgi için bkz., EREN, Borçlar Genel, s. 375; AKBULUT, s. 27 vd.

¹⁴ AYAN, s.142.

¹⁵ KÖPRÜLÜ, Bülent: Miras Hukuku Dersleri, Cilt I, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975-1976, s.205. Ayrıca bkz., KOCAYUSUFPASAOĞLU, s.578; ATAAY, Aytekin: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi Birinci Yarım, Dördüncü Bası, Der Yayınları, İstanbul 1986, s.125; ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.183; AYAN, s.142; ERDOĞAN, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s.78; EREN, Borçlar Genel, s.124.

¹⁶ ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt I, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s.816; ANTALYA/SAĞLAM, s.290.

¹⁷ ANTALYA/SAĞLAM, s.299.

¹⁸ ANTALYA/SAĞLAM, s.290.

¹⁹ KOCAYUSUFPASAOĞLU, Necip: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası İstanbul 1968, s.24; EREN, Borçlar Genel, s.133.

²⁰ ATAAY, s.130; OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, 6. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul 1995, s.185; DURAL/ ÖZ, s.222.

²¹ Bkz. AYAN, s.142.

²² DURAL, Mustafa: Miras Sözleşmeleri (İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak) (Sözleşme), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s.297; KOCAYUSUFPASAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, s.349; ÇABRİ, s.815-816.

²³ OĞUZMAN, s.123; HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, 5. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2014, s.91.

²⁴ ÇABRİ, s.816; AYAN/AYAN, s.179; DURAL/ÖZ, s.226; TÜRKMEN, Ahmet: “Dijital Vasiyetname ve Vasiyetlerin Şekle Uygunluğunun Türk Pozitif Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2020, s.1282.

²⁵ AYAN/AYAN, s.179. Ayrıca bkz., ŞEKER BARDAKCI, M. Elif: “Elektronik Vasiyet”, in Yılmaz, Süleyman (ed.), Bilişim Hukuku Güncel Sorunlar IV, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s.123.

vasiyetnamenin varlığından söz edilemez²⁶. Mirasbırakan olağanüstü durumda son arzularını açıklarken tanıkların bizzat mirasbırakanın yanında bulunmaları aranmamakta, sesinin duyulması kimlik tespiti için yeterli kabul edilmektedir²⁷. Dolayısıyla “mirasbırakanın elektronik araçlarla son arzularını açıklaması, sözlü vasiyette olduğu gibi, yeterli kabul edilebilir mi?” sorusu akla gelebilir²⁸. Kanaatimce bu şekilde gerçekleşen bir irade açıklamasını sözlü vasiyet olarak kabul etme olanağı bulunmamaktadır. Zira bu durumda mirasbırakanın iradesinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı noktasında ciddi şüpheler vardır²⁹. Ayrıca bilindiği üzere günümüzde yapay zeka sayesinde kişilerin sesi, görüntüsü kolaylıkla taklit edilebilmektedir. Bu nedenlerle eş zamanlı olarak gerçekleşen görüşme veya ses/görüntü kaydı ile açıklanan son arzular şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilemez, yok hükmündedir.

El yazılı vasiyetnamenin mirasbırakanın bilgisi dahilinde yahut bilgisi dışında başkası tarafından yazılması mümkün değildir. Örneğin bir kimsenin ölümünden sonra gerçekleşmesini istediği hususları bir yakınına yazdırması ve metnin altını imzalaması durumunda bir ölüme bağlı tasarrufun varlığından söz edilemez³⁰. Zira ölüme bağlı tasarruf yapma kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğindedir ve bizzat hak sahibi tarafından kullanılabilir; burada temsil caiz değildir. Mirasbırakanın haberi ve bilgisi olmadan üçüncü kişi tarafından hazırlanan bir ölüme bağlı tasarruf da, mirasbırakanın farazi iradesine uygun şekilde hazırlanmış olsa dahi, yok hükmündedir³¹. Sadece şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar bakımından değil, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar bakımından da temsil yasağı vardır³². Nitekim mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta kimin mirasçı olacağını veya kimin vasiyet alacaklısı olacağını üçüncü kişiye bırakması halinde, maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufta temsil caiz olmadığından ve animus testandi bulunmadığından ölüme bağlı tasarrufun mevcudiyetinden söz edilemez³³. Ayrıca mirasbırakanın el yazılı vasiyetnamesine, kendi isteği ile olsa bile, üçüncü kişi tarafından eklemeler yapılmış olursa, bu eklemeler bakımından da yokluk söz konusu olur³⁴. Ancak mirasbırakanın bizzat kendisi tarafından hazırlanmış olan kısım geçerli olarak kalır. Diğer taraftan bu eklemeler olmadan mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufu yapmayacağı anlaşıyorsa tüm ölüme bağlı tasarruf hükümsüz olmalıdır³⁵. Benzer şekilde mirasbırakanın okuma yazma bilmemesine rağmen okuma yazma bilenlerin yapacağı şekilde (m. 533) resmi vasiyetname yapması durumunda murisin gerçek iradesi anlaşılamadığından, kanaatimce yapılmış olan vasiyetname yok hükmünde olmalıdır³⁶. Zira bu ihtimalde mirasbırakanın vasiyetnamenin içeriğini bilme ve yazılanların iradesini yansıtıp yansıtmadığını anlama imkânı bulunmamaktadır. Okuma yazma bilmeyenler veya okumak istemeyenler TMK m. 535’e göre resmi vasiyetname yapmalıdır. Yasal temsilci konumunda bulunan ana/baba da çocuk mallarına ilişkin ölüme bağlı tasarruf yapamazlar³⁷.

Geçerli bir ölüme bağlı tasarruftan söz edebilmek için mirasbırakan bir hukukî sonuç ortaya çıkarma arzusuyla hareket etmiş olmalı, aynı zamanda iradesini de özgür bir şekilde ortaya koyabilmelidir. Örneğin mirasbırakanın iradesi cebren ortadan kaldırılmışsa, hipnoz edilerek veya anestezi kullanılarak ölüme bağlı tasarruf yapması sağlanmışsa fiil iradesi bulunmadığından yokluk söz konusu olur³⁸. Belirtilmelidir ki ölüme bağlı tasarrufun resmî makam nezdinde yapılması halinde mirasbırakanın özgür iradeyle hareket ettiği resmî

²⁶ ÇABRİ, s.816. Bir görüşe göre mirasbırakanın ölümünden sonra sesli ya da görüntülü vasiyetlerine ulaşırsa, sözlü vasiyetteki tanık fonksiyonunun yerine geldiği kabul edilmeli ve ölüme bağlı tasarruf geçerli kabul edilmelidir (bkz. TÜRKMEN, s.1302).

²⁷ Örneğin bir doğal afette göçük altında kalmış bir kimse tanıklara son arzularını açıklayabilir ve bu geçerli bir sözlü vasiyet olarak kabul edilmelidir.

²⁸ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. SAVAS, Abdurrahman: “İnternet Ortamında Yapılan Tek Taraflı Hukukî İşlemler ve Özellikle Elektronik Vasiyetname”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 2007, s.83 vd.

²⁹ Özellikle vasiyetname sadece mirasbırakanın irade açıklamasından müteşkil bir işlemdir. Bu nedenledir ki bu işlemin mirasbırakanca arzu edilen hükmü ve sonucunu doğurabilmesi onun gerçek iradesinin belirlenmesini zorunlu kılar (TAŞATAN, s.574).

³⁰ ATAAY, s.173.

³¹ AYAN/AYAN, s.179; DURAL/ÖZ, s.226.

³² EREN, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası (İptal), Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 1966, s.16; ATLI, Banu: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.35; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.257; KOCAYUSUFPASAOĞLU, Miras Hukuku, s.146.

³³ Bkz. ATLI, s.70. DURAL/ÖZ’e göre böyle bir durumda ölüme bağlı tasarruf mutlak butlanla sakattır (Bkz. DURAL/ÖZ, s.226). Bir görüşe göre bazı hallerde temsil yasağı yumuşatılabilir. Nitekim vasiyetçi ya da mirasçının seçimi mirasbırakan tarafından yapılan ölüme bağlı tasarrufta objektif kriterler öngörülerek bir başkasına bırakılmışsa geçerli olacağı ifade edilmektedir (Bkz. KOCAYUSUFPASAOĞLU, Miras Hukuku, s.152 vd.; SEROZAN/ENGİN, s.256 vd.). Örneğin verilecek olan eğitim yardımının en ihtiyaç sahibi olan hukuk fakültesi öğrencisine verilmesi ve söz konusu öğrencinin avukat olan yeğeni tarafından belirlenmesi mirasbırakan tarafından ölüme bağlı tasarrufta belirtilmişse bunu geçerli saymak gerekir.

³⁴ İMRE/ERMAN, s.74; DURAL, Mustafa: El Yazısı ile Vasiyetname (Alman, İsviçre ve Avusturya Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak) (Vasiyet), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1967, s.24; ATLI, s.69; OĞUZMAN, s.120; KÖPRÜLÜ, s.143; GÖNENSAY, A. Samim/BİRSEN, Kemaleddin: Miras Hukuku, 2. Baskı, Ahmed Said Matbaası, İstanbul 1963, s.107; KOCAYUSUFPASAOĞLU, Miras Hukuku, s.199.

³⁵ İMRE/ERMAN, s.74.

³⁶ Ancak Yargıtay böyle bir durumun varlığı halinde şekle aykırılık nedeniyle iptal edilebileceğine hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 3.HD., 31.10.2012, E.2012/12294, K.2012/22231. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 09.09.2024). Yargıtay 3.HD., 23.02.2010, E.2009/16930, K.2010/2852 (GÜNAY, Erhan: Bilimsel Görüşler ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Miras Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.66).

³⁷ BERKİ, Şakir: “Türk Hukukunda Vasiyet”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1-4), 1951, s.402.

³⁸ DURAL, Sözleşme, s.277; ERGÜNE, Mehmet Serkan, Vasiyetnamenin Yorumu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011, s.269; EREN, İptal, s.28.

makam tarafından teyit edildiğinden cebren hukukî işlemin yaptırılmasının sağlanması ihtimâlî çok zayıftır³⁹.

Bilindiği üzere miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı olmamak gerekir. Miras sözleşmesinde mirasbırakanın karşı tarafında bulunan kişi bakımından ise fiil ehliyetine ilişkin genel esaslar uygulanır. Bu nedenle miras sözleşmesi ivazsız ise sınırlı ehliyetsiz bakımından serbest işlem niteliğinde iken, ivazlı ise yasal temsilcinin onayı gerekmektedir⁴⁰. Buna ilişkin ehliyet şartları sağlanmadan miras sözleşmesinin yapılması durumunda işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurması mümkün olmaz. Yargıtay bir kararında miras sözleşmesinde mirasbırakanın karşı tarafında yer alan kişinin (mirastan feragat edenin) ehliyet bakımından gerekli koşulu sağlamadığından hareketle miras sözleşmesinin yok hükmünde olduğunun tespitini yapmıştır⁴¹.

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda hukuki sonuç ortaya çıkarma arzusu ve serbest iradesinin varlığına rağmen, el yazısı ile kaleme alması gereken vasiyetnameyi zorunlu ve haklı nedenle başka bir şekilde yazıya dökmesi halinde bunun geçerli olacağı ifade edilmektedir⁴². Örneğin doğuştan kolları olmayan kimsenin ayağıyla yazması, kollarını kullanamayacak halde bulunan birinin ayak parmaklarıyla yazması gibi durumlarda ölüme bağlı tasarrufu geçerli saymak gerekir. Ancak bu şekilde ortaya konulmuş bir vasiyetnamede durumun animus testandi bakımından idarelenerek sonuca ulaşılması doğru olur. Zira elini kullanarak yazı yazması mümkün olabilen bir kimsenin elini kullanmadan, başka uzvuyla vasiyetname hazırlaması durumunda animus testandi şartı sağlanamayacağından yokluk yaptırımı gündeme gelebilir⁴³.

Ölüme bağlı tasarruf ile kanunî mirasçılara birtakım yükümlülükler yüklenmiş, yüklemeler yapılmış olabilir. Ancak ölüme bağlı tasarrufta yer alan koşul ve yüklemelerin imkânsızlığı yokluk yaptırımına neden olur. Zira imkânsız olan bir koşul aynı zamanda anlamsız veya rahatsız edici olarak da değerlendirilebilir⁴⁴ (TMK m. 515/III). Örneğin mirasbırakan yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufunda kendisine ait olmayan, tasarrufunda bulunmayan bir şeye ilişkin yükleme yapmışsa onun buna ilişkin tasarrufu yapılmamış kabul edilir⁴⁵. Yine mirasbırakan yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufla adına kayıtlı olan bir taşınmazı konu edinen bir kazandırma yapmış, ancak mahkeme muvazaa nedeniyle tapu kaydının düzeltilmesine karar vermişse, olmayan malvarlığının vasiyeti söz konusu olamayacağından, bahse konu ölüme bağlı tasarruf yok hükmünde olur.

III. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA KESİN HÜKÜMSÜZLÜK

A. Genel Açıklama

Sağlararası hukukî işlemde geçerlilik koşullarının bulunmaması halinde karşılaşılan yaptırım hükümsüzlüktür⁴⁶. Hükümsüzlük iki ana kategoriye ayrılabilir⁴⁷. “Mutlak butlan” ifadesinin yerini alan “kesin hükümsüzlük” birinci yaptırımdır. Bunu sadece “butlan” olarak ifade edenler de bulunmaktadır⁴⁸. TBK m. 27’de kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. TBK m. 176 hükmünde de “Bir koşul, hukuka veya ahlâka aykırı bir yapma veya yapmama fiilini sağlamak amacıyla konulmuşsa, bu koşula bağlı hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür” ifadesi yer almaktadır. Söz konusu hükümler sağlararası işlemlerde hukuka veya ahlâka aykırılığı kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutmaktadır. Hukukumuzda kesin hükümsüzlüğe yol açan nedenler TBK m. 27 ve 176’da sayılanlarla sınırlı değildir. Örneğin ayırt etme gücünden yoksun olanların (tam ehliyetsizlerin) yaptığı işlem kesin hükümsüzdür (TMK m. 15)⁴⁹. Yine

³⁹ DURAL, Sözleşme, s.277.

⁴⁰ AYAN/AYAN, s.119.

⁴¹ Yargıtay 16 HD., 29.06.2018, E. 2016/6413, K. 2018/4434 “...Miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak, kısıtlı bulunmamak gerekir. (TMK’nın md. 528) Davacının doğum tarihinin, dosya arasında bulunan nüfus kaydına göre 02.11.1955 olduğu ve miras sözleşmesinin yapıldığı tarih itibarıyla davacı ... olmadığından (17 yaşında olduğu), söz konusu sözleşme yok hükmündedir...”. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 09.09.2024).

⁴² AKKANAT, Halil: “El Yazısı ile Vasiyetnamede Metnin Özelliği”, in Kendigelen, Abuzer (ed.), Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt II, Beta Basım Yayın, İstanbul 2001, s.803; DURAL/ÖZ, s.83; İMRE/ERMAN, s.73; İMRE, Zahit: Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, İÜHF Yayınları, İstanbul 1978, s.116-117; EREN, İptal, s.69. Aksi yönde görüş için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.193.

⁴³ DURAL, Vasiyet, s.17.

⁴⁴ GÖMEÇ, s. 44.

⁴⁵ Yargıtay 3.HD., 25.09.2012, E.2012/15896, K.2012/19821: “...denilmekte olup; vasiyetçi, bu maddelerde kendisine ait olmayan, tasarrufunda bulunmayan (kızına ait) şeyi de vasiyet ettiğinden; TMK’nun 515/3.maddesi gereğince, bu husustaki vasiyeti yok hükmünde (yapılmamış) kabul edilmelidir. Öyle ise mahkemece; yukarıdaki açıklamalar dikkate alınarak, TMK’nun 558/2.maddesi gereğince, vasiyetnamenin yok hükmünde (yapılmamış) kabul edilen kısmının iptali ile yetinilmesi gerekirken vasiyetnamenin tamamının iptaline karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...”. Bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 10.09.2024).

⁴⁶ TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 156;

⁴⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 580; TERCIER/ PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 156; EREN, Borçlar Genel, s. 375; KILIÇOĞLU, s. 130;

⁴⁸ Antalya’ya göre “butlan” ifadesi aile hukuku ve miras hukukuna özgüdür. Yazara göre kanun koyucu mutlak/nisbî butlan ayırımı yapmaksızın TMK m. 557’de iptal sebeplerini düzenlemiştir (Bkz. Antalya, s.185).

⁴⁹ Ölüme bağlı tasarrufun yapılması sırasında ayırt etme gücünden yoksunluk halinde ölüme bağlı tasarruf kendiliğinden hükümsüz olmaz. Böyle bir durumda ilgililer tarafından iptal davası açılmalıdır (RUHİ, Canan/RUHİ, Ahmet Cemal: Ölüme Bağlı Tasarruflar ve İptali, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.43; HELVACI, İlhan, “Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Ayırt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı”, in Kendigelen, Abuzer (ed.), Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt II, Beta Basım Yayın, İstanbul 2002, s.1115.

muvaazalı işlemler bakımından da aynı sonuç ortaya çıkar⁵⁰. Bir hukuki işlem kesin hükümsüz olarak kabul edildiğinde doğacak ilk sonuç⁵¹ işlemin baştan itibaren hükümsüz olmasıdır. Bunun sonradan düzeltilmesi ile işlem geçerlilik kazanmaz. Ayrıca işlemin kesin hükümsüzlüğü için dava açmaya gerek bulunmamaktadır, zira işlem yapıldığı andan itibaren zaten kesin hükümsüzdür. Dolayısıyla hâkim tarafından dava dosyasından anlaşılmışsa re'sen ve yargılamanın her aşamasında göz önünde bulundurulur. Kesin hükümsüzlüğü sadece işlemin tarafları değil, üçüncü kişiler de ileri sürülebilirler. Sadece işlemin karşı tarafına değil, üçüncü kişilere karşı da kesin hükümsüzlüğün ileri sürülebileceği belirtilmelidir⁵².

Hükümsüzlüğün ikinci kategorisini ise iptal edilebilirlik oluşturur⁵³. İptal edilebilirlikte hukuki işlem kendiliğinden geçersiz olmaz. Ölümüne bağlı tasarruflarda bu geçersizlik türü davayla ileri sürülmelidir. Ölümüne bağlı tasarruflarda iptal edilebilirlik olarak düzenlenen durumların büyük bir kısmı sağlararası işlemlerde kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi kılınmıştır (TMK m. 557). Kanaatimce bu düzenleme tarzı ölümüne bağlı tasarruflarda kesin hükümsüzlük yaptırımının söz konusu olmayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira sağlararası işlemlerde kesin hükümsüzlüğe neden olan kimi durumların ölümüne bağlı tasarruflar bakımından da aynı sonucu doğurabileceği düşünülmektedir. Bu nedenle bu kısımda sağlararası işlemlerde kesin hükümsüzlüğe yol açan nedenler ölümüne bağlı tasarruflar bakımından irdelenmiştir.

B. Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Hukuka veya Ahlakla Aykırılık

Türk Medeni Kanununda ölümüne bağlı tasarrufların kesin hükümsüzlüğüne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş; ancak iptali düzenlenmiştir. Miras hukuku prensipleri çerçevesinde ölümüne bağlı tasarrufun içeriği, bağlandığı koşullar ya da yüklemelerin hukuka veya ahlâka aykırı olması ölümüne bağlı tasarruf bakımından iptal nedeni olarak kabul edilmiştir⁵⁴ (TMK m. 515, 557). Bilindiği üzere irade sakatlığı halleri, şekil eksikliği ve ehliyetsizlik de kanunda düzenlenmiş iptal nedenleridir. TBK m. 27/I'deki kesin hükümsüzlük yaptırımına karşın, TMK m. 557'de benzer nedenlerin ölümüne bağlı tasarruflar bakımından iptal edilebilirlik yaptırımına tabi tutulması doktrinde çeşitli bakımlardan eleştirilmektedir. Nitekim bazı yazarlara göre TBK m. 27'de öngörülmüş olan genel kuraldan ölümüne bağlı tasarruflar bakımından ayrılmayı gerekli kılan haklı bir neden bulunmamaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar emredici hükümlere, ahlâka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olan sözleşmede olduğu gibi ölümüne bağlı tasarruf bakımından da iptal edilebilirlik değil, kesin hükümsüzlük yaptırımının söz konusu olması gerektiğini ifade etmektedirler⁵⁵. Özellikle miras sözleşmesi ahlâka aykırı karşı edimin ödüllendirilmesinin yolu olarak seçilmişse TBK m. 27 gereği hükümsüz kabul edilmelidir⁵⁶. Aksinin kabulü halinde hukuka veya ahlâka aykırı bir ölümüne bağlı tasarrufun TMK m. 559'daki hak düşürücü sürelerin geçmesi nedeniyle iptal edilmemişse geçerli olduğu neticesine ulaşılır ki böyle bir durumda korunması gereken bir menfaat de bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu görüşü savunan yazarlara göre mirasbırakanın son arzularının gerçekleştirilebilmesi için bunların hukuka veya ahlâka aykırı olmaması gerekmektedir. Bu noktada gerçek olmayan boşluğun bulunduğu ifade edilmeli ve TMK m. 557/b. 3 ve TMK m. 559/II'ye dayanarak savunmada bulunmanın TMK m. 2/II'ye aykırı olabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁷.

Daha doğru görünen aksi yöndeki görüşe göre ise kanunun mevcut düzenlemesi isabetlidir⁵⁸. Zira ölümüne bağlı tasarruflarda favor testamenti prensibi geçerli olduğundan, bunları ayakta tutma çabası ön plana çıkmaktadır. Nitekim mirasbırakan artık hayatta olmadığından yeniden geçerli bir şekilde ölümüne bağlı tasarruf yapabilme olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle kanunkoyucu miras hukukunda borçlar hukukundaki temel prensipten ayrılmıştır. Hakikaten ehliyet veya şekle ilişkin borçlar hukuku prensipleri emredici nitelikte olmasına rağmen, miras hukukunda bunlara aykırılık halinde kesin hükümsüzlük değil, iptal edilebilirlik yaptırımı öngörülmüştür⁵⁹. Kaldı ki ölümüne bağlı tasarruflara özgü geçersizlik rejiminde

⁵⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.581; OĞUZMAN/ÖZ, s. 134 vd., KILIÇOĞLU, s. 132;

⁵¹ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.580 vd.

⁵² EREN, Borçlar Genel, s. 377; KILIÇOĞLU, s. 130; OĞUZMAN/ÖZ, s. 186; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 156; ESENER, Turhan, Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1969, s.214.

⁵³ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 157.

⁵⁴ Berkî vasiyetteki gaye ve maksadın hukuka ve ahlâka aykırı olması halinde vasiyetin batıl olacağını ifade etmektedir. Ancak kanaatimizce yazar bunu teknik anlamda kesin hükümsüzlüğün karşılığını oluşturan “mutlak butlan” anlamında kullanmamıştır. Zira 743 sayılı Medeni Kanunun buna ilişkin olan 462 nci maddesinde de “Kanuna yahut adabı umumiyyeye mugayir şart ve mükellefîyetleri ihtiva eden tasarruf, batıldır.” ifadesi yer almaktadır. (Bkz. BERKİ, Şakir: “Türk Hukukunda Vasiyet”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1-4), 1951, s.403). Nitekim yazar çalışmanın ilerleyen kısımlarında konuyla alakalı olarak “iptal” ifadesine yer vermiştir (Bkz. BERKİ, s.420 vd).

⁵⁵ Bkz. TURAN, Gamze: Ölümüne Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Turhan Yayınevi, Ankara 2009, s.82; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.336-337; AKKANAT, Halil: Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Yayınevi, İstanbul 2014, s.15, dn.42; DURAL, Sözleşme, s.289; ANTALYA/SAĞLAM, s.254; Bkz. HATEMİ, Hüseyin: Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Hukuka ve Ahlakla Aykırılık), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s.134, dn.9. Hatemi butlan görüşünün savunmakla beraber bu görüşün hukuk dünyasında kabulünü şüpheli bulduğunu açıkça belirterek, ölümüne bağlı tasarrufun konusunun “suç” olması halinde cumhuriyet savcısı tarafından iptal davası açılabilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Bkz. HATEMİ, Hukuka ve Ahlakla Aykırılık, s.165, dn.36).

⁵⁶ HATEMİ, Hukuka ve Ahlakla Aykırılık, s.165. Ancak miras sözleşmesi resmi şekilde yapılacağından, noter, Noterlik Kanunu m. 53 gereği, karşı tarafın sağlararası ediminin hukuka veya ahlâka aykırılığını göz ardı edemez ve sözleşmeyi düzenleyemez (Bkz. HATEMİ, Hukuka ve Ahlakla Aykırılık, s.196).

⁵⁷ ATLI, s.72; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.337; DURAL/ÖZ, s.32; DURAL, Sözleşme, s.289; HATEMİ, Hukuka ve Ahlakla Aykırılık, s. 134 dn 9.

⁵⁸ SEROZAN/ENGİN, s.296; OĞUZMAN, s.186; KAŞAK, s.984.

⁵⁹ NOMER, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2015, s.77; AKBULUT, s.77;

yapılacak oynamalar birçok taşı yerinden oynatarak hukukî güvenlik ve favor testamenti ilkeleri bakımından da sakıncalar doğurabilir⁶⁰. Ancak ne yazık ki bu noktada gözden ırak tutulmaması gereken bir husus ölüme bağlı tasarrufun konusunun kamu düzenini ağır şekilde ihlâl eden (örneğin terör örgütü lehine ya da göçmen kaçakçılığına ilişkin) bir istem olmasıdır. Böyle bir durumda iptal davası açma süresi geçmişse bu tasarrufun geçerli olduğunun kabulü hukukun temel ilkeleri ile çelişmektedir. Ancak lehtarın ölüme bağlı tasarrufun ifası için açacağı davada hukuka ya da ahlâka aykırılığın def'i olarak zaman sınırlaması olmaksızın ileri sürülebilmesi (TMK m. 559/II) ve böylece bu tasarrufların yerine getirilmesinin engellenebilmesi mümkündür. Hatta bu düzenlemede kanun koyucu bir adım daha ileri giderek “hükümsüzlük” ifadesini kullanmıştır. Kimi yazarlar ise sadece bunun gibi istisnalarla bağlı kalmak koşuluyla kesin hükümsüzlük görüşünün kabul edilebileceğini belirtmektedirler⁶¹. Bu görüşe katılabilme olanağı bulunmamaktadır. Zira ölüme bağlı tasarrufta hukuka veya ahlâka aykırılığın olduğu durumlarda kesin hükümsüzlük yaptırımı ya vardır, ya da yoktur. Burada ortaya çıkabilecek belirsizlik hukuki güvenliği zedeleyecektir⁶².

Bir ihtimal de ölüme bağlı tasarrufla hukuka veya ahlâka aykırı amaç doğrultusunda vakıf kurulmasının istenmesidir. Bazı yazarlar böyle bir durumda süresi içerisinde iptal davasının açılmaması halinde dahi vakfın tesciline karar verecek olan hâkimin TMK m. 47/II ve TMK m. 101/IV’e dayalı olarak bu talebi reddetmesi gerektiğini ifade etmektedirler⁶³. Zira amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan bir vakfın tescil edilebilmesi, herhangi bir şekilde tüzel kişilik kazanabilmesi mümkün değildir. Bu görüşe katılmayan yazarlara göre ise kesin hükümsüzlük yaptırımının söz konusu olabilmesi için hâkimin karar vermesine gerek vardır. TMK m. 102 hükmünden hareketle vakıf tescil ile ve ölüme bağlı tasarrufla gerçekleşen kuruluşlarda ölüm ile kurulmuş olacağından, vücut bulmuş olan vakfın hükümsüzlüğü mahkeme kararıyla saptanmalıdır; sonuç kanundan hareketle kendiliğinden ortaya çıkmaz⁶⁴.

Ölüme bağlı tasarruflar bakımından kesin hükümsüzlüğe neden olabilecek bir durum da şekli anlamda yapılmak istenen ölüme bağlı tasarrufta aranan ehliyeteye sahip olunmamasıdır. Kanunda mirasbırakan olarak miras sözleşmesi yapabilmek için tam ehliyetli olmak aranmakta iken (TMK m. 503), miras sözleşmesinin karşı tarafı için genel ehliyet prensipleri aranmaktadır. Vasiyet yapabilmek için ise bilindiği üzere 15 yaşın doldurulmuş olması ve ayırt etme gücünün mevcudiyeti gerekmektedir (TMK m. 502). Miras sözleşmesinde mirasbırakanın karşı tarafının tam ehliyetsiz olması durumunda, bu kişinin yaptığı miras sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğu belirtilmektedir⁶⁵. Vasiyet yapan mirasbırakanın ayırt etme gücüne sahip olsa dahi, 15 yaşını doldurmamış olması halinde geçerli bir vasiyetten söz edilemeyeceği, iptali veya tenkisinin istenemeyeceği, ancak kesin hükümsüzlüğün tespiti için karar alınabileceği ifade edilmektedir⁶⁶.

Sağlararası bir işlem için kanunda öngörölmüş olan şekle uyulmaması halinde TBK m. 12’ye göre hukukî işlem “...hüküm doğurmaz”. Kanunda kullanılan bu ifade, şekle aykırılık halinde sağlararası işlemler bakımından hangi yaptırımın uygulanacağı hususunda görüş ayrılıklarına sebep olmuştur⁶⁷. Kanaatimce, sağlararası işlemlerde şekle aykırılığın bulunması halinde bu işlemin kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalacağını savunan görüş doğrudur⁶⁸. Nitekim Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararında kanunî şekil şartının emredici hüküm niteliğinde olduğundan hareketle, şekle aykırılığın hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerektiğini vurgulayarak, hukukî işlemin şekil şartına uygun olmaması halinde kesin hükümsüzlük yaptırımının söz konusu olacağı hükmüne varmıştır⁶⁹. Ancak ölüme bağlı tasarruflar için kanunda düzenlenmiş olan şekil kurallarına uyulmamasının yaptırımı TMK m. 557 gereğince iptal edilebilirliklidir. Bu nedenle vasiyet veya miras sözleşmesi için kanun koyucu tarafından getirilmiş olan şekil kurallarına uyulmaması mahkeme tarafından iptal edilebilir. Bu noktada üzerinde durulması gereken bir husus da ölüme bağlı tasarrufun temsilci aracılığı ile yapılmış olmasıdır. Ölüme bağlı tasarrufun bizzat mirasbırakan tarafından yapılması zorunludur, temsilci aracılığı ile yapılmışsa kesin hükümsüz kabul edilmelidir⁷⁰. Miras sözleşmesinin geçerliliği kanunda belirtilmiş olan şekil şartlarına uygun olmasına bağlıdır. Örneğin mirasçılar arasında yazılı şekilde mirastan feragat amacıyla sözleşme yapılmışsa, kanundaki şekil şartı sağlanmadığından mirastan feragat sözleşmesi olarak kabul edilemez ve

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2011, s.163.

⁶⁰ SEROZAN/ENGİN, s.296.

⁶¹ ATLI, s.73.

⁶² Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. ÇAPTUĞ, Mehpere: “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 9(17), 2021, s.133-160.

⁶³ Bkz. HATEMİ, Hüseyin, Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1969, s.228 dn.21; ÖĞÜZ, M. Tufan: Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukukî Esasları, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007, s.30.

⁶⁴ Bkz. İŞERİ, Ahmet: Türk Medeni Kanunu’na Göre Vakıf Tesisi, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s.49-50; BERKİ, Ali Himmet: Vakıflar, İkinci Kitap, Medeni Kanunda “Tesis” ve Vakıflar Kanunu Hükümleri, Nur Matbaası, Ankara 1950, s.31-33; ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1982, s.392.

⁶⁵ DURAL, Sözleşme, s.75; ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku, 7. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara 2016, s.196.

⁶⁶ Bkz. BERKİ, Şakir, s.401.

⁶⁷ Bu görüşler hakkında bkz. AKBULUT, s.240 vd.

⁶⁸ Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.102; KOCAYUSUFPASAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.311 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s.153 vd.

⁶⁹ Yargıtay İBK, 30.09.1988, E.1987/2, K.1988/2. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim:10.09.2024).

⁷⁰ AYAN/AYAN, s.179. Yargıtay 3.HD., 22.02.2012, 426/4378 “...bir kimse muayyen bir mal veya mallar üzerinde vasiyetini sonradan yaptığı tasarrufla açık veya zımni olarak hükümsüz hale getirebilir. Başka bir anlatımla vasiyet eden, vasiyetnmeden döndüğünü açıkça belirtme dahi belli bir mal veya mallar hakkındaki vasiyete sonradan yaptığı tasarrufla bağdaşmıyorsa hükümsüz hale gelir. Nitekim öğretide sağlararası bir tasarrufla vasiyetden rücu durumunu “ademptio legati” sözcüğüyle ifade edilmekte buna davranışla rücu niteliği adı verilmektedir...”

kesin hükümsüz sayılmalıdır. Zira böyle bir durumda mirasın açılmasından önce yapılmış sözleşme niteliğinde olacağından geçerli olmaz (TMK m. 678)⁷¹. Resmi vasiyetname ya da miras sözleşmesinin resmi memurun katılımı ile elektronik ortamda çevrimiçi olarak yapılarak elektronik imza kullanılması halinde ise kanaatimce kesin hükümsüz saymak gerekir⁷². Zira 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 5/II hükmüne göre, “Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları ve Türkiye’de yerleşik sigorta şirketleri tarafından düzenlenen... teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez”. 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 198/A’ya göre “...düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemler ile irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde güvenli elektronik imza kullanılabilmesi için ilgililerin noter huzurunda olmaları gerekir”; Noterlik İşlemlerinin Elektronik Ortamda Yapılması Hakkında Yönetmelik m. 5/1’e göre ise “...kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez...”. Bu hükümlerin emredici niteliği göz önünde bulundurulduğunda elektronik ortamda, elektronik imza kullanılarak yapılan miras sözleşmesi ve resmî vasiyetname kesin hükümsüzdür⁷³. Elektronik ortamda hazırlanarak elektronik imza ile imzalanan bir metin ise vasiyetçiden sadır olma şartını sağlayacağından geçerli olabilmelidir⁷⁴. Ancak belirtilmelidir elektronik vasiyet ya da elektronik imzalı vasiyet ile ilgili tartışmaların önüne geçebilmek ve mevcut belirsizliği giderebilmek için konuyla alakalı yasal düzenleme yapılması doğru olur. Zira günümüzün teknoloji bağımlıları/kullanıcıları geleceğin vasiyetçileri olacaklardır⁷⁵.

TMK dışında bazı yasal düzenlemelerde mirasbırakanın bazı malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunması yasaklanmıştır. Örneğin emeklilik ikramiyesi, dul ve yetim aylığı gibi edimlerin, 525 sayılı İstiklal Madalyası Kanunu gereğince (m. 2) İstiklâl Madalyalarının, toprak ve tarım yasaları gereğince devri yasaklanmış olan taşınmazların ölüme bağlı tasarrufun konusu olamayacağı ifade edilerek; buna aykırı olarak ölüme bağlı tasarrufa konu edilmesi halinde kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı kabul edilmektedir⁷⁶. Dijital mal varlığı değerleri bakımından ise durum tartışmalıdır⁷⁷.

C. Ölüme Bağlı Tasarrufların Muvazaa Bakımından Değerlendirilmesi

Çalışmamız kapsamında ele alınacak olan muvazaalı⁷⁸ hukukî işlem gerçekte istenmediği halde yapılan miras sözleşmesi veya miras sözleşmesinin arkasına gizlenerek yapılan bağışlamadır⁷⁹. Burada alacaklılardan mal kaçırmak için yapılan ivazsız mirastan feragat sözleşmesi örnek olarak verilebilir. Bu örnekte feragat eden mirasçı, görünürde diğer mirasçılara intikal eden terekeden gerçekte alacağı payı almaktadır; dışarıya mirastan feragat etmiş gibi görünmektedir. Bu miras sözleşmesi tarafların gerçek iradesini yansıtmadığından muvazaa nedeniyle kesin hükümsüz olacaktır⁸⁰.

Muvazaa ölünceye kadar bakma sözleşmesinde de söz konusu olabilir. Bilindiği üzere ölünceye kadar bakma sözleşmesi miras sözleşmesi şeklinde yapılmalıdır (TBK m. 612). Nitekim bakım alacaklısının, bakım borçlusunu miras sözleşmesi ile lehtar olarak ataması miras hukuku nitelikli bakım sözleşmesidir. Ancak taraflar arasında borçlar hukuku nitelikli bakım sözleşmesinin yapılması halinde, bakım borçlusuna bakım alacaklısının sağlığında bir ivaz ödemesi öngörülür⁸¹. Uygulamada sıklıkla ölünceye kadar bakma sözleşmesinin arkasına gizlenmiş bağışlama sözleşmesi ile karşılaşmaktadır⁸². Mirasbırakan böyle bir işlemle bazı mirasçılara daha fazla pay verilmesini sağlayarak veya üçüncü kişilere kazandırmada bulunarak

⁷¹ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. ZORLU, Süheyla: “Mirasın Açılmasından Önce Yapılan Sözleşmeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 22(2), 2014, s.107-129; YILDIRIM, Mustafa Fadıl: “Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (I)”, Yargıtay Dergisi, XXI(1-2), 1995, s.109-144; YILDIRIM, Mustafa Fadıl: “Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (II)”, Yargıtay Dergisi, XXI(1-2) 1995, s.278-291; YILDIRIM, M. Fadıl: “Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 53(1), 2004, s.117-130.

⁷² Aksi yönde görüş için bkz. ŞEKER BARDAKCI, s.120-121.

⁷³ Bir görüşe göre bu hükümler düzenleyici olduğundan geçersizliğe neden olmaz (Bkz. ANTALYA/SAĞLAM, s.161; TÜRKMEN, s.1309).

⁷⁴ Bkz SAVAŞ, s.75 vd.

⁷⁵ Bkz GEE, Kyle B.: “Electronic Wills and the Future: When Today’s Techie Youth Become Tomorrow’s Testators”, https://www.sssb-law.com/media/1140/chapter_1_gee_electronic_wills_and_the_future_2015_pliskin_2015918.pdf, (Erişim: 22.01.2024).

⁷⁶ İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.75, dn 92.

⁷⁷ Bkz. İNCE AKMAN, Nurten: “Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçiş (Dijital Tereke)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2018, s.527-560; GÜRBÜZ, Eşref Can: “Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali”, MÜH-HAD, 29(1), 2023, s.840-875.

⁷⁸ Bkz. EREN, Borçlar Genel, s.394; AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 12. Bası, Sayram Yayınları, Konya 2021, s.137; AYAN, s.226; KOCAYUSUFPASAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.345; ÖĞÜZMAN/ÖZ, s.130; VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt 1-2, 2. Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983, s.273 vd; ÖZÜĞÜR, Ali İhsan, Açıklamalı İçtihatlı Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları, 4.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.439.

⁷⁹ Detaylı bilgi için bkz. SERT SÜTÇÜ, Selin: Miras Bırakanın Muvazaalı Hukukî İşlemleri ve Sonuçları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

⁸⁰ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.318.

⁸¹ ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara 2006, s.770; TUNÇOMAĞ, Kenan: Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1959, s.28-29; DALAMANLI, Lütfü: Tatbikatta Satış Vaadleri- Ölünceye Kadar Bakma ve Miras Taksim Sözleşmeleri, Kazancı Yayınları, Ankara 1980, s.124.

⁸² AKKÖK, Semih: Türk Hukukunda Miras Bırakanın Muvazaalı İşlemleri ve Buna Bağlı Hukukî Sonuçlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.149-150. İstanbul B.A.M. 2.HD., 12.04.2017, E.2017/382, K.2017/395 “...mürisin yaptığı işlemin içinde bulunduğu şartlara göre, bakım amacı taşımadığı, amacın davalıya bağış olduğu, bağışın resmi şekilde yapılmadığı, bu nedenle muvazaalı ve ahlaka aykırılık sebebi ile kesin hükümsüz olduğu sonucuna varıldığı dava konusu 4 nolu bağımsız bölüm yönünden davanın reddi ile ...”. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim:12.09.2024).

saklı payın zedelenmesine yol açmaktadır⁸³. Böyle bir durumun varlığı halinde mirasbırakan tarafından yapılan hukukî işlem tarafların gerçek iradesini yansıtmadığından muvazaa nedeniyle kesin hükümsüz olur⁸⁴. Üçüncü kişilere karşı gizlenen bağışlama ise kanundaki şekil şartına uymuyorsa, bu nedenle kesin hükümsüzdür⁸⁵.

D. Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yer Alan Koşul ve Yüklemelerin İmkânsız Olması

TMK'de ölüme bağlı tasarrufun imkânsızlığına ilişkin düzenlemeye yer verilmediğinden, bu durumda TBK'nin genel hükümleri uygulanmalıdır (TMK m. 5). Dolayısıyla geciktirici koşulun imkânsız olması halinde ölüme bağlı tasarruf kesin hükümsüz kabul edilmelidir⁸⁶. Bozucu koşulun imkânsızlığında ise ölüme bağlı tasarruf koşul olmaksızın geçerli kabul edilmelidir (TBK m. 27/II c.2'ye kıyasen)⁸⁷. Yüklemenin imkânsız olması durumunda ise "ölüme bağlı tasarrufu yapan mirasbırakan imkânsızlığı bilseydi ölüme bağlı tasarrufu yapmazdı" denilebiliyorsa (Conditio sine qua non'u ise), yüklemeli ölüme bağlı tasarruf kesin hükümsüzdür. Yoksa yükleme anlamsızdır, ölüme bağlı tasarruf yüklemesiz bir şekilde geçerli kabul edilmelidir (TBK m. 27)⁸⁸.

E. Ölüme Bağlı Tasarrufların Latife Beyanı Bakımından Değerlendirilmesi

Latife beyanı beyanda bulunan kişinin nasıl olsa karşı tarafca ciddiye alınmayacağı düşüncesi ile şaka, eğlence, övünme gibi amaçlarla yapmış olduğu beyandır⁸⁹. Hukukumuzda latife beyanına ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Latife beyanının varlığı durumunda güven teorisine göre muhatabın beyana vereceği anlam araştırılmalı, beyan sahibinin sorumluluğu buna göre belirlenmelidir⁹⁰. Karşı tarafın durumu bilmesi ya da bilebilecek durumda olması işlemin hükümsüz olması sonucunu doğurur⁹¹.

Ölüme bağlı tasarruflar bakımından latife beyanı şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türleri göz önünde bulundurularak ikili bir ayırımla ele alınmalıdır. Bilindiği üzere vasiyetnamede irade teorisi geçerlidir. Yani mirasbırakanın beyanda bulunurken gayriciddi olduğu biliniyorsa zihni kayıta olduğu gibi kesin hükümsüzlük yaptırımı söz konusu olmalıdır⁹². Miras sözleşmesinde latife beyanında bulunulmuşsa bunun nasıl değerlendirilmesi gerektiği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre irade teorisi ölüme bağlı tasarruflar, bilhassa miras sözleşmesi, bakımından da geçerlidir ve gerçek iradeye uygun olmayan latife beyanı sahibini bağlamamalıdır⁹³. Diğer bir görüşe göre miras sözleşmesinde güven teorisi uygulanmalı, muhatabın beyana vereceği anlama göre bir sonuca ulaşılmalıdır⁹⁴.

F. Ölüme Bağlı Tasarrufların Zihni Kayıt Bakımından Değerlendirilmesi

Zihni kayıt kişinin bilinçli bir şekilde gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunmasıdır⁹⁵. Buna ilişkin olarak bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde zihni kayıt durumunda güven teorisine göre çözüme gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede muhatap zihni kaydı bilmiyorsa ve bilecek durumda değilse beyan sahibini bağlamalı; ancak dürüstlük kuralından hareketle muhatap zihni kaydı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa beyana bir sonuç bağlanmamalıdır⁹⁶.

Zihni kayıt ölüme bağlı tasarruflarda da yer alabilir. Doktrinde bir görüş vasiyetname bakımından zihni kaydın herhangi bir etkisinin olmaması gerektiği, vasiyetin geçerliliğini muhafaza ettiğini ifade etmektedir. Söz konusu görüşü savunan yazarlara göre bunun aksinin kabulü, kanunda sayılan vasiyetin ortadan kalkmasına neden olan biçimlere uymadan da onun ortadan kaldırılabilmesi sonucuna götüreceğinden doğru olmayacaktır⁹⁷. Bir başka görüşe göre ise vasiyet irade teorisine göre yorumlanmalıdır;

⁸³ ÇERNİS, Volf: "Ölünceye Kadar Bakma Akdinde Şekil Noksanı, Muvazaa ve Bunların Müeyyidesi", İstanbul Barosu Dergisi, 28(2), 1954, s.132-133; TUNÇOMAĞ, s.39; DALAMANLI, s.131.

⁸⁴ ATLI, s.77; AKKÖK, s.151. Yargıtay 1.HD., 23.11.2015, E.2014/11618, K.2015/13465, "...uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır...". <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim:12.09.2024).

⁸⁵ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. AKKÖK, s.154 vd.

⁸⁶ ANTALYA/SAĞLAM, s.246; KIRKBEŞOĞLU, s.368.

⁸⁷ KIRKBEŞOĞLU, s. 368.

⁸⁸ OĞUZMAN, s.147; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.284, 274; AYİTER, Nüşin/KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 3. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 1993, s.111; ANTALYA/SAĞLAM, s.246; KIRKBEŞOĞLU, s.370.

⁸⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s.92; EREN, Borçlar Genel, s.390-391; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.425; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara 2024, s.235-236; AKINCI, s.135; ATAAY, s.199; VON TUHR, s.272.

⁹⁰ HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2015, s.90; EREN, Borçlar Genel, s.391; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.425; OĞUZMAN/ÖZ, s.92; SAYMEN, Ferit H.: Borçlar Hukuku Dersleri Umumi Hükümler Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, s.174; AKINCI, s.135.

⁹¹ Bir görüşe göre böyle bir durumda hukukî işlem yoktur (Bkz. ANTALYA, s.185).

⁹² ERGÜNE, s.270; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.351. Bazı yazarlar yokluk yaptırımının geçerli olduğunu savunmaktadırlar (Bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.278; ÖZTAN, s.308).

⁹³ EREN, Fikret: "Ölüme Bağlı Tasarruflarda İstenilerek Yapılan İrade Sakatlıkları" (İrade Sakatlıkları), Adalet Dergisi, 54(11-12), 1963, s.1277; EREN, Borçlar Genel, s.392.

⁹⁴ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.308; TURAN, s.71; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.351; DURAL, Sözleşme, s.296.

⁹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.92; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.424; KILIÇOĞLU, s.236; AKKÖK, s.57; AKINCI, s.135-136; ATAAT, s.198; VON TUHR, s.273.

⁹⁶ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.90; EREN, Borçlar Genel, s.393; AKINCI, s.136. Antalya'ya göre bu durumda hukukî işlem yoktur (bkz. ANTALYA, s.185).

⁹⁷ İMRE/ERMAN, s. 215; ESENER, Turhan, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1956, s.28.

buna göre korunması gereken gerçek irade bulunmamaktadır ve vasiyet kesin hükümsüz olmalıdır⁹⁸. Bazı yazarlar ise böyle bir durumun varlığı halinde vasiyetin yokluk yaptırımına tabi olması gerektiğini ifade ederler⁹⁹. Bir görüşe göre ise vasiyet şekli bakımından hukuka uygunsa zihni kayıt dikkate alınmamalıdır. Zira mirasbırakanın zaten istediği zaman vasiyetten dönme hakkı vardır ve vasiyet hazırlama işini ciddiye almadan gerçekleştiren mirasbırakan hukuken ödüllendirilmemelidir¹⁰⁰.

Miras sözleşmesinde zihni kaydın varlığı bakımından da görüş farklılıkları vardır. Nitekim bir görüşe göre miras sözleşmesinde gerçek irade önem taşımaktadır, bu nedenle miras sözleşmesi kesin hükümsüz olmalıdır¹⁰¹. Bir başka görüşe göre ise miras sözleşmesi sözleşme niteliğinde olduğundan güvenin korunması önem arz eder. Bu nedenle güven teorisi uygulanmalı ve muhatabın sözleşmeye verdiği anlam buna göre değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmalıdır¹⁰².

IV. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA BELİRLİ MAL KAZANDIRMASINDA BULUNULAN KİŞİNİN VEYA VASİYET KONUSUNUN BELİRTİLMEMESİ

TMK'nin 517'nci maddesi mirasbırakanın “bir kimseye” bir “kazandırmada” bulunabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla kazandırmadan yararlananın ve kazandırma konusunun ölüme bağlı tasarruftan anlaşılabilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde vasiyet kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalır¹⁰³. Vasiyet yoluyla kazandırmada bulunulan iki kişiden birinin tercihinin mirasbırakan tarafından vasiyeti yerine getirme görevlisinin seçimine bırakılması halinde geçerli bir ölüme bağlı tasarruf kabul edilmelidir¹⁰⁴.

Belirli mal vasiyetine konu olabilecek kazandırmalar TMK m. 517/II'de örneklendirilmiştir. Bu hükümde düzenlenmiş olan örnekler çoğaltılabilir. Örneğin lehtar lehine intifa dışında sınırlı aynî hak, örneğin oturma hakkı kurulmasını, vasiyet edilebilir. Ayrıca mirasbırakan belirli mal bırakmaya konu olacak kazandırmaya ilişkin seçimi başka birinin iradesine bırakabilir¹⁰⁵. Ancak bu durumda belirli mal bırakmaya konu olan kazandırma konularının mirasbırakanın kendisi tarafından seçenekler dahilinde belirlenmiş olması gerekmektedir¹⁰⁶.

V. ORTAK VASİYETNAMELERİN DURUMUNUN ELE ALINMASI

Birden fazla mirasbırakanın tek taraflı olarak terekelerine ilişkin ölüme bağlı tasarrufu aynı hukukî işlem içerisinde yapmaları durumunda “ortak vasiyetname” söz konusu olur¹⁰⁷. Alman hukukunda açıkça düzenlenmesine rağmen¹⁰⁸, Türk/ İsviçre hukukunda ortak vasiyetin geçerli olmayacağı yönünde görüş ağırlığı bulunmaktadır¹⁰⁹. Zira TMK'de şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Ancak favor testamenti ilkesi göz önünde bulundurularak mirasbırakanların son arzularının tahvil ile ayakta tutulabilmesi mümkün görülmelidir¹¹⁰.

Ortak vasiyetname üç farklı şekilde tezahür edebilir. Birinci olarak ortak vasiyetname birlikte vasiyetname şeklinde ortaya çıkabilir. Bu şekilde yapılan vasiyetnamede son arzularını açıklayan kişiler ölüme bağlı tasarruflarını aynı hukukî işlem kapsamında beyan ederler. Ancak bu kişiler tarafından yapılan ölüme bağlı tasarruflar arasında bağlantı bulunmaz¹¹¹. Bunun ortak vasiyetname olarak değerlendirilmesinin tek nedeni mirasbırakanların son arzularının aynı belge içerisinde yer almasından başka bir şey değildir¹¹².

Ortak vasiyetname ikinci olarak karşılıklı vasiyetname şeklinde ortaya çıkabilir. Bu hukukî işlemde taraflar karşılıklı şekilde birbirlerinin menfaatine ölüme bağlı tasarruflarda bulunurlar ve bu kazandırmalar arasında bağlantı vardır¹¹³. Her ne kadar kazandırmalar arasında bağlantı olsa da taraflardan birinin yapmış olduğu kazandırmanın geçersizliği, karşı tarafın tasarrufunu etkilemez¹¹⁴. Mirasbırakanlarca karşılıklı olarak yapılan ölüme bağlı tasarruflar aynı türden veya farklı türden olabilir¹¹⁵. Örneğin nişanlılardan biri diğerini

⁹⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.350; EREN, İrade Sakatlıkları, s.1275.

⁹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s.92; AYİTER/KILIÇOĞLU, s.154; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.308.

¹⁰⁰ HATEMİ, Miras Hukuku, s.82-83.

¹⁰¹ ESCHER, Arnold: Medeni Kanun Şerhi Miras Hukuku, Çev. Sabri Şakir Ansay, Yeni Cezaevi Basımevi, 1953, s.113-114; EREN, İrade Sakatlıkları, s.1276.

¹⁰² DURAL, Sözleşme, s.295; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.350; İMRE/ERMAN, s.215; OĞUZMAN, s.185; TURAN, s.70.

¹⁰³ İMRE/ERMAN, s.125; BELGE ÇETİN, Ayşe Merve, Vasiyet (Belirli Mal Bırakma), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.127.

¹⁰⁴ Bkz. Yargıtay HGK. 02.03.1951 E.89, K.30 (İMRE/ERMAN, s.125, dn.10). Ancak bu karar vasiyet lehtarının belirlenmesinin ölüme bağlı tasarruflar bakımından esaslı bir unsur olması ve ölüme bağlı tasarruflarda temsilin caiz olmaması nedeniyle eleştirilmiştir (Bkz. GÜRİSOY, Kemal Tahir: Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Yıldız Matbaası, Ankara 1955, s.53-54).

¹⁰⁵ Bkz. BELGE ÇETİN, s.133; DURAL/ÖZ, s.148; GÜRİSOY, s.184.

¹⁰⁶ BELGE ÇETİN, s.134.

¹⁰⁷ Bkz. Yargıtay 3.HD, 17.02.2014, E.2013/18224, K.2014/2251. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 11.09.2024); Yargıtay 3.HD, 16.01.2019, E.2017/12298, K.2019/146. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 15.09.2024); Yargıtay 2.HD, 02.03.1990, E.1990/9067, K.1990/2434. www.lexpera.com.tr (Erişim: 11.09.2024).

¹⁰⁸ Bkz. SEROZAN/ENGİN, s.241; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.131.

¹⁰⁹ BAYGIN, Cem: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, AÜEHFD, IV(1-2), 2000, s.585; İMRE/ERMAN, s.227; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.131.

¹¹⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.131-132; SEROZAN/ENGİN, s.241; BAYGIN, s.585-586; KAŞAK, s.1004.

¹¹¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.130; ŞENER, Esat: “Noterlerin Düzenlediği Ortak (Müşterek) Vasiyetnameler Üzerine Düşünceler”, Türkiye Noterler Birliği Dergisi, (22), 1979 s.12-13; DURAL, Mustafa, “İsviçre-Türk Hukukunda Ortak (Müşterek) Vasiyetnameler”, İÜMHAD, 3(4), 1969, s.6; ÇABRİ, s.541.

¹¹² OLGAC, s.28.

¹¹³ Bkz. KAŞAK, s.1004; OLGAC, s.29.

¹¹⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.133.

¹¹⁵ OLGAC, s.29.

mirasçı atamışken, karşı tarafın da belirli mal vasiyetinde bulunması halinde karşılıklı vasiyetname şeklinde ortaya çıkmış olan ortak vasiyetnameden söz edilebilir.

Ortak vasiyetnamenin diğer ortaya çıkış biçimi birbirine bağlı vasiyetnamedir. Söz konusu vasiyetnamenin geçerli olması için karşı tarafın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf da geçerli olmalıdır¹¹⁶. Türk İsviçre hukukunda birbirine bağlı vasiyetname geçerli kabul edilmemektedir¹¹⁷.

Bilindiği gibi kanun koyucu ölüme bağlı tasarrufların geçerli biçimde yapılabilmesine ilişkin olarak şekil koşulları öngörmektedir. Vasiyetnamenin geçerli olması için şekil şartına uygun şekilde yapılmış olması gerekmektedir. Nitekim iki kişi ortak vasiyet yapmışlarsa, ancak her biri bağımsız olarak ölüme bağlı tasarrufun geçerlilik koşullarını sağlamaktaysa şüphesiz geçerli bir biçimde hüküm ve sonuçlarını doğurur¹¹⁸. Ancak resmî vasiyetname bakımından işlemde ve belgede birlik ilkeleri göz önünde bulundurulduğunda birden fazla mirasbırakanın resmî memur önünde tek ortak metinde iradelerini açıklayarak resmi vasiyetname yapmaları geçerli kabul edilemez¹¹⁹. Kanaatimce böyle bir durumda resmi vasiyetname bakımından kesin hükümsüzlük yaptırımı kabul edilmelidir. Böylece ortak vasiyetnamenin miras sözleşmesine tahvil edilerek geçerli kabul edilebilmesine zemin hazırlanmış olur¹²⁰. Ancak Yargıtay buna benzeyen bir somut olayda ortak iradenin yer aldığı resmî vasiyetnamenin iptal edilmesine karar vermiştir¹²¹.

El yazılı olarak düzenlenmiş olan ortak vasiyetnameyi tek kişi el yazısı ile kaleme almış ve birden fazla kişi altına tarih yazarak imzasını atmışsa, yazılan ifadelerle aynı zamanda kendi vasiyeti olduğu açıklamasını eklemiş olsa dahi, diğer kişilerin vasiyetnameleri geçerlilik koşullarını sağlamadığından geçersiz kabul edilmelidir¹²². Bir görüşe göre tek elden kaleme alınmış metinle ve bunun altına atılmış birden fazla kişinin imzasıyla yapılmış olan ölüme bağlı tasarruf, kanunda bununla alakalı bir düzenleme bulunmadığı için kesin hükümsüz kabul edilmelidir¹²³. Vasiyetname metnini kaleme alıp imzayı atan bakımından ise söz konusu ölüme bağlı tasarruf el yazılı vasiyetnameye tahvil edilerek ayakta kalması sağlanmalıdır¹²⁴. Ancak tarafların vasiyeti birbirlerine bağlı kılınmışsa tahvile olanak bulunmadığından, vasiyetname geçersiz sayılmalıdır¹²⁵.

VI. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARLA HAYVAN LEHİNE YAPILAN KAZANDIRMALAR

Yapılan ölüme bağlı tasarruf ile bir kazandırmanın lehtarı olabilmek için hak ehliyetine sahip bulunmak şarttır (TMK m. 8). Hayvanların hak ehliyeti bulunmadığından ölüme bağlı tasarrufta vasiyet alacaklısı veya atanmış mirasçı olabilmeleri mümkün değildir¹²⁶. Dolayısıyla mirasbırakanın son arzusu hayvanın kazandırmanın lehtarı olması yönünde ise bunun geçerli kabul edilebilmesi olanağı bulunmamaktadır. Ancak hayvan lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflar favor testamenti ilkesi nedeniyle yüklemeye tahvil edilebilir¹²⁷. Nitekim İsviçre Medeni Kanununda Art.482/IV hükmünde hayvan lehine yapılan böyle bir kazandırmanın varlığı durumunda bunun mirasçılara getirilmiş bir yüklemeye olarak kabul edileceği açıkça düzenlenmiştir. Böylece örneğin mirasbırakanın geride tek evlatlığı kalmışsa ve mirasbırakan tüm malvarlığını beslediği horoza bırakmışsa, mirasbırakanın evlatlığı horoza bakma yüklemesiyle tek yasal mirasçı olacaktır.

VII. SONUÇ

Borçlar hukukunda hukukî işlemlerde aranan koşulların bulunmaması halinde ortaya çıkabilecek olan yaptırımlar yokluk, kesin hükümsüzlük (butlan), iptal edilebilirlik, tek taraflı bağlamazlık ve eksiklik olarak sıralanabilir. Yokluk hukukî işlemin kurucu unsurlarının bulunmaması halinde söz konusu olur. Kesin hükümsüzlük ise geçerlilik koşullarının bulunmaması halinde karşılaşılan yaptırımdır. Hukukî işlem niteliği tartışmasız olan ölüme bağlı tasarrufların hukuka aykırı olması halinde karşılaşılabilecek yaptırım ise sağlararası işlemlerden farklılık gösterir. Türk Medeni Kanununun “Miras Hukuku” kitabında ölüme bağlı tasarruflar bakımından sadece iptal ve tenkisin düzenlenmiş olması, bu işlemlerde yokluk ya da kesin hükümsüzlüğün söz konusu olmayacağı şeklinde bir düşünceye sevk etmemelidir. Zira burada TMK m. 5’ten hareketle tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanabilen Türk Borçlar Kanunu hükümleri de uygulama alanı bulmaktadır. Böylece kimi durumlarda ölüme bağlı tasarrufun yokluğu veya kesin hükümsüzlüğü, kimi durumlarda da kendiliğinden hükmünü yitirdiği kabul edilmelidir. Bazı yazarlar favor testamenti ilkesine dayanarak ölüme bağlı tasarrufun geçersizliği durumunda dahi ayakta tutularak hüküm ve sonuç doğurmaya devam etmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Halbuki bir ölüme bağlı tasarrufun ayakta tutulabilmesi için öncelikle hiç değilse ölüme bağlı tasarruf şekline bürünmüş irade açıklamasının varlığı mevcut olmalıdır.

¹¹⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.130-131; KAŞAK, s.1005; OLGAC, s.29; ÇABRİ, s.505.

¹¹⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.131-132; ÇABRİ, s.541.

¹¹⁸ ÇABRİ, s.541-542.

¹¹⁹ OLGAC, s.31.

¹²⁰ Bu durumda iptal edilerek miras sözleşmesine tahvil edileceği hakkında bkz. ÇABRİ, s.544-545; KAŞAK, s.1006.

¹²¹ Bkz. OLGAC, s.31.

¹²² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.131-132; KAŞAK, s.1006; KANETİ, Selim: Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, s.202-203.

¹²³ Bkz. ESCHER, s.86. Ancak Yargıtay bu şekilde yapılmış vasiyetnamenin varlığı durumunda iptal edilebilir olduğunu belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 3.HD., 17.2.2014, E.2013/18224, K.2014/2251. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim:15.09.2024).

¹²⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.131-132; BAYGIN, s.585; SEROZAN/ENGİN, s.241.

¹²⁵ Bu husus Alman Medeni Kanununda açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bkz. BGB §2270/I.

¹²⁶ Bkz. İMRE/ERMAN, s.119; KAŞAK, s.1007; ÇABRİ, s.50.

¹²⁷ İMRE/ERMAN, s.119; ÇABRİ, s.50; BAYGIN, s.568; AYAN/AYAN, s.178.

Mirasbırakanın bu niteliği haiz olarak ortaya koyduğu bir irade açıklamasından söz edilemiyorsa yokluk veya butlan yaptırımının ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Tüm hukukî işlemlerde kurucu unsur olan irade beyanının ölüme bağlı tasarrufta bulunmaması halinde ölüme bağlı tasarrufun yokluğu söz konusudur. Ölüme bağlı tasarrufta biçimsel bakımdan bulunması gereken özellikler yapılan hukukî işlemde mevcut değilse işlem yok hükmündedir. Örneğin mirasbırakanın son arzularını bir sosyal medya platformu üzerinden ses kaydıyla açıklaması durumunda ölüme bağlı tasarrufun yokluğundan söz edilmelidir. Yine mirasbırakan tarafından yapılan açıklamada hukukî sonuç iradesi (animus testandi) bulunmaktaysa ölüme bağlı tasarruf olarak kabulü mümkün değildir, yok hükmündedir. Nitekim mirasbırakan geride bıraktığı metinde sadece duygularını açıklamışsa bu açıklama ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olmaz. Ölüme bağlı tasarruflarda mirasbırakan iradesini bizzat açıklamış olmalıdır. Ölümden sonra gerçekleşmesi istenen son arzuların başkası tarafından yazılması veya vekil ya da temsilci kullanılması da ölüme bağlı tasarrufun yokluğuna neden olur.

Türk Medeni Kanununda ölüme bağlı tasarrufların kesin hükümsüzlüğü düzenlenmemiş, iptaline ilişkin düzenleme yapılmasıyla yetinilmiştir. Nitekim mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin veya bağlandığı koşulun ya da yüklemenin hukuka veya ahlâka aykırı olması iptal nedeni olarak kabul edilmiştir (TMK m. 557). Bu nedenle kimi yazarlar ölüme bağlı tasarruflar bakımından Türk Borçlar Kanunu m. 27'deki genel kuraldan sapmayı haklı kılacak bir nedenin bulunmadığını; ölüme bağlı tasarruflar bakımından da hukuka veya ahlâka aykırılık durumlarında sağlararası tasarruflarda olduğu gibi kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasının doğru olacağını ifade etmektedirler. Aksi yönde görüş savunan yazarlara göre ise kanun koyucunun bu düzenlemesi isabetlidir. Zira ölüme bağlı tasarruflarda geçerli olan favor testamenti ilkesi nedeniyle ölüme bağlı tasarruf ayakta tutulmalıdır. Kanunî düzenlemelerde ölüme bağlı tasarrufların hukuka veya ahlâka aykırı olması durumu için temel prensipten ayrılan nitelikte hüküm öngörülmüş olması da mirasbırakanın son arzularına duyulan saygı nedeniyledir. Bu noktada ölüme bağlı tasarrufun konusunun kamu düzenini ağır şekilde ihlâl eden bir istem olması hâlinde akıbetinin nasıl değerlendirileceği düşündürücüdür. Süresi içinde iptal davasının açılmaması halinde ölüme bağlı tasarruf geçerli bir tasarruf olarak kabul edilmeli mi, yoksa bunun gibi hallerle sınırlı kalmak üzere kesin hükümsüzlük yaptırımı mı uygulanmalıdır? Kanaatimce böyle bir ihtimalle sınırlı olarak ölüme bağlı tasarrufu kesin hükümsüz olarak kabul etmek hukukî güvenliği zedeleyici olur. Ancak böyle bir ihtimalde TMK m. 559/II'de düzenlenmiş olan daimi def'i hakkı adeta kaçış rampası niteliği ile hukuka veya ahlâka aykırı ölüme bağlı tasarrufun hüküm ve sonuçlarının doğmasının önüne geçebilir.

Türk Medeni Kanununda ölüme bağlı tasarrufun kanunda öngörülen şekle uyulmaması halinde iptal edilmesi öngörülmüştür (m. 557/b. 4). Ancak iptal yaptırımının uygulanması için hiç değilse biçimsel bakımdan kanunda öngörülmüş şekil şartına uygunluk söz konusu olmalıdır. Biçimsel bakımdan ölüme bağlı tasarruf olarak değerlendirilebilmesi mümkün olmayan bir irade açıklamasının varlığı durumunda ise kesin hükümsüz olarak değerlendirilmelidir. Nitekim mirastan feragat sözleşmesinden söz edebilmek için mirasbırakan ile mirasçısı arasında, resmi şekilde yapılmış bir hukukî işlem bulunmalıdır. Ancak mirasbırakan ile değil de, mirasçılar arasında henüz mirasbırakan hayatta iken buna ilişkin bir sözleşme yapılmışsa kesin hükümsüz kabul edilmelidir. Yine elektronik ortamda çevrimiçi ve elektronik imza ile yapılan bir ölüme bağlı tasarruf da kanaatimce kesin hükümsüz kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Pakize Ezgi: Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- AKINCI, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 12. Bası, Sayram Yayınları, Konya 2021.
- AKKANAT, Halil: "El Yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri", in Kendigelen, Abuzer (ed.), Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt II, Beta Basım Yayın, İstanbul 2001, s.799-815.
- AKKANAT, Halil: Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Yayınevi, İstanbul 2014.
- AKKÖK, Semih: Türk Hukukunda Miras Bırakanın Muvazaalı İşlemleri ve Buna Bağlanan Hukukî Sonuçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1-1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ANTALYA, O. Gökhan/SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku Cilt III, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- ARBEL, Ömer: Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- ATAAY, Aytekin: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi Birinci Yarı, 4. Bası, Der Yayınları, İstanbul 1986.
- ATLI, Banu: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- AYAN, Mehmet/AYAN, Nüşen: Miras Hukuku, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 3. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 1993.
- BAYGIN, Cem: "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum", AÜEHFD, IV(1-2), 2000, s.567-594.
- BELGE ÇETİN, Ayşe Merve: Vasiyet (Belirli Mal Bırakma), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- BERKİ, Ali Himmet: Vakıflar, İkinci Kitap, Medeni Kanunda "Tesis" ve Vakıflar Kanunu Hükümleri, Nur Matbaası, Ankara 1950.
- BERKİ, Şakir: "Türk Hukukunda Vasiyet", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1-4), 1951, s.400-434.
- ÇABRİ, Sabri: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- ÇAPTUĞ, Mehpere: "Hukukî Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 9(17), 2021, s.133-160.
- ÇERNİS, Volf: "Ölünceye Kadar Bakma Akdinde Şekil Noksanı, Muvazaa ve Bunların Müeyyidesi", İBD, 28(2), 1954, s.119-134.
- DALAMANLI, Lütfü: Tatbikatta Satış Vaadleri-Ölünceye Kadar Bakma ve Miras Taksim Sözleşmeleri, Kazancı Yayınları, Ankara 1980.
- DURAL, Mustafa: El Yazısı ile Vasiyetname (Alman, İsviçre ve Avusturya Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak), İstanbul

- Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1967.
- DURAL, Mustafa: “İsviçre-Türk Hukukunda Ortak (Müşterek) Vasiyetnameler”, İÜMHAD, 3(4), 1969, s.165-173.
- DURAL, Mustafa: Miras Sözleşmeleri (İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- DURAL, Mustafa/ÖZ Turgut: Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 18. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul 2022.
- ERDOĞAN, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2019.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- EREN, Fikret: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda İstenilerek Yapılan İrade Sakatlıkları”, Adalet Dergisi, 54(11-12), 1963, s.1272-1278.
- EREN, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 1966.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011.
- ESCHER, Arnold: Medeni Kanun Şerhi Miras Hukuku, Yeni Cezaevi Basımevi, 1953.
- ESENER, Turhan, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1956.
- ESENER, Turhan, Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1969.
- GEE, Kyle B.: “Electronic Wills and the Future: When Today’s Techie Youth Become Tomorrow’s Testators”, “Electronic Wills and the Future: When Today’s Techie Youth Become Tomorrow’s Testators”, https://www.sssb-law.com/media/1140/chapter_1_gee_electronic_wills_and_the_future_2015_pliskin_2015918.pdf, (Erişim: 22.01.2024).
- GÖMEÇ, Müjgan: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Koşul ve Yüklemeler”, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, 1(1), 2021, s.31-53.
- GÖNENSAY, A. Samim/BİRSEN, Kemaleddin: Miras Hukuku, 2. Baskı, Ahmed Said Matbaası, İstanbul 1963.
- GÜNAY, Erhan: Bilimsel Görüşler ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Miras Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- GÜRBÜZ, Eşref Can: “Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali”, MÜH-HAD, 29(1), 2023, s.840-875.
- GÜRİSOY, Kemal Tahir: Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Yıldız Matbaası, Ankara 1955.
- HATEMİ, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçlar, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.
- HATEMİ Hüseyin: Miras Hukuku, 5. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2014.
- HATEMİ, Hüseyin: Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1969.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2015.
- HELVACI, İlhan: “Ölüme Bağlı Tasarrufların iptali Davasında Ayırt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı”, in Kendigelen, Abuzer (ed.), Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt II, Beta Basım Yayın, İstanbul 2002, s.1113-1150.
- İMRE, Zahit: Türk Miras Hukuku, Dördüncü Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 15. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2021.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref /ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- İNCE AKMAN, Nurtun: “Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçiş (Dijital Tereke)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2018, s.527-560.
- İŞERİ, Ahmet: Türk Medeni Kanunu’na Göre Vakıf (Tesis), Sevinç Matbaası, Ankara 1968.
- KANETİ, Selim: Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972.
- KAŞAK, Fahri Erdem: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Tahvili”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71(3), 2022, s.971-1015.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara 2024.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2011.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, 6. Tıpkı Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası, İstanbul 1968.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 2. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul 1978.
- KÖPRÜLÜ, Bülent: Miras Hukuku Dersleri Cilt I, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975-1976.
- NOMER, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2015.
- OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, 6. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul 1995.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 12. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2014.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 14. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2016.
- ÖĞÜZ, M. Tufan: Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukukî Esasları, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.
- ÖZAKMAN, H. Cumhur: Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler, Kazancı Yayınevi, İstanbul 1984.
- ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1982.
- ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 7. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara 2016.
- ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: Açıklamalı İçtihatlı Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları, 4. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2013.
- RUHİ, Canan/RUHİ, Ahmet Cemal: Ölüme Bağlı Tasarruflar ve İptali, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- SAVAŞ, Abdurrahman: “İnternet Ortamında Yapılan Tek Taraflı Hukukî İşlemler ve Özellikle Elektronik Vasiyetname”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 2007, s.51-91.
- SAYMEN, Ferit H.: Borçlar Hukuku Dersleri Umumi Hükümler Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950.
- SEROZAN, Rona/ENGİN Baki İlkay: Miras Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- SERT SÜTÇÜ, Selin: Miras Bırakanın Muvazaalı Hukukî İşlemleri ve Sonuçları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- SİRMEN, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992.
- ŞEKER BARDAKCI, M. Elif: “Elektronik Vasiyet”, in Yılmaz, Süleyman (ed.), Bilişim Hukuku Güncel Sorunlar IV, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s.109-132.
- ŞENER, Esat: “Noterlerin Düzenlediği Ortak (Müşterek) Vasiyetnameler Üzerine Düşünceler”, Türkiye Noterler Birliği Dergisi, 22, 1979, s.11-14.
- TAŞATAN, Caner: “Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu’na Yansımaları”, DEÜHFD, 23(1), 2021, s.571-605.
- TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası,

- Filiz Yayınevi, İstanbul 1993.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1959.
- TURAN, Gamze: Ölümüne Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Turhan Yayınevi, Ankara 2009.
- TÜRKMEN, Ahmet: “Dijital Vasiyetname ve Vasiyetlerin Şekle Uygunluğunun Türk Pozitif Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2020, s.1239-1320.
- VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumî Kısım Cilt 1-2, 2. Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983.
- YILDIRIM, Abdülkerim: Türk Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, Turhan Yayınevi, Ankara 2004.
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl: “Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (I)”, Yargıtay Dergisi, XXI(1-2), 1995, s.109-144.
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl: “Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (II)”, Yargıtay Dergisi, XXI(1-2), 1995, s.278-291.
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl: “Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 53(1), 2004, s.117-130.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara 2006.
- ZORLU, Süheyla: “Mirasın Açılmasından Önce Yapılan Sözleşmeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 22(2), 2014, s.107-129.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Süheyla ZORLU, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Süheyla ZORLU, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

TAŞINMAZ SATIN ALINMASIYLA TÜRK VATANDAŞLIĞININ İSTİSNAİ YOLDAN KAZANILMASINDA DEĞERLEME RAPORU VE UYGUNLUK BELGESİ ALINMASI
OBTAINING VALUATION REPORT AND CERTIFICATE OF CONFORMITY IN EXCEPTIONAL ACQUISITION OF TURKISH CITIZENSHIP THROUGH PURCHASE OF IMMOVABLE PROPERTYAhmet DÜLGER *  **Makale Bilgi**Gönderi: 13/12/2024
Kabul : 28/04/2025**Anahtar Kelimeler***Türk vatandaşlığı,
Taşınmaz, istisnai,
Değerleme raporu,
Uygunluk belgesi.***Article Info**Received: 13/12/2024
Accepted: 28/04/2025**Keywords***Turkish citizenship,
Immovable property,
Exceptional
acquisition,
Valuation report,
Certificate of
conformity.***Özet**

Bu makalede taşınmaz satın alınmasıyla Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanılması imkânının yerindeliği taşınmaz değerlendirme raporu ile uygunluk belgesi (taşınmaz yatırımı tespit belgesi) göz önüne alınarak incelenmiştir. Türk vatandaşlığının millî güvenlik ve kamu düzeni açısından engel bulunmaması koşuluyla istisnai yoldan kazanımı mümkündür. Bu yöntem, genellikle yatırım yoluyla vatandaşlık olarak adlandırılmaktadır ve Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen yatırım türü ve tutarına bağlıdır. Buna ilişkin detayların düzenlendiği TVK Yönetmeliği'nin 20(2)(b) maddesine göre, en az 400.000 Amerikan doları değerindeki bağımsız bölüm niteliğindeki veya üzerinde yapı bulunan arsa vasıflı taşınmazın satın alınması gereklidir. Bağımsız bölüm niteliğindeki taşınmazın üzerinde kat mülkiyeti veya irtifakı kurulmuş olması aranan şartlardandır. Yine aynı şartlardaki bir bağımsız bölümün taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu edilmesi halinde de bu şart gerçekleşmiş sayılır. Ayrıca, taşınmazın tapu kaydına üç yıl süreyle devredilemeyeceği yönünde taahhüt verilmesi şarttır. Belirlenen parasal sınırın altındaki taşınmazların başvuruya imkân tanınamaması nedeniyle yetkilendirilmiş değerlendirme şirketi, taşınmazın piyasa değerini, büyüklüğünü, üzerindeki takyidatları ve imar durumunu değerlendirerek taşınmazın güncel piyasa değerine yönelik değerlendirme raporu hazırlar. Tapu müdürlükleri, taşınmaz yatırımı tespit belgesi düzenleyerek ilgili şartların sağlandığını doğrular ve belgenin bir örneğini başvuru sahibine ve ilgili kurumlara gönderir. Bu şekilde Türk vatandaşlığının kazanılması imkânı ülkeye sermaye girişinin teşvik edilmesi bakımından makul olmakla birlikte mevzuatta getirilen parasal sınırın daha yüksek olması bu amaca daha çok hizmet edecektir.

Abstract

The appropriateness of the possibility to acquire Turkish citizenship exceptionally through the acquisition of immovable property is examined by considering the immovable valuation report and certificate of conformity. Turkish citizenship can be acquired through an exceptional way, provided that there is no obstacle in terms of national security and public order. This method is commonly referred to as citizenship by investment and is dependent on the type and amount of investment determined by the President of the Republic of Türkiye. According to the Regulation on Turkish Citizenship Law, the purchase of an immovable property in the form of an independent section or a plot of land with a building on it with a value of at least USD 400,000 is required. It is one of the conditions that a condominium ownership or easement must be established on the immovable as an independent section. This condition is also deemed to be fulfilled if an independent section with the same conditions is subject to an immovable sale promise agreement. In addition, the title deed of the immovable must include a commitment that it cannot be transferred for three years. The authorized valuation company prepares a valuation report for the current market value of the immovable by evaluating the market value, size, encumbrances and zoning status of the immovable. Land registry offices verify that the relevant conditions are met by issuing an immovable investment determination certificate and send a copy of the document to the applicant and relevant institutions. While the possibility of acquiring Turkish citizenship in this way is reasonable in terms of encouraging capital inflow into the country, a higher monetary limit in the legislation would serve this purpose better.

* Dr. Öğr. Üyesi İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** DÜLGER, Ahmet, "Taşınmaz Satın Alınmasıyla Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılmasında Değerleme Raporu Ve Uygunluk Belgesi Alınması", İnÜHFD, 16(1), 2025, s.167-180. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

**EXTENDED SUMMARY**

Acquisition of citizenship by the decision of the competent authority, which is one of the cases of acquisition of Turkish citizenship, allows foreigners to acquire Turkish citizenship in various ways, including the general (ordinary) way, through marriage, exceptional way and by re-acquisition. These ways are regulated in the articles starting from the Article 10 of the Turkish Citizenship Law No. 5901 (TCL). The first way through which Turkish citizenship can be acquired by the decision of the competent authority is the general acquisition way, the conditions of which are regulated in Article 11 of TCL. Various conditions, including the applicant's capacity, length of residence and intention to settle in Türkiye, and ability to speak Turkish, are set out in this article. In addition, the negative condition is that there must be no obstacle in terms of national security and public order.

The exceptional (extraordinary) acquisition of Turkish citizenship by the decision of the competent authority is regulated under Article 12 of TCL. The conditions for the acquisition of Turkish citizenship through the general way are not sought for foreigners who apply for this way. According to this exceptional way, four categories of foreigners may acquire Turkish citizenship by Presidential decree, provided that they do not constitute an obstacle in terms of national security and public order. These categories are (a) persons who bring industrial facilities to Türkiye or who have rendered or are expected to render extraordinary services in scientific, technological, economic, social, sportive, cultural or artistic fields, (b) foreigners who have obtained a residence permit pursuant to Article 31(1)(j) of the Law on Foreigners and International Protection No. 6458 (LFIP) and foreigners who hold a Turquoise Card, their foreign spouses, applicants' and their spouses' minor or dependent foreign children, (c) persons deemed necessary to naturalize, and (d) persons accepted as immigrants.

Article 31(1)(j) of the LFIP, which is one of these categories, stipulates that short-term residence permits may be granted to persons who will make investments in Türkiye within the scope and amount to be determined by the President. As per Article 20(2)(b) of the Regulation on the Implementation of the Turkish Citizenship Law (TCL Regulation), the scope and amount referred to is, in summary, the purchase of real estate worth USD 400,000 or the promise to sell real estate worth USD 400,000.

The possibility of acquiring Turkish citizenship through the purchase of immovable property and the amount of monetary limits required for this purpose have been criticized. Some of these criticisms state that such an opportunity should not exist. In addition, it is also stated that although it is regulated to make an important decision such as naturalization in this way, the fact that no objective conditions are stipulated is not appropriate since the administration has a very wide discretionary power. With similar concerns, it can also be criticized that the monetary limit should be higher.

In addition to these criticisms, it should be taken into consideration that many countries in the world allow the acquisition of citizenship through similar practices. The mere existence of this practice in other countries does not make it legitimate or necessary to acquire Turkish citizenship through the purchase of real estate. The existence of these examples can only be used to explain that the practice in question for Türkiye is not unique and has been introduced for similar purposes as in other countries. The possibility of acquiring citizenship in this way is important and necessary in terms of encouraging investors to bring capital, employment or any other material value to the country. In our opinion, what should be noted here is that the monetary limit for the purchase of real estate in Türkiye is quite low. It would be more meaningful to accept the minimum amount of USD 1,000,000 as in the first version of the legislation as the minimum amount in order to ensure the material value to be brought to the country.

Another criticism is that people who do not even come to Türkiye and have no ties to the country can acquire citizenship in this way. While it is technically true that there is no residence requirement, this does not lead to the conclusion that exceptional acquisition of citizenship through the purchase of immovable property is a faulty practice. The grounds for these criticisms can be eliminated through legal possibilities such as the determination that the conditions for naturalization do not exist or the annulment of the decision, as well as the imposition of civil, criminal or administrative sanctions for acts incompatible with loyalty to the homeland.

The exceptional acquisition of Turkish citizenship through the purchase of immovable property is the main issue evaluated in our article. Considering that the conditions are fewer and subjective compared to the general acquisition of citizenship, the question of whether there are measures to ensure objectivity and prevent arbitrariness is taken into consideration in the examination of this issue. In this respect, the real estate appraisal report obtained within the scope of determining the value of the immovable property for the implementation of Article 20(2)(b) of the TCL Regulation and the immovable investment determination certificate (certificate of conformity), which demonstrates that the necessary conditions are met, were evaluated. In order to make these assessments, firstly, the conditions for the exceptional acquisition of Turkish citizenship through the purchase of immovable property within the framework of the legislation summarized above have been examined. Subsequently, how the real estate will be valued and the evaluation criteria for determining the existence of the conditions for the acquisition of citizenship are examined.

I. GİRİŞ

Yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz edinimi, 2644 sayılı Tapu Kanununun¹ 35. maddesinde düzenlenmiştir. 2012 yılında yapılan değişiklikten önce karşılıklılık şartı bulunan bu düzenleme uyarınca artık, karşılıklılık şartı aranmadan, Cumhurbaşkanınca belirlenen ülke vatandaşları tarafından Türkiye’de taşınmaz edinimi mümkündür. Böylece yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz edinmesi kolaylaştırılarak bu yöntemle vatandaşlık da kazanabilmelerinin önündeki bir engel ortadan kaldırılmıştır. Buna karşılık, yabancıların Türkiye genelinde edinebileceği taşınmazların toplam yüzölçümünün en fazla 30 hektar olması ve askeri yasak bölgeler ve özel güvenlik bölgeleri gibi hassas alanlarda taşınmaz satın alamamaları şeklindeki engeller hala geçerlidir.

Bu genel prensipler çerçevesinde Türk vatandaşlığının sonradan kazanılması hallerinden olan yetkili makam kararı ile kazanım, yabancıların genel (olağan) yoldan, evlenme yoluyla, istisnai olarak ve yeniden kazanım olmak üzere çeşitli yollarla Türk vatandaşlığının kazanılabilmesine imkân tanımaktadır. Bu yollar 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu² (TVK) madde 10 ve devamında düzenlenmiştir. Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasının mümkün olduğu ilk yol TVK madde 11’de şartları düzenlenen genel kazanım yoludur. Başvuru sahibinin ehliyeti, Türkiye’de ikamet süresi, Türkiye’de yerleşme niyeti, Türkçe konuşabilmesi dahil birçok olumlu şart olarak bulunması gerekenler bu maddede düzenlenmiştir. Ayrıca, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmaması da olumsuz şart olarak yer almaktadır³.

Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasına imkân tanıyan istisnai⁴ (olağanüstü) kazanım ise TVK madde 12’de düzenlenmiştir. Bu yolun doktrinde anıldığı diğer isimler ise olağanüstü,⁵ ayrık⁶ ve fevkalade⁷ telsiktir⁸. Genel yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasındaki şartlar bu yola başvuran yabancılar bakımından aranmamaktadır. Bu istisnai yola göre millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla Cumhurbaşkanı kararı ile dört kategoride belirtilen yabancılar Türk vatandaşlığını kazanabilir⁹. Bu kategoriler (a) Türkiye’ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen kişiler, (b) 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu¹⁰ (YUKK) madde 31(1)(j) uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu, (c) vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler ve (d) göçmen olarak kabul edilen kişilerdir.

Bu kategorilerden biri olan YUKK madde 31(1)(j)’de Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda Türkiye’de yatırım yapacak kişilere kısa dönem ikamet izni verilebileceği düzenlenmiştir. Referans verilen kapsam ve tutarın ne olduğu ise Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik¹¹ (TVK Yönetmeliği) madde 20(2)(b) uyarınca, özet olarak, 400.000 Amerikan Doları değerinde taşınmazın satın alınması veya bu değerde taşınmazın satışının vaat edilmesi olarak belirlenmiştir.

Taşınmaz satın alınması yoluyla Türk vatandaşlığının kazanımı imkânının olması ile bunun için gerekli parasal sınırların miktarı eleştirilmektedir¹². Bu eleştirilerden bazılarında böyle bir imkânın olmaması gerektiği belirtilmektedir¹³. Ayrıca, bu yolla vatandaşlığa alınma gibi önemli bir karar verilmesi

¹ RG: 29.12.1934, 2892.

² RG: 12.06.2009, 27256.

³ GÜNGÖR, Gülin: Tabiiyet Hukuku, 11. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.89-90; ERDEM, Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s.116-118; DOĞAN, Vahit/YILMAZ, Alper Çağrı/İZMİRLİ, Lale Ayhan: Türk Vatandaşlık Hukuku, 19. Baskı, Rehber Yayıncılık, Ankara 2023, s.59-60; TURAN, Turgut/TANRIBİLİR, Feriha Bilge: Vatandaşlık Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.62; İRGE ERDOĞAN, Burcu: “According to the Turkish Citizenship Law No. 5901 Evaluation of The Polygamy Problem in Acquiring Turkish Citizenship Through Investment with the Recent Decision of the 2nd Civil Chamber of the Supreme Court of Verdict Dated 04.26.2022”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2024, s.227; ERKAN, Mustafa: “Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında Millî Güvenlik ve Kamu Düzeni Kavramlarının İncelenmesi”, in Doğan, Vahit/Yılmaz, Alper Çağrı/İzmirli, Lale Ayhan (ed.) Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseler, Savaş Kitabevi, Ankara 2019, s.24; KAYALI, Didem: “Etkili Vatandaşlık İlkesi ile Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Programları Üzerine Bazı Düşünceler”, Public and Private International Law Bulletin, 43(1), 2023, s.121.

⁴ ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu: “İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2017, 169; BARAN ÇELİK, Neşe: “Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 130, 2017, s.357; KAYALI, s.121.

⁵ AYBAY, Rona/ÖZBEK, Nimet/ERSEN PERÇİN, Gizem: Vatandaşlık Hukuku, Siyasal Kitabevi, Ankara 2019, s.123; KAYALI, s.119.

⁶ AYBAY/ÖZBEK/ERSEN PERÇİN, s.123.

⁷ BERKİ, Osman Fazıl: Devletler Hususi Hukuku, Cilt: I “Taabiyet ve Yabancılar Hukuku”, 6. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, İstanbul 1966, s.69; GÖGER, Erdoğan: Türk Tabiiyet Hukuku, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s.67; NOMER, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 30. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s.73; KAYALI, s.121.

⁸ ŞİT KÖŞGEROĞLU, s.171; KAYALI, s.119, 121; GÖLCÜKLÜ, İlyas: “Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri”, Public and Private International Law, 40(1), 2020, s.130.

⁹ TOKSOY, Gökçen Elif: Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri, Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2023, s.21; GÜNGÖR, s.105; DOĞAN/YILMAZ/İZMİRLİ, s.74-75; ERDEM, s.138-142; TURAN/TANRIBİLİR, s.86; GÖLCÜKLÜ, s.131.

¹⁰ RG: 11/4/2013, 28615.

¹¹ RG: 06.04.2010, 27544.

¹² Genel olarak yatırım yapılmasıyla vatandaşlık kazanılması konusunda doktrinde yer alan birçok görüşün değerlendirmesi için bkz. ÖZTÜRK, Necla: Yatırım Yoluyla İkamet Etme ve Vatandaşlık Kazanma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s.60 vd.

¹³ NOMER, s.92; KAYA, Talat: “Dünyadaki Örnekler Işığında Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Uygulanmasına Eleştirel Bir Bakış”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), 2021, s.125-126; GÖLCÜKLÜ, s.138; Necla Öztürk, Yatırım Yoluyla İkamet

düzenlenmesine rağmen objektif hiçbir şartın öngörülmemiş olmasının idarenin çok geniş takdir yetkisine sahip olması nedeniyle yerinde olmadığı da ifade edilmektedir¹⁴. Benzer endişelerle, parasal sınırın daha fazla olması gerektiği eleştirisi de yapılabilir¹⁵.

Bu eleştirilerin yanında dünyada birçok ülkede buna benzer uygulamalar yoluyla vatandaşlık kazanımına imkân tanındığı da göz önüne alınmalıdır¹⁶. Yalnızca başka ülkelerde de bu uygulamanın olması Türk vatandaşlığının taşınmaz satın alınması yoluyla kazanılması imkânını meşru veya gerekli kılmamaktadır. Bu örneklerin varlığı yalnızca Türkiye açısından söz konusu uygulamanın münferit olmadığı ve başka ülkelerdekiyle benzer amaçlarla getirildiğini açıklamak için kullanılabilir. Bu şekilde vatandaşlık kazanımı imkânının olması yatırımcıların ülkeye sermaye, istihdam veya herhangi bir şekilde maddi değer getirmesinin teşvik edilmesi bakımından önemli ve gereklidir¹⁷. Kanaatimizce burada dikkat edilmesi gereken Türkiye açısından taşınmaz satın alınmasında şart koşulan parasal sınırın oldukça düşük olmasıdır. Mevzuatın ilk halindeki¹⁸ 1.000.000 Amerikan Doları sınırının en az miktar olarak kabulü ülkeye getirilmek istenen maddi değerın sağlanması bakımından daha anlamlı olacaktır.

Bir başka eleştiri ise Türkiye'ye dahi gelmeyen, ülke ile hiçbir bağılılığı bulunmayan kişilerin bu yolla vatandaşlık kazanabilmesi hakkındadır¹⁹. Teknik olarak ikamet şartı bulunmadığı doğru olmakla birlikte bu durum taşınmaz satın alınması yoluyla istisnai vatandaşlık kazanımının hatalı bir uygulama olduğu sonucunu doğurmaz. Zira Türkiye'ye gelmeden vatandaşlık alması nedeniyle ülkeye yeterince irtibatı bulunmaması nedeniyle vatandaşlığa alınma şartlarını sağlamayan kişilerin elinden bu imkânın çeşitli araçlarla alınması mümkündür. Mesela, vatandaşlığa alınma şartlarının bulunmadığının tespiti veya kararın iptali gibi hukuki imkânlar ile vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler nedeniyle hukuki, cezai veya idari yaptırımların uygulanması yoluyla bu eleştirilerin gerekçeleri bertaraf edilebilir.

Taşınmazın satın alınmasıyla Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanılması makalemizde değerlendirilen temel konudur. Genel yoldan vatandaşlık kazanımına göre şartların daha az ve subjektif olduğu göz önüne alındığında objektifliğin sağlanması ve keyfiliğin önlenmesine yönelik tedbirler olup olmadığı sorusu bu konunun incelenmesinde göz önüne alınmıştır. Bu bakımdan, TVK Yönetmeliği madde 20(2)(b)'nin uygulanmasına yönelik olarak taşınmazın değerinin belirlenmesi kapsamında alınan gayrimenkul değerlendirme raporu ile gerekli şartların sağlanmış olduğunu ortaya koyan taşınmaz yatırımı tespit belgesi (uygunluk belgesi) değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmelerin yapılabilmesi için öncelikle yukarıda özet olarak belirtilen mevzuat çerçevesinde taşınmaz satın alınmasıyla Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanımının şartları incelenmiştir. Bunun akabinde, taşınmazın değerlemesinin nasıl yapılacağı ile vatandaşlık kazanımına yönelik şartların varlığının tespitine yönelik değerlendirme kriterleri incelenmiştir.

II. TAŞINMAZ SATIN ALINMASIYLA İSTİSNAİ YOLDAN VATANDAŞLIK KAZANIMININ ŞARTLARI

A. Mevzuatın Değerlendirilmesi

“Türk vatandaşlığının kazanılmasında istisnai haller” başlığını taşıyan TVK madde 12 taşınmaz satın alınmasıyla Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanımını düzenleyen temel hükümdür²⁰. Bu nedenle ilk

Etme ve Vatandaşlık Kazanma (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2022), s.58-59; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s.193; KAYALI, s.133-143; SHACHAR, Ayelet: “Dangerous Liaisons: Money and Citizenship, Should Citizenship be for Sale?”, s.6-7, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/29318/RSCAS_2014_01.pdf?sequence=1, (Erişim: 10.12.2024); BARAN ÇELİK, s.363.

¹⁴ TANRIBİLİR, Feriha Bilge: “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri”, TBB Dergisi, 75, 2008, s.40 vd. ŞİT KÖŞGEROĞLU, s.184. Ayrıca bkz. TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararıyla Kazanılması”, in Doğan, Vahit/Tanrıbilir, Feriha Bilge/Şit, Banu (ed.), Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Ankara 2008, s.82; BARAN ÇELİK, s.366-367.

¹⁵ Aynı yönde bkz. ÖZTÜRK, s.195.

¹⁶ ŞİT KÖŞGEROĞLU, s.179; KALIN, Christian H.: *IusDoni in International Law and EU Law*, Leiden, 2019, s.46; İRGE ERDOĞAN, s.227; GÖLCÜKLÜ, s.137; KAYALI, s.109, 124, 123; SOLIMANO, Andrés: “Investment Migration, Economic Development and the UN Sustainable Development Goals”, <https://investmentmigration.org/wp-content/uploads/2020/10/IMC-Report-Investment-Migration-Economic-Development-and-the-UN-Sustainable-Development-Goals-EBOOK.pdf>, (Erişim: 10.12.2024); TANASOCA, Ana: “Citizenship for Sale – Neomedieval, not Just Neoliberal?”, *European Journal of Sociology*, 57(1), 2016, 169; ÖZBEK, Nimet: “Comparative Study on Citizenship By Investment: Example of Turkey”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), 2021, s.8; DZANKIC, Jelena: “The Pros and Cons of Ius Pecuniae: Investor Citizenship in Comparative Perspective”, RSCAS Working Papers, No. 2012/14, European University Institute, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/21476/RSCAS_2012_14.pdf; BARAN ÇELİK, s.366.

¹⁷ ELÇİ, Fidan: “Türk Vatandaşlığının Taşınmaz Edinimi Yoluyla Kazanılmasının Sayısal Veriler Çerçevesinde Analizi”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara 2020, s.26

¹⁸ TVK Yönetmeliğinin 2010 yılında yayınlanan halinde taşınmaz satın alınmasıyla vatandaşlığın istisnai yoldan kazanımına dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktayken 12.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle en az 1.000.000 Amerikan Doları tutarındaki taşınmazın satın alınmasıyla bu imkân getirilmiştir. Daha sonra 19.09.2018 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle bu miktar 250.000 Amerikan Doları olarak düzenlenmiştir. Maddenin güncel hali ise 13.05.2022 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle 400.000 Amerikan Doları olarak düzenlenmiştir.

¹⁹ TÜRE, Nazlı: “Yatırım Yoluyla İkamet ve Vatandaşlık”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 11(39), 2019, s.104; ÖZTÜRK, s.191.

²⁰ Maddenin tamamı şu şekildedir: “(1) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla Cumhurbaşkanı kararı ile aşağıda belirtilen yabancılar Türk vatandaşlığını kazanabilirler.

a) Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler.

b) (Ek: 28/7/2016-6735/27 md.) 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu.

olarak bu maddenin incelenmesi gerekir. Zira bu konudaki diğer mevzuat hükümleri bu maddeden temel olarak uygulama alanı bulmaktadır.

Maddenin 1. fıkrasının (b) bendi YUKK madde 31(1)(j) uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancıların istisnai yoldan vatandaşlık kazanabilecek kişiler olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, bu kişilerin yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu da başvuru sahibi yabancı ile birlikte Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Maddenin 1. fıkrasına göre bu kişilerin millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmaması gerekir. Böyle bir engel hali bulunmayan ve 1. fıkranın (b) bendinde sayılan kişilerden olan yabancı, Cumhurbaşkanlığı kararıyla Türk vatandaşlığını kazanabilir. Yetkili makamın takdir yetkisiyle²¹ vatandaşlığın kazanılabileceği madde 10'da da ifade edilmiştir²². Temel olarak madde 10'da ifade edilen yetkili makamın takdir yetkisine bağlı olarak vatandaşlığa alınma kararı verebileceğine dair husus her bir vatandaşlığa alınma yolunda ilgili yetkili makamın belirtilmesiyle de açıklanmıştır. Taşınmaz satın alınmasıyla Türk vatandaşlığının kazanılması bakımından da madde 12'deki düzenlemeyle, maddede sayılan şartların sağlanmasının Türk vatandaşlığının doğrudan kazanılmasına imkân sağlamadığı, Cumhurbaşkanının vatandaşlığa alım konusunda takdir yetkisine sahip olduğu vurgulanmaktadır²³.

Makalemizin konusunu oluşturan kişi kategorisi, bu madde bakımından, YUKK madde 31(1)(j)²⁴ uyarınca ikamet izni alanlardır. "Kısa dönem ikamet izni" başlığını taşıyan bu hüküm uyarınca Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu kısa dönem ikamet izni alabilir. Hükümde bu bakımdan başvuru yabancıların Türkiye'de çalışmasının gerekli olmadığı da ifade edilmiştir.

Bu hüküm, Cumhurbaşkanınca belirlenecek yatırımın kapsamının ve tutarının ne olduğu sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Bundan önce, yatırım kavramının ne olduğu ve buradaki yerinin sorgulanması gerekir. Zira istisnai yolla Türk vatandaşlığı kazanımı, doktrinde sıkça yatırım²⁵ yoluyla vatandaşlık kazanımı şeklinde ifade edilmesine rağmen TVK'da bu yolla vatandaşlık kazanımı bakımından bir yatırım veya yatırımcıdan bahsedilmemiştir. Buna karşılık, herhangi bir şekilde yatırım veya yatırımcı ifadesi kanuni olarak ilk defa YUKK madde 31(1)(j)'de yer almaktadır. Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yapılacak bir yatırıma referansta bulunmayla yetinen bu maddede veya YUKK'taki diğer maddelerde yatırım veya yatırımcıyla ilgili herhangi başka bir düzenleme yer almamaktadır.

Yatırım kavramının YUKK'tan sonra yer aldığı diğer yer ise TVK Yönetmeliği madde 20'dir. Bu maddenin 2. fıkrasının (b) bendi uyarınca en az 400.000 Amerikan Doları değerindeki kat mülkiyeti²⁶ veya kat irtifakı²⁷ kurulmuş bağımsız bölümün ya da üzerinde yapı bulunan arsa vasıflı taşınmazın tapu kayıtlarına

c) Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler.

d) Göçmen olarak kabul edilen kişiler.

(2) (Ek: 19/10/2017-7039/29 md.) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hali bulunanların talepleri Bakanlıkça reddedilir."

²¹ Yetkili makamın vatandaşlığa alınma konusunda verdiği kararda hangi sınırlar dahilinde hareket ederek kararını verebileceği aşağıda III. Bölümün (D) başlığında incelenmiştir.

²² ERDEM, s.121; ERKAN, Mustafa: "Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi", Public and Private International Law Bulletin, 39 (2), 2019, PPIL, s.424; TÜYSÜZ, Cemre: "Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13(1), 2022, s.54; ACUN MEKENGECİ, Merve: "Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi", Public and Private International Law Bulletin, 43(1), 2023, s.268.

²³ GÜNGÖR, s.108.

²⁴ Maddenin tamamı şu şekildedir: "(1) Aşağıda belirtilen yabancılara kısa dönem ikamet izni verilebilir:

a) Bilimsel araştırma amacıyla gelecekler
b) Türkiye'de taşınmaz malı bulunanlar
c) Ticari bağlantı veya iş kuracaklar
ç) Hizmet içi eğitim programlarına katılacaklar
d) Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalar ya da öğrenci değişim programları çerçevesinde eğitim veya benzeri amaçlarla gelecekler
e) Turizm amaçlı kalacaklar
f) Kamu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşımamak kaydıyla tedavi göreceklere
g) Adli veya idari makamların talep veya kararına bağlı olarak Türkiye'de kalması gerekenler
ğ) Aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçenler
h) Türkçe öğrenme kurslarına katılacaklar
ı) Kamu kurumları aracılığıyla Türkiye'de eğitim, araştırma, staj ve kurslara katılacaklar
i) Türkiye'de yükseköğrenimini tamamlayanlardan mezuniyet tarihinden itibaren altı ay içinde müracaat edenler
j) (Ek: 28/7/2016-6735/27 md.) Türkiye'de çalışmayan ancak Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu²⁴
k) (Ek: 28/7/2016-6735/27 md.) Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşları
(2) (Değişik: 28/7/2016-6735/27 md.) Kısa dönem ikamet izni, birinci fıkranın (j) ve (k) bentleri hariç olmak üzere, her defasında en fazla ikişer yıllık sürelerle verilebilir.

(3) Birinci fıkranın (h) bendi kapsamında verilen ikamet izinleri en fazla iki defa verilebilir.

(4) Birinci fıkranın (i) bendi kapsamında verilen ikamet izinleri, bir defaya mahsus olmak üzere en fazla bir yıl süreli verilebilir.

(5) (Ek: 28/7/2016-6735/27 md.) Birinci fıkranın (j) ve (k) bentleri kapsamında verilen ikamet izinleri en fazla beşer yıllık sürelerle verilebilir."

²⁵ DOĞAN/YILMAZ/İZMİRLİ, s.77; ÖZTÜRK, s.18; ERDEM, s.140-141; İRGE ERDOĞAN, s.225; TURAN/TANRIBİLİR, s.85.

²⁶ Kat mülkiyeti, inşa edilmesi tamamlanarak iskân belgesi temin edilmiş taşınmaz mal üzerinde kurulan mülkiyet hakkıdır. Bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 22. Baskı, İstanbul 2020, s.692vd.

²⁷ Henüz inşaatı tamamlanmayan bir taşınmaz üzerinde ise ancak kat irtifakı kurulabilir. Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.720 vd.

üç yıl satılmaması şerhi koyulmak şartıyla satın alınması durumunda Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanılması mümkündür. Aynı nitelik ve değerdeki bağımsız bölümün üç yıl süreyle devir ve terkinin yapılmayacağı taahhüdü tapu siciline şerh edilmek şartıyla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılması da vatandaşlığın istisnai yolla kazanılmasına imkân tanımaktadır²⁸.

Bu maddede yatırım kavramının yer almamasının yanında taşınmazın satın alınmasının yatırım olduğuna dair bir ifade de bulunmamaktadır. Buna karşılık, aynı maddenin 8. ve 9. fıkralarında²⁹ taşınmaz satın alınmasıyla Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanılmasının düzenlendiği 2. fıkranın yatırım türlerini ve bunların kapsamı ile tutarlarını düzenlediği açıkça ifade edilmiştir. Bu sayede maddenin 2. fıkrasında belirtilen işlem türleri ile miktarların yatırım olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Mevzuatın bu şekilde çeşitli işlemleri yatırım olarak tanımlamasına rağmen bunun yalnızca vatandaşlık işlemleri ile sınırlı manada bir yatırım olduğunun kabulü gerekir. Bir başka deyişle, yabancı tarafından vatandaşlık kazanılması amacıyla taşınmaz satın alınması 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu³⁰, Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı uluslararası yatırım anlaşmaları ile Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (ICSID) Konvansiyonu³¹ dahil çeşitli mevzuat çerçevesinde gerçek ve teknik anlamda bir yatırım değildir³². Bu nedenle, söz konusu yatırımın yalnızca vatandaşlık kazanımı ve ilgili mevzuat çerçevesinde geçerli bir kavramı ifade ettiğini unutmamak gerekir.

Yatırımın TVK Yönetmeliğinde tanımlanması başka bir hususu daha ortaya çıkarmaktadır. YUKK madde 31(1)(j)'de Türk vatandaşlığı kazanımına imkân sağlayan yatırımın kapsamı ve tutarının Cumhurbaşkanınca belirleneceği belirtilmiştir. Bu durumda ayrı bir Cumhurbaşkanlığı kararıyla mı söz konusu belirlenimin yapılması gerektiği yoksa YUKK veya TVK içerisinde ya da bunların uygulama yönetmeliklerinde mi düzenlemenin yapılması gerektiği soruları akla gelmektedir. YUKK madde 31(1)(j)'de "Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım" ifadesiyle söz konusu belirlenimin müstakil bir Cumhurbaşkanlığı kararıyla yapılacağı izlenimi ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık, söz konusu belirleme TVK Yönetmeliği madde 20(2)'ye eklenen ve değiştirilen bentlerle yapılmıştır. Bu ekleme ve değişiklikler Cumhurbaşkanlığı Kararlarıyla yapılmıştır. Nihayetinde YUKK'ta ifade edildiği üzere Cumhurbaşkanınca belirlenimin yapılması söz konusudur. Ancak TVK madde 12(1)(b)'den YUKK madde 31(1)(j)'ye yapılan referans sonrasında Cumhurbaşkanının hangi düzenlemeyle belirlemeyi yapacağı karmaşası ortaya çıkmıştır. Cumhurbaşkanlığı kararına atıf yapan YUKK kapsamındaki düzenlemelerle değil TVK Yönetmeliğiyle bu belirlenimin yapılması da mevzuatın karmaşıklığını artırmıştır. Bu konudaki bir görüş ise TVK Yönetmeliği madde 20(2)(b)'deki düzenlemenin TVK madde 12(1)(b)'ye ek şartlar getiremeyeceği yönündedir³³. Zira TVK Yönetmeliği ile vatandaşlık kazanımına yönelik ek şartların getirilmesi kanunilik ilkesine aykırıdır³⁴. Bu şartlar ancak idarenin vatandaşlık başvurusunu değerlendirme sürecindeki takdir yetkisinin değerlendirilmesinde göz önüne alınabilir. Bu eleştirinin tamamen kabulü anlamına gelmemekle birlikte TVK Yönetmeliğindeki şartlar TVK ve YUKK'tan dayanak alması nedeniyle geçerlidir. Kanun yapım tekniği açısından karışık olan bu yöntem geçerli olmakla birlikte tüm düzenlemelerin TVK'da yapılması veya müstakil bir Cumhurbaşkanlığı kararıyla konunun düzenlenmesi tercih edilebilirdi.

Yatırım kavramının ve bunun için gerekli belirlemelere dair hususların çözülmesi akabinde taşınmazın satın alınması yoluyla vatandaşlık kazanımı için gerekli şartları ve usulü detaylı olarak düzenleyen diğer mevzuat hükümlerinin bulunduğunu da ifade etmek gerekir. Taşınmaz satın alınmasıyla istisnai yoldan vatandaşlık kazanımının şartlarının yerine getirilmiş olduğu TVK Yönetmeliği madde 20(2)(b) uyarınca Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca (Bakanlık) tespit edilir. Ayrıca, aynı maddenin 9. fıkrasında da yatırım şartlarının sağlanıp sağlanmadığını tespit eden kurum olarak Bakanlığa yetki verilmiştir.

Bu yetki çerçevesinde, tespiti yönelik hangi işlemlerin yapılması gerektiği ve uyulacak kuralların neler olduğu Bakanlık tarafından hazırlanan talimat ve genelgelerle düzenlenmiştir³⁵. İlk olarak mülga genelgelerle³⁶ düzenlenen taşınmaz değerlendirme raporu alınması zorunluluğu güncel olarak 01.03.2024 tarihli 2024/2 sayılı genelgede yer almaktadır. Bu genelgede, satın alınan taşınmazın TVK Yönetmeliğindeki parasal sınırları karşılayıp karşılamadığının tespiti amacıyla alınan değerlendirme raporlarında standardın sağlanması ve farkların önlenmesi amacıyla, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı iştiraki olan Gedaş Gayrimenkul Değerleme A.Ş.'ye (Gedaş) yetki verilmiş olup bu değerlemenin yapılmasına yönelik detaylar

²⁸ Makalemizde kavram kargaşası oluşturmamak ve anlatımı daha yalın kılmak amacıyla yalnızca taşınmazın satın alınması ifadesi kullanılacak olup bu ifadenin kullanıldığı yerlerde TVK Yönetmeliğindeki taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de anlam içerisinde dahil edilmektedir. Yalnızca birbirinden ayrılan özelliklerinin bulunması halinde taşınmaz satış vaadi ayrıca ifade edilecektir.

²⁹ TVK Yönetmeliği madde 20(8) ve 20(9)'un tamamı şu şekildedir: "(8) (Ek: R.G. 19/9/2018-30540 -CK-106/2 md.) İkinci fıkra kapsamında yapılacak yatırım türleri arasında belirtilen süreyi tamamlamak amacıyla geçişkenlik mümkündür. (9) (Ek:RG-6/1/2022-31711-C.K-5072/1 md.) İkinci fıkrada belirtilen kapsam ve tutarda yatırım şartlarının sağlanıp sağlanmadığının tespitinde uygulanacak usul ve esaslar, tespiti yapan kurumca belirlenir."

³⁰ RG: 17.06.2003, 25141.

³¹ ICSID Konvansiyonu Türkiye bakımından 02.04.1989'da yürürlüğe girmiş bir uluslararası anlaşmadır. Bkz. RG: 20.04.1988, 19791.

³² Aynı yönde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, s.193.

³³ GÜNGÖR, s.118.

³⁴ TOKSOY, s.35.

³⁵ Bakanlık tarafından yayınlanan 10.12.2018 tarih ve 2018/14 (1793) sayılı genelge, 30.05.2019 tarihli ve 2019/5 (1799) sayılı genelge, 15.02.2019 tarihli ve 2019/1 (1795) sayılı genelge, 22/10/2020 tarih ve 2020/5 (1905) sayılı genelge ile 05.03.2024 tarihli ve 11967860 sayılı talimat ve 07.12.2021 tarihli ve 3292617 sayılı talimat yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁶ Mülga 30.05.2019 tarihli ve 2019/5 (1799) sayılı genelge ve 15.02.2019 tarihli ve 2019/1 (1795) sayılı genelge.

da belirlenmiştir³⁷. Ayrıca, değerlendirme raporlarına ilişkin usul ve esaslar 15.09.2021 tarih ve 2021/6 (1911) sayılı genelge ile belirlenerek değerlendirme raporlarına ilişkin tüm süreçlerin TADEBİS (Taşınmaz Değerleme Bilgi Sistemi) üzerinden elektronik ortamda yürütüleceği de belirtilmiştir³⁸. Son olarak, Bakanlık tarafından yayınlanan 13.06.2024 tarihli 2024/4 sayılı genelgede TVK Yönetmeliğine atıf yapılmış, “taşınmaz yatırımı yolu ile Türk vatandaşlığı kazanmak” ifadesi kullanılarak yatırım kavramına tekrar vurgu yapılmıştır. Ayrıca, taşınmazın TVK Yönetmeliğinde belirtilen parasal sınırlara uygun olarak alınmasına rağmen daha sonra yapılan değerlendirme incelemesinde bundan daha az bir miktara değer biçilmesi durumunda ne olacağı da bu genelgede düzenlenmiştir. Buna göre Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne bağlı Yabancı İşler Daire Başkanlığı tarafından hangi tutarın esas alınacağı belirlenecektir. Değerleme raporunda TVK Yönetmeliğinde belirtilen parasal sınırlardan daha az bir miktar tespit edilmiş olsa dahi Yabancı İşler Daire Başkanlığı güncelleme yaparak vatandaşlık başvurusuna uygun olduğu sonucuna varabilecektir. Bu genelge ekinde yer alan Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik Hakkında Kılavuz (Kılavuz) da taşınmaz satın alınması yoluyla vatandaşlık kazanımında tapu işlemlerinde uygulanacak usul ve esasları açıklamıştır.

B. Taşınmazın Satın Alınması veya Satışının Vaat Edilmesi

Taşınmaz satın alınmasıyla Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanılabilmesi için öncelikle taşınmazın TVK Yönetmeliği madde 20(2)(b) uyarınca satın alınması veya taşınmaz satış vaadine konu edilmesi gerekir. Bunun için ilk yol en az 400.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz tutarı değerindeki kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmuş bağımsız bölümün ya da üzerinde yapı bulunan arsa vasıflı taşınmazın satın alınmasıdır. Bu durumda taşınmazın tapu kayıtlarına üç yıl satılmaması şerhi konulması bir zorunluluktur.

İkinci yol ise taşınmaz satın alınmadan yalnızca taşınmaz satış vaadine konu edilmesi yoluyla vatandaşlığın kazanılmasıdır. Buna göre, kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmuş bağımsız bölüm olarak taşınmazın, en az 400.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz tutarı peşin olarak yatırılan noterde düzenlenmiş sözleşme ile satışının vaat edildiği durumda da istisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılması mümkündür. Bu durumda da taşınmazın tapu siciline üç yıl süreyle devir ve terkinin yapılmayacağı taahhüdü şerh edilmek zorundadır.

Satış vaadi yolunda da taşınmazın satışının esas olması nedeniyle Türk vatandaşlığının kazanılması ve korunması için taşınmazın satış işleminin gerçekleşmiş olması gerekir. Öyle ki, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapıldığı esnada taşınmazın peşin bedelinin ödendiğine dair uygun belgesiyle birlikte sunulması akabinde aşağıda yer alan vatandaşlık taahhüdü verilir. Aynı zamanda, taşınmazın siciline “Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 20’nci maddesi kapsamında şerh tarihinden itibaren 3 yıl süre ile satış vaadi sözleşmesinin devri ve terkinin yapılmayacağı yönünde taahhüdü vardır.” şeklinde belirtme yapılır. Ancak bu işlemlerden sonra vaat alacaklısı uygunluk belgesini alarak Türk vatandaşlığını kazanabilir. Taşınmazın satışının belirtilen sürede gerçekleşmemesi halinde tapudaki belirtilen taşınmazın devrine engel oluşturan şerhlerin kaldırılmayacağı Kılavuzda açıkça belirtilmiştir. Bu durumda taşınmazın vatandaşlığı almış olan kişiye devri yapılmadan taşınmaz üzerindeki şerhin kaldırılması söz konusu olmayacaktır. Sonuç itibarıyla, taşınmaz başka bir üçüncü kişiye devredilmişse veya mevzuata uygun olmayan bir satın alma durumu varsa uygunluk belgesi durumu yeniden değerlendirilerek kişinin vatandaşlık kazanımı etkilenebilecektir.

Taşınmaz satış veya satış vaadi işlemlerinde taşınmazı satın alan kişi hakkında da bazı niteliklerin bulunması gerekir. Buna göre taşınmazı satın alan kişinin Türk vatandaşlığına başvuru yapan kişi olması gerekir. Başvuru yapan kişinin eşi, çocuğu veya başvuran adına herhangi bir başka kişi tarafından taşınmaz edinilmesinin TVK Yönetmeliğinde aranan değerler hesabında dikkate alınmayacağı Kılavuzda açıkça belirtilmiştir. Ayrıca başvuru yapan kişinin yöneticisi veya ortağı olduğu şirket tüzel kişiliği adına yapılan taşınmaz edinimleri de ilgili kişi adına yapılan Türk vatandaşlığı kazanım başvurusunda geçerli sayılmaz.

Taşınmazın satın alınmasında ‘vatandaşlık taahhüdü’ olarak isimlendirilen aşağıdaki ifadelerin tapudaki taşınmaz satışına ilişkin resmi senette yer alması gerektiği de Kılavuzda düzenlenmiştir:

“Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 20’nci maddesi kapsamında Türk Vatandaşlığının kazanılması amacıyla edindiğim bu taşınmazı/taşınmazları 3 yıl süre ile satmayacağımı taahhüt ederim. Uygulama kapsamında sunulacak bilgi ve belgelerin eksik, yanlış ya da yanıltıcı mahiyette olduğunun tespit edilmesi halinde; 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 31.maddesi ‘Türk vatandaşlığını kazanma kararı; ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucunda vuku bulmuş ise kararı veren makam tarafından iptal edilir’ kapsamında işlem yapılacağını biliyorum.”

Bu taahhüdün resmi senette yer almasının yanında taşınmazın siciline ise “Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 20’nci maddesi kapsamında edinim/beyan tarihinden itibaren (tescil istem belgesi ile talep edilmişse beyan tarihinden itibaren) 3 yıl içerisinde satılmayacağı yönünde taahhüdü vardır” şeklinde ifadenin de eklenmesi gerekir.

³⁷ Ayrıca, GEDAŞ ile Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü arasında bir protokol yapıldığı da burada belirtilmiştir.

³⁸ 22.11.2023 tarih ve 2023/6 sayılı genelge ile de değerlendirme raporlarında ortaya çıkması muhtemel maddi hataların ortadan kaldırılması ve değerlendirme raporlarının TAKBİS’e aktarılmasından önce kontrollerinin yapılması amacıyla düzenlemeler yapılmıştır.

Taşınmazı satan kişi bakımından da bazı şartlar Kılavuzda belirtilmiştir. Bunlardan ilki, taşınmazın Türk vatandaşı bir kişiden satın alınması şartıdır. İkinci şart olarak ise alıcı yabancıların Türk vatandaşı olan birinci derece akrabalarından yapılan satın almaların da vatandaşlık kazanımına imkân sağlamayacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde, yabancıların kendisinin veya birinci derece akrabalarının ortağı ya da yöneticisi olan şirketlerin sahibi olduğu taşınmazlar da bu amaçla kullanılamaz. Hatta vatandaşlık başvurusu yapacak olan yabancıların kendisi veya birinci derece akrabaları tarafından sahip olunan bir taşınmazın bir Türk vatandaşına daha önceden devredilmiş olması halinde de vatandaşlık kazanımı için kullanılması yasaklanmıştır. Buna göre, taşınmazın bir yabancıların, alıcının Türk vatandaşı olan birinci derece akrabalarının, bunların veya yabancıların şirketlerinin adına tapu sicilinde kayıtlı olması veya daha önce yabancılardan veya birinci derece akrabalarından devredilmiş bir taşınmaz olması durumunda bu kişilerden satın alınan taşınmaza dair işlem Türk vatandaşlığını kazanım için kullanılamayacaktır.

Taşınmazı satan kişinin mavi kartlı, KKTC vatandaşı veya çoklu vatandaşlığa sahip olan Türk vatandaşı olması halinde de istisnai yolla vatandaşlık kazanımına başvurulamayacaktır. Bu kişilerin yabancı olarak kabul edilmeyeceği Kılavuzda açıkça ifade edilmiştir.

Bir taşınmazın yalnızca bir kez istisnai yolla vatandaşlık kazanımına konu edilebileceği de Kılavuzda belirtilmiştir. Buna uygun olarak, daha önce bir yabancıların vatandaşlık kazanımı için satın alınmış olan taşınmazın daha sonra başka bir yabancı tarafından satın alınması durumunda aynı taşınmazın satın alınmasıyla vatandaşlık kazanımı imkânından bir kez daha faydalanılamayacaktır. Bununla benzer bir başka yasak ise bir taşınmazın son üç yıl içinde bir yabancı veya taşınmaz edinimiyle istisnai yoldan vatandaşlık kazanan kişi tarafından bir Türk vatandaşı veya şirketine devredilmesi halinde de söz konusudur. Bu durumda da söz konusu taşınmazın satın alınması işlemi istisnai yoldan vatandaşlık kazanımı için kullanılamaz.

Satışa konu taşınmazın veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin sayısının kaç olabileceği de dikkate değer bir husustur. TVK Yönetmeliğinde taşınmazın veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin kaç adet olabileceği veya kaç adet taşınmaz hakkında olabileceğiyle ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Yalnızca taşınmazın değeriyle ilgili bir sınırlama getirilmiştir.

Bununla uyumlu olarak Kılavuzda satış yoluyla edinilecek taşınmaz sayısında herhangi bir sınırlama bulunmadığı, TVK Yönetmeliğinde belirtilen tutarın sağlanmasının esas olduğu belirtilmiştir. Böylece, söz konusu tutara erişilmesine yönelik istenilen sayıda taşınmazın edinilmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu edilmesi mümkündür. Bu çerçevede, birden fazla taşınmazın satın alınması yoluyla da TVK Yönetmeliğindeki parasal sınır sağlanabilir. Ayrıca, birden fazla taşınmazın konu edildiği bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle vatandaşlığın kazanılması da mümkündür. Buna karşılık, birden fazla satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak yapılan başvuruların TVK Yönetmeliğindeki şartı sağlamayacağı Kılavuzda belirtilmiştir.

Kılavuzda taşınmazın hisseli olarak ediniminin istisnai yoldan vatandaşlık kazanımına imkân vermediği belirtilmiştir. Dolayısıyla, bir taşınmazın paylı mülkiyet oluşacak şekilde birden fazla yabancı tarafından satın alınması durumunda vatandaşlık kazanılamayacaktır. Buna karşılık, birden fazla kişi adına kayıtlı bir taşınmazın tamamının yabancı bir kişi tarafından edinilmesi durumunda, diğer şartlar da gerçekleşmişse, vatandaşlık kazanılabilir.

C. Taşınmazın Niteliği

Hangi niteliklere sahip taşınmazın satın alınmasının Türk vatandaşlığının istisnai yolla kazanılmasına imkân sağlayacağı TVK madde 12(1)(b) ve YUKK madde 31(1)(j)'de belirtilmemiştir. Bu konuda ilk düzenleme TVK Yönetmeliği madde 20(2)(b)'de yer almaktadır. Bu madde uyarınca, taşınmazın üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmuş olan bir taşınmaz veya üzerinde yapı bulunan bir arsa olması mümkündür. Bu düzenlemeye uygun olarak kabul edilebilecek taşınmazın niteliklerinin detayları ise Kılavuzda belirtilmiştir.

Buna göre, üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmuş bir bağımsız bölümün kabul edilebilmesi için, satın alınmaya konu olan taşınmazın 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu³⁹ kapsamında bağımsız bölüm olarak sicile işlenmiş olması gerekir. Kat mülkiyeti veya kat irtifakının henüz kurulmadığı durumlarda, bağımsız bölümlerin inşası devam ederken satın almaya konu taşınmazın niteliği uygun olmadığından vatandaşlık kazanımına imkân tanınmaz. Aynı şekilde, tapuya taşınmaz olarak kaydedilebilen bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı aynı haklar da yukarıda belirtilen taşınmaz niteliklerini haiz olmadığından bunlar hakkında taşınmaz satışı veya satış vaadi işlemleri gerçekleştirilmiş olsa dahi satın alan kişi bakımından Türk vatandaşlığı kazanımı işlemleri yürütülemez.

Arsa vasıflı taşınmazlarda ise taşınmazın arsa vasfıyla tescilli olması ve üzerinde yapı kullanma izin belgesini haiz mevzuata uygun kalıcı bir yapının varlığının belirlenmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle, 2644 sayılı Tapu Kanunu⁴⁰ uyarınca üzerinde herhangi bir yapı bulunmayan taşınmazın vatandaşlık kazanımına imkân sağlaması mümkün değildir. Aynı şekilde, tarımsal nitelikli arazilerin edinilmesi de vatandaşlık kazanımını sağlamaz.

Ayrıca, Kılavuzda devre mülk niteliğindeki taşınmazların da yukarıda sayılan taşınmaz niteliklerini sağlamadığı ifade edilmiştir. Buna göre devre mülk hakkına konu olan taşınmazların edinimi Türk vatandaşlığı kazanılmasına imkân sağlamaz.

³⁹ RG: 02.07.1965, 12038.

⁴⁰ RG: 29.12.1934, 2892.

Son olarak, TVK Yönetmeliği uyarınca yalnızca kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmuş taşınmazların satış vaadi sözleşmesine konu edilebileceğine de dikkat edilmelidir. Yalnızca bu niteliklere sahip bağımsız bölümlerin taşınmaz satış vaadine konu edilerek istisnai yoldan vatandaşlık kazanımına imkân sağlaması söz konusudur. Buna karşılık, arsa vasıflı taşınmazların satış vaadi sözleşmesi yoluyla vatandaşlık kazanımında kullanılması mümkün değildir.

D. Taşınmaz Satış Bedelinin Ödenmesi

Taşınmazın hem satın alınması hem satış vaadi sözleşmesine konu edilmesi durumlarında değerinin en az 400.000 Amerikan Doları olması gerektiği TVK Yönetmeliği madde 20(2)(b)'de düzenlenmiştir. Buna göre, üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı bulunan bağımsız bölüm veya arsa vasıflı taşınmazın edinim değerinin en az 400.000 Amerikan Doları olması gerekir⁴¹. Aynı şekilde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu taşınmazın değerinin de en az 400.000 Amerikan Doları olması zorunludur.

Bu parasal sınırlara hangi bedel veya ücret miktarlarına göre ulaşıp ulaşılmadığı konusunda tereddütler ortaya çıkmıştır. Zira taşınmaz satışının konu edildiği resmi senette beyan edilen satış bedeli, satış vaadinde belirlenen bedel, değerlendirme raporunda tespit edilen değer ve söz konusu ödemelerin transferinin gerçekleştirildiği bedel olmak üzere farklı işlem ve belgelerde farklı miktarlar ortaya çıkabilir. Kılavuz bu bedel veya ücretlerin her birindeki toplam bedelin en az 400.000 Amerikan Doları tutarını sağlaması gerektiğini belirtmiştir.

Taşınmaz satışının istisnai yoldan vatandaşlık kazanımına imkân tanınmasının amaçlarından birinin ülkeye döviz girişi sağlamak olduğu görüşü yanlış olmayacaktır. Buna uygun olarak 400.000 Amerikan Doları veya karşılığı başka bir döviz para birimindeki satın alım bedelinin Merkez Bankasına satılmasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Bunu gerçekleştirmek üzere alıcı yabancının ilgili döviz tutarını Merkez Bankasına satılmak üzere bir bankaya satması gerekir. Banka tarafından düzenlenecek döviz alım belgesi banka tarafından Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) üzerinden ilgili tapu müdürlüğüne gönderilir. Aynı şart satış vaadi sözleşmesi yapılması durumunda da geçerlidir. TVK Yönetmeliğinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi bakımından da satış bedelinin peşin olarak yatırılması şartı önem arz etmektedir. Buna göre, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bedelinin en geç satış vaadi sözleşmesi tarihinde ödenmiş olması gerekir. Buna uygun olarak satış vaadi sözleşmesi kapsamında bankaya satılan dövize yönelik döviz alım belgesinin sözleşme tarihinde düzenlenerek tapu müdürlüğüne gönderilmesi gerekir.

Bankaya yapılan bu döviz satımı ve karşılığında alınarak tapu müdürlüğüne gönderilen döviz alım belgesi önem arz etmektedir. Zira taşınmazın edinimine yönelik işlemler ve kayıtlar döviz alım belgesindeki tutara göre yapılacaktır. Taşınmazın edinimi bakımından düzenlenen resmi senet döviz alım belgesindeki döviz karşılığı Türk Lirası olarak hazırlanarak kayıt altına alınır. Son olarak, banka tarafından gönderilen satış bedeline ilişkin dekont da Tapu Müdürlüğüne gönderilir. Ancak bu dekont sunulduktan sonra taşınmazın sicilinde yabancı kişi adına kaydı yapılarak vatandaşlığa ilişkin devredilmeme beyanları Tapu Müdürlüğü tarafından işlenebilecektir.

III. TAŞINMAZIN DEĞERİNİN BELİRLENMESİ VE ŞARTLARIN SAĞLANDIĞININ TESPİTİ

A. Taşınmaz Değerleme Raporu

Taşınmaz satın alınmasıyla Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanılmasında taşınmazın değerinin tespiti önem arz etmektedir. Taşınmazın en az 400.000 Amerikan Doları bedelle satın alınması istisnai yoldan vatandaşlığın kazanılması için şarttır. Her türlü muvazaanın ve taşınmazın gerçek değerinden daha fazla değerle satılarak Türk vatandaşlığı kazanımının engellenmesi de aynı şekilde önemlidir⁴². Zira taşınmaz satın alınmasıyla istisnai yoldan vatandaşlığın kazanılmasında, diğer vatandaşlık kazanım yollarının aksine, objektif şartlar yoktur⁴³. Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel bulunmaması gibi objektif olmayan bir şartın bulunduğu bu vatandaşlık kazanım yolunda objektifliğin sağlanması için taşınmazın değerinin tespiti keyfiliğin engellenmesinde bir araçtır.

Bu amaca uygun olarak, Bakanlık tarafından hazırlanan genelgelerle taşınmaz değerlendirme raporu alınması şartı getirilmiştir⁴⁴. Böylece TVK Yönetmeliği ile aranan taşınmaz değerinin gerçekten sağlanmış olup olmadığı taşınmaz değerlendirme raporu ile tespit edilir. Bakanlığın 2024/2 sayılı genelgesinde taşınmaz değerlendirme raporunun hazırlanmasına yönelik hesap yöntemi, işlem aşamaları ve içeriğe ilişkin hususlar belirlenmiştir.

Bu genelgede değerlemenin taşınmazın “belirli bir tarihteki muhtemel değerinin sermaye piyasası mevzuatı ve ilgili diğer mevzuat uyarınca belirlenen veya kabul edilen değerlendirme standartları çerçevesinde para cinsinden bağımsız ve tarafsız olarak takdir edilmesi” olduğu belirtilmiştir. Değerleme raporu ise “Uluslararası Değerleme Standartları başta olmak üzere, TDUB üyesi yetkili değerlendirme kuruluşunda görev alan değerlendirme uzmanları tarafından hazırlanan, Sermaye Piyasası Kurulu ile TDUB ve TKGM tarafından yayımlanan düzenlemelere ve belirlenen normlara uygun olarak düzenlenen rapor” olarak tanımlanmıştır.

⁴¹ TVK Yönetmeliğinde yapılan güncel değişiklikler sonucu durum bu şekildedir. Ancak, TVK Yönetmeliğinin ilgili düzenlemelerinin yürürlüğe giriş tarihindeki farklılık nedeniyle 12.01.2017-18.09.2018 tarihleri arasında satın alınmış taşınmazların en az 1.000.000 Amerikan Doları tutarında olması gerekir.

⁴² ELÇİ, s.35

⁴³ ŞİT KÖŞGEROĞLU, s.175.

⁴⁴ BAYATA CANYAŞ, Aslı: “Yabancı Gerçek Kişiler Lehine Türkiye’deki Taşınmazlar Üzerinde Kat İrtifak Tesisi ve Kat İrtifakı Tesisinin Türk Vatandaşlığı Kazanmaya Etkisi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 8(16), 2020, s.98.

Değerleme raporu taşınmazın rapor tarihindeki güncel piyasa değerini gösterdiğinden daha sonra taşınmazın değerinde değişme olması mümkündür. Bunu göz önüne alarak taşınmaz değerleme raporunun düzenlendiği tarihten itibaren üç ay süre ile geçerli olduğu 2024/2 sayılı genelgede ve Kılavuzda belirtilmiştir. Bu süre içerisinde vatandaşlık kazanımı için yapılan başvurularda ilgili taşınmaz değerleme raporu kullanılabilir. Daha sonra yapılan başvurularda ise yeni bir taşınmaz değerleme raporu alınması gerekir.

Vatandaşlık kazanımına esas alınması istenen taşınmaz satın alımında kural olarak taşınmaz değerleme raporu alınması zorunludur. Buna karşılık bazı taşınmaz satın alınması işlemlerinde taşınmaz değerleme raporu alınmadan da Türk vatandaşlığı kazanılabilir. Taşınmazı satan kişinin özelliğine bağlı olarak taşınmaz değerleme raporu alınması kuralından istisna olunması mümkündür. Bu kişiler 2024/2 sayılı genelgede üç grup halinde sayılmıştır. Birincisi kamu kurum ve kuruluşlarının satıcı olduğu taşınmaz satış işlemleridir. İkincisi ise belediyelerin ve bunların iktisadi işletmelerinin satıcı olduğu taşınmaz satış işlemleridir. Son olarak, gayrimenkul yatırım ortaklıkları tarafından yapılan satış işlemleri de taşınmaz değerleme raporu alınması zorunluluğuna istisna kapsamındadır. Bu üç gruptakinden birinden satın alınacak taşınmaz için taşınmaz değerleme raporu alınmadan Türk vatandaşlığı istisnai yolla kazanılabilir.

Bakanlığın 2024/4 sayılı genelgesinde ise bu kurum ve şirketlerden vatandaşlık kazanımına yönelik satın alınan taşınmazlar bakımından değer tespiti döviz alım belgesi ve resmi senette yazan bedelin ve havale dekontundaki bedelle karşılaştırılması suretiyle yapılacağı belirtilmiştir. Bu değerlendirme amacıyla Yabancı İşler Dairesi Başkanlığı tarafından gerekli görülmesi halinde ayrıca taşınmaz değerleme raporu da talep edilebilir.

B. Taşınmaz Değerlemesinin Yapılması

Taşınmaz değerleme raporu alınmak üzere başvuru taşınmazın maliki tarafından Web Tapu resmi erişim adresinden⁴⁵ Gedaş Gayrimenkul Değerleme A.Ş.'ye yönelik olarak yapılır. Değerlemenin yapılması için gerekli hizmet bedeli başvuru tarafından ödendikten sonra taşınmazın değerlemesi için incelemelere başlanır.

Bu rapor ile tespit edilen taşınmazın rapor tarihindeki piyasa değeridir. Muvazaasız işlemlerle gerçek satıcı ve alıcı arasında taşınmazın el değiştirmesi için piyasada "makul şartlarda elde edilebilecek en olası fiyat(in)" belirlenmesi amaçlanır. Taşınmazın değerinin piyasa değerinden yüksek gösterilmesi dahil muvazaalı yöntemlerle vatandaşlık kazanımının engellenmesi ancak doğru piyasa değerinin tespitiyle mümkündür. Bunun için taşınmazın fiili durumu ile yasal durumunun mimari proje kapsamında incelenmesi, taşınmazın durumu veya inşaat seviyesinin, yıkım kararı gibi değeri düşürecek hususların olup olmadığının tespit edilmesi dahil taşınmazla ilgili birçok yönden değerlendirme yapılarak piyasa değerinin belirlenmesine yönelik rapor oluşturulur. Bu şekilde belirlenen taşınmazın piyasa değeri tapu işlemlerinde de esas alınarak uygulanır.

Gedaş tarafından hazırlanan taşınmaz değerleme raporu e-imza ile imzalanarak TAKBİS'e gönderilir. Bu aşamaya kadar taşınmazın alıcısının hazırlanmasına ve nihayete erdirilmesine yönelik dahi olmayan taşınmaz değerleme raporu Web Tapu üzerinden alıcı tarafından görüntülenebilir. Değerleme raporundaki tespitler ve piyasa değerine ilişkin bir itiraz mekanizması mevzuatta öngörülmemiştir. Böyle bir itiraz durumunda taşınmaz için yeni bir değerleme raporu başvurusunun yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Genelgede itiraza yönelik olduğu değerlendirilebilecek bir şikayet, öneri ve talep iletilmesi imkânından bahsedilmiştir. Teknik olarak bir itiraz olmayan böyle bir durumda taşınmaz değerleme raporunun herhangi bir hususuna yönelik olarak Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği'ne (TDUB) başvuru yapılabileceği belirtilmiştir. Bu başvuru neticesinde nasıl bir karar alınacağı, değerlendirme raporunun iptali, aynen veya değiştirilerek kabulü şeklinde yöntemlerin olup olmadığı düzenlenmemiştir. Yalnızca gerekli incelemelerin yapılarak başvuru ve Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'ne (TKGM) bilgi verilmesi söz konusudur. Bu durumda taşınmazın kontrol değerlendirme raporunun alınması da bir başvuru yolu olarak düşünülebilir. Genelgeye göre yalnızca Taşınmaz Değerleme Dairesi Başkanlığı talimatı ile başka bir yetkili değerlendirme kuruluşundan alınan bu rapor taşınmazın değeri veya değere etki eden hususlar hakkındaki tereddütün giderilmesi amaçlanmıştır.

Hem asıl taşınmaz değerlendirme raporunun hem de kontrol değerlendirme raporunun tespitlerinin alıcı tarafından itiraza konu edilmesi mümkün olabilmelidir. Alıcı tarafından bir hizmet bedelinin ödenmesi ve SPK mevzuatına tabi olan bir anonim şirket niteliğindeki Gedaş'ın taşınmaz değerlendirme raporu hazırlamasının özel hukuk işlemi olduğu düşünülebilir. Ancak, devletin kurumlarının işlemlerinin söz konusu olması ile devletin kurumlarının iştiraki olan Gedaş'a başvurunun zorunlu olduğu bu işlemlerden kaynaklı itirazların idari yargının konusuna girmesi nedeniyle idari yargılama usulü bakımından itiraz işlemlerinin yapılması mümkün olabilmelidir.

C. Uygunluk Belgesi (Taşınmaz Yatırımı Tespit Belgesi)

Taşınmaz satın alınmasıyla Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanılmasına yönelik yapılması gerekli birçok işlem ve takip edilmesi gereken aşama vardır⁴⁶. Bu aşamalarda, özet olarak, Gedaş, tapu müdürlükleri, banka ve nüfus müdürlükleri farklı işlemler için görev yapmakta olup yabancının bu kurumlarda çeşitli işlemleri gerçekleştirmesi gerekir. Her bir işlemin bir sonrakine etkisi olduğu için ilgili aşamada mevzuat tarafından getirilen şartlara riayet edilmesi önem arz eder.

⁴⁵ <https://webtapu.tkgm.gov.tr/> (Erişim: 10.12.2024).

⁴⁶ ÖZBEK, s.15-16.

Bu işlemlerin gereği gibi yerine getirildiğini tespit bakımından TVK Yönetmeliği madde 20(2)(b) uyarınca Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı (Bakanlık) yetkili ve görevli kılınmıştır. Bu maddeye göre, en az 400.000 Amerikan Doları tutarındaki kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmuş bağımsız bölüm ya da üzerinde yapı bulunan arsanın tapu kayıtlarına üç yıl satılmaması şerhi koyulmak şartıyla satın alındığının tespitini Bakanlık yapacaktır. Aynı şekilde, taşınmaz satış vaadiyle işlem yapılması durumunda da en az 400.000 Amerikan Doları tutarındaki kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmuş bağımsız bölüme yönelik peşin olarak yapılan ödemenin ve tapu siciline üç yıl süreyle devir ve terkini yapılmayacağı taahhüdünün şerh edilerek taşınmazın satışının vaat edildiğini Bakanlığın uygunluk belgesi düzenleyerek tespit etmesi vatandaşlık kazanımı için zorunludur.

Buna ek olarak TVK Yönetmeliği madde 20(9)'da "ikinci fıkrada belirtilen kapsam ve tutarda yatırım şartlarının sağlanıp sağlanmadığının tespitinde uygulanacak usul ve esaslar(ın), tespiti yapan kurumca belirlen(eceği)" belirtilerek Bakanlık bu tespit için yetkilendirilmiştir. Bu yetkiye istinaden Bakanlık tarafından hazırlanan genelgeler ve Kılavuzda söz konusu usul ve esaslar belirlenmiştir.

Usul ve esasa dair belirlemelerden ilki vatandaşlığın kazanılmasına yönelik taşınmazın satın alınmasıyla ilgili şartların yerine getirildiğinin tespiti konusunda Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne (Genel Müdürlük) yetki verilmiş olmasıdır. Buna göre, taşınmaz satın alınmasıyla Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanımına ilişkin başvurularda mevzuat uyarınca belirlenen şartların tespitini Genel Müdürlük yapacaktır. Genel Müdürlük de bu yetkisini taşınmazın satışını yapan ilgili bölge müdürlüğü ile paylaşmıştır. Böylece, nihayetinde, taşınmazın satın alınmasıyla ilgili şartlarda tespiti yapacak olan makam Genel Müdürlüğün uhdesinde bulunan taşınmazın satışının gerçekleştiği ilçenin bağlı olduğu Bölge Müdürlüğüdür (Müdürlük).

Müdürlüğün yapacağı değerlendirmede döviz alım belgesi, taşınmaz değerlendirme raporu, vatandaşlık taahhüdü, tapu kayıtları dahil çeşitli belge ve bilgilerin varlığı incelenecektir. Döviz alım belgesinde Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası nezdinde dövizin bozdurulduğu ve satışın Türk Lirası ile gerçekleştirildiği gösterilir. Taşınmaz değerlendirme raporu ise yukarıda⁴⁷ açıklandığı üzere Gedaş tarafından yapılan değerlendirme sonucunda taşınmazın satın alma değerinin en az 400.000 ABD Doları olduğunu gösteren rapordur. Tapu kayıtlarında da taşınmazın mevzuatta sayılan niteliklere sahip olduğu, özetle kat irtifakı ya da kat mülkiyeti tesis edilmiş üzerinde yapı bulunan bir taşınmaz olması, görülecektir. Son olarak, başvuru tarafından verilen vatandaşlık taahhütnamesi de taşınmazın üç yıl süreyle satılamayacağının tapu kütüğüne işlenmesini sağlar.

Tüm bu belgelerin mevcut olması ve şartların mevzuata uygun olduğunun tespiti akabinde yabancıya "Taşınmaz Yatırımı Tespit Belgesi" verilir. 'Uygunluk belgesi' olarak da adlandırılan bu belge Göç İdaresi Başkanlığı ve Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderilir. Başvurucu da bu belgeye dayanarak Göç İdaresi İl Müdürlüğünde vatandaşlık ikameti olarak ifade edilen kısa dönem ikamet izni başvurusu yapar⁴⁸. Bu başvurunun onaylanması akabinde ise Nüfus ve Vatandaşlık İşleri İl Müdürlüğüne vatandaşlık başvurusu yapılır.

Sonuç olarak, taşınmaz yatırımı yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında uygunluk belgesi, hem hukuki hem de idari süreçlerde önemli bir belgedir. Bu belge olmaksızın vatandaşlık başvurusunun ilerletilmesi mümkün değildir.

D. İdarenin Takdir Yetkisi

Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması hallerinden olan taşınmaz satın alınmasıyla Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanılması için TVK madde 10 uyarınca yetkili makamın karar alması gerekir. Madde 12'de de yapılan açık belirleme uyarınca, Cumhurbaşkanı söz konusu yetkili makam olarak bu kararı almaya yetkilidir. Bu kararın alınma yöntemi ve aşamaları da konumuz bakımından dikkate değerdir. Zira ancak bu kararın alınmasıyla vatandaşlığa alınma süreci nihayete erecektir.

Cumhurbaşkanının karar vermesinden bir önceki aşama olarak vatandaşlık başvurusunu alan kurumun değerlendirme yapması bulunmaktadır. İstisnai yoldan vatandaşlığın kazanılması amacıyla yapılan başvuruda gerekli şartlar sağlanmışsa Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü yetkisi kapsamında İçişleri Bakanlığı, ilgili kişinin vatandaşlığa alınması ya da alınmaması yönündeki görüşü ile dosyayı vatandaşlığa alınma talebi ile ilgili karar vermek üzere Cumhurbaşkanına gönderir.

Bu noktada başvurunun millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunup bulunmadığı incelenir. Böyle bir engel halin varlığı söz konusuysa kişinin Türk vatandaşlığına alınamayacağı TVK madde 12'nin bir gereğidir. Zira millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmaması şartı Türk vatandaşlığına alınmanın şartı olarak açıkça bu maddede belirtilmiştir.

Buna göre, başvurunun Türk vatandaşlığını kazanmasına karar verilebilmesi için millî güvenlik ve kamu düzenini tehlikeye düşürecek halinin bulunmaması gerekir. TVK'da ve sair mevzuatta herhangi bir tanımı olmayan bu kavramlar belirsiz kavramlar olarak ifade edilmektedir⁴⁹. Aynı şekilde, millî güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının içeriğinin ne şekilde belirleneceği de düzenlenmemiştir⁵⁰. Bu durumda idare

⁴⁷ Bkz. Bölüm III(B).

⁴⁸ GÖLCÜKLÜ, s.133; ERDEM, s.141; AYDEMİR, Eda: "İstisnai Yoldan Türk Vatandaşlığının Kazanılması", Yüksek Lisans Tezi, Antalya Bilim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Antalya 2022, s.46.

⁴⁹ TÜYSÜZ, s.52; ACUN MEKENGEÇ, s.243; UYANIK, M. Ece: "Türk Vatandaşlığının Yetkili Makam Kararıyla Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi", 9(2), 2021, s.499.

⁵⁰ Böyle bir belirleme bulunmamakla birlikte kamuya açıklanmayan gizli bir yönergeyle idarenin vatandaşlığa kabul veya ret kararı

tarafından milli güvenlik ve kamu düzenini tehlikeye düşürecek bir halinin bulunup bulunmadığı takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirilecektir⁵¹.

Bu değerlendirmeyi yaparken göz önüne alınacak bilgilerin neler olduğuna dair TVK Yönetmeliğinin 35. maddesinde yer alan düzenlemeler yol gösterici olacaktır. Maddenin 2. ve 4. fıkraları uyarınca, başvurunun milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunup bulunmadığı Millî İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından yapılan arşiv araştırmasının sonucunda belirtilecektir. Bu araştırma sonucunda başvurunun terör örgütü üyesi olması⁵², kaçakçılık suçlarından hakkında işlem bulunması⁵³, selevi unsurların bulunduğu bir derneğe üye olması⁵⁴ gibi sebeplerle Türk vatandaşlığına alınmamasının daha uygun olacağı yönünde olumsuz bir görüşün bildirilmesi durumunda idare tarafından vatandaşlığa alınma başvurusu reddedilecektir.

Eğer böyle bir engel bulunmuyorsa Cumhurbaşkanı tarafından Türk vatandaşlığının kazanılması kararı verilebilir. Bu noktada maddede yer alan vatandaşlığın Cumhurbaşkanı kararıyla ‘kazanılabileceği’ şeklindeki ifadenin Cumhurbaşkanıya bir takdir yetkisi verip vermediği sorusu ortaya çıkmaktadır⁵⁵. Bu ifadeden Cumhurbaşkanı’nın bir tercihte bulunabileceği, bir başka deyişle, başvurucuya Türk vatandaşlığının verilmesi ya da verilmemesi yönünde karar alabileceği anlaşılmaktadır. Bu düzenleme tarzının idareye verilen yetki bakımından açık bir düzenlemeyle takdir yetkisinin tanınması olduğu yerinde olarak ifade edilmektedir⁵⁶. Ancak bu takdir yetkisinin Cumhurbaşkanı’na objektiflikten uzak ve geniş olduğunda bahisle yerinde olmadığı yönünde görüşler de vardır⁵⁷. İdarenin keyfi karar alamayacağı ve hukuki öngörülebilirliğin de sağlanması prensipleri uyarınca Cumhurbaşkanı’nın kararında kanuni sınırların gözetilmesi, eşitlik ilkesine bağlı kalınarak gerekçelendirmenin bulunması ve kamu yararının gözetilmesi gerekir⁵⁸.

Son olarak belirtilmelidir ki, tüm olumlu ve olumsuz şartlar yerine getirilmiş olmasına rağmen Cumhurbaşkanı’nın yabancıların Türk vatandaşlığı başvurusunu reddetmesi mümkündür. Bir başka deyişle, TVK madde 10’da da belirtildiği üzere Türk vatandaşlığının taşınmaz satın alınmasıyla istisnai yoldan kazanılmasında da kanunda sayılan şartların hepsi yerine getirilmiş olsa dahi bu durum başvurucuya mutlak olarak Türk vatandaşlığını kazanma hakkı sağlamamaktadır⁵⁹. Zira TVK madde 12’de bu konuda Cumhurbaşkanı’na takdir yetkisi verilmiştir⁶⁰. Bu takdir yetkisi çerçevesinde Cumhurbaşkanı Türk vatandaşlığı konusunda nihai kararı verecektir⁶¹.

IV. SONUÇ

Türk vatandaşlığının yetkili makam kararına istinaden sonradan ikamet ve Türkçe bilgisi gibi şartların varlığını gerektiren genel başvuru yoluyla kazanılması imkânı mevcuttur. Bunun yanında yalnızca millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel bulunmaması asıl şartıyla Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanılması da mümkündür. Bunun için TVK’da öngörülen diğer şart YUKK uyarınca kısa dönem ikamet izninin alınmasıdır. Yatırım yoluyla vatandaşlık alınması olarak da adlandırılan bu istisnai yolun düzenlendiği YUKK’ta ise Cumhurbaşkanı’nca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapılması şartı belirtilmiştir.

Kanuni düzenlemeler bunlar olmakla birlikte taşınmaz yatırımının detayları diğer alt mevzuatta düzenlenmiştir. Bu konudaki asıl düzenleme TVK Yönetmeliği madde 20(2)(b)’dir. Buna göre, en az

vermesinin idarenin keyfilğine yol açması durumunda Anayasaya aykırı olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. DOĞAN/YILMAZ/İZMİRLİ, s.70; TANRIBİLİR, Türk Vatandaşlığı Kanunu, s.40 vd 27-62; ERTEN, Rifat: “Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranılan Ortak Şart: Millî Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak”, Public and Private International Law Bulletin, 40(2), 2020, s.1356-1357.

⁵¹ ERKAN, Millî Güvenlik ve Kamu Düzeni, s.35; ERTEN, Millî Güvenlik, s.1357-1358; TANRIBİLİR, Feriha Bilge: “Evlenme ve Vatandaşlık”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2020, s.3042; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s.170; ERDEM, s.148,175; UYANIK, s.499, 519. Ayrıca belirtmek gerekir ki, millî güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının içeriğinin belirlenmesi ile ilgili durumda, uygulanması konusunda idareye takdir yetkisi değil bağlı yetki verildiği de bir görüş olarak ifade edilmektedir. Bu görüşün temelinde bu kavramların toplumda genel kabul görmüş kurallara ilişkin olduğu anlayışı yer almaktadır. ACUN MEKENGECİ, s.272. Bu konudaki farklı görüşlerin açıklaması için bkz. TÜYSÜZ, s.52, 58; ACUN MEKENGECİ, s.244 vd. Başka bir görüş de kamu düzeni şartı bakımından idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı yönündedir. Bkz. ERTEN, Millî Güvenlik, s.1360.

⁵² ACUN MEKENGECİ, s.259.

⁵³ ACUN MEKENGECİ, s.259.

⁵⁴ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi E.2019/2439 K.2020/423 T.03.03.2020.

⁵⁵ İdarenin takdir yetkisinden farklı bir kavram olan bağlı yetkisinin de bazı hallerde bulunduğu kabul edilmektedir. Genel olarak, idarenin bir tercih yapma imkânının bulunmadığı, belirli şartların gerçekleşmesi halinde belirli yönde karar alması ve işlem yapması gereken hallerde sahip olduğu yetki bağlı yetki olarak ifade edilebilir. Bkz. ACUN MEKENGECİ, s.240; TÜYSÜZ, s.50. Makalemizin kapsamını aşması nedeniyle yalnızca bu açıklamayla yetinilerek idarenin takdir yetkisi bağlamında özellikleri açıklanmıştır.

⁵⁶ TÜYSÜZ, s.58; ACUN MEKENGECİ, s.242.

⁵⁷ ŞİT KÖŞGEROĞLU, s.187

⁵⁸ ERTEN, Millî Güvenlik, s.1363; ACUN MEKENGECİ, s.249; TÜYSÜZ, s.51.

⁵⁹ ERTEN, Millî Güvenlik, s.1363; TÜYSÜZ, s.58.

⁶⁰ Benzer düzenlemeyi içeren TVK madde 10 uyarınca da idarenin takdir yetkisiyle başvurunun Türk vatandaşlığına alınıp alınmamasına karar vereceği belirtilmektedir. Bkz. DOĞAN/YILMAZ/İZMİRLİ, s.70; ERKAN, Değişikliklerin İncelenmesi, s.424, 427; ERTEN, Rifat: “Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70(4), 2021, s.909-910; ACUN MEKENGECİ, s.273.

⁶¹ İdarenin söz konusu arşiv araştırması sonuçlarını göz önüne alarak kanaatini oluşturacağı ve karar vereceği millî güvenlik ve kamu düzeni şartını ihtiva eden TVK madde 13 ve madde 14 bakımından da ifade edilmektedir. Bkz. ERTEN, Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması, s.912. Ayrıca, idarenin söz konusu takdir yetkisini kullanırken kamu yararını temin etmeyi hedefleyeceği ifade edilmektedir. Bkz. ERTEN, Millî Güvenlik, s.1363.

400.000 Amerikan Doları tutarındaki kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmuş bağımsız bölümün satın alınması ya da satış vaadi sözleşmesine konu edilmesi veya üzerinde yapı bulunan arsa vasıflı taşınmazın satın alınması gerekir. Her durumda taşınmazın siciline üç yıl süreyle devredilemeyeceği yönünden taahhütte bulunularak beyan verilmesi gerekir. Bunlara ilişkin tespitlerin Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yapılacağı da TVK Yönetmeliğinde belirtilmiştir.

Taşınmazın değerinin belirlenmesi istisnai yoldan vatandaşlık başvurusunda öncelikle dikkat edilmesi gereken şarttır. Zira TVK Yönetmeliğinde belirtilen parasal sınırın altında kalan taşınmazların satın alınması Türk vatandaşlığının kazanılmasına imkân vermeyecektir. Bakanlığın genelgeleriyle düzenlendiği üzere taşınmaz değerlendirme raporu alınması bu tespitin yapılarak taşınmazın değerine ilişkin şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini ortaya koyacaktır. Taşınmazın güncel piyasa değerini ortaya koyan ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmiş değerlendirme şirketi Gedaş tarafından yapılan değerlendirme çalışmasında taşınmazın imar ve proje durumu, büyüklüğü, üzerindeki takyidatlar gibi hususlar göz önüne alınır. Nihai olarak piyasa değerinin ne kadar olduğu da taşınmaz değerlendirme raporunda gösterilir.

Böylece taşınmaz satın alınmasıyla Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanılması hakkındaki idarenin son derece geniş takdir yetkisine sahip olması nedeniyle keyfilik endişesi ve taşınmazın değerinin belirlenmesinde suistimale açık olunması endişelerinin önlenmesi sağlanır. Zira herhangi bir objektif şartın bulunmadığı bu vatandaşlık kazanım yolunda taşınmaz değerlendirme raporu vatandaşlığa alım için gerekli parasal sınırın gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit eder. Buna rağmen mevzuatta öngörülen parasal sınırın çok düşük olduğu endişeleri halen bertaraf edilememiştir. Taşınmazın satın alınması bakımından değerinin en azından 1.000.000 Amerikan Doları olarak, mevzuatın ilk halindeki gibi, yeniden düzenlenmesi bu endişelerin azaltılmasına katkı sağlayabilir.

Taşınmazın değerinin belirlenmesinin yanında ilgili parasal sınırdaki dövizin Merkez Bankasına satılmak üzere bankaya satıldığı, taşınmazın üç yıl süreyle satılamayacağına dair beyanın ve taşınmazın siciline buna yönelik beyanın bulunması dahil şartların yerine getirildiğinin tespitini yapan tapu müdürlüğü taşınmaz yatırımı tespit belgesi (uygunluk belgesi) düzenleyerek hem başvuruca hem de kamu kurumlarına gönderir. Böylece TVK Yönetmeliğindeki Bakanlığın taşınmazın satışına ilişkin şartların yerine getirilmiş olduğunu tespit görevi de gerçekleştirilmiş olur. Bunun akabinde ise başvuruca Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü bünyesindeki başvurularını yaparak önce kısa dönem ikamet izni ve sonrasında Cumhurbaşkanının kararıyla vatandaşlık alması mümkün hale gelmiştir.

KAYNAKÇA

- ACUN MEKENGECİ, Merve: “Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi”, *Public and Private International Law Bulletin*, 43(1), 2023, s.233-283.
- AYBAY, Rona/ÖZBEK, Nimet/ERSEN PERÇİN, Gizem: *Vatandaşlık Hukuku, Siyasal Kitabevi*, Ankara 2019.
- AYDEMİR, Eda: “İstisnai Yoldan Türk Vatandaşlığının Kazanılması”, *Yüksek Lisans Tezi*, Antalya Bilim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Antalya 2022.
- BARAN ÇELİK, Neşe: “Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 130, 2017, s.357-418.
- BAYATA CANYAŞ, Aslı: “Yabancı Gerçek Kişiler Lehine Türkiye’deki Taşınmazlar Üzerinde Kat İrtifak Tesisi ve Kat İrtifakı Tesisinin Türk Vatandaşlığı Kazanmaya Etkisi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 8(16), 2020, s.91-109.
- BERKİ, Osman Fazıl: *Devletler Hususi Hukuku*, Cilt: I “Taabiyet ve Yabancılar Hukuku”, 6. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, İstanbul 1966.
- DOĞAN, Vahit/YILMAZ, Alper Çağrı/İZMİRLİ, Lale Ayhan: *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 19. Baskı, Rehber Yayıncılık, Ankara 2023.
- DZANKIC, Jelena: “The Pros and Cons of Ius Pecuniae: Investor Citizenship in Comparative Perspective”, *RSCAS Working Papers*, No. 2012/14, European University Institute, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/21476/RSCAS_2012_14.pdf, (Erişim: 10.12.2024).
- ELÇİ, Fidan: “Türk Vatandaşlığının Taşınmaz Edinimi Yoluyla Kazanılmasının Sayısal Veriler Çerçevesinde Analizi”, *Yüksek Lisans Tezi*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara 2020.
- ERDEM, Bahadır: *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.
- ERKAN, Mustafa: “Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni Kavramlarının İncelenmesi”, in Doğan, Vahit/Yılmaz, Alper Çağrı/İzmirli, Lale Ayhan (ed.) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler*, Savaş Kitabevi, Ankara 2019, s.17-38. (Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni)
- ERKAN, Mustafa: “Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi”, *Public and Private International Law Bulletin*, 39 (2), 2019, PPIL, s.415-446. (Değişikliklerin İncelenmesi)
- ERTEN, Rifat: “Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranan Ortak Şart: Milli Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak”, *Public and Private International Law Bulletin*, 40(2), 2020, s.1351-1371. (Milli Güvenlik)
- ERTEN, Rifat: “Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 70(4), 2021, s.899-932.
- GÖĞER, Erdoğan: *Türk Tabiiyet Hukuku*, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.
- GÖLCÜKLÜ, İlyas: “Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri”, *Public and Private International Law*, 40(1), 2020, s.125-141.
- GÜNGÖR, Gülin: *Tabiiyet Hukuku*, 11. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- İRGE ERDOĞAN, Burcu: “According to the Turkish Citizenship Law No. 5901 Evaluation of The Polygamy Problem in Acquiring Turkish Citizenship Through Investment with the Recent Decision of the 2nd Civil Chamber of the Supreme Court of Verdict Dated 04.26.2022”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 2024, s.224-240.
- KALIN, Christian H.: *IusDoni in International Law and EU Law*, Leiden 2019.

- KAYA, Talat: “Dünyadaki Örnekler Işığında Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Uygulamasına Eleştirel Bir Bakış”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), 2021, s.115-132.
- KAYALI, Didem: “Etkili Vatandaşlık İlkesi ile Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Programları Üzerine Bazı Düşünceler”, Public and Private International Law Bulletin, 43(1), 2023, s.105–137.
- NOMER, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 30. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 22. Baskı, İstanbul 2020.
- ÖZBEK, Nimet: “Comparative Study on Citizenship By Investment: Example of Turkey”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), 2021, s.3-19.
- ÖZTÜRK, Necla: Yatırım Yoluyla İkamet Etme ve Vatandaşlık Kazanma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- SHACHAR, Ayelet: “Dangerous Liaisons: Money and Citizenship, Should Citizenship be for Sale?”, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/29318/RSCAS_2014_01.pdf?sequence=1, (Erişim: 10.12.2024).
- SOLIMANO, Andrés: “Investment Migration, Economic Development and the UN Sustainable Development Goals”, <https://investmentmigration.org/wp-content/uploads/2020/10/IMC-Report-Investment-Migration-Economic-Development-andthe-UN-Sustainable-Development-Goals-EBOOK.pdf>, (Erişim: 10.12.2024).
- ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu: “İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2017, s.169-198.
- TANASOCA, Ana: “Citizenship for Sale – Neomedieval, not Just Neoliberal?”, European Journal of Sociology, 57(1), 2016, s.169-195.
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge: “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri”, TBB Dergisi, 75, 2008, s.27-62. (Türk Vatandaşlığı Kanunu)
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge: “Evlenme ve Vatandaşlık”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2020, s.3019-3049.
- TURAN, Turgut/TANRIBİLİR, Feriha Bilge: Vatandaşlık Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- TİRYAKIOĞLU, Bilgin: “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararıyla Kazanılması”, in Doğan, Vahit/Tanrıbilir, Feriha Bilge/Şit, Banu (ed.), Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Ankara 2008, s.79-96.
- TOKSOY, Gökçen Elif: Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri, Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2023.
- TÜRE, Nazlı: “Yatırım Yoluyla İkamet ve Vatandaşlık”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 11(39), 2019, s.83-108.
- TÜYSÜZ, Cemre: “Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13(1), 2022, s.48-65.
- UYANIK, M. Ece: “Türk Vatandaşlığının Yetkili Makam Kararıyla Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi”, 9(2), 2021, s.493-522.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Ahmet DÜLGER, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Ahmet DÜLGER, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA ZİNCİRLEME SUÇ UYGULAMASI
THE APPLICATION OF SUCCESSIVE OFFENSE IN THE TAX EVASION OFFENSES

Elif YILMAZ FURTUNA* & Hanne ÖZGENÇ YILMAZ**

Makale BilgiGönderi: 22/05/2025
Kabul : 03/06/2025**Anahtar Kelimeler***Vergi Kaçakçılığı Suçları, Zincirleme Suç, Seçimlik Hareketli Suç, Vergilendirme Dönemi, İctime.***Article Info**Received: 22/05/2025
Accepted: 03/06/2025**Keywords***Tax Evasion Offenses, Successive Offense, Optional Act Offense, Taxation Period, Concursus.***Özet**

Türk vergi sisteminde vergilerin toplanması ve takibine ilişkin düzeni bozan ve vergi kaçınılmasına yönelik yükümlülükler aykırı davranışlar kabahat veya suç olarak tanımlanmıştır. Mükelleflerin en çok işlediği ve bu nedenle de uygulamada da en çok karşılaşılan vergi suçu vergi kaçakçılığı suçlarıdır. Vergi kaçakçılığı suçları ve cezaları Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde düzenlenmiştir. Şartlarının oluşması durumunda vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmaktadır. Ancak uygulamada birtakım sorunlar bulunmaktaydı. İlgili maddede 2022 tarihinde yapılan değişiklikle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına ilişkin sorunlar çözülmeye çalışılmışsa da vergi kaçakçılığı suçları nitelik itibarıyla seçimlik hareketli bir suç mudur, seçimlik hareketli bir suç ise bu hareketlerden birkaçının yapılması durumunda tek suç mu, yoksa hareket sayısının suç mu oluşturacağı konuları hala tartışmalıdır. Bu hususlarda kabul edilen görüşlere göre zincirleme suç uygulaması değişmektedir. Çalışmada suçun ve zincirleme suçun unsurları doğrultusunda vergi kaçakçılığı suçlarındaki teori, uygulama ve uygulamadaki sorunlar ele alınacaktır. Ayrıca vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç hükümlerinin nasıl uygulandığı ve uygulamanın nasıl olması gerektiğine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

Abstract

In the Turkish tax system, acts that disrupt the orderly collection and follow-up of taxes, and that violate obligations related to tax evasion, are classified as either misdemeanors or criminal offenses. Among these, tax evasion offenses are the most frequently committed by taxpayers and thus most commonly encountered in practice. These offenses, along with their corresponding penalties, are regulated under Article 359 of the Tax Procedure Law. When specific legal conditions are met, the provisions on successive offenses may be applied to tax evasion crimes. However, various practical challenges have emerged in the implementation of these provisions. Although the 2022 amendment to the relevant article sought to address these issues, debates persist—particularly regarding the legal nature of tax evasion offenses. Specifically, it remains controversial whether these offenses are characterized as optional act offenses, and if so, whether the commission of multiple acts constitutes a single offense, or a plurality of offenses based on the number of acts committed. The applicability of successive offense provisions varies depending on the doctrinal perspective adopted on this matter. This study aims to examine the theoretical foundations, legislative framework, and practical challenges associated with tax evasion offenses within the context of the constituent elements of the crime and the concept of successive offenses. Furthermore, the paper will provide an analysis of how successive offense provisions are applied in practice and propose considerations for their appropriate implementation.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Vergi Hukuku Anabilim Dalı.

** Araştırma Görevlisi, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Vergi Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: YILMAZ FURTUNA, Elif/ ÖZGENÇ YILMAZ, Hanne, "Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç Uygulaması", İnÜHFD, 16(1), 2025, s.181-193. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Pursuant to Article 359 of the Tax Procedure Law, in cases where the relevant conditions are met, the provisions on successive offenses are applied to tax evasion, which constitutes one of the tax offenses. This article was amended by Article 5 of Law No. 7394, dated April 15, 2022, introducing an additional paragraph specifically addressing the application of successive offense provisions. This study explains the legal practice both before and after the said amendment.

Prior to the amendment, due to the absence of an explicit legislative provision, judicial practice was shaped by the jurisprudence of the Court of Cassation. The Court's earlier approach, which regarded the calendar year as a legal interruption, had been criticized in terms of criminal justice and the principle of proportionality. With the additional paragraph introduced by the amendment, the calendar year criterion was abandoned in determining the applicability of successive offense provisions to tax evasion offenses. The amendment aimed to resolve problems and eliminate criticisms concerning the application of successive offense provisions. However, it would not be accurate to claim that the problems and questions have been fully resolved. The core issue lies in the structural formulation of the tax evasion offenses. In light of these considerations, it is observed that unresolved issues and debates regarding the application of successive offenses in tax evasion cases persist, primarily due to the continued lack of clarity and comprehensive regulation in areas such as the implementation of tax law and the legal construction of the offense itself.

In the application of successive offenses to tax evasion offenses, the questions and problems largely stem from determining whether the conditions for successive offenses—same offense, the commission of the same offense at different times within the scope of a single criminal intent—are met. Therefore, these conditions should be examined in detail from the perspective of tax law and tax evasion offenses. In this context, the concept of the “same offense” is first addressed. In order to determine whether the provisions on successive offenses apply to tax evasion, it must be clarified whether tax evasion is an optional act offense; and if so, whether the commission of several of these acts constitutes a single offense or as many offenses as the number of acts performed.

The application of the successive offense doctrine varies depending on the accepted interpretation of these issues. The clarification of the nature of the tax evasion offenses are therefore essential to shaping how successive offense provisions are applied in such cases. Although attempts are made to deduce this from the structure of the article, the current version lacks sufficient clarity, making further legislative regulation necessary.

In this regard, the act element of the tax evasion offenses under Article 359 of the Tax Procedure Law has been analyzed. In our view, considering the structure and the fact that penalties are determined based on the severity of the conduct in each subparagraph, each subparagraph constitutes a separate offense. While one view in the doctrine considers all acts listed in the subparagraphs as alternative acts forming a single offense, another view—which we support—argues that each listed act constitutes an independent offense. In addition to explaining our adopted position, other doctrinal views and the reasons for our rejection and criticism of those views have also been discussed.

According to the view we support, the acts listed under each subparagraph constitute offenses with optional acts. Accordingly, when a perpetrator commits different acts listed within the same subparagraph at different times under the execution of a single criminal decision, a single offense should be considered, and one penalty should be imposed. However, if acts listed under different subparagraphs are committed at different times—even if under a single criminal decision—these should be treated as separate offenses, and the provisions on successive offenses would no longer apply. In such a case, two distinct offenses exist, and two separate penalties must be imposed.

Furthermore, the conditions for successive offenses—namely, commission at different times and under a single criminal intent—are also examined. Within this scope, examples are provided regarding situations considered to interrupt the continuity of the offense in tax law and tax evasion cases, as well as circumstances that cannot be regarded as part of a single criminal decision.

In conclusion, the study sets forth the application practices of the provisions on successive offenses in tax evasion crimes, both from the perspective adopted herein and in consideration of alternative views in the doctrine, addressing the legal issues that have arisen or may potentially arise. Additionally, the implementation of successive offense provisions in tax evasion cases has been examined in light of the jurisprudence of the Court of Cassation, criticisms directed at the current practice have been evaluated, and suggestions have been made as to how the application should be properly structured in accordance with the principles of criminal law.

I. GİRİŞ

Vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulamasınoktasında bir takım soru ve sorunlar bulunmaktadır. Bu sorunların ortadan kaldırılması amacıyla 15 Nisan 2022 tarihli 7394 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 359. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Söz konusu düzenleme ile kaçakçılık suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulaması 15 Nisan 2022 tarihi öncesi ve sonrası şeklinde takvim yılı uygulaması açısından farklılık göstermektedir. Çalışmada, Yargıtay'ın benimsemiş olduğu görüş, kanun metnindeki değişiklikler ve teorik tartışmalar ışığında vergi kaçakçılığı suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilirliği değerlendirilmiş ve tespit edilen soru/sorunlar ele alınmıştır.

II. ZİNCİRLEME SUÇ

A. Tanım ve Genel Açıklamalar

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) "Kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır." ifadesi ile kural olarak gerçek içtima benimsenmiştir. Birden çok suç işlemiş olmasına rağmen failin bu suçların hepsinden ayrı ayrı ceza verilmesi yerine tek suçtan ceza verilmesi durumunda ise suçların içtimaı söz konusu olmaktadır. TCK düzenlemeleri ışığında, suçların içtimaı kapsamında bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima kurumları bulunmaktadır. Zincirleme suç hükümleri, TCK'nın "Zincirleme Suç" başlıklı 43. maddesinde düzenlenmiştir. Zincirleme suçtan bahsedilebilmesi için, ilgili maddenin ilk fıkrası uyarınca, bir suç işleme kararı doğrultusunda aynı mağdura karşı, değişik zamanlarda, aynı suçun birden fazla defa işlenmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile; aynı suç, aynı kişiye karşı birden çok defa işlenmektedir. Bu açıklamalar ışığında, zincirleme suç hükümlerinin uygulandığı durumlarda hem birden çok fiil hem de birden çok suç bulunmaktadır ancak faile tek ceza verilmektedir.

Çalışmamızda zincirleme suç hükümlerinin vergi kaçakçılığı suçlarındaki uygulamaları ele alınacaktır. Kapsamı genişletmemek adına ilgili kuruma ilişkin temel açıklamalarda bulunulacak, ayrıntılı açıklamalara ve teorik tartışmalara bu bölümde yer verilmeyecektir. Bu kapsamda zincirleme suçun şartlarından kısaca bahsedilecektir.

B. Zincirleme Suçun Şartları

Zincirleme suç düzenlemesinin yer aldığı TCK'nın 43. maddesi uyarınca zincirleme suçun varlığı için; (i) Aynı suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi, (ii) Aynı suçların aynı kişiye karşı işlenmesi, (iii) Aynı suçun bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilmesi şartları aranmaktadır.

Zincirleme suçtan bahsedilebilmesi için ilk olarak her biri suç oluşturan birden çok fiil bulunmalıdır¹. Birden çok olan ve beraber değerlendirilen bu fiillerin aynı suçu oluşturmaları gerekmektedir. İlgili maddede suçun aynılığı şartı "*Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.*" şeklinde belirtilmiştir. Suçun aynılığından "kanunun aynı maddesini" anlamamak gerekir. Aynı suçtan anlaşılması gereken "aynı suç tipi" dir². Bir diğer ifadeyle, suçların ismi aynı ise aynı suçtan söz edilmektedir³. Suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması ise suçların isimlerini değiştirmediklerinden yine aynı suç sayılacağı için ve teşebbüs aşamasında kalmış suç için de zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Farklı suçlara sebep olan fiillerin varlığı durumunda ise gerçek içtima kuralı geçerli olacaktır.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için aynı suçun değişik zamanlarda işlenmesi gerekmektedir⁴. "Değişik zamanlarda" ifadesinden, "suçun tüm unsurları ile tamamlanmasının ardından diğer suçun işlenmesi" anlamının çıkartılması gerektiği belirtilmektedir⁵. İki suç arasındaki zamanın kısa ya da uzun olması "*bir suç işleme kararının icrası*"nın varlığının değerlendirmesine hizmet etmektedir. İki suç arasındaki zamanın kısa olması suç işleme kararında birlik olduğu, zamanın uzun olması ise suç işleme kararında birlik olmadığına karine oluşturmaktadır. İki suç arasında makul sayılamayacak uzunlukta zaman geçmesi, aynı suç işleme kararının ortadan kalktığını, oluşan fırsattan yararlanmak suretiyle suç işlendiğini göstermektedir. Diğer bir ifade ile, fırsattan yararlanma şeklinde suç işleniyorsa aynı suç işleme kararından bahsedilemeyecektir.

Suç işleme kararının aynılığı hususunda zaman açısından yapılan değerlendirmelerde hukuki ve fiili kesintileri de dikkate almak gerekmektedir. Suçlar arasındaki zaman değerlendirmesinde genel ve mutlak bir kuraldan bahsedilememektedir. Bu anlatılanlar ışığında, suç işleme kararının aynılığında; işlenen suçlar arasındaki zaman, olayın özellikleri, suçun işleniş biçimi, fiilin işlendiği yer gibi birçok hususun da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bir suç işleme kararı, failin fiilleri arasında sübjektif bağ olarak ifade edilmektedir. Failin sonraki fiilleri, önceki fiillerin devamı niteliğini taşıyorsa, önceden yapılan plana dayalı olarak aynı niyetle gerçekleşiyorsa fiiller arasında sübjektif bağlantının kurulduğu kabul edilmektedir. Bu durumda fiil bölünerek işlense de önceki hareketin devamı niteliğini devam ettirdiğinden fiiller arasında sübjektif bağlantı olduğu değerlendirilmektedir⁶.

¹ Hukuki anlamda çok sayıda fiilin varlığı gerekmektedir. Hareketlerin hukuki anlamda tek fiil oluşturduğu durumlarda birden çok fiilden bahsedilemeyecektir ve her fiil bağımsız olarak suç teşkil etmeyeceği için zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır.

² Ayniyet için korunan hukuki değer, tipikliğin maddi ve manevi unsurları açısından genel benzerlik gerekmektedir.

³ ÖZGENÇ, İzzet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s.685-688, dn.1255.

⁴ Pratikte aynı suçun aynı kişiye aynı zamanda birden fazla defa işlenmesi mümkün olmadığından kanundaki "... değişik zamanlarda bir kişiye karşı..." şeklindeki ifadenin gereksiz olduğu belirtilmiştir. Bkz. KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s.539.

⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.539.

⁶ Yargıtay CGK, 20.05.2014, E.2013/465, K.2014/276. DEMİREL, Muhammed/KARTAL, Melik: "The Conditions for the

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için aynı suç işleme kararı kapsamında birden çok defa işlenen suçların aynı kişiye karşı da işlenmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile, suçun mağdurunun aynı kişi olması gerekmektedir. İlgili maddede belirtildiği üzere suçun mağdurunun belli bir kişi olması şart değildir. Mağduru belli bir kişi olmayan, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda da zincirleme suçtan bahsedilebilir.

III. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA ZİNCİRLEME SUÇ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

A. Genel Açıklamalar

Kamunun finansman kaynaklarının başında gelen vergilerin kaçırılmasının engellenmesi için birtakım kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Vergilerin kaçırılmasına yönelik vergisel yükümlülüklerle aykırı fiiller haksızlık içeriğine göre kabahat veya suç olarak tanımlanmıştır. Vergi kaçakçılığı suçları, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) düzenlenmektedir. Suç oluşturan fiiller ilgili Kanunun 359. maddesinde beş kategoride düzenlenmiştir⁷. Fiillere bakıldığında; az vergi vermek, hiç vergi vermemek ya da suçtan elde edilen geliri ekonomiye dahil etmek amacıyla vergi kaçakçılığı suçlarının işlendiği söylenebilir.

Zincirleme suçun şartlarının sağlanması halinde vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmaktadır. Bu uygulama, VUK'taki açık düzenlemeye dayandığı gibi TCK'nın 5. maddesine de dayanmaktadır. Zira vergi kaçakçılık suçlarının düzenlendiği 359. maddede "Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanunu'nun 43'üncü maddesi uygulanır." denilerek şartların oluşmasıyla zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak bu düzenleme olmasaydı da TCK'nın 5. maddesi uyarınca zincirleme suç hükümlerinin, VUK'ta yer alan vergi suçlarında da uygulanabileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Zira TCK'nın 5. maddesindeki "Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır." ifadesi de zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilirliği açısından kanuni dayanak oluşturmaktadır. TCK'nın genel kanun olması ve kurumun uygulanamayacağı suç tiplerinin sayma suretiyle belirlenmiş olması nedeniyle zincirleme suç hükümleri, vergi suçlarında da uygulanabilecektir⁸.

Zincirleme suç hükümleri vergi suçlarında uygulanmakla birlikte özellikle vergi kaçakçılığı suçlarında farklı uygulamalara ve teorik tartışmalara neden olmuştur. Çalışmanın bu bölümünde teori ve uygulamadaki tartışmalar ışığında zincirleme suçun şartları doğrultusunda vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ve tespit edilen soru/sorunlar ele alınacaktır. Belirtilen hususlar ışığında kaçakçılık suçu açısından tespit edilen soru ve sorunlar ele alınacaktır.

15 Nisan 2022'de yayınlanan 7394 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile VUK'un 359. maddesine vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç hükümlerinin takvim yılı açısından nasıl uygulanacağına ilişkin fıkra eklenmiştir. Bu düzenleme ile zincirleme suçun şartlarından biri olan "farklı zamanlarda işleme" şartının vergi kaçakçılığı suçları açısından ne ifade ettiği açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Söz konusu düzenleme, Yargıtay'ın o zamana kadar benimsemiş olduğu görüşün aksi bir uygulamaya işaret etmektedir. Bu nedenle, değişiklik öncesi ve sonrası Yargıtay uygulaması birbirinden farklıdır. Bu doğrultuda, çalışmada vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulaması hususu 15 Nisan 2022 tarihi öncesi ve sonrası şeklinde ele alınacaktır.

B. 7394 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Öncesi Uygulama

2022 tarihli değişiklik öncesinde zincirleme suç uygulamasında Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun (YCGK) E. 2002/28, K.2002/179, 05.03.2002 tarihli içtihadı esas alınmaktaydı. İlgili karara konu olay, sanığın 1998 ve 1999 yıllarına ait⁹ sahte faturaları katma değer vergisi (KDV) indiriminde kullanması nedeniyle sahte fatura kullanmaktan dolayı hakkında açılan davadan oluşmaktadır.

KDV'nin her ay tarh ettirilmesi gereken bir vergi olması sebebi ile kararda;

(i) beyanname verilmesinin aynı suç işleme kararını kesintiye uğratarak uğratmadığı,

(ii) tarh döneminin esas alınması nedeniyle sahte fatura kullanma fiillerinin aynı suçu oluşturup oluşturmadığı,

(iii) ayrı suçlar olması durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmiştir.

Kararın geçmiş yıllara ilişkin olması nedeniyle vergi kaçakçılığı suçları açısından yapılan kanun değişikliklerinin de kısaca belirtilmesi uygun olacaktır. 01.01.1999 öncesi dönemde, vergi kaçakçılığı suçlarında kasten vergi kaybına sebep olunması şartı aranmaktaydı. Örneğin, sahte faturanın düzenlenmesi ve kullanılmasıyla suç oluşmasından bahsedilebilmesi için bu faturanın deftere kaydedilmesi, beyan edilmesi ve bu belgenin vergi idaresince vergi tarhında esas alınması sonucunda verginin kayba uğratılmış olması gerekmektedir. Bu nedenle, bir takvim yılı içinde defaatle sahte fatura düzenlense ya da kullanılsa da gelir ve kurumlar vergisi beyannamelerinin yılda bir kez, takvim yılı sonunda verilmeleri ve bu beyannameler üzerinden ödenecek verginin hesaplanması dolayısıyla tek suç oluşmaktaydı.

Application of Successive Crime in the Turkish Criminal Code", İstanbul Hukuk Mecmuası, 77(1), 2019, s.459.

⁷ Vergi kaçakçılığı suçlarını oluşturan fiiller diğer bir ifade ile hareket unsuru çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁸ TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrasında da zincirleme suç hükümlerinin "kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma" suçlarında uygulanmayacağı ayrıca belirtilmiştir.

⁹ 25.5.1998, 4-10-26.8.1998, 2.9.1998, 14.12.1998 ve 10-14.1.1999 tarihli sahte faturaları katma değer vergisi indiriminde kullanmıştır.

22.07.1998 tarih 4369 sayılı Kanun ile 359. maddede değişiklik yapılmış ve vergi kaçakçılığı suçlarında “vergi kaybının oluşması” suçun unsuru olmaktan çıkarılmıştır. Böylece vergi kaçakçılığı suçları “zarar suçu” olma niteliğini kaybetmiştir. İlgili değişiklik ile söz konusu suçlar “tehlike suçu” olarak düzenlenmiştir ve günümüzde de bu şekildedir.¹⁰ Bu değişiklikte beraber, bir hesap dönemi veya vergilendirme döneminde¹¹ birden fazla sahte fatura kullanılmasında ve/veya düzenlenmesinde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanacaksa nasıl uygulanacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Bu sorunun aşılmasında suçun oluşum anının belirlenmesi önem arz etmektedir. Söz konusu karara konu olayda mercilerin çözüm yolları ise şu şekildedir:

İlgili yıllar ve aylara ilişkin olarak düzenlenen sahte faturaların KDV indiriminde kullanılması fiili ilk derece mahkemesince tek suç sayılarak tek ceza verilmiştir.

Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin E.2001/10014, K.2001/10773, T.21.11.2001 kararında, tarh dönemleri sonunda beyanname vermek suretiyle o döneme ait işlemlerin kapandığı ve daha sonraki dönemlerdeki fiiller yeni fiiller kabul ederek birbirinden ayrı ve bağımsız yeni suçların işlendiği belirtilmiştir. Diğer bir ifade ile, beyanname verilmesi kesinti olarak kabul edilmiştir. Yargıtay 11. Ceza Dairesi, her tarh dönemine ilişkin fiillerin ayrı suçları oluşturduğunu ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağını kabul ederek yerel mahkemenin tek suç kabulü dolayısıyla belirlediği tek cezanın isabetsiz olduğuna karar vermiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı söz konusu karara itiraz etmiş, KDV için “zincirleme suç hükümleri uygulanmadan her ay için ayrı suç olarak değerlendirilerek ceza uygulamasının” ceza adaleti açısından kabul edilemez olduğunu belirtmiştir. İtirazda ayrıca, beyanname verilmesinin kesinti sayılmaması, kesintide takvim yılının esas alınması gerektiği de ifade edilmiştir¹².

YCGK ilgili kararda;

- vergi kaçakçılığı suçunda sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma fiili açısından suçun oluşumunda vergilendirme/tarh döneminin esas alınmasının farklı uygulamalara ve içtima kuralıyla birlikte adaletsizliğe yol açacağı,
- suçların oluşumu bakımından hesap dönemi-takvim yılının esas alındığı, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma fiilinde hesap dönemi/takvim yılının esas alınmasıyla içtima kuralının uygulanmasının kanuna aykırı olamayacağı,
- ancak hukuki kesintilerin olup olmadığına ayrıca bakılması gerektiği, takvim yılı süresince tekrar eden ihlaller açısından cezanın ağırlaştırılması gerektiği

belirtilmiştir.

YCGK, bu belirlemeler ışığında, 1998 ve 1999 yılları için “iki ayrı sahte fatura kullanma suçundan cezalandırılması gerektiğinden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne” şeklinde karar vermiştir. 05.03.2002 tarihli YCGK kararı çerçevesinde şekillenen zincirleme suç uygulamasında suç işleme kararında birlik ve farklı zamanlarda işlenme şartları açısından takvim yılı esası benimsenmişti. Takvim yılı hukuki kesinti olarak kabul edilmekte, tekrar tekrar işlenen suç, her bir takvim yılı içerisinde ceza arttırılmak suretiyle tek bir suç sayılmaktaydı.

C. 7394 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Sonrası Uygulama

05.03.2002 tarihli YCGK kararı çerçevesinde şekillenen zincirleme suç uygulaması ağır sonuçlara neden olmakta ve bu sonuç eleştirilmekteydi. Bu noktada 15.04.2022 tarihli 7394 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme, kaçakçılık suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması açısından esaslı değişikliğe neden olmuştur. İlgili Kanun ile VUK 359. maddeye “Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 43 üncü maddesi uygulanır.” fıkrası eklenmiştir. Söz konusu düzenleme ceza adaletinde hizmet etmekte ve sanık lehine bir düzenleme olarak kabul edilmektedir. Aynı zamanda TCK ve diğer özel ceza yasaları kapsamındaki suçlar ile vergi kaçakçılığı suçları arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulamasında ceza adaleti açısından hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkması önlenmiştir¹³.

Yeni düzenlemeyle vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç uygulamasında takvim yılının hukuki kesinti sayılacağına ilişkin uygulama değişmiştir. İlgili YCGK kararıyla şekillenen “bir takvim yılı/hesap dönemi içerisinde aynı suç işleme iradesi ile, aynı suç birden fazla kez işlendiğinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği, aynı suçun farklı takvim yıllarında işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı” şeklindeki uygulama hükümsüz kalmıştır. Mevcut düzenleme uyarınca; birden fazla takvim yılı/vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenen aynı suçlar için zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

¹⁰ VUK 359. madde, (a-1) “...defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,...” fiili için vergi kaybı aranıp aranmadığı hususunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Kanaatimizce, burada vurgulanmak istenen şey vergi kaybı aranması değil, başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kayıt işleminin önem arz edecek seviyede ve hatta matrah azaltımına sebep olunacak nitelikte olması gerektiğidir. Aynı yönde görüş için bkz. TAŞKAN, Yusuf Ziya: Vergi Hukuku Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi, 7.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s.217-218.

¹¹ Hesap dönemi VUK’un 174. maddesi uyarınca kural olarak takvim yılıdır. Ancak mükellefler özel dönemler de belirleyebilirler. Vergilendirme dönemi ise VUK’ta düzenlenmemiştir ve vergiye tabi unsurların hangi aralıklarla vergilendirilmesi gerektiğini ifade eden bir terimdir. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında hesap dönemi ve vergilendirme dönemine ilişkin ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır.

¹² Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 04.01.2002 gün ve 135878 sayılı itirazı.

¹³ ÜMIT, Ceyda: “Vergi Ceza Hukukunda Sahte Belge Düzenleme ve Sahte Belge Kullanma Suçlarına İlişkin Sorunlar ve Çözümleri”, Hacettepe HFD, 11(1), 2021, s.380-385.

Vergi kaçakçılığı suçlarında mağdur, korunan hukuki değer sahibi olan, defter, belge ve kayıtlara güven duyan herkes/toplumu oluşturan herkeştir¹⁴. TCK'nın 43. maddesinin ilk fıkrasının son cümlesi uyarınca; mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanmaktadır. Bu doğrultuda, mağdur belli bir kişi olmayıp toplumu oluşturan herkesin mağdur sayıldığı vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

Değişiklik sonrasında vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç uygulamasında bir suç işleme kararının icrası ve farklı zamanlarda işleme şartlarının ayrıntılı olarak ele alınması gerekmektedir. Zincirleme suçun diğer şartları ise 2022 değişikliği öncesindeki uygulamayla aynıdır.

“Aynı suç”tan ve “değişik zamanlar”dan ne anlaşılması gerektiği ve “suç işleme kararının aynılığı” hususunun ne ifade ettiği çözümlenmesi gereken hukuki meseleler başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Tekrara düşmemek adına yeni düzenleme ile ilgili şartların uygulanmasında değişiklik olduğunu ifade etmekle yetiniyoruz.

IV. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ MESELELER ve DEĞERLENDİRMELERİMİZ

7394 sayılı Kanun ile VUK 359. maddeye getirilen ek fıkra sonrasında vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç uygulanmasına yönelik kural getirilmiş olmakla birlikte, bu kuralın sorulara ve sorunlara tam anlamıyla çözüm olduğunu söylemek mümkün değildir. İlgili ek fıkra ile, kaçakçılık suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması açısından takvim yılı uygulaması terk edilmiş ve tartışmaların bir kısmı çözümlenmiştir. Ancak, vergi hukukunun uygulaması, vergi kaçakçılığı suçlarının düzenleme şekli vb. hususlarda henüz kanuni düzenleme ile belirsizlikler/tartışmalar sonuçlandırılmadığı için vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulamasına ilişkin tartışılması ve çözümlenmesi gereken sorunlar varlığını korumaktadır¹⁵.

Vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suçun şartlarından olan (i) aynı suçun işlenmesi, (ii) suçun farklı zamanlarda işlenmesi ve (iii) suç işleme kararının aynılığı hususlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu doğrultuda çalışmada belirtilen hususlar incelenecektir. Ayrıca farklı vergi türleri açısından zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilirliği de değerlendirilecektir.

A. Aynı Suçun İşlenmesi

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesinin şartlarından biri de birden çok olan ve beraber değerlendirilen fiillerin aynı suçu oluşturmaları gerekliliğidir. Diğer bir ifade ile, aynı suç tipinin işlenmiş olması gerekmektedir. Zincirleme suç hükümlerinin uygulamasında aranan “fiillerin aynı suçu oluşturmaları” şartının vergi kaçakçılığındaki karşılığı kolayca ifade edilememektedir. Aynı suç değerlendirmesinin yapılabilmesi için vergi kaçakçılığı suçu/suçlarının hareket unsuruna bakmak gerekmektedir. Hareket unsuru, VUK'un “Kaçakçılık Suçları ve Cezaları” başlıklı 359. maddede “a (a-1 ve a-2), b, c, ç, d olmak üzere 5 grupta sayılmıştır. Bu gruplandırmanın konuya ilişkin ve aynı ağırlıkta fiiller esas alınarak yapıldığı düşünülmektedir.

Öğretide farklı görüşler olmakla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre, vergi kaçakçılığı suçlarının seçimlik hareketli bir suç olduğu kabul edilmektedir. Bu görüş kapsamında seçimlik hareketlerin neler olduğu noktasında da görüş birliği bulunmamaktadır. Görüşler ve gerekçelerine ilişkin açıklamalardan önce vergi kaçakçılığı suçu fiilleri ve suç konuları açıklanacaktır.

VUK 359. maddede a-1 deki fiiller; defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapmak, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açmak veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetmektir; a-2'deki fiiller ise defter, kayıt ve belgeleri tahrif etmek veya gizlemek veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeleri kullanmaktır.

b bendindeki fiiller, vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok etmek veya defter sahiplerini yok ederek yerine başka yapraklar koymak veya hiç yaprak koymamak veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak şeklinde sıralanmıştır. Ağırlıkları farklı olmakla birlikte a ve b bentlerinde sayılan fiillerin vergi idaresinin bilgiye ulaşma yollarının engellenmesine ilişkin oldukları görülmektedir. B bendinde sayılan fiiller vergi idaresinin bilgiye ulaşmasını engellerken; a bendindeki fiiller bilgiye ulaşma yollarını ortadan kaldırmaktadır¹⁶.

¹⁴ Öğretide, vergi idaresinin mağdur olduğu da belirtilmiştir. Bkz. TAŞTAN, Mehmet: Vergi Kaçakçılığı Suçları, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.83-84.

Ancak Türk hukuk sistemi açısından suçun mağduru sadece gerçek kişiler olabileceğinden devlet, hazine ve kamu idarelerinin suçtan zarar gören olduğu düşünülmektedir. Vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suçun şartlarından olan “suçun aynı kişiye karşı işlenmesi” açısından değerlendirdiğimizde de; mağdur gerçek kişidir ancak belli bir kişi olmayıp toplumun oluşturan herkeştir. Mağdur-suçtan zarar gören ayrımına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖZGENÇ, s. 227-230.

¹⁵ Öğretide düzenlemenin yazımının doğru olmadığı ve mevcut halinden kaçakçılık suçunun aynı takvim yılı veya aynı vergilendirme döneminde işlenmesi halinde birden fazla fiil ve zincirleme suç değil, tek fiil ve tek suçun bulunduğu sonucu çıktığı belirtilmiştir. Zincirleme suç hükümlerinin hem farklı hem de aynı takvim yılı veya vergilendirme döneminde uygulanması istenseydi düzenlemenin “aynı veya farklı takvim yılı veya vergilendirme dönemi olsa bile bir suç işleme kararıyla gerçekleştirilmesi şartıyla zincirleme suç kuralları uygulanır” şeklinde yapılmasının doğru olduğu belirtilmiştir. Bkz. AKBULUT, Berrin: “Sahte Belge Düzenlemek veya Kullanmak Suretiyle Vergi Kaçakçılığı Suçu (VUK m. 359/b)”, Adalet Dergisi, (71), 2023, s.683vd.; AKBULUT, Berrin: “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç” (Zincirleme Suç), SÜHFD, 32(4), 2024, s.2714.

¹⁶ CANDAN, Turgut: Vergi Suçları ve Cezaları, 3. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2010, s.61,123.

c bendindeki fiiller ise, Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basmak veya bilerek kullanmaktır. İlgili fiiller, sistemin sorunsuz işleyebilmesini sağlayan belge düzeninin bozulmasına sebep olmaktadır. Söz konusu fıkra ile suça aracı olan belgelerin basımının kontrol altına alınması amaçlanmaktadır¹⁷.

ç bendi ise, Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilmediği halde, ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldırmak, donanım veya yazılımını değiştirmek veya yetkilendirilmiş olsun ya da olmasın ödeme kaydedici cihazın hafıza birimlerine, elektronik devre elemanlarına veya harici donanım veya yazılımlarla olan bağlantı sistemine ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemlere fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale etmek; gerçekleştirilen satışlara ait mali belge veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasını engellemek, cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştirmek veya silmek, ödeme kaydedici cihaz veya bağlantılı diğer donanım ve sistemler ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemler tarafından Hazine ve Maliye Bakanlığı veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önlemek veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesine sebebiyet vermektir. Bu fiillerin de teknolojik cihazlar kullanılarak kaydedilen belgelerin düzenine ilişkin olduğu görülmektedir.

2024 tarihinde yürürlüğe giren d bendinde ise özellikli bir ürün grubu için belge düzenine ilişkin fiiller sıralanmıştır. Bu fiiller, 03.01.2002 tarihli ve 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun ile düzenlenen piyasalarda, Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetki verilip verilmediğine bakılmaksızın, mükerrer 257. maddenin birinci fıkrasının (6) numaralı bendi kapsamında vergi güvenliğini sağlamak amacıyla kullanılmasına zorunluluk getirilen özel etiket ve işaretlerle ürünlerin etiketlenmesi veya işaretlenmesi ve etiketlenen veya işaretlenen ürün bilgilerinin kurulan veri merkezine aktarılmasını sağlayan sisteme fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale etmek ve Hazine ve Maliye Bakanlığınca elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önlemek veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesini sağlamaktır.

İlgili maddede suçun konusuna göre 5 grup halinde düzenlenen bu fiiller için ağırlıkları esas alınarak farklı cezalar öngörülmüştür. a bendi altında sayılan fiiller içi 18 aydan 3 yıla; c bendi için 2 yıldan 8 yıla; b, ç ve d bentleri için ise 3 yıldan 8 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür.

Bu açıklamalar ışığında, vergi kaçakçılığı suçlarını oluşturan hareketlerden birkaçının yapılması halinde tek suç mu, yoksa hareket sayısına suç mu oluşacağı konusu tartışmalıdır. İlgili suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu kabul edildiğinde, maddedeki seçimlik hareketlerin sınıflandırılması hususunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden her biri zincirleme suç uygulaması açısından farklı sonuçlara yol açmaktadır. Vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç uygulamasının bu görüşler doğrultusunda incelemesi yapılacaktır.

Öğretide bir görüş, 5 bent halinde düzenlenen bu fiillerin tamamının seçimlik hareketler olduğunu savunmaktadır. Kaçakçılık suçunun seçimlik hareketli bir suç olduğunu kabul etmekte ve maddede belirtilen birden fazla hareketin yapılması halinde tek suç oluşturduğunu söylemektedir¹⁸. Bu görüşe göre; farklı miktarda cezaların öngörüldüğü bentlerdeki fiillerden birkaçının işlenmiş olması halinde tek suç olduğu kabul edilmeli ve tek cezası verilmelidir. Ancak bu durum temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Bentlerde farklı cezalar öngörülmüş olması nedeniyle, mümkün ise, içtima/birleşme hükümleri uygulanarak ağır olan cezaya hükmedilmelidir¹⁹. Örneğin; muhasebe hileleri yapan (359/a-1), (çok sayıda) sahte belge düzenleyen (359/b) ve ödeme kaydedici cihazın donanımına müdahale(ler) eden (359/ç) faile tek ceza verilecektir.

VUK'un 359. maddesinde sayılan fiillerin tamamının seçimlik hareket olduğu ve tüm maddenin tek bir suç olarak kabul edilmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Söz konusu görüşe göre; -yukarıda örnekte de ifade edildiği gibi- farklı cezaların öngörüldüğü farklı bentlerdeki fiillerle vergi kaçakçılığı suçunun işlenmesi durumunda faile tek bir ceza verilmelidir. Aşağıda yer alan ayrıntılı açıklamalarımızla birlikte VUK 359. maddenin “Kaçakçılık Suçları ve Cezaları” başlığından da anlaşılacağı üzere ilgili maddede birden fazla kaçakçılık suçu ve cezası düzenlendiği düşünülmektedir²⁰. Bu noktada, 7394 sayılı kanun ile istisnai bir düzenleme getirildiğini savunan görüşe de değinmekte fayda vardır. Bu görüşe göre; VUK 359. maddede bentler doğrultusunda fiillerin niteliği ve ağırlıklarına göre farklı suçlar düzenlenmiş ancak istisnai olarak bu bentlerde tanımlanan fiillerin aynı suç işleme kararıyla birden fazla gerçekleştirilmesi halinde zincirleme suç kurallarının uygulanması gerekmektedir²¹.

¹⁷ ŞENYÜZ, Doğan: Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 9. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2016, s.400.

¹⁸ KIZILOĞ, Şükrü/ KIZILOĞ, Zuhâl: Vergi, Ticaret ve Ceza Hukuku Yönünden Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları, Yaklaşım Yayıncılık, 2009, s.473.; KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 433.; MUTLUER, M. Kamil/DAYANÇ KUZAYLI, N. Nilay: Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.228.; ERMAN, Sahir: Vergi Suçları, İstanbul Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi, İstanbul 1988, s.51.; ŞENYÜZ, s.380vd.

¹⁹ KARAKOÇ, s.433.

²⁰ ARSLAN, Çetin/ERDOĞAN, Yağmur Müge: “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç”, in Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhur/Turhan, Faruk (ed.), 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Cilt 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 1070.; ÖZCAN, Onur: Vergi Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.134, 259

²¹ SARIKOĞLU, Şenel/ŞİŞMAN, Gülden: “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç” Mali Hukuk Dergisi, 19(220), 2023, s.639-640.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise, her bendin kendi içerisinde seçimlik hareketler barındırdığı ve farklı cezalar öngörülerek bentler kapsamında bağımsız suçları düzenlendiği şeklindedir²². Seçimlik hareketli suçtan bahsedilebilmesi için seçimlik hareketlerin aynı konuya ilişkin olması gerekmektedir²³. Bu gereklilik doğrultusunda ilgili maddedeki suç konuları şu şekildedir:

(I) a ve b bentlerinde, vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan vergiyi doğuran olaya ilişkin belge(ler)dir.

(II) c bendinde Hazine ve Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgelerdir.

(III) ç bendinde ödeme kaydedici cihazlar, elektronik kontrol ve denetim sistemleri ve ilgili diğer sistemlerdir.

(IV) d bendinde maddi konu ise, vergi güvenliğini sağlamak amacıyla kullanılmasına zorunluluk getirilen özel etiket ve işaretlerle ürünlerin etiketlenmesini/işaretlenmesini ve etiketlenen/işaretlenen ürün bilgilerinin kurulan veri merkezine aktarılmasını sağlayan sistemdir.

Bentlerde sayılan fiiller, suç konusunun yanı sıra ağırlıkları açısından da sınıflandırılmıştır. a bendinde vergi idaresinin ödenmesi gereken vergiye ulaşmasını zorlaştıran fiiller; b bendinde ise gerçeğe ulaşmayı ortadan kaldırmaya yönelik fiiller sayılmıştır. Fiillerin sonucunun ağırlıkları doğrultusunda da cezalar tayin edilmiştir.

Suç konusu fiillerin ağırlığı-niteliği ve özellikli alanları doğrultusunda bentler özelinde farklı suç tiplerinin düzenlendiği kabul edilmektedir. Ayrıca, VUK 337. maddede vergi ziyayı ve usulsüzlük kabahatlerinde fiil ayrılığının kabul edildiği ve ayrı fiillerle bu kabahatlerin işlenmesi durumunda ayrı ayrı ceza kesileceğinin belirtilmesi referans gösterilerek VUK 359. maddede de bu ilkenin benimsenmesinin doğru olduğu savunulmaktadır²⁴.

Yukarı da belirttiğimiz üzere, seçimlik hareketlerin belirlenmesi pratikte zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında ortaya çıkmaktadır. Bizim de katıldığımız, bentlerin ayrı ayrı suçlar olduğu şeklindeki görüşün kabulü halinde, aynı bentte düzenlenen seçimlik fiiller bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanda gerçekleştirildiğinde zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır²⁵. Örneğin, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, muhasebe hileleri yapan ve daha sonra defter, kayıt ve belgeleri ibraz etmemek suretiyle gizleyen fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Ancak farklı bentlerdeki fiillerin işlenmesi durumunda ise farklı suçlar meydana geleceğinden gerçek içtima kuralı geçerlidir²⁶. Bu durumda, fiil sayısı kadar suç oluşacaktır, zincirleme suçu hükümleri uygulanmayacaktır²⁷. Ekleme gerekir ki; bentleri kendi içinde değerlendirerek aynı konuya ilişkin fiillerin seçimlik hareketli olduğu ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği şeklinde bir değerlendirme de mevcuttur²⁸. Ayrıca maddedeki alt bentleri de (a-1 ve a-2) kendi içinde seçimlik kabul eden bir görüş daha vardır²⁹. a1-a2 bentlerinde sayılan fiillere baktığımızda, konunun aynı olması, fiillerin tahrifat oluşturma ve mevcut durumu farklı göstererek yanıltma amacı taşıma şeklinde benzerlik göstermeleri, fiillerin ağırlıklarının benzer olması ve aynı cezanın öngörülmüş olması nedenleriyle; diğer bir ifade ile, kanunun lafzı ve ruhunu beraber değerlendirdiğimizde bu görüşe katılmamaktayız.

Bir diğer görüş ise, “aynı suç” kriterini “aynı hareket” şeklinde dar yorumlayarak kaçakçılık suçu fiilleri olarak sayılan tüm hareketlerin ayrı bir suçu oluşturduğunu savunmaktadır³⁰, ³¹. Yargıtay da kararlarında belirttiği gibi, her fiilin ayrı ve bağımsız suçları oluşturduğu görüşünü benimsemiştir³². Bu görüş, özellikle sahte belge düzenleme ve kullanma fiilleri açısından uygulamada karşılık bulmaktadır. Bir kararında³³

“Sahte fatura düzenleme ve sahte fatura kullanma suçları birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olup, biri diğerinin unsuru olmadığı gibi bu suçların birbirine dönüşmeyeceği ve her takvim yılında işlenen sahte fatura düzenleme ile sahte fatura kullanma suçlarının ayrı suçlar olduğu, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı takvim yılında işlenen sahte fatura düzenleme ve kullanma suçları açısından ayrı ayrı zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki yerleşik içtihatlarımız nedeniyle ...”

²² ARSLAN/ERDOĞAN, s.1070; ÖZCAN, s.134, 259, 262.; ÖZEN, Mustafa: 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s.124-125, 130.; BAYAR, İbrahim Nihat: Vergi Kaçakçılığı, 1. Baskı, Mali Akademi Yayınları, Ankara, 2013.; SANCAR, Yalçın Tükan: “Yeni Türk Ceza Kanununda Zincirleme Suç,” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 20(70), 2007, s.250.; AKBULUT, Zincirleme Suç, s. 2706.

²³ ÖZGENÇ, s. 189; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s.123

²⁴ MUTLUER/ DAYANÇ KUZAYLI, s.228.

²⁵ AKBULUT, Zincirleme Suç s.2723.

²⁶ AKBULUT, Zincirleme Suç, s.2730.

²⁷ ARSLAN/ERDOĞAN, s.1071.

²⁸ NARTER, Recep/SARICAOĞLU, Ercan: “Türk Vergi Hukukunda Vergi Kabahatlerinde ve Suçlarında İçtima”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1-2), 2013, s.90-91.

²⁹ ŞENYÜZ, s.380. s. 359.

³⁰ TAŞTAN, s.435 vd.; UĞUR, Hüsamettin/ELİBOL, Mert: Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.288 vd.; YILDIZ, Ferhat: Yargıtay Kararları Işığında Belgede Sahtecilik ve Vergi Kaçakçılığı Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.134-135.

³¹ YCGK kararının karşı görüşünde “Vergi kaçakçılığı suçlarını yaptırma bağlayan 213 sayılı Kanun’un tartışmaya konu 359 uncu maddesinin (b) fıkrasındaki yasa metni dikkate alındığında; aynı maddenin aynı fıkrasında seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlendiği hususu duraksamaya yer vermeyecek kadar açıktır. Vergi mevzuatımızda bu seçimlik hareketlerin ayrı suçlar olduğuna dair veya böyle bir sonuç çıkarmamıza neden olacak tek kelimelik dahi yasal düzenleme mevcut değildir.” şeklinde belirtildiği üzere, ilgili madde de düzenlenen fiillerin ayrı suçlar oluşturduğuna ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

³² Yargıtay 11.CD., 24.02.2014, E.2013/17365, K.2014/3266.

³³ Yargıtay 11. CD., 25.11.2021, E.2021/11213, K.2021/10936.

şeklinde belirttiği üzere, Yargıtay'ın yerleşik içtihadı, sahte belge “düzenleme” ve “kullanma” fiillerinin de ayrı suçlar oluşturduğu şeklindeydi³⁴. Yargıtay'ın bu uygulaması, bentlerin ayrı suçlar olduğu, bentlerde sayılan fiillerin seçimlik olduğu şeklindeki kabul ettiğimiz görüşe göre mükerrer cezalandırma sorununa neden olmaktaydı.

Söz konusu fiillerle suç işlenmesi durumunda mükerrer cezalandırmayı ortadan kaldırmak açısından “fail” temelli yaklaşım benimsenmesi yerinde olacaktır³⁵. Örneğin, sahte belgeyi hem düzenleyen hem de kullanan kişi için tek suçtan ceza verilmelidir. Bu durumda iki suç değil; tek suç oluşacaktır. Ancak sahte belgeyi bir kişi düzenler, başka bir kişi de kullanırsa bu durumda iki fail ve iki suç söz konusudur³⁶. Bir kişi, hem sahte belge düzenler hem de başkasının düzenlediği sahte belgeyi kullanırsa -zincirleme suçun diğer şartlarının da sağlanması halinde- zincirleme suç hükümleri uygulanabilir³⁷. Ancak bir kişi, beyannamesinde kendi düzenlediği sahte belgelerle beraber başkasının düzenlediği sahte belgeleri de kullanırsa ilgili kişi için tek suçtan bahsedilir³⁸. Kanaatimizce düzenleme ve kullanma fiilleri seçimlik hareketlerdir. Nitekim bu değerlendirme, bentlerin kendi içinde seçimlik hareketler olduğu ve aynı suçu oluşturduğu şeklindeki görüşümüzü de desteklemektedir.

Yargıtay'ın “düzenleme” ve “kullanma” fiillerinin ayrı suçlar oluşturduğu şeklindeki kabulünden ayrıldığı, YCGK'nın yakın tarihli bir kararında da fail temelli bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. İlgili kararda

“Bu haliyle sahte belgeyi (sadece) düzenleyenle kullanan sanıkların farklı olması durumunda her ikisinin de cezalandırılmasını mümkün kılan normun, kendi düzenlediği sahte belgelerle birlikte başkası tarafından düzenlenen sahte belgeleri de kullanan sanığın, aynı fıkra kapsamında iki kez cezalandırılmasını emrettiğini söylemek, “maddi konunun ayniyeti” kavramını dar anlamda kabul edip normu geniş yorumlayarak, kanun metninin öngörmediği, kanun yazıcının amacını aşan, orantısız bir uygulamayı netice vermektedir.

Bu nedenlerle fail tarafından sahte belgelerin/faturaların doğrudan vergi kaçakçılığına matufen düzenlenmesinin yanı sıra, bir başkası tarafından aynı amaçla düzenlenen diğer sahte belgelerin/faturaların da vergi beyannamelerine müstenidat yapılarak kullanılması halinde, belgelerin tür, amaç ve işlevleri aynı olduğundan maddi konunun da aynı olduğunun, Buna bağlı olarak da; VUK'un 359. maddesinin b fıkrasında yer alan sahte belge düzenleme veya bu sahte belgeyi kullanma suretiyle işlenen vergi kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketli bir suç olması nedeniyle seçimlik hareketlerden birkaçı ya da hepsi icra edilmiş olsa dahi tek suç oluşacağının ancak bu durumun TCK'nın 61. maddesi gereğince temel cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulabileceğinin kabulü gerekir.”

Denilerek

“VUK'un 359. maddesinin b fıkrasında yer alan sahte belge düzenlemek veya sahte belgeyi kullanmak suretiyle işlenen vergi kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketli bir suç olması nedeniyle sanığın anılan fıkra gereğince sahte belgeyi kullanmak suçundan bir kez cezalandırılması ile yetinilmesi, seçimlik hareketlerden ikisinin de birlikte icra edilmiş olmasının TCK'nın 61. maddesi gereğince temel cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulması”

şeklinde karar verilmiştir³⁹.

Bahse konu karardaki açıklama ve değerlendirmeler ışığında, Yargıtay'ın, “kaçakçılık suçları ve cezaları” maddesindeki her fiili ayrı suç olarak kabul ettiğini ancak sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme ve kullanma suçlarının kendi içinde seçimlik hareketli suçlar oluşturduğunu kabul ettiğini söylemek mümkündür.

VUK 359. maddenin a ve b bentleri kapsamında, hem muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlenmesi/kullanılması hem de sahte belge düzenlenmesi/kullanılması durumunda iki farklı suç söz konusu olacaktır ve gerçek içtima kuralı geçerlidir. Ancak düzenlenen veya kullanılan belgelerin bir kısmı muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı, bir kısmı sahte ise TCK 44. madde kapsamında fikri içtima hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda, VUK 359. maddenin hem a hem de b bentlerindeki suçlar gerçekleştirilmiş olduğundan cezası daha ağır olan ilgili maddenin b fıkrası uyarınca ceza verilecektir⁴⁰. Fiillerin aynı suç

³⁴ Aynı yöndeki yargıtay kararları için bkz.

Yargıtay 11.CD., 07.02.2013, E.2010/17039, K.2013/1961.

Yargıtay 11.CD., 25.10.2013, E.2012/8230, K.2013/15401.

Yargıtay 11.CD., 10.04.2018, E.2016/3114, K.2018/3319.

Yargıtay 11.CD., 05.11.2020, E.2017/15618, K.2020/6553.

YCGK, 18.10.2022, E.2022/153, K.2022/641.

Aynı kabul, muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge “düzenleme” ve “kullanma” fiilleri için de geçerliydi. Konuya ilişkin örnek kararlar için bkz. Yargıtay 11.CD., 15.06.2011, E.2011/2801, K.2011/2729; Yargıtay 11.CD., 04.06.2013, E. 2012/3241, K. 2013/9319.

Sahte belge düzenleme suçunun oluşması belgenin kullanılması şartına bağlı olmadığından belgenin düzenlenmesiyle hareket tamamlanmıştır, düzenleme tek başına suç teşkil etmektedir. Sahte olarak düzenlenen belgenin kullanılması ayrı bir suç oluşturmaktadır. Bu yönde görüş için bkz. AYDOĞDU, F. İsmail Hakkı: Türkiye’de Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Cezası, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2009, s.93.

³⁵ Aynı yönde görüş için bkz. ARSLAN/ERDOĞAN, s. 1072.

³⁶ AKBULUT, s.675.

³⁷ ARSLAN/ERDOĞAN, s.1072. Öğretide bu durumda iki ayrı suçun olduğu ve ayrı suçlardan ceza verilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Bkz. DULDA, Ahmet Can: “Sahte Belge Düzenlemek veya Kullanmak Suretiyle Vergi Kaçakçılığı Suçunun İşlenmesi ve İçtima Bakımından Cezanın Belirlenmesine İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi: Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2022/153, K. 2022/641 Sayılı Kararı”, Karar İncelemeleri Dergisi, 2(2), 2024, s.76.

³⁸ AKBULUT, Zincirleme Suç, s.2726.

³⁹ YCGK, 02.10.2024, E. 2024/280, K. 2024/279.

⁴⁰ UĞUR/ELİBOL, s.429.

işleme kararının icrası kapsamında farklı takvim yıllarında, farklı tarihlerde, farklı mükellefler için düzenlenmiş olması önemli değildir⁴¹. Aynı suç işleme kararı kapsamında ilgili nitelikteki belgeler birden fazla kez düzenlenmiş ve/veya kullanılmışsa, her bir suç tipi için kendi içinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

Farklı vergi türleri için, aynı suç işleme kastı olmadan farklı zamanlarda VUK 359. maddedeki fiiller işlendiğinde farklı suçlar oluştuğu düşünülmektedir⁴². Bu durumda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Örneğin, bir sahte fatura hem KDV beyannamesinde hem de kurumlar vergisi beyannamesinde kullanıldığında iki farklı kullanım söz konusudur. Bu durumda farklı vergi kanunlarına aykırı davranılmış olduğundan iki farklı suç meydana gelmektedir.

Türk ceza hukukunda, aynı sahte belgenin birden fazla kez kullanılmış olması halinde, kullanma fiilinin birden fazla kez gerçekleşmiş olmasına rağmen suçun konusu aynı olduğu için resmi belgede sahtecilik suçunun bir defa işlendiği kabul edilmektedir. Kullanma fiilini vergi hukuku açısından değerlendirdiğimizde ise, aynı sahte belgenin farklı vergi türlerinde kullanılmasına ilişkin olarak öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgenin birden fazla vergi türünde kullanılmasında suçun konusunun aynı olması, suç olarak tanımlanan fiillerin aynı mükellefiyet çerçevesinde ve aynı kuruma karşı gerçekleştirilmesi sebebiyle tek bir vergi kaçakçılığı suçunun oluşacağı savunulmaktadır⁴³.

Vergi ödevlerinin ve sorumluluğunun mükellefiyet temelli olmasından yola çıkarak suç oluşumunda da mükellefiyet temelli bir yaklaşım kabul edilmektedir. Yaklaşımımız örnekler üzerinden açıklanacaktır. Örneğin, aynı kanuni temsilcinin farklı tüzel kişilik bünyesinde aynı sahte faturanın aynı ve/veya farklı vergi türleri için kullanması durumunda; ayrı suçlar söz konusu olup ilgili yöneticinin her bir tüzel kişilik bünyesindeki fiili bağımsız değerlendirilmelidir⁴⁴. Özetle; mükellefiyet, diğer bir anlatımla şirket sayısınca suç oluşacağının kabulü gerekir⁴⁵.

Mükellef, bir gerçek kişi olsa da farklı vergi türleri için ödev ve sorumlulukların da değişmesi göz önünde bulundurulduğunda farklı mükellefiyetlerin söz konusu olduğu düşünülmektedir. Bu görüş doğrultusunda, farklı vergi türlerinde farklı mükellefiyetler doğrultusunda suç sayılan hareketleri gerçekleştirmiş olacağından vergi sayısınca suç oluşacağı düşünülmektedir. Mükellef tüzel kişi açısından baktığımızda durum değişmemektedir.

Ancak “kişiliğin” aynı olması nedeniyle “mükellefiyetin” de aynı olduğu kabul edilse dahi, her vergi türü için beyanname verme dönemlerinin farklı olması ve kullanmanın farklı zamanlarda gerçekleşmesi nedeniyle, her vergi türü için daha az vergi ödeme/vergi kaçırma/matrak aşındırma kastının aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değerlendirilemeyeceği düşüncesindeyiz. Örneğin; X limited şirketi, aynı sahte faturayı hem kurumlar vergisi hem de KDV beyannamelerinde kullandığında iki suçun varlığından bahsedilecektir. Söz konusu şirket hem kurumlar vergisi hem de KDV mükellefiyetleri kapsamında beyannamelerini vermiştir. Bu vergilerin beyannamelerinin içerikleri ve vergi dairesine verilme tarihleri farklıdır.

B. Suçun Farklı Zamanlarda ve Aynı Kararın İcrası Kapsamında İşlenmesi

Yukarıda değinilen 05.03.2002 tarihli YCGK kararında vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması konusunda hesap dönemi-takvim yılının esas alındığı belirtilmiştir. Bu uygulama doğrultusunda, aynı takvim yılında işlenen suçlar bakımından tek suç işleme iradesi olduğunu kabul ederek zincirleme suç hükümleri uygulanabilir iken; farklı takvim yıllarında işlenen suçlar bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanmamaktaydı. Yargıtay, takvim yılını hukuki kesinti olarak kabul etmekteydi. 2022 tarihli değişiklikle Yargıtay’ın yerleşik içtihadı hükümsüz kalmıştır. Mevcut düzenleme uyarınca; birden fazla takvim yılı/vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenen aynı suçlar için zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

Zincirleme suçun şartlarından olan suçların farklı zamanlarda işlenip işlenmediği değerlendirmelerinin yapılabilmesi için hesap dönemi ve vergilendirme dönemi kavramlarını ele almak gerekmektedir.

Hesap dönemi VUK’un 174. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddede,

“Defterler hesap dönemi itibarıyla tutulur. Kayıtlar her hesap dönemi sonunda kapatılır ve ertesi dönem başında yeniden açılır. Hesap dönemi normal olarak takvim yılıdır. Şu kadar ki, takvim yılı dönemi faaliyet ve muamelelerinin mahiyetine uygun bulunmayanlar için, bunların müracaatı üzerine Maliye Bakanlığı 12 şer aylık özel hesap dönemleri belli edebilir. Yeniden işe başlama veya işi bırakma hallerinde, hesap dönemi içinde bir yıldan eksik olan faaliyet süresi, hesap dönemi sayılır. Bu maddeye göre özel hesap dönemi tayin edilenlerin ticarî ve zirai kazançları, hesap dönemlerinin kapandığı takvim yılının kazancı sayılır”

sekindedir. Madde hükmü uyarınca, kural olarak hesap döneminden bir takvim yılı anlaşılacakla beraber mükelleflere özel olarak dönemler de belirlenebilmektedir.

Vergilendirme dönemi ise, vergiye tabi unsurların hangi aralıklarla vergilendirilmesi gerektiğini ifade eden bir terim olup VUK’da tanımlanmamıştır. Vergi türlerini düzenleyen özel kanunlarda vergilendirme

⁴¹ 15.04.2022 tarihli 7394 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme öncesi döneme ilişkin kararlarda aynı takvim yılına ait olma şartı aranmaktadır.

⁴² KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku (Genel Vergi 2014), 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 565.

⁴³ ÖZCAN, s.268.; s. ŞENYÜZ, s.384; TAŞTAN, s.434.

⁴⁴ ÖZCAN, s.268-269.;

⁴⁵ ELİBOL/UGUR, s.429, dn.716; ŞENYÜZ, s.384.

dönemleri belirtilmiştir. Örneğin; GVK 108. maddede, “*Gelir Vergisinde vergilendirme dönemi, geçmiş takvim yılıdır...*”, KVK 16. maddede “*Kurumlar Vergisinde vergilendirme dönemi, hesap dönemidir. Kendilerine özel hesap dönemi tayin edilenlerin vergilendirme dönemi ise özel hesap dönemleridir. ...*”, KDVK 39. maddede

“1. *Katma Değer Vergisinde vergilendirme dönemi, faaliyet gösterilen takvim yılının üçer aylık dönemleridir. Ancak, Maliye ve Gümrük Bakanlığı mükelleflerin yıllık gayri safi hasılatlarına göre üç aylık vergilendirme dönemi yerine birer aylık vergilendirme dönemi tespit etmeye yetkilidir. ...*”, ÖTVK 14. maddede

“... *Vergilendirme dönemi; bu Kanuna ekli (I) sayılı listedeki mallar için her ayın ilk onbeş günlük birinci ve kalan günlerinden oluşan ikinci dönem, (III) ve (IV) sayılı listelerdeki mallar ile (II) sayılı listedeki mallardan kayıt ve tescile tâbi olmayanların tesliminde, faaliyette bulunulan takvim yılının birer aylık dönemleridir. ...*”

şeklinde belirlemeler yapılmıştır.

KDV 'de vergilendirme dönemi bir ay olduğu için bir takvim yılında on iki vergilendirme dönemi bulunmaktadır. İlgili kanun değişikliği öncesindeki zincirleme suç uygulamasına baktığımızda, vergilendirme döneminin hukuki kesinti kabul edilmesiyle, bir takvim yılı içerisinde her ay verilen beyannameler bir suç işleme kararının parçası kabul edilememekteydi. Bu kabul, KDV açısından ölçsüz, adaletsiz sonuçlara neden olmaktadır⁴⁶.

VUK'ta ya da başka herhangi bir kanunda, vergi kaçakçılığı suçları için her takvim yılının zincirleme suç bakımından ayrı değerlendirilmesi gerektiğini öngören, takvim yılının hukuki kesinti olarak kabul edilmesine yönelik bir düzenleme de bulunmamaktaydı⁴⁷. Yargıtay içtihadı ile şekillenen uygulamanın adaletsiz sonuçlara neden olması ve bu kabule ilişkin yasal düzenleme bulunmaması nedeniyle VUK 359. maddede “*Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanunu'nun 43'üncü maddesi uygulanır.*” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

2022 tarihli ilgili kanun değişikliğiyle soru ve sorunlar ortadan kaldırılmaya çalışılmışsa da aynı suç işleme kararının tespit edilmesi sorunu devam etmektedir. Aynı suç işleme kararından ne anlaşılması gerektiği tartışmalı bir konudur. Failin sonraki hareketi, öncesinin devamı niteliğini taşıyorsa ve fiiller arasında subjektif bağlantı varsa aynı suç işleme kararının kabulü söz konusudur⁴⁸. Failin önüne çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle fiillerini devam ettirmesi durumunda ise aynı suç işleme kararından bahsedilemez⁴⁹. Fiillerin işlenmesindeki benzerlik, zamansal yakınlığın yanı sıra hukuki ve/veya fiili kesinti olmaması da gerekmektedir⁵⁰. Fiiller arasında hukuki ve/veya fiili kesinti bulunması, suç işleme kararındaki birliği ortadan kaldıracaktır ve zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır. Kesinti sonrasındaki fiiller ayrı suçlar olarak kabul edilmektedir. Hukuki ve fiili kesinti hallerinde aynı suç işleme iradesi kesintiye uğradığından birden fazla suç söz konusu olmaktadır.

Suç işleme kararının ayrılığı açısından, işlenen suçlar arasında ne kadar zaman geçmesi gerektiği konusunda genel ve mutlak bir kural bulunmamaktadır. Kural olarak, ilk eylemle ikinci eylem arasında makul sayılamayacak kadar uzun bir sürenin geçmesi, ikinci eylemin önceki eylemin devamı olmadığını, bir plan doğrultusunda hareket edilmediğini, fırsattan yararlanmak amacıyla suç işlediğini gösterir. Ancak işlenen suçlar arasındaki zamanın kısa ya da uzun olması, bu suçların aynı ya da farklı suç işleme kararının etkisi altında işlendiğini veya işlenmediğini her zaman göstermemektedir⁵¹. Bu nedenle, somut olaylarda ilk suç zamanındaki genel niyete ve suç işleme konusundaki tek bir kararın olup olmadığına bakmak gerekir.

Suç işleme kararını kesintiye uğratan haller; fiiller arasında uzun zaman aralığının olmasının yanında failin fiiline ara vermesi, yakalanması, tutuklanması, askere gitmesi, uzun süreli tedavi görmesi gibi fiillerini devam ettirmesini engelleyecek durumlar olarak ifade edilebilir⁵². Hukuki kesinti halleri ise; iddianamenin kabul edilmesi, mahkûmiyet hükmü kurulması, af kanunu çıkması, şikâyetten vazgeçme üzerine verilen düşme kararı olarak belirtilmektedir⁵³. Ayrıca 15.04.2022 tarihli 7394 sayılı Kanun ile yapılan VUK 359. madde değişikliği öncesi dönemde vergi kaçakçılığı suçlarında takvim yılının geçmesi de hukuki kesinti olarak kabul edilmekteydi⁵⁴.

⁴⁶ TAŞTAN, s. 432. Cezaların ölçülülüğü açısından getirilen eleştiriler ve çözüm önerileri için bkz. KARAKOÇ, Yusuf: “Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme” (Değerlendirme), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12, 2012, s.16-17.; KARAKOÇ, Yusuf: “Vergi Ceza Hukukuna İlişkin Tesbit ve Öneriler” (Öneriler), Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Ankara 2020, Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020, s.341-342.

⁴⁷ ÜNAL, Ertuğrul, “Vergi Usul Kanununun 359'uncu Maddesinin b Fıkrasında Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu”, MÜHF-HAD, 27(2), 2021, s.1286.

⁴⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.542-544; ÖZGENÇ s.685-687, dn.1255.

⁴⁹ ÖZGENÇ s.685-687, dn.1255.

⁵⁰ YCGK, 03.12.2013, E.2012/1475, K.2013/577.

⁵¹ ÖZGENÇ, s.687, dn.1255.

⁵² YCGK, 19.03.2019, E.2016/347, K.2019/228.

⁵³ YCGK, 12.03.1996, E.1996/24, K.1996/34.; “Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ve Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında belirtildiği üzere iddianamenin düzenlenmesi, mahkûmiyet hükmü, şikâyetten vazgeçme üzerine verilen düşme kararı, Af Yasası hukuki kesinti oluşturmaktadır. Mütemadi (süreklili) suçlarda hukuki kesintiden sonra fiile devam edilmesi, müteselsil suçlarda ise fiilin tekrarlanması, yeni ve müstakil bir suçu oluşturmaktadır. Yargıtay'ın duraksamasız ve kararlılık gösteren içtihatları da bu doğrultudadır.”, YCGK, 19.03.2019, E.2016/930 K.2019/227.

01.06.2025 tarihi sonrasında kamu davasının açılması iddianamenin kabulü koşuluna bağlandığından iddianamelerin hukuki kesinti oluşturabilmesi için mahkemece kabul edilmiş olması gerekmektedir.

⁵⁴ Yargıtay “vergi döneminin hukuki kesinti olduğu” kabulü vergi kaçakçılığı suçları dışında hiçbir suçta uygulamamıştır. Bkz.

Vergi kaçakçılığı suçları açısından mükellefin denetlenmesinin, işi bırakmasının, fiillerini devam ettirmesini engelleyecek durum olup olmadığı, aynı suç işleme kararını ortadan kaldırıp kaldırmadığı açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öncelikle vergi idaresinin mükellefleri denetleme yollarından olan inceleme, yoklama, arama, bilgi toplamanın suç işleme iradesini kesip kesmediğine bakmak gerekmektedir. VUK'un 143. maddesinde belirtildiği üzere; incelemenin amacı, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak ve sağlamaktır. Bu doğrultuda, öğretide vergi incelemesine başlanmasının ve vergi inceleme raporu hazırlanmasının suç işleme iradesini kestiği belirtilmiştir⁵⁵. Kanaatimizce vergi incelemesinin başlamasının ve inceleme raporunun hazırlanmasının fiili kesinti olduğu şeklinde kesin bir kural kabul etmek yerinde olmayacaktır. Mükelleflerin vergi incelemesi geçirmeleri ve bu inceleme doğrultusunda vergi inceleme raporunun hazırlanması mükellefler açısından öngörülebilir bir durumdur. Bu öngörülere rağmen suç işleme iradesinden vazgeçilmemiş olması da muhtemeldir. Yukarıda da belirtildiği üzere, suç işleme kararının birliği ve ilk suç zamanındaki genel niyet her somut olay açısından değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmeler sonucunda, suç işleme kararındaki birlik mahkeme tarafından irdelenmelidir.

Öğretide kimi yazarlarca mükellefin işi bırakması da fiili kesinti olarak kabul edilmektedir⁵⁶. Bu görüşe göre; hayatın olağan akışında işi bırakan mükellefin vergi suçları bakımından suç işleme iradesi de sona ermektedir. Kanaatimizce mükellefin işi bırakması hali de diğer fiili kesinti halleri gibi somut olay nezdinde değerlendirilmelidir. Örneğin; failin, sahte belge düzenlenme amacıyla paravan bir şirket kurması ve aynı plan çerçevesinde şirketi terkin ederek sahte belge düzenleme ve kullanma fiillerini gerçekleştirmesi durumunda; mükellefiyetin sona ermesi de plana dayalı bir eylem olduğundan suç işleme kararının kesintiye uğradığı söylenemez.

Vergi hukukunda hukuki kesinti hali olarak kişiliğin değişmesi de değerlendirilmelidir. Örneğin, şahsı adına mükellef olan bir kişinin yürüttüğü ticari faaliyeti kapsamında sahte fatura kullanarak vergi kaçakçılığı suçu işlemesinin sonrasında ticari faaliyetini büyütürken yöneticisi olduğu bir şirket kurması ve aynı sahte faturaları şirket bünyesinde de kullanması durumunda; fail aynı sahte faturaları kullanmış, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında hareket etmiş olsa da hukuki anlamda kişilik değişmiş ve bunun sonucunda ödev ve sorumluluklar da değişmiştir. Kanaatimizce kişilik değişikliği hukuki kesinti halidir ve bu durumda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir⁵⁷.

V. SONUÇ

Vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmakla birlikte uygulamanın nasıl olacağına dair soru ve sorunlar bulunmaktadır. 2022 tarihli 7394 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde, kanunda açık bir düzenleme olmamasından dolayı uygulama, Yargıtay'ın içtihadı ile şekillendirilmiş ve takvim yılı hukuki kesinti olarak kabul edilmekteydi. Diğer bir ifade ile, farklı takvim yıllarında işlenen vergi kaçakçılığı suçlarının farklı suçları oluşturduğu ve ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği uygulaması hakimdi. Söz konusu değişiklik sonrasında ise zincirleme suç uygulamasına ilişkin soru ve sorunların tamamen ortadan kalktığı söylenememektedir. Vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında soru/sorunlar, özellikle zincirleme suçun şartlarından olan, "aynı suçun, suçun farklı zamanlarda ve aynı kararın icrası kapsamında işlenmesi" koşullarının belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır.

Vergi kaçakçılığı suçlarında aynı suç belirlemesinin yapılması kolay olmamaktadır. Vergi kaçakçılığı suçlarının seçimlik hareketli bir suç olup olmadığı, seçimlik hareketli bir suç ise bu hareketlerden birkaçının yapılması durumunda tek suç mu, yoksa hareket sayısına suç mu oluşturacağı hususlarına madde metni üzerinden açıklık getirilemediğinden bu konuda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu kapsamda, maddede bentler halinde belirtilen tüm fiillerin seçimlik olduğu ve tek suçu oluşturduğunu kabul eden görüşün yanı sıra madde metninde sayılan her bir fiilin ayrı suçu oluşturduğu da ileri sürülmektedir. Kanaatimizce ise, madde başlığı ve bentler özelinde ağırlığa göre ceza belirlenmesi yapılması da dikkate alındığında, her bendin ayrı suçları oluşturduğu kabul edilmelidir. Bu doğrultuda, aynı bentte sayılan fiilleri, tek suç işleme kararı icrası kapsamında, farklı zamanlarda işleyen faile tek ceza verilmelidir. Farklı bentlerde sayılan fiillerin farklı zamanlarda ve aynı suç işleme kararı icrası kapsamında işlenmesi halinde ise farklı suçlar söz konusu olduğundan zincirleme suç hükümleri uygulanmamalıdır. Bu durumda iki suç vardır ve iki farklı ceza uygulanmalıdır.

Aynı suç değerlendirmesinde özellikli bir durum olarak, sahte belge/muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme/kullanma fiilleri Yargıtay kararları üzerinden incelenmiştir. Yargıtay, ilgili maddedeki her fiili ayrı suç olarak değerlendirilmekte ve fakat sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme ve kullanma fiillerinin kendi içinde seçimlik hareketli suçlar olduğunu kabul etmektedir. Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin birden fazla vergi türünde kullanılması hususunda aynıyetin belirlenmesinde ise, vergi ödev ve sorumluluklarının mükellefiyet temelli olması esas alınarak mükellefiyet temelli bir yaklaşım benimsenmelidir.

TAŞTAN, s. 432.

⁵⁵ ŞENTÜRK AKANER, Candide: "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Zincirleme Suç Problemi" in Özbek, Veli Özer/Çırak Karalı, Ezgi (ed.), Ekonomik Suçlarla Mücadele Sempozyumu-II: Vergi Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s.69; SARİKOĞLU/ŞİŞMAN, s.646.

⁵⁶ SARİKOĞLU/ŞİŞMAN, s.651-652.

⁵⁷ Aynı yönde görüş için bkz. ÖZCAN, s.269, dn.602.

Uygulamada tartışmalara konu olan bir diğer nokta ise, vergi hukukuna has uygulaması olan hususların fiili kesinti hali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bu kapsamda; vergi incelemesine başlanmasının, vergi inceleme raporu hazırlanmasının, mükelleflerin işi bırakması ve mükellefiyet değişikliği hususları aynı suç işleme kararının icrası kapsamında hareket edilmesi şartı açısından incelenmiştir. Sonuç olarak, vergi incelemesine başlanması, vergi inceleme raporu hazırlanması ve mükellefin işi bırakması hallerinin kural olarak fiili kesinti hali olarak sayılmaması icap etmekte, diğer fiili kesinti halleri gibi somut olay nezdinde değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Ancak hukuki anlamda kişilik değişikliği durumu hukuki kesinti hali kabul edilmeli ve bu durumda zincirleme suç hükümleri uygulanmamalıdır.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: “Sahte Belge Düzenlemek veya Kullanmak Suretiyle Vergi Kaçakçılığı Suçu (VUK m. 359/b)”, *Adalet Dergisi*, (71), 2023, s. 653-702.
- AKBULUT, Berrin: “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç”, *SÜHFD*, 32(4), 2024, s. 2703-2733.
- ARSLAN, Çetin: “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında İçtima Sorunu (Vergi Takvim Yılına Yüklenen İşlev Bağlamında Bir Değerlendirme)”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adli Bilişim Araştırma ve Uygulama Merkezi Ekonomik Suçlar ve Yargıtay Kararları Sempozyumu-I Vergi Kaçakçılığı Suçları (Sempozyum Kitabı), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ARSLAN, Çetin/ERDOĞAN, Yağmur Müge: “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç”, in Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhur/Turhan, Faruk (ed.), 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Cilt 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- AYDOĞDU, F. İsmail Hakkı: Türkiye’de Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Cezası, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2009.
- BAYAR, İbrahim Nihat: Vergi Kaçakçılığı, 1. Baskı, Mali Akademi Yayınları, Ankara, 2013.
- CANDAN, Turgut: Vergi Suçları ve Cezaları, 3. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2010.
- DEMİREL, Muhammed/KARTAL, Melik: “The Conditions for the Application of Successive Crime in the Turkish Criminal Code”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77(1), 2019, s.451-462.
- DULDA, Ahmet Can: “Sahte Belge Düzenlemek veya Kullanmak Suretiyle Vergi Kaçakçılığı Suçunun İşlenmesi ve İçtima Bakımından Cezanın Belirlenmesine İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi: Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2022/153, K. 2022/641 Sayılı Kararı”, *Karar İncelemeleri Dergisi*, 2(2), 2024, s. 53-94.
- ERMAN, Sahir: Vergi Suçları, İstanbul Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi, İstanbul 1988.
- KARAKOÇ, Yusuf: “Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12, 2012, s.3-26.
- KARAKOÇ, Yusuf: “Vergi Ceza Hukukuna İlişkin Tesbit ve Öneriler” , Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Ankara 2020, Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020, s.321-382.
- KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.
- KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- KIZILOĞLU, Şükrü/ KIZILOĞLU, Zuhal: Vergi, Ticaret ve Ceza Hukuku Yönünden Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları, Yaklaşım Yayıncılık, 2009.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024
- MEMDUH, Aslan: “Vergilendirmede Sahte Belge Kullanımına Verilecek Hapis Cezasının Belirlenmesi,” *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, 5(10), s. 29-50.
- MUTLUER, M. Kamil/DAYANÇ KUZAYLI, N. Nilay: Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- NARTER, Recep/SARICAĞLU, Ercan: “Türk Vergi Hukukunda Vergi Kabahatlerinde ve Suçlarında İçtima”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1-2), 2013, s. 73-99.
- ÖZCAN, Onur: Vergi Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- ÖZEN, Mustafa: 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- ÖZGENÇ, İzzet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- SANCAR, Yalçın Türkan: “Yeni Türk Ceza Kanununda Zincirleme Suç,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 20(70), 2007, s.244-259.
- SARISKOĞLU, Şenel/ŞİŞMAN, Gülden: “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç” *Mali Hukuk Dergisi*, 19(220), 2023, s.627-656.
- ŞENTÜRK AKANER, Candide: “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Zincirleme Suç Problemi” in Özbek, Veli Özer/Çırak Karalı, Ezgi (ed.), *Ekonomik Suçlarla Mücadele Sempozyumu-II: Vergi Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- ŞENYÜZ, Doğan: Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 9. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2016.
- TAŞKAN, Yusuf Ziya: Vergi Hukuku Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi, 7.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.
- TAŞTAN, Mehmet: Vergi Kaçakçılığı Suçları, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- UĞUR, Hüsamettin/ELİBOL, Mert: Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- ÜMIT, Ceyda: “Vergi Ceza Hukukunda Sahte Belge Düzenleme ve Sahte Belge Kullanma Suçlarına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Hacettepe HFD*, 11(1), 2021, s.357-393.
- ÜNAL, Ertuğrul, “Vergi Usul Kanununun 359’uncu Maddesinin b Fıkrasında Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu”, *MÜHF-HAD*, 27(2), 2021, s. 1260-1297.
- YILDIZ, Ferhat: Yargıtay Kararları Işığında Belgede Sahtecilik ve Vergi Kaçakçılığı Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazarlar Hanne ÖZGENÇ YILMAZ ve Elif YILMAZ FURTUNA, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Hanne ÖZGENÇ YILMAZ ve Elif YILMAZ FURTUNA, who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından birlikte hazırlanmıştır. | This article has been co-written by the authors.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | **The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest:** Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | **The Declaration of Ethics Committee Approval:** Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | **The Declaration of Research and Publication Ethics:** Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

**DWORKİN'İN HUKUK KURAMININ GADAMERCİ KÖKENLERİ
BİR ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ HERMENÖTİK ELEŞTİRİSİ**
THE GADAMERIAN ORIGINS OF DWORKİN'S LEGAL THEORY
A HERMENEUTIC CRITIQUE OF THE SUPREME COURT DECISION

Rabia SAĞLAM* & Rıdvan TÜRK**

Makale BilgiGönderi: 16/04/2025
Kabul : 17/06/2025**Anahtar Kelimeler***Dworkin,
Gadamer,
Felsefi Hermenötik,
Hermenötik Hukuki
Yorum,
Toplumsal Cinsiyet
Eşitliği.***Article Info**Received: 16/04/2025
Accepted: 17/06/2025**Keywords***Dworkin,
Gadamer,
Philosophical
Hermeneutics,
Hermeneutic Legal
Interpretation,
Gender Equality.***Özet**

10.21492/inuhfd.1677706 doi

Makale, Ronald Dworkin'in hukuk kuramını Hans Georg Gadamer'in 'felsefi hermenötik' odağında inceliyor. Hermenötik kökenler Dworkin'in kuramının doğru bir şekilde anlaşılması için önemlidir. Bu çerçevede makalenin amacı, Gadamer'in felsefi hermenötiklerinin Dworkin'in hukuk kuramına ve yorum pratiğine etkisini incelemek ve söz konusu teorik tartışmanın pratik sonuçlarını örnek bir mahkeme kararı ışığında irdelemektir. Gadamer hermenötikğine göre anlam, dilin, tarihin ve geleceğin etkisi altına ortaya çıkar. Yorumda, yorumcunun geleceğin etkisi altında gelişen tarihsel ufku ile metnin kendi ufku kaynaşır. Dolayısıyla yorum, metinde saklı anlamın keşfinin ötesinde, yorumcu ile metin arasındaki bir diyalogu içerir. Gadamer'in etkisiyle Dworkin, hukuku gelişen bir hermenötik faaliyet olarak kavrar ve hukuk kuramını topluluğun hukuk pratiğinin "kurucu" yorumu olarak yeniden yapılandırır. Hukuku hermenötik bir faaliyet olarak kurmak, yaratıcı yargıç sorunu ve hukuk-ahlak ilişkisi gibi hukukbilimin önemli çağdaş sorunlarını yeniden formüle etme, bu sorunlara hermenötik yorum çerçevesinden bakarak çözüm önerme imkânı sağlar. Çalışmada, teorik açıklamaların ardından hermenötik bileşenlerin hukuki muhakemeye nasıl yansıtılabileceğini göstermesi açısından Anayasa Mahkemesinin bir kararı irdelenmektedir. Karar incelemesinin odağı, Anayasa Mahkemesinin kararının Dworkin'in "kurucu yorum" pratiğine ve Gadamer'in "ufukları kaynaştıran" hermenötik yaklaşımına uygun olup olmadığıdır. Varılan sonuç, Anayasa Mahkemesinin çoğunluk kararının, her ne kadar hermenötik muhakemenin unsurlarını içeriyor gözükse de nihayetinde yasa koyucu otoritenin niyetini ve hukuki metnin dogmatik anlamını yineliyor olduğudur. Mahkeme, bir metin olarak hukukun tarihsel anlamını toplumun çağdaş ufku ve ihtiyaçlarıyla bütünleştirebilecek yeni bir yaklaşım geliştirmemiş; sorunu, toplumsal cinsiyet eşitliğini hedefleyen ahlaki ve siyasi ilkeler temelinde ele almamıştır.

Abstract

This article examines Ronald Dworkin's legal theory through the lens of Hans-Georg Gadamer's "philosophical hermeneutics." Hermeneutic foundations are crucial for a proper understanding of Dworkin's theory. The main aim of the article is to explore how Gadamer's philosophical hermeneutics influenced Dworkin's legal theory and interpretive practice, and to evaluate the practical outcomes of this theoretical relationship by analyzing a specific court decision. According to Gadamer, meaning emerges under the influence of language, history, and tradition. In interpretation, the historical horizon of the interpreter -shaped by tradition- merges with the horizon of the text. Therefore, interpretation goes beyond discovering a hidden meaning in the text; it involves a dialogue between the interpreter and the text. Influenced by Gadamer, Dworkin presents law as an evolving hermeneutic activity and reconstructs legal theory as a "constructive" interpretation of a community's legal practice. Understanding law as a hermeneutic activity allows for a reformulation of major legal issues -such as the role of the creative judge and the relationship between law and morality- from a hermeneutic perspective. After laying out the theoretical background, the article analyzes the decision of the Turkish Supreme Court to show how hermeneutic elements may be reflected in legal reasoning. The focus of the analysis is whether the Court's decision aligns with Dworkin's practice of "constructive interpretation" and Gadamer's hermeneutic approach of "fusion of horizons." The conclusion is that, although the majority opinion of the Court appears to include elements of hermeneutic reasoning, it ultimately repeats the legislator's intent and the dogmatic meaning of the legal text. The Court did not offer a new approach that integrates the historical meaning of law as a text with the current needs and horizon of society, nor did it address the issue on the basis of moral and political principles aimed at achieving gender equality.

* Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

** Arş. Gör., Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: SAĞLAM, Rabia/TÜRK, Rıdvan, "Dworkin'in Hukuk Kuramının Gadameri Kökenleri Bir Anayasa Mahkemesi Kararının Hermenötik Eleştirisi", İnÜHFD, 16(1), 2025, s.194-206. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The philosophical and jurisprudential debates have undergone a significant transformation in the 20th century, with the attribution of a central role to interpretation. Gadamer, aligning with Heideggerian ontology, posits that the disparity between subject and object in the process of understanding is inadequate to fully grasp the meaning. From Gadamer's hermeneutical perspective, texts possess a conditional character that enables us to perceive them within their horizontal structures, which encompass linguistic dimensions, historical patterns, and traditional heritages. It is emphasized that understanding and interpretation are inextricably linked, and subjects play an active role in understanding through the process of "fusion of horizons." From a hermeneutical perspective, the objective of interpretation is not to ascertain the writer's intention. Instead, interpretation entails the integration of the past and the future, with due consideration for the prevailing circumstances. Therefore, it is imperative for interpreters to engage with the object critically to comprehend the meaning of verbal and written texts.

Dworkin's theory of law is undeniably influenced by philosophical hermeneutical backgrounds. Gadamer's main theses on hermeneutic has a huge impact on Law's Empire, particularly with regard to the endorsement of "constructive interpretation" and the concept of a "chain novel." Philosophical hermeneutics that was transferred to the interpretation of law significantly determined Dworkin's theoretical and practical explanation of law. The integration of legal theory with practice as a hermeneutic activity presents an opportunity to reformulation of contemporary jurisprudential issues, such as the creative judge problem and the relationship between law and policy. By adopting hermeneutical approach, Dworkin aims to explore these issues from an alternative perspective and to propose new solutions. Dworkin's interpretive legal theory has played a pivotal role in the shift from interpretation's status as an epistemological mechanism to its recognition as an ontological and substantial position in jurisprudence. Prior to Dworkin's contributions, however, interpretation was regarded by legal positivism as subordinal in the context of comprehending the content of law where interpretation holds no valid position in either theory or practice. It is reduced an external and discretionary method to reveal the meaning of legal rules. Dworkin's legal interpretation theory thereby represents a significant departure from legal positivism. It regards legal rules as "interpretive claims," emphasizing their profound interconnection with external perspectives such as politics, morality, and history.

Gadamer's philosophical hermeneutics and Dworkin's constructive interpretation are related in terms of merging the theory and practice relevant to legal reasoning. The purpose of this article is to show the actual major impact of hermeneutic legal reasoning, focusing on the Turkish Supreme Court decision. The Supreme Court ruled that the provision of the law on Social Insurance and General Health Insurance, according to which "the spouse of an employer who works for free at the employer's workplace shall not be considered an insured person," is not in violation of the constitutional principle of equality. The Court established a conspicuous legal disparity as legitimate and constitutional, yet provided no reasons for its decision. Instead, it invoked the self-evident historical purpose of the legal authority to support its reasoning. The Court's justification is primarily founded on the legislator's intention, as reflected in the historical interpretation of the legal text, and is implicitly informed by the prevailing traditional family concept. According to judges, the interpretation of the rule should preserve traditional unequal gender roles within the family.

However, four judges dissented, contented that the legal regulation breaches the equality provision of the Constitution. This is due to the fact that the term "spouse" in the regulation is essentially, a gendered legal concept. Although the term "spouse" as a legal concept encompasses both men and women as "employer's spouses," it is a fact that in social reality, the vast majority of employer's spouses are actually female. The legal term "spouse" thus represents a profound gender inequality. The majority of judges' approach overlooks the unequal roles within the family that are predicated on gender. Consequently, the Court's ruling would effectively eliminate the social insurance rights of female spouses, since historically and traditionally, female spouses have been expected to provide assistance to their male spouses within the family unit.

The article posit that, while the majority of judges' decision appears to incorporate the fundamental concept of hermeneutical interpretation by emphasizing tacitly or explicitly tradition and historicity, it does not align with the requirement of hermeneutical legal reasoning, as it prioritizes the legislative intention or will. The judges decline to establish a new chapter founded on moral and political principles, which might have integrated the historical meaning of law as a text with the contemporary horizons and needs of society. Consequently, the decision is regarded as a manifestation of dogmatic repetition rather than a contribution to a constructive interpretation.

I. GİRİŞ

Hukuk felsefesi literatüründe yorum sorunu, çoğunlukla, hukuk normlarının bilgisini elde etmeye yönelik epistemolojik bir çerçevede ele alınmıştır. Fakat Dworkin’in tezleri, yorumun hukuk kuramında konumlandırıldığı bu yeri tamamen değiştirir; yorumu hukukun doğasına ilişkin ontolojik araştırmanın merkezine yerleştirir. Böylece hukuk kuramının işlevi ‘hukuk’ kavramının felsefi analizini sunma sınırını aşar; belirli bir topluluğun hukuk pratiğinin yorumlanması kuramın ayrılmaz parçası haline gelir.

Dworkin’in yorumcu hukuk kuramı daha önce farklı açılardan tartışılrsa da Gadamerci kökenlerine yeterince ışık tutulmamıştır.¹ Hermenötik kökenler, Dworkin’in kuramının doğru bir şekilde anlaşılması açısından önemlidir. Zira Dworkin’in kuramına asıl karakterini veren, bir sosyal olgu olarak hukuku, insanın anlama tecrübesinin ontolojik yapısına ışık tutan hermenötik argümanlar ve özellikle Gadamer ekseninde açıklamaya çalışmasıdır. Bu çerçevede makalenin amacı, Gadamer’in felsefi hermenötiğinin Dworkin’in yorum pratiğine etkisini incelemek ve sözkonusu tartışmanın pratik sonuçlarını örnek bir mahkeme kararı ışığında irdelemektir.

Gadamer, ‘anlama’ deneyiminin doğasını açıklarken hukuki akıl yürütmeye özel bir önem atfeder. Gadamer’e göre hukuk pratiği, “anlamanın uygulamayı içerdiği” “genel bir yorum modeli” sunar.² Fakat Gadamer, genel bir hukuk teorisi ortaya koymayı amaçlamaz.³ Dworkin’in yorum merkezli hukuk kuramının bu boşluğu doldurduğu, daha doğrusu Gadamer’in işaret ettiği hukukun hermenötik kökenlerine ilişkin hususları geniş bir çerçevede ayrıntılandığı kabul edilebilir.

Gadamer’in teori ile pratiği birleştiren hermenötiğinden ilhamla Dworkin, ortodoks analitik pozitivist yaklaşımlara, özellikle H.L.A Hart’ın *The Concept of Law* kitabındaki argümanlara meydan okur. Dworkin’e göre hukuk gibi bir sosyal pratiği anlamanın yolu, biçimsel formüllerle geçerli hukuk kurallarını tespit etmekten ziyade sözkonusu pratiği yorumlamaktır. Yorum, hukukun mahiyetinden başlayarak somut davada hangi normun uygulanacağına kadar, hukuka ilişkin teorik faaliyetin her aşamasını belirler. Dolayısıyla hukuk kuramı, yetkin bir yorum teorisine dayanmak zorundadır. Makalede, Gadamer’in felsefi hermenötiği⁴ ile Dworkin’in yorumcu hukuk kuramı⁵ arasındaki bağlantı, “yargıçlar somut bir davada hukuk normlarını nasıl yorumlar” sorusu eşliğinde irdelenmektedir. Anayasa Mahkemesi kararının analizinde, felsefi ve hukuki argümanlara, ‘Türkiye özelinde hermenötik muhakeme nasıl olma(ma)lıdır’ sorusunun bir yanıtı olarak başvurulmuştur. Başka bir deyişle, kuramsal hermenötik bağlam Anayasa Mahkemesinin somut norm denetimine ilişkin hukuki gerekçesine uyarlanmaktadır.

Makalede önce Gadamer’in felsefi hermenötiği açıklanmaktadır. Dworkin’in yorumcu hukuk kuramına temel oluşturması bakımından felsefi hermenötik, metnin anlamının açığa çıkarılmasında dilin, tarihin ve geleneğin rolü ekseninde ele alınmıştır. İkinci bölümde Dworkin’in hukuk kuramı ve pratik sonuçları incelenmektedir. Üçüncü bölümde hermenötik bir hukuk kuramının hukuki akıl yürütmeye ne anlama gelebileceği; hukuki yorumda nasıl kullanılabileceği Anayasa Mahkemesi kararı ve karşı görüşteki yargıçların argümanları ışığında analiz edilmektedir. Mahkemenin çoğunluk kararında hermenötik yorumun başat unsurları -dil, tarih, gelenek- muhakeme zincirinin temel yapı taşıymış gibi görünse de Dworkin’in “kurucu yorum” performansı ile Gadamer’in “ufukların kaynaşması” vizyonunu içermediği tespit edilmektedir.

II. GADAMER’DE ANLAM VE YORUM

A. Genel Olarak Felsefi Hermenötik

Bir disiplin olarak hermenötiği klasik ve modern gelenekler olarak ikiye ayıran sınır çizgisinin Alman filozof Friedrich Schleiermacher’le başladığı kabul edilir. Klasik hermenötikte temel endişe, metinlerdeki zor pasajları anlaşılır kılan yardımcı metodolojik araçların ortaya konmasıdır.⁶ Fakat Schleiermacher bunun

¹ Az sayıda çalışma arasında şunlar zikredilebilir: LEYH, Gregory: “Dworkin’s Hermeneutics”, Mercer Law Review, 39(3), 1988, s. 851-866; TÜRKMEN BİRLİK, Pınar: “Dil Felsefesinden Hukuk Felsefesine Açılan Bir Kapı: Gadamer’den Dworkin’e Hermeneutik Yöntem”, Temeza Felsefe Dergisi, 15, 2021, s. 98-114; O’HAGAN, Timothy: “Gadamer, Hermeneutics and the Law”, ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, 76(2), 1990, s. 197-202. [Türkçesi: O’HAGAN, Timothy: “Gadamer, Hermenötik ve Hukuk”, çev. Kılıç, Muharrem, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 3, 2001, s. 425-434].

² VINX, Lars: “Some Untidy Reflections on the Betti-Gadamer Debate”, in Betti, Emilio (ed.) Hermeneutics as a General Methodology of the Sciences of the Spirit, Routledge, 2022, s. xvi.

³ AYDIN, Melike Belkis: Hukuka Hermeneutik Yaklaşım: Hans-Georg Gadamer’in Felsefi Hermeneutigi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul Üniversitesi, 2019, s. 116 vd.

⁴ Gadamer kendi yaklaşımını ‘felsefi’ hermenötik olarak adlandırır. Dolayısıyla ifade, literatürde münhasıran Gadamer hermenötiği için kullanılmaktadır. ‘Felsefi’ niteliyesiyle Gadamer, hermenötiği, metinleri okumaya ve onlardan anlam çıkarmaya yönelik bir tekniğin ötesine taşır; insanın varoluşu ve anlam arayışına ilişkin genel felsefi soruşturmanın eksenine yerleştirir. Bkz. GADAMER, Hans-Georg: Hakikat ve Yöntem 1. Cilt, (çev. Yavuzcan, İsmail/Arsan, Hüsamettin), 1. Baskı, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2008, s. XLII-XLIII.

⁵ Türkçe literatürde Dworkin’in hukuk kuramına ilişkin belli başlı çalışmalar için bkz. TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi: Kanıtlanamayana Kanıtlamak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı, 2. Basım, İstanbul, Derin Yayınları, 2010; METİN, Sevtap: “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXI(1-2), 2003, s. 35-83; UYGUR, Gülriz: “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52(3), 2003, s. 145-176; SAĞLAM, Rabia: “Derrida ve Dworkin Arasındaki İlişki: Yapıbozum ve Yargıç Herkül”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61(1), 2012, s. 275-320; AKTAŞ, Sururi: “Hukukta Yorum Çabaları”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XV(3-4), 2011, s. 1-33; ŞENER, Müslüm: Dworkin’in Yorum Teorisi ve Hüküm Kurmadaki Önemi, Adalet Yayınevi, 2022.

⁶ WEST, David: Kıta Avrupası Felsefesine Giriş: Rousseau, Kant ve Hegel’den Foucault ve Derrida’ya, (çev. Cevizci, Ahmet), 5. Baskı, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2020, s. 200.

ötesine geçerek, hermenötiğe metinleri anlamayı mümkün kılan koşulları açıklama ve anlamının, okuma edimini önceleyen verili yapısını saptama görevini verir.⁷ Daha sonra Wilhelm Dilthey, hermenötiği ‘tin’ bilimlerinin -toplumsal yapıyı konu edinen sosyal bilim disiplinlerinin- metodolojisi haline getirerek kapsamını sosyal olguların yorumunu içerecek şekilde genişletir.⁸

Gadamer bir adım daha ileri gider ve hermenötiğe insanın anlama tecrübesine içkin yapıyı soruşturma işlevini yükler. Gadamer’e göre doğa bilimlerindeki anlama tecrübesi ile beşeri bilimlerdeki anlama tecrübesi arasında ve hatta genel olarak günlük hayatın rutin eylemlerindeki basit anlama tecrübesi arasında bir fark yoktur. Her türlü anlama ediminin nihai olarak dayandığı ontolojik zemin aynıdır.⁹ Bu yaklaşım, hermenötiğin yalnızca kapsamını genişletmez, kendinden önceki hermenötik geleneğin eleştirisini de sunar. Schleiermacher sonrasında hermenötiğin özne-yazar merkezli, anlama ve yorumda nesnelliği hedefleyen bir disiplin olarak kabul edilmesi, Gadamer’in eleştirisinin odak noktasıdır.¹⁰ Disiplinin meta-teorik temellerindeki bu hata nedeniyle önceki kuramcılar, doğa bilimleri ile sosyal bilimleri ayırarak hermenötiği anlama ve yorumlamanın belirli alanlardaki görünümüne sıkıştırmıştır.

Nesnellik arayışı, esasında, özne-nesne düalizmine dayalı bir ontolojik yaklaşımın uzantısıdır. Bu varlık şemasında öznenin bireysel yargılardan bağımsız ‘nesnel’ bilgiye erişebileceği varsayılmaktadır. Gadamer, varlığı ikiye bölen bu ontolojinin bizi anlama deneyiminin doğasına dair hatalı bir sonuca götürdüğünü düşünmektedir. Çünkü ona göre anlama, bir nesnenin üstünde veya karşısında duran insanın bir faaliyeti olarak görülemez.¹¹ Aksine, özne ile nesne birbirlerinin varlık koşuludur; yaşam, öznenin ve onun kendini içinde bulduğu nesneler dünyasının ortak yaratımıdır, biri öteki olmaksızın anlam kazanamaz. Gadamer’e göre karşılıklı bağımlılıkları içinde bu unsurlar, “dil, tarihin ve geleneğin” diyalektik dünyasında ortak bir kaderi paylaşır. Dil, tarih ve gelenek, anlama deneyimine imkân tanıyan kurucu zemini oluşturur ve bir hücredeki sitoplazma sıvısı gibi tüm anlamı içinde taşır. Öznenin anlama tecrübesi, bu başlangıç noktasından hareket ettiğinden kurucu zemin özne tarafından bilgi nesnesine indirgenerek kuşatılamaz. Felsefi hermenötikte dil, tarih ve gelenek bizzat öznenin yaratımıdır; ve aynı zamanda bu dünyanın yaratılmasına katkıda bulunan her özne onun etkisi altında kimliğini şekillendirir. Dolayısıyla bilgi ya da anlam, öznenin kişisel mülkü değil, dünyayla diyalektik etkileşimin bir ürünüdür.

B. Tarih, Gelenek ve Dilin Anlamadaki Rolü

Gadamer’e göre “anlama, temelde tarihin etkisi altında bir olaydır.”¹² Bu etki, çok boyutlu ve kaçınılmazdır. Çok boyutludur; zira tarih, yorumcu, yorumlanana ve yorumlama tecrübesini aynı anda etkisi altına alır. Herhangi bir olay yahut yazılı metin daima belirli bir tarihsel bağlamda oluşur ve anlamını kazanır. Öte yandan tarihin etkisi kaçınılmazdır; yazar ve okur, daima güncel ilgi ve beklentilerinin etkisi altında esere yönelir. Öznenin bu etkinin farkında olması gerekmez,¹³ zira tarihselliğin belirtilerini ortaya çıkarmak sıradan bir özfarkındalıktan fazlasını gerektirir. Çünkü içinde bulunulan tarihsel dönemin anlam dünyası, çoğu zaman pek hissedilmeden bilincin ufkunu ve önyargılarını belirlemektedir.¹⁴ Gadamer’e göre “kendimizi eleştiri süreciyle anlamadan çok daha önce, apaçık şekilde içinde yaşadığımız aileyle, toplumla ve devletle anlarız.”¹⁵ Bu nedenle, “tarihsel etkileri, geleneği ya da ön yargıları parantez içine almayı düşünmek bir illüzyondan başka bir şey değildir.”¹⁶

Fakat tarihselliğin bir tutsaklık olduğu düşünülmemelidir. Çünkü felsefi hermenötikte zamanın üç boyutu; ‘geçmiş’, ‘bugün’ ve ‘gelecek’ bir doğru üzerinde ardışık dizilmez. Tarihin varoluş tarzı diyalektiktir ve bir dairesellik biçiminde açığa çıkar.¹⁷ “Hermenötik daire” kavramıyla ifade edilen bu durum, aslında anlama sürecindeki parça-bütün ilişkisini tasvir etmektedir. ‘Dairesellik’ parça ile bütün arasında karşılıklı etkileşimin bulunduğu anlamına gelir.¹⁸ Tarihsellik bağlamında bu karşılıklı etkileşim, bugün ile geçmiş arasındadır. Geçmiş bugünü etkileyip dönüştürürken, bugünün sorun ve ilgileri de sürekli olarak geçmişin anlamını yeniden kurar. O halde her türlü anlamının somut tarihsel koşullara bağlılığı madalyonun sadece bir yüzüdür. Geçmişin anlam yapılarını bize intikal ettiren “gelenek, değişmez bir öğe değildir; tersine, anladığımız ölçüde onu kendimiz üretir, geleneğin evrimine katılır ve biz de onu belirleriz.”¹⁹

Gelenek, öznenin anlam dünyasının temel kategorilerini belirleyen bir paradigmadır. Özne, onu miras alır ve kimliğini ilk defa bu paradigma içinde edinir. Geleneğin hermenötik anlamı, gündelik dildeki anlamından farklıdır. Felsefi hermenötikte gelenek, herhangi bir anlamının önşartı olmakla birlikte, yeniden

⁷ TATAR, Burhanettin: 3 Derste Hermenötik, 2. Basım, İstanbul, Vadi Yayınları, 2018, s. 17.

⁸ DILTHEY, Wilhelm: Hermeneutik ve Tin Bilimleri, (çev. Özlem, Doğan), İstanbul, Notos Kitap Yayınevi, 2012; ÖZTÜRK, Emre: Hermeneutik Öyküsü: Gadamer Odaklı Bir Analiz, 1. Baskı, Ankara, Anı Yayıncılık, 2020, s. 2-3; WEST, s. 201.

⁹ TATAR, 3 Derste Hermenötik, s. 35; PALMER, Richard E.: Hermenötik, (çev. Görener, İbrahim), 1. Baskı, İstanbul, Düşün Yayıncılık, 2015, s. 302.

¹⁰ Hermenötiğin modern tarihine ilişkin Gadamer’in analiz ve eleştirileri için bkz. GADAMER, Hakikat ve Yöntem 1. Cilt, s. 241-335.

¹¹ WEST, s. 197.; GADAMER, Hakikat ve Yöntem 1. Cilt, s. XLIII.

¹² GADAMER, Hans-Georg: Hakikat ve Yöntem 2. Cilt, (çev. Yavuzcan, İsmail/Arslan, Hüsamettin), 1. Baskı, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2009, s. 53.

¹³ WEST, s. 205.

¹⁴ GADAMER, Hakikat ve Yöntem 2. Cilt, s. 54.

¹⁵ GADAMER, Hakikat ve Yöntem 2. Cilt, s. 20.

¹⁶ Öztürk, s. 148.

¹⁷ Öztürk, s. 148.

¹⁸ WACHTERHAUSER, Brice R: “Anlamada Tarih ve Dil”, İnsan Bilimlerine Prolegomena: Dil, Gelenek ve Yorum, (çev. Arslan, Hüsamettin), İstanbul, Paradigma Yayınları, 2002, s. 229.

¹⁹ GADAMER, Hakikat ve Yöntem 2. Cilt, s. 44.

şekillenebilen dinamik bir anlam ufkudur. Zira Gadamer'e göre anlama, her türlü sonuca açık, gelenekten miras alınan önyargıların değişmesine yol açabilecek dinamik bir ilişkinin sonucunda açığa çıkar.²⁰ Bu anlama deneyimi içinde özne, aynı anda hem belirlenmiş hem özgürdür. Belirlenmiştir; çünkü her anlamada geleneğin bugüne uzanan varlığı bilinci kuşatır. Gelenek ülkesinin sınırlarının ötesine geçilemez. Özgürdür; çünkü bu ülkenin sınırlarını her yöne genişletebilir, daraltabilir ve hatta onu farklı bir kıtaya taşıyabilir. Yorum, hem geçmişin hem geleceğe doğru açılan şimdinin anlamını şekillendirir.²¹

Anlama sürecinde gelenek kadar 'dil'in de hermenötik bir işlevi vardır. İnsan, tarihe ve geleceğe ait olduğu kadar dile de aittir. Tarihi nesneleştiremediği, onun dışına çıkamadığı gibi dili de nesneleştiremez.²² Varolan her şey kendisini bir dil aracılığıyla ifade ettiği için tüm anlayışımız dilseldir.²³ Öte yandan hermenötik bağlamda dil nötr bir işaret, sembol veya göstergeler sistemi değildir.²⁴ Dilin kendisi aynı zamanda bir önyargı, hatta en temel önyargımızdır. Çünkü dil, bütün tarihsel insanların yoğunlaşmış deneyimini içeren bir ortamdır; geçmişte dile dahil olmuş, dili kullanarak belirli anlamları kast etmiş tüm öznelerin varlık deneyiminin hazinesi ve taşıyıcısıdır.²⁵ Dilin içerisine doğmakla özne, bu anlam dünyasının mirasçısı haline gelir. Bu nedenle dil, bir yandan bizi belirli önyargılara sahip ortak bir gelenek içinde tutan bir anlam dünyası, diğer yandan metinleri, gelenekleri ve diğer insanları anlamamıza imkân tanıyan bir iletişim aracıdır.²⁶

C. Felsefi Hermenötikte Metnin Anlamı ve Yorum

Anlamanın ontolojik yapısına dair felsefi analizlerin yorum pratiğine ilişkin önemli sonuçları vardır. Bu sonuçlar, çağdaş hermenötik tartışmaların eksenini oluşturan iki sorun çerçevesinde açıklanabilir: "Yazarın niyeti" ve "yorumda öznellik ve nesnellik." "Yazarın niyeti" soruna Gadamer'in yaklaşımı eleştireldir. Yazarın ayrıcalıklı rolüne; anlamın yazarın niyetinde aranması gerektiğini kabul eden 'niyetseleci' argümanlara karşı çıkar. İkinci soruna yaklaşımı ilkine göre biraz daha nüanslıdır. Gadamer'e göre öznellik-nesnellik ikilemi, özne-nesne ayrılığına dayalı ontolojinin bir uzantısı olarak, anlamın doğasına ilişkin kavrayışımızı çarpıtmaktadır. Gadamer'in neden bu sonuçlara vardığını irdeleyerek devam edelim.

Gadamer'in eleştirdiği niyetseleci yaklaşımda, anlamın eserin yaratıcısının niyetinde bulunabileceği kabul edilir. Burada sorun, metnin okuyandan ve tarih gibi onu koşullandıran diğer dışsal faktörlerden bağımsız bir anlama sahip olduğunun varsayılmasıdır. Yazarın niyetinde saklı bu bağımsız anlam, niyetseleci yaklaşımda nesnel bir okumaya olanak sağlamaktadır.²⁷ Buna karşılık felsefi hermenötikte anlama, bir şey bize hitap ettiği anda başlar.²⁸ "Metin hakkında bir şey söylemek isteyen biri, metnin kendisine bir şey söylemesine izin vermelidir."²⁹ Dolayısıyla belirli bir geleneğin sunduğu önyargılar ve anlam dünyasının aracılığı olmaksızın metinle hermenötik bir ilişkiye girmek olanaksızdır. Çünkü daha önce de belirtildiği gibi metne yönelen okurun bilinci daima tarihsel olarak koşullanmıştır. O halde anlam, yazarın niyetinin keşfine ilişkin tek taraflı bir soruşturmaya değil, metinle okur arasındaki yaratıcı bir diyalogda, bir tür soru-cevap diyalektiği içinde ortaya çıkar. Okur kendi anlam ufkundan, yani güncel ilgi ve endişelerinden hareketle metne sorularını sorar ve metnin yanıtını araştırır. Buna karşılık farklı tarihsel dönemlerde, farklı ufuklardan sorulan sorulara verilen yanıtlarla metnin anlamı sürekli açılmaktadır.³⁰ Gadamer, metnin potansiyel anlam katmanlarının ortaya çıkarıldığı bu yaratıcı süreci, yorumun "uygulama" boyutu olarak nitelemektedir. Ona göre her yorum, metnin bugünkü şartlara hangi tarzda hitap ettiğini açığa çıkararak anlam alanını genişletir.³¹

Gadamer'in eleştirisinin önemli bir sonucu, yorumcunun metne bir soru yöneltmeden önce metnin kendisinde hazır bir anlamının bulunmadığı gerçeğidir. Anlam, kendi başlarına varolmayan "bu ufukların [okurun ve metnin ufuklarının] kaynaşmasından" ibarettir.³² Bu kaynaşma sonucunda eser, sahibinden bağımsızlaşarak kendi tarihini oluşturur.³³ Fakat Gadamer açısından metnin anlamının tümüyle yorum çabalarına indirgendiği de düşünülmemelidir:

"Metin, her zaman bir şekilde bizden ayrı duran ve aynı zamanda bizimle hayat bulan bir diyalektik süreçtir. Ne tümüyle kendi yorumlarından bağımsızlaşabilir ne de tümüyle yorumları içinde

²⁰ TATAR, 3 Derste Hermenötik, s. 94.

²¹ HENLEY, Kenneth: "Protestant Hermeneutics and the Rule of Law: Gadamer and Dworkin", Ratio Juris, 3(1), 1990, s. 25.

²² Bu noktada dilin -tıpkı tarih gibi- hem özneyi belirlediğini hem de ona yeni olasılıklar sunduğunu eklemek gerekir. "Dil bir hapisane olmayıp kişinin geleceğe karşı açıklığına bağlı olarak sonsuz genişlemeye imkân sağlayan varlık içerisinde bir alandır." PALMER, s. 293.

²³ O'NEILL, Shane: Impartiality in Context: Grounding Justice in a Pluralist World, Illustrated edition Albany, State University of New York Press, 1997, s. 90.

²⁴ GADAMER, Hakikat ve Yöntem 2. Cilt, s. 197, 210 vd.

²⁵ "(S)özcükler Gadamer'de yalnızca bir nesneyi değil, tarihin o ana dek ona yüklemiş olduğu bütün kültürel izleri de temsil eder." TÜRKMEN BİRLİK, s. 103.

²⁶ ÖZTÜRK, s. 149-51; PALMER, s. 284-301; KISIEL, Theodor: "Gelenek'in Vukubulması: Gadamer ve Heidegger'in Hermenötikliği", İnsan Bilimlerine Prolegomena: Dil, Gelenek ve Yorum, (çev. Arslan, Hüsamettin), İstanbul, Paradigma Yayınları, 2002, s. 186.

²⁷ Temel eğilim burada bahsedildiği gibi olsa da niyetseleci yaklaşımlar kendi içinde farklılaşabilmektedir. Bkz. TATAR, 3 Derste Hermenötik, s. 79 vd.; TATAR, Burhanettin: Felsefi Hermenötik ve Yazarın Niyeti, 3. Basım, İstanbul, Vadi Yayınları, 2018.

²⁸ GADAMER, Hakikat ve Yöntem 2. Cilt, s. 52.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz: "Deconstructing the Models Of Judges: Legal Hermeneutics and Beyond The Subject-Object Paradigm", Nevada Law Journal, 10, 2010, s. 687.

³⁰ TATAR, 3 Derste Hermenötik, s. 52.

³¹ GADAMER, Hakikat ve Yöntem 2. Cilt, s. 68-69; PALMER, s. 264.;

³² GADAMER, Hakikat ve Yöntem 2. Cilt, s. 62.

³³ PALMER, s. 279-80.

tutuklanabilir. (...) Ne salt tarihsel olarak verilen ne de salt yorumcu tarafından inşa edilen bir şeydir (...). Kısmen verili ve kısmen inşa edilen bir şeydir.”³⁴

Yazarın tahtından indirilip yerine yorumcunun ufkunun veya farklı yorumcuların katılımcı olduğu bir yorum geleneğinin koyulması, anlamada nesnelliğin yitirildiği itirazlarına yol açmıştır. Fakat felsefi hermenötik açısından anlamın öznel mi yoksa nesnel mi olduğu sorusu yanıltıcı bir ikileme dayanır. Çünkü anlamaya ilişkin hermenötik deneyim ne öznel ne nesneldir. Nesnel değildir; zira öznenin tarihsel bilinci daima koşullanmıştır. Nesneleri, onlarla ilişkisini aşan bağımsız bir noktadan görme imkânına sahip değildir. Mutlak hakikatler öznenin koşullanmış ufkunun ötesindedir. Buna karşılık anlama tümüyle öznel bir süreç olarak da tasvir edilemez. Hermenötik öznenin dilin ve tarihin etkileri içinden doğan bakış açısının, belirli bir anlamda öznel olduğu doğrudur. Fakat bu öznellik, ‘gelenek’in şekillendirdiği bir öznelliktir. Dilin ve geleneğin koyduğu sınırlar öznenin ilgilerini, sorularını ve ulaştığı yorumun sıhhatini belirler. Bu nedenle felsefi hermenötik, tüm yorumların aynı epistemolojik değerde olduğunu ileri sürmemektedir. Bir metnin - tek bir doğru yorumu olmasa da- daha iyi, daha kötü yahut doğru olmayan yorumları olabilecektir.³⁵

III. YORUM OLARAK HUKUK: DWORKİN VE FELSEFİ HERMENÖTİK

Dworkin’in ‘yorum’u merkeze alan hukuk kuramı, felsefi hermenötiğin etkisi altında şekillenir. Bu etki Dworkin’in Gadamer’e doğrudan atıfta bulunduğu yerlerde kolayca teşhis edilebilir.³⁶ Fakat bundan fazlası da vardır. Öyle ki Dworkin’in hukuki pozitivizme ilişkin ‘kuramsal’ eleştirilerinde ve yargıçların hukuki muhakemesine yönelik ‘pratik’ açıklamalarında hermenötik etki örtük dahi olsa ayırt edilebilir.³⁷ Bu bölümde felsefi hermenötiğin Dworkin’in hukuk kuramına yansımaları genel hatlarıyla ele alınacak ardından hukuki akıl yürütmeye ilişkin sonuçları incelenecektir.

A. Dworkin’in Hermenötik Hukuk Kuramı

Dworkin’in hukuk kuramı, felsefi hermenötiğin “gelenek” ve “ufukların kaynaşması” kavramlarından hareketle ele alınabilir. Yukarıda belirtildiği gibi, Gadamer’e göre anlam, bir geleneğin şemsiyesi altında; yorumcunun şimdiki zaman ufkunu ile metnin ufkunun kaynaşmasıyla açığa çıkar. Dworkin, bu hermenötik şemayı hukuk kuramına uygular. Her şeyden önce hukuk kuramı, her zaman belirli bir toplumun hukukunun kuramıdır ve bu kuram söz konusu hukuk pratiğinin yalnızca içinde bulunulan zaman dilimindeki görünümünü verir. Nitekim öznenin hermenötik koşullanmışlığı, evrensel ya da tüm zaman dilimlerinde geçerli genel bir hukuk kuramını anlamsız hale getirmektedir. Dworkin’e göre hukuk kuramcısının yaptığı şey, ait olduğu geleneğin hukuk pratiğini kendi ufkundan hareketle yorumlamaktır. Hukuk kuramı bu manada ‘kurucu’ (inşai) bir yorum etkinliğine dayanır.³⁸ Kurucu yorumda kuramcı, dahil olduğu pratiği bir amaç ya da değer etrafında anlamlandırır. Dolayısıyla yorumun ‘kurucu’ niteliği, yorumlayanın anlamın üretilmesindeki aktif katkısını ifade etmektedir. Gadamer’in metnin yorumcudan bağımsız bir anlamının olmadığı vurgusu hatırlandığında, hukukun ne olduğu sorusunun, hukuk pratiğine katılanların kendi deneyimlerine ilişkin yorumları dışında bir yanıt olmadığı anlaşılabılır. Bu yönüyle hukuk, canlı ve dinamik bir olgudur; geçerli kurallar listesine indirgenemez. Aynı şekilde hukukun, geçmişle bugünü aynı anda içinde barındıran bir gelenek olarak yaşadığından, içtihat derlemelerini ya da mahkemelerin aktüel kararlarını aşan bir muhtevası da vardır.

Dworkin’e göre hukuk pratiği, kuralların yanı sıra farklı kaynak ve işlevlere sahip ilkeleri de içerir. Özellikle çetin davalarda yargıçlar, uyumsuzluğu çözerken, hukuki akıl yürütmelerine bir yön ve gerekçe sağlayan farklı türden standartlara dayanmaktadır.³⁹ Farklı standartlar “politikalar ve ilkeler”dir. Politikalar, herhangi bir toplumun ekonomik, siyasi ve sosyal yapısının iyileştirilmesine ilişkin bir toplumsal amacı ifade eder.⁴⁰ İlkelerse, toplumun siyasi ahlakının, başka bir deyişle adalet, hakkaniyet ve haklara ilişkin anlayışının normatif izdüşümüdür.⁴¹ Hukuk geleneği içinde açık veya örtülü olarak yaratılır, şekillendirilir, yorumlanır ve belki bir süre sonra terk edilirler. Dworkin, yetkin bir genel hukuk kuramının, ilkelerin kullanım ve işlevlerine ilişkin bir açıklamayı içermesi gerektiğini düşünmektedir. Hukuk kuramına dahil edildiklerinde ilkeler, hukukun, topluluğun siyasi ahlakıyla derinden bağlantılı pratik bir hermenötik gelenek olarak anlaşılmasının temelini oluşturur.

Dworkin, kuralların yanı sıra ilkeleri de içeren kuramını “bütünlük olarak hukuk” şeklinde adlandırmaktadır. Bütünlük, pratiğin geçmişten bugüne kadarki gelişimini tutarlı bir hikâyede sunmayı ama aynı zamanda bugün bizim için ifade ettiği değeri ortaya koymayı gerektirir. Bu anlamıyla hukuk kuramı, tanımlayıcı ve normatif unsurları bir araya getiren iki temel boyuta sahiptir. Dworkin bu boyutları uyma (*fit*) ve gerekçelendirme (*justify*) olarak adlandırır. Uyma boyutu, yorumun hukuk pratiğine uyması veya pratiği doğru şekilde yansıtmasıdır. Gerekçelendirmede ise hukukun meşruiyet dayanakları gösterilir; hukukun değerinin neye dayandığı, hangi siyasi-sosyal amaçları gerçekleştirmeyi amaçladığı ve hukuk pratiğinin devam ettirilmesinin neden gerekli olduğu temellendirilir. Bu aşamada kuramcının kişisel görüşleri devreye

³⁴ TATAR, 3 Derste Hermenötik, s. 50 vd.

³⁵ WEST, s. 203.

³⁶ Bkz. DWORKIN, Ronald: Hukukun Hükümranlığı, (çev. Uzun, Ertuğrul), 1. Baskı, İstanbul, Nora Kitap, 2018, s. 84, 91.

³⁷ LEYH, s. 852.

³⁸ DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 11.

³⁹ Dworkin yargıçların çözüme ulaşmak için ilkeleri kullandığı çeşitli çetin dava örnekleri vermektedir. Bkz. DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 36-55; DWORKIN, Ronald: Taking Rights Seriously, 2nd. Edition, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1977, s. 23 vd.

⁴⁰ HARRIS, J. W: “Dworkin’s Right Thesis”, Legal Philosophies, London, Butterworths, 1980, s. 173.

⁴¹ TÜRKBAG, s. 76 vd.

girdiğinden⁴² hukuk pratiğinin her yorumu, uyma ile gerekçelendirme arasındaki bir gerilimi zorunlu olarak içerecektir. Fakat sözkonusu boyutlardan biri yadsınırsa, yorum artık “yetkin sayılmaz veya kötü niyetli addedilir, farklı bir kisveye bürünmüş gündelik siyaset olarak görünür.”⁴³

Dworkin’in kuramı, hukuku ahlak ve siyasetten ayıran pozitivist yaklaşımların aksine toplumsal yaşamın farklı katmanları arasındaki ilişkiselliği vurgulayan bir perspektif sunmaktadır. Bu perspektiften bakıldığında hukuk “en geniş anlamıyla siyasete yönelmiş, yorumla inşa edilen, sürekli öz-düşünsel bir tutumdur.”⁴⁴ Aslında Dworkin bu hermenötik güzergahta, hukuk pratiğine dair can alıcı bir soru sormaktadır: Bir topluluğu ilgilendiren hukuki mahiyeti haiz bir karar alınması gerektiğinde, karara yol gösterecek “en çekici siyasi ve ahlaki ilkeler” nelerdir?⁴⁵ Elbette siyasi ve ahlaki ilkelerin hukuk yorumunu belirlemesi, hukukun güncel politik tartışmaların veya partiler, seçimler, hükümet politikaları gibi siyasi olayların etkisi altında anlaşılması gerektiği anlamına gelmez. Nitekim Dworkin açısından hukukun siyasi olanla kesiştiği noktada gündem, mevcut yasaların ve anayasanın, topluluğun siyasi ahlakı açısından nasıl yorumlanması gerektiğidir. Dolayısıyla siyasete vurgu, hukuk yorumunun siyasi ahlak bakımından nötr kalamayacağını altını çizer. İyi bir yorum, topluluğun geleceğinin adalet ve hakkaniyet temelinde inşa edilmesidir.

B. Yargıç ve Yorum: Zincirleme Roman

Hukukun ne olduğu bir yorum meselesiye, hukuk kuramcısının yorumu ile hukuk uygulayıcısının belirli hukuki uyumsuzluktaki yorumu arasında nasıl bir ilişki bulunduğu sorulabilir. Pozitivist yaklaşımlar, hukukun doğasına ilişkin felsefi araştırmanın yasaların belirli bir davada neyi gerektirdiği sorusundan ayrı tutulması gerektiğini öne sürmektedir.⁴⁶ Buna karşılık Dworkin, hukuk kuramı ile hüküm vermeyi birleştirir. Bütünlük olarak hukuk, bu açıdan aslında bir genel hukuk teorisidir. Anglo-Amerikan hukuk geleneğinin genel bir yorumunu sunar. Yorumun iki düzeyi arasında, yani hukuk kuramcısının yorumu ile yargıcın belirli bir davadaki yasa yorumunda, yorumun niteliği bakımından bir fark yoktur. Elbette genel hukuk teorileri, mahkeme kararlarından farklı olarak, hukuk pratiğinin sadece belirli bir kısmını değil genel yapısını ve hedefini yorumlar. Fakat yine de mahkemelerde verilen her karar hukuka ilişkin böyle bir soyut zemini; kuramsal bir boyutu varsaymak durumundadır. “Dolayısıyla (...) yargıcın görüşü (...) bir hukuk felsefesi eseridir.”⁴⁷ O halde genel hukuk teorisinin veya hukuk kuramının dayandığı yorum anlayışından, yargıçların yorum pratiğinin nasıl olması gerektiğine ilişkin bazı ipuçları elde edilebilir. Dworkin’in zincirleme roman tasarısı hem bunun bir örneğidir hem hukuki muhakemenin hermenötik yapısını ortaya çıkarmak için iyi bir başlangıç noktasıdır.

Dworkin, hukuki yorumun bir modelini sunmak üzere bir grup yazarın bir araya gelerek ortaklaşa oluşturacağı bir roman yazma projesi tasarlar. Romanın yazımına başladıktan sonra her bir yazar sıra kendisine geldiğinde, romana yeni bir bölüm eklemekte ve taslağı sırası gelen diğer yazara devretmektedir. Başta belirlenen kurala göre, tüm yazarlar romana yeni bölüm ekleyip süreç tamamlandığında, ortaya karakterler, olay örgüsü ve tema bakımından birbirini tamamlayan tek bir roman çıkmalıdır. Her bir yazar kendi bölümünü yazmadan önce, önceki yazarların birlikte oluşturdukları taslağı yorumlamalı ve yazma işi bittiğinde olabilecek en iyi romanın ortaya çıkmasını amaçlamalıdır.⁴⁸

Dworkin’e göre yargıçlar hüküm kurarken kendilerini zincirleme romandaki bölüm yazarları gibi düşünmelidir. Her karar, “hukuk zinciri”nin bir halkasını oluşturur. Yargıç, önüne gelen uyumsuzlukta, öncelikle pratiğin geçmişini göz önüne alarak uyumsuzluk konusuyla ilgili hukuku anlamaya çalışacak, yürürlükteki hukukun farklı düzey ve mahiyetteki çeşitli kaynaklarını inceleyecektir. Bu süreçte yargıçlar, yazılacak bölümün gerekçesini yönlendiren veya hukuki ifadenin anlamını belirleyen bir referans kaynağı olarak yasa koyucunun “gerçek niyeti”ne başvuramaz. Hukuk romanı “tek bir yazarın” elinden çıkıyormuşcasına, “mantıklı veya rasyonel bir yasa koyucunun niyetine” uygun olabilecek “nesnel” ve “makul” gerekçelere dayanmalıdır.⁴⁹ Hukukun yorumu, metnin geçmiş anlamının tutsağı olmadan hermenötik bir geleneğin inşai yorumunu gerektirmektedir:

“Bütünlük olarak hukuk bugünden başlar ve geçmişin peşine, ancak günümüz bakışının zorladığı ölçüde ve günümüzün bakışıyla düşer. Günümüz hukuku için bile, onu yaratan siyasetçilerin ideallerini veya pratik amaçlarını hatırlatmayı amaçlamaz. Daha ziyade, bugün için anlatılmayı hak eden kapsayıcı bir hikâye içerisinde onların ne yaptığını gerekçelendirmeyi hedefler.”⁵⁰

Yargıç; yasalar, mahkeme kararları ve içtihatlar gibi kaynaklarla tutarlılığı hedeflediğinde yorumun sadece ‘uyma’ boyutundaki görevini yerine getirmiş olur. Oysa uyumsuzluğa uygun hukuki çözümün

⁴² DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 85.

⁴³ DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 510.

⁴⁴ DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 513.

⁴⁵ ALEXANDER, Larry: Striking Back at the Empire: A Brief Survey of Problems in Dworkin's Theory of Law, Law and Philosophy, 6(3), 1987, s. 419.

⁴⁶ Dworkin’e yöneltilen temel hukuki pozitivist eleştiri, Dworkin’in geçerli hukuk sorunu ile yorum sorununu karıştırdığıdır. Sözelimi Raz, belirli bir hukuk sisteminin içeriğinin belirlenmesiyle hukukun doğasına ilişkin genel nitelikli bir araştırmanın farklı girişimler olduğunu düşünmektedir. Pozitivist yazarlarda yaygın eğilim, ikinci tür araştırmanın ilkinin nazaran öncelikli olduğudur. Bkz. RAZ, Joseph: Otorite ile Yorum Arasında Hukukun Doğası, (çev. Uzun, Ertuğrul), Ankara, Fol Kitap, 2022, s. 110. Buna karşın felsefi hermenötikte anlama ile yorumlama birbirinden ayrılmaz. Dworkin’in iki sorunu birbirine karıştırdığı eleştirisi, bu açıdan doğru görünmemektedir.

⁴⁷ DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 124.

⁴⁸ DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 285-86.

⁴⁹ POSCHER, Ralph: “Hermeneutics, Jurisprudence and Law”, in Malpas, Jeff/Gander, Hans-Helmuth (ed.) Routledge Companion to Philosophical Hermeneutics, Routledge, 2017, s. 459.

⁵⁰ DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 284.

araştırılması, yorumun ikinci boyutuyla, yani hukuk pratiğinin siyasi ahlakın iki kurucu ilkesi olan adalet ve hakkaniyet etrafında gerekçelendirilmesiyle devam etmelidir. Dworkin’e göre, yorumlayan yargıç, hukuk düzeninin “siyasi ahlak açısından olabileceğinin en iyi olmasını” sağlayacak bir ilkeyi seçer. Gerekçelendirme, belirli bir dereceye kadar yargıcın siyasi ahlaka ilişkin görüşlerini yansıtmak durumundadır. Fakat yargıcın adalet ve hakkaniyet anlayışı, topluluğun hukuki ve politik geleneğinin içinde şekillendiğinden bir o kadar da nesneldir.⁵¹ Yargıç dahil olduğu topluluğun hukuk pratiğine attığı amacı ‘en iyi ışık’ altında gösteren ve onu olabileceğinin en iyisi yapan yorumun hangisi olduğu sorusuna yanıt bulduğunda, inşai yorum süreci tamamlanır.

İnşai yorum nihayete erdiğinde yargıcın vardığı hükmün bir ‘keşif’ olmadığına altı çizilmelidir. Hukuk zincirinin bir halkası olan her ‘yeni’ karar veya “doğru yanıt,” hukuk pratiğini anlamlı ve tutarlı bir bütün olarak yeniden kurar.⁵² Bununla birlikte yargıcın kararı tümüyle bir ‘icat’ olarak da görülemez⁵³; çünkü yargıcın hukuki muhakemesi, kendisinden önce oluşmuş bir birikimin etkisindedir: “Bir hakimin geçmişi ve ahlaki inançları, insanların hukuk çerçevesinde sahip olduğu yasal haklara ilişkin kararlarını etkileyecektir. Ancak hukuk tarihinin somut gerçekleri, bu inançların kararlar üzerindeki etkisini yine de sınırlayacaktır.”⁵⁴ Yargıç, önceki yazarlar tarafından biçimlendirilen taslağı görmezden gelirse, katkısı tutarlı bir eserin ortaya çıkmasına hizmet etmeyecektir. Yargıcın görevi, katılımcısı olduğu hukuk geleneğinin geçmişini yorumlamaktır, daha iyi bir tarih icat etmek değildir.⁵⁵ Haliyle icat ve keşif ya da keyfilik ile nesnellik arasında gidip gelen klasik yorum tartışmaları, hatalı bir ikileme dayanmaktadır: “Biri tam bir yaratıcı özgürlüğü, diğeri mekanik bir metne bağlı sınırlanmışlığı ifade eden iki taraf de” gerçeği yansıtmaz.⁵⁶

Yorumda keyfilik sınırlayan “birleştirici” etkenlere vurgu yapsa da Dworkin, bunların gücünün abartılmaması gerektiğini söyler. Yorumun uyma boyutu yahut gelenek, Gadamer’in de öngördüğü gibi, metne ‘muhafaza’ edici bir ufuktan yaklaşmayı önermemektedir. Yargıç, yalnızca geleneği sürdüren bir yazar değil, aynı zamanda onun eleştirmenidir. Hukukun anlamını sürekli olarak yeniden yapılandırır ve bugünün ufkuna taşır. Diğer bir deyişle, yorumcunun subjektif bakışı geleneğin eleştirel bir biçimde sürdürülmesini güvence altına alır. O yüzden hukuki muhakeme, yorumlayan yargıcın ufkı ile “miras alınan siyasi ve hukuki gelenek arasındaki bir diyalogla açığa çıkar.”⁵⁷ Tam da bu nedenle çetin davalarda yargıçlar, şimdinin ufkundan hareketle, yerleşik bazı yaklaşımları hatalı bulabilir, hukuk geçmişiyile bağdaşmayan yeni yorum perspektifleri inşa edebilir.⁵⁸

Dworkin, hukukun devam ettirilmesi gereken uzun bir hikâye olduğunu ve yargıçların önlerine gelen davalarda gelişmekte olan hikâyeyi nasıl mümkün olduğunca en iyi kılabileceklerini sormaları gerektiğinin altını çizer.⁵⁹ Bir roman yazma faaliyeti olarak hukuki muhakeme ne lafzi anlama ilişkin bir sözlük araştırması ne ahlaken nötr mantıksal bir mühendislik işlemidir. Bu şemada hukuk, basit bir kural uygulaması yahut niyet araştırmasının ötesinde, yargıcın dahil olduğu pratiği bir amaç etrafında anlamlandırdığı kurucu bir yorum etkinliğiyle gün ışığına çıkar. Yargıcın esas görevi, adalet ve hakkaniyet gibi siyasi ahlakın temel bileşenlerinin tekil hukuki uyumsuzlukların çözümünü nasıl yönlendireceğini tespit etmektir.⁶⁰ O halde yargıcın inşai yorumunun hukuki geçerliliğinin, herhangi bir topluluğun hukuki ve politik düzeninin en adil

⁵¹ DONATO, James: “Dworkin and Subjectivity in Legal Interpretation”, Stanford Law Review, 40(6), 1988, s. 1534. Yargıçların subjektif yorumlayıcı perspektifleriyle kurucu yorumun nesnelliği arasındaki gerilim için bkz. MAHONEY, Jon: “Objectivity, Interpretation, and Rights: A Critique of Dworkin”, Law and Philosophy, 23(2), 2004, s. 187-222. Marmor’a göre bu gerilim Dworkin’in kurucu yorum modeli ile hermenötik tez arasında ortaya çıkmaktadır. Marmor, hermenötik tezin sadece “birleşik bir yorum kavramı”nda temellendirilebileceğini ileri sürer. Marmor’a göre Dworkin, bu hermenötik teze bağdaşmayan üç varsayıma dayanmaktadır: (1) Tüm yorumların evrensel bir geçerliliğe sahip olması amaçlanmıştır, (2) tüm yorumlar tüketilebilir, (3) tüm yorumlar aynı tür değerlendirebilir. Dolayısıyla Dworkin açısından en iyi ışık altındaki bir yorumun “daha iyi” bir yorum olduğu doğru olsa bile, “en iyi yorum” olduğu her zaman tartışmalıdır, zira yorumlar birbiriyle her daim rekabet halindedir. MARMOR, Andrei: Interpretation and Legal Theory, Oxford: Clarendon Press, 1992, s. 54, 57-58.

⁵² Dworkin’in çetin davalarda dahi “doğru yanıt”ın olduğu tezi, bir yorumun mutlak veya genelgeçer bir hukuki doğruluğu temsil ettiği ima etmez. Dworkin açısından yargıcın ulaştığı “doğru yanıt”ın, felsefi hermenötikle uyumlu bir “metafor” olarak anlaşılması gerektiği kabul edilebilir. Doğru yanıt metaforu, her somut davada “bütünlük ve hukukun yorumsal tutarlılığının” yeniden inşa edilebilirliğini açıklamak amacıyla kullanılmaktadır. STRECK, s. 692-93.

⁵³ TÜRKBAĞ, s. 143.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald: “‘Natural’ Law Revisited”, Florida Law Review, 34(2), 1982, s. 169. Dworkin, her topluluğun “hukuk paradigmalarına”; yargıçların karşı çıkması durumunda “usulsüzlük veya cehalet suçlamasıyla karşı karşıya” kalabilecekleri çeşitli düzenlemelere sahip olduğunu söylemektedir: “Üstelik yargıçlar hukuk hakkında düşünürken toplumun dışında değil içindedirler; genel entelektüel çevre ve bu çevreyi yansıtan ve koruyan ortak dil, kişinin kendine özgü olmasının önüne pratik, muhayyilesinin üzerine ise kavramsal sınırlar koyar.” DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 121.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald: “Law as Interpretation”, Critical Inquiry, 9(1), 1982, s. 193-94.

⁵⁶ DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 292.

⁵⁷ DONATO, s. 1518.

⁵⁸ HENLEY, s. 22. Dworkin yorumların değişebilirliğinin örneği olarak ırk ayrımcılığına ilişkin Yüksek Mahkeme kararını gösterir. Yüksek Mahkeme, 1896 yılında *Plessy v. Ferguson* davasında eyaletlerin “eşit ama ayrı” imkânlar sunmasının Anayasada güvence altına alınan kişilerin “eşit yasal korumaya sahip olacakları” hükmünü ihlal etmediğine ilişkin yorumunu, 1954 yılında *Brown* davasında değiştirir. Yüksek Mahkemenin yeni içtihadının gerekçesi, geçen altmış yılda Birleşik Devletler’de yaşanan tarihi ve sosyal olaylar neticesinde siyahilere yönelik kamusal sağduyuda yaşanan köklü değişimdir. Zira 1954 yılının toplumu açısından ‘ayrımcılık’, 1896 yılında, “*Plessy* kararının verildiği dönemde olduğundan çok daha yanlış” görünmektedir. Yüksek Mahkeme yargıçları, *Plessy* kararının emsal niteliğine dayanılarak yapılan itirazlara rağmen oybirliğiyle “eşit ama ayrı” formülünü reddetmiş ve ilgili anayasa maddesine ilişkin yorum geleneğini yeni bir güzergaha taşımıştır. Bkz. DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 53, 54, 481 vd.

⁵⁹ DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 298.

⁶⁰ DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 282.

ve hakaniyetli nasıl olması gerektiğine dair bir vizyonun gerekçelendirmesi anlamına geldiğini söyleyebiliriz.

IV. Bir Anayasa Mahkemesi Kararının Hermenötik Eleştirisi

Bu bölümde, Anayasa Mahkemesi kararı, bütünlük olarak hukuk anlayışının yorum pratiğine ilişkin sonuçları açısından incelenecektir. İlk bakışta, mahkemenin çoğunluk kararının dayanakları hermenötik yorumun bazı unsurlarını -dil, tarih ve gelenek- içeriyor görünmektedir. Ne var ki karar, siyasi ve hukuki geleneği, diyalektik bir düzlemde yeniden kurmak ve “en iyi ışık altında” göstermek yerine dogmatik bir düz çizgide yinelemektedir. Dworkin’in kurucu yorum izleğiyle bağdaşmayan Anayasa Mahkemesinin muhakeme zincirini hermenötik argümanlarla irdeleyelim.

A. Hukuki Problemin Mahiyeti

Anayasaya aykırılığı 2022 yılında itiraz konusu edilen kural, iki farklı kanundaki aynı hükümdür:

1. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu (1964) mülga m. 3:

“Sigortalı sayılmayanlar m. 3- 1- Aşağıda yazılı kimseler bu kanunun uygulanmasında sigortalı sayılmazlar: (B) İşverenin ücretsiz çalışan eşi.”

2. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (2006) m. 6:

“Sigortalı sayılmayanlar m. 6- Bu kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları hükümlerinin uygulanmasında; a) İşverenin işyerinde ücretsiz çalışan eşi, (...) sigortalı sayılmaz.”

Anayasa Mahkemesi, kanuni düzenlemenin -işverenin işyerinde ücretsiz çalışan eşi sigortalı sayılmaz- Anayasanın 10., 13. ve 60. maddelerine aykırı olmadığına karar verir. Çoğunluğun muhakemesinin hukuki dayanağı Medeni Kanun’un 185. maddesinde yer alan, “eşler (...) birbirine (...) yardımcı olmak zorundadır” hükmüdür. Çoğunluk, eşin sigortasız sayılacağına ilişkin kuralın Anayasaya uygunluğunu, eşlerin yardım yükümlülüğü normuna atıfla ve her iki kanunda geçen ‘eş’ sözcüğünün cinsiyet açısından bir ayrım yapmadığı teziyle gerekçelendirir. Karşı görüşteki yargıçlarsa, itiraz konusu düzenlemenin Anayasaya uygunluğunun Medeni Kanun normuna atıfla yorumlanamayacağını,⁶¹ ‘eş’ sözcüğünün hukuki anlamının görüldüğü kadar nesnel olmadığını ve hak sahipliği açısından yasa koyucunun iradesine referansla meşru görülen istisnanın eşitlik ilkesine aykırılığını argümanlaştırır. Yargıçlar arasındaki uzlaşmazlık, iki soru üzerinde toplanmaktadır: (1) Anayasaya uygunluk denetimine konu kanuni düzenlemede geçen ‘eş’ sözcüğünden ne anlaşılmalıdır? (2) Medeni Kanun’da öngörülen ‘eşlerin birbirine yardımcı olma zorunluluğu’ anayasal bir hakkın -sosyal güvenlik hakkı- istisnası haline getirilebilir mi? Hermenötik bütünlük açısından hukuki problemin tam ve nihai görünümü şu şekilde ifade edilebilir: ‘İşverenin işyerinde ücretsiz çalışan eşinin sigortalı sayılmayacağı’ kuralının, MK m. 185 normuna dayanmak suretiyle, Anayasanın 60. maddesinde belirtilen, “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar” normunun “meşru” bir istisnası kabul edilip edilemeyeceği ve eşin sosyal güvenlik hakkından mahrumiyetinin “eşitlik ilkesine” (Anayasa m.10) aykırı olup olmadığıdır.

Davayı çetin kılan, itiraz konusu kanuni kuralın hangi siyasi ahlak ilkesi ışığında anlamlandırılacağı; siyasi ve ahlaki bir standart olarak eşitlik ilkesinin hukuken nasıl yorumlanacağıdır. Zira hukuki bir uzlaşmazlıkta mevzu bahis hangi hukuk kavramının veya kuralının uygulanacağı değildir; aksine, aynı kavramın veya kuralın farklı yorumlarının içeriğidir. Kanuni kuralların Anayasaya aykırı olduğu itirazını Bölge Adliye Mahkemesi şu gerekçelere dayandırır: “Bakılan davadaki talebin 1/10/2008 tarihinden önceki dönemi de kapsaması nedeniyle itiraz konusu her iki kuralın uygulanması gerektiği, sigortalı sayılmak için ücretli çalışmanın zorunlu olmadığı, bir kişinin eşine ait işyerinde çalışmasının her durumda aile ekonomisine maddi katkı sağladığı ve bu emeğin göz ardı edilmemesi gerektiği, evliliğin sürekli olacağı ve işveren eşin kendi sigortalılığı konusundaki yükümlülüklerini yerine getireceği ön kabulünün sosyal güvenlik hakkının özüyle bağdaşmadığı, eşine ait işyerinde çalışan kişinin boşandıktan sonra herhangi bir sosyal sigorta yardımına hak kazanmadığı, bu nedenle angarya yasağına aykırı bir çalışmanın gerçekleşmiş olduğu (...) bu suretle eşin herkes kavramının dışında tutulması” Anayasaya aykırıdır.

Haliyle uzlaşmazlık aslında iki farklı hukuki yorumun içeriğine ilişkindir⁶²: Eşitlik ilkesi, yasa koyucu iradenin örtük amacı ekseninde mi yorumlanmalı (Anayasa Mahkemesi) yoksa toplumun halihazırdaki ufkunu geçmiş birikim ve gelecek vizyonu ile bütünleştirerek mi anlamlandırılmalıdır? (İstinaf Mahkemesi). Romanın önceki bölüm yazarları, eşitlikten ücretsiz çalışan eş aleyhine sapılmasını hukuki bir sorun olarak görmemiştir. Geçmiş bölümlerdeki yargıç yorumları, ‘işverenin’ işyerinde ‘çalışan eşinin’ kanunda ifade edilen sosyal güvenlik hakkından yoksun bırakılışını yasa koyucuların iradesini yansıtan hukuk kitabına uygun bir içerikle yazmaya devam etmiştir. İlk defa İzmir Bölge Adliye Mahkemesi, kuralın hukuk romanının mahiyetiyle bağdaşmadığı, en iyi yorumunu içermediği itirazını ciddiye alarak yeni bir

⁶¹ Karşı görüşteki yargıç Z.A., “Medeni Kanunda anılan (...) yardım gibi kavramların anayasal norm düzeyine yükseltilerek anayasal bir hakkın sınırlandırılmasının meşru amacı olarak” kullanılmasının mümkün olmadığını ileri sürer. Karşı görüşteki yargıcın argümanları ikna edicidir. Fakat akıl yürütmedeki metodolojik bir hatanın/önyargının altı çizilmelidir: Yargıç Z.A.’nın iddiasının aksine, bütünlük ilkesi gereğince bir kanuni kuralın anayasal yorumunda; yani anayasal bir hakkın anlamının açığa çıkarılmasında bir başka kanun normuna atıf yapılabilir. Çoğunluğun ‘kötü’ yorumu, Medeni Kanun normunun anayasal norm düzeyine çıkarılmasına ilişkin metodolojik bir problemle ilgili değildir. Aksine hukuki problem, ‘eş yardımı’ normunun anlamının her bağlama uyarlanabilecek açık uçlu yorumlara elverişli yapısıdır. Tüm farklı yorumları geçersiz kılacak hukuken tutarlı ve adil doğru bir yanıt, ‘eşlerin yardım yükümlülüğü’ (MK m. 185) normunun sadece ve yalnızca “eşler arasındaki eşitlik” (Anayasa m. 40) ilkesi ışığında yorumlanmasıyla mümkündür.

⁶² PAVLAKOS, Georgios: “The Special Case Thesis”, Ratio Juris, 11(2), 1998, s. 145.

sayfa açılmasını talep eder Anayasa Mahkemesinden. İstinaf ve Anayasa Mahkemesi yargıçlarının yeni bir bölüm yazma hususundaki uzlaşmazlığı, hukuki yorum krizini siyasi ve ahlaki bir düzleme taşır.

B. Çoğunluk Kararının Muhakeme Zinciri

Çoğunluk, yasa koyucu otoritenin iradesinin dilsel göstergesi olan kuralın Anayasaya uygun anlam ve amacının “meşruluğunu” MK m.185’e atıfla gerekçelendirir. Ardından gerekçenin meşruluğunu hukuk metodolojisi açısından temellendirmek yerine kendi akıl yürütmesinin sonucunu güvence altına alan bir kurguya yaslanır: “İşverenin işyerinde eşinin ona yardım amacı taşımadan çalışması da mümkün olmakla birlikte, kanun koyucu çalışmanın eşe yardım yükümlülüğü kapsamında olup olmamasına göre bir ayırım yapmamıştır. Bununla birlikte eşinin işyerinde ücret almadan çalışan kişinin hangi hâllerde eşine yardım amacının bulunmadığı ve sigortalı sayılması gerektiğine ilişkin objektif ölçütler öngörebilmek neredeyse imkânsızdır. Dolayısıyla kanun koyucunun kategorik olarak işverenin ücretsiz çalışan eşinin eşe yardım yükümlülüğünü yerine getirdiğini kabul etmesinin makul bir nedeninin bulunduğu söylenebilir.”⁶³

Çoğunluğa göre, eş yardımından ne anlaşılması gerektiğinin “objektif” ölçütlerini belirlemek imkânsızdır. Fakat bir yandan imkânsızlığa vurgu yapılırken diğer yandan yasa koyucunun, mührü elinde tuttuğundan olsa gerek, “makul bir nedeni” olduğu varsayılmaktadır. Açık ki yargıçlar, varsaydıkları meşruluğun haklı gerekçelerini ikna edici argümanlarla inşa etmekten kaçınmakta, dahası otoriteye atıfla kurgulamaktadır. Gelgelelim otoritenin “makul bir nedeni”nin bulunduğu kurgusu, sadece yazılması talep edilen yeni bölüme değil romanın önceki bölümlerine de sirayet eden, geriye dönük bir etki yaratır: Yasa koyucu otoritenin başından beri bir bildiği vardır ve yargıçlara düşen otoritenin amacını kalıplaştıran kanunun dilsel anlamını yeni ufuklara açmak değildir! Öyle ya, 1964 tarihli eski kanuni kural, 2006 tarihli yeni kanuni düzenlemede yer aldığına göre, geçmişin anlam dünyasının hiç değişmeden; nasılsa öyle şimdiki zamana (2022) aktarılmasında hiçbir sakınca yoktur. Bu tavır, hermenötik açıdan şimdinin ufkunun askıya alınması olarak değerlendirilmelidir. Çoğunluk kararına imza atan yargıçlar hukuk romanını, tek bir anlam dağarcığına sıkıştırarak, zamanın getirdiği meydan okuma ve çelişkileri görmezden gelerek, yavan bir anlatıya dönüştürmüştür.

Yargıçların otoritenin buyurduğunu makul bulmaları subjektif bir yargıdır. Fakat öznel bakış açılarını nesnelleştirme/normatifleştirme gayretleri de azımsanmamalıdır. İşin aslı, çoğunluk nezdinde sosyal güvenlik hakkına getirilen kanuni istisnanın Anayasanın norm ve ilkeleriyle (hukuki metin), yasa koyucunun tarihi amacıyla tutarlı ve adil bir uyum sağladığı kurgusunu meşrulaştıran hukuki dayanak, gelenektir. Nitekim kararda öngörülen gerekçe, yargıçlara romanın önceki bölümlerinin doğal bir sonucu gibi görünmektedir. Dolayısıyla çoğunluğun yorumu, kanuni istisnanın hukuka uygunluğunu ‘siyaseten’ seçilen örtülü ilkelerle temellendirmektedir. Çoğunluk şöyle düşünmektedir aslında: MK m. 185 eşlerin yardım yükümlülüğünü ‘medeni’ aile hayatının vazgeçilmez bir unsuru sıfatıyla güvence altına aldığına göre, ücretsiz çalışan eşin işveren rolündeki diğer eşe yardım etmesi ‘geleneksel’ aile hayatının vazgeçilmez bir değeridir ve hukuken korunmalıdır. Gelgelelim karşı görüşteki yargıç Y.Ş.H.’in vurgusuyla, “buradaki sınırlamanın meşru amacının ailenin korunması veya evlilik birliğinden kaynaklanan amaçlar ile açıklanması mümkün değildir.” Zira “evliliğin herhangi bir şekilde sona ermesi durumunda ücretsiz çalışan eş,” sosyal devlet ilkesinin herkes için güvence altına aldığı bir sosyal haktan mahrum edilmektedir.⁶⁴

Yargıçlar, otoritenin bildiğini bilmediklerini ima ettikten hemen sonra, otoritenin hak ve özgürlükleri sınırlama yetkisinin sınırını Anayasa m. 13’e göre; orantılılık ve ölçülülük ilkeleri açısından yorumlar: Çalışan eşin sigortasız sayılacağına ilişkin kanuni düzenlemenin “meşru bir amacının bulunması yeterli olmayıp” Anayasa m. 13’e de uygun olması gerekmektedir. Çoğunluğun nihai yorumuna göre, hukuk metninin tarihselliği (yasa koyucunun 506 ve 5510 sayılı Kanunlarda istisna düzenleme iradesi ve amacı) ile istisnanın güncel anlamı (Anayasa m. 10 ve 13’ün hükümlerine uygunluğu) birbiriyle tutarlıdır, haliyle yeni bir sayfa açmanın ne zamanı ne yeridir.

C. Hermenötik Muhakemenin Neliği

Hermenötik muhakemenin kurucu bir faaliyet kipinde performe edildiğini hatırlatarak devam edelim. Gadamer hermenötiğinin açıklığı kavuşturduğu gibi, “terimler birer kabuktur. Kabuğu açıp içlerine bakmak, yani tarihsel olarak değişebilen anlamlarını gözetmek gerekir.”⁶⁵ Yargıcın hukuki muhakemesi, kavramların değişen anlamlarını ‘bütünlük’ ilkesinin izinde; geçmiş hukuki kararlarla tutarlı ve en iyi ışık altında seçilen adalet ve hakkaniyet ilkesiyle uyumlu bir argümanlaştırmayla⁶⁶ sunmalıdır.

Buna karşın çoğunluk, yasa koyucu otoritenin geçmişteki niyetini kanunileştiren kural ile şimdiye sirayet eden gelenek ufkunu birleştirirken, geleceğin yol haritasını bir fotoğraf karesi gibi sabitler. Takip edilen argümanlaştırma, kanunun lafzında dogmatikleşen eşitsiz toplumsal cinsiyet normlarını, geleneksel aile yapısını, dahası hükümet politikalarını aynı çatı altında toplayarak toplumun gelecek ufkunu da belirler.

⁶³ AYM, 01.07.2022 E.2022/15, K.2022/73.

⁶⁴ Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasasından bu yana, sosyal devlete ve sosyal haklara ilişkin yorumlarında “istikrarlı” fakat “tekdüze bir çizgi” izlemesinin eleştirisi için bkz. AKKAYA, Rukiye: “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Aynı Kelimeler İçine Sığdırdığı Sosyal Hukuk Devleti Yorumlarına Analitik Bir Yaklaşım”, İş Dünyası ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 752-64. Sosyal hakların “insan haklarının vazgeçilmez bir unsuru ve hakların vaaadinin asıl taşıyıcısı” olduğuna ilişkin felsefi bir değerlendirme için bkz. TÜRK, Rıdvan: “Sosyal Hakları Yeniden Düşünmek: Costas Douzinas’ın İnsan Hakları Öznesine Yönelik Eleştirileri Işığında Bir Deneme”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(21-22), 2020, s. 45-80.

⁶⁵ ÖZLEM, Doğan: Metinlerle Hermeneutik (Yorumbilgisi) Dersleri Cilt I-II, İnkılap Kitabevi, 1996, s. 395.

⁶⁶ POSCHER, s. 11.

Nihayetinde alışlageldiği üzere, ücretsiz çalışan eşin sosyal hakkının hukuk marifetiyle bir kaleimde silinmesinin gerekçesi, “patron” eşe yardımın kanunun sözüne, tarihi amaca (yasa koyucunun varsayılan niyeti) ve geleneksel aile içi rol dağılımına siyaseten uygunluğudur. Ne var ki, Goodrich’in ifade ettiği gibi, “hermenötik, müşterek bilginin veya sıradan bir dilin ulaşamadığı, geçmişte konuşulmuş fakat bugünü kontrol etmeye devam eden, yazılmış olan ve güncel bir yorumu gerektiren anlamları tercüme etme ya da yeniden kurma”⁶⁷ faaliyetiyse, çoğunluk muhakemesinin geçmişte söylenmiş ve yazılmış anlamları güncellediği ya da yeniden kurduğu söylenemez. Yargıçlara göre, metindeki ifadeler cinsiyet açısından nötrdür: Eş, işveren eşine yardım eden ve yardım etmesi beklenen ‘kadın’ veya ‘erkek’tir. Tam da burada çoğunluk, hukuki gerekçenin yönünü belirleyecek önemli bir hususu, yani eş sözcüğünün toplumsal cinsiyetli anlamını bir hokkabaz maharetiyle hasır altı eder. Oysa toplumsal realite, karşı görüşteki yargıç E.Y.’nin vurgusuyla, eş sözcüğün nötrlüğünün aksini kanıtlayan olgularla doludur: Türkiye’de işverenler ezici çoğunlukla kocalardır, yardım maksadıyla ücretsiz çalışan eşlerin cinsiyeti de kadındır. Görünüşte hukuk kuralının cinsiyet körü söylenmiş ve yazılmış dilsel anlamı, devasa bir fiili eşitsizliği bünyesinde barındırır. Karşı görüşteki yargıç Z.A.’ın ifadesiyle, “işverenin ücretsiz çalışan annesi, babası, çocukları ve kardeşleri gibi aile fertleri sigortalı sayılırken, eşin sigortalı sayılmaması yönündeki düzenlemenin eşitlik ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir.” Buna karşın yargıçlar, geçmişe saplanıp kalır; hukuki romanın ilk yazarının “meşru amacına” sadakatle bağlılıklarını sürdürür.

Buradan hareketle, soruyu tersinden sorarsak, hermenötik muhakemenin ne olmadığı Gadamer’in keskin yargısı hatırlandığında anlaşılabilir: Bir metnin anlamı, yazarın iradesine/niyetine indirgenemez.⁶⁸ Hermenötik akıl yürütme, tarihsel sürekliliğin ve metinsel bütünlüğün, şimdiki koşullara adapte edilmesini amaçlar. Yorum, geçmişin ve geleneğin gölgesinde şekillenir şekillenmesine, fakat şimdiki zamanın ilgi ve endişelerine duyarlı bir anlayışla hukuki metinlere yaklaşılır. Hermenötik yorum, geçmişle şimdi arasında köprü kurarak boşlukları doldurur, tarihi yorum kalıplarına sıkışmaz. Aksi halde yorum, kurucu işlevini yerine getirmekten ziyade sonsuz bir yinelemenin; eleştirel tutumdan ve özdüşünümsellikten yoksun bir muhakeme döngüsünün eşsiz örneğine dönüşür.

Hukuki metinlerin tarihi anlamlarının geçmiş iradeye ve geleneksel rol dağılımlarının olgusalılığına dayanarak yorumlanması ne Dworkin’in inşai yorumuna ne Gadamer’in ufukları kaynaştıran hermenötik yorumuna uygundur. Çoğunluk kararı, her ne kadar hermenötik yorumun bazı unsurlarını dikkate alıyor gibi görünse de nihayetinde ulaştığı nokta, geçmiş perspektiflerin şimdide tekrar edilmesidir. Mahkeme apaçık bir kanuni eşitsizliği, nedenini argümanlaştırmaktan imtina ederek, salt otoritenin kendinden menkul tarihi amacına referansla meşru ve Anayasaya uygun bulmuştur. Mahkemenin, sosyal realitede kadın eş aleyhine inşa edilmiş aile içi geleneksel eşitsiz cinsiyet rollerini muhafaza eden kuralı Anayasa ilkelerine aykırı bulmayan yorumu, kurucu bir performans değil teyit eden bir dogmatizmdir. Dworkin’in ifadesiyle, yargıçların geçmiş kararlara ‘uyma’ boyutunda aşırıya kaçıp ‘gerekçelendirme’ boyutunu savsaklaması, anayasal yorumu hukuki kisveye bürünmüş gündelik siyasetin bir uzantısı haline getirmektedir.

Öte yandan Dworkin’in yorumcu hukuk kuramının liberal bir ilkeye; “eşit ilgi ve saygı hakkı”na özel bir önem verdiği de hatırlanmalıdır. Birey hakları “anti-faydacı ve anti-çoğunlukçu bir karaktere” sahiptir; “genel refah ya da kamu yararı hakkında verilen çoğunluk kararları üzerinde sınırlayıcı” bir işlev yürütürler.⁶⁹ Hermenötik bir yorum, Anayasada güvence altına alınan hakları, metnin tarihsel anlamının sürükleyici gücüyle silmenin gerekçesi olamaz. Zira anayasalar tam da bireylerin haklarını, “çoğunluğun fikrinden korumak amacıyla tasarlanmıştır.”⁷⁰ Oysa çoğunluk kararı, MK m. 185 normunu sosyal fayda, önyargılara dayanan toplumsal normlar ve güdümlü politik tercihler ışığında yorumlayarak eşin sosyal güvenlik hakkını yok sayar. Yargıcın hermenötik muhakemesi, geçmişe uygun olmalıdır olmasına, ama halihazırdaki ‘yeni’ yorum, mazinin yeniden üretilme kapılarını açacak hukuki bir çilingir mahiyetine bürünemez. Hermenötik yorum verili durumda hakkaniyeti sağlamayı ve geleceği de hukuki bütünün bir parçası olarak kurmayı hedeflemelidir.

V. SONUÇ

Gadamer’in felsefi hermenötiğinde anlama, okur ile metin arasındaki bir diyalogla açığa çıkar. Metin ve okur ilişkisi, daima tarih, gelenek ve dil tarafından koşullandırılmıştır. Okur, anlama deneyimini kuşatan bu hermenötik dünya vasıtasıyla metne yönelir. Gadamer’e göre anlama, okurun şimdiki ufkunu oluşturan miras ile metnin kendi ufku arasındaki diyalektik bir etkileşimin ve kaynaşmanın ürünüdür. O halde yorum, metnin yazarının niyetine indirgenemez; metin, ona farklı ilgi ve endişelerle yönelen her yeni okurun soruları ve çağdaş kaygılarıyla yeni anlam ufukları kazanmaktadır. Bu dinamik süreç, anlamın geçmiş ile bugün arasında sürekli bir etkileşimle şekillendiğini ortaya koyar. Dolayısıyla anlama deneyimini etkisi altına alan gelenek, değişmez bir otorite değil, yeniden inşa edilebilen bir ufuktur. Gadamer’e göre geleneğin sınırları içinde özne hem kısıtlıdır hem özgürdür; zira yorumcu, miras aldığı anlam dünyasını şimdinin ufkundan hareketle eleştirel bir şekilde dönüştürebilmektedir.

Hukukun bir topluluğun tarihsel ve kültürel bağlamında yorumlanması gerektiğini argümanlaştıran hermenötik tezler, Dworkin’in hukuk kuramına teorik bir temel sağlar. Dworkin’in hukuk kuramı, Gadamer’in felsefi hermenötiğinden aldığı ilhamla, hukuku bir yorum pratiği olarak yeniden tanımlar ve pozitivist yaklaşımlara meydan okur. Ona göre hukuk, geleneğin ve tarihin etkisi altında şekillenen,

⁶⁷ GOODRICH, Peter: “Historical Aspects of Legal Interpretation”, Indiana Law Journal, 61(3), 1986, s. 348.

⁶⁸ O’HAGAN, s. 198.

⁶⁹ ALLAN, T. R. S.: “Justice and Fairness in Law’s Empire”, The Cambridge Law Journal, 52(1), 1993, s. 64.

⁷⁰ ALLAN, s. 78.

kuralların ötesinde ilkeleri de içeren dinamik bir bütünlük olarak kavranmalıdır. Gadamer'in "ufukların kaynaşması" ve "gelenek" kavramlarından hareketle Dworkin, hukuk kuramını belirli bir topluluğun pratiğinin yorumuna dayandırır ve bu yorumun "kurucu" niteliğini vurgular. Hukuk, bu çerçevede, geçmişle bugünü birleştiren bir hikâye olarak ortaya çıkar; yargıçlar ise bu hikâyeyi zincirleme roman yazar gibi, adalet ve hakkaniyet ilkeleri ışığında geliştirmekle yükümlüdür.

Dworkin'in hermenötik vizyonu, hukuki muhakemeyi mekanik bir kural uygulamasından uzaklaştırır ve yargıcı, geleneği eleştirel bir şekilde yeniden inşa eden yaratıcı bir aktör olarak konumlandırır. Nitekim Dworkin'in "bütünlük olarak hukuk" anlayışı, hukuki yorumu 'uyma' ve 'gerekçelendirme' olmak üzere iki temel boyutta ele alır. Uyma, yorumun geçmiş hukuki birikimle tutarlılığını sağlarken, gerekçelendirme, hukukun adalet ve hakkaniyet gibi siyasi ahlak ilkeleriyle meşruiyetini temellendirir. Zincirleme roman benzetmesiyle bu süreç, yargıçların hukuku bir hikâye gibi geliştirdiği bir pratiğe dönüşür: Her karar, geçmiş bölümlerle uyumlu olmalı, ancak aynı zamanda topluluğun değerlerini en iyi ışıktaki yansıtaçak şekilde yeni bir sayfa açmalıdır. Böylece hukuki muhakeme, geçmişin birikimine dayanmakla birlikte, bugünün ihtiyaçlarına da yanıt veren dinamik bir yorum etkinliğine evrilir.

Hermenötik hukuki muhakeme, mekanik bir yinelemeden ziyade normatif bir değerlendirmeye dayanmalıdır. Bu açıdan Anayasa Mahkemesinin çoğunluk kararının, hukuk pratiğimizin en iyi yorumu olduğu söylenemez. Hermenötik akıl yürütmenin dil, tarih ve gelenek bileşenleri çoğunluk kararının pusulası olmuştur. Gelgelelim muhakemenin esası, hukuk metninin dilsel anlamının -eşin sigortasız sayılması-, yasa koyucunun geçmişteki tarihi amacının ve yargıçların geleneksel bakış açısının şimdiye hapsedilerek yorumlanmasından ibarettir. Şüphesiz Dworkin, siyasi ahlak ilkelerinin rehberliğini teşvik etmekte, hatta yargıçların subjektif değerlendirmelerinin anlam arayışındaki etkisini yadsımak veya saf dışı bırakmak yerine olağanlaştırmaktadır. Fakat hermenötik yorum, metnin anlamını yazarın niyetine veya amacına bağlı kalarak ortaya çıkarmaktan, dahası normatif kalıplarla ilelebet muhafaza etmekten farklıdır. Çoğunluk kararı, eşlerin yardım yükümlülüğü normunu yorumun temel dayanak noktası yaptığı anda, nesnel ve kurucu bir gerekçelendirme imkânını baltalar. Kapsamına neyin dahil olduğu veya olabileceği önceden kategorize edilemeyecek ve belirlenemeyecek 'eş yardımı' ifadesinin (MK m. 185) anlamı, sosyal bir hak kaybının hukuki gerekçesi yapılamaz. Böyle bir durumda hermenötik yorumun eleştirel bir kavrayışla, toplumun şimdisini ve geleceğini inşa etme potansiyeli yok olur. Anayasa Mahkemesinin çoğunluk kararı hermenötik bir hukuki muhakemenin gereklerini yerine getirmemiş; geçmişte benimsenmiş hukuki ve siyasi bir ufku tekrar etmiştir.

KAYNAKÇA

- AKKAYA, Rukiye: "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Aynı Kelimeler İçine Sığdırdığı Sosyal Hukuk Devleti Yorumlarına Analitik Bir Yaklaşım", *İş Dünyası ve Hukuk*: Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 752-64.
- AKTAŞ, Sururi: "Hukukta Yorum Çabaları", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV(3,4), 2011, s. 1-33.
- ALLAN, T. R. S.: "Justice and Fairness in Law's Empire", *The Cambridge Law Journal*, 52(1), 1993, s. 64-88.
- AYDIN, Melike Belkis: *Hukuka Hermeneutik Yaklaşım: Hans-Georg Gadamer'in Felsefi Hermeneutiği*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul Üniversitesi, 2019.
- DILTHEY, Wilhelm: *Hermeneutik ve Tin Bilimleri*, (çev. Özlem, Doğan), İstanbul, Notos Kitap Yayınevi, 2012.
- DONATO, James: "Dworkin and Subjectivity in Legal Interpretation", *Stanford Law Review*, 40(6), 1988, s. 1517-41.
- DWORKIN, Ronald: *Hukukun Hükümleri*, (çev. Uzun, Ertuğrul), 1. Baskı., İstanbul: Nora Kitap, 2018.
- , "Law as Interpretation", *Critical Inquiry*, 9(1), 1982, s. 179-200.
- , "'Natural' Law Revisited", *Florida Law Review*, 34(2), 1982, s. 165-188.
- , *Taking Rights Seriously*, 2nd. edition., Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1977.
- GADAMER, Hans-Georg: *Hakikat ve Yöntem 1. Cilt*, (çev. Yavuzcan, İsmail/Arslan, Hüsamettin), 1. Baskı., İstanbul, Paradigma Yayınları, 2008.
- , *Hakikat ve Yöntem 2. Cilt*, (çev. Yavuzcan, İsmail/Arslan, Hüsamettin), 1. Baskı., İstanbul, Paradigma Yayınları, 2009.
- GOODRICH, Peter: "Historical Aspects of Legal Interpretation", *Indiana Law Journal*, 61(3), 1986, s. 331-354.
- HENLEY, Kenneth: "Protestant Hermeneutics and the Rule of Law: Gadamer and Dworkin", *Ratio Juris*, 3(1), 1990, s. 14-28.
- KISIEL, Theodor: "Gelenegin Vukubulması: Gadamer ve Heidegger'in Hermenotiği", *İnsan Bilimlerine Prolegomena: Dil, Gelenek ve Yorum*, (çev. Arslan, Hüsamettin), 1. Baskı., İstanbul, Paradigma Yayınları, 2002, s. 181-207.
- LEYH, Gregory: "Dworkin's Hermeneutics", *Mercer Law Review*, 39(3), 1988, s. 851-866.
- MAHONEY, Jon: "Objectivity, Interpretation, and Rights: A Critique of Dworkin", *Law and Philosophy*, 23(2), 2004, s. 187-222.
- MARMOR, Andrei: *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- METİN, Sevtap: "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXI(1-2), 2003, s. 35-83.
- O'HAGAN, Timothy: "Gadamer, Hermeneutics and the Law", *ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie /Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 76(2), 1990, s. 197-202. [Türkçesi: O'HAGAN, Timothy: "Gadamer, Hermenötik ve Hukuk", çev. Kılıç, Muharrem, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 3, 2001, s. 425-434].
- O'NEILL, Shane: *Impartiality in Context: Grounding Justice in a Pluralist World*, Illustrated edition., Albany, State University of New York Press, 1997.
- ÖZLEM, Doğan: *Metinlerle Hermeneutik (Yorumbilgisi) Dersleri Cilt I-II*, İnkılap Kitabevi, 1996.
- ÖZTÜRK, Emre: *Hermeneutiğin Öyküsü: Gadamer Odaklı Bir Analiz*, 1. Baskı., Ankara, Anı Yayıncılık, 2020.
- PALMER, Richard E.: *Hermenötik*, (çev. Görener, İbrahim), 1. Baskı., İstanbul, Düşün Yayıncılık, 2015.
- POSCHER, Ralph: "Hermeneutics, Jurisprudence and Law", in Malpas, Jeff/Gander, Hans-Helmuth (ed.) *Routledge Companion to Philosophical Hermeneutics*, Routledge, 2017, s. 451-65.

- RAZ, Joseph: Otorite ile Yorum Arasında Hukukun Doğası, (çev. Uzun, Ertuğrul), Ankara, Fol Kitap, 2022.
- SAĞLAM, Rabia: “Derrida ve Dworkin Arasındaki İlişki: Yapıbozum ve Yargıç Herkül”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61(1), 2012, s. 275-320.
- STRECK, Lenio Luiz: “Deconstructing The Models Of Judges: Legal Hermeneutics And Beyond The Subject-Object Paradigm”, Nevada Law Journal, 10, 2010, s. 683-699.
- ŞENER, Müslüm: Dworkin’in Yorum Teorisi ve Hüküm Kurmadaki Önemi, Adalet Yayınevi, 2022.
- TATAR, Burhanettin: 3 Derste Hermenötik, 2. Basım., İstanbul, Vadi Yayınları, 2018.
- , Felsefi Hermenötik ve Yazarın Niyeti, 3. Basım., İstanbul, Vadi Yayınları, 2018.
- TÜRK, Rıdvan: “Sosyal Hakları Yeniden Düşünmek: Costas Douzinas’ın İnsan Hakları Öznesine Yönelik Eleştirileri Işığında Bir Deneme”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(21-22), 2020, s. 45-80.
- TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi: Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı, 2. Basım., İstanbul, Derin Yayınları, 2010.
- TÜRKMEN BİRLİK, Pınar: “Dil Felsefesinden Hukuk Felsefesine Açılan Bir Kapı: Gadamer’den Dworkin’e Hermeneutik Yöntem”, Temaşa Felsefe Dergisi, 15, 2021, s. 98-114.
- UYGUR, Gülriş: “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52(3), 2003, s. 145-176.
- VINX, Lars: “Some Untidy Reflections on the Betti–Gadamer Debate”, in Betti, Emilio (ed.) Hermeneutics as a General Methodology of the Sciences of the Spirit, Routledge, 2022.
- WACHTERHAUSER, Brice R., “Anlamada Tarih ve Dil”, İnsan Bilimlerine Prolegomena: Dil, Gelenek ve Yorum, (çev. Arslan, Hüsamettin), 1. Baskı., İstanbul, Paradigma Yayınları, 2002, s. 209-249.
- WEST, David, Kıta Avrupası Felsefesine Giriş: Rousseau, Kant ve Hegel’den Foucault ve Derrida’ya, (çev. Cevizci, Ahmet), 5. Baskı., İstanbul, Paradigma Yayınları, 2020.

MAHKEME KARARLARI

AYM, 01.07.2022 E.2022/15, K.2022/73

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazarlar Rabia SAĞLAM ve Rıdvan TÜRK, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Rabia SAĞLAM and Rıdvan TÜRK, who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından birlikte hazırlanmıştır. | This article has been co-written by the authors.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

**SİBER UZAYDA YER ALAN KİŞİSEL VEYA KRİTİK KAMU HİZMETİ
KAPSAMINA GİREN KURUMSAL VERİLERİ ERİŞİME AÇMA, PAYLAŞMA VE
SATIŞA ÇIKARMA SUÇU**THE CRIME OF ACCESSING, SHARING AND SELLING PERSONAL OR INSTITUTIONAL
DATA THAT FALLS WITHIN THE SCOPE OF CRITICAL PUBLIC SERVICES IN CYBERSPACEBahar TURGUT* 10.21492/inuhfd.1681526 **Makale Bilgi**Gönderi: 22/04/2025
Kabul : 27/05/2025**Anahtar Kelimeler***Siber Uzak,
Siber Güvenlik,
Siber Suç,
Veri.***Article Info**Received: 22/04/2025
Accepted: 27/05/2025**Keywords***Cyberspace,
Cyber Security,
Cyber Crime,
Data.***Özet**

09.03.2025 tarihli ve 7545 sayılı Siber Güvenlik Kanunu (SiGüK) ile Türk hukukunda siber güvenliğe ilişkin olarak ilk kez düzenleme yapılmıştır. SiGüK'nün "Cezai Hükümler" başlıklı 16. maddesinde dokuz farklı suç tipine yer verilmiştir. Bu suç tiplerinden birisi de 4. fıkra düzenlen "Siber Uzayda Yer Alan Kişisel veya Kritik Kamu Hizmeti Kapsamına Giren Kurumsal Verileri Erişime Açma, Paylaşma ve Satışa Çıkarma" suçudur. Söz konusu suçun nitelikli halleri, diğer suçlarla birlikte SiGüK'nün 16/7. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili suç ile kanun koyucu, bir veri sızıntısı sebebiyle siber uzayda bulunan kişisel veriler ile kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verilerin, ilgili kişi veya kurumun izni olmadan paylaşılmasını, erişime açılmasını veya satışa çıkarılmasını yasaklamaktadır. Böylece hem kişisel ve kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verilerin güvenliğinin sağlanması hem de kritik kamu hizmetlerinin işleyişi korunmaya çalışılmıştır. Bu çalışma ile siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçuna ilişkin olarak yapılan düzenleme ceza hukuku bakımından incelenerek değerlendirilecek, konuya ilişkin görüş ve öneriler sunulacaktır.

Abstract

The Cyber Security Law (SiGüK) dated 09.03.2025 and numbered 7545 introduced regulations regarding cyber security for the first time in Turkish law. Article 16 of the SiGüK titled "Penal Provisions" includes eight different types of crimes. One of these types of crimes is the crime of "Opening Access, Sharing and Selling Personal Data or Corporate Data Covered by Critical Public Services in Cyberspace" regulated in paragraph 4. The qualified forms of the crime in question are regulated in Article 16/7 of the SiGüK, along with other crimes. With the relevant crime, the legislator prohibits sharing, opening access or selling personal data and corporate data covered by critical public services in cyberspace due to a data leak without the permission of the relevant person or institution. In this way, efforts have been made to ensure the security of both personal and corporate data and to protect the operation of critical public services. In this study, the regulation regarding the crime of opening up access to, sharing and selling personal or critical public service corporate data in cyberspace will be examined and evaluated in terms of criminal law, and opinions and suggestions on the subject will be presented.

* Öğr. Gör. Dr., Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: TURGUT, Bahar, "Siber Uzayda Yer Alan Kişisel veya Kritik Kamu Hizmeti Kapsamına Giren Kurumsal Verileri Erişime Açma, Paylaşma Ve Satışa Çıkarma Suçu", İnÜHFD, 16(1), 2025, s.207-220. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.



EXTENDED SUMMARY

Introduction and Research Purpose: The Cyber Security Law (SiGÜK) dated 09.03.2025 and numbered 7545 introduced regulations regarding cyber security for the first time in Turkish law. Article 16 of the SiGÜK titled “Penal Provisions” includes ten different types of crimes, and the crime of “Opening Access, Sharing and Selling Personal Data or Corporate Data Covered by Critical Public Services in Cyberspace” is regulated in the 4th paragraph. With the relevant crime, the legislator prohibits sharing, accessing or selling personal data and corporate data covered by critical public services in cyberspace due to a data leak without the permission of the relevant person or institution. In this way, both the security of personal and corporate data is ensured, and the operation of critical public services is attempted to be protected.

It is prohibited to share, access or sell personal data and corporate data that fall within the scope of critical public services in cyberspace due to the type of crime that constitutes the subject of the study and data leakage without the permission of the relevant person or institution, thus ensuring the security of both personal and corporate data and protecting the operation of critical public services.

In this study, the regulation regarding the crime of accessing, sharing and selling personal or critical public service corporate data in cyberspace will be examined and evaluated in terms of criminal law, and opinions and suggestions on the subject will be presented.

Literature Review: The crime of Opening Access, Sharing and Selling Corporate Data that are Within the Scope of Personal or Critical Public Service in Cyberspace is a new type of crime that has been regulated for the first time. Therefore, the relevant crime has not been the subject of any study or examined before. This study aims to examine the regulation made regarding the crime of opening access, sharing and selling corporate data that are within the scope of personal or critical public service in cyberspace in terms of criminal law and to present our opinions on the subject. In addition, this study will attempt to present suggestions to the legislator regarding the regulation of the relevant crime.

Methodology and Findings: This study is a study that approaches the subject critically. The study was prepared using compilation and research methods.

Conclusions, Limitations, and Recommendation: When the regulation of the crime of accessing, sharing and selling personal or critical public service corporate data in cyberspace is examined, the insufficiency of the qualified forms of the crime draws attention. The qualified circumstances of the crime are that the crime is committed by a public official, by more than one person and within the framework of the activities of an organization. However, in our opinion, elements such as the subject matter of the crime being a state secret, the damage caused by the crime to critical infrastructures or persons, and the losses suffered by the state due to the crime could also be regulated as qualifying circumstances of the crime. In addition, the regulation of the qualification of the crime committed by a public official is also erroneous. Namely, the purpose of accepting the fact that the perpetrator is a public official as a qualifying circumstance that aggravates the punishment is to prevent the use of the power, authority and influence provided by the public office to commit a crime. For this reason, while regulating this qualifying circumstance, expressions such as “by the public official in connection with his/her duty”, “by the public official taking advantage of the convenience provided by his/her duty”, “by the public official abusing the influence provided by his/her duty” or “by the public official abusing the authority granted by his/her duty” are included in the text of the relevant article. However, in the crime of accessing, sharing and putting up for sale corporate data in cyberspace that falls within the scope of personal or critical public service, since such a statement is not included when regulating this qualified case, the qualified case will be applied in every case where the crime is committed by a public official and the penalty will be increased. However, if a public official commits the offense of accessing, sharing and selling personal or critical public service corporate data in cyberspace independently of his/her duty, he/she should not be held responsible for the relevant qualified case.

When the regulation of the offense of accessing, sharing and putting up for sale corporate data within the scope of personal or critical public service in cyberspace is examined in the law, it is seen that there is no regulation regarding the commission of the offense for the benefit of a legal entity. Therefore, if the relevant offense is committed for the benefit of a legal entity, it will not be possible to impose any criminal sanction on this legal entity. In our opinion, it would be a proper amendment to make a legal regulation on this issue and to stipulate that if the offense is committed for the benefit of a legal entity, the permission will be revoked and confiscation security measures will be applied to the legal entity.

In conclusion, it is obvious that the relevant offense will serve to meet public needs. However, since the legal regulation contains deficiencies, it can be said that it would be appropriate to review it again in order to avoid problems in practice.

I. GİRİŞ

7545 sayılı Siber Güvenlik Kanunu (SiGüK)¹ ile Türk hukukunda siber güvenliğe ilişkin ilk kez doğrudan bir kanuni düzenleme yapılmıştır. SiGüK’nun “Amaç” başlıklı 1. maddesine göre Kanun’un amacı, Türkiye Cumhuriyeti’nin siber uzaydaki milli gücüne yönelik tehditlerin tespit edilerek ortadan kaldırılması, siber olayların doğuracağı tehlikelere karşı alınacak önlemlerin belirlenmesi, Türkiye Cumhuriyeti’nin kurum ve kuruluşlarının siber saldırılara karşı korunması için gerekli düzenlemelerin yapılması, ülkenin siber güvenliğinin güçlendirilmesi için politikaların belirlenmesi ve Siber Güvenlik Kurulu’nun kurulmasına ilişkin esasları düzenlemektir. SiGüK’nun “Kapsam” başlıklı 2. maddesine göre ise Kanun, siber uzayda varlık gösteren, hizmet sunan veya faaliyet yürüten, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşları faaliyetlerini kapsamına almaktadır. Aynı maddeye göre Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı, Milli İstihbarat Teşkilatı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin, tabi oldukları kanunlar uyarınca yürüttükleri faaliyetler SiGüK’nun kapsamı dışındadır.

SiGüK’nun “Cezai Hükümler” başlıklı 16. maddesinde birden farklı suç tipine yer verilmiştir. Bu suç tipleri, 1. fıkra düzenlenilen “Kanunla yetkilendirilen mercilerin ve denetim görevlilerinin görev ve yetkileri kapsamında istedikleri bilgi, belge, yazılım, veri ve donanımı vermeme veya bunların alınmasına engel olma” suçu, 2. fıkra düzenlenilen, “Kanunen alınması gerekli onay, yetki veya izinleri almaksızın faaliyet yürütme” suçu, 3. fıkra düzenlenilen “Sır saklama yükümlülüğünün ihlali” suçu, 4. fıkra düzenlenilen “Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma” suçu, 5. fıkra düzenlenilen “Veri sızıntısı hakkında gerçeğe aykırı içerik oluşturma ve yayma” suçu, 6. fıkranın birinci cümlesinde düzenlenilen “Siber saldırı” suçu, 6. fıkranın ikinci cümlesinde düzenlenilen “Siber saldırı sonucunda elde edilen veriyi yayma” suçu, 8. fıkra düzenlenilen “Yasak hükümlere aykırı davranma” suçu ve 9. fıkra düzenlenilen “Görevi kötüye kullanma” suçu ile “Görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle veri ihlaline sebebiyet verme” suçlarıdır. Çalışmanın konusunu oluşturan siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu SiGüK’nun 16/4. Maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Siber uzayda veri sızıntısı nedeniyle daha önce yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri, kişilerin veya kurumların izni olmaksızın ücretli veya ücretsiz şekilde erişime açan, paylaşan veya satışa çıkaranlara üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.”

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suçla korunan hukuki değer, toplumsal düzenin barış içinde devamı için korunması gereken haklar ile manevi değerleri ifade eder². Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu bakımından korunan hukuki değerın tespit edilebilmesi için önce suçun konusunun tespit edilmesi gerekir³. Bu suçun konusu erişime açma, paylaşma veya satışa çıkarma fiillerinin üzerinde gerçekleştiği siber uzayda veri sızıntısı sonucu bulunan kişisel veriler ile kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verilerdir. Bu sebeple söz konusu suçla korunan hukuki değer, suçun konusunun kişisel veriler ve kritik kamu hizmetine ilişkin kamusal veriler olmasına göre farklılık göstermektedir.

Suçun konusunun siber uzayda bulunan kişisel veriler olması durumunda ilgili suç ile korunan hukuki değer, kişisel verilerin güvenliği ile kişisel verilerin korunması hakkıdır⁴. Çünkü ilgili suç ile kişisel verilerin kişinin rızası olmaksızın erişime açılması, paylaşılması veya satışa çıkarılması yasaklanmaktadır. Kişisel veriler, bir kişinin özel alanını oluşturan veriler olduğundan suç ile bir yandan kişisel veriler korunurken diğer yandan kişilerin özel hayatı da korunmuş olmaktadır⁵. Dolayısıyla ilgili suç ile kişisel verilerin güvenliği ile bu verilerin korunması hakkı güvenceye alınmaktadır. Ayrıca ilgili suç ile dolaylı olarak kişilerin özel hayatı da korunmaktadır.

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu ile kişisel verilerin güvende tutulmasına yönelik olarak kamu gücüne duyulan güven de korunmaktadır⁶. Zira kişiler, kendilerine ait verinin kamu gücü tarafından korunduğunu bilmek ve kamu gücüne güven duymak ister⁷. Dolayısıyla ilgili suç ile kişilerin kamu gücüne duyduğu güven de korunmaya çalışılmıştır.

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun konusunu oluşturan diğer veriler olan kritik kamu hizmetine ilişkin kurumsal veriler açısından korunan hukuki değerler ise ilk duruma göre farklılık gösterir. SiGüK’nun 3. maddesine göre kritik kamu hizmeti, ulusal güvenlik ile kamu sağlığı ve düzeni bakımından büyük öneme

¹ RG: 09.03.2025, 32846.

² AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 35.

³ ŞENOL, Halkı Yanıltıcı Bilgi, s. 333.

⁴ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler), 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 640.

⁵ BAYRAKTAR, Köksal/KESKİN KIZIROĞLU, Serap/YILDIZ, Ali Kemal/ZAFER, Hamide/AKSOY RETONAZ, Eylem/AKYÜREK, Güçlü/EVİK, Ali Hakan/SINAR, Hasan/ALTUNÇ, Sinan/AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman/ERMAN, Barış/EROĞLU, Fulya: Özel Ceza Hukuku Cilt III, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 634.

⁶ DÜLGER, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul 2019, s. 590

⁷ DÜLGER, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması (Kişisel Verilerin Korunması Kanunu), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 2016, s. 123.

sahip hizmetleri ifade etmektedir. Bu hizmetlere ilişkin kurumsal verilerin erişime açılması, paylaşılması veya satışa sunulması halinde milli güvenlik ile kamu sağlığı ve düzeninin zarar göreceği aşikardır. Dolayısıyla suçun konusunu oluşturan bu tip veriler açısından suçla korunan hukuki değerler milli güvenlik ile kamu sağlığı ve düzenidir. Milli güvenlik, iç ve dış boyutu olan bir kavramdır⁸. Milli güvenliğin iç boyutu, ülkenin anayasal düzeni ile devletin varlık ve bütünlüğünün iç ve dış tehditlere karşı korunmasını ifade ederken dış boyutu ülkenin uluslararası menfaatleri ile milletlerarası sözleşmelerden kaynaklanan haklarının iç ve dış tehditlere karşı korunmasını ifade eder⁹. Kamu sağlığından kasıt, toplumdaki bireylerin genel olarak sağlığının korunması ve sağlıklı yaşayabilme haklarının güvenceye alınmasıdır¹⁰. Kamu düzeni ise toplumun barış, huzur ve güven içerisinde yaşamasını sağlamaya yönelik olan maddi yaşam düzenidir¹¹.

SiGüK’nın genel gerekçesinde Kanun’un getiriliş amacının kişisel verilerin korunması, siber suçların önlenmesi ve kritik altyapıların güvenliğini sağlanması olduğu belirtilerek suçla korunan hukuki değerlere gönderme yapılmıştır¹². Buna göre ilgili suç tipi kişisel veriler ile kritik altyapıları da korumaktadır. Ayrıca SiGüK’nın amacının ülkenin siber güvenliğinin sağlanması olduğu düşünüldüğünde, Kanun’un 16. maddesinde düzenlenen suçlar bakımından genel olarak korunan hukuki değer, ülkenin siber uzayda bulunan bilişim sistemlerinin güvenliği ve halkın buna duyduğu güven duygusudur.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsurlar

1. Fiil

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu, kişisel veya kurumsal bir verinin erişime açılması, paylaşılması veya satışa çıkarılması halinde oluşur. Bu suçu oluşturan fiiller erişime açma, paylaşma veya satışa çıkarma fiilleridir. Kanuni tanımda suçun işlenebilmesi bakımından birden fazla alternatif harekete yer verildiğinden suç, seçimlik hareketli bir suçtur¹³. Seçimlik hareketlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle suç oluşur¹⁴. Failin seçimlik hareketlerden birini veya hepsini gerçekleştirmesi halinde de ortada tek suç vardır¹⁵. Ancak bu halde suçun cezası tayin edilirken Türk Ceza Kanunu’nun (TCK)¹⁶ 61. maddesi uyarınca ceza, üst sınıra yaklaşılarak belirlenir¹⁷.

Erişime açmak, Türkçe sözlükte “*genel ağ üzerinde herhangi bir sayfa, kitap, belge vb.ni ilgililerinin kullanımına sunmak*” olarak tanımlanmaktadır¹⁸. Erişime açmak, verilerin siber uzay üzerinden başkalarının ulaşabileceği şekilde açığa vurulmasını ve kişilerin kullanımına sunulmasını ifade etmektedir¹⁹. Bu seçimlik hareket bakımından failin belli bir muhatabının olması gerekmez²⁰. Önemli olan verinin çok sayıda kişinin ulaşabileceği bir şekilde siber uzay üzerinden sunulmuş olmasıdır²¹. Erişime açmak fiili ancak bir ağ üzerinden yani siber uzay üzerinden gerçekleştirilebilen bir fiildir. Siber uzay üzerinden bir verinin erişime açılması değişik şekillerde gerçekleştirilebilir²². Örneğin, bir web sayfasında verilerin yayınlanması, veriye ulaşılması için şifre gerekmesi halinde bu şifrenin paylaşılması, verilere ulaşım için link gönderilmesi gibi²³.

Paylaşmak, Türkçe sözlükte “*bilgiyi, yazıyı veya görsel malzemeyi iletişim araçlarının herhangi biriyle dağıtmak*” olarak tanımlanmaktadır²⁴. Paylaşmak fiilinden kasıt, bir verinin herhangi bir iletişim aracıyla bir başkasına iletilmesi veya ulaştırılmasıdır²⁵. Bu fiilin gerçekleşmesi bakımından verinin herhangi bir iletişim aracıyla iletilmesi yeterlidir. Bu sebeple verileri internet üzerinden, cep telefonu aracılığıyla veya posta yoluyla paylaşmak mümkündür²⁶. Örneğin, verilerin bir kişiye elektronik posta ile gönderilmesi

⁸ ŞENOL, Cem: Devlet Sırrı ve Devlet Sırlarına Karşı İşlenen Suçlar, (Devlet Sırrı), 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 57.

⁹ ŞENOL, Devlet Sırrı, s. 57.

¹⁰ ŞENTÜRK TUR, Melike: “Uyuyşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçunda (TCK m. 190/2) Güncel Durumun Değerlendirilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(31), 2023, s. 1384.

¹¹ ŞENOL, Devlet Sırrı, s. 64.

¹² https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y3/T2/WebOnergeMetni/6d9ba10d-9bec-4838-b58f-5d9d06080ff9.pdf?TSPD_101_R0=08ffcef486ab20008c34d38936057a5d9ea746d10ed844051b787f3fc5f66ca9fed3b4ac611d7b440823cab4a4143000ab5b1ff80fc6bc5a41897bac7a8004d1feac2dd1064830db450bf7ac089fdf714af31ac8b5d669b7761169a07f06944f. (Erişim: 24.03.2025).

¹³ ÖZGENÇ, s. 185.

¹⁴ ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 336.

¹⁵ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 336.

¹⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu. RG: 12.10.2004, 25611.

¹⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 336.

¹⁸ <https://sozluk.gov.tr/>. (Erişim: 25.03.2025).

¹⁹ DÜLGER, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, s. 582.

²⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 635.

²¹ BÖREKÇİ, Eşref Barış: Kişisel Verileri Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136), 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 82.

²² YILMAZ, Sacit: Türk Ceza Hukuku Sisteminde Siber Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 269.

²³ DÜLGER, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, s. 581; YILMAZ, s. 269.

²⁴ <https://sozluk.gov.tr/>. (Erişim: 25.03.2025).

²⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 633.

²⁶ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler), 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 603-604; DÜLGER, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, s. 579.

halinde paylaşmak fiili oluşabileceği gibi verilerin bir kağıt veya dijital metaryel aracılığıyla bir başkasına iletilmesi halinde de paylaşmak fiili oluşabilir²⁷.

Satışa çıkarmak, Türkçe sözlükte “*satmak için ortaya koymak*” olarak tanımlanmaktadır²⁸. Dolayısıyla satışa çıkarmak, satışa arz etmek, satış istemini ortaya koyacak hareketlerde bulunmak anlamlarına gelmektedir²⁹. Örneğin satışa çıkarılan verilerle ilgili duyuru yapmak, ilan vermek, alıcı arayışına girmek, pazarlık yapmak gibi davranışlar satışa çıkarma fiilini oluşturur³⁰. Bu noktada dikkat edilmelidir ki paylaşma veya erişime açma fiilleri bakımından bir ücret istenip istenmemesi önemli değilken satışa çıkarma fiili verilerin belli bir bedel veya ücret karşılığında sunulmasını gerektirir³¹. Satışa çıkarma fiili bakımından önemli olan failin verileri bir bedel veya ücret karşılığında verme iradesini ortaya koymuş olmasıdır³². Satışa çıkarma fiilinin gerçekleşmiş sayılması bakımından verilerin satılmış olması gerekmez³³. Ancak verilerin satılmış olması failin satışa çıkarma iradesini ispat edeceğinden bu halde de fail satışa çıkarmak fiilinden sorumlu olur³⁴.

Bahsi geçen bu fiiller yasaklanmış hareketin gerçekleştirilmesini gerektirdiğinden suç, icrai bir suçtur³⁵. Bu fiillerin ne şekilde gerçekleşeceği hususunda kanun metninde bir sınırlama yapılmadığından suç, serbest hareketli bir suçtur. Örneğin, suça konu verilerin bulunduğu bir linkin ulaştırılması, verilerin bir kağıda yazılarak fiziken bu kağıdın verilmesi veya verilerin bir depolama aracı ile verilmesi hallerinin tamamında paylaşma fiili oluşur.

İlgili fiillerin icrası süreklilik gösterdiğinden suç, kesintisiz bir suçtur³⁶. Ancak erişime açma ve paylaşma seçimlik hareketleri bakımından suç ani bir suç olma özelliği de gösterebilir. Örneğin, veriler bir kerede mesaj yolu ile paylaşılsa ani bir suç oluşurken verinin bir internet sitesi üzerinden sürekli paylaşımında kalması şeklinde olursa kesintisiz bir suç oluşur.

Suçun oluşması bakımından seçimlik hareketlerin icrası yeterli görülmesi, mağdurun bir zarar veya tehlikeye uğraması aranmamıştır. Bu sebeple suç, bir soyut tehlike ve sırf hareket suçudur³⁷.

2. Netice

Netice, suç oluşturan fiilin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir³⁸. Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunda kanun koyucu, suçun netice unsurunu ayrıca belirlememiş, icrai hareketin yapılmasıyla suçun tamamlandığını kabul etmiştir³⁹. Yani bu suç, netice unsuru bakımından tipikliğin gerçekleşmesi bakımından ayrıca bir netice aranmayan sırf hareket (neticesi harekete bağlı suç) suçudur⁴⁰.

3. Fail

Kanun koyucu SiGük’ün 16/4. maddesinde suçun faili olabilmek için bir özellik aramamış, herhangi bir gerçek kişinin suçu işleyebileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu herkes tarafından işlenebilen bir suçtur⁴¹. İlgili suç, tek bir kişi tarafından işlenebildiğinden failin sayısı bakımından ise tek failli bir suçtur⁴².

4. Mağdur

Mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişi veya kişilerdir⁴³. Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu bakımından mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişi veya kişilerdir.

Suçun konusunun kişisel veri olması halinde mağdur, ilgili verinin ait olduğu gerçek kişi veya kişilerdir⁴⁴. Burada, kişisel veri kavramının yalnızca gerçek kişilere ait olan verileri ifade ettiğinden tüzel kişilerin bu suç bakımından mağdur veya suçtan zarar gören olamayacağına dikkat edilmesi gerekir⁴⁵.

²⁷ DÜLGER, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, s. 579; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, Özel Hükümler, s. 603-604.

²⁸ <https://sozluk.gov.tr/>. (Erişim: 25.03.2025).

²⁹ ÖZBEK, Veli Özer: Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 69-70; SEVDİM, Ali Erdem: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 140.

³⁰ SEVDİM, s. 140.

³¹ ÖZBEK, s. 69.

³² SELVİ AKPINAR, Aslı: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Ticareti Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 46.

³³ ÖZBEK, s. 70.

³⁴ SELVİ AKPINAR, s. 47; ÖZBEK, s. 70.

³⁵ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 228.

³⁶ ÖZGENÇ, s. 189.

³⁷ KREY, Volker/ESSER, Robert: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart 2016, s. 224; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 128.

³⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 350.

³⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, Genel Hükümler, s. 231.

⁴⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 352.

⁴¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, Genel Hükümler, s. 213.

⁴² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 758.

⁴³ Ceza hukuku öğretisinde bir görüşe göre mağdur suçun maddi konusunun sahibi iken diğer görüşe göre mağdur suçla korunan hukuki değerdir. Bu kapsamda ceza hukuku öğretisinde bir görüş tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağını, yalnızca suçtan zarar gören olabileceğini kabul ederken diğer görüş tüzel kişilerin de suç mağduru olabileceğini kabul eder. Bahsi geçen tartışmalar için bkz.: HAFİZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2015, s. 208; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 392.

⁴⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 651

⁴⁵ YÜKSEK, Furkan Kaan: AİHM İçtihatlarında Kişisel Verilerin Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25 (1), 2023, s. 377.

Suçun konusunun kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal veri olduğu durumlarda ise mağdur, toplumu oluşturan herkeştir⁴⁶. Çünkü bu halde suçun konusunu oluşturan veriler, kamu düzeni bakımından gizli kalması gereken verilerdir ve bu verilerin erişime açılması, paylaşılması veya satışa sunulması halinde toplum bir bütün olarak zarar görecektir⁴⁷.

5. Konu

Suçun konusu, suçun üzerinde işlendiği insan veya şeydir⁴⁸. Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun konusu erişime açma, paylaşma veya satışa çıkarma fiillerinin üzerinde gerçekleştiği siber uzayda veri sızıntısı sonucu bulunan kişisel veriler ile kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verilerdir.

Veri, Türkçe sözlükte “Bir araştırmanın, bir tartışmanın, bir muhakemenin temeli olan ana öge; muta, data, done, bilgi” olarak tanımlanmaktadır⁴⁹. Konumuz bakımından ise veri, bilişim sistemlerinin en temel birimi ve bu sistemlerde belirli bir formatta bulunan bilgidir⁵⁰. Buna göre bir bilişim sistemi ile bağlı olan, işlenebilen veya depolanablen, sayı metin, video, ses ve görüntüler ile herhangi bir formatta bulunan her şey veri kavramının kapsamına girer⁵¹. Kişisel veri ise bir gerçek kişinin teşhisini sağlayan ve ona ait olan, fiziksel, psikolojik, kültürel, ekonomik, sosyal ve diğer bütün özellik ve bilgilerdir⁵². Bu kapsamda kişisel veri, kişinin adı, soyadı, TC kimlik numarası, medeni hali, mesleği, ev ve iş adresi, pasaport ve kurum sicil numaraları, telefon numarası, e-posta adresi, sosyal güvenlik numarası, banka bilgileri, eğitim verileri, parmak izi, göz ve ten rengi, fotoğrafı, sesi, beden ölçüleri ile kan, DNA ve tükürük gibi biyolojik verilerini kapsar⁵³.

Kişisel veri kavramını daha doğru bir şekilde tanımlayabilmek adına kişisel veri ile kişisel olmayan veriyi ayıran ölçütlerin orataya konması gerekmektedir. Bu ölçütler iki tanedir. Birinci ölçüt, verinin gerçek bir kişiye ait olmasıdır⁵⁴. İkinci ölçüt ise verinin ait olduğu kişinin belli ya da belirlenebilir bir gerçek kişi olmasıdır⁵⁵. Dolayısıyla bir veri, gerçek bir kişiye ilişkin olup doğrudan veya dolaylı olarak onu tanımlıyorsa hangi konuda bilgi içerdiği önemli omaksızın kişisel veridir. Bu kişisel verinin neye ilişkin bir bilgi içerdiği önemli değildir⁵⁶. Yani kişisel verinin kişiye ait bir bilgi olması yeterlidir, içeriğinin ekonomik bir bilgi içermesi ile biyolojik bir bilgi içermesi arasında bir fark yoktur.

Kurumsal veri, bir kuruma ait olan veya bir kurumla ilgili olan özellik, nitelik veya bilgilerdir⁵⁷. Kurumsal verinin ilgili suçun konusunu oluşturabilmesi için kritik kamu hizmeti kapsamına giren bir kurumsal veri olması gerekir. Kritik kamu hizmeti kavramı, SiGüK’nın 3/1-e. maddesinde “Ulusal, toplumsal veya ekonomik faaliyetlerin sürdürülmesi için gerekli olan ve kesintiye uğraması veya zarar görmesi halinde ulusal güvenlik, ülkenin sosyal veya ekonomik refahı, kamu düzeni veya sağlığı ya da diğer hizmetlerin sunumu üzerinde önemli bir etki oluşturabilecek ülke genelinde tekel veya sınırlı ikame ile sunulan hizmet” olarak tanımlanmıştır. Kritik kamu hizmetleri, kritik altyapı aracılığıyla çalışmaktadır. Kritik altyapı, elektrik şebekeleri, su ve atık şebekeleri, iletişim ve telekomünikasyon sistemleri, sağlık sistemi, nükleer sistemler, nakliye ve ulaşım sistemi, savunma sanayi faaliyetleri, enerji sektörü, tarım ve gıda sektörü, finans ve bankacılık hizmetleri, hükümet binaları gibi çeşitli sistem, hizmet ve faaliyetleri kapsamaktadır⁵⁸. İşte siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun konusu, kritik altyapıda yer alan bir kuruma ait verilerdir.

Bir kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verinin ilgili suçun konusunu oluşturabilmesi için, sızıntı sonucu siber uzayda yer alması gerekir. Siber uzay, SiGüK’nın 3/1-i. maddesinde “Doğrudan ya da dolaylı olarak internete, elektronik haberleşme veya bilgisayar ağlarına bağlı olan tüm bilişim sistemlerini ve bunları birbirine bağlayan ağlardan oluşan ortam” olarak tanımlanmıştır. Bakanlar

⁴⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 830.

⁴⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 830.

⁴⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 116.

⁴⁹ <https://sozluk.gov.tr/?q=veri&aranan=>. (Erişim: 24.03.2025).

⁵⁰ DEĞİRMENÇİ, Olgun: Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 47-48.

⁵¹ AKBULUT, Berrin: Bilişim Suçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017, s. 188.

⁵² WEBER, Rolf H: The Right To Be Forgotten More Than a Pandora’s Box?, JIPITEC, (1), 2011, s. 124; BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/YILDIZ/ZAFER/AKSOY RETONAZ/AKYÜREK/EVİK/SINAR/ALTUNÇ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/EROĞLU, s. 638.

⁵³ ÖZKAN, Rabia: Kişisel Veri Koruma Hukukunun Kişilik Hakkının Korunması Çerçevesinde Değerlendirilmesi, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2021, s. 679 vd.; DÜLGER, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, s. 102.

⁵⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 618.

⁵⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 618.

⁵⁶ YÜKSEK, s. 373.

⁵⁷ <https://sozluk.gov.tr/?q=kurumsal&aranan=>. (Erişim: 24.03.2025).

⁵⁸ ÜNVER, Mustafa/CANBAY, Cafer/ÖZKAN, Hüseyin Burhan :Kritik Altyapıların Korunması, 1. Baskı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Ankara 2011, s. 5; ŞENEL, Kerem: Bilişim suçları ve Siber Güvenlik, Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek lisans tezi, 2024, s. 42; CAN, Aybike: Ulusal Güvenlik Açısından Kritik Altyapı ve Siber Alan: Sivil Hazırlıklılık ve Dirençlilik Perspektifinden Kavramsal Bir İnceleme, Diplomasi ve Strateji Dergisi, 3(2), 2022, s. 293 vd.; WRIGHT, Gavin: Critical Infrastructure, https://www-techtarget-com.translate.google/whatis/definition/critical-infrastructure?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=tr&_x_tr_hl=tr&_x_tr_pto=tc. (Erişim: 24.03.2025).

Kurulu Kararı⁵⁹ ile kabul edilen Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve 2013-2014 Eylem Planına göre ise siber uzay, “Tüm dünyaya ve uzaya yayılmış durumda bulunan bilişim sistemlerinden ve bunları birbirine bağlayan ağlardan oluşan ortam”dır. Siber uzay, bilgisayar sistemleri, internet, intranet, hücresel teknolojiler ile iletişim servislerinden oluşan küresel bir platformdur⁶⁰. Siber uzay, tüm insanlığın ortak alanı ve hafızası olarak kabul edilmekte olup bu ortak alan, kimsenin üzerinde egemenlik kurmadığı, bağımsız ve kuralı bir alandır⁶¹. İşte bir kişisel veri veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren bir kurumsal veri, veri sızıntısı sebebiyle siber uzayı oluşturan alanda bulunursa siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun konusunu oluşturabilir.

6. Nitelikli Haller

Kanun koyucu 16. maddenin 7. fıkrasında yaptığı düzenleme ile 16. maddenin ilk 6 fıkrasında düzenlenen suçları kapsamak üzere nitelikli haller ihdas etmiştir. Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun nitelikli halleri, SiGüK’nın 16/7. maddesinde “Yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde üçte bir oranında, birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde yarı oranında ve bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde yarısından iki katına kadar artırılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre söz konusu suça ilişkin uygulama alanı bulabilecek nitelikli haller, suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi, suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi ve suçun bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmesi olmak üzere üç tanedir.

Suçun nitelikli hallerinden ilki, suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesidir. Bu nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda verilecek ceza üçte bir oranında artırılır. Kamu görevlisi, TCK’nın 6/1-c. maddesinde “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre bir kimsenin kamu görevlisi olarak kabul edilebilmesi için kamusal bir faaliyetin bulunması ve o kimsenin de kamusal faaliyetin icrasına katılması gerekir⁶². Kamusal faaliyet kavramı TCK’nın 6/1-c. maddesinin gerekçesinde “*Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi*” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla bir faaliyet siyasi bir karara dayanarak kamu adına yürütülüyorsa kamusal faaliyet söz konusu olur. Siyasi karardan kasıt TBMM’nin bir kararı olabileceği gibi Bakanlık tarafından çıkarılan yönetmelik gereği alınan bir karar da olabilir⁶³. Bir kimsenin atama, seçilme veya herhangi bir yöntemle kamusal faaliyetin icrasında yer alması ise o kimsenin kamusal faaliyete katılmasıdır. Kamusal faaliyete katılmak atama, seçilme veya herhangi bir yöntemle olabilir. Örneğin, avukatlar vekalet sözleşmesine dayanarak kamusal faaliyete katılırken tanıklar dava taraflarının isteği üzerine veya mahkemece alınan bir karar gereğince kamusal faaliyete katılırlar⁶⁴.

Bu nitelikli halin kanunda düzenleniş şekli, kanaatimizce hatalıdır. Çünkü failin kamu görevlisi olmasının cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak kabul edilmesinin amacı, kamu görevinin sağladığı güç, yetki ve nüfuzun suç işlemek için kullanılmasını daha ağır bir şekilde cezalandırmaktır⁶⁵. Fakat kamu görevlisinin görevinin sağladığı gücü suç işlerken kullanabilmesi ancak çalıştığı kurum veya ifa ettiği görevle bağlantılı bir suç işlemesi veya kamu görevlisi sıfatının sağladığı gücü kötüye kullanması hallerinde mümkündür. Bu sebeple madde metninde bu hususun ayrıca belirtilmesi gerekir⁶⁶. TCK’nın çeşitli maddelerinde yapılan düzenlemelerde yer verildiği gibi bu suçun madde metninde de “*kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak*”⁶⁷, “*kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanılarak*”⁶⁸, “*kamu görevlisi tarafından görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak*”⁶⁹ veya “*kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetki kötüye kullanılarak*”⁷⁰ gibi bir ifade yer almalıydı. Böyle bir ifadeye yer verilmediği için suçun bir kamu görevlisi tarafından işlendiği her durumda nitelikli hal uygulama alanı bulacak ve cezada artırım yapılacaktır. Halbuki bir kamu görevlisi, husumet yaşadığı bir arkadaşının siber uzaydaki verilerini göreviyle bağlantısı olmaksızın ele geçirip bir başkasıyla paylaştığında nitelikli halin uygulanma gerekçesi tarafımızca tespit edilememiştir. Dolayısıyla SiGüK’nın 16/7. maddesinde bu yönde bir düzenleme yapılmalıdır.

⁵⁹ Bakanlar Kurulu Kararı, 2013/4890, 20.06.2013. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/06/20130620-1.htm>. (Erişim: 25.03.2025).

⁶⁰ BİÇAKÇI, Salih: 21. Yüzyılda Siber Güvenlik, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 10 ve ERDEM, Merve/ÖZÖCAK, Gürkan: Siber güvenliğin Sağlanmasında Uluslararası Hukukun ve Türk Hukukunun Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68(1), 2019, s. 128; SARI, Onur: Uluslararası Hukuk ve Türk Ceza Hukuku Bağlamında Siber Güvenlik ve Bilişim Sistemine Yönelik Suçlar, Harp Akademisi stratejik Araştırmalar Enstitüsü, Yüksek lisans tezi, İstanbul 2013, s. 15-16; ŞENEL, s. 40-41.

⁶¹ SARI, s. 2; ERDEM/ÖZÖCAK, s. 128.

⁶² KAPLAN, Mahmut: Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2), Aralık 2015, s. 49-77, s. 61 vd.; AYDIN, Hüseyin: Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, 68, 2010, s. 119.

⁶³ AYDIN, s. 121.

⁶⁴ AYDIN, s. 121.

⁶⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, Özel Hükümler, s. 881.

⁶⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, Özel Hükümler, s. 881.

⁶⁷ TCK, m. 281, Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu.

⁶⁸ TCK, m. 285. Gizliliğin ihlali suçu.

⁶⁹ TCK, m. 86. Kasten yaralama suçu.

⁷⁰ TCK, m. 137. Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar.

İlgili suça ilişkin nitelikli hallerinden ikincisi, suçun birden fazla kimse tarafından işlenmiş olmasıdır. Bu nitelikli halin gerçekleşebilmesi için suçun müşterek fail sıfatıyla en az iki kişi tarafından birlikte işlenmiş olması gerekir. Azmettiren ve yardım eden şerikler suçun faili olmadığı için, suçun failinin tek olduğu ancak birden fazla azmettiren ve yardım edenin katkısı ile iştirak halinde işlendiği durumlarda bu nitelikli hal uygulama alanı bulmaz⁷¹. Suçun birden fazla kimse tarafından müşterek fail olarak birlikte işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.

İlgili suça ilişkin nitelikli hallerinden üçüncüsü, suçun bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmiş olmasıdır. Bu nitelikli hal bakımından bahsi geçen örgütten TCK'nın 220/1. maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kapsamında kurulmuş suç örgütleri anlaşılmaktadır⁷². Ayrıca Türk ceza hukukunda terör örgütlerinin cezalandırılmasının hukuki dayanağını TCK'nın 220. maddesi oluşturduğundan burada düzenlenen örgüt kavramının kapsamına terör örgütleri de dahildir⁷³. Dolayısıyla bu nitelikli hal bakımından örgüt, hem suç örgütü hem de terör örgütüdür. Suç örgütü, TCK'nın 220. maddesine göre kanunun suç saydığı fiilleri işlemek üzere kurulmuş olan örgüttür. Terör örgütü ise Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK)⁷⁴ 1. maddesinde yer alan terör eylemlerini gerçekleştirmek için kurulmuş silahlı örgüttür⁷⁵.

Yargıtay'a göre örgüt, “*çıkar elde etmek için üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli işbirliği öngören ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir grup*” demektir⁷⁶. Dolayısıyla bir örgütten bahsedilebilmesi için, üye sayısının üçten fazla olması, örgütün süreklilik göstermesi, örgüt üyeleri arasında hiyerarşik ilişki bulunması, örgüt içerisinde işbölümü yapılmış olması ve örgütün çıkar elde etmek için suç işliyor olması gerekir⁷⁷. Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunu işleyen kişiler kararda bahsi geçen özelliklere sahip bir grup oluşturmuyorsa, sırf aralarında işbölümü yaparak suç işledikleri için örgüt olarak nitelendirilemezler⁷⁸. Dolayısıyla bu ihtimalde suçun “*bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmesi*” değil, “*birden fazla kimse tarafından işlenmesi*” nitelikli hali uygulama alanı bulur⁷⁹.

Suçun bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde verilecek ceza yarisından iki katına kadar artırılır. Kanun koyucu bu nitelikli halde hâkime cezanın hangi oranda artırılacağını belirleme yetkisi vererek örgütün niteliğine göre bir belirleme yapılmasına imkan tanımıştır.

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu için belirlenen nitelikli haller kanaatimizce yetersizdir. Örneğin suçun kritik altyapılara verdiği zararlar, kişilerin suç sebebiyle uğradığı zararlar ve suç sebebiyle devletin uluslararası alanda yaşadığı maddi ve itibari kayıplar suçun nitelikli hallerinin tepitinde dikkate alınabilirdi.

B. Manevi Unsur

Manevi unsur, fail ile işlediği fiil arasındaki manevi bağı ifade eder⁸⁰. TCK'ya göre manevi unsur, kast ve taksirdir⁸¹. Bir suçun taksirli halinin cezalandırılabilmesi için kanunda buna ilişkin bir düzenleme bulunması gerekir⁸². Yani taksir istisnaen cezalandırılır⁸³. SiGüK'nın 16/4. maddesinde siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun taksirle işlenmesi durumunda cezalandırılacağına ilişkin bir hükme yer verilmediğinden ilgili suçun dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali sonucu oluşan taksirli hali, cezalandırılabilir bir fiil oluşturmaz.

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun manevi unsuru, kasttır. İlgili suçun oluşması için failin belli bir maksat veya saikle hareket etmesi gerekmez. Failin suçun kanuni tanımında yer alan objektif unsurları bilmesi ve ilgili suç tipini gerçekleştirmeye yönelik bir irade ile hareket etmesi yeterlidir⁸⁴. Buna göre failin, erişime açtığı, paylaştığı veya satışa çıkardığı verilerin sızıntı sonucu siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kamusal veri olduğunu bilmesi ve iradesini bu verileri erişime açmaya, paylaşmaya veya satışa çıkarmaya yönlendirmesi gerekir.

⁷¹ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 449.

⁷² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 103.

⁷³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 103.

⁷⁴ 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu. RG: 12.04.1991, 20843 (Mükerrer).

⁷⁵ YILDIZ, Furkan: Terör Örgütü Varlığının Hukuken Tespiti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72(2), 2023, s. 606.

⁷⁶ Yargıtay. 8. CD., 05.04.2005, E.2005/341, K.2005/2011. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/arama?p=hY5dC4IwFib%2fy%2ffWZUVGeCczQ5AIHYGFyNJhA20xhSjxv7dAsQ%2bh2%2fd9nvecFilCNmBas4DeQhC8A%2btrBV6Y4WTEV7FcAMkk4f44g%2fxgqNHS4ZIR6XdTmH9ldSjxfXhouLSxuWelJUAztHyDLQwkdWH4mIH2X5q%2bAzrU5MDmjshBpeHxxthd0JWO0WQt6%2fJN8nodkzplrY%2bMSJUxLa02uRkI3HWZkP%2fvbn5jLJcte1YDmrM4UknRP.> (Erişim: 27.03.2024).

⁷⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 58.

⁷⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 58.

⁷⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 101.

⁸⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 145.

⁸¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 146.

⁸² ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 342.

⁸³ BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003, s. 523-524.

⁸⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 155-157.

Türk ceza hukukunda doğrudan kastla işlenen suçlar, kural olarak olası kastla da işlenebilir⁸⁵. Ancak kanuni tipte tam bir bilmenin arandığı suçlar, hukuka aykırılığın özel bir unsur olarak düzenlendiği suçlar ile amaç-saik suçları bu kuralın istisnasını oluşturur⁸⁶. Bu bakımdan ilgili suç olası kastla da işlenebilir. Buna göre fail, paylaştığı verinin siber uzayda bulunan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal bir veri olduğunu öngörmesine rağmen bu veriyi bir başkası ile paylaşırsa söz konusu veriyi bu durumu kabullenerek paylaştığı için olası kast ile suç işlenmiş olur.

Fail, paylaştığı verinin siber uzayda bulunan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal bir veri olduğunu bilmiyorsa suçun unsurlarında hata söz konusu olur. Unsur yanlılığı olarak adlandırılan bu halde failin kastı kalkar⁸⁷. Bu durumda TCK'nın 30/1. maddesi gereği failin taksirli sorumluluğu gündeme gelir. Fakat yukarıda da bahsedildiği üzere siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun taksirle işlenen hali cezalandırılabilir bir fiil oluşturmadığından ilgili suç oluşmaz ve fail bu suç sebebiyle cezalandırılmaz.

C. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, suç oluşturan tipik fiilin hukuk düzeni ile çelişki içerisinde olmasıdır⁸⁸. Tipik bir fiili başlangıçtan itibaren hukuka uygun hale getiren sebepler, hukuka uygunluk sebepleridir⁸⁹. TCK'da düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri, hakkın kullanılması, görevin ifası, meşru savunma ve ilgilinin rızasıdır.

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunda söz konusu olabilecek hukuka uygunluk sebebi, ilgilinin rızasıdır. SiGüK'nın 16/4. maddesinde verilerin “*kişilerin veya kurumların izni olmaksızın*” paylaşılması suç olarak düzenlenmiş, böylece ilgilinin rızasının varlığı halinde suç oluşmayacağı ayrıca belirtilmiştir. Bu düzenleme sebebiyle ilgilinin rızasının bu suç bakımından hukuka uygunluk sebebi olarak mı yoksa tipikliği kaldıran bir sebep olarak mı kabul edileceği ayrıca tespit edilmelidir⁹⁰. TCK'nın 26/2. maddesinde düzenlenen ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi, kişinin üzerinde mutlak olarak tasarruf edebildiği bir hakkına ilişkin olarak açıkladığı rızaya dayanılarak gerçekleştirilen fiillerden dolayı faile ceza verilmemesidir. Tipikliği kaldıran rıza ise mağdurun hukuki değer korunmasından iradi olarak vazgeçmesi halinde suç tipinin gerçekleşmemesidir⁹¹. Bu halde suç tipinde tanımlanan hareket bakımından mağdurun rızasının bulunmaması açıkça aranan bir unsur durumundadır⁹².

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunda ilgilinin rızası, tipikliği kaldıran rıza olarak kabul edilmelidir. Çünkü ilgili suç tipi kanunda düzenlenirken erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma fiillerinin ilgili kişi veya kurumun rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi aranmış, böylece ilgilinin rızası, suç oluşturan fiillerin gerçekleştirilme şekline ilişkin bir unsur olarak düzenlenmiştir. Buna göre örneğin kişinin fotoğrafını siber uzaydaki veri sızıntısı sonucu elde eden bir başkası bu fotoğrafı sosyal medya kullanıcılarının erişimine açarsa siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu oluşur. Ancak fotoğrafın sahibi olan kişi bu fotoğrafın ilgili sosyal medya kullanıcılarının erişimine açılmasına onay vermişse rızanın varlığı sebebiyle tipiklik gerçekleşmez ve suç oluşmaz.

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunda rıza, suçun konusu kişisel bir veri ise verinin sahibi olan gerçek kişi tarafından verilmelidir. Suçun konusunun kurumsal bir veri olması halinde ise kanaatimizce ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi uygulama alanı bulmaz. Çünkü kritik kamu hizmeti kapsamına giren kamusal veriler bireylerin üzerinde tasarruf edemeyeceği şeyler olduğundan ilgilinin rızasının konusunu oluşturmaz.

IV. KUSURLULUK

Kişinin işlediği fiil sebebiyle cezalandırılabilmesi için bu hususta kusurlu olarak kabul edilebilmesi gerekir⁹³. Ancak TCK, bazı hallerin kişinin kusurunu azalttığını veya tamamen kaldırdığını kabul etmiştir. Bu haller, yaş küçüklüğü, sağır-dilsizlik, akıl hastalığı, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde

⁸⁵ ÖZGENÇ, s. 254.

⁸⁶ ÖZGENÇ, s. 254.

⁸⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 256.

⁸⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 494.

⁸⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 494.

⁹⁰ Bu ayrım Alman doktrininden kaynaklanmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nda ilgilinin rızasına ilişkin olarak açık bir düzenleme bulunmadığından Alman doktrininde ilgilinin rızasının iki farklı etki doğurabileceği kabul edilmiştir. Buna göre ilgilinin rızası, tipikliği kaldıran bir unsur olarak “*tipikliğe engel olan rıza*” veya suçun hukuka aykırılık unsurunu etkileyen “*hukuka uygunluk nedeni olan rıza*” olarak ikiye ayrılır. Detaylı bilgi için bkz.: KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 290-291; DEMİREL, Muhammed: Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Sebebi Olan Rıza, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(3), 2020, s. 1473 vd.

⁹¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 291; DEMİREL, s. 1476.

⁹² KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 291; DEMİREL, s. 1476.

⁹³ ÖZGENÇ, s. 454-455.

etkisinde olma, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, zorunluluk hali, amirin emri, haksız tahrik, hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması ve hata halleridir.

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunda ilk olarak yaş küçüklüğü ile sağır ve dilsizlik halleri söz konusu olabilir. Örneğin, yaşı gereği elindeki verinin kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal bir veri olduğunu anlayamayacak durumda olan 10 yaşındaki bir çocuk bu veriyi sosyal medya hesabından paylaşırsa TCK'nın 31. maddesi gereği bu çocuk bakımından ceza sorumluluğunun yokluğu sebebiyle ceza verilememesinden bahsedilir⁹⁴. Benzer şekilde sağır ve dilsiz olan 14 yaşındaki bir çocuk aynı paylaşımı yaparsa TCK'nın 33. maddesi göndermesi sebebiyle bu çocuk bakımından da ceza sorumluluğunun yokluğu sebebiyle ceza verilememesinden bahsedilir⁹⁵.

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunda ikinci olarak cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit söz konusu olabilir. TCK'nın 28. maddesi gereğince fail *“karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit”* sonucunda suç işlemişse failin kusurluluğu kalkar. Buna göre fail, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı bir cebir veya şiddete yahut da muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdide maruz kalması sebebiyle sızıntı sonucu oluşan verileri erişime açar, paylaşır veya satışa çıkarırsa cezalandırılmaz. Bu halde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi dolaylı faillik hükümlerine göre suçun faili sayılarak cezalandırılır⁹⁶.

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun konusunun kişisel veri olması durumunda haksız tahrik söz konusu olabilir. TCK'nın 29. maddesi gereğince haksız bir fiil sonucu meydana gelen hiddet veya şiddetli elem etkisi ile suç işleyen kişi ceza indiriminden faydalanır. Buna göre kendisine karşı haksız bir fiil gerçekleştirilen fail, bu haksız fiilin kendisinde yarattığı kızgınlık ve üzüntü etkisiyle, bu fiili gerçekleştiren kişiye ait kişisel verileri erişime açar, paylaşır veya satışa çıkarırsa TCK'nın 29. maddesi uyarınca ceza indiriminden faydalanır. Ancak ilgili suçun konusunun kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal veri olması halinde haksız tahrik hükümleri uygulama alanı bulmaz. Çünkü haksız tahrikde tahrik sonucu gerçekleştirilen fiilin ilk haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenmesi gerekir⁹⁷. Tahrik eden kişi ile tahrik sonucu işlenen suçun mağduru farklı kişilerse haksız tahrik hükümleri uygulanamaz⁹⁸. Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun konusunun kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal veri olması halinde suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olacağından haksız tahrik hükümleri uygulanamaz.

V. TEŞEBBÜS

Teşebbüs, fiilin icrasına elverişli hareketlerle başladıktan sonra icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin gerçekleşmemesi halidir⁹⁹. Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu, bir sırf hareket ve soyut tehlike suçudur. Bu tür suçlarda, somut olayda icra hareketleri bölünerek işlenebiliyorsa ilgili suçun teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına elverişli olduğu kabul edilir¹⁰⁰. Örneğin, siber uzayda yer alan kişisel bir veri, kağıt parçası üzerine yazılarak posta yoluyla paylaşılırken kağıdın postada kaybolması veya yırtılması gibi bir durumda ilgili suça teşebbüs söz konusu olur. Yine verilere ulaşım için link gönderilmesi ancak linkin bir hata sebebiyle açılmaması halinde ilgili suça teşebbüs söz konusu olur. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu halde TCK'nın 35/2. maddesine göre failin nasıl cezalandırılacağına belirsiz kalmasıdır. Çünkü ilgili maddeye göre teşebbüs halinde fail meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre cezalandırılır.

VI. İŞTİRAK

İştirak, bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, aralarında yaptıkları anlaşma gereği fiil üzerinde kurdukları hakimiyet aracılığıyla birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesidir¹⁰¹. Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu, herkes tarafından işlenebilen bir suç olduğundan TCK'nın 40/2. maddesi bu suç bakımından uygulama alanı bulmaz¹⁰². İlgili suç iştirak kuralları açısından herhangi bir özellik göstermez. Bu suça iştirak eden kişiler, fiile sağladıkları katkıya göre doğrudan, dolaylı veya müşterek fail, azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılır¹⁰³.

VII. İÇTİMA

Fikri içtima, bir fiil ile birden çok suç işleyen failin cezai sorumluluğunun nasıl belirleneceğine ilişkin kurallardan oluşur¹⁰⁴. Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal

⁹⁴ DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 388 vd.

⁹⁵ DEMİRBAŞ, s. 388 vd.

⁹⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, Genel Hükümler, s. 422.

⁹⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 367.

⁹⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 367.

⁹⁹ BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s. 587-588; ÖZGENÇ, s. 700-701.

¹⁰⁰ DEMİRBAŞ, s. 549; ZAFER, s. 539.

¹⁰¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 748.

¹⁰² DEMİRBAŞ, s. 564.

¹⁰³ BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s. 655; DEMİRBAŞ, s. 564.

¹⁰⁴ GÖKTÜRK, Neslihan: Fikri İçtima, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 5-6.

verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunda fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür. İlk olarak ilgili suçta zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Bir kişiye ait verilerin aynı suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanlarda erişime açılması, paylaşılması veya satışa çıkarılması halinde zincirleme suç oluşur. Örneğin, failin haftada iki kere, bir kişiye ait fotoğraflardan bir tanesini erişime açması halinde ilgili suç zincirleme suç şeklinde işlenmiş olur.

İkinci olarak ilgili suçta kişisel verilerin suçun konusu olduğu durumlarda aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür. Birden çok kişiye ait verilerin birlikte erişime açılması, paylaşılması veya satışa çıkarılması halinde aynı neviden fikri içtima oluşur. Örneğin, beş kişilik ailenin mensuplarına ait verilerin topluca tek fiille erişime açılması halinde aynı neviden fikri içtima oluşur.

Üçüncü olarak suçta farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür. Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu işlenirken kişisel verilerin paylaşılması suretiyle ilgili kişinin özel hayatının gizliliğinin de ihlal edilmesi halinde TCK'nın 134/1. maddesinde düzenlenen "*Özel hayatın gizliliğini ihlal*" suçu da oluşur. Suça konu kişisel verilerin kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesler içermesi halinde ise TCK'nın 134/2. maddesinde düzenlenen suç oluşur. Bu hallerde fail tek hareketle iki ayrı suç birlikte işlemiş olacağından farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanır. Dolayısıyla fail en ağır cezaı gerektiren siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçundan cezalandırılır. Bu durum temel ceza belirlenirken dikkate alınır ve ceza tayini alt sınırdan uzaklaştırarak yapılır¹⁰⁵.

Bir kişiye ait birden fazla verinin aynı anda erişime açılması, paylaşılması veya satışa çıkarılması halinde kanaatimizce tek suç oluştuğunu kabul etmek gerekir. Çünkü bu halde suçun konusunu oluşturan verilerin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve tek bir suçun oluştuğunun kabul edilmesi gerekir. Fakat bu halde suçun cezası belirlenirken TCK'nın 61. maddesi uyarınca suçun konusunun önem ve değeri ile meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı kıstasları uyarınca cezada artırım yapılmalıdır.

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu işlenirken kullanılan verilerin bir bilişim sistemine girilerek elde edilmiş olması halinde ilgili suç ile bilişim sistemine girme suçu da işlenmiş olur. TCK'nın 243. maddesinde düzenlenen "*Bilişim sistemine girme*" suçu bir bilişim sisteminin tamamına veya bir kısmına girilmesi veya girdikten sonra sistem içerisinde kalmaya devam edilmesi halinde oluşur. Failin bir bilişim sistemine girmesi ve oradan elde ettiği kişisel veya kamusal verileri erişime açması, paylaşması veya satışa çıkarması halinde kanaatimizce gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır. Çünkü bu halde iki ayrı fiil ve iki ayrı suç mevcuttur. Bu halde işlenen iki suç için de ayrı ayrı cezalandırma yapılır. Ancak doktrindeki bir görüşe göre iki ayrı suç oluşturan fiillerin kısmen ortak olması halinde farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu görüşün kabul edilmesi halinde bahsi geçen suçlardan daha ağır cezaı gerektiren siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu gereğince cezalandırma yapılmalıdır¹⁰⁶.

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun konusunu oluşturan kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verilerin aynı zamanda devletin güvenliğine ilişkin bir bilgi olması halinde TCK'nın 329. maddesinde düzenlenen "*Devletin güvenliğine ilişkin bilgilerin açıklanması*" suçu da gündeme gelir. Bahsi geçen suç, devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal çıkarları açısından gizli kalması gereken bilgilerin açıklanması suretiyle işlenir. Devletin güvenliğine ilişkin bilgilerin açıklanması suçunun konusunu oluşturan ve devlet sırrı niteliği taşıyan bilgiler, ya devletin güvenliğine ya da devletin siyasal yararlarına ilişkin olmalı ve bu bilgiler niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgiler olmalıdır¹⁰⁷. Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun konusunu oluşturan kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal veriler de devlet faaliyetlerinin devamı bakımından gerekli olan ve kesintiye uğraması veya zarar görmesi halinde ulusal güvenliği tehlikeye sokabilecek nitelikteki verilerdir. Görüldüğü üzere iki suçun konu unsuru benzerdir. İki suç, fiil unsuru bakımından da benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla somut olayda bu iki suçtan hangisine göre cezalandırma yapılacağına tespit edilmesi gerekir. Örneğin Türk Silahlı Kuvvetleri'nin gerçekleştireceği operasyonlara ilişkin bilgiler hem kritik kamu hizmetine ilişkin bir bilgidir hem de devlet sırrı niteliğinde bir bilgidir. Suçun konusunun böyle bir bilgi olması halinde her iki suç da oluşur ve hangi suçtan cezalandırma yapılacağı TCK'nın 44. maddesine göre belirlenir. Bu sebeple verilen örnekte cezası daha ağır olan Devletin güvenliğine ilişkin bilgilerin açıklanması suçuna göre cezalandırma yapılır.

TCK'nın "*Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*" başlıklı 136. maddesine göre "*Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi...*" cezalandırılır. Görüldüğü üzere siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu ile verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu, konu ve fiil unsurları bakımından benzerlik göstermektedir. Şöyle ki her iki suçta da suçun konusu kişisel verilerdir. Ayrıca her iki suçta da bu verilerin bir başkasına verilmesi-paylaşılması veya erişime açılması-yayılması suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla suçun konusunun kişisel veri olması halinde bu iki suçtan hangisinin oluştuğunun tespit edilmesi gerekir. Kanaatimizce iki suç arasında özel hüküm - genel hüküm

¹⁰⁵ GÖKTÜRK, s. 264.

¹⁰⁶ GÖKTÜRK, s. 105.

¹⁰⁷ ŞENOL, Devlet Sırrı, s. 203.

ilişkisi mevcuttur. Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçuna göre özel hüküm niteliğindedir. Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun konusunu oluşturan kişisel veriler, yaşanan bir veri sızıntısı sebebiyle siber uzayda önceden yer alan kişisel verilerdir. Eğer erişime açılan veya paylaşılan kişisel veri bu nitelikteyse oluşan suç, siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu olur. Aksi halde, yani farklı bir şekilde ele geçirilen kişisel verilerin başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi halinde oluşan suç, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçudur.

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun bir suç örgütünün veya terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde failer hem siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçundan hem de örgütün niteliğine göre TCK'nın 220. maddesi bağlamında “*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme veya üye olma*” suçundan veya TMK'nın 7. maddesi göndermesi sebebiyle TCK'nın 314. maddesi bağlamında “*Silahlı örgüt*” suçundan dolayı ayrı ayrı cezalandırılır¹⁰⁸.

VIII. YAPTIRIM

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunda yaptırım olarak hürriyeti bağlayıcı bir ceza öngörülmüştür. SiGüK'nın 16/2. maddesine göre ilgili suçun cezası üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Bu ceza suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde üçte bir oranında, birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde yarı oranında ve bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde yarisından iki katına kadar artırılır.

SiGüK'de siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun tüzel kişi yararına işlenmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla ilgili suçun bir tüzel kişi yararına olacak şekilde işlenmesi halinde bu tüzel kişi hakkında herhangi bir cezai yaptırım uygulanması mümkün değildir. Kanaatimizce bu hususta kanuni bir düzenleme yapılarak suçun tüzel kişi yararına işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında iznin iptali ile müsadere güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına hükmedilmesi yerinde olur.

IX. ZAMANAŞIMI VE MUHAKEEMEYE İLİŞKİN KURALLAR

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun yaptırımı üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası olduğundan bu suç bakımından uygulanması gereken olağan dava zamanaşımı süresi TCK'nın 66/1. maddesi uyarınca sekiz yıldır. Suç bakımından uygulanması gereken olağanüstü dava zamanaşımı süresi ise TCK'nın 67/4. maddesi uyarınca oniki yıldır.

SiGüK'nın 16/2. maddesine göre ilgili suçun takibi şikâyetle bağlı olmadığından suç dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılır. Ancak suçun failinin kamu görevlisi olması halinde 4483 sayılı Kanun'a göre fail hakkında soruşturma izni alınmalıdır.

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunda yargılama yapmakla görevli mahkeme, Asliye Ceza Mahkemesidir¹⁰⁹. Yetkili mahkeme, ilgili verilerin sistem içinde kayıtlı olduğu yer mahkemesi ile veriler mağdurun yerleşim yerinde veya oturduğu yerde erişime açılmış veya paylaşılmışsa o yer mahkemesidir¹¹⁰.

X. SONUÇ

Günümüzde yaşanan teknolojik gelişmelerin kritik altyapıların korunmasını gerekli kılması, hem kişilerin hem de kurumların dijital varlıklarının korunmasının gerekmesi ve ülkede siber güvenliğin sağlanmasına duyulan ihtiyacın artması sebepleriyle kanun koyucu 09.03.2025 tarihli ve 7545 sayılı Siber Güvenlik Kanunu ile siber güvenlik alanında düzenlemeler yapmıştır. Bu kanunun 16/4. maddesi ile siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu düzenlenmiştir. İlgili suç SiGüK ile ilk kez düzenlenmiş yeni bir suç tipidir. Bu suç tipi ile veri sızıntısı sebebiyle siber uzayda bulunan kişisel veriler ile kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verilerin, ilgili kişi veya kurumun izni olmadan, ücretli veya ücretsiz olarak paylaşılması, erişime açılması veya satışa çıkarılması yasaklanmakta, böylece hem kişisel ve kurumsal verilerin güvenliğinin sağlanması hem de kritik kamu hizmetlerinin işleyişinin korunması hedeflenmektedir.

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun kanunda düzenlenişi incelendiğinde suçun nitelikli hallerinin yetersizliği dikkat çekmektedir. Suça ilişkin nitelikli haller, suçun kamu görevlisi tarafından, birden fazla kişi tarafından ve bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesidir. Ancak kanaatimizce suçun kritik altyapılara veya kişilere verdiği zarar ile suç sebebiyle devletin yaşadığı kayıplar gibi unsurlar da suçun nitelikli hali olarak düzenlenebilirdi. Ayrıca suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesine ilişkin nitelikli halin düzenlenişi de hatalıdır. Şöyle ki failin kamu görevlisi olmasının cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak

¹⁰⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 101.

¹⁰⁹ YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 271; DÜLGER, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, s. 162.

¹¹⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 282.

kabul edilmesinin amacı, kamu görevinin sağladığı güç, yetki ve nüfuzun suç işlemek için kullanılmasını önlemektir. Bu sebeple de bu nitelikli hal düzenlenirken ilgili suçun madde metninde bu hususu ortaya koyan özel bir ifadeye yer verilmesi gerekir. Ancak siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunda bu nitelikli hal düzenlenirken böyle bir ifadeye yer verilmediği için suçun bir kamu görevlisi tarafından işlendiği her durumda nitelikli hal uygulama alanı bulacak ve cezada artırım yapılacaktır.

Siber uzayda yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun kanunda düzenlenişi incelendiğinde suçun tüzel kişi yararına olarak işlenmesine ilişkin bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Bu sebeple ilgili suçun bir tüzel kişi yararına olacak şekilde işlenmesi halinde bu tüzel kişi hakkında herhangi bir cezai yaptırım uygulanması mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce bu hususta kanuni bir düzenleme yapılarak suçun tüzel kişi yararına işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında iznin iptali ile müsadere güvenlik tedbirlerinin uygulanacağına hüküm altına alınması yerinde bir değişiklik olur.

Sonuç olarak ilgili suçun kamusal ihtiyaçların karşılanmasına hizmet edeceği aşikardır. Ancak yapılan kanuni düzenlemenin eksiklikler içermesi sebebiyle uygulamada sorun yaşanmaması adına tekrar gözden geçirilmesinin yerinde olacağı söylenebilir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- AKBULUT, Berrin: Bilişim Suçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017.
- ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- AYDIN, Hüseyin: Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, 68, 2010.
- Bakanlar Kurulu Kararı, 2013/4890, 20.06.2013. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/06/20130620-1.htm>. (Erişim: 25.03.2025).
- BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003.
- BAYRAKTAR, Köksal/KESKİN KIZIROĞLU, Serap/YILDIZ, Ali Kemal/ZAFER, Hamide/AKSOY RETONAZ, Eylem/AKYÜREK, Güçlü/EVİK, Ali Hakan/SINAR, Hasan/ALTUNÇ, Sinan/AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman/ERMAN, Barış/EROĞLU, Fulya: Özel Ceza Hukuku Cilt III, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- BÖREKÇİ, Eşref Barış: Kişisel Verileri Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136), 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- BIÇAKÇI, Salih: 21. Yüzyılda Siber Güvenlik, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013.
- CAN, Aybike: Ulusal Güvenlik Açısından Kritik Altyapı ve Siber Alan: Sivil Hazırlıklılık ve Dirençlilik Perspektifinden Kavramsal Bir İnceleme, Diplomasi ve Strateji Dergisi, 3(2), 2022, s. 279-311.
- DEĞİRMENCİ, Olgun: Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- DEMİREL, Muhammed: Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Sebebi Olan Rıza, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(3), 2020.
- DÜLGER, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul 2019.
- DÜLGER, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması (Kişisel Verilerin Korunması Kanunu), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 2016, s. 101 – 167.
- GÖKTÜRK, Neslihan: Fikri İhtima, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- ERDEM, Merve/ÖZÖCAK, Gürkan: Siber güvenliğin Sağlanmasında Uluslararası Hukukun ve Türk Hukukunun Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68(1), 2019, s. 127-212.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2015. https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y3/T2/WebOnergeMetni/6d9ba10d-9be6-4838-b58f-5d9d06080ff9.pdf?TSPD_101_R0=08ffcef486ab20008c34d38936057a5d9ea746d10ed844051b787f3fc5f66ca9fed3b4ac611d7b440823eab4a4143000ab5b1ff80fc6bc5a41897bac7a8004d1feac2dd1064830db450bf7ac089fdf714af31ac8b5d669b7761169a07f06944f. (Erişim: 24.03.2025).
- <https://sozluk.gov.tr/?q=kurumsal&aranan=>. (Erişim: 24.03.2025).
- <https://sozluk.gov.tr/?q=veri&aranan=>. (Erişim: 24.03.2025).
- <https://sozluk.gov.tr/>. (Erişim: 25.03.2025).
- KAPLAN, Mahmut: Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2), Aralık 2015, s. 49-77.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler), 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- KREY, Volker/ESSER, Robert: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart 2016.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler), 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- ÖZBEK, Veli Özer: Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- ÖZKAN, Rabia: Kişisel Veri Koruma Hukukunun Kişilik Hakkının Korunması Çerçevesinde Değerlendirilmesi, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2021, s. 675-733.
- TECAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık,

- Ankara 2023.
- SARI, Onur: Uluslararası Hukuk ve Türk Ceza Hukuku Bağlamında Siber Güvenlik ve Bilişim Sistemine Yönelik Suçlar, Harp Akademisi stratejik Araştırmalar Enstitüsü, Yüksek lisans tezi, İstanbul 2013, s. 15-16.
- SELVİ AKPINAR, Aslı: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Ticareti Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- SEVDİM, Ali Erdem: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- ŞENEL, Kerem: Bilişim suçları ve Siber Güvenlik, Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek lisans tezi, 2024.
- ŞENOL, Cem: Devlet Sırrı ve Devlet Sırlarına Karşı İşlenen Suçlar, (Devlet Sırrı), 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- ŞENOL, Cem: “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)”, (Halkı Yanıltıcı Bilgi), Ceza Hukuku Dergisi, (50), 2022, s. 331-352.
- ŞENTÜRK TUR, Melike: “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçunda (TCK m. 190/2) Güncel Durumun Değerlendirilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(31), 2023.
- ÜNVER, Mustafa/CANBAY, Cafer/ÖZKAN, Hüseyin Burhan :Kritik Altyapıların Korunması, 1. Baskı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Ankara 2011.
- ÜNVER, Yener: Ceza Hukukıyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- WEBER, Rolf H: The Right To Be Forgotten More Than a Pandora’s Box?, JIPITEC, (1), 2011, s. 120-130.
- WRIGHT, Gavin: Critical Infrastructure, https://www-techtarget-com.translate.google/whatis/definition/critical-infrastructure?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=tr&_x_tr_hl=tr&_x_tr_pto=tc. (Erişim: 24.03.2025).
- Yargıtay. 8. CD., 05.04.2005, E.2005/341, K.2005/2011. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/arama?p=hY5dC4lwFib%2fy%2fFWZUVGeCczQ5AIHYGFyNJhA20xhSjxv7dAsQ%2bh2%2fd9nvecFilCNmBas4DeQIfic8A%2btrBV6Y4WTEV7FcAMkk4f44g%2fxgqNHS4ZIR6XdTMh9ldSJxfXhouLSxuWelJUAztHyDLQwkDWH4mIH2X5q%2bAzrU5MDmjshBpeHxxthd0JWO0WQt6%2fJN8nodkzplY%2bMSJUxLa02uRkI3HWZkP%2fvbn5JLJctelYDmrM4UknRP>. (Erişim: 27.03.2024).
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- YILDIZ, Furkan: Terör Örgütü Varlığının Hukuken Tespiti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72(2), 2023, s. 563-618.
- YILMAZ, Sacit: Türk Ceza Hukuku Sisteminde Siber Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- YÜKSEK, Furkan Kaan: AİHM İçtihatlarında Kişisel Verilerin Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25 (1), 2023, s. 371-420.
- ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Bahar TURGUT, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Bahar TURGUT, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnonu University Law Review.

**GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA ÖNLEMLERİ İLE ÇEKİŞMESİZ YARGININ KESİŞME
ALANI: TEREKENİN TESPİTİ VE KORUMA ALTINA ALINMASI**
AN EXAMPLE FOR INTERSECTION POINT OF PROVISIONAL LEGAL PROTECTION
MEASURES AND NON-CONTENTIOUS JURISDICTION: PRESERVATION OF THE ESTATEDilek AYDEMİR*  **Makale Bilgi**Gönderi: 10/03/2025
Kabul : 26/05/2025**Anahtar Kelimeler***Çekişmesiz yargı,
İhtiyati tedbir,
Terekenin tespiti,
Terekenin korunması,
Kıyas.***Article Info**Received: 10/03/2025
Accepted: 26/05/2025**Keywords***Non-contentious
judicial matters,
Interim measures,
Analogy,
Preservation of the
estate.***Özet**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.381’de çekişmesiz yargı işlerinin tespitinde dikkate alınacak kriterlere yer verilirken m.382/2’de çeşitli alanlardan tespit edilen çekişmesiz yargı işlerine ilişkin bir liste verilmiştir. Bu listede yer alan bazı çekişmesiz yargı işleri, HMK’dan önceki tarihli ve yürürlükte olan başka kanunlarda farklı hukuki nitelikte olmak üzere düzenleme konusu olmuş işlerdir. Bu durum ise ilgili kurumların hukuki niteliği hakkında tartışmalara yol açmıştır. Konuya dair örneklerden biri Türk Medeni Kanunu m.589’da temel düzenlemesini bulan “terekenin tespiti ve korunması” kurumudur. Terekenin tespiti ve korunması, re’sen harekete geçme ilkesi, uyuşmazlığın yokluğu ölçütü ve önleyici etki sebebiyle bir çekişmesiz yargı işidir ve bahsedilen listede de yer almaktadır. Öte yandan Türk Medeni Kanunu’nda (TMK) koruma önlemi olarak düzenlenmiştir. Terekenin tespiti hem bir çekişmesiz yargı işi hem de bir geçici hukuki koruma önlemi niteliğindedir. Dolayısıyla terekenin tespitine uygulanacak hükümler tespit edilirken öncelikle TMK’da yer alan özel hükümler, daha sonra HMK’nın çekişmesiz yargı hükümleri ve ihtiyaç halinde kıyasen dikkate alınmak üzere HMK’nın ihtiyati tedbir hükümlerinden yararlanılabilir.

Abstract

While Article 381 of the Code of Civil Procedure (CCP) enumerates the criterias to take into consideration for identifying non-contentious judicial matters, Article 382/2 provides a list of various non-contentious judicial matters from different fields of private law. Some of the matters in the list had been regulated in other laws previously dated with legal characteristics different from non-contentious judicial matter and subjected to different rules and procedures. This fact has opened the discussion of the legal nature of the subject matter institution. One example related to the issue is which finds its primary regulation in Article 589 of the Turkish Civil Code under the heading “protection measures”. Due to the principles of ex officio action, absence of dispute, and preventive nature, preservation of the estate is a non-contentious judicial matter and it is also included in the aforementioned list of article 382/2 of CCP. On the other hand, it is regulated in the Turkish Civil Code (TCC) as a “protective measure”. The preservation of the estate holds both the nature of a non-contentious judicial matter and a provisional legal protection measure. Therefore, when determining the applicable provisions for the preservation of the estate, having applied the special provisions under the TCC, followed the provisions on non-contentious jurisdiction under the CCP, if necessary, the CCP’s provisions on interim measures may be applied by analogy.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: AYDEMİR, Dilek, “Geçici Hukuki Koruma Önlemleri ile Çekişmesiz Yargının Kesişme Alanı: Terekenin Tespiti ve Koruma Altına Alınması”, İnÜHFD, 16(1), 2025, s.221-233. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.



EXTENDED SUMMARY

The first legal regulations regarding non-contentious jurisdiction in Turkish legal system are to be found in the Code of Civil Procedure (CCP), Articles 382-388. The legislator establishes three criteria in Article 382/1 of the CCP to determine and select the non-contentious judicial matters as (1) the cases without any disputed matter between the related persons involved, (2) the cases without any claim arising from substantive law and (3) the cases where the judge has the power to initiate proceedings ex officio. Article 382/2 of the CCP provides a list of various non-contentious judicial matters. Some non-contentious judicial matters in the list have been regulated in previously dated codes with legal characteristics different from non-contentious judicial matters. This fact has opened the discussion related to the legal nature and applicable rules of the respective institutions. Was the legal nature of the relevant institution previously misinterpreted, or has it become a non-contentious judicial matter merely due to an amendment in legal provisions? To discuss this matter, “preservation of the estate” primarily regulated in Article 589 of the Turkish Civil Code (TCC) has been selected as an example. According to Article 589 of TCC, the peace court at the domicile of the deceased shall, upon request or ex officio, take all necessary measures to protect the estate and ensure the transfer to the rightful heirs. In the Swiss civil law (Articles 551-553 of the Swiss Civil Code), the preservation of the estate is regulated similarly to the TCC. Under Swiss law, the competent authority for the preservation of the estate is specified according to cantonal law and, unlike Turkish law, this authority does not necessarily have to be a court. In German civil law, to preserve the estate the court may issue individual protective measures, however, in such cases where multiple actions are required, the court prefers generally to appoint an executor to carry out these actions and manage the estate (paragraphs 1960-1961 of German Civil Code). Preservation of the estate is solely a duty given to the judge by law to ensure the complete delivery of the estate to the rightful owners and to eliminate any potential dangers that may hinder this objective. Within this respect, it is a non-contentious judicial matter not only being explicitly regulated in the law, but also according to the criteria of absence of dispute, preventive effect, and initiation ex officio. However, the similarities between decisions regarding the preservation of the estate and provisional legal protection measures indicate that the boundaries between the two institutions are not clearly defined. This ambiguity brings the question of which provisions shall apply to such non-contentious judicial matters. In this case, alongside the provisions concerning non-contentious judicial matters, the need to apply provisions related to provisional legal protections by analogy to the specific case has arisen. For example, there are no provisions in either the TCC or the CCP regarding the enforcement of the decisions regarding the preservation of the estate; in both the TCC Regulation and the CCP Regulation, it is observed that application of such measures is left to the court’s clerk office. In my opinion, a provision should be added to the CCP to regulate how decisions of non-contentious judicial matters requiring enforcement should be carried out. Presently, in my opinion, the second, third and fourth paragraphs of Article 393 of the CCP can be applied to the matters with respect to preservation of estate by analogy. When the relevant paragraphs of Article 393 of the CCP are applied, the judge, depending on the requirement, may either assign court registry or the enforcement office within its judicial district to execute the decision of the preservation of the estate. It should be born in mind, obviously, as a rule, interim measures may also be issued during the proceeding of a non-contentious judicial matter. However, all decisions regarding the preservation of the estate, which is the subject matter of this paper, are classified as non-contentious judicial matters under the CCP. Therefore, the provisions of the CCP regarding non-contentious judicial matters shall be fully applied to these decisions. Since an appeal to the Regional Court of Appeal is available against the decisions on a non-contentious judicial matter pursuant to Article 387 of the CCP, the similarities between the preservation of the estate and provisional legal protection measures does not change the fact that the appellate legal remedy is available against the decisions of preservation of the estate. It has been already emphasized in scholarly interpretations that there is a need for a separate code for non-contentious judicial matters. For the time being at least, the provisions regulating the enforcement of non-contentious judicial decisions should be inserted into CCP.

I. GİRİŞ

Çekişmesiz yargı, dahil olduğumuz Kara Avrupası Hukuk Sisteminde yer alan pek çok ülkede uzun zaman önce ayrı bir kanunda düzenlenmiş iken eski usul kanunumuz olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda konu hakkında bir düzenleme bulunmamakta idi. Çekişmesiz yargıya ilişkin ilk ayrıntılı ilmi çalışmayı yapan Baki Kuru ise Kara Avrupası Hukuk Sistemine dahil pek çok ülkenin çekişmesiz yargı hukuku alanındaki kanun ve ilmi ve kazai içtihatlarını da incelediği “Nizasız Kaza (1961)” isimli kitabında Türk Hukuku bakımından çekişmesiz yargı işlerinin tespitinde yararlanılmak üzere bazı kıstaslar belirlemiş, ayrıca kendi tespitlerine göre çekişmesiz yargı işi olduğunu düşündüğü çeşitli kanun hükümlerini de eserinde belirtmiş idi. Bu kıstaslar “1) çekişme yokluğu, 2) hasım yokluğu, 3) ihtiyari olma, 4) önleyici etki, 5) İnşai etki, 6) subjektif hakkın yokluğu, 7) re’sen harekete geçilmesi” şeklinde idi. Hukuk sistemimizde çekişmesiz yargıya dair ilk kanuni düzenlemeler ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu’muzda yapılmış olup konu m.382-m.388 arasında düzenlenmiştir. Kanun koyucu, çekişmesiz yargı işini tespit etmek üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 382/1’de üç kıstas belirlemiştir: “a) İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan hâller. B) İlgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâller. C) Hâkimin resen harekete geçtiği hâller.” Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise önceki ilmi¹ ve kazai içtihatlar da gözden geçirilerek çeşitli alanlardan çekişmesiz yargı işleri listesi verilmiştir. İşte bu listede yer alan bazı çekişmesiz yargı işleri, HMK’den önceki tarihli başka kanunlarda farklı hukuki nitelikte olmak üzere düzenlenmiş ve farklı yargılama kurallarına konu olmuş işlerdir. Bu durum ise ilgili kurumun hukuki niteliği hakkındaki tartışmayı beraberinde getirmiştir. Acaba daha önce ilgili kurumun hukuki niteliği yanlış mı değerlendirilmişti yoksa ilgili iş sırf kanun değişikliği gereği mi çekişmesiz yargı işi haline gelmiştir? Sözelimi daha önce bir geçici hukuki koruma önlemi olarak nitelendirilen bir kurum artık sırf kanun değişikliği sebebi ile çekişmesiz yargı işi mi olacaktır? Bu sorunun cevabını ararken, Türk Medeni Kanunu m. 589’da temel düzenlemesini bulan “terekenin tespiti ve korunması” örnek olarak incelenmek üzere seçilmiştir. Bu çalışmada terekenin tespiti ve korunması kurumunun hukuki niteliği, bu kuruma uygulanacak hukuk kuralları değerlendirilecektir. Bu çalışmanın devamı niteliğinde olan ikinci çalışmada ise bir çekişmesiz yargı işi olarak terekenin tespiti ve korunması yargılamasına üçüncü kişilerin dahil olması, yargılamanın çekişmeli hale gelip gelmeyeceği, mahkemenin vereceği kararın icrası ve karara karşı başvurulabilecek kanun yolları başta olmak üzere çeşitli usule ilişkin meseleler ele alınacaktır.

II. TÜRK, İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKUNDA TEREKENİN TESPİTİ VE KORUNMASINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERE GENEL BİR BAKIŞ

Türk Medeni Kanunu (TMK)² m. 599 uyarınca ölüm anında ölenin mal varlığı bir kül halinde mirasçılara geçer.³ Mirasçılardan tereke üzerinde elbirliği mülkiyeti bulunmaktadır (TMK m. 640/II). Ölüm anından itibaren terekenin paylaşımına kadar hem terekeye dahil olan malvarlığı unsurlarının korunması hem de yasal ya da varsa atanmış mirasçılardan ve vasiyet alacaklılarının tespiti ihtiyacı hasıl olur. Uygulamada mirasın kazanılması ile paylaşılması arasında geçen sürede terekede yer alan bazı taşınırın kaybolduğu, özellikle bazı mirasçılardan bunları sakladığı veya el koyduğu ya da üçüncü kişilere devrettiği sıklıkla görülmektedir. Ölüm anı ile terekenin paylaşılması anı arasında geçen sürede hem tereke unsurlarının korunması hem de mirasçılardan ve vasiyet alacaklılarının tespiti noktasında Türk Medeni Kanunu birtakım önlemler öngörmüştür. Bu koruma önlemlerinin amacı terekenin eksiksiz olarak tamamının bütün mirasçılara sağlıklı bir şekilde geçmesini sağlamak, tereke mallarının yok olması veya gerçek hak sahiplerinden kaçırılmasını engellemek, terekenin bütün mirasçılara geçmesini sağlayıp hak sahiplerinden kaçırılmasına engel olmaaktır.⁴ Koruma önlemi taleplerinin derhal karara bağlanarak gecikmeden uygulanması gerekir. Koruma önlemlerinin alınmasında gecikilmesi, tereke mallarının fiilen hak sahiplerine eline geçmesini engel olabilir. Örneğin, mirasbırakan ile mirasçılardan birinin sahip olduğu ortak bir hesabın bulunması ve ortak hesap tasfiye edilmeden ölüm halinde, yaşayan ortak hesab sahibinin koruma önlemi alınıncaya kadar ortak kullanılan banka hesabındaki bütün meblağı çekme ihtimali vardır. Gerçek

¹ Kuru’nun Nizasız Kaza isimli kitabında yer alan listenin güncellenmesi çalışması için bkz. BUDAK, Ali Cem: “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı” (Çekişmesiz Yargı), in Özekes, Muhammet (ed.), Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı IV Medenî Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı-İcra İflâs Kanununda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, 30 Eylül-1 Ekim 2005, TBB Yayınları, Ankara 2006, s.128-187; konu hakkında tarihi bilgi için bkz. BUDAK, Ali Cem: “Çekişmesiz Yargı” in Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, Medenî Usul Hukuku (Usul), 8. Baskı, Filiz, İstanbul 2024, s.385-387, kn.1-5; Karşılaştırmalı hukuka ilişkin bilgi için ÖZEKES, Muhammet (ed.), Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı IV Medenî Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı-İcra İflâs Kanununda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, 30 Eylül-1 Ekim 2005, TBB Yayınları, Ankara 2006.

² Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG: 08.12.2001, 24607.

³ Terekenin mülkiyeti ile birlikte zilyetlik de ölümle mirasçılara geçer. İNAN, Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s.483, kn.1523.

⁴ KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s.564; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2012, s.394; EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2019, s.440, kn.1199; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.483, kn.1524; İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 16. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2022, s.320; ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi Cilt II, Oniki Levha, İstanbul 2020, s. 206, s.211; KURŞAT, Zekeriya: Terekenin Korunması Önlemleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s.24, s. 30, s.31 dn.16; ÖNDER, Akil: “Miras Hükümlerinden Terekeye Mutaallik İhtiyati Tedbirler”, Adliye Ceridesi, 34(4), 1943, s.206; ÜLGENALP, Nuri: “Mirasın Reddi ve Defter Tutma Talebi” (Mirasın Reddi), Adliye Dergisi, 36(1), 1945, s.31; AVCI, Mehmet Özgür: Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması, Oniki Levha, İstanbul 2014, s.71.

hak sahiplerinin korunması için, en kısa sürede ortak hesaptan para çekilmesini engelleyecek şekilde tedbir kararı verilmesi gerekir.⁵

Bu geçiş sürecinde terekenin korunmasına ilişkin başlıca kurallar “koruma önlemleri” başlığı altında TMK m. 589-598 arasında düzenlenmiştir. Bu koruma önlemleri bakımından genel hüküm sayılabilecek TMK m. 589/1’de mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hâkiminin, istem üzerine veya re’sen tereke mallarının korunması ve malların fiziken hak sahiplerinin eline geçmesini sağlamak üzere gerekli olan bütün önlemleri alacağı belirtilmiştir. Sonraki hükümlerde ise, terekenin defterinin tutulması (TMK m. 590), mühürlenmesi (TMK m. 591), terekenin resmen yönetilmesi (TMK m. 592-593), mirasçıların bilinmemesi halinde yapılması gerekenler (TMK m. 594) ve vasiyetname ile ilgili işlemler (TMK m. 595-598) düzenlenmiştir.

Konu hakkındaki ikincil mevzuat düzenlemeleri Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük⁶ (TMK Tüzüğü) m. 32-36 arasında ve Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük Kapsamında Tutulacak Defterler, Özel Kütük, Dosyalar, Tutanaklar ve Diğer Evrakın Düzenlenmesine Dair Yönetmelik⁷ (TMK Yönetmeliği) özellikle m. 14-16 arasında yer almaktadır.

Mülga Medeni Kanun’da (eski MK)⁸ “ihtiyati tedbirler” başlığı altında m. 531 (TMK m. 589) ve m. 532 (TMK m. 590-591)’de karşılığını bulan Türk Medeni Kanunu m. 589, m. 590, m. 591’de TMK’nın yürürlüğünden bu yana herhangi bir kanun değişikliği olmamıştır. Bununla birlikte hükümlerin uygulanışı bakımından ilmi ve kazai içtihatlar da atfı yapılan medeni usul kanununda değişiklik olmuş, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)⁹ ilga edilerek 01.10.2011’de Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)¹⁰ yürürlüğe girmiştir. HUMK m. 101 ve devamında “ihtiyati tedbir” başlığı altında düzenlenen kurum HMK’da m. 389 ve devamında “geçici hukuki korumalar” üst başlığı altında “ihtiyati tedbir”, “delil tespiti” ve “defter tutma, mühürleme”¹¹ gibi diğer geçici hukuki korumalar” alt başlıkları ile sınıflandırılarak düzenlenmiş ve HMK m. 382’de çekişmesiz yargı işlerine ilişkin genel kriterler sayıldıktan sonra başlıca çekişmesiz yargı işlerinin liste halinde sayılmıştır. Terekenin tespiti ve korunması da bu listede yer almaktadır (HMK m. 382/2-c-5).

İsviçre Medeni Kanunu’nda (İsviçre MK) terekenin tespiti ve korunması TMK’ya benzer şekilde düzenlenmiştir. İsviçre MK m. 551/1’de yetkili otoritenin terekenin usulüne uygun bir şekilde mirasçılara geçmesi için re’sen gerekli bütün tedbirleri alacağı belirtildikten sonra ikinci fıkrada bu tedbirlere örnek olarak mühürleme, defter tutulması, terekeye temsilci atanması ve vasiyetin açılması verilmiştir. İsviçre MK m. 552’de ise mühürlemenin kanton hukukuna göre gerçekleşeceği; m. 553/1’de ise tereke defterinin tutulacağı haller belirtildikten sonra ikinci fıkrada defter tutma işleminin yine kanton hukukuna göre yapılacağı belirtilmiştir.

Alman Medeni Kanunu’nda (Alman MK) ise konuya dair düzenlemeler m. 1960 ve devamında düzenlenmektedir. Alman MK m. 1960/1’e göre tereke mahkemesi, ancak ihtiyaç hasıl olursa, miras kabul edilinceye kadar ya da mirasçının bilinmediği veya mirası kabul edip etmediğinin bilinmediği hallerde terekenin korunmasına yönelik kararlar alır. Hükmün ikinci fıkrasında ise bu kararlara örnek olarak terekenin defterinin tutulması, mühürleme, para, kıymetli evrak ve değerli eşyanın muhafaza altına alınması, terekeye yönetici atanması verilmiştir. Alman hukukunda mahkemenin münferit koruma kararları alabileceği fakat birden fazla işlem yapılması gereken haller söz konusu ise genellikle bu işlemleri yapmak ve terekeyi yönetmek üzere bir görevli atayacağı ifade edilmekte (Alman MK m. 1961) ve ilmi içtihatlar da özellikle bu görevlinin yetki ve sorumlulukları ele alınmaktadır.¹²

III. MEDENİ USUL HUKUKU BAKIMINDAN TEREKENİN TESPİTİ VE KORUNMASI KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

TMK m. 589’da mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hâkimi, istem üzerine veya re’sen tereke mallarının korunması ve bilfiil fiziken hak sahiplerinin eline geçmesini sağlamak üzere gerekli olan bütün önlemleri alacağı ve bu önlemlerin, özellikle kanunda belirtilen hâllerde terekede bulunan mal ve hakların yazımına, terekenin mühürlenmesine, terekenin resmen yönetilmesine ve vasiyetnamelerin açılmasına ilişkin olacağı düzenlenmiştir. Hükmün eski MK’daki başlığı “ihtiyati tedbir” iken mevcut Kanunda “koruma önlemi” başlığı tercih edilmiştir. Kanun maddesinden sulh hukuk mahkemesinin yapacağı yargılamanın ve vereceği kararın hukuki niteliği açıkça anlaşılmamakla birlikte madde metninde tespit, yazım, mühürleme ifadeleri yer almaktadır. HMK m. 382/2-c-5’te ise “Tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine ulaşmasını sağlamak için önlem alınması” miras hukukuna ait çekişmesiz yargı işleri listesinde yer alan kalemlerden biridir.

⁵ ÇABRİ, s.214.

⁶ Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 21.07.2003, No: 2003/5960, RG: 10.08.2003, 25195.

⁷ RG: 03.09.2004, 25592.

⁸ Türk Kanunu Medenisi, Kanun Numarası: 743, Kabul Tarihi: 17.02.1926, RG: 04.04.1926, 339.

⁹ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 1086, Kabul Tarihi: 18.06.1927, RG: 02, 03, 04.07.192, 622, 623, 624.

¹⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi:12.01.2011, RG: 04.02.2011, 27836.

¹¹ Mühürleme ve defter tutma işlemlerinin nasıl yapılacağı Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik (RG: 06.08.2015, 29437) m. 209 ve m. 210’da düzenlenmiş olup bu çalışmanın devamı niteliğindeki diğer çalışmada TMK Yönetmeliği m.14-m.16 ile karşılaştırmalı olarak ayrıca değerlendirilmiştir.

¹² Bkz örneğin, SCHULZE, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar m.1960, 5. Baskı, Baden 2007, s.1923, kn.6, kn.7.

Zikredilen hükümler ışığında, ilmi ve kazai içtihatlarda terekenin tespiti ve korunması kurumunun hukuki niteliği hakkındaki görüşlerde sıklıkla geçen çekişmesiz yargı ve geçici hukuki koruma kavramlarından bahsedilmesi faydalı olur.

A. Çekişmesiz Yargı ve Geçici Hukuki Koruma Kavramları

1. Çekişmesiz Yargı

Çekişmesiz yargı HUMK döneminde karşılaştırmalı hukuk dikkate alınarak doktrinde incelenmekle birlikte HMK'da ilk defa kanun hükmü ile düzenlenmiştir. Doktrinde ifade edilen ölçütlerden¹³ üçü kanuna alınmış (HMK m. 382/1¹⁴) ve tespit edilen çekişmesiz yargı işleri metinde sayılmıştır (HMK m. 382/2).

Çekişmesiz yargıda kural olarak re'sen araştırma ilkesi uygulanır (HMK m. 385/2)¹⁵. Çekişmesiz yargıda davaya son veren taraf işlemleri olan feragat, kabul, sulh uygulama alanı bulmaz. Yine, davanın geri alınmasını düzenleyen HMK m. 123 çekişmesiz yargı işlerinde uygulanmaz. Talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde, çekişmesiz yargı işine ilişkin talep tek taraflı bir beyanla geri alınabilir; aynı talep daha sonra tekrar ileri sürülebilir.¹⁶ Re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde ise talep dahi olmadığı için teknik olarak talebin geri alınması da söz konusu değildir.¹⁷

Çekişmesiz yargı işine dair mahkeme tarafından yapılan yargılama sonucunda nihai bir karar verilir. Bu karar maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahip değildir (HMK m. 388).¹⁸ Sonradan ortaya çıkan haklı sebep ya da kararın haksız görülmesi dolayısıyla, karar şekli anlamda kesinleştikten sonra dahi, gerekirse hâkim bağımsız bir yargılama ile başka bir karar verebilir.¹⁹ Bu imkân, çekişmesiz yargı işi kararının nihailiğini zedelemeyi ve bu kararın geçici olarak verildiği anlamına gelmez.²⁰ Halbuki geçici hukuki korumalar, etkisinin geçici olduğu bilinerek verilir ve bir değişiklik yapılırken de bu asıl karar dikkate alınır; yapılan yargılama asıl yargılamanın bir parçasıdır.²¹

Çekişmesiz yargı işine yönelik talep mahkemeye reddedilirse bu talep kural olarak aynı vakialara dayanılarak tekrar ileri sürülemez. Bunun sebebi ise ret kararının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi değil, hukuki yarar yokluğudur.²² Ancak farklı vakialara dayanılarak aynı talep tekrar ileri sürülebilir.²³

Bir Hukuk Genel Kurulu kararında çekişmesiz yargı kararının ancak ilk derece mahkemesinde açılacak iptal davası ile değiştirilebileceği ya da duruma göre hâkimin değiştirebileceği belirtilmiştir.²⁴ Doktrinde ise kanunda böyle bir düzenlemenin olmadığı fakat çekişmesiz yargı kararının düzeltilmesi, değiştirilmesi ve iptali talebinin kararı veren mahkemeye yöneltilebilmesine yönelik düzenlemenin gerekliliği vurgulanmıştır.²⁵

İnceleme konumuz bakımından dikkate değer olması sebebi ile Kanundaki ölçütlerden biri olan re'sen harekete geçme ölçütüne baktığımızda, belirtmek gerekir ki hâkimin re'sen harekete geçtiği haller

¹³ KURU, Baki: Nizasız Kaza (Nizasız Kaza), AÜHF Yayınları, 1961, s.39; KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt I (Usul), 6. Baskı, DemirDemir, İstanbul 2001, s.26-29; BUDAK, Çekişmesiz Yargı, s.129; AKİL, Cenk: "Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri" AÜHFD, 62(4), 2013, s.932; DEVECİ, Zeynep Sümeýra: Çekişmesiz Yargıda İlgiler Kavramı ve Hukuki Durumu, Adalet, Ankara 2025, s.27-30.

¹⁴ Çekişmesiz yargının ayrı bir kanunda düzenlenmesi gerektiği yönünde ALANGOYA, Yavuz/DEREN-YILDIRIM, Nevhis/YILDIRIM, Kamil: Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, Beta, İstanbul 2011, s.54.

¹⁵ Konuya ilişkin eleştiri ve her bir çekişmesiz yargı kararı değerlendirilip bu ilkenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması önerisi için bkz. ATALI, Murat: Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasası, Yetkin, Ankara 2014, s.153-154; ATALI, Murat: "Çekişmesiz Yargı" in Pekcanitez, Hakan/ Özekes, Muhammet/ Akkan, Mine/ Taş Korkmaz, Hülya (ed.), Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku (Çekişmesiz Yargı), 15. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2017, s.2140-2141.

¹⁶ KURU, Nizasız Kaza, s.171; BUDAK, Usul, s.396 kn.39; BUDAK, Çekişmesiz Yargı, s.173; ARAS, Aslı: Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, Yetkin, Ankara 2017, s.68.

¹⁷ KURU, Nizasız Kaza, s.172.

¹⁸ Postacıoğlu, hâkimin çekişmesiz yargı kararını değiştirme imkânının, karara karşı kanun yolunun açık olmasına engel olmadığını belirtmiştir. POSTACIOĞLU, İlhan E.: Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Sulhi Garan, İstanbul 1975, s.29; Umar çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararların hem şekli hem de maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahip olmadığını hatta bu sebeple, çekişmesiz yargı kararlarına karşı kanun yolunun açılmasının "yalnızca nihai kararlara karşı kanun yolu açıktır" ilkesi ile çeliştiğini ifade etmiştir. UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2014, s.1128; Kuru çekişmesiz yargı kararlarının şekli anlamda kesinleşmesinin mümkün olduğunu fakat maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahip olmadığını ifade etmiştir. KURU, Nizasız Kaza, s.177, 180; KURU, Baki: Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt II (El Kitabı), Yetkin, Ankara 2020, s.1852; aynı yönde BUDAK, Çekişmesiz Yargı, s.156; ATALI, Çekişmesiz Yargı, s.2146; BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: Medenî Usul Hukukunda Karar, Adalet, Ankara 2014, s.173-174.

¹⁹ KURU, Nizasız Kaza, s.181; UMAR, s.1128; TANRIVER, Süha: Medenî Usul Hukuku Cilt I (Tanrıver Usulü), 6. Baskı Yetkin, Ankara 2024, s.120; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TASPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medenî Usul Hukuku, 10. Baskı, Yetkin, Ankara 2024, s.806; BUDAK, Çekişmesiz Yargı, s.174; ATALI, Çekişmesiz Yargı, s.2146; ARAS, s.164; BORAN GÜNEYSU, s.175; Demirel bu halde maddi anlamda ilgililerin talepte bulunabileceği gibi hâkimin re'sen de kararını değiştirebileceğini ifade etmiştir. DEMİREL, Duygu: "Çekişmesiz Yargıda İtiraz Yolu", MİHDER, 12(35), 2016, s.689, s.692; Fakat üçüncü kişilerin kazanılmış hakkı söz konusu olursa çekişmesiz yargı kararı değiştirilemez. KURU, Nizasız Kaza, s.190; BORAN GÜNEYSU, s.175; Alman hukukunda da Alman ÇYİK m.48/1'de durum ve koşulların değişmesi halinde talep üzerine nihai ve bağlayıcı olan çekişmesiz yargı kararının değiştirilebileceği; aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise bir hukuki işleme ilişkin çekişmesiz yargı kararının, üçüncü kişilerin o hukuki işlem dolayısıyla hak kazanmaları halinde değiştirilemeyeceği belirtilmiştir. REICHOLD, Klaus/SEILER, Christian, m.48, in THOMAS, Heinz/PUTZO, Hans/REICHOLD, Klaus/HÜBTEGE, Rainer/SEILER, Christian: Zivilprozessordnung FamFG, 36. Baskı, Münih 2015, s.1540-1541 kn.2-3.

²⁰ ERİŞİR, Evrim: "Boşanma Davasında Malvarlığına Yönelik Geçici Hukuki Koruma" (Erişir Aile Hukuku), Türk Hukukçu Kadınlar Derneğinin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı Aile Hukukunda Güncel Sorunlar, Filiz, 2019, s.23.

²¹ ARAS, s.164.

²² Kuru aynı gerekçelerle tekrar başvuru yapılamamasının sebebinin *ne bis in idem* olduğunu belirtmiştir. KURU, Nizasız Kaza, s.186-187; aynı yönde DEMİREL, s.690-691.

²³ KURU, Nizasız Kaza, s.187, 188; ATALI, Çekişmesiz Yargı, s.2146; DEMİREL, s.692; Çekişmesiz yargı işi çocuğun hukuki durumu hakkında ise aynı vakialara dayanılarak da tekrar aynı talep ileri sürülebilir. ARAS, s.189; BORAN GÜNEYSU, s.175.

²⁴ Yargıtay HGK, 14.12.2005, E.2005/2-693, K.2005/726. Kazancı (Erişim: 25.02.2024).

²⁵ KARSLI, Abdurrahim: Medenî Muhakeme Usulü, 5. Baskı, Filiz, 2020, s.49; ARAS, s.195; Umar'a göre ise kararın iptali için ayrı bir hüküm sevk edilmesi ihtiyaç dahilinde değildir, çünkü kararın iptalinin talep edilebilmesi genel hükümlerin bir sonucudur. UMAR, s.1131.

ancak ilk derece yargılaması bakımından geçerli olup kanun yolu incelemesi bakımından yine ilgilinin talebi aranır.²⁶ Bu ölçütün uygulandığı çekişmesiz yargı işlerinde hâkim re'sen kararını değiştirebilir, kişilerin subjektif hakkından bahsedilemez.²⁷ Öte yandan o karara dayanarak üçüncü kişi hak kazandıysa ya da karar inşai etkiye sahip ise artık değiştirilemez.²⁸

Kanuna alınmayan fakat daha önce doktrinde öne sürülen ölçütlerden biri olan önleyici etki ölçütüne göre ise çekişmesiz yargı işlerinde amaç hakka muhtemel saldırıları önlemektir, fakat saldırı şart olmadığı gibi bir saldırı tehlikesi olması da şart değildir, emareye dahi gerek yoktur.²⁹ Geçici hukuki koruma kararı ortada bir ihtilaf, tehlikeli durum varsa alınır iken önleyici etki ölçütüne göre çekişmesiz yargı işinde amaç muhtemel saldırıları önlemektir.³⁰ İnşai etkiye sahip çekişmesiz yargı kararı ilgili herkesi bağlar ve kendiliğinden sonuç doğurur; ortadan kaldırılmadığı sürece mevcudiyetini sürdürür.³¹ Tespit edici çekişmesiz yargı kararının ise bağlayıcı bir etkisi olmadığı gibi icrai bir niteliği de yoktur.³² Dolayısıyla bu tespit edici kararın ileri sürüldüğü bir davaya bakan hâkim bunu takdiri delil olarak değerlendirebilir; mevcut çekişmesiz yargı kararı, örneğin bir hukuk normunun ön koşulunu oluşturuyorsa, örneğin bir hukuksal durumu tespit ediyorsa, bir hukuki gerçeklik olarak kabul edilmeli, bunun aksini iddia eden ispat etmelidir (TMK m. 7).³³ İcrai etkiye sahip çekişmesiz yargı kararlarının³⁴ icrası hakkında ise her bir icrai etkiye sahip çekişmesiz yargı kararının icrası bakımından öncelikle ilgili özel hükümler dikkate alınacağı açık olmakla birlikte konuya ilişkin HMK'da genel bir hüküm bulunmamaktadır.

2. Geçici Hukuki Korumalar

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun onuncu kısmının başlığı "geçici hukuki korumalar" olup HMK m. 389-399 arasında ihtiyati tedbir; HMK m.400-405 arasında delil tespiti düzenlenmiş, HMK m. 406'da ise diğer geçici hukuki korumalara ilişkin genel bir hüküm sevk edilmiştir. Geçici hukuki koruma kavramı üst kavram olarak kullanılmıştır.³⁵ Doktrinde HMK'da hüküm olmasa da defter tutma ve mühürleme gibi diğer geçici hukuki koruma kararlarının verilebileceği, HMK m. 406 ile bu kurumların geçici hukuki koruma olduğunu vurgulamak amacı güdüldüğü belirtilmiştir.³⁶ İhtiyati tedbir ve delil tespiti hükümlerinin ise hakkında özel hükümler saklı kalmak üzere niteliğine uygun düştüğü ölçüde ilgili geçici hukuki korumalara da kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir.³⁷ Fakat, bu halde dahi öncelikle diğer geçici hukuki koruma hükümleri uygulanmalıdır; özel bir geçici hukuki koruma öngörülüşse ilgili yargılama bakımından ihtiyati tedbir talep edilmemeli ve hakim bu doğal yetkisi bulunmakla birlikte ihtiyati tedbir kararı verilmemelidir.³⁸ Bu noktada ihtiyati tedbir ve diğer geçici hukuki korumalar arasındaki belli başlı farklılıklardan bahsetmekte yarar bulunmaktadır.

İhtiyati tedbirler asıl davanın açılmadığı, açılmış olsa bile henüz karar verilmediği dönemin aşılmasına hizmet eder. Diğer geçici hukuki korumalar ise haklı/haksız asıl davada verilen karardan etkilenmez. Bazen diğer geçici hukuki korumanın hizmet ettiği bir davanın açılması dahi söz konusu değildir. Davadan önce ihtiyati tedbir alınması halinde, ihtiyati tedbirin uygulanması üzerine "tamamlayıcı merasim" olarak dava açılmalıdır (HMK m. 397). Tamamlayıcı merasim ihtiyati tedbirlerin en temel karakteristiğidir. Diğer geçici hukuki korumalarda tamamlayıcı merasime başvuru zorunluluğu yoktur.³⁹ Bununla birlikte doktrinde geçici hukuki koruma tedbirlerinin kesin hukuki korumanın tamamlayıcısı olduğu vurgulanmıştır.⁴⁰

İhtiyati tedbirin aksine, diğer geçici hukuki korumalarda, örneğin aile hukukunda tedbir nafakası bakımından, haksız tedbirin geriye etkili sona ermesi, HMK m. 399 örneğindeki gibi tazminat sorumluluğu söz konusu değildir.⁴¹ İhtiyati tedbirde kural olarak talep eden tarafından teminat verilmesi zorunlu (HMK m. 392) iken diğer geçici hukuki korumalarda teminat zorunluluğu bulunmamaktadır.⁴²

²⁶ DEVECİ, s.30.

²⁷ KURU, Nizasız Kaza, s.33; AKİL, s.933.

²⁸ ATALI, Çekişmesiz Yargı, s.2147; ARAS, s.196.

²⁹ KURU, Nizasız Kaza, s.27-28; BUDAK, Usul, s.387, kn.8; AKİL, s.934.

³⁰ KURU, Nizasız Kaza, s.29; AKİL, s.934.

³¹ KURU, Nizasız Kaza, s.196; UMAR, s.1131; inşai etki hakkında bkz. BÜYÜK, Elif Irmak: Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm, Oniki Levha, 2021, s.218.

³² KURU, Nizasız Kaza, s.197; ARAS, s.215.

³³ UMAR, s.1131; ARAS, s.202.

³⁴ Örneğin, tevdi mahalli belirlenmesi veya tevdi edilemeyecek eşyanın satılması (HMK m.382/2-ç-3).

³⁵ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.640; YILMAZ, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri Cilt I, Yetkin, 2001, s.38-39; TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku Cilt II, Yetkin, Ankara 2021, s.202; ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz (İhtiyati Haciz), Seçkin, Ankara 1999, s.40-41.

³⁶ KURU, El Kitabı, s.1312; KARSLI, s.748.

³⁷ ÖZEKES, Muhammet: "Geçici Hukuki Koruma" (Geçici Hukuki Koruma), in Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/ Taş Korkmaz, Hülya (ed.), Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III, 15. Baskı, Oniki Levha, Ankara 2017, s.2452; KARAASLAN, Varol: "Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri", in Budak/Karaaslan, Usul, s.376, kn.3; ERİŞİR, Aile Hukuku, s.31; Örneğin geçici hukuki koruma talebinin reddi kararına karşı, HMK m.391/3 kıyasen, kanun yolu açıktır. KURU, El Kitabı, s.1312-1313, 1322.

³⁸ KARSLI, s.749; ÖZEKES, Geçici Hukuki Koruma, s.2453.

³⁹ ERİŞİR, Evrim: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri (Geçici Hukuki Koruma), Oniki Levha, İstanbul 2013, s.338.

⁴⁰ YILMAZ, s.34, 37; benzer şekilde bkz ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s.37-38.

⁴¹ ERİŞİR, Geçici Hukuki Koruma, s.274; ERİŞİR, Aile Hukuku, s.30.

⁴² ERİŞİR, Geçici Hukuki Koruma, s.338.

İhtiyati tedbirde dava konusu asıl talep ile tedbirin konusu arasında sıkı bir bağ vardır. Diğer geçici hukuki korumalarda ise her zaman bir dava konusu asıl talep güvence altına alınmaz ya da talebin geçici icrasına karar verilmez.⁴³

İhtiyati tedbirde, tedbire olan ihtiyacın ortaya konulması noktasında gecikmesinde sakınca olunan hal ispat edilmelidir (HMK m. 389, m. 390). Diğer geçici hukuki korumalarda, talep sebebinin yaklaşık ispatı yeterli olmakla birlikte gecikmeden kaynaklanacak sakınca durumunun ispatı söz konusu değildir.

İhtiyati tedbirde itiraz imkânı (HMK m. 394) varken ve ihtiyati tedbir yargılamasında verilen ihtiyati tedbir kararına ya da itiraz üzerine verilen kararlara karşı istinaf kanun yolu açıkken (HMK m. 341) diğer geçici hukuki korumalar bakımından verilen kararlara karşı kanun yolunun açık olup olmadığı her bir tedbire göre belirlenmelidir: örneğin, boşanma davası sırasında verilen tedbir nafakası da dahil olmak üzere verilen geçici hukuki koruma kararlarına karşı kanun yolu kapalıdır. Öte yandan, örneğin, evlilik birliğinin korunmasına yönelik geçici önlemler (örneğin, TMK m. 190) nihaidir ve kanun yolu açıktır.⁴⁴

Diğer geçici hukuki korumaları ihtiyati tedbirden ayıran en temel sonuçlarından bir tanesi yine ihtiyati tedbire muhalefetin yaptırımını düzenleyen HMK m. 398 uygulanmamasıdır.

İhtiyati tedbirin uygulanması HMK m. 393'te ayrıca düzenlenmişken diğer geçici hukuki koruma kararlarının icrasına ilişkin genel nitelikte bir hüküm bulunmamaktadır. Bazı geçici hukuki koruma kararlarının icrasında ise, örneğin tedbir nafakasında, yargı uygulaması ve İİK m.344 gibi özel hükümler devreye girmektedir.⁴⁵ Bu noktada ihtiyati tedbir hükümlerinin diğer geçici hukuki korumaların icrasında da kıyasen dikkate alınması gerekecektir.

Nihayetinde diğer geçici hukuki korumalar da ihtiyati tedbir de geçici niteliktedirler ve hangi amaçla verilmiş olurlarsa olsunlar yargılama bakımından belli bir dönemin aşılmasına hizmet ederler.

B. Terekenin Tespiti ve Korunmasına İlişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Dönemindeki Görüşler

Eski MK ve HUMK döneminde terekenin tespiti ve korunmasının hukuki niteliği farklı görüşlere konu olmuştur. Çoğunlukla eski MK'daki ilgili hükmün başlığı da dikkate alınarak terekenin korunması kararları ihtiyati tedbir olarak nitelendirilmiştir.⁴⁶ HUMK döneminde verilen bir Yargıtay kararında TMK m. 590'a göre defter tutmanın ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu belirtilmiştir.⁴⁷

HUMK döneminde ileri sürülen bir diğer görüşe göre TMK usul kanunundaki genel önlemlerle yetinmemiş, terekenin korunması bakımından özel önlemler düzenlemiştir.⁴⁸ Buradaki önlemlerin HUMK m. 101 vd. (HMK m. 389 vd.) ile doğrudan ilişkisi yoktur; bunlar geniş anlamda ihtiyati tedbirdir.⁴⁹ Bu sebeple aslında ilgili kanun hükümlerinin başlığının “muhafaza tedbirleri” olması gerektiği, çünkü bu tedbirlerin geniş anlamda geçici hukuki himaye tedbirleri olduğu ifade edilmiştir.⁵⁰

Başka bir görüşe göre ise, terekenin tespiti ve korunması kararlarının HUMK anlamında ihtiyati tedbir olmadığı; verilen tedbir kararlarının nihai karar olduğu; çünkü yapılan yargılamanın çekişmesiz yargı işi olduğu belirtilmiş ve buna terekeye temsilci atanması örnek verilmiştir.⁵¹ Fakat aynı görüşe göre terekenin tespiti ve defter tutma kararlarının ise nihai değil geçici nitelikte kararlar olduğu ve kanun yolunun kapalı olduğu ifade edilmiştir.⁵² Aynı yönde bir görüş tarafından çekişmesiz yargı işleri adi ve basit çekişmesiz yargı işleri olarak sınıflandırılmış ve hâkimin maddi hukuk kuralını somut olaya uygulanması şeklinde yaptığı bir muhakeme söz konusu olmadığı için terekenin tespiti ve korunması basit çekişmesiz yargı işleri kategorisinde sayılmıştır.⁵³

⁴³ ERİŞİR, Geçici Hukuki Koruma, s.278.

⁴⁴ ERİŞİR, Geçici Hukuki Koruma, s.279; Evlilik birliğinin korunmasına yönelik geçici hukuki koruma kararlarının ara karar olduğu yönünde bkz. ACAR, Tuna: Türk ve Mukayeseli Medenî Yargılama Hukuku Açısından Ara Karar, Yetkin, 2022, s.124; Geçici hukuki koruma kararlarının geçici nihai karar olduğu ve itiraz olmadığı sürece hâkimin değiştiremeyeceği yönünde bkz. BORAN GÜNEYSU, s.169-172.

⁴⁵ ERİŞİR, Geçici Hukuki Koruma, s.281; Tedbir nafakası kararının ilâm ya da ilâm niteliğinde belge olmadığı; kararın icrası için ilamsız takip yapılabileceği içtihat edilmektedir. Bkz. örneğin Yargıtay 12.HD., 23.01.2019, E.2018/5079, K.2019/810. (Karamercanhukuk); Yargıtay 12.HD., 13.03.2019, E.2018/6085, K.2019/4240. Lexpera (Erişim: 24.02.2024); Yargıtay 12.HD., 08.04.2019, E.2018/6711, K.2019/5725. Lexpera (Erişim: 24.02.2024); TANRIVER, Süha: Türk Aile Mahkemeleri, Yetkin, 2014, s.100; TANRIVER, Süha: İlämlî İcranın Dayanakları ve İcranın İadesi (İlämlî İcra), Yetkin, Ankara 1996, s.52; Doktrinde, yerinde olarak örneğin tedbir nafakasının hukuki niteliğinin bir geçici koruma tedbiri olduğu, ayrı bir takip yapılmasına lüzum kalmadan, alacaklının talebiyle derhal icra edilebilmesi, borçluya ödeme veya icra emri göndermek yerine doğrudan icraya geçilmesi gerektiği ifade edilmiştir. ÖZEKES, Muhammet/ERİŞİR, Evrim: “Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, MİHDER, 3(5), 2006, s.1266; ÖZEKES, Muhammet: “İlämlî İcra”, in PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, 11. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2024, s.310, kn.1312; bkz. ayrıca TANRIVER, İlämlî İcra, s.46-47; Delil tespiti kararının icrasında da hâkimin zor kullanma yetkisi vardır. ARSLANDOĞAN, Birce: Medenî Yargılama Hukukunda Delil Tespiti, Oniki Levha, İstanbul 2020, s.214; bkz ayrıca aşağıda dn.195.

⁴⁶ AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 2. Baskı, Savaş, Ankara 1991, s.209; ÖNDER, s. 205; İNAN, Ali Naim: Miras Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1969, s.301; ÜLGENALP, Nuri: “Mirasın Açılması-İhtiyati Tedbirler” (Mirasın Açılması), Adliye Dergisi, 35(10), 1944, s.840.

⁴⁷ Yargıtay 2.HD., 22.4.2003, E.4780/2003, K.5851/2003, 22.4.2003. Kazancı (Erişim: 25.02.2024).

⁴⁸ KURŞAT, s.25.

⁴⁹ KURŞAT, s.29.

⁵⁰ YILMAZ, s.697-698.

⁵¹ KURU, Usul Cilt IV, s.4332; KURU, Nizası Kaza, s.85-86; BUDAK, Çekişmesiz Yargı, s.134.

⁵² KURU, Usul Cilt IV, s.4334; Yazar görüşüne örnek olarak 2. HD'nin 29.03.1996 tarihli ve 2333/3108 sayılı kararını vermiştir.

⁵³ BUDAK, Çekişmesiz Yargı, s.147; Budak'a göre, adi çekişmesiz yargı işleri ilgililerin hukuki durumunu önemli ölçüde etkileyen işler iken basit çekişmesiz yargı işleri idari yönü ağır basan işlerdir. BUDAK, Usul, s.388, kn.11; s.393, kn.41; BUDAK,

C. Terekenin Tespiti ve Korunmasına İlişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu Dönemindeki Görüşler

Miras hukukuna dahil çekişmesiz yargı işlerini sayan HMK m.382/2-c'nin beşinci alt bendinde terekenin tespiti ve korunması da yer almaktadır. Özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra bu hükmün ilmi ve kazai içtihatlardaki görüşlerin şekillenmesinde önemli etkisi bulunmaktadır.

Nitekim doktrinde, terekenin tespiti ve korunması hakkındaki TMK hükümlerinin kamu düzeninden ve emredici olduğu; yapılan yargılamanın ise çekişme yokluğu ve menfaat koruma amacı olması hasebi ile bir çekişmesiz yargı işi olduğu ifade edilmektedir.⁵⁴ Hatta terekenin tespiti ve korunmasının dar anlamda çekişmesiz yargı işi olduğu; yani çekişmeli yargı dışında kalan ve şekli (organik) anlamda mahkemelerce verilen bir olgu ya da vakıa tespiti kararı olduğu⁵⁵; HMK m. 382/2'deki listede sayıldığı için mutlak çekişmesiz yargı işi olduğu⁵⁶ ifade edilmiştir. Çekişmesiz yargı işi olmasının bir uzantısı sayılabilecek şekilde mahkemenin kararının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği⁵⁷ ve koruma önlemi içeren kararların kesin olduğu, kanun yoluna gidilemeyeceği; sadece terekenin tespiti ve korunması talebinin reddi kararının kesin olmadığı belirtilmektedir.⁵⁸

Öte yandan doktrinde, aslında geçici hukuki koruma özellikleri taşısa da sırf HMK'da çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmasının, terekenin tespiti ve korunmasını çekişmesiz yargı işi saymada önemli bir etken olduğu ifade edilmiştir.⁵⁹ Yine bir görüşe göre, HMK'ya alınmamış olmakla birlikte, bir yargılamanın çekişmesiz yargı işi olup olmadığını belirlerken dikkate alınması gereken önleyici etki ölçütüne dayanan bir çekişmesiz yargı işi aynı zamanda bir geçici hukuki koruma önlemi olabilir. Buna verilecek örneklerden bir tanesi de terekenin tespiti ve koruma altına alınmasıdır.⁶⁰

Kazai içtihatlarda ise kati bir görüş olmadığı gözlemlenmiştir. Örneğin bazı Yargıtay kararında bu önlemlerin delil tespiti niteliğinde olduğu, istihkak davası olmadığı belirtilmiştir.⁶¹ Bir kısım kararlarda ise terekenin tespiti ve tereke unsurlarının deftere geçirilmesi kararlarının, terekenin korunması önlemleri kapsamında tedbir niteliğinde işlemler olduğu belirtilmiştir.⁶² Çeşitli yüksek mahkeme kararlarında terekenin korunması önlemlerinin ihtiyati tedbir olmadığı, geçici hukuki koruma olduğu, çekişmesiz yargı işi olduğu ifadelerine de rastlanmaktadır.⁶³

D. İsviçre ve Alman Hukukunda Durum

İsviçre hukukunda da terekenin tespiti ve korunması kararlarının yetkili otorite tarafında bir çekişmesiz yargı işi olarak verileceği, alınacak kararların geçici hukuki koruma niteliğinde olduğu ve maddi hukuk bakımından ilgililerin haklarına bir etkisi olmadığı; amacın terekenin korunması olup paylaşılması olmadığı belirtilmiştir.⁶⁴

Alman hukukunda da terekenin tespiti ve korunması yargılamanın bir çekişmesiz yargı işi olduğu, Alman Medeni Kanunu yanında Aile Hukuku İşleri ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yargılama Kanunu'nun (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit- FamFG)

⁵⁴ ANTALYA, O. Gökhan/SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku Cilt III, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, s.391, kn.1600; ÇABRİ, s.207; GÜNAY, Erhan: Mirasın Paylaşılması Davaları, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, s.19; KURŞAT, s.339, dn.1206; KURU, Nizazs Kaza, s.85-86; Bazı eserlerde ise “koruma önlemleri” ya da “genel ve özel tedbir hükümleri” ifadeleri kullanılmakla yetinilmiştir. EREN/YÜCER AKTÜRK, s.442; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 9. Baskı, Turhan, Ankara 2018, s.273; aynı ifadelerin kullanıldığı bir başka ilmi eserde bu koruma kararlarının geçici olduğu fakat ihtiyati tedbir olmadığı ifade edilmiştir. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.485, kn.1530; Bir başka ilmi eserde ise “ihtiyati tedbir” başlığının muhafaza edildiği görülmüştür. HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, 8. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2014, s.145.

⁵⁵ ATALI, Çekişmesiz Yargı, s.2108; bkz. ayrıca TANRIVER, Usul Cilt I, s.120-121.

⁵⁶ KURU, El Kitabı, s.1810.

⁵⁷ ANTALYA/SAĞLAM, s.392, kn.1610.

⁵⁸ ANTALYA/SAĞLAM, s.392, kn.1611; ÇABRİ, s.215

⁵⁹ ATALI, Çekişmesiz Yargı, s.2118.

⁶⁰ AKİL, s.949; ARAS, s.164; ACAR, s.126.

⁶¹ Yargıtay 8.HD., 01.10.2014, E.2013/13009, K.2014/17643. Kazancı (Erişim: 24.02.2024); Yargıtay 14.HD., E.2016/6394, K.2019/5096. Kazancı (Erişim: 24.02.2024)

⁶² Örneğin, “... tedbir HMK 389.maddelerinde düzenlenen tedbir çeşitlerinden değildir. Bu tedbir TMK'nın 589. ve devamı maddelerinde düzenlenen terekenin tespiti, yönetilmesi, korunması sırasında verilen bir tedbir olup, sulh hakimliği yasadan doğan bu yetkisini durum ve şartlara göre tedbiri kaldırma ve devam ettirme yetkisine sahiptir. Mirasçılar, gerek terekenin yönetimi sırasında, gerekse kendi ihtiyaçları için Sulh Hakimliğinden talepte bulunmak suretiyle ihtiyaçlarının karşılanması ve giderilmesini isteyebilirler.” İstanbul BAM 7.HD., 29.03.2017, E.2017/285, K.2017/269. Lexpera (Erişim: 13.03.2024); aynı yönde Yargıtay 8.HD., 24.10.2014, E.2013/23095, K.2014/19209; Yargıtay 8.HD., 21.11.2013, E.2013/7472, K.2013/17324. Yargıtaykarararama (Erişim: 05.04.2024).

⁶³ Örneğin, İstanbul BAM 7.HD., 29.03.2017, E.2017/285, K.2017/269. Lexpera (Erişim: 13.03.2024); “Buna göre, kural olarak terekenin tespitine ilişkin bir davada bu kapsamda verilen ara kararlar davanın mahiyeti gereğince verilmiş olup, talebin TMK nun 589 maddesi kapsamında terekenin tespitinden ibaret olması halinde, aksi de belirtilmedikçe HMK.nun 389 vd maddeleri gereğince verilmiş ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu kabul edilemez.” Ankara BAM 17.HD., 23.06.2022, E.2022/834 K.2022/820. Lexpera (Erişim: 13.03.2024); değerlendirildiğinde işbu dosyadaki talep; her ne kadar davalı olarak K6 gösterilmiş ise de çekişmesiz yargı işi olup terekenin korunması ve tespiti kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu talep ve davaya bakma görevi de Sulh Hukuk Mahkemesinin görevindedir. Bu nedenlerle ilk derece mahkemesince görevsizlik kararı verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşılmakla davacı tarafın istinaf talepleri yerinde görülmediğinden reddine karar verilmesi gerekir.” Adana BAM 1.HD., 03.03.2020, E.2019/1620 K.2020/313. Lexpera (Erişim: 13.03.2024).

⁶⁴ MÜLLER, Franz/STAMM, Johannes: m.551, in KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSSER, Roland (ed.), Orell Füssli ZGB Kommentar, 4. Baskı, Zürich 2021, s.1289; VÖLK, Tamara M.: m.551, in ARNET, Ruth/BREITSCHMID, Peter/JUNGO, Alexandra (ed.), CHK, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Baskı, Zürich 2023, s.252.

(Alman ÇYİK) ilgili hükümlerinin uygulanacağı, hukuki işlem yapılacak veya talebin icrası gereken bir karara yol açacak olması durumunda mahkemenin bir tereke yöneticisi atayacağı ifade edilmiştir.⁶⁵

E. Değerlendirme

1. Genel olarak

Terekenin tespiti ve korunması kurumunun hukuki niteliğinin ne olduğu yönündeki değerlendirmelerden önce ne olmadığına yönelik bazı tespitlere yer vermek faydalı olacaktır.

Öncelikle terekenin tespiti, miras davaları bakımından bir ön koşul değildir. İleride hiçbir husumet çıkmasa bile terekenin tespiti talep edilebilir.⁶⁶

Miras hukuku bağlamında terekenin tespiti ve defterinin tutulması resmi defter tutma kurumundan da (TMK m. 619) farklıdır.⁶⁷

Medeni usul hukuku bakımından terekenin tespiti bir delil tespiti⁶⁸ değildir. Delil tespitinde bir hukuki durum tespiti söz konusu olmayıp gelecekte kullanılmak üzere bir vakıanın delili güvence altına alınmaktadır. Delil tespiti bu yönüyle çekişmesiz yargıdan ayrışır.⁶⁹ Terekenin tespiti ve korunması hükümlerindeki önleyici etki, terekenin tespitini tek başına delil tespiti yapmaz. Delil tespiti, kurgusu da dikkate alındığında çekişmeli yargıya dahildir.⁷⁰ Terekenin tespiti çekişmeli yargıya ait değildir, iki taraf sistemi uygulanmaz, ileride açılacak dava sonucu ulaşılabilecek nihai korumaya hizmet etme durumu söz konusu değildir. Delil tespiti hâkimin kararıyla etki doğuran bir taraf usul işlemi iken terekenin tespiti doğrudan mahkeme usul işlemidir. Terekenin tespiti ve örneğin defterinin tutulmuş olması halinde bu defter ileride açılacak bu davada kesin delil olarak dikkate alınmayacak; tespit edilen eşya bakımından sadece bir hukuki durum tespiti, takdiri delil olarak kabul edilip aksi iddia ve ispat edilebilecektir.⁷¹

Terekenin tespiti ve korunması kararları ihtiyati tedbir niteliğinde değildir, çünkü ihtiyati tedbir yargılaması özünde çekişmeli yargıya dahil olup çekişmesiz yargıda verilen geçici hukuki korumalara dahi ihtiyati tedbir denilemez; çünkü ihtiyati tedbirde çekişmeli yargıya dahil bir talep, uyuşmazlık söz

⁶⁵ STÜRNER, Rolf: m.1960, in JAUERNİG, Othmar (ed.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem gleichbehandlungsgesetz, 14. Baskı, Münih 2011, s.1840; SCHULZE, 1923, kn.6.

⁶⁶ Kazai içtihatlarında, denkleştirme, tenkis, tapu sicilinin düzeltilmesi davasında terekenin tespitinin talep edilebileceği (Yargıtay 1.HD., 24.02.2021, E.2020/319, K.2021/982; 30.06.2022, E.2022/2760, K.2022/5302); tenkis davası açmak için önce terekenin tespitinin gerektiği (Yargıtay 1.HD., 27.04.2022, E.2020/3002, K.2022/3575); yine muris muvazaası sebebiyle iade talebinden önce terekenin tespit edilmesi gerektiği (Yargıtay 1.HD., E.2021/2011, K.2021/3686) belirtilmektedir. Lexpera (Erişim: 13.03.2024). Fakat ifade edelim ki bu davalar bakımından yapılacak tespitler terekenin korunması amacını güden TMK m.589 ve devamına göre değil; ilgili davada talep sonucuna esas alınmak üzere terekenin ayrıca değerini de tespit amacına hizmet eder ve bu davalardan önce ya da dava sırasında alınan geçici hukuki koruma kararları birer ihtiyati tedbir olarak karşımıza çıkar.

⁶⁷ Hak düşürücü süreye tabi olan (TMK m.619/2), açıkça kanun yoluna başvurulma imkânı olan resmi defter tutmada amaç terekenin aktif ve pasifinin tespiti ve borca batıklık durumuna göre mirası hükmen red-kabule ya da terekenin resmi tasfiyesine karar verilmesini sağlamaktır. ÜLGENALP, Mirasın Reddi, s.39; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.486, kn.1533; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.442, kn.1205; İMRE/ERMAN, s.322; “Talep, Türk Medeni Kanununun 619’ncü maddesinde düzenlenen mirası kabul veya reddetme esas olmak üzere “Resmi defter tutma” değil, aynı Yasanın 589’ncü ve devamı maddelerinde yer alan “Korumaya önlendi” olarak ölüm tarihi itibarıyla terekeyi oluşturan unsurları belirlemek, böylece olası ihtilaflarda başvuru kaynağı oluşturmak, bu sayede terekenin içeriği ile ilgili ölüm anındaki durumu öğrenme imkânını elde etmeye yönelik olarak terekede bulunan mal ve hakların tespitine ilişkindir.” Yargıtay 14.HD., E.2016/5141, K.2017/1918. Kazancı (Erişim: 25.02.2024); Yargıtay 14.HD., 20.03.2017, E.2016/5150, K.2017/2119. Kazancı (Erişim: 25.02.2024); Terekenin defterinin tutulmasının amacı kural olarak terekenin net değerini ortaya koymak değil aktiflerin durumunu ortaya koymaktır. MÜLLER/STAMM, m. 553, s.1291; VÖLK, m.551, s.252; m. 553, s.256; İsviçre hukukunda, bazı kanton hukuklarında terekenin pasiflerinin de yazılması ve malların kıymetinin takdir edilmesi gerekliliği bakımından düzenlemeler söz konusudur. VÖLK, m. 553, s.256. Örneğin, Zürih Kantonu İsviçre Medeni Kanunu’na Giriş Kanunu (Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch) m. 126. Türk hukukunda ise bkz. Türk Medeni Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük Kapsamında Tutulacak Defterler, Özel Kütük, Dosyalar, Tutanaklar ve Diğer Evrakın Düzenlenmesine Dair Yönetmelik (TMK Yönetmeliği) m.14/14.

⁶⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.400-405 arasında düzenlenen delil tespiti, vakıanın deliline ilişkin durum tespiti yapılmasını sağlayan bir taraf usul işlemidir. Delil tespiti talebi hakkındaki mahkemenin red ya da kabul kararı ara karardır, tek başına kanun yoluna götürülemez. AKİL, Cenk: “Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti”, AÜHFD, 58(1), 2009, s.47; ARSLANDOĞAN, s.64; TANRIVER, Usûl Cilt II, s.229; TURAN, Sinem: Medeni Usûl Hukukunda Delil Tespiti Kurumunun Fonksiyonları, Yetkin, 2020, s.64; Geçici nihai karar olduğu yönünde bkz. ACAR, s.115. Kararın icrası, örneğin bilirkişiden rapor alınması ise, mahkeme usul işlemidir. Burada bir ihtiyatilik olmakla birlikte, örneğin alınacak bilirkişi raporu ile artık bir vakıa tespiti ortaya çıkacağı için, başka bir raporla tespitin yanlışlığı ortaya konulmadıkça, rapor gerçekliği ifade edecektir; geçicilik söz konusu olmayacaktır. AKYOL ASLAN, Leyla: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yetkin, Ankara 2011, s.36. Delil tespitinin yapıldığına ilişkin mahkeme kararı ise geçici karardır. ARSLANDOĞAN, s.229. Delil tespitinin şartları, açılmış/açılacak bir dava olması, talep edenin bu davanın tarafı olması talep edenin hukuki yararının olması ve delil tespiti talebinin haklılığının ve hukuki yararın yaklaşık olarak ispat edilmesidir. TANRIVER, Usûl Cilt II, s.227. Dava açılmadan önce herkes delil tespitine başvurabilir karşı taraf için şekli taraf teorisi uygulanır. ARSLANDOĞAN, s.140. Delil tespiti kararına (HMK m.402/3), bu karar üzerine yapılan delil tespiti işlemine itiraz (HMK m.402/4, m.403) mümkün olmakla birlikte, mahkemece verilecek karara karşı kanun yolu kapalıdır. Delil tespiti talebinin reddi halinde de kanun yolu imkânı mevcut değildir. Delil tespiti kararları, ancak nihai kararlarla birlikte kanun yoluna taşınabilir.

⁶⁹ ARSLANDOĞAN, s.21.

⁷⁰ ARSLANDOĞAN, s.22.

⁷¹ “Tespiti yapılan malvarlığı unsurlarının terekeye ait olduğu, tespit edilmeyenlerin de terekeye ait olmadığına delil teşkil etmez.” Yargıtay 14.HD., 02.07.2015, E.2015/1800, K.2015/7430 Kazancı (Erişim: 24.02.2024); “koruma önlemi olarak terekenin tespiti işleminin maddi hukuk bakımından haklara ve borçlara bir etkisi bulunmamaktadır. Bu işlem, tespiti yapılan malvarlığı unsurlarının terekeye ait olduğu, tespit edilmeyenlerin de terekeye ait olmadığına delil teşkil etmez.” Yargıtay 14.HD., 13.03.2017, E.2016/5141, K.2017/1918. Kazancı (Erişim: 24.02.2024). Kararlarda yer alan “delil teşkil etmez” ifadesi, HMK m.192 ve m.199 da dikkate alındığında yerinde olmayıp tespit işlemi tespiti konu eşya bakımından takdiri delil olarak dikkate alınabilir. Bu durum ise tespiti konu olmaması eşya bakımından ise ilgili eşyanın terekeye ait olmadığı yönünde bir sonuç çıkarmamıza sebep olmaz.

konusudur.⁷² Gerçekten de ihtiyati tedbir prosedürü düşünüldüğünde, örneğin, uyuşmazlık konusu şeye ve buna yönelik açılmış ya da açılacak bir davaya ihtiyaç vardır. Dahası teminat şartıyla verilen ihtiyati tedbire talebinin kabulü-reddi kararlarına ve kişinin yokluğunda verilen kabul kararına karşı bir imkân olan itiraz üzerine verilen kararlara karşı kanun yolu açıktır (HMK m. 392, m. 394). Çekişmesiz yargıda verilen geçici hukuki koruma kararları ile bir hukuki durumun ya da ilgililerin korunması söz konusudur ve ihtiyati tedbirdeki prosedür işletilmez. Terekenin tespiti sırasında TMK m. 589/1 kapsamında alınacak kararlar, örneğin, taşınırın muhafaza altına alınması, taşınmazların tapu siciline şerh konulması,

“...muhafazası mümkün olmayanlar varsa satıp paraya çevrilmesini sağlamak ve menkuller için de para, döviz vb. varsa bunları tereke malvarlığı olarak bankaya yatırmak; altın vb. ziynet eşyaları varsa bunları tereke mahkemesi kasasına alıp kaydetmek; diğer eşyaları ise ilgisine veya üçüncü bir kişiye yediemin sıfatıyla teslim etmek...”⁷³

ihtiyati tedbir değildir.⁷⁴

Bazı kişilerin hakkını koruyamama eksikliğini gidermek amacıyla konulan terekenin tespitine ve korunmasına dair hükümler emredicidir ve kamu düzenindendir.⁷⁵ Bu hükümlerin aksi kararlaştırılamaz, terekenin tespiti ve diğer önlemlerin alınması hakkından feragat edilemez ve mirasbırakan ya da mirasçılar da bu önlemlerin alınmasını engelleyemez veya hukuki yararları yoksa alınan önlemlerin yerine başka önlemlerin alınmasını isteyemez.⁷⁶ Koşullar oluştuğunda hâkim zaten re’sen önlem almak zorundadır, bu önlemleri almak hâkim için bir ödevdir.⁷⁷ Bu önlemlerin alınması için ortada mutlaka tehlikeli bir durumun varlığı da zorunlu değildir.⁷⁸

Terekenin tespiti ve korunması kararının külli halefiyete, mirasın tasfiyesine, paylaşılmasına, etkisi yoktur⁷⁹, bu hükümler düzen kuralıdır,⁸⁰ maddi hukuk bakımından kurucu ya da aynı bir etkisi yoktur⁸¹, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için hâkim gerekirse önlemleri değiştirebilir⁸², verilen kararlar hak sahiplerinin tasarruf yetkisini kısıtlamaz, defterin terekeye dahil olan ve olmayan şeyler bakımından mirasçıların onayı olsa dahi mirasçıların haklarına ya da açılacak davalara bir etkisi yoktur.⁸³ Mühürleme⁸⁴ ve diğer muhafaza tedbirleri ile ise hak sahiplerinin hukuken tasarruf yetkileri saklı kalmak üzere sadece fiili tasarrufları önlenmiş olur, mirasçıların TMK m. 539 uyarınca zilyetliği devam eder.⁸⁵ Bu ifadeler kazai içtihatlar da yer bulmuştur.⁸⁶

⁷² ÖZEKES, Geçici Hukuki Koruma, s.2454; ERİŞİR, Geçici Hukuki Koruma, s.334; Nispeten eski tarihli bazı yargı kararlarında ise, “6100 sayılı HMK’nun 382/d maddesinde göre; ihtiyati tedbir, çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmış, 387. maddede ise ‘iki hafta içinde istinaf yoluna başvurulabileceği’ belirtilmiştir.” gibi ifadelerle rastlanmaktadır. Yargıtay 10.HD., 13.05.2014, E.2013/25499, K.2014/10746 Lexpera (Erişim: 24.02.2024); Yargıtay 10.HD., 21.11.2013, E.2013/22084, K.2013/20780 (Yargıtaykarararama) (Erişim: 05.04.2024); İlgili kararda bahsedilen m. 382/d ile kastedilen hüküm açık olmadığı gibi kanaati mce ihtiyati tedbir bir çekişmesiz yargı işi değildir. Medeni usul hukukunda kavramların ve kurumların doğru kullanılması ihtiyacını göstermesi bakımından kararlar dikkate değerdir. Alman hukukunda da çekişmesiz yargı işleri sırasında verilebilecek geçici hukuki korumalar Alman ÇYİK m.49-57’de ayrıca düzenlenmiştir.

⁷³ Yargıtay 14.HD., 11.06.2019, E.2016/6394, K.2019/5096. Kazancı (Erişim: 24.02.2024).

⁷⁴ “Buna göre, kural olarak terekenin tespitine ilişkin bir davada bu kapsamda verilen ara kararlar davanın mahiyeti gereğince verilmiş olup, talebin TMK nun 589 maddesi kapsamında terekenin tespitinden ibaret olması halinde, aksi de belirtilmedikçe HMK.nun 389 vd maddeleri gereğince verilmiş ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu kabul edilemez.” Ankara BAM 17.HD., 23.06.2022, E.2022/834, K.2022/820 Lexpera (Erişim: 25.02.2024); Somut olay gerektirirse HMK m.389 ve devamı hükümlere göre de ihtiyati tedbir talep edilmesi mümkündür. MÜLLER/STAMM, s.1289.

⁷⁵ ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 11. Baskı, Yetkin, 2020, s.364; KURŞAT, s.35; VÖLK, m. 551, s.252.

⁷⁶ MÜLLER/STAMM, m. 551, s.1289; VÖLK, m.551, s.252; ÇABRİ, s.207; KURŞAT, s.35; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.484, kn.1526; İfade etmek gerekir ki koruma önlemleri nihayetinde mirasçıların ortak menfaatlerini koruduğu için elbette hâkimin bütün mirasçıların ortak iradesi aleyhine hareket etmesi düşünülemez. Örneğin, bütün mirasçılar oybirliği ile terekenin kendilerine teslimini talep ederse hâkim aksine bir karar vermeyecektir.

⁷⁷ MÜLLER/STAMM, m. 551, s.1289; VÖLK, m. 551, s.252; KURŞAT, s.36; ÇABRİ, s.207; AYİTER/KILIÇOĞLU, s.210.

⁷⁸ MÜLLER/STAMM, m. 551, s.1289; VÖLK, m. 551, s.252.

⁷⁹ MÜLLER/STAMM, m. 553, s.1291.

⁸⁰ ANTALYA/SAĞLAM, s.392, kn.1615; KURŞAT, s.32-33.

⁸¹ KURŞAT, s.34, dn.20; VÖLK, m.551, s.252.

⁸² SEROZAN/ENGİN, s.395; KURŞAT, s.34, dn.21; VÖLK, m.551, s.252.

⁸³ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.442, kn.1207; ANTALYA/SAĞLAM, s.395, kn.1621-3; VÖLK, m.553, s.255.

⁸⁴ Mühürleme, terekeye dahil eşya üzerinde fiili tasarruflara engel olmak için bunların kapalı bir kutu, çekmece, oda, sandık vs. ye konularak kapağına ya da kapısına resmi mühür vurulmasını ifade eder. Örneğin evin kapısı, bahçe kapısı mühürlenebilir. Eşya hâkim kararıyla banka kasasına alınarak kasa mühürlenebilir. Hâkim mühürleme kararını kaldırmadıkça mirasçılar o mallara dokunamaz. Örneğin, bir mücevher kutusu, dosya dolabı, eşyanın olduğu bir odanın kapısı mühürlenebilir. Mühürleme terekeye dışardan haksız el atmaları önleme işlemidir. TCK m.203’te (İsviçre Ceza Kanunu m.290) düzenlenen mühür kırma suçu burada da uygulanır. DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Miras Hukuku, 16. Baskı, Filiz, İstanbul 2021, s.393, kn.1620; ÖZTAN, s.365; İMRE/ERMAN, s.323; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.486, kn.1532; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.442, kn.1212-1213; SEROZAN/ENGİN, s.398; KILIÇOĞLU, s.258; MÜLLER/STAMM, m.552, s.1290; VÖLK, m.551, s.253; Mühürleme işleminin HMK m. 406’ya göre yapılacağı yönünde İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.487, kn.1535; İsviçre hukukunda mühürlemenin ne zaman ve nasıl yapılacağı yine ilgili kanton hukukuna bırakılmıştır. İlgili kanton hukukundaki mühürleme yapılabileceği belirtilen haller dışında mühürlemeye pek başvurulmadığı belirtilmiştir. MÜLLER/STAMM, m.552, s.1290. Örneğin Bern kantonunda İsviçre Medeni Kanunu’na Giriş Kanunu (Einführung Gesetz zum Zivilgesetzbuch) m. 58: 1-vasiyetnamenin varlığı halinde, 2-bilinmeyen ya da reşit olmayan mirasçı varsa, 3- mirasçılardan birisi resmi defter tutulmasını isterse, 4- mirasçılardan birisi açıkça isterse) mühürleme işlemi yapılır. İsviçre hukukunda mühürlemenin sadece taşınırılara yönelik olabileceği, sadece terekeye ait malların mühürlenebileceği, mühürleme mümkün değilse başka önlemlerin alınabileceği belirtilmiş; miras hukukundaki terekenin mühürlenmesi ile medeni usul hukukunda mühürlemenin farklı olduğu ifade edilmiştir. VÖLK, m.551, s.254.

⁸⁵ KOCAYUSUFPASAOĞLU, s.566; ANTALYA/SAĞLAM, s.395, kn.1622; MÜLLER/STAMM, m.552, s.1290; VÖLK m.551, s.254.

⁸⁶ “Tespiti yapılan malvarlığı unsurlarının terekeye ait olduğu, tespit edilmeyenlerin de terekeye ait olmadığına delil teşkil etmez. Mirasçıların, tespit olunanlara “onay” vermeleri veya benimsemeleri, onları tespiti yapılmamış olan borçlara ilişkin

Sonuç olarak, katıldığım görüşe göre, terekenin tespiti ve korunması, HMK m. 382/2-c-5'te açıkça belirtilmekle birlikte çekişme yokluğu ve re'sen harekete geçme yanında önleyici etki ölçütüne göre çekişmesiz yargı işlerinden birisidir. Kanaatimce, yasal ya da atanmış mirasçıların, murisin ve mirasçıların alacaklılarının, vasiyet alacaklılarının ilgili tereke malları üzerindeki haklarının korunmasında önemli bir yere sahip ve bu yüzden re'sen harekete geçilen⁸⁷ hallerden birisi olan kurum, önemli çekişmesiz yargı işlerindendir. Yine katıldığım görüşe göre terekenin korunmasına ilişkin çekişmesiz yargı kararları ilgili mevzuatta özel hükümlere tabi olan aynı zamanda birer teminat amaçlı geçici hukuki koruma olarak ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle terekenin tespiti ve korunması kurumu bir bütün olarak çekişmesiz yargı işi ve geçici hukuki korumanın kesişme noktalarından birisi olarak karşımıza çıkar.⁸⁸

2. Terekenin Tespiti ve Korunması Kurumuna Uygulanacak Hukuk Kuralları

Her ne kadar terekenin tespiti ve korunması bir çekişmesiz yargı işi olsa da özellikle terekenin korunması kararlarının sahip olduğu önleyici etkiden dolayı aynı zamanda bir geçici hukuki koruma örneğidir. Bu noktada bu kuruma uygulanacak hukuk kurallarının tespit edilmelidir. Doktrinde, terekenin tespiti ve korunmasının geçici hukuki koruma kurumu ile benzerliği dolayısıyla, yargılamanın yapılması bakımından çekişmesiz yargı işlerine ilişkin HMK hükümleri uygulama alanı bulurken verilen kararın icrası bakımından geçici hukuki koruma önlemlerine ilişkin kuralların göz önünde bulundurulmasının düşünülebileceği belirtilmiştir.⁸⁹

Baştan ifade etmek gerekir ki kanunkoyucu sadece terekenin tespitine ilişkin kararları değil terekenin korunmasına ilişkin kararları da çekişmesiz yargı kararı olarak nitelendirmiştir. Gerçekten, terekenin tespiti, geçici hukuki koruma özellikleri taşısa da çekişmesiz yargı işi olarak öncelikle HMK m.382 ve devamındaki düzenlemelere tabidir.

Bunun yanında özellikle terekenin korunmasına yönelik kararlar bakımından HMK m. 389 ve devamında düzenlenen ihtiyati tedbir kuralları burada doğrudan uygulama alanı bulmazsa da ancak ihtiyaç dahilinde kıyasen uygulanmasının gündeme gelebileceği kanaatindeyim. Örneğin, TMK m. 589 vd. da düzenlenen terekenin tespiti, defterinin tutulması, korunması için mühürleme kararı gibi mahkeme kararları icra edilebilir niteliktedir. HMK'da ise bu tür icrai çekişmesiz yargı kararlarının nasıl icra edileceğine yönelik hüküm bulunmamaktadır. Mevcut durumda ise hâkimin re'sen kararın uygulanmasını sağlayıcı her türlü tedbire karar verebileceği belirtilmekle yetinilmektedir. Verilen kararların icrasında zor kullanılabilmesinin kaynağı, kanunda zor kullanma noktasında ve tespit ve koruma kararının icrasında herhangi bir hükme atıf yapılmamış olsa da hâkime verilen geniş takdir yetkisidir. Terekenin tespiti ve korunması kararları HMK m. 301 kapsamında "ilâm" ya da İİK m. 38 kapsamında "ilâm niteliğinde belge" de değildir. İlgili kararın icrasında dikkate alınmak üzere, örneğin tedbir nafakasında olduğu gibi, yerleşmiş bir uygulama ve İİK'da ya da HMK'da özel hüküm de mevcut değildir. Kararların yerine getirilmesi noktasında yönetmelik seviyesinde bazı düzenlemeler söz konusudur (bkz. örneğin, TMK Yönetmeliği m.14). Kanaatimce, terekenin tespiti ve korunması kurumunun geçici hukuki koruma önlemleri ile benzerliği de dikkate alındığında, örneğin bu noktada HMK m. 389/2'nin atfı ile ihtiyati tedbirin uygulanmasını düzenleyen HMK m. 393 hükmü terekenin korunması kararının icrası bakımından değerlendirilmeli, mahkeme kararın icrası bakımından yazı işlerini ya da icra dairesini re'sen görevlendirebilmeli; üçüncü kişinin bildirimi üzerine re'sen harekete geçilen hallerde icra dairesine kararın icrasını emredebilmeli; maddi anlamda ilgilinin başvurusu üzerine verilen koruma kararının icrası da bu kişi tarafından talep edilebilmelidir.⁹⁰ Fakat örneğin, hâkimin terekenin tespiti ve korunması kararına karşı kanun yoluna gidilip gidilemeyeceği sorusu ise çekişmesiz yargıda kanun yolunu düzenleyen HMK m. 387'ye göre cevaplanacak ve bu soruya olumlu yanıt verilecektir.⁹¹

Öte yandan çekişmesiz yargı hakkındaki HMK hükümlerinde, çekişmeli yargıda olduğu gibi ayrıntılı hükümler olmadığı için, örneğin mirasçılardan birinin terekenin tespiti ve korunmasını talep etmesi halinde diğer mirasçılara haber verilip verilmeyeceği, bu ilgililerin yargılamaya nasıl katılacağı, mirasçılardan

sorumluluktan kurtarmayacağı gibi, tespit edilmemiş olan tereke alacakları için de talepte bulunamayacakları anlamına gelmez. Mirasçılar, terekenin tespitine rağmen, birbirlerine yahut üçüncü kişilere karşı tespit edilmiş veya edilmemiş (deftere yazılmış veya yazılmamış) olanları ihtilaf konusu yapabilirler. "Koruma önlemi" olarak tutulan defter (terekenin yazımı), sonradan gündeme gelebilecek mirasın bölüştürülmesine yahut başka bir özel hukuk ilişkisine de esas olmaz." Yargıtay 14.HD., 02.07.2015, E.2015/1800, K.2015/7430 Kazancı (Erişim: 24.02.2024); aynı yönde Yargıtay 14.HD., 13.03.2017, E.2016/5141, K.2017/1918. Kazancı (Erişim: 24.02.2024).

⁸⁷ Kanun koyucu, genel menfaatin, özel menfaate üstün geldiği durumlarda hâkimin resen harekete geçmesini kabul etmiştir. AKKAN, Mine: "Yargı", in PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya (ed.), Pekcanitez Usul Medenî Usûl Hukuku Cilt I, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2017, s.1072.

⁸⁸ Hem geçici hukuki koruma hem de çekişmesiz yargı işine bir diğer örnek HMK m.382/2-f-6'da ve İİK m.285 ve devamında düzenlenen borçluya konkordato mühleti verilmesi ve komiser atanmasıdır. Bkz. ayrıntılı açıklama için ÖZEKES, Muhammet: "Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı", in 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2018, s.69; bunun dışında HMK m. 383/2-b-6, b-13, b-14, b-17, b-18, d-5, d-6, d-7, e-4, e-7, e-11, f-8, f-9 hem çekişmesiz yargı işi hem geçici hukuki koruma önlemine örnek olarak verilebilir. Özellikle aile hukukundaki çekişmesiz yargı işleri listesinde yer alan HMK m. 383/2-b-6, b-13, b-14, b-17, b-18'in aynı zamanda birer geçici hukuki koruma önlemi olduğu yönünde ayrıntılı açıklamalar için bkz. YILMAZ, s.672-687.

⁸⁹ ATALI, Çekişmesiz Yargı, s.2118; ERİŞİR, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunu örnek vererek HMK m. 382/2-b-17 uyarınca bu Kanun'a dayanılarak yapılan yargılama artık çekişmesiz yargı işi olduğu için bu Kanun'a dayanılarak verilecek önlem kararları için geçici hukuki korumaya ilişkin hükümlerin doğrudan ya da kıyasen uygulanamayacağını ifade etmiştir. ERİŞİR, Aile Hukuku, s.24.

⁹⁰ Konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. ikinci çalışmada "Kararın İcrası" başlığı.

⁹¹ Örneğin, Kayseri BAM 3.HD., 30.03.2022, E.2022/600 K.2022/598. *Lexpera* (Erişim: 13.03.2024).

birinin veya üçüncü kişinin yapılan tespit işlemine itirazı üzerine iş çekişmeli olur mu soruları cevaplanırken HMK'nın çekişmeli yargı hükümlerinin terekenin tespiti bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı ve nasıl uygulanacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Bu konular, işbu çalışmanın sınırlarını aştığı için, ayrı bir çalışmamızda ele alınmıştır.

IV. SONUÇ

Bir hukuki kurumun çekişmesiz yargı işi olup olmadığını belirlerken kullanılmak üzere ilmi içtihatla önerilen ölçütlerden birisi önleyici etki ölçütüdür. Burada, ortada tehlikeli bir durum olmasa dahi muhtemel tehlikeleri bertaraf etmek için hâkimin somut durum hakkında karar vermesi söz konusudur. Bu sebeple bir kurum hem çekişmesiz yargı işi hem de geçici hukuki koruma özellikleri taşıyabilir. Terekenin tespiti ve korunması da terekenin hak sahiplerine fiziki olarak eksiksiz teslimini amaç edinen ve bu amacı gerçekleştirmenin önüne geçebilecek muhtemel tehlikeleri ortadan kaldırmak üzere kanunun hâkime vermiş olduğu bir görevden ibaret olup hâkimin re'sen harekete geçtiği yegâne hallerden birisidir. Bu haliyle ise kanunda da açıkça düzenlediği üzere bir çekişmesiz yargı işidir. Özellikle terekenin korunması kararlarının aynı zamanda geçici hukuki koruma özelliği göstermesi ise bu kararlara hangi hükümlerin uygulanacağı meselesini ortaya çıkarmaktadır. Bu soruyu cevaplamadan önce malumun ilanı olarak belirtelim ki terekenin tespiti ve korunmasına ilişkin TMK hükümleri konuya ilişkin özel hükümler olarak birinci sırada uygulanacaktır. Sorumuzun cevabına gelirsek doktrinde de yer bulan katıldığımız görüşe göre, bu halde öncelikle çekişmesiz yargı işine dair hükümler ve bu hükümler yanında, ihtiyaç olması halinde, geçici hukuki korumalar bakımından ayrıntılı düzenlemelere sahip olan ve genel hüküm olarak uygulanan ihtiyati tedbir hakkındaki hükümlerin somut olayda kıyasen uygulanması mümkündür. Örneğin, uygulanacak yargılama usulü, ilgililerin yargılamaya dahil olması, beyan ve itirazlarının dinlenilmesi, verilen karara karşı kanun yoluna gidilip gidilmeyeceği çekişmesiz yargı hükümlerine tabi iken, icrası gereken bu çekişmesiz yargı işinin icrasında ihtiyati tedbirin icrasına ilişkin hükümlerin kıyasen dikkate alınması kanaatimce yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- ACAR, Tuna: Türk ve Mukayeseli Medenî Yargılama Hukuku Açısından Ara Karar, Yetkin, Ankara 2022.
- AKİL, Cenk: “Medenî Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti”, AÜHFD, 58(1), 2009, s.1-62.
- AKİL, Cenk: “Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medenî Kanunu’nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri”, AÜHFD, 62(4), 2013, s.923-969.
- AKKAN, Mine: “Yargı”, in Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (ed.), Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku Cilt I, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2017.
- AKYOL ASLAN, Leyla: Medenî Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yetkin, Ankara 2011.
- ALANGOYA, Yavuz/DEREN-YILDIRIM, Nevhis/YILDIRIM, Kamil: Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, Beta, İstanbul 2011.
- ANTALYA, O. Gökhan/SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku Cilt III, 5. Baskı, Seçkin, 2021.
- ARAS, Aslı: Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, Yetkin, Ankara 2017.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medenî Usul Hukuku, 10. Baskı, Yetkin, Ankara 2024.
- ARSLANDOĞAN, Birce: Medenî Yargılama Hukukunda Delil Tespiti, Oniki Levha, İstanbul 2020.
- ATALI, Murat: “Çekişmesiz Yargı” (Çekişmesiz Yargı), in Pekcanitez, Hakan/ Özekes, Muhammet/ Akkan, Mine/ Taş Korkmaz, Hülya (ed.), Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2017.
- ATALI, Murat: Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Yetkin, Ankara 2014.
- AVCI, Mehmet Özgür: Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması, Oniki Levha, İstanbul 2014.
- AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 2. Baskı, Savaş, Ankara 1991.
- BORAN GÜNEYİSU, Nilüfer: Medenî Usul Hukukunda Karar, Adalet, Ankara 2014.
- BUDAK, Ali Cem: “Çekişmesiz Yargı” (Budak Usul), in BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, Medenî Usul Hukuku, 8. Baskı, Filiz, İstanbul 2024.
- BUDAK, Ali Cem: “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı” (Çekişmesiz Yargı), in Özekes, Muhammet (ed.), Medenî Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı IV Medenî Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı-İcra İflâs Kanununda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, 30 Eylül-1 Ekim 2005, TBB Yayınları, Ankara 2006.
- BÜYÜK, Elif Irmak: Medenî Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm, Oniki Levha, 2021.
- ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi Cilt II, Oniki Levha, İstanbul 2020.
- DEMİREL, Duygu: “Çekişmesiz Yargıda İtiraz Yolu”, MİHDER, 12(35), 2016, s.679-726.
- DEVECİ, Zeynep Sümeysa: Çekişmesiz Yargıda İlgililer Kavramı ve Hukuki Durumu, Adalet, Ankara 2025.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Miras Hukuku, 16. Baskı, Filiz, İstanbul 2021.
- EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2019.
- ERİŞİR, Evrim: “Boşanma Davasında Malvarlığına Yönelik Geçici Hukukî Koruma” (Aile Hukuku), Türk Hukukçu Kadınlar Derneğinin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı Aile Hukukunda Güncel Sorunlar, Filiz, İstanbul 2019.
- ERİŞİR, Evrim: Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri (Geçici Hukukî Koruma), Oniki Levha, İstanbul 2013.
- GÜNAY, Erhan: Mirasın Paylaşılması Davaları, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2021.
- HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, 8. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2014.
- İMRE, Zahir/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 16. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2022.
- İNAN, Ali Naim: Miras Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1969.
- İNAN, Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2019.
- KARAASLAN, Varol: “Geçici Hukukî Koruma Tedbirleri”, in BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Medenî Usul Hukuku, 8. Baskı, Filiz, İstanbul 2024.

- KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Usulü, 5. Baskı, Filiz, İstanbul 2020.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 9. Baskı, Turhan, Ankara 2018.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, Filiz, İstanbul 1987.
- KURŞAT, Zekeriya: Terekenin Korunması Önlemleri, Filiz, İstanbul 2010.
- KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt IV, 6. Baskı, DemirDemir, 2001.
- KURU, Baki: Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt II (El Kitabı), Yetkin, Ankara 2020.
- KURU, Baki: Nizasız Kaza (Nizasız Kaza), AÜHF Yayınları, Ankara 1961.
- MÜLLER, Franz/STAMM, Johannes: m.551, in Kren Kostkiewicz, Jolanta/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (ed.), Orell Füssli ZGB Kommentar, 4. Baskı, Zürih 2021.
- ÖNDER, Akil: “Miras Hükümlerinden Terekeye Mutaallik İhtiyati Tedbirler”, Adliye Ceridesi, 34(4), 1943, s.205-214.
- ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz (İhtiyati Haciz), Seçkin, Ankara 1999.
- ÖZEKES, Muhammet (ed.), Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV Medenî Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı-İcra İflas Kanununda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, 30 Eylül-1 Ekim 2005, TBB Yayınları, Ankara 2006.
- ÖZEKES, Muhammet/ERİŞİR, Evrim: “Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, MİHDER, 3(5), 2006, s.1235- 1274.
- ÖZEKES, Muhammet: “Geçici Hukukî Koruma” (Geçici Hukuki Koruma), in Pekcantez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (ed.), Pekcantez Usul Medenî Usul Hukuku Cilt III, 15. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2017.
- ÖZEKES, Muhammet: “Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı”, in 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2018.
- ÖZEKES, Muhammet: “İlâmlı İcra”, in PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, 11. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2024.
- ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 11. Baskı, Yetkin, Ankara 2020.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Sulhi Garan, İstanbul 1975.
- SCHULZE, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar m.1960, 5. Baskı, Baden 2007.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2012.
- STÜRNER, Rolf: m.1960, in Jauernig, Othmar (ed.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinen gleichbehandlungsgesetz, 14. Baskı, Münih 2011.
- TANRIVER, Süha: İlâmlı İcranın Dayanakları ve İcranın İadesi (İlâmlı İcra), Yetkin, Ankara 1996.
- TANRIVER, Süha: Medenî Usul Hukuku Cilt I (Tanrıver Usul), 6. Baskı Yetkin, Ankara 2024.
- TANRIVER, Süha: Medenî Usul Hukuku Cilt II, Yetkin, Ankara 2021.
- TANRIVER, Süha: Türk Aile Mahkemeleri, Yetkin, Ankara 2014.
- THOMAS, Heinz/PUTZO, Hans/REICHOLD, Klaus/HÜBTEGE, Rainer/SEILER, Christian: m.48, Zivilprozessordnung FamFG, 36. Baskı, Münih 2015.
- UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2014.
- ÜLGENALP, Nuri: “Mirasın Açılması-İhtiyati Tedbirler” (Mirasın Açılması), Adliye Dergisi, 35(10), 1944, s.829-846.
- ÜLGENALP, Nuri: “Mirasın Reddi ve Defter Tutma Talebi” (Mirasın Reddi), Adliye Dergisi, 36(1), 1945, s.31-46.
- VÖLK, Tamara M.: m.551, in Arnet, Ruth/Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra (ed.), CHK, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Baskı, Zürih 2023.
- YILMAZ, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri Cilt I, Yetkin, Ankara 2001.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Dilek AYDEMİR, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Dilek AYDEMİR, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

NE İÇİNDE HUKUKUN NE DE DIŞINDA: ULUSLARARASI HUKUK, İNSAN HAKLARI HUKUKU VE TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ

NEITHER INSIDE NOR OUTSIDE THE LAW: INTERNATIONAL LAW, HUMAN RIGHTS LAW, AND GENDER EQUALITY

Eymir ALBAL* 10.21492/inuhfd.1650274 

Makale Bilgi

Gönderi: 03/03/2025
Kabul : 09/06/2025

Anahtar Kelimeler

*Toplumsal Cinsiyet Eşitliği,
İnsan Hakları
Antlaşma Organları,
Çekinceler,
Sosyal Haklar.*

Article Info

Received: 03/03/2025
Accepted: 09/06/2025

Keywords

*Gender Equality,
Human Rights Treaty
Bodies,
Reservations,
Social Rights.*

Özet

Günümüzde, hukukun hakları biçimlendirdiği bir yapıdan, hakların hukuku şekillendirdiği bir yapıya geçilmiştir. Bu doğrultuda, insan haklarının hukukta yalnızca değerlere özgülenen bir konumdan, bilgi ve anlam üreten bir konuma geçtiği; insan hakları aktörlerinin hakların kapsamını şekillendirme çabaları aracılığıyla hukukun biçimlenmesine katkı sundukları gözlemlenmektedir. Bu durum, insan hakları antlaşmalarında yer alan düzenlemelerin yoruma açıklığı ve ikincil kuralların belirsizliği sebebiyle, parçası olduğu genel uluslararası hukuk disiplini içinde farklı yaklaşımlar sahiplenmesine sebep olmaktadır. Devlet iradeleri ile oluşan geleneksel uluslararası hukuk ile bu iradeyi sınırlamaya çalışan insan hakları hukukunun arasındaki mücadele; toplumsal cinsiyet eşitliğine ilişkin meselelerde görünür olmaktadır. Bu çerçevede, feminist hareketin, özelin politik olduğuna yönelik güçlü argümanı tüm taleplerin temelini oluşturmakta ve bu talepleri hak olarak ileri sürülmektedir. Bununla birlikte, devlet egemenliği bağlamında gözlemlenen genel temayül, bu meselelerin hukuk dışına itilmesidir. Eldeki çalışmada, modernizm ve postmodernizm süreçleri çerçevesinde hukuka atfedilen niteliklerdeki değişim açıklanmaya çalışılarak; hak söyleminin etkileri değerlendirilmektedir. Bu bakımdan, çalışmada ilk olarak devlet iradesinin insan hakları antlaşma organlarına karşı belirleyici kılındığı örnekler, daha sonra ise bu iradenin hak öznelere karşı belirleyici kılındığı haller toplumsal cinsiyet temelli eşitsizlikler bakımından değerlendirilecektir. Sonuç bölümünde ise değerlendirmelere yer verilecektir.

Abstract

Today, there has been a transition from a structure in which law shaped rights, to one in which rights shape law. In this context, human rights have shifted from being merely value-oriented to becoming a source of knowledge and meaning; it is observed that human rights actors contribute to the shaping of law through their efforts to define the scope of rights. This dynamic leads to different approaches within the broader discipline of international law, as human rights treaties allow for interpretative flexibility and secondary rules remain ambiguous. The struggle between traditional, state-driven international law and human rights law, which seeks to limit state sovereignty, becomes particularly visible in matters related to gender equality. In this regard, the feminist movement's strong argument that the personal is political serves as the foundation for its demands, verbalizing them as rights. However, the dominant tendency of state sovereignty is to push these issues outside the scope of legal recognition. Accordingly, this study first examines cases where state will is prioritized over human rights treaty bodies and then evaluates situations where this will is imposed on rights holders from the perspective of gender-based inequalities. Finally, the conclusion presents the findings reached in the study.

* Arş. Gör. Dr., Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ALBAL, Eymir, "Ne İçinde Hukukun Ne De Dışında: Uluslararası Hukuk, İnsan Hakları Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği", InÜHFD, 16(1), 2025, s.234-247. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

This study aims to provide a descriptive analysis of how certain issues considered significant for gender equality in international human rights law have been stripped of their legal effectiveness. As a research article, this study employs a mixed methodology, drawing from theoretical sources as well as international treaties, international legal documents, and judicial decisions.

Within this framework, the impact of modernism and postmodernism on law is first discussed. In modernity, law has functioned as a sovereignty-based structure while simultaneously imposing limits on sovereignty. This limitation has been possible through the acceptance of law's *sui generis* logic, distinguishing it from other social sciences. This logic has been criticized under postmodernist influences, leading to a shift from normative legal theories to empirical inquiries. However, these critiques, rather than outright rejecting law, have primarily sought to transform existing legal understanding, particularly by groups engaged in struggles for legal recognition. In this regard, the fragmentation of values brought about by postmodernism has positioned human rights not merely as values but as mechanisms for generating knowledge and meaning in law. Consequently, the concept of rights has acquired an epistemic role within legal discourse. The most effective means of translating demands for recognition into legal language has been emphasizing that rights previously afforded only to white, European, male property owners are in fact universal human rights. Since the 1970s, this emphasis has led to the conceptualization of many public demands as human rights, initiating a shift in which rights began to define law rather than law defining rights. However, with the rise of neoliberalism in the 1980s, the language of human rights gained legal effectiveness primarily for demands aligned with its inherently liberal foundations.

In this context, equality claims have often been incorporated into human rights law in ways that diminish their legal force. In contrast, feminist theory, based on the principle that the personal is political, has consistently upheld a holistic approach to equality claims. This perspective is evident in Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), which is not limited to civil and political rights but aims to eliminate gender-based discrimination comprehensively. However, the Convention has encountered significant structural issues, particularly those that prioritize state sovereignty. For example, although Article 19 of the Vienna Convention on the Law of Treaties stipulates that reservations incompatible with the object and purpose of a treaty are invalid, many states, particularly those invoking Sharia law, have placed reservations on key provisions such as Article 2, thereby undermining the convention's effectiveness. In this regard, the role of the CEDAW Committee (Convention's monitoring body) becomes critical. However, according to many states, since treaty bodies, as primary human rights actors, do not issue legally binding pronouncements, their impact remains limited. The lack of binding force in these pronouncements removes them from the sphere of legally binding obligations, and most states take no steps to ensure the implementation of these comments or views within their national legal frameworks. This divergence between the legal stance of human rights institutions and state resistance creates a significant dissonance in legal practice, ultimately constraining the expected impact of human rights. While this legal indeterminacy allows human rights interpreters more flexibility, it also enables states to treat gender equality claims as extralegal matters due to their patriarchal approach.

Beyond the structural problems within CEDAW, the broader marginalization of social rights is argued to be another consequence of patriarchal ideology. This marginalization is evident in the tendency to perceive social rights not as rights *per se* but as policy objectives. This framing significantly hinders the empowerment of women in the public sphere, especially given that material inequality disproportionately affects them. Moreover, states tend to address social rights not through a substantive equality lens but within a framework of minimum subsistence, reinforcing the perception of poverty as a natural phenomenon rather than as a consequence of state policy. As a result, poverty is often framed as an individual misfortune or a product of inertia, remedied by fulfilling basic needs rather than addressing structural inequalities. This approach reproduces the disproportionate impact of poverty on women. Due to the absence of explicit social rights provisions within the ECHR, claims corresponding to social rights are frequently framed as civil rights claims before the ECtHR. While this approach contributes to the recognition of the indivisibility of rights, it also detaches social rights from their emphasis on equality, treating them instead as abstract, individualized entitlements.

This welfare-oriented approach reduces social rights to the provision of basic needs, leading to their delivery not as enforceable rights but as discretionary aid (*ex gratia*). For women, this dynamic reinforces the traditional image of them as passive recipients of assistance, while also framing their unpaid labor, particularly caregiving, as a form of charity rather than work deserving of legal recognition. This approach not only renders the recipient a passive subject deprived of participation and negotiation power but also strips social rights of legal enforceability, limiting accountability when these needs are unmet. The broader reluctance to recognize social rights as justiciable further undermines their enforceability. While concerns over judicial activism and the separation of powers have traditionally justified this reluctance, evolving jurisprudence in national courts has increasingly weakened these justifications.

In conclusion, the historical exclusion of women from the public sphere continues to shape contemporary gender inequality, leading many gender-related legal claims to be considered extralegal. International law, which remains state-centered, is no exception to this trend. However, despite operating within the general framework of international law, the human rights regime and its associated actors possess an inherent resistance to state sovereignty. In the global legal order, these actors have taken on the role of producing knowledge, meaning, and values, thereby striving to transform both domestic and international law. Consequently, the uncertainty surrounding secondary rules that define what constitutes law has created a contestation between these actors and states, particularly regarding the production and transformation of law and legal knowledge. While this contestation has contributed to legal development, the persisting ambiguity surrounding recognition rules continues to facilitate the

exclusion of gender equality issues from the legal sphere. Overcoming this exclusion requires greater interaction between human rights law and general international law, as well as the development of clearly defined secondary rules that integrate gender equality considerations into legal frameworks.

I. GİRİŞ

II. Dünya Savaşı'nın ardından, hukukun kişi ve grupları, devletin sınırsız egemenliğinden ülke sınırlarını aşacak şekilde koruyacak bir yapıya bürünmesi önem kazanmıştır. Bu çerçevede, barış ve güvenliğin yeniden sağlanması bakımından insan hakları kurtarıcı bir kavram olarak tayin edilmiştir. Uzun süre boyunca hak kavramı, hukukun tanımladığı ve sınırlandırdığı bir unsur olarak değerlendirilmişken; 1970'lerde insan hakları söyleminin giderek merkezî bir konuma gelmesiyle birlikte, haklar hukuku şekillendiren, anlam ve sınırlarını belirleyen bir çerçeveye evrilmiştir. Bu gelişimi tetikleyen değişimin, modernitenin tüm anlatılarını yapışöküme uğratan postmodernizm olduğu ifade edilebilir.

Bu bakımdan Cotterell, tüm hakikat ve benzerliklerin yıkıldığı bir kapsamda, hukukun, salt biçime indirgenen yapısı ile, postmodern dünyada bilgi ve anlam üretiminin yegâne öznesi olarak ortaya çıktığına işaret etmektedir. Ancak bu çalışmada savunulan görüşe göre, bu durumu mümkün kılan ve postmodernizmin eleştirilerinin katılığını yumuşatan çerçeve, insan hakları rejimidir. Farklı grupların taleplerini hukuk diline çevirerek, onlara yasal güç kazandıran hak söyleminin etkisi, her ne kadar modern tahayyülün yaratımı olsa da postmodernizm tarafından kolaylıkla benimsenmiştir. Bu bağlamda, insan hakları yalnızca hukuku sınırlayan bir normatif çerçeve olmaktan çıkmış, hukukun ne olduğunu belirleyen, toplumsal ve siyasal alanlarda meşruiyet üreten ve hukuku şekillendirme kapasitesine sahip bir anlatıya dönüşmüştür.

İnsan hakları söyleminin, hukuku tanımlayan ve dönüştüren bir çerçeveye evrilmesi, onun bilgi ve anlam üretiminde başat bir rol üstlenmesine yol açmıştır. Bu evrimin kolaylıkla gerçekleşmesi, elbette diğer uluslararası hukuk rejimlerine kıyasla insan hakları hukukunun evrimsel yapısının vurgulanması ile kolaylıkla açıklanabilir. Ancak bu noktada daha belirleyici olan hususun, bilgi, anlam ve değer üreten bu yapının esnekliğinin yanı sıra, hukuki sistemi belirleyici kılan ikincil kurallara yönelik müphemliğinin olduğu iddia edilebilir.

İnsan hakları aktörleri -özellikle Birleşmiş Milletler (BM) antlaşma organları, bölgesel insan hakları organları, uluslararası insan hakları uzmanları ve sivil toplum kuruluşları- uluslararası hukukta devletlerin sahip olduğu hukuk yaratma gücüne katılmak arzusundadır. Devletler, çoğu zaman ideolojik emeller ile oluşturdukları hukuki çatlak ve belirsizlikleri, epistemolojik bir yeniden üretim ve yorum faaliyetine tabi tutmaktadırlar. Ancak hukukun oluşumuna yönelik, modernizmin yukarıdan aşağıya (devlet merkezli) ve postmodernizmin aşağıdan yukarıya (özne merkezli) yaklaşımı arasındaki farklılıklar, bu çatışma alanında belirsizlikleri azaltmak yerine derinleştirmektedir. Bu durum, özellikle iki odağın da liberal kurucu ideolojisine aykırılık görülecek eşitlik meselesi bakımından önem arz etmektedir. Bu bakımdan toplumsal cinsiyet eşitliğine yönelik hukuki düzenlemeler, verimli bir analiz alanını oluşturmaktadır.

Bu çerçevede çalışma, toplumsal cinsiyet eşitliği bağlamında, uluslararası hukukun devlet merkezli yapısı ile insan hakları hukukunun dönüştürücü kapasitesi arasındaki gerilimi incelemeyi amaçlamaktadır. Temel argüman, insan hakları hukukunun bilgi ve anlam üreten doğasının, insan hakları aktörlerinin ve hak öznelerinin hukuk yaratım sürecine katılımına olanak tanıyan postmodern esneklikle birleşerek, hukuku dönüştürebilecek bir güç taşıdığı; ancak uluslararası hukuktaki ikincil kuralların belirsizliği nedeniyle bu potansiyelin sınırlı kaldığı yönündedir. Bu doğrultuda çalışmada, ilk olarak modern ve postmodern hukuk anlayışlarının insan hakları hukukuna etkisi değerlendirilecektir. Ardından, devlet egemenliği karşısında insan hakları aktörlerinin bilgi üretme kapasitesi ve toplumsal cinsiyet eşitliği taleplerinin bu mücadeledeki konumu incelenecektir. Takiben, CEDAW örneği üzerinden antlaşma organlarının değerlendirmelerinin bağlayıcılığı ve çekince sorunları irdelenecektir. Son bölümde ise, hak öznelerinin hukuki öznelikleri ve yargısal sürece katılımları çerçevesinde, yardım/hak ikiliği ve sosyal hakların dava edilebilirliği tartışmaya açılacaktır.

II. MODERNİZM VE POSTMODERNİZM ÇERÇEVESİNDE HUKUKA ATFEDİLEN NİTELİKLERİN DÖNÜŞÜMÜ

A. Devlet Egemenliği ve Modern Hukuk

Modern dönem, aydınlanmanın sonucu olarak ortaya çıkmış olup, rasyonel ve bilimsel düşüncüyü dünyayı anlamlandırma bakımından belirleyici kılmıştır. Tekniğin ve uzmanlaşmanın öneminin altı çizilerek, matematiğin dili beşerî ve sosyal bilimler bakımından sahiplenilmiştir¹. Bu kapsamda türetilen metodolojiler beşerî ve sosyal bilimlere de uyarlanarak, insan davranışları ölçülebilir bir zemine oturtulmuştur. Böylece matematiksel düşünce biçimi, toplumsal olguları açıklamada geçerli ve üstün bir yöntem olarak benimsenmiştir. Büyük anlatı oluşturan modernite, bu anlatıyı evrensel mutlak hakikatlerden meydana getirmiştir².

Hukuk da bu süreçte temelini artık uhrevî kaynaklarda ya da evrensel akılda değil; biçimsellikte bulmuştur. Modernite ile birlikte hukuk, belirli usuller ve yapısal formlar içinde tanımlanır hale gelmiş; kendi iç tutarlılığına dayanan, teknik ve tarafsız bir sistem olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. Bu çerçevede, 19. yüzyılda, hakikat hakkında empirik bulgulara ulaşacak beş disiplin üniversitelerde kurumsallaşmıştır:

¹ Gulbenkian Komisyonu, Sosyal Bilimleri Açın – Sosyal Bilimlerin Yeniden Yapılanması Üzerine Rapor, Çev. Şirin Tekeli, 4. Bası, Metis Yayınları, İstanbul 2003, s.12.

² SERDAROĞLU, Ufuk: Feminist İktisat'ın Bakışı (Postmodernist mi?), Sarmal Yayınevi, İstanbul 1999, s.22.

Tarih, iktisat, sosyoloji, siyaset bilimi ve antropoloji³. Bu disiplinlere ait epistemolojik topluluklar, bilgi ve anlam üretimi bakımından başat rol oynarken; hukuk, devlet iradesine özgülenen yapısı çerçevesinde; bilgi ya da anlam üreten değil, bu bilgi ve anlamı çerçeveleyen, içi boş, katı bir biçimsel sistem addedilmiştir. Hukukun tam da bu içi boş, “tarafsız ve bağımsız” niteliği, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, politik kuvveti denetleyen ve bu sayede modern devletin meşruiyetini pekiştiren, ancak aynı zamanda onun tarafından belirlenen bir yapıya bürünmesine katkı sağlamıştır⁴. Diğer sosyal bilim alanlarından metodolojik ayrışmasının etkisiyle giderek formel mantıktan sıyrılan hukuk, dönemin belirleyicilerinden olan uzmanlaşmanın da etkisiyle hukuka içkin *sui generis* bir mantık olduğuna dair yaklaşımı sahiplenmiştir⁵. Bu özellik, hukukun ayrı bir bilim dalı olarak görülmesine ve kendisine neyin hukuka uygun olduğunu belirleme yetkisi ve hukuk olmayanı, hukukun dışında tutma görevi vermiştir⁶.

Bununla birlikte, 20. yüzyılın başından itibaren ilerlemeye, evrenselliğe ve hakikate yönelik sinik yaklaşımlar, II. Dünya Savaşı’nın sona erişile güçlenmiş; bu kapsamda modernite tarafından kutsiyet atfedilen devlet egemenliğine de yönelmişlerdir. Her ne kadar devlet eliyle devleti sınırlamak gibi ironik bir çerçeveye sahip olsa da uluslararası hukuk disiplini, bu bakımdan bir başvuru kaynağı olmuştur. Söz konusu rejim, devletler hukuku adı altında daha önceleri dostluk, ticaret, seyrüsefer gibi konulara hasredilse ve devlet egemenliğinin baskınlığı çerçevesinde yalnızca birlikte var olma hukuku olarak değerlendirilse de uluslararası hukuk sistemi, iş birliği hukukuna evrilerek; hızlı bir kodifikasyon süreci başlamıştır. Bu kapsamda yoğun eleştirilere uğrayan egemenlik, kişi ve gruplara yönelik ihlallere karşı, ulusal düzlemde anayasalar⁷, uluslararası düzlemde ise insan hakları hukuku rejimi tarafından düzenlenen haklar ile sınırlanmıştır.

Bu çerçevede insan hakları hukuku ve anayasa hukuku, devlet iradesinin sınırlanması bakımından başat araçlar olma iddiası ile ortaya çıkmışlardır. Bununla birlikte, daha öncesinde hedefler ya da politikaları yönlendirecek ilkeler olarak görülen söz konusu hakların “hukuk” olarak tanınmasına yönelik talepler, postmodern dönemde kuvvetle dillendirilecektir. Bu çerçevede, tüm hakikat ve değerlerin tepetaklak olduğu bir bağlamda sıklıkla yeni anlamlar kazanan insan hakları, diğer alt rejimlerden farklı olarak (ticaret, yatırım ya da çevre hukuku gibi) hukuku dönüştürme görevine “açık şekilde” talip olacaktır⁸.

B. Postmodernizm ve Hakların Hukuktaki Belirleyiciliği

Sosyal bilimler literatürünün metotları ve ulaştığı sonuçlar, feminist teori başta olmak üzere, uzun süredir baskı altında olan grupların yaklaşımları ışığında sorgulanmıştır⁹. Bu tartışmalar, hukukun formal niteliği çerçevesinde ortaya çıkmış; antiformalistler, formalistlerin bir nevi apatetik yanlığı içerisinde olduğunu iddia etmişlerdir¹⁰. Bu bakımdan yasanın kaynağının, ulus iradesi olduğuna ilişkin ya da herkesin yasayı bildiğine ilişkin temel kabullerin sorgulandığı bir dönem başlamıştır¹¹.

Bu çerçevede, devlet egemenliğine yönelik vurgu da silikleşmiş ve geç modern dönemde hukukun hükmetme yönelimli teoriler ile açıklanması yerine hukukta “kural” a odaklanan ve bu çerçevede hukuku açıklayan değerlendirmeler önem kazanmıştır. Bu bakımdan Kelsen’in, hukukun, egemenin iradesinden ziyade yaratılmasını düzenleyen kurallara uygun olarak ortaya çıktığı için hukuk olduğuna ilişkin tezi önemli bir adımı simgelemiştir. Hart ise hukuku uygulayan otoritelerin pratiğini yaklaşımının merkezine koymuştur.

Ancak bu yaklaşımlar uluslararası hukuk açısından önemli olsa da, uluslararası hukukun geleneksel eğilimi hala egemen odaklı bir yorum benimsemekte ve hukuk ile hukuk olmayan arasındaki ayrımı bu çerçevede, devlet idaresini merkeze alarak yapmaktadır. Halbuki d’Aspremont’un belirttiği gibi:

“uluslararası düzeyde normatif yetki artık Devletler adına hareket eden üst düzey yetkililerden oluşan kapalı bir çevre tarafından kullanılmamakta, bunun yerine devlet dışı aktörlerin de dahil olduğu karmaşık prosedürlerin bir toplamına dönüşmektedir.”¹²

Bu sosyal olgunun seçici reddi, kendisini en çok insan hakları hukukunda göstermekte; farklı uluslararası kurumların hukuk yaratma güçleri kabul edilirken, insan hakları organlarının faaliyetleri hukuk dışı addedilebilmektedir. Bu durum, insan hakları hukukunun (ve postmodern süreçlerin) ise hukuk yerine

³ Gulbenkian Komisyonu, s.21,22.

⁴ Bu içi boşluğa ilişkin olarak, Kafka’nın Dava eserinde yer alan “Yasanın Önünde” isimli bölümü değerlendiren Derrida da yasanın özünün olmadığını; hikayedeki bekçi gibi, yasanın ancak bekçilik edebileceğini ifade etmektedir; DERRIDA, Jacques: Before the Law: The Complete Text of Préjugés, Çev. Sandra van Reenen, Jacques de Ville, University of Minnesota Press, Minneapolis 2018, s.55.

⁵ Bu sebeple hukuk mantığı, hermenötik ile ilişkilendirilerek açıklanmıştır. Bu durum ise antiformalistlerin eleştirilerinin önemli bir ayağını oluşturmuştur; ATALAY, Ahmet Halûk: “Bir Hukuk Mantığı Var mıdır?”, Hukuk Kuramı, 2(6), 2015, s.23-25.

⁶ YÜKSEL, Murat: Hukuka Postmodern Yaklaşım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.119.

⁷ Batılı anlayışla hemhal olan uluslararası hukuk rejimi çerçevesinde oluşan çoğu anayasa, “[...] hukukun üstünlüğünün kalkınmacı retorikliği içinde çerçevelenerek tarafsız bir araç, doğrusal bir evrim projesinin evrensel arketipi olarak sunulmuştur”. ARAÚJO, Sara: “Modern Constitutionalism, Legal Pluralism and The Waste of Experience”, in de Sousa Santos, Boaventura/Araújo, Sara/Andrade, Orlando (ed.), Decolonizing Constitutionalism-Beyond False or Impossible Promises, Routledge 2024, s.102.

⁸ Bu tespit, insan hakları hukukunun, hukukun telafi edici gücüne duyduğu inanç çerçevesinde ele alınabilir; SIMPSON, Gerry: The Sentimental Life of International Law: Literature, Language, and Longing in World Politics, Oxford University Press, 2021, s.14.

⁹ Gulbenkian Komisyonu, s.52.

¹⁰ Örneğin Toynbee, söz konusu yanılığın şu şekilde değerlendirmektedir: “[...] canlı yaratıkların incelenmesi olan tarihsel düşünceye, cansız doğanın incelenmesi için tasarlanmış bilimsel bir yöntem uygulamak gibi tersine bir hataya karşı da tetikte olmamız aynı derecede gereklidir.” TOYNBEE, Arnold J.: A Study of History, Ciltlerin Özeti: D. C. Somervell, Dell Publishing, 4. Baskı, New York 1974, s.81.

¹¹ AKAL, Cemal Bali: “Kurgu ve Hukuk”, in Akal, Cemal Bali/Tosun, Yalçın (ed.), Sözlük İkiz Çocukları – Edebiyat ve Hukuk İlişkisi, Zoe Kitap, İstanbul 2023, s.39.

¹² d’ASPREMONT, Jean: Formalism and the Sources of International Law, Oxford University Press, Oxford 2011, s.2.

hakkı, kural yerine özneyi önceleyen yapısı çerçevesinde; uluslararası hukukta, ikincil kurallar -yani neyin hukuk olduğunu belirleyen tanıma kuralı, hukuk kurallarının nasıl değiştirileceğini düzenleyen değiştirme kuralları ve ihlallerin nasıl saptanacağını belirleyen yargılama kuralları- bakımından kavramsal ve kurumsal bir uzlaşma eksikliği nedeniyle, yalnızca kendi epistemolojik topluluğu (belirli bir bilgi anlayışına ve yöntemsel yaklaşıma sahip, insan hakları alanında bilgi üreten kurumsal ve akademik çevreler) içinde geçerli tespitlere ulaşmasına; dolayısıyla bu hukuk dışılığı karşı bütüncül bir yanıt geliştirememesine yol açmaktadır.

Bu yanıtsızlık hali, uluslararası hukukun “normatif” niteliğinin azımsanmasına yol açarken, bu azımsamanın etkisi, daha önce hukuka atfedilmeyen bir niteliğin, postmodern süreç ile birlikte başat önem kazanması ile daha da hissedilir olmaktadır. Postmodern süreçte epistemik topluluklar yüzlerini, daha öncesinde sosyal bilim olarak kabul edilmeyen iki disipline dönmüştür. Bunlardan ilki, hukuk olurken, ikincisi ise psikoloji olmuştur. Hukuk bakımından, Cotterrell, postmodernist betimlemelere sirayet eden oldukça ironik bir gelişime dikkat çekmektedir. Modern hukukun pozitivist ve çoğunlukla biçime indirgenen kapsamının, tüm otoritelerin sorgulandığı bir zamanda evrensel bir düzen kurma çabasını sahiplenmesi ile ahlaki otorite üstlendiğini ifade etmektedir¹³. Bu otorite, hukuku biçimin bizatihi ahlaki bir değer kazanması ile sağlanmaktadır¹⁴.

Bu çalışma, hukukun anlam üretici gücünün günümüzde bu şekilde artmasında hukukun biçimsel niteliğinin değil, insan haklarının gelişiminin başat rol oynadığını savunmaktadır. İnsan hakları hukuku, modernizmin belki de son ütopyası olarak¹⁵, postmodern süreçte de çoğunlukla sahiplenilen bir çerçeve olmuştur. Bununla birlikte, devletlerin başat aktörler olduğu uluslararası sistemde, insan hakları hukuku, diğer tüm uluslararası hukuk kaynakları gibi devletler tarafından ortaya konmaktadır. İnsan hakları aktörlerinin bu çerçeveyi dönüştürme çabaları, insan hakları söylemini benimseyen sivil toplum örgütleri ve toplumsal mücadele grupları tarafından, postmodernizmin özneyi ve dolayısıyla hakkı merkeze alan yaklaşımı çerçevesinde ele alınmış; bu durum, hak odaklı bir anlayışın hukuku dönüştürebilecek, ona etki edebilecek ve parçalı dünya bağlamında anlam ile bilgi üretebilecek bir otorite olarak kabul edilmesine meşruyet kazandırmıştır¹⁶.

III. DEVLETLER VE İNSAN HAKLARI AKTÖRLERİ: BİR MÜCADELE ALANI OLARAK İNSAN HAKLARI HUKUKU

Yukarıda bahsedildiği üzere, insan hakları hukuku, kendine özgü nitelikleri çerçevesinde, kendisine tanınan evrensel aşkın değerleri ile hem ulusal hukuk ile hem de genel uluslararası hukuk ile yakından ilişkilidir. Bu ilişki, bazı devletlerin insan hakları antlaşmalarına ulusal hukuklarında hiyerarşik üstünlük tanımasıyla kurulmuş; bu sayede insan hakları hukuku, tüm hukuk sisteminin oluşturulmasında, yorumlanmasında ve uygulanmasında belirleyici bir rol üstlenmiştir. Ancak genel uluslararası hukuk ile ilişkisi bu şekilde olmamıştır¹⁷. Devletlerin ve insan hakları aktörlerinin karşı karşıya geldiği bu alanda, çoğu zaman genel uluslararası hukukun, insan haklarının hukuk olarak kabul ettiği normları rehber olarak ele aldığına; buna karşılık insan hakları aktörlerinin ise insan hakları normlarının yasallığı ve bağlayıcılığı üzerinde ısrar etmelerine tanıklık edilmektedir.

Bu pratiklere yol açan sebebin, Hart'ın da işaret ettiği üzere genel uluslararası hukukta, ikincil kuralların tam olarak yerleşiklik kazanmaması olduğu ifade edilebilir¹⁸. II. Dünya Savaşı'nı takiben, çoğu alanda hukuk oluşturma faaliyetleri hız kazansa da neyin hukuk olduğu (bir kuralın hukuk kuralı olup olmadığının tespiti), hukukun ne şekilde değiştirileceği ve hukuk ihlali halinde ne şekilde yargılama yapılacağına ilişkin sorular, bazı açılardan, hala müzakere aşamasındadır¹⁹.

Uygulanabilir ikincil kurallar bakımından fikir birliğinin olmaması, modernitenin ürünü olan iki alan bakımından da belli sorunlar doğurmaktadır. Bunlardan ilki, güvenilirliğini “sistem” olmasından alan hukukun, çerçevesinin belirsizleşmesidir. Bu belirsizlik, hukuki kavramlara yönelik algılayışta farklılıklara yol açarak epistemolojik bir kırılmaya sebep olmaktadır. Söz konusu gelişim, maddi davranış kurallarının muğlaklığı çerçevesinde hem hukukun uygulanmasında hem de yargılanmasında farklı yorum gruplarının oluşmasına sebep olarak; hukukun bir anlamda “özelleşmesine” yol açmaktadır²⁰. Bu çerçevede yorum faaliyeti, artık yalnızca kuralın anlamına ulaşmak için yapılan bir başvuru değil; doğrudan kuralın inşasına

¹³ COTTERRELL, s.383, 384.

¹⁴ COTTERRELL, s.384.

¹⁵ MOYN, Samuel: Son Ütopya, Çev. Firdevs Ev, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2017, s.17.

¹⁶ Simmel, modern devletin yoksullara yardım yükümlülüğüne ilişkin yaptığı değerlendirmelerde, bu yardım ile yoksul kimsede uyanacak aşağılanma gibi hislerin, ancak bu yardımı bir hak olarak görürse aşabileceğini ifade etmektedir. Bu çerçevede, yardım, hak olarak kurumsallaştırılarak, içsel anlamı tayin edilmektedir. Ancak bu hakkın, esas olarak yoksula ait olmaması durumunda, ilgili talep hukuki etkisinden arındırılmış olur.; SIMMEL, Georg: Bireysellik ve Kültür, Çev. Tuncay Birkan, Metis Yayınları, İstanbul 2009, s.156.

¹⁷ Örneğin uluslararası hukukta insan hakları antlaşmalarının hiyerarşik üstünlüğü devlet pratiklerinde genel olarak tanınmamaktadır; JOSEPH, Sarah: Blame it on the WTO? - A Human Rights Critique, Oxford University Press, Oxford 2011, s.49-50.

¹⁸ Bununla birlikte Hart, tanıma kuralının, yükümlülük kurallarının ya da “bağlayıcı” kuralların varlığı bakımından koşul olmadığını vurgulamaktadır; HART, H.L.A.: The Concept of Law, Oxford University Press, Oxford 1961, s.209-229.

¹⁹ Örneğin, uluslararası teamül hukukun belirlenmesine ilişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) çalışmaları bakımından Azaria, bu çalışmaların muazzam bir katkıda bulunduğunu; zira ikincil kuralların açıklığını, kesinliğini ve öngörülebilirliğini sağlayan bir etkileri olduğunu ifade etmektedir; AZARIA, Danae: “The ILC Draft Conclusions on the Identification of Customary International Law: State Silence and Teachings”, UN International Law Seminar, Insights on the work of the International Law Commission, 13 July 2018, University of Geneva, s.1.

²⁰ HAKIMI, Monica: “Secondary Human Rights Law”, Yale Journal of International Law, 34(2), 2009, s.597.

katkı sağlayan kurucu bir işlev üstlenmektedir. Örneğin insan hakları hukuku aktörleri, kural koyucu olarak kabul edilmedikleri halde; çoğu zaman kendi yorumlarını geçerli / bağlayıcı yorum addederek yasa yapıcılığa katılmalarını artırmaya çalışmaktadırlar²¹.

Bu süreçte, hangi normların geçerli sayılacağı, bu normlara kimlerin riayet etmekle yükümlü olduğu ve hangi aktörlerin bu normları tanımlama yetkisine sahip olduğu önem kazanmaktadır. Özellikle toplumsal cinsiyet eşitliği bağlamında, insan hakları hukukunun normatif içeriğinin ne şekilde belirlendiği ve bu içeriğe ilişkin değerlendirmelerin hangi sınırlar içinde geliştirilebildiği büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda izleyen bölümde, CEDAW çerçevesinde, insan hakları hukukunun kapsamı, bağlayıcılığı ve uluslararası düzeydeki değerlendirme yetkisine ilişkin meseleler incelenecektir. İlk olarak, sözleşmenin bağlayıcılığı ve çekince meselesi değerlendirilecek; ardından antlaşma organlarının değerlendirmelerinin bağlayıcılığına ilişkin tartışmalar ele alınacaktır.

A. CEDAW'a İlişkin Değerlendirmeler

1. Genel Olarak

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) gerçekten de yukarıda anılan geleneksel hak anlayışında paradigmatik bir değişikliğe sebep olan uluslararası bir metindir. Zira, söz konusu düzenleme, özel alan - kamusal alan ayrımını, kadınların yaşadığı sistemik sorunlara cevap verici şekilde ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. Bu bakımdan, yalnızca istihdam ve politika alanlarında süregelen eşitsizlikler ile ilgilenmemiş, aynı zamanda özel alandaki eşitsizliği de yasal sisteme dahil etmiştir²². Bu bakımdan “şimdiye kadar öngörülen en dönüştürücü insan hakları antlaşması” olarak nitelendirilmiştir²³. Bu kapsayıcı yaklaşım, devletlerin “kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden mevcut yasaları, düzenlemeleri, gelenekleri ve uygulamaları değiştirmek veya ortadan kaldırmak için mevzuat da dahil olmak üzere tüm uygun tedbirleri alma” yükümlülüğünü üstlenmelerine yol açmıştır²⁴. Aynı zamanda, Sözleşme’nin yürürlük koşulu olarak yirmi devletin onay ya da katılım belgesini ilettiği tarihten kısa bir süre sonra yürürlüğe girmesinin öngörülmesi, sözleşmenin hızlı şekilde etkin hale gelmesinin hedeflendiğine yönelik önemli bir ayrıntıyı oluşturmaktadır²⁵.

Ancak Sözleşme’nin ortaya çıkış süreci ve sonrasında yaşanan gelişmeler takip edildiğinde, bu dönüştürücü girişimin hedefleri ile aynı büyüklükte engellerin de var olduğu görülmektedir. Örneğin CEDAW, hem medeni ve siyasi hakları hem de sosyal ve ekonomik hakları kapsamına rağmen, Komite’ye işleyiş mekanizmasının ve izleme prosedürlerinin oluşturulması için diğer antlaşma organlarına tanınandan çok daha kısa bir süre verilmiştir²⁶. Bu durum, yalnızca kurumsal bir eşitsizlik olarak değil, aynı zamanda kadınlara ilişkin hak taleplerinin, diğer insan hakları rejimlerine tanınan ciddiyetle ele alınmadığı yönünde değerlendirmelere neden olmuştur²⁷.

CEDAW’un sahip olduğu belirli zayıflıklar ise diğer sözleşmeler ile kıyaslandığında görünür olmaktadır. Örneğin, İşkenceye Karşı Sözleşme’de (İKS) yer alan soruşturma usulünün benimsenmesine ilişkin tartışmalarda, CEDAW’un daha yapıcı ve iş birliğine dayalı yaklaşımıyla bu usulün uyumsuz olabileceği yönünde görüşler dile getirilmiştir. Bu prosedürün “gereksiz şekilde çatışmacı” olduğu, önemli kaynaklar gerektirdiği ve esasen yalnızca işkence gibi ağır ihlallerin söz konusu olduğu durumlarda uygun olduğu savunulmuştur²⁸. Aynı zamanda, işkence yasağının negatif özgürlük hakkı olarak tanınması çerçevesinde daha az kaynak kullanımına ihtiyaç duyulduğuna ilişkin kanı, kadına yönelik ayrımcılık ile mücadele bakımından gerçekleştirilecek soruşturmalarda kaynak kullanımının fazla olacağını benimsenmesini beraberinde getirmiştir. Bu bakımdan, soruşturma usulünün devlet egemenliğini doğrudan sınırlayıcı niteliğinin bu türden yaklaşımlara zemin hazırladığı yorumu da yapılabilecektir. Zira, İKS’den farklı olarak,

²¹ HAKIMI, s.598.

²² 3. madde ile birlikte, insan hakları ve temel özgürlükler ile “siyasi, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlar”ın belirtilmesi yoluyla hüküm, tanımlanan Sözleşme haklarının ötesine geçen bir yoruma izin vermektedir. Bu çoklu faaliyet alanlarının sayılması, kadınların insan haklarının siyasi örgütlenme, temsil, katılım ve eylemde, ekonomik ve sosyal kaynakların tahsisinde ve bunlara erişimde ve kültürel yaşamdaki önemini vurgulamaktadır; CHINKIN, Christine/GORMLEY, Lisa: “Article 3”, in Schulzuth, Patricia/Halperin-Kaddari, Ruth/Rudolf, Beate/Freeman, Marsha A. (ed.), The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and its Optional Protocol: A Commentary, 2.Bası, Oxford University Press, Oxford 2022, s.148-151.

²³ MOYN, Samuel: Not Enough – Human Rights in an Unequal World, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2018, s.204.

²⁴ Madde 3’ün dili (“alacaktır”) ve Komite’nin “tüm uygun tedbirleri” uygulamasının, Sözleşme yükümlülüklerinin aşamalı olarak gerçekleştirilmesinden ziyade derhal uygulanmasına tabi olduğunun göstergeleri olduğu belirtilmiştir. Madde 3, ESKHS madde 2(1)’in aşamalı gerçekleştirilmeye ilişkin ifadesini de tekrarlamamaktadır; CHINKIN/GORMLEY, s.155.

²⁵ TARHANLI, Turgut: “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi: Sonuç ve Süreç Geriliminde Antlaşmalar Hukuku, İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye”, in Eryılmaz, Sevinç/Ayata, Gökçeçiçek/Çağlı, Pınar (der.), Kadına Karşı Ayrımcılık – Hukuk, Toplum, Devlet ve CEDAW, Zoe Kitap, İstanbul 2022, s.13.

²⁶ BYRNES, Andrew: Report On The Seventh Session Of The Committee On The Elimination Of Discrimination Against Women And The Fourth Meeting Of States Parties To The Convention On The Elimination Of All Forms Of Discrimination Against Women (February- March 1988)’den nakleden CHARLESWORTH, Hilary, CHINKIN, Christine, WRIGHT, Shelley: “Feminist Approaches to International Law”, The American Journal of International Law, 85 (4), 1991, s.624.

²⁷ Kimi zaman bu eşitsiz yaklaşım çevirilere de yansımaktadır; örneğin CEDAW’daki “elimination” teriminin Türkçeye “önleme” şeklinde çevrilmesi ya da İstanbul Sözleşmesi’ndeki “domestic violence” ifadesinin “ev içi şiddet” yerine “aile içi şiddet” olarak aktarılması, metinlerin toplumsal cinsiyet eşitliği yönünden ideolojik olarak daraltılmasına yol açmaktadır; TARHANLI, s. 11, dn. 1 ve s. 76, dn.143.

²⁸ O’ROURKE, Catherine: “Bridging the Enforcement Gap? Evaluating the Inquiry Procedure of the CEDAW Optional Protocol”, American University Journal of Gender, Social Policy & the Law, 27(1), 2019, s.15.

soruşturma usulü, CEDAW'da İhtiyari Protokol'de (İP) yer almış; 8. madde uyarınca devletlerin bu usulden feragat edebilecekleri düzenlenmiştir²⁹. Yine, CEDAW protokolde saha ziyaretinin, devletlerin rızası alınarak gerçekleşeceği de belirtilmektedir³⁰.

Bu çerçevede, insan hakları yükümlülüklerin evrensel niteliğini vurgulayan devletler arası şikâyet mekanizmasının yer almadığı tek sözleşmenin CEDAW olması da dikkat çekicidir. İnsan hakkı ihlalinin tam anlamıyla uluslararası bir mesele haline getiren 29. maddede yer alan prosedür, diğer sözleşmelerin aksine Komite'ye şikâyet usulü³¹ ya da ad hoc komiteler³² öngörmek yerine uyuşmazlıkların doğrudan tarafların oluşturacağı bir hakem kurulu ile, eğer bu konuda anlaşma sağlanamazsa Uluslararası Adalet Divanı'nda görüleceği şeklinde düzenlenmiştir. Madde 29(1), açıkça çekince konulmasına izin verilen tek Sözleşme maddesi olarak, en çok çekince konulan da düzenlemedir.

2. Sözleşme'nin Bağlayıcılığı: Çekince Meselesi

Devletlerin CEDAW'a yönelik çekinceleri, literatürde oldukça geniş şekilde tartışılmıştır³³. Çocuk Hakları Sözleşmesi ve CEDAW'un en çok çekince konulan düzenlemeler olması oldukça ilgi çekicidir. Aynı zamanda bu iki düzenleme, BM insan hakları düzenlemeleri içerisinde en fazla tarafa sahip sözleşmelerdir³⁴. Bu çerçevede, bazı yazarlar CEDAW'a konulan çekincelere dikkat çekerek; bu çekincelerin birçok devletin Sözleşme'nin amacına gerçekten bağlı kalmadan antlaşmaya taraf olduklarını gösterdiklerini ileri sürmüşlerdir. Örneğin Keller, çekincelerin devletlerin sadece ismen taraf olmalarına izin verdiğini, ülkenin yasalarında veya toplumun uygulamalarında önemli değişiklikler gerektirmediğini savunmaktadır³⁵. Bununla birlikte, özellikle uluslararası normların yerel toplumsal ve hukuki bağlamlarda yeniden anlamlandırılması süreci olarak tanımlanan yerelleştirme çerçevesinde, Sözleşme; devletler belirli maddeler bakımından yükümlülüğe sahip kabul edilmese dahi, toplumsal farkındalığın artmasına ve hak taleplerinin gelişmesine olumlu katkıları bulunmuş; sivil topluma, belirli taleplerin hak temelinde öne sürülebilmesi için önemli bir kaynak sağlamıştır. Devletler bakımından ise çekincelerin, antlaşma organıyla ilişki kurma olasılığı bakımından ayırt edici olmadığı ve rapor ve inceleme süreçlerinin etkisini azaltmadığı belirtilmektedir.

Bununla birlikte, çekince konulan hükümlerin bağlayıcı olmaması, bu hükümlere dayalı eşitlik taleplerinin hukuk sistemi içinde değerlendirilmesini engellemektedir. Bu durum, toplumsal cinsiyet eşitliğine yönelik direncin hem kurumsal hem de toplumsal düzeyde sürmesine neden olmaktadır. Bu bakımdan Keller, çekincelerin kadınların haklarına yönelik olumsuz etkilerini gösteren ampirik bir kanıtın yokluğunda dahi, Komite'nin çekinceler bakımından endişelerini ifade ettiğini hatırlatmaktadır³⁶. Gerçekten de CEDAW'un hazırlanması sırasında rehber alınan Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'de çekincelerin diğer taraf devletlerin 2/3 çoğunluğu ile amacına aykırı olarak nitelenmesi mümkün iken, CEDAW, çekincelerin Sözleşme ile uygunluğunu çekince koyan devletin takdirine bırakmıştır³⁷. Bu sayede, devletin takdir alanı, toplumsal cinsiyete ilişkin meselelerde yine geniş tutulmuş ve evrensel bir standartın mevcudiyetinin de önüne geçilmiştir.

Devlet iradesine belirleyicilik tanınması bakımından ise çekincelere yönelik itirazların kadınların insan haklarına odaklanan bir yaklaşım dahilinde değil; politik kaygılar çerçevesinde gelişigüzel ve öznel olma eğiliminde oldukları değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda Riddle, bazı devletlerin Sözleşme'nin amacına ve hedefine aykırı olduğu gerekçesiyle bir devletin çekincelerine itiraz ederken, bir diğer devletin benzer çekincelerine itiraz etmediklerini ifade etmektedir³⁸. Bu bakımdan devletler hangi çekincelerin Sözleşme ile bağdaşmadığı konusunda anlaşmazlığa düşmüşler ya da dış ilişkilerle ilgili araya giren başka

²⁹ BYRNES, Andrew: "The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women", in Mégret, Frédéric/Alston, Philip (ed.), The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal, 2. Bası, Oxford University Press, Oxford 2020, s.420.

³⁰ Bununla birlikte, 20. maddede öngörülen Komite'nin yetkisini tanımadığını beyan ederek Devlet soruşturma usulünden vazgeçebilir (İKS madde 28 (2)). ESKHS-İP ise tam tersi şekilde işlemektedir: Devletler Komite'nin yetkisini açık bir beyan ile kabul edilmektedirler; PINTO, Mónica: "Inquiry Procedures: United Nations Human Rights Bodies", <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e3083.013.3083/law-mpeipro-e3083>, (Erişim: 07.01.2025).

³¹ Bkz. İKS ve Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/human-rights-bodies-complaints-procedures/inter-state-complaints>, (Erişim: 07.01.2025).

³² Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme ve MSHS, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/human-rights-bodies-complaints-procedures/inter-state-complaints>, (Erişim: 07.01.2025).

³³ Bkz. KELLER, s.309-326. SCHÖPP-SCHILLING, Hanna Beate: "Reservations To The Convention On The Elimination Of All Forms Of Discrimination Against Women: An Unresolved Issue Or (No) New Developments?", in Ziemeie, Ineta (ed.) Reservations To Human Rights Treaties And The Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony Or Reconciliation, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library Volume 17, 2004. DE PAUW, Marijke: "Women's rights: from bad to worse? Assessing the evolution of incompatible reservations to the CEDAW Convention", Utrecht Journal of International and European Law, 29 (77), 2013, s.51-65.

³⁴ Bu bakımdan Ahlgren, CEDAW'a taraf olan devlet sayısının, ikiz sözleşmelere taraf olan devlet sayısından daha fazla olduğuna dikkat çekmektedir; AHLGREN, Ellinore: "Ratification, Reservations, and Review: Exploring the Role of the CEDAW Compliance Mechanisms in Women's Rights", <https://jipia.princeton.edu/news/ratification-reservations-and-review-exploring-role-cedaw-compliance-mechanisms-womens-rights>, (Erişim: 07.01.2025).

³⁵ Çoğu devletin, MSHS, ESKHS ve Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan benzer yükümlülüklerle çekince koymazken, CEDAW'a yönelik çekincelerinin mevcut olduğu gözlemlenmiştir; BYRNES, s.421.

³⁶ KELLER, s.315, dn.30.

³⁷ BERKTAY, s.58.

³⁸ RIDDLE, Jennifer: "Making CEDAW Universal: A Critique of CEDAW's Reservation Regime under Article 28 and the Effectiveness of the Reporting Process", George Washington International Law Review, 34(3), 2002, s.615.

kaygılar diğer devletlerin çekincelerine itiraz etmelerini engellemiştir³⁹. Bu doğrultuda özellikle Şeriat hükümleri gerekçe gösterilerek başta 16. maddeye konulan çekinceler, tartışma konusu edilmiştir. CEDAW Komitesi, Sözleşme’ye ilişkin analizlerinde, 2. ve 16. maddelere⁴⁰ yönelik çekincelerin kabul edilemez olduğunu değerlendirmiştir⁴¹. Bununla birlikte, Komite’nin söz konusu çekincelere yönelik değerlendirmeleri de eleştiri konusu olmuştur. Zira Komite’nin çekincelerin uygunluğuna ilişkin değerlendirme yapma yetkisine sahip olmadığı, bu sebeple çekincelerin uygunluğunun devletlerin kendi iradeleri ile yorumlanabileceği ifade edilmiştir.

Buna karşılık İnsan Hakları Komitesi, 24 numaralı Genel Yorumunda, kendisini “belirli bir çekincenin Sözleşme’nin amacı ve hedefiyle uyumlu olup olmadığını belirleme” konusunda yetkili ilan etmektedir. Komite, farklı çekincelerin hukuki denetiminin yapılmasını ve en önemlisi bu denetimle birlikte hukuki etkilerin tetiklenmesini elzem görmektedir⁴². Dolayısıyla, İnsan Hakları Komitesi kendisini sadece çekinceleri uygunlukları açısından incelemekle değil, aynı zamanda uyumsuz çekinceleri geçersiz kılmakla da yetkilendirmektedir⁴³. Ancak, İnsan Hakları Komitesi’nin beyanının yasal bir dayanağının olmadığı zira insan hakları antlaşmalarının çok taraflı düzenlemeler olarak bir devlet ile İnsan Hakları Komitesi arasında değil, taraf devletlerin kendi vatandaşlarının yararı için akdedildiği ifade edilmektedir⁴⁴.

Bu bakımdan Komite’ye daha fazla yetki vererek çekincelere yönelik değerlendirmelerinin belirleyici olması gerektiği dile getirilmiştir; UHK de çekinceler söz konusu olduğunda, antlaşma organları, antlaşmanın amaç ve hedefine uygunluğu da dahil olmak üzere çekincelerin uygunluğunu değerlendirme yetkisine sahiptir demektir; bununla birlikte bu organların, bir devletin sözleşmeye taraf olma rızasını şekillendirme veya değiştirme yetkisine sahip olmadığına altı çizilmektedir⁴⁵.

3. Antlaşma Organlarının Değerlendirmelerinin Bağlayıcılığı

Komite’nin yetkilerine ilişkin tartışılan bir diğer önemli mesele, Komite tarafından bireysel başvurular (communications) sonucunda verilen kararların -genellikle “views” olarak adlandırılan değerlendirme metinlerinin⁴⁶- bağlayıcılığına ilişkindir. Burada da insan hakları aktörleri ile devlet iradesinin çatıştığı ve hukuk kuralı ve yargı kararının ne olduğuna ilişkin bir mücadele alanının ortaya çıktığı ifade edilebilir.

Mevcut devlet yaklaşımlarının ekseriyeti, Antlaşma organlarının vermiş olduğu bireysel başvurulara yönelik kararların bağlayıcı olmadığını savunmaktadır⁴⁷. Bu çerçevede van Alebeek ve Nollkaemper, Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarına ilişkin değerlendirmelerinde, müzakerelerin taraf devletlerin bu kararları bağlayıcı kılma yönünde bir irade taşımadığını gösterdiğini belirtmektedir⁴⁸. Bu argüman, Komite’nin nasıl teşkil olduğu ve bireysel başvuruya ilişkin kararların “views” şeklinde adlandırılması göz önüne alındığında da desteklenmektedir; zira “decision” ya da “judgment” yerine daha esnek ve bağlayıcılık iddiası taşımayan bir ifade tercih edilmiştir⁴⁹.

³⁹ RIDDLE, s.615.

⁴⁰ Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Eighteenth and Nineteenth Sessions), A/53/38/Rev.1, <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/18report.pdf>, (Erişim: 01.02.2025).

⁴¹ The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and its Optional Protocol Handbook for Parliamentarians No.3, s.35, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/OHCHR-IPU-CEDAW-Handbook-revised-edition.pdf>, (Erişim: 01.02.2025). Gerçekten de Komite, özellikle 2. ve 16. maddelere konulan çekincelerin kaldırılmasının, devletlerin tam eşitliği sağlama konusundaki kararlılıklarını resmedeceğini ifade etmiştir: Reservations to CEDAW, <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations.htm>, (Erişim: 01.02.2025). Bu doğrultuda Komite, Sözleşme’nin çekirdek ilkelerine aykırı olan çekincelerin ise hem Sözleşme hem de uluslararası hukuka aykırı olacağını belirtmiştir. Bu çerçevede, 2. ve 16. maddelerine konulan çekincelerin ve Sözleşme’ye yönelik aşırı geniş çekincelerin kabul edilemez olduğunu belirlemiştir.

⁴² CCPR General Comment No.24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, par.18.

⁴³ FOURNIER, Johanna: “Reservations and the Effective Protection of Human Rights”, Goettingen Journal of International Law, 2(2), 2010, s.449.

⁴⁴ FOURNIER, s.449.

⁴⁵ United Nations General Assembly, Sixty-Fourth Session, Report of the International Law Commission Sixty-First Session, Supp. no.10, 2009, s.289-290.

⁴⁶ Türkçeye “görüş” olarak da çevrilmektedir, bkz.; ARSAVA, Füsun: “BM İnsan Hakları Sözleşmeleri ile Kurulan Uzman Komite Görüşlerinin Niteliği”, Yaşar Hukuk Dergisi, 6 (1) 2024, s.1-13.

⁴⁷ Bu bağlamda, antlaşma organlarının bulgularının hukukiliğinin farklı bir perspektiften değerlendirilmesine ilişkin çeşitli tartışmalar yürütülmüştür. Özellikle bu bulguların “müteakip uygulama” olarak nitelendirilmesi hâlinde, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 31(3)(b) maddesi uyarınca antlaşmaların yorumunda dikkate alınmaları gerekliliği önemli bir mesele teşkil etmektedir. Nitekim İnsan Hakları Komitesi, 33 numaralı Genel Yorumun taslağında bu konuya dair bir değerlendirmede bulunmuş; ancak bazı devletlerin eleştirileri sonucunda, yorumun son halinde madde 31’e yapılan atıf metinden çıkarılmıştır. (AZARIA, Danae: “The Legal Significance of Expert Treaty Bodies Pronouncements for the Purpose of the Interpretation of Treaties”, International Community Law Review, 22, 2020, s.35). Bu doğrultuda Uluslararası Hukuk Derneği de antlaşma organı bulgularının, antlaşmaların bağlayıcı yorumlarını teşkil etmediğini kabul etmiştir; International Law Association, Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies, Berlin Conference, 2004, par.15.

⁴⁸ Halihazırda da söz konusu anlayış takip edilebilir; örneğin bkz. Draft General Comment on States Parties’ obligations under the first Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights Comments by the Norwegian Government, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GC33/Norway.doc>, (Erişim: 01.02.2025). Buna karşılık, İspanya Yüksek Mahkemesi, antlaşma organlarının kararlarının uygulanmasına ilişkin uluslararası yükümlülüklerin Anayasa’nın 96. maddesi hükümlerine dahil edildikten sonra iç hukuk sisteminin parçasını oluşturduğunu ve Anayasa’da insan haklarına ilişkin tanınan hiyerarşik statüden yararlanacağını ifade etmektedir: CASLA, Koldo: “Spain’s Supreme Court Is at It Again: UN Treaty Body Decisions Are Binding”, <https://www.ejiltalk.org/spains-supreme-court-is-at-it-again-un-treaty-body-decisions-are-binding/>, (Erişim: 20.02.2025).

⁴⁹ Bu kararların “views” olarak adlandırılmaları ve aynı zamanda Komite üyelerinin hukukçu dışında uzmanlardan oluşması bu

Bununla birlikte, antlaşma organları başta olmak üzere literatürdeki bazı yazarlar da söz konusu kararların bağlayıcılığını savunmaktadırlar⁵⁰. Bu bağlayıcılık, devletlerin Sözleşme yükümlülüklerini kabul etmeleri ve bu yükümlülüklerin anlamını ve ihlalinin tespit eden yegâne merciinin Komiteler olması çerçevesinde iddia edilmektedir⁵¹. Gerçekten de Steiner, Goodman ve Alston, kararların hukuki statüsünün, Komite'nin kendisinin algılanan doğasıyla bağlantılı olduğunu ifade etmektedirler⁵². Yine bu doğrultuda, Nowak, Komite kararlarının bağlayıcı/geçerli yorum olarak tanınması gerektiğini ifade etmekte; Joseph, Komite'nin “kendisi de yasal olarak bağlayıcı olan Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme'nin (MSHS) en önde gelen yorumcusu olduğu”nu belirtmektedir. Bu nedenle “[Komite'nin] kararları yasal yükümlülüklerin güçlü göstergeleridir, dolayısıyla bu kararların reddedilmesi bir Devletin MSHS yükümlülüklerine karşı kötü niyetli tutumunun iyi bir kanıtıdır.” demektedir⁵³. Tomuschat ise antlaşma organlarının bireysel başvurular sonucunda verdikleri kararların bağlayıcı olmadığından şüphe edilemeyeceğini, ancak yine de devletlerin bunları dikkatle inceleme yükümlülüğü olduğunu, doğrulukları lehine bir karine bulunduğunu ve bir devletin aynı fikirde olmaması halinde karşı argümanlarını belirten ayrıntılı gözlemler sunması gerektiğini söylemektedir⁵⁴.

Söz konusu belirsizliğin sürdürülmesi, CEDAW'un yasal bir mekanizmadan ziyade, kültürel ve normatif bir araç olarak görülmesine neden olmaktadır⁵⁵. Söylemsel düzlemde, gerçekten de Sözleşme'nin etkisi yadsınmaz noktadır. Ancak bu başarı, daha çok normatif bir görünürlük ve tanıma etkisiyle sınırlı kalmakta; hukuki uygulamaya tam anlamıyla yansımamaktadır. Gerçekten de söz konusu kararlara riayet bakımından tespit edilen oldukça düşük pratik, hukuki niteliklerinin yarattığı boşlukta kararları işlevsiz bir konuma sabitlemektedir. Devletler, kararların bağlayıcı olmamasını gerekçe göstererek, ulusal hukukta tanınmalarının önüne geçmekte ve bu kararlara kamusal alanı esirgemekte⁵⁶ ya da kararları yargısal bir düzlemde değil, bürokratik bir düzlemde sınırlı etkide bulunacak şekilde kategorileştirmektedirler⁵⁷. Bazı hallerde ise çeşitli yerel mahkemeler, insan hakları antlaşmaları uyarınca uzman antlaşma organlarının açıklamalarının, kendileri için yasal olarak bağlayıcı olmamakla birlikte, yine de ilgili bir hakkın anlamının belirlenmesinde ve bir ihlalin tespitinde önemli bir ağırlık verilmesini hak ettiklerini düşünmüşlerdir⁵⁸.

Kararların bağlayıcılığı meselesi, mağdurlar bakımından, ulusal anlamda bu kararların niteliğine ilişkin tartışmaları engellemektedir. van Alebeek ve Nollkaemper'in de göstermiş olduğu gibi, kararların ve geçici tedbirlerin ulusal hukuk düzeni içinde yasal etki yaratmasını olanaklı hale getirmek başat önemdedir⁵⁹. Ancak bu şekilde, verilen kararların dış dünyada bir fark yaratması mümkün olacaktır. Bu durum, mağduriyetleri çoğu zaman hukuk tarafından tanınmayan kadınlara ilişkin başvurular bakımından daha fazla önem arz etmektedir. Devletin riayet konusunda herhangi bir yükümlülüğü olmaması; kararlara riayet etse bile, bunun bir hukuk kuralına riayet etme olarak değil; *ex gratia* şekilde yapmasına sebep olmakta ve fiillerine herhangi bir sorumluluk bağlanamamasına yol açmaktadır. Bunun sonucunda kadınlar, hukuk

değerlendirme bakımından ileri sürülen başat özelliklerdendir; VAN ALEBEEK, Rosanne/NOLLKAEMPER, Andre: “The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law”, in Keller, Helen/ Ulfstein, Geir (ed.), UN Human Rights Treaty Bodies - Law and Legitimacy, Cambridge University Press, Cambridge 2012, s.405. Aynı zamanda bkz. Comments of the United States of America on the Human Rights Committee's “Draft General Comment 33: The Obligations of States Parties Under the Optional Protocol to the International Covenant Civil and Political Rights”, <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/138851.pdf>, (Erişim: 04.02.2025). Kararların yazım stili de bu bakımdan önemli bir eksiklik olarak ifade edilmiştir: STEINER, Henry J./GOODMAN, Ryan/ALSTON, Philip: International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals, 3.Bası, Oxford University Press, Oxford 2008, s.916.

⁵⁰ Bu çerçevede İnsan Hakları Komitesi, 33 numaralı Genel Yorumunda, İhtiyari Protokol çerçevesinde değerlendirdiği kararların, Sözleşme kapsamında kurulan ve bu belgeyi yorumlamakla görevli organın yetkili bir tespitini temsil ettiğini ifade etmiştir. Kararların öneminin, Komite'nin antlaşma metinleri çerçevesindeki bütünüleyici rolünden kaynaklandığını belirtmektedir. Komite, yorumda, kararlarında bir ihlal tespitinde bulunulduğunda geçen ilgili ifadeye atıfta bulunarak, Sözleşme'nin 2(3)(a) maddesi çerçevesinde, hakları ihlal edilen bireyler bakımından geçerli etkin telafi yükümlülüğünün altını çizmiştir. Yine kararların niteliğinin değerlendirilmesinde devletlerin “iyi niyetle hareket etme yükümlülüğü”nü de vurgulamıştır; Human Rights Committee, General Comment No.33, Obligations of States parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (par.13,14,15). Bu bakımdan ilgili ifadenin, CEDAW Komitesi kararlarında farklı şekilde yer aldığı belirtilmelidir. İnsan Hakları Komitesi bu bakımdan çok daha net bir dil kullanmaktadır; ihlal tespitinin ardından tüm kararlarında, Devletin, Komite'nin Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğini belirleme yetkisini tanıdığını ve Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca Devlet tarafının, kendi topraklarında bulunan ve yargı yetkisine tabi tüm bireylere Sözleşme'de tanınan hakları sağlamayı ve bir ihlalin gerçekleştiğinde etkili bir çözüm sağlamayı taahhüt ettiğini vurgulamaktadır. Buna karşılık CEDAW Komitesi kararlarında, Taraf devletin Komite'nin kararlarını ve önerilerini gereken şekilde dikkate alacağı ifade edilmektedir.

⁵¹ Human Rights Committee, General Comment No.33, par.13.

⁵² STEINER/GOODMAN/ALSTON, s.915.

⁵³ STEINER/GOODMAN/ALSTON, s.915.

⁵⁴ ULFSTEIN, Geir: “Individual Complaints”, in Keller, Helen/ Ulfstein, Geir (ed.), UN Human Rights Treaty Bodies - Law and Legitimacy, Cambridge University Press, Cambridge 2012, s.92,93.

⁵⁵ O'ROURKE, s.6.

⁵⁶ Bu çerçevede Ulfstein, kararların küçük bir kısmının Komite'nin öngördüğü şekilde uygulanıyor olmasının gerçekten de bağlayıcı olmasından kaynaklanıyor olabileceğini ifade etmektedir: ULFSTEIN, s.75.

⁵⁷ Bu doğrultuda, feminist yazının özel alanın kadınlar için mutlak şekilde olumsuz olarak nitelendirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir; Engle, güce erişim bakımından, çekirdeği hedefleyerek ceplerlerden kaçınmanın en iyi yol olmadığını belirtmiştir: BUSS, Doris Elisabeth: “Going Global: Feminist Theory, International Law, and the Public/Private Divide”, in Boyd, Susan B. (ed.), Challenging the Public/Private Divide: Feminism, Law, and Public Policy, Toronto, University of Toronto Press, 1997, s.372.

⁵⁸ Örnekler için bkz.; International Law Commission, Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties, with Commentaries, A/73/10, s.114, par.22.

⁵⁹ VAN ALEBEEK, NOLLKAEMPER, s.359 vd..

öznesi olarak hakkını arayan aktif bir rolden ziyade, uluslararası hukukun yıllardır kendilerine atfettiği mağdur konumuna hapsedilmektedirler.⁶⁰

Bu çerçevede, kadınların hukuk içinde özne olarak tanınmasının önündeki başlıca yapısal engellerden biri de, toplumsal cinsiyet eşitliğiyle doğrudan ilişkili olan sosyal hakların, uluslararası hukukta çoğunlukla bağlayıcı nitelik taşımayan, hedef-temelli haklar olarak tanımlanmasıdır. Özellikle barınma, gıda, sağlık gibi özel alana ait sayılan alanlardaki hak taleplerinin hukuk tarafından tanınmaması, kadınların aktif hak öznesi olarak görünürlük kazanmasını engellemekte; onları yeniden yardım nesnesi konumuna itmektedir.

B. Hak Öznelerinin Katılımı: Sosyal Hakların Belirsiz Durumu

İnsan haklarının kodifiye edilişi, başta Evrensel Beyanname'nin bir ilkeler bütünü olarak değerlendirilmesi ve devletler tarafından bağlayıcılığı tanınmayan bir metin olması sebebiyle, bu hakların düşünsel temellerine dair katı ve sistematik bir teorik zemine ihtiyaç duyulmaması anlamına gelmekteydi. Bununla birlikte bağlayıcı bir temel sözleşmenin hazırlık süreci, “asıl” haklar olarak görülen medeni ve siyasi hakların, belirli politika hedefleri olarak görülen ekonomik ve sosyal haklardan ayrı şekilde düzenlenişine yol açmıştır.

Bu yaklaşımda ataerkil ideolojinin varlığına dikkat çeken Charlesworth ve Chinkin, başlıca insan hakları antlaşmalarında yer alan hakların, insanların korunmaya ihtiyaç duyduğu alanların değerlendirilmesiyle ortaya çıktığını ifade etmektedirler. Bu kapsamda, medeni ve siyasi haklar, çoğunlukla mülk sahibi erkeklerin devlet baskısından korunma endişelerini yansıtırken; kadınlar bakımından önem arz eden özel alanı yakından ilgilendiren ekonomik ve sosyal haklar, ikincilleştirilmiştir.⁶¹

Gerçekten de uluslararası hukukun devletlere özgülenen yapısı, devlet içindeki elit aktörlerin duyarlılıklarına karşılık veren ve özgürlüğü önceleyen medeni ve siyasi hakları, “gerçek haklar” olarak tanıyarak, bu hakların ileri sürülmesi ve dava edilmesini mümkün kılmış; onlara hukuki bağlayıcılık kazandırmıştır. İronik biçimde, bu hakların siyaset dışı, aşkın ve evrensel olduğuna dair bir kabul de bu yaklaşımı beslemiştir. Buna karşılık, modernitenin özel/kamusal alan ayrımı çerçevesinde kadınlara atfedilen “ev içi” roller, sosyal ve ekonomik haklara erişimin sınırlandırılmasıyla pekiştirilmiştir. Barınma, gıda ve çalışma gibi haklar, politik nitelikleri nedeniyle sıklıkla yalnızca devletlerin gerçekleştirmesi gereken hedefler olarak değerlendirilmiş ve bu nedenle hukuki bağlayıcılıktan yoksun bırakılmıştır. Oysa bu haklar, yerine getirilmesi halinde kadınların yaşamlarının özel alanla sınırlandırılmasına karşı çıkmalarına ve eşit hak öznesi olarak kamusal alanda varlık göstermelerine olanak tanımaktadırlar.⁶²

Bu çerçeve, özellikle 1980'lerden itibaren, postmodern dünyada eşitliğe yönelik halihazırda kısıtlı bir kapsayıcılığı olan hak söyleminin, özgürlük ve bireysellik odağında kalmasına sebep olmuştur. Neoliberalizm ile kadınların esnek ve düşük maliyetli işgücü olarak konumlandırılmasına dayanan bir anlayış benimsenmiş ve menfaat temelli istihdam politikaları takip edilmiştir. Bu yaklaşım ise kadınlara kamusal alanda görünürlük kazandırmıştır. Bununla birlikte bu aldatıcı görünüm, sosyal haklara yönelik önyargılar gereği, hukuk alanında kadınların taleplerinin, maddi eşitlik yerine şekli eşitliği göz önüne alan bir ayrımcılık perspektifinde değerlendirilmesine yol açmıştır.⁶³ Ayrımcılık yasağı çoğunlukla medeni ve politik alandaki talepleri dikkate alarak, ekonomik durumla ilgili talepleri bu çerçevede değerlendirmemiştir. Dahası bu değerlendirmeler, tek bir kimliği temel alarak farklı sosyal aidiyetlere mensup kadınlar bakımından kesişimselliği göz önüne almamışlardır.⁶⁴

Bu sınırlı yaklaşımların üç önemli sonucu olmuştur. İlki, eşitlik ve refah taleplerinin giderek silikleşmesi ile sosyal hakların ikincilleştirilmesi sabitlenmiş ve yapay bir hiyerarşik düzlemde değerlendirilmişlerdir. İkincisi, bu anlayış aynı zamanda sosyal hakların eşitlik veçhesini göz ardı ederek; bu hakları neoliberal düzlemde, yaşamsal ihtiyaçlara indirgeyerek bir nevi yoksullara özgülemiştir.⁶⁵ Son olarak yine bu doğrultuda, bu ihtiyaçların tam olarak hukuk önünde karşılık bulamayacağı bir çerçeve yaratılmış; sosyal haklar hukuki bağlayıcılıklarından yoksun bırakılarak yardım şeklinde kişilere tanınmıştır. Bu çerçevede, toplumsal cinsiyet eşitliği ile insan hakları ilişkisinin, sosyal haklara gereken dikkat gösterilmeksizin kurulamayacak olduğu söylenebilir.⁶⁶ Zira sosyal hakların gerçek haklar olarak tanınmaması, özellikle de ekonomik güvencenin ve kamusal destek mekanizmalarının en yetersiz olduğu

⁶⁰ OTTO, Dianne: “A Sign of ‘Weakness’? Disrupting Gender Certainties in the Implementation of Security Council Resolution 1325”, *Michigan Journal of Gender & Law*, 13(1), 2006, s.171.

⁶¹ CHINKIN, Christine M./CHARLESWORTH, Hilary: “The Gender of Jus Cogens”, *Human Rights Quarterly*, 15, 2006, s.69,70.

⁶² CHINKIN, CHARLESWORTH, s.69,70. Ana akım insan haklarının dört temel niteliği ile feminist sorunsalın odağını oluşturduğu ifade edilmektedir: Bunlardan biri de hakların hiyerarşik algılanması – ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ihtiyarı ya da koşullara bağlı olduğuna yönelik kanıdır; ERTÜRK, Yakın: “CEDAW ve Özen Yükümlülüğü Standartı: Teori ve Pratiğin Uyumsuzluğu”, in Eryılmaz, Sevinç/Ayata, Gökçeççek/Çağlı, Pınar (der.), *Kadına Karşı Ayrımcılık – Hukuk, Toplum, Devlet ve CEDAW*, Zoe Kitap, İstanbul 2022, s.93.

⁶³ FRASER, Nancy: “From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Post-Socialist' Age”, <https://files.eportfolios.macaulay.cuny.edu/wp-content/uploads/sites/6609/2019/03/16210146/Fraser-Recognition-Redistribution.pdf>, (Erişim: 05.02.2025).

⁶⁴ Bu değerlendirme, AIHS uygulamasında özellikle mülteci ve Roman kadınlar bakımından geçerlidir; A.A. and Others v. Sweden, Application No.14499/09; Collins and Akaziebie v. Sweden, Application No.23944/05; V.C. v. Slovakia, Application No.18968/07.

⁶⁵ Bu çerçevede Moyn da insan hakları hukukunun yalnızca maddi yetersizliğe odaklandığını; giderek büyüyen maddi eşitsizliği görmezden geldiğini ifade etmektedir; MOYN, Not Enough..., s.176.

⁶⁶ ŞİMŞEK Aslı A.: “Kadının Sosyal İnsan Hakları ve Refah Devleti: Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Bir Değerlendirme”, in Uygur, Gülriz/Özdemir, Nadire (ed.), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, 2.bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019, s.118.

alan olan yoksulluğun, yapısal bir sorun değil⁶⁷, insana özgü doğal bir koşul olarak algılanmasını pekiştirmektedir. Gerçekten de yoksulluk, belirli kimliklerin nüvesi haline gelmiş, pratikte hukuk bakımından göz önüne alınması gereken bir ayrımcılık temeli olma özelliğini böylece baştan kaybetmiştir⁶⁸. Aynı zamanda hak olarak tanınamama, bir hak öznesinin de yokluğu anlamına gelmektedir. Bu durum ise ilgili hakların korumasına çok daha fazla ihtiyaç duyan kadınların “yardım” ile desteklenmesine yol açmaktadır.

1. Hak - Yardım İkiliği

Belirli kimliklere ait taleplerin, politik alana dahil edilmemesi, bu taleplerin kaçınılmaz şekilde politika dışı araçlar kapsamında değerlendirilmesine yol açmaktadır. Bu bakımdan çoğunlukla, kadınların adalet taleplerinin, özel alana hapsedildiği gözlemlenmektedir; bu tutuma yakın zamanda Magdalene çamaşırhaneleri bakımından İşkenceye Karşı Komite’nin değerlendirmeleri örnek olarak gösterilebilir. Kararda, İrlanda’daki Magdalene çamaşırhanelerinde uğradığı zararın⁶⁹ tazminine yönelik talebini devlete ileten başvuru sahibi, taleplerine yönelik devletten etkin şekilde dönüş alamadığını ifade etmiştir. Devlet ise, her ne kadar bu endüstrilerden haberdar olsa da söz konusu kurumların Kilise’nin yönetiminde olduğunu⁷⁰ ve dahası başvuru sahibinin Magdalen Laundries Restorative Justice Scheme altında bu ihlallere yönelik *ex gratia* şekilde bir ödeme aldığını ifade etmiştir⁷¹. Yine bu olayda, devletin sorumluluk alanını, kendi tanımladığı sınırlar içinde tuttuğu ve “özel” alandaki eylemlerden doğrudan sorumlu olmadığını ima ettiği görülmektedir. Kamusal bir tazminat yerine, kadınlara bu zararlar bakımından bir tür “yardım” sunulmuş; bu yardım ise, zarar görenlerin kamusal alanda adalet aramasını engelleyen bir araç olarak işlev görmüştür. Devletin bu tutumu, karşı oy yazılarında tespit edilmiş; “*ex gratia*” (yükümlülüğün ziyade bir lütf olarak) ödemelerin, kişilerin hakikat hakkına (right to truth) ulaşmalarını engelleyici işlev gördüğü ifade edilmiştir⁷². Karşı oyda, hakikate erişimin engellenmesinin yanı sıra hesap verilebilirliğin sağlanamaması ve cezazsızlık kültürünün gelişimi ile mağdurların uğradığı haksızlığın ortadan kaldırılamayacağı ileri sürülmüştür⁷³.

Aynı doğrultuda, Filipinler’de Mayala Lola’ların başvurusu da II. Dünya Savaşı’nda yaşadıkları göz ardı edilen kadınlar tarafından CEDAW Komitesi’ne iletilmiştir. Yine uzun süre kendilerine yöneltilen şiddet uluslararası hukuk tarafından tanınmayan bu kadınlar (zira Filipinler ile Japonya arasındaki barış antlaşması yaşanan cinsel şiddete ilişkin bir referansta bulunmamaktaydı) yaklaşık 50 yılın ardından bir tazmine kavuşmuş; ancak bu tazmin, yine özel alanda kalmıştır. Zira “Japon halkı” ve Filipinler Hükümeti arasında ortak bir “kefare” projesi olarak oluşturulan Fon ile hükümetin yasal sorumluluktan kaçınmasına cevaz verilmiştir. Japonya tarafında tazminin devlet ödemesi olarak iletilmesi yerine söz konusu ödemelerin özel bağışlar yoluyla toplanmasına izin verilmiştir. Filipinler ise başvuru sahiplerine karşı iddialarını desteklemek için uluslararası bir yükümlülüğü olmadığını savunmuştur⁷⁴. Bununla birlikte başvuru sahipleri, özellikle dolaylı ayrımcılık iddiaları ileri sürmüşlerdir. Cinsel kölelik sisteminden sağ kurtulan Filipinli kadınlara yönelik ayrımcılık, kadınların adalet taleplerinin görünmez kılınmasıyla somutlaşmaktadır. Aynı zamanda bu ayrımcılık, erkek savaş gazileri eğitim, sağlık, maluliyet ve ölüm aylığı gibi kapsamlı hizmetlerden yararlanırken⁷⁵, kadın başvuru sahiplerine herhangi bir yardım, hizmet ya da destek sağlanmamasında da görünür olmaktadır⁷⁶.

Yukarıda değinildiği üzere, devletlerin etkin koruması, kadınlar bakımından çoğunlukla bir yükümlülük gereği değil, yardım kültürü çerçevesinde ele alınmaktadır⁷⁷. Bu bakımdan, kadınlara yönelik

⁶⁷ Çalışma grubunun belirttiği gibi, yoksulluk, sistemik bir başarısızlığın sonucudur; Report of the Working Group on Discrimination against Women and Girls, Gendered Inequalities of Poverty: Feminist and Human Rights-Based Approaches, A/HRC/53/39, par.10.

⁶⁸ Eşitlik mefhumu, ekonomik, sosyal, kültürel haklar kapsamında yeterlilik ile medeni ve siyasi haklar kapsamında ise ayrımcılık yasağı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Gerçekten de AIHS de dahil olmak üzere ayrımcılık yasağına ilişkin uluslararası metinlerin ekseriyeti, ekonomik koşullara ya da statüye dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır (MSHS md. 26, ESKHS md.2/2). Bununla birlikte, ayrımcılık yasağı AIHM içtihadında oldukça dar yorumlanmaktadır. Mahkeme, ayrımcılık iddialarını genellikle başka bir temel hakkın ihlaliyle bağlantılı olarak, 14. madde kapsamında ele almakta; hatta çoğu durumda bu tür bir incelemeyi gerekli dahi görmemektedir. Ayrıca, bu iddialar çoğunlukla karşılaştırmalı (comparator) yaklaşım üzerinden değerlendirildiğinden, ayrımcılığa uğrayan bireyin özel koşulları ve ihtiyaçları yerine, karşılaştırıldıkları grubun durumu esas alınmaktadır. Bu yaklaşım çerçevesinde, ekonomik temelli ayrımcılığın çoğu zaman kırılgan grubun için bir özelliği olarak görülerek (Hudorovič and Others v. Slovenia, App. Nos. 24816/14 ve 25140/14, par. 147) değerlendirmeye alınmadığı; ya da bu konuda daha geniş kabul edilen devletin takdir marjı gerekçesiyle (Garib v. Netherlands, App. No. 43494/09, par. 161-169) müdahale edilmediği gözlemlenmektedir. Bu bakımdan ayrımcılık yasağına ilişkin ayrı bir protokolün mevcut olduğu ancak bu protokole oldukça az sayıda devletin taraf olduğu belirtilmelidir; KHANNA, Vandita: “Equality as Integral”, <https://voelkerrechtsblog.org/equality-as-integral/>, (Erişim: 22.01.2025).

⁶⁹ Committee against Torture, Communication No.879/2018, par.8.1

⁷⁰ Committee against Torture, Communication No.879/2018, par.7.1.

⁷¹ Committee against Torture, Communication No.879/2018, par.2.11.

⁷² Committee against Torture, Communication No.879/2018, Racu ve İşcan’ın karara yönelik karşı oy görüşünde: par.9.

⁷³ Committee against Torture, Communication No.879/2018, Karşı oy görüşü, par.5.

⁷⁴ Filipinler Yüksek Mahkemesi, başvuru sahiplerinin taleplerini Japonya’ya karşı destekleme tercihinin tamamen yürütme organında olduğu ve Filipinler’in bu talepleri destekleme bakımından uluslararası yükümlülüğü bulunmadığı yönünde değerlendirmede bulunmuştur; Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Communication No.155/2020, par.2.8.

⁷⁵ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Communication No.155/2020, par.7.3.

⁷⁶ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Communication No.155/2020, par.5.5.

⁷⁷ Bu hukuktan dışlama temayülü, toplumsal cinsiyet rollerini teyit eden yasa / merhamet ikiliği şeklinde çoğu alanda da görünür olmaktadır. Tarhanlı’nın değindiği Türkiye’de 2019 yılında kurulan kadına yönelik şiddet konusyla ilgili oluşturulan çalışma grubu bağlamında oluşturulan eğitim programlarında yer alan ifadeler (ailede merhametin sağlanması), hukuk yerine merhametin belirleyici kılındığı çerçeveye örnek oluşturabilecektir: TARHANLI, s.30.

çoğu ekonomik desteğin “hak” olarak değil, “yardım” olarak iletildiği gözlemlenmektedir⁷⁸. Yine, çoğu devlette ailelere tanınan aynı sosyal yardımların (gıda, kömür gibi) da baş muhatabını kadınlar oluşturmaktadır. Zira toplumsal cinsiyet rolleri gereği bu “muhtaçlık” halinin evi geçindirmekle yükümlü olan erkeklerin başarısızlığı olarak görülmesi ve evdeki kaynakların kullanımının kadının yükümlülüğü olmasına yönelik algı çerçevesinde, yardımın alınması da kadının görevi olmaktadır⁷⁹.

Ancak bu sürecin, “hak” değil yardım altında kurulması, kadını da sosyal yurttan oluşturmaktan alıkoymaktadır⁸⁰. Özellikle Kutlu’nun da dikkat çektiği üzere, sosyal yardımların temelindeki mevcut “karşılıksızlık” ilkesi, yardımın tarafları arasında bir ilişki kurulmasının önüne geçmektedir; böylece yardımların hacmine ya da odaklandığı gruplara, tamamen yardım verenin politikaları çerçevesinde karar verilmektedir. Bu çerçevede talepler, yargının denetimi haricinde tutulmaktadır⁸¹. Herhangi bir pazarlık imkanından yoksun bırakılan kadınlar, bu çerçevede yeniden üretilen kırılğan bir statüye sahip olmaktadırlar⁸².

2. Dava Edil(e)mezlik Meselesi

Simmel’in 20. yüzyılın başında yoksulluk bakımından yaptığı değerlendirmeler hala geçerliliğini korumaktadır. Zira Simmel, yoksullar bakımından devletin yoksullara yardım etme yükümlülüğü dile getirilse de buna karşılık yoksulların sahip olduğu bir yardım alma hakkından bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. İngiltere çerçevesinde:

“Örneğin İngiltere’de açıkça ilan edildiği üzere, yoksul biri kendisine yapılması gereken yardımın haksız bir biçimde reddedildiği gerekçesiyle dava açamaz, yine aynı şekilde tazminat talep edemez. [...] Devletin yardım sağlama yükümlülüğüne tekabül eden hak, yoksulların hakkı değildir. Daha çok, her yurttaşın, yoksullar için ödediği vergilerin, yoksullara yardım konusunda konmuş olan kamusal hedeflerin gerçekten karşılanacağı bir büyüklükte ve şekilde uygulanmasını talep etme hakkıdır.”

diye belirtmektedir.

Simmel takiben, söz konusu dışlamanın, modern devlette, kamusal yardımın tarafların herhangi bir dahlinin olmadığı tek yönetim dalı olmasında da görünür olduğunu ifade etmektedir⁸³. Bu tür ihtiyaçlara yönelik destekler, çoğu zaman “yardım alma hakkı” olarak değil, bizatihi hak olarak tanınabilir bile, farklı bir engelle karşılaşmaktadır: Sosyal hakların dava edilebilirliği ulusal ve uluslararası yargı mercileri tarafından çoğunlukla kabul edilmemektedir. Güney Afrika Cumhuriyeti gibi istisnai örneklerde yaygınlaşmaya başlasa da, sosyal hakların doğrudan dava edilebilirliği çoğu ülkede hâlen yalnızca dolaylı yollarla mümkündür⁸⁴.

Bu dolaylı yaklaşım, özellikle Avrupa insan hakları sisteminde görülmektedir. Gıda, su, çevre gibi sosyal haklara ilişkin doğrudan bir koruma mekanizması bulunmamakla birlikte; bu alanlara dair eksiklikler, çoğu zaman Sözleşme’de tanınan hakların (örneğin yaşam hakkı, özel hayata saygı hakkı veya kötü muamele yasağı) yorumlanması çerçevesinde değerlendirilmiştir⁸⁵. Ancak bu durum her ne kadar belirli hallerde başarıya ulaşsa da sosyal hakların yine hukuken belirsiz bir çerçevede kalmasına neden olmaktadır⁸⁶.

Halbuki, sosyal hakların doğrudan dava edilebilir kılınması, yalnızca yaşamsal ihtiyaçların sağlanması bakımından değil; yerel politika süreçlerinin otonomisinin giderek daha çok zayıflatıldığı ve genel demokratik katılımın sınırlı olduğu ülkeler bakımından bu katılımı etkinleştiren bir niteliği haizdir. Ayrıca, hakların yerine getirilmesinde önemli olan kaynakların ne şekilde sağlandığı ve hangi alanlara hasredildiği gibi önemli sorgulamalara yol açabilecek bu kapsamın, eşit yurttaşlık bakımından da hukuki bir çerçeve sağlayabileceği öngörülebilmektedir⁸⁷.

⁷⁸ Türkiye’de evde engelli, yaşlı ve çocukların bakımını üstlenen kadınlar, belirli maddi desteklere erişebilmektedir; bu bakım emeklerine karşılık ödemeler de çoğunlukla “yardım” olarak adlandırılmaktadır. Örneğin evde bakım yardımı gibi, bkz. <https://www.aile.gov.tr/cyhg/mevzuat/ulusal-mevzuat/yonetmelikler/evde-bakim-yardimi-yonetmeli/>, (Erişim: 05.02.2025).

⁷⁹ Ancak kamusaldeki bu görünürlüğün, pazarlık gücünün ya da katılımın mümkün olmadığı yardım altında gerçekleşmesi, kamusalaya yönelik gerçek bir dahil süreci anlamına gelmeyecektir; bkz. KUTLU, Denizcan: “Görüşmeler”, in Kutlu, Denizcan (der.), Sosyal Yardım Alanlar – Emek, Geçim, Siyaset ve Toplumsal Cinsiyet, İletişim Yayınları, İstanbul 2018, s.259.

⁸⁰ Marshall da bu doğrultuda, esas olarak kadınlara ve çocuklara tanınan desteklerin korunmaya muhtaç olmalarından kaynaklandığını ifade etmiştir. Bir diğer deyişle, onların yurttaş olamadıkları için korunmaları gerekmektedir. Bu çerçevede, sosyal yardımın hala bu şekilde algılandığı belirtilebilir; MARSHALL, T.H.: “Yurttaşlık ve Sosyal Sınıf”, in Buğra, Ayşe/Keyder, Çağlar (der.), Sosyal Politika Yazıları, Çev. Burcu Yakut-Çakar, Utku Banş Balaban, 6. Bası, İletişim, İstanbul 2013 s.25.

⁸¹ KUTLU, Denizcan: “Türkiye’de Sosyal Yardımların Hak(sızlık) Niteliğinin Yasal ve Toplumsal Temelleri: Düzenleme, Uygulama, Deneyim”, in Kutlu, Denizcan (der.), Sosyal Yardım Alanlar – Emek, Geçim, Siyaset ve Toplumsal Cinsiyet, İletişim Yayınları, İstanbul 2018, s.123.

⁸² Bu şekilde cinsiyetçi iş bölümü pekiştirilmektedir; ÖZATEŞ GELMEZ, Özge Sanem: “Sosyal Yardımların Toplumsal Cinsiyetli Doğası: Cinsiyetçi İş Bölümünün Yeniden Üretimi”, in Kutlu, Denizcan (der.), Sosyal Yardım Alanlar – Emek, Geçim, Siyaset ve Toplumsal Cinsiyet, İletişim Yayınları, İstanbul 2018, s.202-205.

⁸³ SIMMEL, s.160,161.

⁸⁴ O’CINNEIDE, Colm: “The Potential and Pitfalls of Intersectionality in the Context of Social Rights Adjudication”, in Athey, Shreya/Dunne, Peter (ed.), Intersectionality and Human Rights Law, Hart Publishing, Oxford 2020, s.68.

⁸⁵ Örneğin bkz.; Dudchenko v. Russia, Application no. 37717/05, Hudorovič and Others v. Slovenia, Applications Nos.24816/14 ve 25140/14. Verein Klimasenioren Schweiz And Others v. Switzerland, Application no. 53600/20.

⁸⁶ Bu dolaylı yaklaşım, sosyal hakları, medeni ve siyasi haklara yönelik değinilen geleneksel anlayışın belirleyiciliğinde değerlendirmektedir; bu sebeple de sosyal hakların yalnızca medeni ve siyasi haklar iddiası çerçevesine sığdırılabilecek yönlerini koruduğu için doğası gereği sınırlıdır; O’CINNEIDE, s.68.

⁸⁷ Gerçekten de van Bueren’in ifade ettiği üzere dava edilebilir sosyal ve ekonomik hakların sınıfsal eşitsizliği azaltıcı bir işlev göreceği açıktır; VAN BUEREN, Geraldine: “Class, Intersectionality, the Right to Housing and the Avoidable Tragedy of Grenfell Tower”, in Athey, Shreya/Dunne, Peter (ed.), Intersectionality and Human Rights Law, Hart Publishing, Oxford 2020, s.119.

Bu bakımdan CEDAW İhtiyari Protokol'ün hazırlanması sırasında birtakım hakların dava edilebilirliğine yönelik istişarelerde bulunulmuştur. Bazı temsilciler, belirli hakların ihlaline yönelik başvuruların, protokol kapsamında engellenmesinin, tüm girişime zarar vereceğini düşünmüşlerdir⁸⁸. Bu çerçevede, Sözleşme, haklara yönelik bütüncül tavrını korumuştur⁸⁹.

Bu bütüncül yaklaşım, çoğu insan hakları aktörü tarafından halihazırda benimsenmektedir; örneğin BM İnsan Hakları Konseyi'ne sunulan yakın tarihli bir raporda, bölgesel insan hakları mekanizmalarının faaliyetlerine dikkat çekerek, sosyoekonomik hakların doğrudan ihlallerinin belirlenmesi, yoksulluktan ve sosyal dışlanma riskinden korunma, ayrımcı çalışma koşullarının ve işgücü piyasasındaki cinsiyet ayrımlarından kaynaklanan yoksulluğun tanınması, ve gıda güvencesi, sağlıklı bir çevre ve sürdürülebilir kalkınma hakları da dahil olmak üzere tüm ekonomik, sosyal ve kültürel hakların uygulanabilirliğine yönelik pratiklerin önemi vurgulanmıştır⁹⁰. Bu çerçevede, çalışma grubu, ESKHS ve CEDAW ile bunların İhtiyari Protokollerini onaylamak da dahil olmak üzere, bu hakların yasal olarak tanınması ve uygulanabilirliği için mekanizmalar oluşturarak teşvik etmenin önemini vurgulamıştır⁹¹.

Bu çerçevede, ekonomik ve sosyal hakların güçlendirilmesi, genel olarak toplumsal cinsiyet eşitsizliği ile mücadelede kilit önemi haizdir⁹². Kadınların genel olarak eve ilişkin meselelerde kendilerine atfedilen geleneksel rollerinin yol açtığı kaynaklara yönelik ölçsüz mahrumiyetin⁹³ ortadan kaldırılması, ancak devletin söz konusu yükümlülüklerini tanıması ve bu yükümlülükler gereği uygulanacak politikaları halkın katılımını artırarak oluşturması halinde mümkün olacaktır.

IV. SONUÇ

Çalışmanın ilk bölümünde ele alınan modern ve postmodern hukuk anlayışları, insan hakları hukukunun bugünkü sınırlarının anlaşılması bakımından önemli bir çerçeve sunmaktadır. Modernizmin evrenselci ve ikilikçi yapısı, toplumsal cinsiyet eşitliği taleplerini kamusal alanın dışında bırakmış; buna karşılık postmodernizmin özneyi ve farklılığı merkeze alan yaklaşımı, insan hakları söylemini sahiplenerek, bu taleplere alan açmıştır. Ancak postmodernizmin belirsizliklere açık ve birey merkezli yapısı, insan hakları hukukunun dönüştürücü rolünü tam olarak üstlenmesini zorlaştırmaktadır.

Gerçekten de oldukça kısa bir sürede kadına yönelik ayrımcılığa karşı devletlerin önlem alma yükümlülüklerine ilişkin önemli adımlar atılmıştır. Bununla birlikte, insan haklarının genel olarak sonuç yükümlülüklerine odaklanan yapısı ve açık uçlu ifadeleri, bu yükümlülüklerin içeriğinin belirlenmesi bakımından devletlerin takdir alanlarını genişletmektedir. Bu takdir ise politik olanın ataerkil ideoloji ile özdeşleşmesi çerçevesinde kadınları bu alandan uzaklaştırmaya çalışan bir sonuç doğurmaktadır. Söz konusu dışlamanın, ikincil kurallardaki belirsizlikten güç aldığı savunulmuştur. Bu belirsizlik, insan hakları aktörlerinin devlet karşısında mağdur edilen grupların korunması bakımından ileri sürdüğü iddiaların, çoğunlukla devlet iradelerinin belirleyiciliği çerçevesinde geçersiz kılınmasına yol açmaktadır. Bu çerçevede, insan hakları aktörlerinin değerlendirmeleri, bilgi üretimi sürecine dahil edilmemektedir. Aynı zamanda hak özneleri için önem arz eden talepler de hak olarak nitelendirilmeyerek hukuk dışına itilmekte veya dava edilebilirlikleri kabul edilmeyerek hem bireysel hem de kamusal alanda gerçekleşecek olumlu etkilerin de önüne geçilmektedir.

Sonuç olarak, insan haklarının uluslararası hukuk içindeki konumu, hukukun sınırlarını belirleyen bir mücadele alanı yaratmaktadır. Kadının insan hakları ve toplumsal cinsiyet eşitliği bağlamında, insan hakları hukukunun dönüştürücü rolü belirginleşse de, devlet egemenliği temelli uluslararası hukuk anlayışı bu süreci sınırlandırmaya devam etmektedir. İnsan hakları hukukunun, toplumsal cinsiyet eşitliği bağlamında belirgin ikincil kuralları oluşturması, hukukun evriminde önemli bir adım olacaktır.

KAYNAKÇA

- AHLGREN, Ellinore: "Ratification, Reservations, and Review: Exploring the Role of the CEDAW Compliance Mechanisms in Women's Rights", <https://jpia.princeton.edu/news/ratification-reservations-and-review-exploring-role-cedaw-compliance-mechanisms-womens-rights>, (Erişim: 07.01.2025).
- AKAL, Cemal Bali: "Kurgu ve Hukuk", in Akal, Cemal Bali/Tosun, Yalçın (ed.), Sözü'n İkiz Çocukları – Edebiyat ve Hukuk İlişkisi, Zoe Kitap, İstanbul 2023, s.35-39.
- ARAÚJO, Sara: "Modern Constitutionalism, Legal Pluralism and The Waste Of Experience", in de Sousa Santos, Boaventura/Araújo, Sara/Andrade, Orlando (ed.), Decolonizing Constitutionalism-Beyond False or Impossible Promises, Routledge, 2024.
- ARSAVA, Füsun: "BM İnsan Hakları Sözleşmeleri ile Kurulan Uzman Komite Görüşlerinin Niteliği", Yaşar Hukuk Dergisi, 6 (1) 2024, s.1-13.
- ATALAY, Ahmet Halûk: "Bir Hukuk Mantığı Var mıdır?", Hukuk Kuramı, 2(6), 2015, s.22-40.
- AZARIA, Danae: "The ILC Draft Conclusions on the Identification of Customary International Law: State Silence and Teachings", UN International Law Seminar, Insights on the work of the International Law Commission, 13 July 2018, University of Geneva.
- AZARIA, Danae: "The Legal Significance of Expert Treaty Bodies Pronouncements for the Purpose of the Interpretation of Treaties", International Community Law Review, 22, 2020, s.33-60.

⁸⁸ O'ROURKE, s.14,15.

⁸⁹ O'ROURKE, s.15.

⁹⁰ Report of the Working Group on Discrimination against Women and Girls, par.26.

⁹¹ Report of the Working Group on Discrimination against Women and Girls, par.62(n).

⁹² O'ROURKE, s.14.

⁹³ O'ROURKE, s.14.

- BUSS, Doris Elisabeth: “Going Global: Feminist Theory, International Law, and the Public/Private Divide”, in Boyd, Susan B. (ed.), *Challenging the Public/Private Divide: Feminism, Law, and Public Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 1997, s.360-384.
- BYRNES, Andrew: “The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women”, in Mégret, Frédéric/Alston, Philip (ed.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, 2. Bası, Oxford University Press, Oxford 2020, s.393-438.
- CASLA, Koldo: “Spain’s Supreme Court Is at It Again: UN Treaty Body Decisions Are Binding”, <https://www.ejiltalk.org/spains-supreme-court-is-at-it-again-un-treaty-body-decisions-are-binding/>, (Erişim: 20.02.2025).
- CHARLESWORTH, Hilary, CHINKIN, Christine, WRIGHT, Shelley: “Feminist Approaches to International Law”, *The American Journal of International Law*, 85 (4), 1991, s.613-645.
- CHINKIN, Christine M./CHARLESWORTH, Hilary: “The Gender of Jus Cogens”, *Human Rights Quarterly*, 15, 2006, s.63-76.
- CHINKIN, Christine/GORMLEY, Lisa: “Article 3”, in Schulzuth, Patricia/Halperin-Kaddari, Ruth/Rudolf, Beate/Freeman, Marsha A. (ed.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and its Optional Protocol: A Commentary*, 2.Bası, Oxford University Press, Oxford 2022, s.147-172.
- Comments of the United States of America on the Human Rights Committee’s “Draft General Comment 33: The Obligations of States Parties Under the Optional Protocol to the International Covenant Civil and Political Rights” <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/138851.pdf>, (Erişim: 04.02.2025).
- COTTERRELL, Roger: *Hukukbilimin Politikası*, Çev. Saim Üye, 3.Bası, Pinhan, İstanbul 2022.
- d’ASPREMONT, Jean: *Formalism and the Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2011.
- DE PAUW, Marijke: “Women’s rights: from bad to worse? Assessing the evolution of incompatible reservations to the CEDAW Convention”, *Utrecht Journal of International and European Law*, 29 (77), 2013, s.51-65.
- DERRIDA, Jacques: *Before the Law: The Complete Text of Préjugés*, Çev. Sandra van Reenen, Jacques de Ville, University of Minnesota Press, Minneapolis 2018.
- Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_11_2018.pdf, (Erişim: 01.02.2025).
- Draft General Comment on States Parties’ Obligations under the First Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights – Comments by the Norwegian Government, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GC33/Norway.doc>, (Erişim: 01.02.2025).
- ERTÜRK, Yakın: “CEDAW ve Özen Yükümlülüğü Standardı: Teori ve Pratiğin Uyumsuzluğu”, in Eryılmaz, Sevinç/Ayata, Gökçeççek/Çağlı, Pınar (der.), *Kadına Karşı Ayrımcılık – Hukuk, Toplum, Devlet ve CEDAW*, Zoe Kitap, İstanbul 2022, s.89-115.
- FOURNIER, Johanna: “Reservations and the Effective Protection of Human Rights”, *Goettingen Journal of International Law*, 2(2), 2010, s.437-462.
- FRASER, Nancy: “From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Post-Socialist' Age”, <https://files.eportfolios.macaulay.cuny.edu/wp-content/uploads/sites/6609/2019/03/16210146/Fraser-Recognition-Redistribution.pdf>, (Erişim: 05.02.2025).
- Gulbenkian Komisyonu, *Sosyal Bilimleri Açın – Sosyal Bilimlerin Yeniden Yapılanması Üzerine Rapor*, Çev. Şirin Tekeli, 4. Bası, Metis Yayınları, İstanbul 2003.
- HAKIMI, Monica: *Secondary Human Rights Law*, *Yale Journal of International Law*, 34(2), 2009, s.596-604.
- HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 1961.
- JOSEPH, Sarah: *Blame it on the WTO? - A Human Rights Critique*, Oxford University Press, Oxford 2011.
- KELLER, Linda M.: “The Impact of States Parties’ Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, *Michigan State Law Review*, 2014(2), 2014, s.309-326.
- KHANNA, Vandita: “Equality as Integral”, <https://voelkerrechtsblog.org/equality-as-integral/>, (Erişim: 22.01.2025).
- KUTLU, Denizcan: “Görüşmeler”, in Kutlu, Denizcan (der.), *Sosyal Yardım Alanlar – Emek, Geçim, Siyaset ve Toplumsal Cinsiyet*, İletişim Yayınları, İstanbul 2018, s.227-397.
- MARSHALL, T.H.: “Yurttaşlık ve Sosyal Sınıf”, in Buğra, Ayşe/Keyder, Çağlar (der.), *Sosyal Politika Yazıları*, Çev. Burcu Yakut-Çakar, Utku Banş Balaban, 6. Bası, İletişim, İstanbul 2013, s.19-32.
- MOYN, Samuel: *Not Enough – Human Rights in an Unequal World*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2018.
- MOYN, Samuel: *Son Ütopya*, Çev. Firdevs Ev, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2017.
- O’CINNEIDE, Colm: “The Potential and Pitfalls of Intersectionality in the Context of Social Rights Adjudication”, in Athey, Shreya/Dunne, Peter (ed.), *Intersectionality and Human Rights Law*, Hart Publishing, Oxford 2020, s.59-82.
- O’ROURKE, Catherine: “Bridging the Enforcement Gap? Evaluating the Inquiry Procedure of the CEDAW Optional Protocol”, *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 27(1), 2019, s.1-30.
- OTTO, Dianne: “A Sign of ‘Weakness’? Disrupting Gender Certainties in the Implementation of Security Council Resolution 1325”, *Michigan Journal of Gender & Law*, 13(1), 2006, s.113-175.
- ÖZATEŞ GELMEZ, Özge Sanem: “Sosyal Yardımların Toplumsal Cinsiyetli Doğası: Cinsiyetçi İş Bölümünün Yeniden Üretimi”, in Kutlu, Denizcan (der.), *Sosyal Yardım Alanlar – Emek, Geçim, Siyaset ve Toplumsal Cinsiyet*, İletişim Yayınları, İstanbul 2018, s.193-206.
- PINTO, Mónica: “Inquiry Procedures: United Nations Human Rights Bodies”, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e3083.013.3083/law-mpeipro-e3083>, (Erişim: 07.01.2025).
- Reservations to CEDAW, <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations.htm>, (Erişim: 01.02.2025).
- RIDDLE, Jennifer: “Making CEDAW Universal: A Critique of CEDAW’s Reservation Regime under Article 28 and the Effectiveness of the Reporting Process”, *George Washington International Law Review*, 34(3), 2002, s.605-638.
- SCHÖPP-SCHILLING, Hanna Beate: “Reservations To The Convention On The Elimination Of All Forms Of Discrimination Against Women: An Unresolved Issue Or (No) New Developments?”, in Ziemeie, Ineta (ed.) *Reservations To Human Rights Treaties And The Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony Or Reconciliation*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library Volume 17, 2004.
- SIMMEL, Georg: *Bireysellik ve Kültür*, Çev. Tuncay Birkan, Metis Yayınları, İstanbul 2009.
- SIMPSON, Gerry: *The Sentimental Life of International Law: Literature, Language, and Longing in World Politics*, Oxford

- University Press, 2021.
- STEINER, Henry J./GOODMAN, Ryan/ALSTON, Philip: International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals, 3.Bası, Oxford University Press, Oxford 2008.
- ŞİMŞEK Aslı A.: “Kadının Sosyal İnsan Hakları ve Refah Devleti: Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Bir Değerlendirme”, in Uygur, Gülriz/Özdemir, Nadire (ed.), Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, 2.bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019, s.117-162.
- TARHANLI, Turgut: “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi: Sonuç ve Süreç Geriliminde Antlaşmalar Hukuku, İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye”, in Eryılmaz, Sevinç/Ayata, Gökçeçiçek/Çağlı, Pınar (der.), Kadına Karşı Ayrımcılık – Hukuk, Toplum, Devlet ve CEDAW, Zoe Kitap, İstanbul 2022, s.11-87.
- TOYNBEE, Arnold J.: A Study of History, Ciltlerin Özeti: D. C. Somervell, Dell Publishing, 4. Bası, New York 1974.
- ULFSTEIN, Geir: “Individual Complaints”, in Keller, Helen/Ulfstein, Geir (ed.), UN Human Rights Treaty Bodies - Law and Legitimacy, Cambridge University Press, Cambridge 2012, s.73-115.
- VAN ALEBEEK, Rosanne/NOLLAEMPER, Andre: “The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law”, in Keller, Helen/Ulfstein, Geir (ed.), UN Human Rights Treaty Bodies - Law and Legitimacy, Cambridge University Press, Cambridge 2012, s.356-413.
- VAN BUEREN, Geraldine: “Class, Intersectionality, the Right to Housing and the Avoidable Tragedy of Grenfell Tower”, in Atrey, Shreya/Dunne, Peter (ed.), Intersectionality and Human Rights Law, Hart Publishing, Oxford 2020, s.111-124.
- YÜKSEL, Murat: Hukuka Postmodern Yaklaşım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Eymir ALBAL, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Eymir ALBAL, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 5015 SAYILI KANUNA İLİŞKİN İPTAL KARARININ İNCELENMESİ VE VERGİ HUKUKU BAĞLAMINDA ÇIKARIMLAR

AN ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S ANNULMENT DECISION ON LAW NO. 5015 AND IMPLICATIONS FOR TAX LAW

Esra KESKİN ÇAKMAK*  

Makale Bilgi

Gönderi: 05/03/2025
Kabul : 18/06/2025

Anahtar Kelimeler

*Özel Teşebbüs Kurma
Özgürlüğü,
Ölçülülük İlkesi,
Öze Dokunma Yasası,
Vergi İncelemeleri,
Vergi Suç ve Cezaları.*

Article Info

Received: 05/03/2025
Accepted: 18/06/2025

Keywords

*Freedom to Establish a
Private Enterprise,
Principle of
Proportionality,
Prohibition of
Excessive Restriction,
Tax Audits,
Tax Crimes and
Penalties.*

Özet

Anayasa Mahkemesi, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 20'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve vergi suçları kapsamında başlatılan vergi incelemesine yönelik tesisler için inceleme sonuçlanıncaya kadar başka kişilere de lisans verilmeyeceğine yönelik getirilen kuralı, özel teşebbüs kurma özgürlüğüne karşı orantısız bir müdahale içerdiği gerekçesiyle iptal etmiştir. Ekonomik hak ve özgürlükler bağlamında kişilere dilediği alanda serbestçe ticari faaliyet yapmayı öngören ve devlete bunun sağlanması için gereken tedbirleri alma sorumluluğu yükleyen özel teşebbüs özgürlüğü, vergilemenin mülkiyet hakkına karşı yönelen doğrudan bir müdahale olması gerekçesiyle vergi hukuku açısından da oldukça önemlidir. Nitekim vergi hukuku ve özel teşebbüs kurma özgürlüğü ilişkisi üzerine yapılacak değerlendirmelerde ölçülülük ilkesi, söz konusu özgürlüğün Anayasal güvence altına alınması bakımından ön plana çıkmaktadır. Bu çalışma, Anayasa Mahkemesi'nin 2024 yılında vermiş olduğu iptal kararı ışığında; kanun koyucu tarafından tanınan idarî tedbir/yaptırım tesis etmeye yönelik kuralların ölçülülük ilkesine uygun olmadığı durumda, bunların kişilerin ekonomik hak ve özgürlüklerini ne şekilde ihlal edilebileceğini gözler önüne sermektedir. Çalışmanın sonucunda, vergi suçlarıyla mücadele etmek ve devletin vergi geliri kaybını önlemek gibi meşru amaçlar çerçevesinde, üçüncü kişilerin özel teşebbüs kurma özgürlüğüne yönelik müdahalelerin ölçüsü ve yerindeliği tartışılmış ve vergi hukuku bağlamında kanun koyucunun bu ve buna benzer müdahaleler içeren konular özelinde dikkat etmesi gereken hususlara yönelik tespitler ve öneriler yer verilmiştir.

Abstract

The Constitutional Court annulled the provision in the second paragraph of Article 20 of the Petroleum Market Law No. 5015, which stipulated that no licenses would be granted to other individuals for facilities under tax investigation until the investigation was concluded. The annulment was based on the grounds that this provision constituted a disproportionate interference with the freedom to establish a private enterprise. In the context of economic rights and freedoms, the freedom to establish a private enterprise, which guarantees individuals the right to freely engage in commercial activities in their chosen fields and imposes an obligation on the state to take the necessary measures to ensure this, is also highly significant in terms of tax law. This is because taxation represents a direct interference with property rights. Indeed, in evaluating the relationship between tax law and the freedom to establish a private enterprise, the principle of proportionality comes to the forefront in ensuring the constitutional protection of this freedom. This study, in light of the Constitutional Court's 2024 annulment decision, examines how administrative measures and sanctions enacted by the legislature can violate individuals' economic rights and freedoms when they fail to comply with the principle of proportionality. The study ultimately discusses the extent and appropriateness of state interventions in the freedom to establish a private enterprise within the legitimate objectives of combating tax crimes and preventing loss of state tax revenues. Furthermore, the study provides insights and recommendations for the legislature regarding similar interventions in tax law, emphasizing key aspects that should be considered in regulatory practices.

EXTENDED SUMMARY

The freedom to establish a private company is a fundamental right that guarantees individuals the ability to engage in economic activities freely. Article 48 of the Constitution secures this freedom while also stipulating that the state may take measures to ensure that private enterprises operate securely and stably in accordance with the requirements of the national economy and social objectives. However, the state's regulatory authority must not include excessive interventions that excessively restrict entrepreneurial freedom. At this point, the limitations imposed on private enterprises through economic regulations must be evaluated within the framework of fundamental legal principles and the principle of proportionality. Accordingly, the principle of proportionality requires that fundamental rights and freedoms may only be restricted by law, and such restrictions must be in accordance with the necessities of a democratic society and the principle of proportionality. This principle is based on three fundamental subprinciples: suitability, necessity, and proportionality in the narrow sense. The Constitutional Court also evaluates cases under review through these three sub-principles in its judicial oversight of norms.

Petroleum Market Law No. 5015 was enacted to regulate and supervise the petroleum market, and Article 20 of the Law includes administrative sanctions imposed by the Energy Market Regulatory Authority (EPDK). Under this provision, the license of the relevant facility is suspended and no new license is granted to any person for that facility until the tax audits regarding the tax evasion offenses defined in Article 359 of the Tax Procedure Law are completed.

However, in its decision dated 27 June 2024 (E.2023/136, K.2024/127), the Constitutional Court annulled this legal provision on the grounds that it constituted a disproportionate interference with the freedom to establish a private enterprise (Article 48 of the Constitution).

The purpose of this study is to analyze the relationship between tax law, the freedom to establish a private enterprise, and the principle of proportionality from different perspectives in light of this Constitutional Court decision. In this context, the study first examines the conceptual framework of the freedom to establish a private company, the principle of proportionality, and the prohibition of excessive intervention. Then we explore the significance and role of these elements in tax law. In the final section, the study evaluates the decision of the Constitutional Court from a tax law perspective and presents recommendations on aspects that the legislature should consider in future legal regulations.

The study employs a content/document analysis method to examine two different Constitutional Court decisions that shed light on the research topic. In addition, various academic sources, including books and articles, have been used in the research.

In our opinion, taxation is a state authority that ensures financial resources while having the potential to interfere with individual economic freedoms. Private enterprise owners are subject to both material tax obligations and formal tax liabilities due to their commercial activities. However, the impact of the tax burden on investment decisions demonstrates the need to maintain a balanced tax policy with respect to the investment climate and economic growth. Within the framework of tax justice and the principle of proportionality, taxation policies should not excessively restrict entrepreneurial freedom or adversely affect investment decisions. Otherwise, entrepreneurs may be unable to sustain their activities due to excessive tax burdens or administrative measures. In this regard, the measure of refusing to grant licenses during the tax audit process not only affects the owners of the relevant facilities, but also restricts the free market activities of third parties who wish to engage in commercial activities. Since this measure is not limited in duration, entrepreneurs are left in a state of uncertainty. The Constitutional Court found that a reasonable balance could not be established between the purpose of the restriction and the severity of the intervention. Moreover, the closure of a facility for third parties before the tax evasion investigation is concluded creates a punitive effect on individuals whose guilt has not been proven.

The annulment decision of the Constitutional Court clearly demonstrates that the principle of proportionality must be observed in interventions restricting the freedom to establish a private enterprise. Although the state's regulatory role in combating tax crimes serves a legitimate purpose, the measures taken should not excessively restrict entrepreneurial activities.

In this regard, the legislature should consider the following aspects when designing tax law regulations and administrative sanctions: "Administrative measures should be periodically reviewed", "Instead of absolute prohibitions that completely halt commercial activities, milder regulatory measures should be introduced" and "The necessity and proportionality of the measures applied during tax audits should be regularly assessed".

Within this framework, a balance must be established that protects legal certainty and economic freedoms while ensuring the state's tax revenues.

I. GİRİŞ

Devletin düzenleyici ve denetleyici rolü, özellikle müdahaleci devlet anlayışının ekonomik sistemlere hâkim olduğu süreçlerde anlam kazanmış ve günümüz modern maliye anlayışı açısından da piyasaların ekonomik hak ve özgürlükler bağlamında serbest bir şekilde faaliyet göstermelerine yönelik her türlü tedbirin alınması, gerektiğinde kamu yararını ilgilendiren birtakım meşru sebeplerle bu hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve piyasaların denetlenmesi bağlamında önem arz eden bir niteliğe kavuşmuştur.

5015 sayılı *Petrol Piyasası Kanunu*, petrol piyasasındaki faaliyetlerin sağlıklı bir şekilde yürütülmesini ve denetlenmesini konu edinen ve bunların gerçekleştirilmesi için bazı tedbirler öngören bir düzenlemedir. Mezkûr Kanunun “İdarî yaptırımlar” başlığını taşıyan 20’nci maddesi, gerekli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından tesis edilecek yaptırım ve tedbirleri konu edinmekte ve ilgili maddenin (g) bendinde *Vergi Usul Kanunu* md.359’da düzenlenen kaçakçılık suçlarına ilişkin vergi hukukunu da yakından ilgilendiren bazı önlemlere yer verilmektedir. Söz konusu Kanun hükmünde vergi kaçaklığı suçlarının önemine binaen öngörülen idarî tedbirler, özellikle son yıllarda *Anayasa*’ya aykırılık iddialarıyla norm denetimine tabi tutulmakta ve dava konusu bu kurallar *Anayasa* Mahkemesi’nin çeşitli gerekçelerle iptal hükmüne karar vermesi ile karşılaşmaktadır¹.

Çalışmanın esas kısmını oluşturan *Anayasa* Mahkemesi’nin 27/6/2024 tarihli ve E.2023/136, K.2024/127 sayılı kararında, 5015 sayılı Kanun md.20/2-g’nin altıncı cümlesi, özel teşebbüs özgürlüğüne karşı ölçüsüz bir müdahale içerdiği gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bu açıdan Yüksek Mahkeme, kaçakçılık suçlarına yönelik başlatılan vergi incelemesine bağlı olarak, ilgili akaryakıt tesisini işleten kişilerle birlikte üçüncü kişiler için de lisans vermeme tedbiri öngören ilgili kuralla, özel teşebbüs kurma özgürlüğüne karşı yönelen sınırlamanın ölçüsüz olduğunu tespit etmiştir. Yakın tarihte verilen ve önem arz eden bu kararın hukukun çeşitli dalları açısından farklı yönlerden ele alınabileceği doğaldır. Bununla birlikte bu çalışmada, dava konusu kuralın vergi hukuku bağlamında incelenmesi ve buna yönelik tespitler yapılmasına odaklanılmaktadır.

Bu çalışma, sözü edilen iptal kararının incelenmesi ve bunun özel teşebbüs kurma özgürlüğü ile vergi hukuku arasındaki ilişkiyi ön plana çıkararak irdelenmesine yöneliktir. Bu doğrultuda söz konusu ilişkiyi daha iyi inceleyebilmek için hem çalışmaya esas olan iptal kararına hem de dava konusu kuralı içeren madde hükmüne yönelik açılan farklı bir iptal davasına ilişkin kararın analizine de yer verilmektedir. Çalışmada söz konusu incelemenin yapılabilmesi için, ilk olarak özel teşebbüs kurma özgürlüğünün genel esaslarına odaklanılmakta ve ilgili konu, özel teşebbüs özgürlüğünün Anayasal konumu, niteliği ve önemi çerçevesinde araştırılmaktadır. Devam eden kısımda ise söz konusu özgürlüğün sınırlanması meselesi, ölçülülük ilkesi ve öze dokunma yasağı bağlamında irdelenmektedir. Çalışmanın ikinci kısmında, özel teşebbüs kurma özgürlüğünün vergi hukuku açısından yeri ve önemi araştırıldıktan sonra; *Anayasa* Mahkemesi’nin iptal kararı 5015 sayılı Kanunun *Anayasa*’ya aykırılık sorunu barındıran ilgili hükümleri çerçevesinde çeşitli yönlerden ele alınmaktadır. Çalışmamız, söz konusu kararın vergi hukukuna yansımalarını dikkate alarak özel teşebbüs kurma özgürlüğüne yönelik çeşitli tespitler ve önerilerle birlikte sonlandırılmaktadır.

II. ÖZEL TEŞEBBÜS KURMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GENEL ESASLARI

A. Genel Olarak Özel Teşebbüs Kurma Özgürlüğü: Tanımı, Önemi ve Hukukî

Niteliği

Temel hak ve özgürlükler bağlamındaki özgürlükler, bir eylemin, davranışın ya da etkinliğin gerçekleştirilmesi sırasında herhangi bir engellemeye maruz kalınmaması olarak ifade edilebilir². Engellenmeme halinin aslî hukukî güvencelerinden biri ise, insan haklarına dayalı *Anayasa* anlayışının gereği olarak ülke Anayasalarıdır. Bu minvalde, kişi hak ve özgürlükleri açısından önemli bir yere sahip olan özel teşebbüs kurma özgürlüğünü de bu çerçevede değerlendirmek gerekir. Özel teşebbüs kurma özgürlüğü, kişilerin bireysel ya da ortaklık şeklinde işletme kurabilme konusunda sahip olduğu özgürlük biçimi olarak tanımlanabilir³. Türk *Anayasa* Mahkemesi ise söz konusu özgürlüğü, farklı özel noktalara değinmek suretiyle şu şekilde açıklamaktadır:

“Özel teşebbüs özgürlüğü, her gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin tercih ettiği alanda iktisadi-ticari faaliyette bulunmak üzere teşebbüs kurabilmesini, dilediği mesleki faaliyete girebilmesini ve faaliyeti ile mesleğini Devletin veya üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın dilediği biçimde yürütebilmesini ifade etmektedir⁴”

Esasında piyasa ekonomisinde kişilerin sahip olması gereken asgari normatif gereklerden biri olan *ekonomik özgürlükler* içinde yer alan özel teşebbüs kurma özgürlüğü, mülkiyet hakkı, sözleşme hürriyeti ve çalışma hakkı gibi hak ve özgürlüklerle birlikte yaşamın önemli bir bölümünü kapsayan ekonomik faaliyetlere yönelik temel hukuksal araçlardır⁵. Modern demokrasilerde, kişilerin ekonomik alanda faaliyet göstermesine yön veren ekonomik özgürlükler Anayasalarda çeşitli hükümler altında korunmakta ve özel teşebbüs kurma özgürlüğü de hukuk devleti çerçevesinde kişilerin vazgeçilmez temel haklarından biri olarak

¹ Mezkûr madde hükmüne yönelik iptal kararı ile sonuçlanan davalar için bkz. AYM, 28/9/2023 tarihli ve E.2023/35, K.2023/163 sayılı kararı ve AYM, 27/6/2024 tarihli ve E.2023/136, K.2024/127 sayılı kararı.

² KÜÇURADİ, İoanna, “İnsan Haklarına Dayalı *Anayasa* veya Devlet Kavramı”, *Anayasa Yargısı*, 8, 1991, s.136.

³ TÜRK, Hikmet Sami: “Bir *Anayasa* Taslağına Karşı Oy Yazısı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 42(1), 1992, s.10.

⁴ AYM, 13.05.2015, E.2015/34, K.2015/48.

⁵ TİRYAKİ, Refik: “Ekonomik Özgürlüklerin Kamu Hizmetinin Görüş Usulleriyle İlişkisi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), 2014, s.100.

kabul edilmektedir⁶. Bununla birlikte doktrinde özel teşebbüs kurma özgürlüğünü, *Anayasa* md.17/1’de öngörülen ve bütün hak ve özgürlüklerin kaynağı olarak görülen kişiliğin geliştirilmesi hakkı kapsamında değerlendiren görüşler de bulunmaktadır. Buna göre, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu güvence altına alan kişiliğin geliştirilmesi hakkı, *Anayasa*’da ticari işletme açma, teşebbüs kurma, gelir elde etme ve ticari sözleşme yapma konularında ihdas edilen çeşitli ticari hükümlerin temelini oluşturmakta ve bu bağlamda özel teşebbüs kurma özgürlüğünü de doğrudan ilgilendirmektedir⁷.

Bununla birlikte özel teşebbüs kurma özgürlüğünün hem Osmanlı İmparatorluğu hem de Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında müstakilen düzenlenen ekonomik bir özgürlük olduğu görülmektedir. Nitekim 1876 Anayasası’nda “serbest ticaret özgürlüğü” ve 1924 Anayasası’nda da “ticaret özgürlüğü/ticarethane kurma özgürlüğü” (Any. md.70 ve md.79) olarak ele alınabilen özel teşebbüs özgürlüğü, esas olarak 1961 ve 1982 Anayasaları ile birlikte bugünkü niteliğine kavuşmuştur⁸. Nitekim 1961 Anayasası’nın içinde özel teşebbüs özgürlüğünü de bulunduran geniş perspektifli sosyal ve ekonomik haklar öngörüsü, 1982 Anayasası’nı da doğrudan etkilemiştir⁹.

Bu doğrultuda 1982 tarih ve 2709 sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*¹⁰,’nın İkinci Kısım, temel hak ve özgürlükleri düzenlemekte ve söz konusu Kısımın Üçüncü Bölümü, sosyal devlet ilkesinin bir yansıması olarak “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” şeklinde yedi farklı hak ve özgürlüğe (md.41-65) kaynaklık etmektedir¹¹. Söz konusu ekonomik hak ve özgürlüklerden biri olan teşebbüs kurma özgürlüğü ise, *Anayasa*’da hak veya özgürlük terimleri altında lafzen sayılmamakta; ancak *Anayasa* md.48 uyarınca “*özel teşebbüsler kurmak serbesttir*” hükmü ile “*çalışma ve sözleşme hürriyeti*” başlığı altında korunmaktadır¹². *Anayasa*’nın ilgili madde hükmünde, kişilerin sahip olduğu ekonomik özgürlükler bağlamında çalışma hürriyeti, sözleşme özgürlüğü ve özel teşebbüs özgürlüğü ile ilgili oldukça önemli açılımlar bulunmaktadır. Nitekim *Anayasa* md.48 uyarınca:

“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır”.

Anayasa md.48/1’in sağladığı güvence altında, kişiler kuracakları teşebbüsler aracılığıyla ne şekilde faaliyet göstereceklerine serbest bir şekilde karar verme hürriyetine sahiptir¹³. Diğer bir ifadeyle, *Anayasa* gereğince her gerçek veya tüzel kişi tercih ettiği alanda ticari faaliyet göstermek amacıyla teşebbüs kurabilir, istediği mesleki faaliyeti sürdürebilir ve bunları devletin ve diğer kişilerin müdahalesi olmadan serbest bir şekilde yürütebilir¹⁴. Bunun yanında *Anayasa* md.48/2’de özel teşebbüslerin ekonomik, hukukî ve sosyal açıdan güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbir alma görevinin devlete yüklenmiş olması da önemli bir hususa dikkat çekmektedir. Bu açıdan *Anayasa*, “koruyucu devlet görevleri”¹⁵ olarak da nitelendirilen devletin düzenleyici ve denetleyici rolünü ön plana çıkarmakta ve devlete piyasa içerisinde tam ve dürüst bir şekilde işleyen rekabet ortamını düzenleme, koruma ve geliştirme konusunda görev vermektedir¹⁶. *Anayasa* md.49 ise özel teşebbüs kurma özgürlüğü ile yakından ilişkili olan çalışma hakkı ve ödevini düzenlemektedir. İlgili madde hükmü uyarınca:

“Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır”.

Anayasa md.48 ilâ md.49’un sağladığı hukukî güvence altında çalışma hakkı, sözleşme hürriyeti ve özel teşebbüs kurma özgürlüğü kişilerin ekonomik özgürlükler bağlamında sahip olduğu temel hak ve özgürlükler arasındadır. Nitekim kişilerin dilediği işte çalışabilme ve sahip olduğu ekonomik özgürlükle beraber özel teşebbüs kurabilme hakkı, hukuk devletinin aslı kazanımlarından biridir. *Anayasa* md.48’de bu özgürlüğün sınırlandırılmasına yönelik herhangi bir özel sebep öngörülmemiştir¹⁷. Bunun yanında özel teşebbüs kurma özgürlüğü, tamamen sınırlandırılmayan nitelikte bir özgürlük değildir. Ancak bilhassa *Anayasa* md.13, söz konusu hak ve özgürlüklere karşı müdahalenin sınırlarını çizen hukukî bir güvence olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, kişi hak ve özgürlükleri yalnızca kanunla sınırlanabilir ve bu müdahale, sınırlamaya yönelen sebebe uygun ve ölçülü olmalıdır¹⁸.

⁶ AYM, 27.09.1967, E.1963/336, K.1967/29.

⁷ CAN, Ozan/ZABUNOĞLU, H. Gökçe: “Ticari Hükümler ve Yeni Anayasada Yer Alması Gereken Ticari Hükümlere İlişkin Bazı Öneriler”, Ankara Barosu Dergisi, 1, 2013, s.81.

⁸ TİRYAKİ, Refik: “Mülkiyet ve Sözleşme Özgürlükleri Ekseninde Anayasal Ekonomik Özgürlüklerin Tartışılması”, Rekabet Kurumu, Perşembe Söyleşileri, 2010, s.184.

⁹ BULUT, Nihat: “Türkiye’nin Anayasal Ekonomik Düzeni: Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı ve Bunun Doktrinde Meydana Getirdiği Tartışmalar”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 1997, s.203-204.

¹⁰ RG: 09.11.1982, 17863 (Mükerrer).

¹¹ TAN, Turgut: “Anayasal Ekonomik Düzen” *Anayasa Yargısı*, 7, 1990, s.162.

¹² TAN, Turgut: *Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi*, Prof. Dr. Yıldırım Uler’e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2014, s.513.

¹³ AYM, 04.04.2024, E.2023/153, K.2024/93.

¹⁴ AYM, 13.05.2015, E.2015/34, K.2015/48.

¹⁵ SAVAŞ, Vural Fuat: “Mali Anayasanın Temel Konuları”, *Anayasa Yargısı*, 8, 1991, s.367.

¹⁶ SEVEN, Vural: “Sosyal Paylaşım Sitelerinin (youtube-facebook-twitter) Haksız Rekabet Karşısındaki Durumu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(Özel Sayı), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014, s.3344.

¹⁷ GÖZLER, Kemal: “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, *Anayasa Yargısı*, 18(1), 2002, s.24.

¹⁸ AYM, 28.09.2023, E.2023/59, K.2023/164.

B. Ölçülülük İlkesi ve Öze Dokunma Yasağı Işığında Özel Teşebbüs Kurma Özgürlüğünün Sınırlanması Meselesi

Anayasa'da düzenlenen kişi hak ve özgürlüklerinin belirli koşullar çerçevesinde sınırlanabileceği kabul edilmiş ve bu konuda olağan ve olağanüstü dönemler için farklı kurallar öngörülmüştür¹⁹. Bu minvalde söz konusu hak ve özgürlüklere karşı yapılan müdahaleler olağan dönemde *Anayasa* md.13; olağanüstü dönemde ise *Anayasa* md.15 kapsamında değerlendirilmekte ve her iki durumda da, bilhassa ölçülülük ilkesi kapsamında güçlü bir vurgu yapılmaktadır. Ölçülülük ilkesi hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biridir. Kanun koyucu düzenleme yaparken, ölçülülük ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalmak zorundadır²⁰. Pozitif bir hukuk normu olarak 2001 yılında yapılan *Anayasa* değişikliği sonrasında²¹ getirilen ölçülülük ilkesinin (Any. md.13); esasında bu değişiklikten önce yargısal içtihatlar da “hakkaniyet” ve “adalet” gibi kavramlarla ilişkilendirilerek kısmen de olsa gözetildiği söylenebilir. Ancak söz konusu değişiklikte beraber bu ilke, kişi hak ve özgürlükleri bağlamında *Anayasa*'nın sağladığı en önemli güvencelerden biri haline gelmiştir. En genel haliyle, ulaşılması beklenen amaç ile bu doğrultuda gerçekleştirilen sınırlama arasında kurulması gereken makul ve adil bir denge olarak açıklanabilen ölçülülük ilkesi, “elverişlilik”, “zorunluluk (gereklilik)” ve “orantılılık” şeklinde alt ilkelerden oluşmaktadır²². Bu doğrultuda elverişlilik, öngörülen sınırlamanın ulaşılması beklenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; zorunluluk (gereklilik), ulaşılacak istenen amaca daha az bir sınırlamanın mümkün olmamasını ve son olarak orantılılık ise, ulaşılması beklenen amaç ve sınırlama için kullanılan araç arasında adil bir denge kurulmasını ifade eder²³.

Türk anayasa hukukunda kişi hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında ön plana çıkan öze dokunma yasağı gereğince, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmak yasaktır. Esasında bu ilke daha önce 1961 Anayasası md.11 kapsamında öngörülmüş; 2001 yılındaki değişiklik sonrasında ise 1982 Anayasası md.13'te “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*” hükmüyle tekrar Anayasal güvence altına alınmıştır²⁴. Nitekim bu yasaklama, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına yönelik iddialara karşı yapılan hukukî incelemelerde dikkate alınan aslî ölçütlerden biridir. Diğer bir ifadeyle öze dokunan bir sınırlama söz konusu olduğunda, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi bağlamında ayrıca inceleme yapılmayacaktır²⁵.

Bu değerlendirmeler ışığında özel teşebbüs kurma özgürlüğüne karşı yapılacak sınırlamalarda, 1961 ve 1982 Anayasaları özelinde vurgulanması gereken önemli hususlar bulunmaktadır. Esasında özel teşebbüs kurma, 1961 tarih ve 334 sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*²⁶ md.40'ta “*çalışma ve sözleşme hürriyeti*” bağlamında ele alınmış ve “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir*” hükmüyle, 1982 Anayasası md.48'e de öncülük etmiştir. Ancak 1961 Anayasası md.40'ta söz konusu özgürlüğün kısıtlanması konusunda keskin bir sınır çizilmiş ve “*Kanun, bu hürriyetleri, ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabilir*” ifadesine yer verilmiştir²⁷. Bu açıdan 1982 Anayasası'nda yer almayan bu kural, özel teşebbüs özgürlüğüne karşı yönelen olası bir müdahale konusunda önemli hususlar barındırmaktadır. Nitekim 1961 Anayasası, özel teşebbüs kurma özgürlüğünün sınırlandırılmasında hem kanunilik vurgusunu hem de sınırlama sebebinin mahiyetini açık ve kesin şekilde ortaya koymaktadır. Diğer taraftan 1982 Anayasası md.48'de ise söz konusu özgürlüğe karşı yapılacak müdahaleye yönelik özel, açık ve doğrudan bir kısıtlayıcı hüküm getirilmemiştir. Ancak *Anayasa* md.48/2'de yer alan “*Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır*” hükmü ile özel teşebbüs kurma özgürlüğünün, mutlak bir özgürlük olarak düzenlenmediği anlaşılmaktadır. Buna göre devlet, sözü edilen hususlar çerçevesinde özel teşebbüslere yönelik bazı tedbirler alarak, bu özgürlüğe yönelik müdahalelerde bulunabilir. *Anayasa*'da özel teşebbüs kurma özgürlüğü ile ilgili herhangi bir özel sınırlama nedeni öngörülme de, her hak ve özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlar bulunmaktadır²⁸. Bu doğrultuda *Anayasa* gereğince olağan dönemde özel teşebbüs kurma özgürlüğüne karşı yapılan müdahaleler, bilhassa *Anayasa* md.13'te yer alan temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması kapsamında somutlaşan ilkeler çerçevesinde değerlendirilecektir²⁹. Bu doğrultuda özel teşebbüs kurma özgürlüğü, özüne dokunulmaksızın

¹⁹ GÖZLER, Kemal: *Anayasa Hukukuna Giriş: Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2012, s.219.

²⁰ AYM, 27.06.2024, E.2023/181, K.2024/128.

²¹ Bu kısımda, 2001 tarih ve 4709 sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun*'un 2'nci maddesi ile yapılan değişiklikten söz edilmektedir.

²² AKYILDIZ, Ali: “İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi”, 151. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 106, Ankara 2019, s.112.

²³ AYM, 23.07.2024, E.2024/52, K.2024/140; AYM, 23.07.2024, E.2024/96, K.2024/143; AYM, 01.10.2020, E.2020/60, K.2020/54.

²⁴ GÖZLER, Kemal: “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”, Ankara Barosu Dergisi, 2001/4, s.58.

²⁵ METİN, Yüksel: “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2017, s.5.

²⁶ RG: 20.07.1961, 10859.

²⁷ UZ, Abdullah: “Türkiye’de Çevre Hakkının Mülkiyet Hakkı ve Özel Teşebbüs Hürriyeti Üzerindeki Etkileri”, Amme İdaresi Dergisi, 41(3), 2008, s.119.

²⁸ *Anayasa* Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararına göre, “(...) *Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir*”. Daha ayrıntılı bilgi için bkzn. AYM, 13.09.2023, E.2022/70, K.2023/152.

²⁹ ODER, Bertil Emrah: “Temel Hakların Yargısallaşmasında Kuramsal Sorunlar: Türkiye Örneği”, *Anayasa Mahkemesinin*

yalnızca kanunla sınırlanabilecek ve bu müdahaleler *Anayasa*'nın sözüne, ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır. Anlaşıldığı üzere ölçülülük ilkesi ve öze dokunma yasağı, özel teşebbüs kurma özgürlüğü ile ilgili yapılacak hukukî incelemelerde başat rol oynamaktadır³⁰.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da yer verildiği üzere, *Anayasa*'da güvence altına alınan kişi hak ve hürriyetlerine karşı kanun koyucu tarafından yapılacak sınırlamalar, Yüksek Mahkemenin güvencesine bağlanmıştır³¹. *Anayasa*'da temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması (md.13), temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması (md.14) ve temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması (md.15) kapsamında kişi hak ve özgürlüklerine karşı yapılan müdahalelerin sınırlarına vurgu yapan Yüksek Mahkeme, “*özgürlükler kural, sınırlamalar istisna*” ilkesini benimsediğini göstermiştir³². Bu bağlamda, özel teşebbüs kurma özgürlüğüne karşı yönelecek bir sınırlamanın norm denetimi de bizzat *Anayasa* Mahkemesi tarafından gerçekleştirilecektir.

Bununla birlikte özel teşebbüs kurma özgürlüğünün sınırlanmasında, bu özgürlüğün ekonomik kamu düzeni amacıyla sınırlanıp sınırlanamayacağı meselesi de önem kazanmaktadır. Devletin ekonomideki düzenleyici rolüne bağlı olarak ortaya çıkan ve özel bir kolluk türü olan ekonomik kolluğun amacı, ekonomik kamu düzenini sağlamaktır. Nitekim, *Anayasa* md.48/2 uyarınca devletin, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak tedbirler alması, ekonomik kolluk yetkilerinin kullanılmasına ve en nihayetinde ekonomik kamu düzeninin sağlanmasına vurgu yapmaktadır³³. Ekonomik alanın düzenlenmesine yönelik ihdas edilen kuralların temel amacı, toplumun ve kişilerin ekonomik menfaatlerinin korunması suretiyle ekonomik kamu düzeninin sağlanmasıdır³⁴. Bu bağlamda ekonomik kamu düzeninin sağlanmasına yönelik kuralların hukukî zemini, *Anayasa*'nın çeşitli maddelerinde kendini göstermektedir³⁵. *Anayasa* Mahkemesi'nin bir kararında sözü edilen Anayasal hükümler için şu değerlendirmeler yapılmaktadır³⁶:

“Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan, "...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak..." (madde 5), "...Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır (madde 48); ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı... planlamak..." (madde 166); Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır..." (madde 167); şeklindeki hükümler, Devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, gerektiğinde bu alana müdahale hususunda görevli kılındığını ortaya koymaktadır”.

Anayasa md.167 bağlamında, ekonomik kamu düzeninin sağlanması amacıyla piyasaların sağlıklı ve düzenli şekilde işlemelerini sağlayacak ve geliştirecek tedbirlerin alınması devletin görevidir. Bu bakımdan devlet, özel teşebbüslerin ekonomik alanda serbestçe faaliyet göstermelerini sağlamak için gereken önlemleri alma ve gerektiğinde ekonomik kamu düzeninin bozulmaması amacıyla özel teşebbüslere müdahalede bulunma yetkisine sahiptir³⁷. Nitekim devletin düzenleyici ve denetleyici rolüne istinaden, özel teşebbüslere yönelik idarî bir tedbir ve/veya yaptırım uygulama yetkisi, bağımsız idarî otoriteler tarafından kullanılmaktadır. Bu kapsamda özellikle faaliyet izinlerinin iptal edilmesi, faaliyetlerin geçici süreliğine veya sürekli olarak durdurulması veya idarî para cezası gibi yaptırım ve tedbirler ön plana çıkmaktadır³⁸. Örneğin, çalışmamıza konu olan 5015 sayılı Kanun md.20/2-g'de özel teşebbüslere yönelik ihdas edilen geçici süreliğine durdurma ve lisans vermeme tedbirleri, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından uygulanmaktadır. Bu minvalde, *Anayasa* md.48'de mutlak bir özgürlük olarak düzenlenmeyen özel teşebbüs kurma özgürlüğünün sınırlanmasında, *Anayasa* md.13 sınırlamanın sınırını; *Anayasa* md.5., 48., 166., 167. ve 172 ise ekonomik kamu düzeninin sağlanması amacıyla sınırlamanın zeminini belirleyebilir.

III. VERGİ HUKUKUNDA ÖZEL TEŞEBBÜS ÖZGÜRLÜĞÜ: ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARININ İNCELENMESİ

A. Özel Teşebbüs Kurma Özgürlüğünün Vergi Hukuku Açısından Yeri ve Önemi

Gerçek ve tüzel kişilerin ekonomik alanda faaliyet göstermesini güvence altına alan özel teşebbüs özgürlüğü, vergi hukuku bağlamında da oldukça önemlidir. Vergilendirme yetkisi gereğince devlet, teşebbüs sahipleri ile ekonomik ve hukukî açıdan çeşitli ilişkiler kurmakta ve teşebbüs sahipleri için bu ilişkiden doğan bazı yükümlülükler bulunmaktadır. Bu bağlamda ekonomik faaliyet alanına uygun şekilde özel teşebbüsler kurarak faaliyet gösteren kişiler, vergileme açısından şekli ve maddi vergi ödevleriyle yükümlendirilmektedir. Nitekim, özel teşebbüs sahiplerinin temel vergisel yükümlülükleri; beyanname verme, defter tutma, belge düzenleme, defter ve belgeleri saklama ve ibraz etme gibi şekli ödevleri

Kuruluşunun 60. Yılı Anısına: 60 Yıl 60 Makale Cilt 2, *Anayasa Mahkemesi Yayınları*, Ankara 2022, s.1097.

³⁰ ODER, s.1100.

³¹ AYM, 26.11.1986, E.1985/8, K.1986/27.

³² KABOĞLU, İbrahim Ö: “Hukukun Genel İlkeleri ve *Anayasa* Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, *Anayasa Yargısı*, 8, 1991, s.313.

³³ TAN, 1990, s.166-167.

³⁴ TIRYAKI, Tercan/GÜRSOY, Türker: “Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, *Sayıştay Dergisi*, 55, 2004, s.53.

³⁵ ÖZKAN, Ahmet Fatih: “Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti”, *Ankara Barosu Dergisi*, 67(4), Güz 2009, s.82.

³⁶ AYM, 04.03.1986, E.1985/16, K.1986/5.

³⁷ AYM, 01.06.2022, E.2021/128, K.2022/68; AYM, 13.07.2023, E.2022/109, K.2023/125; AYM, 01.02.2024, E.2023/177, K.2024/30.

³⁸ ORER, Gürsel: “Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6, 2015, s.381.

kapsarken; maddi vergi yükümlülüğü açısından ise vergi borcunun usulüne uygun şekilde ve süresinde ödenmesi gerekliliği söz konusudur. Diğer bir ifadeyle teşebbüs sahipleri, verginin konusuna giren işlemler sebebiyle doğan vergi borcunu ödeme zorunluluğundan kaynaklanan maddi yükümlülükler ve şekli açıdan yerine getirilmesi gereken yükümlülükler dolayısıyla vergi hukuku kapsamında yer alan çeşitli normlarla sürekli bir etkileşim içindedir. Ancak vergi hukukunun teşebbüs özgürlüğü açısından önemi, yalnızca söz edilen vergi ödevleriyle sınırlı kalmamakta; bunun yanında uygulanan vergi politikalarının da özel teşebbüsler üzerinde önemli etkileri ve sonuçları bulunmaktadır. Örneğin, bir ülkede uygulanan vergi politikalarının, girişimcilik faaliyetlerini, piyasa dengelerini ve yatırım ile teşebbüs kararlarını doğrudan etkilediği ifade edilebilir. Bu etkiler, vergi yükü ve vergi oranları ile şekillenen bir süreçtir. Bununla birlikte özel teşebbüs kurma özgürlüğü ve vergileme arasında özellikle vergi adaleti ve ölçülülük ilkesi bağlamında da gözetilmesi gereken hassas bir denge söz konusudur.

Özel teşebbüs özgürlüğü ile vergileme arasındaki hassas dengenin bir tarafında, teşebbüslerin *Anayasa* md.48’de öngörüldüğü şekilde hukuk devletinin güvencesi altında faaliyette bulunması yönündeki özgürlük, diğer tarafında ise devletin *Anayasa* md.73 gereğince kamu giderlerinin karşılığı olarak vergi alma konusunda sahip olduğu yetki ve zorunluluk yer almaktadır. Dolayısıyla hem devletin vergilendirme yetkisini kullanmasına engel olmayacak hem de bu yetkinin aşırı şekilde kullanılması sonucunda yatırımları ve kişilerin ekonomik karar ve tercihlerini olumsuz yönde etkilemeyecek düzenlemelere gerek duyulmaktadır. Zira yatırım yapmayı belirleyen ana motivasyon kâr elde etme arzusu olduğundan, teşebbüs kârları üzerine konulacak yüksek oranlı bir vergi sonucunda yatırımcıların elde ettiği gelir azalacak; diğer bir ifadeyle uygulanan vergi politikası sonucunda yatırımlar, teşebbüs kârı ve en nihayetinde teşebbüs sahibinin faaliyete devam etme konusundaki karar ve tercihleri olumsuz yönde etkilenebilecektir³⁹.

Vergilendirmenin taraflarını temsil eden özel teşebbüsler ve devlet arasındaki çıkar dengesinin sağlanabilmesinde hukuka uygunluk açısından vergilemede adalet ve ölçülülük ilkelerinin mutlak surette gözetilmesi gerekir. Nitekim vergi normları ve politikalarıyla kişilerin girişim özgürlüğü ve mülkiyet hakkı ölçülülük ilkesine uygun düşmeyecek şekilde sınırlandırılmamalı ve bu tür yollarla kişilerin teşebbüs kurma kararını etkileyecek ya da mevcut teşebbüslerin ekonomik faaliyetlerini sürdürmesine engel olacak bir müdahalede bulunulmamalıdır. Bu husus, yargısal içtihatlarla sıkça vurgulanan ve önem verilen bir konudur. Bu açıdan *Anayasa* Mahkemesi, vergilendirme ve çalışma hakkı arasındaki ilişki üzerine şu değerlendirmeleri yapmaktadır:

“Ağır vergi koşulları, kişileri, temel hak ve özgürlüklerden birini oluşturan çalışma hakkından yoksun kılacak bu tür bir yasal düzenleme, hukuk devleti ilkesine ters düşer ve *Anayasa*’nın 13. maddesinde öngörülen demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaşmaz⁴⁰”.

Bununla birlikte vergileme ile teşebbüs özgürlüğü ve çalışma hakkı arasındaki ilişki, vergi harcamaları, teşvik politikaları ve vergi denetimleri açısından da irdelenebilir. Burada dikkate alınacak temel kriterler ise, vergilemede adalet ve rekabet eşitliğidir. Vergi yönetiminin yalnızca belirli sektörlerle yönelik sağladığı vergi kolaylıkları, rekabeti bozabilecek niteliğe sahip olmaları nedeniyle *Anayasal* açıdan uygunluk denetimine tabi tutulabilir. Benzer şekilde, vergi incelemelerinin tüm yükümlülere ve sektörlerle teşmil edilmemesi, vergi borcunu düzenli şekilde ödeyen dürüst mükellefler ve yükümlülüklerini gerektirdiği şekilde yerine getirmediği halde denetim eksikliğinden faydalanan mükellefler arasında fırsat eşitsizliği yaratabilir. Bunun sonucunda uygulanan vergi politikalarının ve alınan vergisel önlemlerin, teşebbüs sahiplerinin çalışma motivasyonu üzerinde söz edildiği şekilde olumsuz sonuçları olabilir⁴¹.

B. *Anayasa* Mahkemesi’nin İptal Kararı Bağlamında: Vergi Hukukunda Teşebbüs Özgürlüğü ve *Anayasal* Hükmü

1. Genel Açıklama

Anayasa md.148 gereğince *Anayasa* Mahkemesi, kanunların *Anayasa*’ya şekil ve esas bakımından uygun olup olmadığını denetlemekle görevli ve yetkilidir. Bu bağlamda hukuka uygunluk denetimi açısından oldukça önemli görevler ve sorumluluklarla donatılan Yüksek Mahkeme, söz konusu düzenlemelerin şekil ya da esas bakımından *Anayasa*’ya uygun olmadığını tespit ederse, bunların iptali yönünde karar vermekte ve böylece *Anayasa*’ya aykırı olan bir düzenleme hukuk âleminde kaldırılmaktadır. Nitekim *Anayasa* Mahkemesi’nin 27/6/2024 tarihinde 5015 sayılı *Petrol Piyasası Kanunu*⁴² hakkında vermiş olduğu iptal kararı da hukukun çeşitli dallarını ilgilendiren önemli bir hüküm niteliğindedir.

2. 5015 sayılı *Petrol Piyasası Kanunu*’nun Norm Denetimine Konu Olan Hükümleri

5015 sayılı *Petrol Piyasası Kanunu*, petrol piyasasının sağlıklı ve düzenli şekilde faaliyet sürdürmesi ve bu piyasanın geliştirilmesine yönelik düzenleme, yönlendirme, gözetim ve denetim faaliyetlerini düzenlemektedir (md.1). Devletin düzenleyici ve denetleyici rolünün bir yansıması olarak petrol piyasası faaliyetlerini konu edinen 2003 tarihli bu Kanun, ulusal hukukun muhtelif dalları özelinde mühim bir kaynak konumundadır. Bunun yanında ilgili Kanunun 20’nci maddesi, bilhassa son yıllarda *Anayasa*’nın çeşitli hükümlerine aykırılık içerdiği gerekçesiyle *Anayasa* Mahkemesi’nin norm denetimine konu olmuştur. Söz konusu iptal istemlerinin odak noktasında 5015 sayılı Kanun md.20/2-g yer almakta ve bu bağlamdaki

³⁹ EDİZDOĞAN, Nihat/CELİKKAYA, Ali: Vergilerin Ekonomik Analizi, 2. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa 2012, s.70.

⁴⁰ AYM, 07.11.1989, E.1989/6, K.1989/42.

⁴¹ TAYLAR, Yıldırım: “Vergi Borcu İlişkisinin Pasif Süjesi Olarak Birey ve Vergilendirme Yetkisinin Bireyin Hak, Özgürlük ve Ödevlerine Etkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(Özel Sayı), 2014, s.4973-4974.

⁴² RG: 20.12.2003, 25322.

aykırılık iddiaları *Anayasa* md.2., 13., 35., 48. ve 49 üzerine yoğunlaşmaktadır. Türk vergi hukuku bağlamında önemli olan ve Yüksek Mahkemenin 2023 ve 2024 yıllarında iptal kararı ile sonuçlandırdığı bu davalar şu şekilde özetlenebilir:

- *Anayasa Mahkemesi*'nin 28/9/2023 tarihli ve E.2023/35, K.2023/163 sayılı kararı⁴³ gereğince, 5015 sayılı Kanun md.20/2-g'de yer alan "(...) ve Kurum tarafından her türlü tesiste (rafineri hariç) lisansa tabi tüm faaliyetler kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya mahkeme kararı kesinleşinceye kadar geçici olarak durdurulur" ve "(...) bu süre içerisinde söz konusu tesis için başka bir gerçek veya tüzel kişiye de lisans verilmez" bölümleri, *Anayasa* md.13. ve 48'e aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Burada "kurum" olarak bahsi geçen Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK), petrol piyasasını düzenleme, bayilik faaliyetleri için lisans verme ve bu piyasaya yönelik Kanunda öngörülen idari tedbirleri tesis etmekle görevlendirilmiştir. İtiraz konusu kuralda, 213 sayılı *Vergi Usul Kanunu*⁴⁴ (VUK) md.359'da yer verilen kaçakçılık suçları bağlamında; muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlenmesi, söz konusu belgelerin kullanılması, belgelerin asıl veya suretlerinin tamamen ya da kısmen sahte şekilde düzenlenmesi ya da bu belgelerin kullanılması suçları ile VUK'un sözü edilen maddesinin (ç) fıkrasında düzenlenen elektronik ortamda işlenen suçların işlendiği tespit edilen tesislerde, lisansa tabi tüm faaliyetlerin kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar ya da mahkeme kararı kesinleşinceye kadar "geçici" olarak durdurulacağı; diğer bir ifadeyle tesisin EPDK tarafından geçici olarak mühürleneceği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda 5015 sayılı Kanunun ilgili maddede hükmünde, uygulanacak idari tedbirin (geçici durdurma) kapsamı ve süresi tayin edilmiş ve bu süre zarfında ilgili tesis için başka bir gerçek veya tüzel kişiye de lisans verilmeyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır. *Anayasa Mahkemesi* özel teşebbüs kurma özgürlüğü bağlamında söz konusu kuralın, "petrol piyasasında vergi kaçakçılığıyla mücadele edilmesi ve bu nedenle devletin vergi kaybına uğramamasını" amaçladığı gerekçesiyle Anayasal açıdan meşru bir amaca dayandığını belirtmiş; ancak bu sınırlamanın *Anayasa* md.13 uyarınca ölçülülük ilkesi açısından orantılı olmadığına hükmetmiştir. Buna göre geçici durdurma tedbirinin değişen şartlara uygun şekilde soruşturma ve kovuşturma aşamalarında gözden geçirilerek kaldırılmasına ya da bu süre zarfında geçici olarak durdurma tedbirinden daha hafif bir tedbirin uygulanmasına olanak vermeyen 5015 sayılı Kanunun ilgili hükümleri, kişilere aşırı bir külfet yüklediğinden ve sınırlamaya ilişkin meşru amaç ile özel teşebbüs özgürlüğüne getirilen sınırlama arasında orantısız (ölçüsüz) bir müdahale bulunduğundan, ilgili dava konusu kural iptal edilmiştir. Söz konusu karar Resmî Gazete'de yayımlandıktan hemen sonra kabul edilen 7491 sayılı Kanun kapsamında, 5015 sayılı Kanun md.20/2-g'de Yüksek Mahkemenin işaret ettiği hususları dikkate alarak bazı değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, söz konusu Kanun md.20/2-g şu şekilde değiştirilmiştir:

"(...) ve Kurum tarafından her türlü tesiste (rafineri hariç) lisansa tabi tüm faaliyetler geçici olarak durdurulur ve bu süre içerisinde söz konusu tesis için başka bir gerçek veya tüzel kişiye de lisans verilmez. Kurum tarafından geçici durdurma işleminin kaldırılıp kaldırılmayacağı bu fıkra da yer verilen suçlarla sınırlı olmak üzere Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemelerden temin edilecek bilgilere göre altı ayda bir değerlendirilir. Ancak kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi üzerine ya da mahkûmiyet dışında bir hüküm veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde kesinleşmesi beklenmeksizin Kuruma yargı merciince bildirilmesiyle veya sair suretlerle Kurumca itila edilmesi durumunda geçici durdurma işlemi Kurum tarafından kaldırılır. Kesinleşmiş mahkeme kararına göre lisans sahiplerinin lisansı iptal edilir. Bu bent kapsamında kalan fiillere ilişkin olarak verilen idari para cezaları ödenmediği müddetçe lisansa konu tesis için lisans verilmez. Bu bent kapsamındaki suçlara ilişkin vergi incelemesi sonuçlanıncaya kadar söz konusu tesis için başka bir gerçek veya tüzel kişiye de lisans verilmez".

7491 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda, 5015 sayılı Kanunda yer almadığı için eleştirilere konu olan geçici durdurma kararının değişen şartlara göre yeniden ele alınması hususu üzerine, bu kararın kaldırılıp kaldırılmayacağına "altı ayda bir" gözden geçirilmesine yönelik yeni bir kural öngörülmüştür.

- *Anayasa Mahkemesi*'nin çalışmanın esas konusunu oluşturan 27/6/2024 tarihli ve E.2023/136, K.2024/127 sayılı kararında⁴⁵ ise, 5015 sayılı Kanun md.20/2-g'de yer alan başka bir düzenleme norm denetimine konu olmuştur. Yüksek Mahkemenin, söz konusu madde hükmünün (g) bendinin altıncı cümlesi üzerine verdiği iptal kararının 02/7/2025 tarihinde (9 ay sonra) yürürlüğe gireceğine hükmettiği bu dava oyçokluğu ile sonuçlandırılmıştır.

3. *Anayasa Mahkemesi*'nin 2024 tarih ve E.2023/136, K.2024/127 Sayılı İptal Kararının Mahiyeti ve Kararın Vergi Hukukuna Yansımaları

a. İptal İsteminin Gerekçeleri

İncelememize esas olan davada Danıştay 13. Dairesi, 5015 sayılı Kanun md.20/2-g'nin altıncı cümlesinin *Anayasa*'nın 2., 13., 35. ve 48'inci maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek iptal isteminde bulunmuştur. İlgili Kanun maddesinde (md.20/2-g), petrol piyasasına yönelik alınacak idari tedbirler kapsamında VUK md.359'un (a), (b) ve (ç) fıkralarında yazılı "kaçakçılık suçları" ile ilişkilendirilen bazı özel hususlar söz konusudur. Buna göre Danıştay 13. Dairesi söz konusu Kanun hükmünde belirtilen, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme ya da bunu kullanma, belgelerin asıl veya suretlerini tamamen ya da kısmen sahte olarak düzenleme veya bunları kullanma ve yine VUK md.359/ç kapsamında yer alan suçları işleme nedeniyle ortaya çıkması muhtemel vergi kaybının önlenmesi için EPDK tarafından

⁴³ AYM, 28.09.2023, E.2023/35, K.2023/163.

⁴⁴ RG: 10.01.1961, 10703.

⁴⁵ AYM, 27.06.2024, E.2023/136, K.2024/127.

uygulanacağı belirtilen idarî tedbirin, özel teşebbüs özgürlüğü ve mülkiyet hakkını ölçüsüz şekilde sınırlandırdığını iddia etmektedir. İtiraza konu olan ilgili idarî tedbir ise şu şekildedir: “*Bu bent kapsamındaki suçlara ilişkin vergi incelemesi sonuçlanıncaya kadar söz konusu tesis için başka bir gerçek veya tüzel kişiye de lisans verilmez*”. Anlaşıldığı üzere kanun koyucu, devletin olası bir vergi kaybına uğramaması adına, söz konusu vergi kaçakçılığı suçlarının işlenip işlenmediğine yönelik gerçekleştirilen vergi inceleme süreci tamamlanıncaya kadar hem ilgili tesis sahiplerini hem de üçüncü kişileri ilgilendiren mühim bir idarî tedbir hükmü getirmiştir.

Danıştay ilgili dava dairesi iptal isteminin gerekçesinde itiraz konusu kuralın; vergi incelemesine tabi tutulan kişinin faaliyetlerini icra ettiği tesiste faaliyette bulunmak isteyen üçüncü kişilerin “teşebbüs kurma özgürlüğünü (Any. md.48)” ve inceleme kapsamındaki faaliyetin yapıldığı tesis malikinin ise “mülkiyet hakkını (Any. md.35)”, ölçüsüz bir şekilde sınırlandırdığını iddia etmekte ve bu hükmün *Anayasa*’nın ilgili maddeleri gereğince iptal edilmesini istemektedir.

b. Anayasa’ya Aykırılığın Tespiti ve İptal Kararının Gerekçeleri

Anayasa Mahkemesi, 5015 sayılı Kanunun itiraza konu olan kuralını *Anayasa* md.13 ve md.48 bağlamında, özel teşebbüs kurma özgürlüğünün ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde sınırlandırılıp sınırlandırılmadığına yönelerek incelemiştir. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme, söz konusu kuralın vergi incelemesine konu olan tesisin geçici de olsa petrol piyasası faaliyetlerinde kullanılmasını sınırlandırdığını ve bununla birlikte ilgili kuralın, lisans vermeme tedbirinin EPDK tarafından hangi koşullar altında uygulanacağını ve bunun devam edeceği süreyi açık ve net olarak düzenlemesi sebebiyle belirlilik ve öngörülebilirliğe uygun olduğunu belirtmiştir.

İkinci aşamada dava konusu tedbir, vergi kaybının ve suç işlenmesinin önlenmesi bakımından *Anayasa* md.48/2’de bulunan “Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır” hükmü çerçevesinde değerlendirilmiş ve özel teşebbüs kurma özgürlüğüne karşı yönelen bu müdahalenin “sosyal amaçlar” çerçevesinde meşru bir amaca yöneldiği tespit edilmiştir. Son aşamada ise, meşru bir amaçla özel teşebbüs kurma özgürlüğüne karşı yönelen bu müdahalenin, ölçülü olup olmadığına ilişkin yapılacak tespitlere geçilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, vergi kaçakçılığı kapsamında vergi incelemesine konu olan tesise ilişkin lisans vermeme tedbirini, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri bağlamında ayrı ayrı değerlendirmiştir. Bu bağlamda söz konusu tedbirin, sınırlamanın meşru amacına ulaşılması için “*elverişli olmadığı söylenemez*” şeklinde bir değerlendirme yapılmış; gereklilik açısından lisans vermeme tedbirinin söz konusu tesisteki ekonomik faaliyetlerin belli bir süre durmasına sebep olacağından ağır bir sınırlama olduğu kabul edilmiş; ancak kaçakçılık suçlarının niteliği ve buna yönelik vergi incelemesinin uzmanlık gerektiren teknik boyutu hasebiyle sınırlamanın meşru amacına lisans vermeme dışında daha hafif bir tedbirle ulaşılmanın mümkün olamayabileceği belirtilerek, bu konunun kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kaldığı yönünde bir tespit yapılmıştır. Anlaşıldığı üzere Yüksek Mahkeme, dava konusu kurala ilişkin *Anayasa*’ya aykırılık tespitini “orantısızlık” üzerinden yapmıştır. Nitekim 5015 sayılı Kanunun ilgili madde hükmünde yer alan, inceleme devam ederken başka bir gerçek veya tüzel kişiye lisans verilmeyeceğine dair kuralın inceleme sürecinde yeniden gözden geçirilmesine yönelik imkân tanıyan bir hüküm barındırmaması; diğer bir ifadeyle, bu kuralın değişen şartlara göre kaldırılıp kaldırılmayacağına yönelik bir esneklik sağlanmaması, *Anayasa* md.13 uyarınca ölçüsüz bulunmuştur. Buna göre ilgili Kanun hükmünde hem EPDK’nın değişen şartlara göre değerlendirme yapması hem de ilgili tesiste ticari faaliyette bulunmak isteyen üçüncü kişilerin bu tedbirin gözden geçirilmesine yönelik talepte bulunma hakkı gözetilmemiştir. Sonuç olarak, “(...) *kuralın kişilere aşırı bir külfet yüklediği, kamu zararının önlenmesi yönündeki amaç ile teşebbüs özgürlüğüne getirilen sınırlama arasındaki makul dengenin bozulmasına neden olduğu*” gerekçesiyle dava konusu kural, *Anayasa* md.13 ve md.48’e aykırı bulunarak oyçokluğu⁴⁶ ile iptal edilmiştir.

c. 5015 sayılı Kanun md.20/2-g Kapsamındaki İptal Kararının Vergi Hukuku Açısından İrdenlenmesi

5015 sayılı Kanun md.20/2-g, VUK md.359’da yer alan kaçakçılık suçlarıyla ilişkilendirilen, buna yönelik bazı idarî tedbir hükümleri ihdas eden ve bu yönüyle *Anayasa*’ya uygunluk açısından bazı itirazlarla karşılaşan tartışmalı bir kanun hükmüdür. Konunun vergi kaçakçılığı suçlarıyla ilgili olması ve söz konusu idarî tedbirin vergi incelemesi gibi teknik ve uzmanlık gerektiren bir alana doğrudan temas etmesi nedeniyle, bu konuda bazı tespitler yapma gereği bulunmaktadır.

⁴⁶ Çoğunluk görüşüne katılmayan Muhterem İNCE’nin karşı oy gerekçesinde, önceki yıllarda da VUK md.359 kapsamındaki fiillerle yönelik benzer idarî tedbirleri konu edinen çeşitli kanun hükümlerini “ölçsüzlük” yönünden iptal eden Yüksek Mahkemenin kararına katılmadığı yönündeki tespitlerine atıf yapılmış ve bu düşüncesi tekrar edilmiştir. Bu kapsamda bknz. AYM, 26.07.2023, E.2023/32, K.2023/138: “*Kuralın bütün, bütün mamulleri ve alkollü içecekler piyasasında adli süreç esnasında yasa dışı üretim, satış ve sunum faaliyetlerinin devamını ve buna bağlı oluşacak kamu zararının önlemek şeklinde meşru bir amacı bulunmaktadır. Bununla birlikte kuralın meşru amacı gerçekleştirmek bakımından elverişli ve tedbire konu faaliyet alanında çok kısa sürede oldukça yüksek sayıda ürünün yasa dışı üretim ve ticaretinin mümkün olması karşısında gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Tedbir işlemine karşı Anayasa’nın 125. maddesi uyarınca idari yargı yoluna başvurulması ve açık bir hukuka aykırılığın bulunduğu hâllerde yargı mercilerince yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesinin mümkün olduğu ve gerektiğinde yeni bir idari işlem tesis edilmesini engeller bir kanuni düzenleme bulunmadığı da gözetildiğinde kuralın orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğu, Anayasa’nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır*”.

VUK md.134 uyarınca vergi incelemesi, “ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamak” amacıyla yapılmakta ve yine VUK md.140/1 gereğince vergi inceleme elemanları, incelemeye tabi olanlara bu işlemin konusunu ve incelemeye başlanıldığını yazıyla bildirmek zorundadır. Bu durumda Anayasa md.2 ve VUK md.140/1’in sağladığı güvence altında vergi incelemesine tabi olan kişilerin, haklarında başlatılan vergi incelemesinden hukukî güvenlik ilkesine uygun şekilde haberdar olması gerekir. Türk vergi hukukunda vergi incelemeleri, VUK’un ilgili bölümleri ve *Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*⁴⁷, *Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği*⁴⁸ ve *Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*⁴⁹ kapsamında tesis edilmekte ve inceleme sırasında ve sonrasında düzenlenen raporlara göre tamamlanmaktadır. Vergi incelemesine yetkili kişiler tarafından hazırlanan bu raporlar, *Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği*’nin Üçüncü Bölümünde “Raporlar ile İstatistik Cetveli” başlığı altında sayılmıştır. Bunlara vergi inceleme raporu, vergi suçu raporu, vergi tekniği raporu, görüş ve öneri raporu ile cevaplı rapor gibi raporlar örnek olarak gösterilebilir. Anılan Yönetmelik md.53 ve *Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik* md.2 uyarınca vergi inceleme raporunun, inceleme sonucunda düzenlendiği; vergi suçu raporunun da, VUK md.359 kapsamındaki vergi suçları için düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bunun yanında vergi tekniği raporu ise, birden fazla mükellefi/vergi türünü ya da aynı mükellefin birden fazla vergilendirme dönemini ilgilendiren konuların tek bir belge altında açıklandığı raporlardır⁵⁰. Bu minvalde sözü edilen vergi inceleme raporlarının hukukî niteliği, incelemeye tabi olan mükelleflerin hak arama özgürlüğü açısından önem arz etmektedir.

Vergi incelemesi ve buna esas oluşturan inceleme raporları, idarî işlem teorisi açısından hazırlık işlemi niteliğindedir⁵¹. Zira vergi incelemelerinin, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmaya ve bunun sonucunda eksik ödenen veya hiç ödenmemiş vergilerin kamu yararı amacıyla tahsil edilebilirliğine aracı olduğu; diğer bir ifadeyle bu raporların, vergi dairelerince yapılacak tarhiyata ve ceza kesme işlemlerine hazırlık niteliğinde bir işlem olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla vergi inceleme raporları, idarî yargı organlarında tek başlarına (tarh işleminden bağımsız) dava konusu edilemez. Zira bu raporlar kesin ve icrai nitelikte değildir⁵².

Bütün hazırlık işlemlerinde olduğu gibi, vergi incelemesinin de temel amacı, asıl işlemi (tarh) ortaya çıkarmaktır. Vergi matrahının idarece tespit edilebilmesi sırasında, vergi dairesini bilgilendirme ve yönlendirme özelliği bulunan ve bu yönüyle tarha esas teşkil eden vergi inceleme doğrudan sonuç doğurmaması nedeniyle idarî yargıda iptal davasına konu edilemez. Zira bu incelemeler tek başlarına incelemeye tabi olanların mevcut hukukî durumunu değiştirecek ya da ortadan kaldıracak nitelikte bir hüküm ifade etmez. Bu sebeple vergi inceleme raporları inceleme sonuçlarınınca asıl işlemten bağımsız olarak mükelleflere tebliğ edilmemekte; bunun yerine VUK md.35 ve md.366 gereğince, vergi ve ceza ihbarnamelerine eklenmek suretiyle ilgili mükelleflere bildirilmektedir. Dolayısıyla incelemeye tabi olan ve haklarında tesis edilen re’sen veya ikmalen tarhiyat nedeniyle doğan vergi ve/veya cezaları bunlara yönelik ihbarnamenin tebliği sırasında öğrenen mükellefler; söz konusu vergi incelemesindeki olası hukuka aykırılıkları, ancak tarha karşı açılan dava sırasında ileri sürebilir⁵³. Bu bağlamda, vergi incelemesinin tarh işleminin sebep unsuru oluşturmaları hasebiyle hazırlık işlemi niteliğindeki incelemeye yönelik hukuka aykırılıklar, idarece tesis edilen tarhı sebep yönünden sakatlayacaktır⁵⁴.

VUK md.140/7 uyarınca, vergi inceleme elemanlarının düzenlediği raporlar vergi dairelerine gönderilmeden önce, rapor değerlendirme komisyonları tarafından hukuka uygunluk yönünden incelenir. Vergi daireleri tarafından tesis edilecek tarh işleminden önce söz konusu raporların mevzuata uygunluk denetiminden geçmesi, incelemeye tabi olan kişilerin mükellef hakları yönünden yerinde bir uygulamadır. Ancak vergi inceleme, süre bakımından bir hayli zaman alan ve teknik açıdan birçok ayrıntıyla donatılmış bir denetim yoludur. Diğer bir ifadeyle; vergi kaçakçılığına ilişkin vergi incelemelerinin yaklaşık bir yıllık süre zarfında (tam inceleme) tamamlandığı durumda, bunu takiben inceleme raporlarının da rapor değerlendirme komisyonu tarafından ayrıca incelemeye tabi tutulması önemli bir zaman dilimine karşılık gelmektedir. Daha sonra, inceleme raporlarının işleme alınmak üzere mükellefin bağlı olduğu vergi dairesine tevdi edilmesi ile başlayan ikinci aşamada, vergi daireleri tarafından tesis edilecek işlemlerin yoğunluğu ve önemine bağlı olarak belirli bir süreye ihtiyaç duyulmaktadır. Son aşamada ise, mükellefe tebliğ edilen vergi ve/veya ceza ihbarnamesine karşı açılacak davanın süresi ve devamında başlayacak yargılama sürecinin uzunluğu da dikkate alındığında; söz konusu üç aşama, ilgili kişiler nezdinde uzun bir bekleyiş sürecini beraberinde getirmektedir. Nitekim 5015 sayılı Kanun uyarınca tesis sahibinin lisansının iptal edilip edilmeyeceği kesinleşmiş mahkeme kararına bağlanmıştır. Bu durumda, her ne kadar Anayasa

⁴⁷ RG: 31.10.2011, 28101.

⁴⁸ RG: 07.04.2021, 31447.

⁴⁹ RG: 31.10.2011, 28101.

⁵⁰ *Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği* md.53/3 uyarınca, “Yürütülmekte olan incelemelerde birden fazla mükellefi veya vergi türünü ya da aynı mükellefin birden fazla vergilendirme dönemini kapsayan eleştiri konusu yapılabilecek hususların tespit edilmesi halinde, konunun tek bir raporda ifade edilebilmesi amacıyla Vergi Tekniği Raporu düzenlenebilir. Bu raporlar, sonrasında düzenlenecek vergi inceleme raporlarının ekini oluşturur”.

⁵¹ NAS, Adil: “Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61(4), 2012, s.1312.

⁵² NAS, s.1312.

⁵³ ŞENYÜZ, Doğan/YÜCE, Mehmet/GERÇEK, Adnan: *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2018, s.185-186; TEKİN, Fazıl/ÇELİKKAYA, Ali: *Vergi Denetimi*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.203.

⁵⁴ ŞENYÜZ, Doğan: “Vergi İncelemesinde Zaman Bakımından Yetki”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 43, 2020, s.249.

Mahkemesi'nin kararı (2023 tarihli) doğrultusunda “geçici durdurma” işleminin altı ayda bir gözden geçirileceğine yönelik bir kural değişikliği yapılmış olsa da; kanun koyucunun inceleme sonuçlanıncaya kadar söz konusu tesiste ticari faaliyette bulunmak isteyen diğer kişiler için de lisans verilmeyeceğine yönelik getirdiği kural özel teşebbüs kurma özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin 2024 tarihli kararında, 5015 sayılı Kanun md.20/2-g’de yer alan “*vergi incelemesi sonuçlanıncaya kadar ilgili tesis için diğer gerçek veya tüzel kişilere de lisans verilmeyeceğine*” dair madde hükmü, özel teşebbüs kurma özgürlüğüne karşı yönelen orantısız bir müdahale çerçevesinde iptal edilmiş; ancak itiraz yoluna başvuran Danıştay 13. Dairesi’nin, söz konusu kural nedeniyle tesis sahiplerinin mülkiyet hakkının ölçüsüz bir şekilde sınırlandırıldığı iddiası çerçevesinde ayrıca bir inceleme yapılmamıştır.

Esasında *Anayasa*’nın özel teşebbüs kurma özgürlüğünü düzenleyen 48’inci maddesinin ikinci fıkrasında, özel teşebbüslere yönelik tedbir alma konusunda devlete sınırlama hakkı tanınmış ve bu normun gerekçesinde yer alan “*Devlet, kamu yararı olan hallerde ve millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlarla özel teşebbüs özgürlüğüne sınırlamalar getirebilir*” ifadesiyle, söz konusu sınırlamanın sebebi açıkça vurgulanmıştır⁵⁵. Bu bakımdan kanun koyucu, vergi incelemesinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi suretiyle vergi kaçakçılığı suçları ve vergi kaybının önlenmesi için EPDK tarafından uygulanacağı öngörülen lisans vermeme ve geçici olarak durdurma tedbirlerini, sosyal amaçlarla yapılacak sınırlamalar çerçevesinde değerlendirmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, söz konusu lisans vermeme tedbirini “*değişen şartlara göre gözden geçirilmesi ve ilgili tesiste ticari faaliyette bulunmak isteyen üçüncü kişilerin bu tedbirin yeniden değerlendirilmesine yönelik talepte bulunma hakkının gözetilmemesi*” gerekçesiyle *Anayasa* md.13 ve md.48’e aykırı bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu iptal kararı, özel teşebbüs kurma özgürlüğüne yönelik sınırlamalar kapsamında son derece isabetlidir. Nitekim 5015 sayılı Kanun uyarınca öngörülen üçüncü kişilere yönelik lisans vermeme tedbiri, ilgili tesiste faaliyet göstermek isteyen ve vergi incelemesine konu edilen olası bir kaçakçılık suçuyla tamamen ilgisiz olan üçüncü kişilerin özel teşebbüs kurma özgürlüğünü ihlal etmektedir. İlgili kural, kamu yararı ve sosyal amaçlar doğrultusunda hakkında vergi suçlarına yönelik başlatılan inceleme ve sonraki süreçte rapor değerlendirme komisyonundan alınacak mütalaa (VUK md.367) ile başlatılacak ceza soruşturması ve buna bağlı olarak yürütülecek kovuşturma aşamaları tamamlanmadan, yasal olarak henüz suçlu sayılamayacak tesis sahiplerine yönelik başlatılan bir inceleme süreci nedeniyle; söz konusu suçlarla hiçbir ilgisi bulunmayan üçüncü kişiler nezdinde aşırı bir yük getirmektedir. Vergi incelemesi sürecinde ortaya çıkan yeni durum ve olayları dikkate alarak, idarî tedbirin kaldırılmasına veya hafifletilmesine de fırsat vermeyen bu idarî tedbir, üçüncü kişilerin kurmak istedikleri teşebbüse ve burada yürütecekleri ticari faaliyetlere engel olabilecek ağırlıkta olduğundan, ekonomik hak ve özgürlükler bağlamında değerlendirilen özel teşebbüs kurma özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır.

Diğer taraftan, 5015 sayılı Kanun md.20/2-g’de yer alan lisans devri kısıtlamasında, tesis sahibi hakkında yürütülen vergi incelemesi sürecinin ne şekilde geliştiği, sürecin sonunda suç şüphesine rastlanılıp rastlanılmadığı, vergi suçu raporu tanzim edilip edilmediği ve bu sürecin savcılık yoluyla adli makamlara intikal edip etmediği konuları da önem kazanmaktadır⁵⁶. Zira gerçek veya tüzel kişilerin özel teşebbüs kurma özgürlüğünü ve mülkiyet hakkını doğrudan etkileyen ve bilhassa ceza yargılamasının alanına giren konularda tesis edilen bu tür ağır idarî tedbirler, sözü edilen konular açıklığa kavuşturulmadan ve kesinleşmiş bir mahkeme kararı beklenmeden tesis edilmemelidir. Nitekim Danıştay’ın 2025 tarihli kararında sözü edilen idarî tedbir, “*(...) vergi incelemesinin herhangi bir suç unsuruna rastlanılmaksızın sonlandırılması mümkün olduğu gibi, adli merciler tarafından gerçekleştirilen soruşturma ve kovuşturma süreçleri de tedbirin haksızlığını ortaya koyabilir.*” şeklinde değerlendirilmiştir⁵⁷. Bununla birlikte, vergi incelemesi sonucunda kaçakçılık fiilinin işlendiğine kanaat getirildiği ve bunun üzerine savcılığa suç duyurusunda bulunulduğu durumda da, savcılık makamı tarafından kovuşturmayla yer olmadığına ilişkin karar verilmesi veya açılan ceza davasında mahkumiyet dışında bir hüküm verilmesi halinde, EPDK tarafından uygulanan idarî tedbir dayanaksız kalacaktır⁵⁸.

Öte yandan, 5015 sayılı md.20/2-g’de ihdas edilen ve *Anayasa* Mahkemesi’nin 2023 tarihli iptal kararına⁵⁹ da konu olan geçici durdurma tedbiri, yasal olarak henüz suçlu sayılamayacak tesis sahipleri nezdinde masumiyet karanesi yönünden de incelenebilir. *Anayasa* md.38/4’te “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*” denilerek ulusal düzeyde güvence altına alınan “masumiyet karanesi”; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* md.6/2’de yer alan “*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır*” hükmüyle uluslararası hukukta da kendine yer bulmuştur. Ceza hukukunun temel prensiplerinden olan masumiyet karanesi ve adil yargılanma hakkı, vergi suçları bağlamında da son derece önemlidir. Vergi suçlarında masumiyet karanesi yargılama ile hükmün verilmesi sırasında hem bu suçla itham edilen kişiyi hem de hukuk düzenini korumaktadır. Bu durum, idarî para cezası ve hürriyeti kısıtlayıcı ceza gerektiren tüm vergi cezaları için geçerlidir⁶⁰. VUK md.359’da düzenlenen vergi kaçakçılığı suçları, kamu güvenine karşı işlenen sahtecilik suçlarının bir türüdür. Vergi kaçakçılığı

⁵⁵ T.C. *Anayasa* Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), 3. Baskı, *Anayasa* Mahkemesi Yayınları, Ankara 2021, s.273.

⁵⁶ Danıştay 13.D., 08.01.2025, E.2024/2315, K.2025/71.

⁵⁷ Danıştay 13.D., 08.01.2025, E.2024/2315, K.2025/71.

⁵⁸ Danıştay 13.D., 14.01.2025, E.2024/1851, K.2025/181.

⁵⁹ AYM, 28.09.2023, E.2023/35, K.2023/163.

⁶⁰ ÖZDİLER KÜÇÜK, Eda: “Vergi Suçlarında Masumiyet Karanesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2), 2014, s.206.

suçlarında yargılama görevi, asliye ceza mahkemelerine verilmiş⁶¹ ve masumiyet karinesi gereğince, bu suçlarla itham edilen mükellefler asliye ceza mahkemeleri tarafından verilecek hükme kadar masum sayılmıştır.

Bununla birlikte masumiyet karinesi ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde suç ve cezalar ile ceza yargılamasına yönelik hukukî güvencelerden söz edebilmek için, cezai alanda yöneltilen bir suç isnadının varlığı aranmaktadır. Nitekim bir idarî yaptırımın ya da hukukî tasarrufun, hangi koşullar altında suç isnadı niteliğinde değerlendirilip suç ve cezalara yönelik güvenceler kapsamında ele alınacağı ise, Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından verilen kararlar⁶² çerçevesinde bazı ilkelere bağlanmıştır⁶³. Sözü edilen kararlarda geçen ilkeler bağlamında, kanunda isnadın suç olarak nitelendirildiği durumlarda, söz konusu yaptırımlar suç isnadı sayılacaktır. Bununla birlikte *Anayasa* md.38’de özerk bir kavram olarak düzenlenen suç isnadı, idarî yaptırım öngören fiilleri de kapsayabilmektedir. İdarî yaptırımların suç isnadı niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde, ilgili kuralın yalnızca belirli bir grubu mu yoksa toplumun tamamını mı hedef aldığı, kuralın cezalandırıcı mı yoksa önleyici mi olduğu ve uygulanacak cezanın ağırlığı gibi unsurlar dikkate alınır. Nitekim *Anayasa Mahkemesi*’nin 2023 yılında, geçici bir tedbir olarak düzenlenen faaliyet izinlerinin askıya alınmasını öngören kuralın, *Anayasa* md.38’e aykırılığına yönelik incelediği davada, 5015 sayılı Kanunda yer alan idarî tedbirler bağlamında da önemli çıkarımlar bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme, faaliyet izinlerinin askıya alınması tedbirinin davaya konu olan Kanun özelinde ceza olarak düzenlenmediğini ve ayrıca bu tedbirin idarî bir yaptırım yerine, geçici bir idarî tedbir olarak kabul edileceğini ifade etmiş ve askıya alma tedbirinin ağır bir tedbir olmasına karşın suç isnadı mahiyetinde olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, uygulanması öngörülen geçici tedbirin suç tespitine bağlı olarak yapılacağını, kural olarak idare tarafından tespit edilecek fiillerin kanunda suç olarak düzenlendiğini ve bunların ceza yargılamasının konusunu oluşturduğunu ifade etmiş ve bu tedbirin, tek başına *Anayasa* md.38 kapsamında bir “ceza” olarak nitelendirilemeyecek olsa da, henüz ilgililer hakkında suç işlendiğine dair kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmaksızın kişilerin o suça ilişkin eyleminin idarece tespit edilerek uygulanması nedeniyle ilgili kuralı masumiyet karinesine aykırı bulmuştur⁶⁴. Nitekim 5015 sayılı Kanun md.20/2-g’de yer alan faaliyetleri geçici olarak durdurma tedbiri de, Kanunda ceza olarak düzenlenmeyen ve kamu yararı amacı gözetilerek öngörülen geçici bir idarî tedbir olarak ihdas edilmiştir. Bununla birlikte söz konusu tedbir, VUK md.359’da düzenlenen vergi kaçakçılığı suçlarıyla ilgili olarak doğrudan ceza yargılamasının alanına girmesi ve bunun kaldırılıp kaldırılmayacağını savcılık veya mahkemelerden temin edilecek bilgilere göre değerlendirilmesi nedeniyle masumiyet karinesi bağlamında da önem kazanmaktadır. Ancak burada, yukarıda yer verilen *Anayasa Mahkemesi* kararına konu olan kuraldan farklı bir durum söz konusudur. Vergi kaçakçılığı suçları adli mercilerce gerçekleştirilecek soruşturma ve kovuşturma süreçlerine bağlanmıştır. Ancak, sürecin başında vergi suçu raporuna bağlı olarak ortaya çıkan suç tespitine istinaden tesis edilen bu ağır tedbir, tek başına bir “ceza” olarak nitelendirilemeyecek olsa da, henüz tesis sahipleri hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmadan uygulanması hasebiyle masumiyet karinesi ve adil yargılanma hakkı açısından sakıncalar barındırmaktadır. Zira *Anayasa Mahkemesi* içtihatlarına göre, “suç ve cezayı düzenleyen hükümlere aykırı bir fiil tespit etmek, suç işlendiğini tespit etmek ve faili suçlu saymak anlamına geleceğinden⁶⁵”, olası bir kamu zararının önlenmesi ve ekonomik kamu düzeninin sağlanması amacıyla ihdas edilen bu tür ağır tedbirlerin, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi bağlamında oldukça dikkatli bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

IV. SONUÇ

Anayasa Mahkemesi’nin 2024 tarih ve E.2023/136, K.2024/127 sayılı iptal kararı, ekonomik hak ve özgürlüklere karşı yapılan müdahalelerin sınırına yönelik önemli tespitler barındırmaktadır. Anayasaların varoluş nedenlerinden biri temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğundan; söz konusu hak ve özgürlüklere karşı *Anayasa*’ya aykırı şekilde yönelen müdahalelerin hukuk âlemindeki varlığının sonlandırılması, hukukî güvenlik ilkesi açısından elzemdir. Gerçek ve tüzel kişiler ekonomik alanda, *Anayasa* ve vergi kanunlarının sağlamak zorunda olduğu hukukî güvenlik ve belirlilik kapsamında özgürce faaliyet göstermektedir. Ticari ve ekonomik faaliyetlerin, mülkiyet hakkı, girişim özgürlüğü ve özel teşebbüs özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin sağladığı Anayasal koruma altında sürdürülmesi, modern hukuk devletlerinin sağlamak zorunda olduğu en temel güvencelerden biridir.

Kanun koyucunun, ekonomik hayata ilişkin ihdas ettiği normlarda, sözü edilen hak ve özgürlükleri titizlikle gözetmesi gerekir. Aksi halde özellikle vergi kanunları veya vergiyi ilgilendiren konu, süreç, denetim, inceleme, suç ve bunlara ilişkin cezalar konusunda başka kurallar ihdas eden diğer kanunlar, Anayasal açıdan çeşitli hukuka aykırılık durumlarıyla baş başa kalacaktır. Vergilendirme en nihayetinde gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyet hakkına müdahale barındıran bir yetki olduğundan, bu alanda getirilen normların dikkatli bir şekilde ihdas edilmesi gerekir. Diğer yandan vergileme yalnızca kişilerin gelir, servet ve harcamaları yönünden hukukî cebir altında ödemek zorunda oldukları parasal değerleri konu edinen bir unsur değil; bununla birlikte vergiye esas teşkil eden konuların gerçek ve tam bir şekilde ortaya çıkarılması bakımından lazım gelen tüm süreçleri ve ayrıntıları içeren özellikli bir alandır. Dolayısıyla vergi hukuku,

⁶¹ SABAN, Nihal: Vergi Hukuku, 12. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2022, s.427, 436.

⁶² Bu yöndeki kararlara örnek olarak bkzn. AYM, Selçuk Özbölük, B.N.2015/7206, 14/11/2018; AYM, D.M.Ç, B.N.2014/16941, 24/1/2018; AYM, B.Y.Ç, B.N.2013/4554, 15/12/2015; İHAM, Benham v. Birleşik Krallık [BD], No: 19380/92, 10/06/1996.

⁶³ AYM, 26.07.2023, E.2023/32, K.2023/138.

⁶⁴ AYM, 26.07.2023, E.2023/32, K.2023/138.

⁶⁵ Örnek teşkil etmesi açısından bkzn. AYM, 22.02.2024, E.2023/78, K.2024/55; AYM, 26.07.2023, E.2023/32, K.2023/138.

başta vergiler olmak üzere bütün kamu gelirlerine ilişkin tesis edilen süreçlerin hukukî yönünü konu edinmekte ve bu süreçler arasındaki bağlantıların en ince ayrıntısına kadar özenli bir şekilde tasarlanmasını gerektirdiği için kamu hukuku için ayrı bir önem arz etmektedir. Bu bağlamda vergi incelemeleri de ödenmesi icâp eden vergilerin doğruluğunun araştırılması ve bunun sonucunda eksik veya hatalı ödenen ya da hiç ödenmemiş vergilerin tespiti halinde bunların vergi dairesi tarafından tahsil edilebilmesi ve olası vergi suçlarının ortaya çıkarılabilmesine yönelik ön tespitlerin yapılabilmesine aracı olduğu için vergi hukuku, idare hukuku ve ceza hukuku bağlamında önemli sonuçlar doğuran aslî bir denetim yoludur. Ancak kanun koyucunun, 5015 sayılı *Petrol Piyasası Kanunu*'nun bu çalışmaya konu olan kanun hükmünde olduğu gibi, vergi suçlarına bağlı gerçekleştirilen vergi incelemelerine yönelik idarî tedbir veya yaptırım niteliğinde kurallar öngörürken, ekonomik hak ve özgürlüklerin özüne dokunmayacak, ölçüsüz bir müdahale içermeyecek ve bunların hukukî güvenliğini önceleyecek şekilde hareket etmesi gerekir. Sonuç itibarıyla, söz konusu süreçlere yönelik ekonomik hak ve özgürlükleri ihlal etmeyecek kuralların ihdas edilmesinde şu hususlara dikkat edilmesi önemlidir:

- i. Vergi devlet için kamusal mal ve hizmetlerin sunumunda kullanılan birincil kamu geliri olduğundan; toplumsal refahın sağlanması noktasında kritik bir rol oynar. Bunun yanında devletin varlığını sürdürülebilirliğini ve kendisine yüklenen Anayasal görevleri yerine getirebilmesi için kullanılan en önemli kamusal gelir türü vergilerdir. Ancak vergilerin toplumsal refahın sağlanması konusundaki kritik önemine karşın; vergileme yoluyla ticari ve ekonomik faaliyetleri engelleyecek boyutta bir müdahalede bulunulmaması gerekir.
- ii. Vergi alacağını güvence altına almak ve devletin olası bir gelir kaybını önlemek amacıyla, kişilerin ekonomik karar ve tercihlerini orantısız şekilde etkileyen, diledikleri alanda ticari faaliyette bulunmasına engel olan ve mesleklerini gerektirdiği şekilde icra edebilmelerine izin vermeyen kanun hükümleri ihdas edilmemelidir. Zira bu durum, kişilerin ekonomik hak ve özgürlüklerinin hukukî teminatı için elzemdir.
- iii. Her ne kadar meşru bir amaca dayalı olsa da, kişilerin ekonomik ve ticari alanda gelecek dönemde gerçekleştirecekleri işleri, kuracakları teşebbüsleri ve devam ettirecekleri mesleki faaliyetlerini ilgilendiren konularda, hukukî güvenlik ve belirlilik içermeyen düzenlemeler yapılmamalıdır.
- iv. Devletin düzenleyici ve denetleyici rolü gereğince tesis edilmesi gerektiği düşünülen idarî bir tedbir, yaptırım veya ceza söz konusu olduğunda; bu hususların etki edeceği hak ve özgürlüğü ihlal etmeyen, öze dokunmayan, elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkelerine uygun olan kurallar getirilmelidir.
- v. Henüz kovuşturma aşamasına geçilmeyen ve kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmayan olası bir vergi suçuna karşı uygulanacak idarî tedbirlerin; buna tabi olan kişilerin ekonomik faaliyetlerine engel olacak boyutta olmaması, bu kararın inceleme ve/veya kovuşturma aşamasında ortaya çıkan yeni delil ve kanıtlara göre irdelenmesi, kişilere bu süreçte uygulanacak tedbirin gözden geçirilmesine yönelik talepte bulunma hakkının tanınması ve söz konusu durumdaki illiyet bağı gözden kaçırılmadan, konudan bağımsız üçüncü kişilerin ekonomik hak ve özgürlüklerini ihlal eden önlemler içermemesi gerekir.

KAYNAKÇA

- AKYILDIZ, Ali: “İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi”, 151. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 106, Ankara, 2019, s.57-133.
- BULUT, Nihat: “Türkiye’nin Anayasal Ekonomik Düzeni: Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı ve Bunun Doktrinde Meydana Getirdiği Tartışmalar”, Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 1997, s.203-206.
- CAN, Ozan/ZABUNOĞLU, H. Gökçe: “Ticari Hükümler ve Yeni Anayasada Yer Alması Gereken Ticarî Hükümlere İlişkin Bazı Öneriler”, Ankara Barosu Dergisi, 1, 2013, s.73-112.
- EDİZDOĞAN, Nihat/ÇELİKKAYA, Ali: Vergilerin Ekonomik Analizi, 2. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2012.
- GÖZLER, Kemal: “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, Anayasa Yargısı, 18(1), 2002, s.1-29.
- GÖZLER, Kemal: “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”, Ankara Barosu Dergisi, 2001/4, s.53-67.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş: Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 19. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012.
- KABOĞLU, İbrahim Ö: “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Değerlendirme)”, Anayasa Yargısı, 8, 1991, s.291-322.
- KUÇURADİ, İoanna, “İnsan Haklarına Dayalı Anayasa veya Devlet Kavramı”, Anayasa Yargısı, 8, 1991, s.131-140.
- METİN, Yüksel: “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2017, s.1-74.
- NAS, Adil: “Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61(4), 2012, s.1307-1336.
- ODER, Bertil Emrah: “Temel Hakların Yargısallaşmasında Kuramsal Sorunlar: Türkiye Örneği”, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 60. Yılı Anısına: 60 Yıl 60 Makale Cilt 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2022, s.1091-1108.
- ORER, Gürsel: “Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 6, 2015, s.363-393.
- ÖZDİLER KÜÇÜK, Eda: “Vergi Suçlarında Masumiyet Karinesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2), 2014, s.195-208.
- ÖZKAN, Ahmet Fatih: “Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti”, Ankara Barosu Dergisi, 67(4), Güz 2009, s.75-94.

- SABAN, Nihal: Vergi Hukuku, 12. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2022.
- SAVAŞ, Vural Fuat: “Mali Anayasanın Temel Konuları”, Anayasa Yargısı, 8, 1991, s.333-370.
- SEVEN, Vural: “Sosyal Paylaşım Sitelerinin (youtube-facebook-twitter) Haksız Rekabet Karşısındaki Durumu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(Özel Sayı), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014, s.3343-3350.
- ŞENYÜZ, Doğan/YÜCE, Mehmet/GERÇEK, Adnan: Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018.
- ŞENYÜZ, Doğan: “Vergi İncelemesinde Zaman Bakımından Yetki”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 43, 2020, s.247-264.
- T.C. Anayasa Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), 3. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2021.
- TAN, Turgut: “Anayasal Ekonomik Düzen” Anayasa Yargısı, 7, 1990, s.159-178.
- TAN, Turgut: Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi, Prof. Dr. Yıldırım Uler’e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014, s.513-524.
- TAYLAR, Yıldırım: “Vergi Borcu İlişkisinin Pasif Süjesi Olarak Birey ve Vergilendirme Yetkisinin Bireyin Hak, Özgürlük ve Ödevlerine Etkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(Özel Sayı), 2014, s.4943-4987.
- TEKİN, Fazıl/ÇELİKKAYA, Ali: Vergi Denetimi, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- TİRYAKİ, Refik: “Ekonomik Özgürlüklerin Kamu Hizmetinin Görüş Usulleriyle İlişkisi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1), 2014, s.67-106.
- TİRYAKİ, Refik: “Mülkiyet ve Sözleşme Özgürlükleri Ekseninde Anayasal Ekonomik Özgürlüklerin Tartışılması”, Rekabet Kurumu, Perşembe Söyleşileri, 2010, s.169-189.
- TİRYAKİ, Tercan/GÜRSOY, Türker: “Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, Sayıştay Dergisi, 55, 2004, s.53-69.
- TÜRK, Hikmet Sami: “Bir Anayasa Taslağına Karşı Oy Yazısı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 42(1), 1992, s.5-20.
- UZ, Abdullah: “Türkiye’de Çevre Hakkının Mülkiyet Hakkı ve Özel Teşebbüs Hürriyeti Üzerindeki Etkileri”, Amme İdaresi Dergisi, 41(3), 2008, s.99-124.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Esra KESKİN ÇAKMAK, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Esra KESKİN ÇAKMAK, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

MİRAS ORTAKLIĞI TEMSİLCİSİNİN YETKİ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ
POWERS AND DUTIES OF THE REPRESENTATIVE OF THE COMMUNITY OF HEIRSZeynep DÖNMEZ*  **Makale Bilgi**Gönderi: 29/04/2025
Kabul : 20/06/2025**Anahtar Kelimeler***Miras Ortaklığı
Temsilcisi,
Miras Ortaklığı
Menfaati,
Miras Ortaklığı
Temsilcisinin Yetkileri,
Miras Ortaklığı
Temsilcisinin
Taşınmaz Üzerinde
Tasarrufları.***Article Info**Received: 29/04/2025
Accepted: 20/06/2025**Keywords***Representative of the
Community of Heirs,
Interest of the
Community of Heirs,
Powers of the
Representative of the
Community of Heirs,
Disposal of Immovable
Property by the
Representative of the
Community of Heirs.***Özet**

Mirasbırakanın ölümünün ardından mirasçılar arasında meydana gelen görüş ayrılıkları, önemli çekişmeler ya da mirasçılardan biri veya birkaçına ulaşılamaması gibi nedenlerle terekeye dahil olan malvarlıkları üzerinde karar alınamaz, işlem yapılamaz hale gelinebilir. Bu durumda mirasçılardan birinin talebi üzerinde ortaklığa bir temsilci atanması mümkündür. Bu temsilci gerek atanması usulü gerekse hak ve yükümlülükleri bakımından iradi temsilciden ayrılmaktadır. Temsilcinin atanmasıyla birlikte yönetim yetkisi ona geçerken mirasçıların tereke üzerindeki hak ve yetkileri kısıtlanır. Dolayısıyla miras ortaklığına temsilci atanmasının önemli sonuçları vardır. İş bu nedenle miras ortaklığı temsilcisinin yetki ve yükümlülüklerinin ve bunların sınırlarının belirlenmesi önem arz etmektedir.

Çalışmada, öncelikle hukukumuzda miras ortaklığı temsilcisine ilişkin genel bilgilere yer verilmiş ve müessesenin hukuki dayanağına ilişkin tartışmalar üzerinde durulmuştur. Ardından karşılaştırmalı bir bakış açısı sunabilmek adına İsviçre Hukuku'nda miras ortaklığı temsilcisine yönelik düzenlemelere ve Alman Hukuku'nda miras ortaklığının yönetimine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Son olarak öğreti ve Yargı kararlarında tartışmalı olan konular üzerinde durularak miras ortaklığı temsilcisinin yetki ve yükümlülükleri ele alınmıştır.

Abstract

After the death of the deceased, disagreements among heirs, major disputes, or the inability to reach one or more of the heirs may result in a situation where no decisions can be made or actions taken regarding the assets included in the estate. In such cases, it is possible for a representative to be appointed to the co-heirship upon the request of one of the heirs. This representative differs from a voluntary representative both in terms of the appointment procedure and in the scope of rights and obligations. Once appointed, the representative is granted management authority, while the rights and powers of the heirs over the estate are restricted. Therefore, appointing a representative to the community of heirs has significant consequences. For this reason, it is crucial to define the powers and responsibilities of the representative and the limits of those powers.

In this study, general information regarding the representative of the community of heirs under Turkish law is provided, followed by a discussion on the legal basis of this institution. Subsequently, regulations concerning the representative of the community of heirs under Swiss law and explanations on the management of the community of heirs in German law are presented to offer a comparative perspective. Finally, the powers and obligations of the representative are addressed, focusing on controversial issues in doctrine and judicial decisions.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** DÖNMEZ, Zeynep, "Miras Ortaklığı Temsilcisinin Yetki ve Yükümlülükleri", İnÜHFD, 16(1), 2025, s.262-275.

İntihal | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.



EXTENDED SUMMARY

Literature Review

There are two monographic works and one academic article specifically addressing this subject in the literature. Apart from these, the topic is only briefly mentioned in general textbooks on inheritance law. Despite the limited scholarly attention, the institution is frequently applied in practice, and there exists a substantial body of judicial decisions on the matter. However, these decisions are far from uniform. In this context, the present study undertakes a comprehensive and critical evaluation of both the academic literature and case law, aiming to offer reasoned solutions to the ongoing controversies.

Conclusions, Limitations, and Recommendation

The representative of the community of heirs must first be conceptually distinguished from other legal institutions. A court-appointed representative differs fundamentally from a voluntary agent authorized by the heirs. Although there is no legal impediment preventing the heirs from appointing a representative of their own choosing, in such cases, general provisions governing agency and representation would apply. A voluntarily appointed representative would be bound by the instructions and directives of the heirs and could be dismissed by them at any time. By contrast, the court-appointed representative is not the agent of the heirs individually, but rather acts as the representative of the community of heirs as a collective entity. However, due to the limited statutory regulation of the institution, many legal issues are resolved by way of analogy, to the extent appropriate, with the provisions of inheritance law and the law of obligations.

This study discusses the divergent views concerning the legal nature and powers of the representative of the community of heirs. To begin with, it must be emphasized that this institution, despite its frequent practical application, suffers from insufficient legal regulation. While a largely settled practice has emerged through court decisions, notable inconsistencies remain among judicial rulings. For this reason, we contend that a more detailed and comprehensive statutory framework is urgently needed, along with efforts to harmonize judicial interpretations.

Determining the legal nature of the representative is not merely a theoretical exercise; it is of great practical importance, as it directly impacts the scope of the representative's rights and obligations. The Court of Cassation has characterized the representative as a guardian (kayım), thereby attributing to them certain features of public authority. This view has been justifiably criticized in the academic literature. In line with the dominant doctrinal opinion, the representative should be regarded as a sui generis private law institution, and their rights and obligations should be clearly defined within this framework.

The representative is authorized to perform all acts necessary for the administration and protection of the community of heirs. As a rule, this authority is limited to ordinary administrative matters and bound by a duty of care. Moreover, it should be acknowledged that the representative may be appointed with limited authority. While no special authorization is required for the representative to initiate legal proceedings, transactions requiring express authority under Article 504/III of the Turkish Code of Obligations also apply to this office. In such cases, the court must grant specific authority. Likewise, for the representative to dispose of an immovable property included in the estate, a special judicial authorization is required. However, this authority cannot currently be registered in the land registry, which poses a significant practical issue. Legislative amendment is necessary to address this shortcoming; otherwise, in cases where the heirs seek to sell immovable property jointly, third parties relying on the principle of reliance (trust) in the land registry may assert competing rights.

The representative must act in the best interest of the community of heirs in all their dealings. This principle may be concretized through the following considerations: the transaction must protect and reasonably increase the value of the estate; it should be rational, economically sound, and necessary; the income from the estate must be efficiently managed; the transaction should serve to pay the debts of the estate; it must not prejudice the rights of the heirs; and it should represent a prudent choice among available alternatives.

There is no direct agency relationship between the representative and the heirs. The representative is not bound by the heirs' instructions or directives. In fact, if the interest of the community requires otherwise, the representative is not even bound by unanimous decisions taken by the heirs.

The powers of the representative are limited to the management of the estate and its assets. Therefore, the representative does not play any role in intra-heir disputes such as actions for partition, abatement, or annulment of testamentary dispositions. Nevertheless, the representative must perform their duties personally and diligently, including assuming control of the estate, maintaining accurate records (inventory), informing the heirs and the court, and submitting proper accounts.

I. GİRİŞ

Mirasbırakanın ölümünde birden çok mirasçının bulunması durumunda miras paylaşımına kadar mirasçılar arasında, kanun gereği bir miras ortaklığı meydana gelir (TMK m. 640/I). Miras ortaklığı, terekedeki bütün hak ve borçları kapsar. Mirasçılar, miras ortaklığı üzerinde elbirliği ile hak sahibi olurlar. Mirasbırakanın ya da mirasçıların sağlar arası ya da ölüme bağlı bir tasarrufla miras ortaklığının kurulmasını engellemeleri mümkün değildir. Miras ortaklığının tüzel kişiliği ve dolayısıyla organları bulunmamaktadır. Miras ortaklığında tüm mirasçıların terekeyi elbirliği ile yönetmeleri ve terekeyi ilgilendiren her işlemi birlikte yapmaları gerekmektedir. Mirasçıların sayısının fazla olması, farklı şehirlerde hatta ülkelerde olmaları ya da aralarındaki husumet nedeniyle her zaman elbirliğiyle hareket mümkün olmamaktadır. Böyle durumlarda tereke işlerinin tıkanarak çıkmaza girmesi muhtemeldir. Bu sorunu bertaraf edebilmek adına kanun koyucu miras ortaklığına temsilci atanabileceğini öngörmüştür TMK m. 640/III uyarınca sulh hâkimi tarafından atanan miras ortaklığı temsilcisinin miras ortaklığını yönetme, taahhüt ve tasarruf işlemi yapma yetkileri vardır. Temsilcinin atanmasıyla birlikte mirasçıların bu yetkileri askıya alınmış olur.

Türk Medeni Kanunu'nda tek bir fıkra ile düzenlenen bu müessese ile uygulamada oldukça sıklıkla karşılaşmaktadır. Bu kurum gerek öğretide gerek yargı kararlarında tartışmalara konu olmuş; miras ortaklığı temsilcisinin hukuki niteliği, yetki ve yükümlülüklerine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Çalışma, tartışmalı noktalar ve görüş ayrılıklarını ele alarak bütüncül bir bakış açısıyla çözüm önerileri getirmeyi hedeflemektedir.

II. MİRAS ORTAKLIĞI TEMSİLCİSİ

A. Hukuki Dayanak

Miras ortaklığına temsilci atanabileceğinden Türk Medeni Kanunu'nun miras ortaklığına ilişkin olan 640. maddenin üçüncü fıkrasında bahsedilmektedir. Bu hükümde sadece mirasçılardan birinin istemi üzerine sulh hukuk mahkemesi tarafından miras ortaklığına bir temsilci atanabileceği ifade edilmektedir. Buna karşılık temsilcinin görevleri ya da görevinin sona ermesi gibi konulara TMK'da yer verilmemiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük¹ (VVMT) m. 54- 56 hükümleri, miras ortaklığı ve temsilcisine ayrılmıştır. Burada temsilcinin atanması, temsilcinin defter düzenleme yetkisi, hesap verme yükümlülüğü ve temsilcinin yapacağı harcamaların karşılanması düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere uygulamada oldukça sıklıkla karşılaşılan bu müessesenin hukuki dayanağı oldukça zayıftır. Bu nedenle uyuşmazlıklar, kıyas kurumuna başvurarak çözülmek istenmiştir. Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre² miras ortaklığı temsilcisinin görev ve yetkileri belirlenirken öncelikle miras hukuku kurumları olarak vasiyeti yerine getirme görevlisi ve terekenin resmen yönetilmesine ilişkin hükümlerin sonrasında da TBK'da yer alan vekaletle ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerekmektedir.

B. Atanmasının Maddi Şartları

Miras bırakanın ölümü ile mirasçılar arasında miras ortaklığı oluşur. Miras ortaklığı³, herhangi bir hukuki işleme gerek olmaksızın kanun gereği kendiliğinden kurulur. Ancak bir ortaklıktan bahsedebilmek için birden çok mirasçının bulunması gerekmektedir. Bunların saklı pay sahibi olup olmamaları veya atanmış ya da kanuni mirasçı olmaları önem arz etmez. Miras bırakan ya da mirasçıların ölüme bağlı bir tasarruf ya da sağlar arası bir hukuki işlemle miras ortaklığının kurulmasını engellemeleri mümkün değildir.

Miras ortaklığının konusunu terekedeki tüm hak ve borçlar oluşturur. Ölümle birlikte mirasçılar tereke üzerinde elbirliği ile hak sahibi olurlar ve birlikte hareket ilkesi gereği tereke üzerindeki tasarruflarda oybirliği ile hareket etmeleri gerekir (TMK m. 640). İsviçre⁴ ve Alman⁵ hukuklarında acil durumlarda elbirliğiyle hareket ilkesinin yarattığı ataleti önleyebilmek adına mirasçıların tek başına hareketine izin verilmiştir. Hukukumuzda ise böyle bir olanak bulunmamaktadır⁶. Doğrudan 3. kişilere yöneltilecek taleplerde mirasçıların birlikte hareket etmeleri gerekir. Tek başlarına dava açsalar da davaya devam edilebilmesi için diğer mirasçıların katılımı gerekmektedir.

Miras ortaklığı temsilcisi, mirasçıların talebi üzerine sulh mahkemesi tarafından atanır (TMK m. 640/III). Mahkemenin re'sen miras ortaklığı temsilcisi ataması mümkün değildir, talep gereklidir. Talep karşısında hâkim, miras ortaklığı temsilcisi atamak için gerekli şartların oluşup oluşmadığını takdir hakkını da kullanarak tespit eder. Hâkim, mirasçılar arasındaki önemli çekişmeler ya da mirasçılardan biri veya birkaçına ulaşılabilmesi gibi nedenlerle tereke üzerindeki işlerin tıkanmış olup olmadığını değerlendirerek karar vermelidir⁷. Mirasçılar arasındaki basit görüş ayrılıkları tereke temsilcisi atanması için yeterli bir neden

¹ Bakanlar Kurulu Karar Tarihi 21.07.2003 No: 2003/5960, RG: 10.08.2003, 25195.

² GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Medeni Hukuk ve Medeni Usul Hukuku Boyutuyla Tereke (Miras Ortaklığı) Temsilcisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s.45; ORUÇ, Murat: Miras Ortaklığı Temsilcisi, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2024, s.16 vd.

³ İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s.557 vd.; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkey: Miras Hukuku, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s.561 vd.; EREN, Fikret/AKTÜRK, İpek Yücer: Türk Miras Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s.474 vd.; YILMAZ, Süleyman: Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s.363 vd.; ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.25 vd.; YAZICI, Ayşe Nur Merve: Miras Ortaklığının Paylaşmadan Önceki Durumu, Seçkin, Ankara 2018, s.19 vd.

⁴ Bkz. Aşağı III. A.

⁵ Bkz. Aşağı III. B.

⁶ Hatemi, acil işlerde vekaletsiz iş görme hükümlerine başvurarak mirasçıların bireysel olarak hareketine izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır, bkz. HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, 10. Bası, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s.144.

⁷ Yargıtay 8.HD., 09.05.2014, E.2014/7293, K.2014/9101, "Mirasçıların tam bir bütünlükle hareket edememeleri sonucu miras

olarak görülmemelidir⁸. Mahkeme, bireysel olarak mirasçıların değil bir bütün olarak terekenin menfaatini gözeterek objektif olarak böyle bir müdahalenin gerekli olup olmadığına karar vermelidir.

Miras ortaklığı temsilcisi atanması talebi hakkı, mirasçılara tanınmış bir haktır. TMK m. 640/ III uyarınca saklı paya sahip olup olmadıkları önem arz etmeksizin yasal veya atanmış mirasçılar temsilci atanması talebinde bulunabilirler⁹. Mirasçılardan birinin talebi yeterlidir. Bu konuda elbirliği ile hareket etme zorunlulukları yoktur. Burada kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı söz konusu olmayacağı için mirasçıların bizzat başvuruları da bir zorunluluk değildir, yasal temsilcileri vasıtasıyla da taleplerini mahkemeye iletmeleri yeterlidir¹⁰. Talepte bulunacak mirasçı vesayet altındaysa vasinin, vesayet makamından izin alması gerekmektedir (TMK m. 462/ b.8).

Talepte bulunanların mirasçı olduklarını ispat etmeleri gerekmektedir. Bunun mirasçılık belgesi (TMK m. 598) ve nüfus kayıtlarıyla ispatı mümkündür. Yargılama sırasında talepte bulunan kişinin mirasçı sıfatına sahip olmadığı anlaşılırsa talebin reddi gerekir¹¹. Öğretide, miras ortaklığı temsilcisi atandıktan sonra talepte bulunan kişinin mirasçı olmadığına anlaşılması durumunda hâkimin somut olayı değerlendirerek tereke temsilcisinin görevine son vermekten imtina edebileceği savunulmaktadır¹². Bu görüşe göre şayet miras ortaklığının hareket kabiliyetinin ortadan kalkmasının sebebi bu kişi değilse ve onun mirasçı olmadığına anlaşılması ile mirasçılar arasındaki uyumsuzluklar sona ermiyorsa miras ortaklığı temsilcisi görevine devam edebilmelidir. Nitekim talep üzerine karar verilmeden önce hâkimin tüm mirasçıları sürece dahil ederek dinlemesi ve ona göre temsilci atanmasına gerek olup olmadığına karar vermesi gerekmektedir. Ancak uyumsuzluğa sebep olan ve mirasçı olmayan kişinin aradan çıkmasıyla atama kararının temelini oluşturan, hareket kabiliyetsizliği şartı ortadan kalkarsa, tereke temsilcisinin görevine de son verilmesi gerekecektir¹³.

Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 54/ II uyarınca miras ortaklığına temsilci atanması talebi sözlü veya yazılı beyanla olabilir. Sözlü beyan tutanağa geçirilerek beyanda bulunana imzalatılır. *Gümüş*, haklı olarak, 6100 Sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesiyle dava açılması münhasıran dava dilekçesiyle yapıldığı için HMK'nın Tüzük hükmünü örtülü olarak yürürlükten kaldırdığını, dolayısıyla talebin mutlaka dava dilekçesiyle yapılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁴.

C. Atanması Usulü

Miras ortaklığına temsilci atanması talebinde, miras bırakanın son yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir¹⁵ (VVMT m. 54/II). Görevli mahkeme ise sulh hukuk mahkemesidir¹⁶ (TMK m. 640 /III, VVMT m. 54/ II).

Her ne kadar HMK m. 382 hükmünde örnek olarak zikredilen çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmasa da miras ortaklığına temsilci atanmasının bir çekişmesiz yargı işi olduğu kabul edilmektedir¹⁷. Temsilci atanmasının çekişmesiz yargı işi olması, talebin hasımsız olarak sunulacağı anlamına gelmemektedir. Temsilci atanması talebinde bulunurken diğer mirasçıların da talep karşıtı olarak gösterilmesi gerekmektedir¹⁸. Nitekim temsilci atanması tüm mirasçıları ilgilendiren, onların tasarruf yetkilerini kaldıran, masrafların terekeden karşılandığı bir hukuki müessesedir. Dolayısıyla tüm mirasçıların en baştan sürece dahil edilmeleri gerekmektedir.

ortaklığının işlemez duruma geldiği hallerde miras ortaklığına temsilci atanması için gerekli şartlar oluşmuş demektir.”, Karar için bkz. EREN/AKTÜRK, s.507. Aynı yönde Yargıtay 2.HD., 20.02.2012, E.2012/626, K. 2012/3143; Yargıtay 2.HD., 18.07.2011, E.2010/10104, K.2011/12563, kararlar için bkz. ORUÇ, s.34.

⁸ ŞENER, Oruç Hami: “Tereke Temsilcisi Atanmasına İlişkin İlke ve Esaslar”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 8 (Özel), 2013, s.2580; ORUÇ, s.35. Öğretide, “hâkimin kendisine yapılan başvuru üzerine fazla eli sıkı davranmaması, temsilci atanmasında küçük bir fayda görmesi hâlinde bile atamayı yapması” gerekliliği ifade edilmektedir, bkz. DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024, s.474 ve dn.1177’de anılan yazarlar.

⁹ Mirası reddedenler mirasçılık sıfatını kaybedecekleri için talepte bulunamazlar. Mirasçılıktan çıkarılan kişinin alt soyu talepte bulunabilir. Önmirasçı, mirası artırmaya aktarmaya yükümlü olduğu zamana kadar yetkilidir; artırmaya ise mirası devraldıktan sonra yetkili hale gelir, bkz. ŞENER, s.2564; ORUÇ, s.39; GÜMÜŞ, s.98 vd.

¹⁰ İradî temsilcinin özel temsil yetkisine sahip olması durumunda miras ortaklığı temsilcisi atanması talebinde bulunması mümkündür ancak talebin mahkemeye yöneltilmesi gerektiği için temsilcinin aynı zamanda avukat sıfatına sahip olması gerekmektedir, bkz. GÜMÜŞ, s.89; ŞENER, s.2564.

¹¹ GÜMÜŞ, s.100; ORUÇ, s.38. Mirasçılık belgesi alınması için açılan dava, miras ortaklığı temsilcisi atanması için açılan davada bekletici mesele yapılır, GÜMÜŞ, s.101.

¹² ŞENER, s.2565; GÜMÜŞ, s.98.

¹³ Temsilcinin görevinin mirasçıların talebiyle sona ermesi için bir veya birden fazla mirasçının temsilci atanması için gerekli koşulların artık mevcut olmadığını, miras ortaklığı üzerinde işlem yapamama halinin söz konusu olmadığını ve temsilciye artık ihtiyaç duyulmadığını ileri sürerek mahkemeden temsilcinin görevine son verilmesini istemeleri gerekmektedir, bkz. ORUÇ, s.203.

¹⁴ GÜMÜŞ, s.140.

¹⁵ Miras ortaklığı temsilcisinin hukuki niteliğine bağlı olarak ortaya çıkan yetkili mahkemenin belirlenmesine yönelik tartışmalar için bkz. GÜMÜŞ, s.122, “Ancak bu noktada vurgulanmalıdır ki, VVMT m. 54- 56 hükümleri tereke temsilcisini kayyım olarak görürken ve söz konusu Tüzük hükümleri üzerinden Yargıtay tereke temsilcisini bir tür özel kayyım olarak nitelerken, tereke temsilciliği tesisine ilişkin yetkili mahkeme belirlenirken kayyımlik tesisinde yetkili mahkemeyi gösteren TMK m. 430 hükmünün göz önüne alınması gerekirdi.”

¹⁶ Miras ortaklığı temsilcisi özel kayyım olarak kabul edildiğinde Sulh Hukuk Mahkemesi, “vesayet makamı” sıfatıyla hareket etmektedir, bkz. GÜMÜŞ, s.120.

¹⁷ GÜMÜŞ, s.128, ORUÇ, s.36.

¹⁸ Yargıtay 2.HD., 15.05.2013, E.2013/9471, K.2013/13821; Yargıtay 14.HD., 07.11.2016, E.2016/15664, K.2016/9198.

Çekişmesiz yargı işi olmasının bir sonucu olarak miras ortaklığı temsilcisi atanması sürecinde basit yargılama usulü uygulanır (HMK m. 385/I, HMK m. 316/I a). Basit yargılama usulünde mahkeme dilediği tarihte duruşma belirleyebilir ya da duruşma yapmadan evrak üzerinden karar verebilir (HMK m. 320/I). Ancak miras ortaklığı temsilcisi atanmasında Yargıtay duruşma yapılarak karar verilmesi zorunluluğunu içtihtat etmektedir¹⁹.

Miras ortaklığı temsilcisi atanmasının mirasçılar açısından önemli sonuçları bulunmaktadır. Karar, kurucu nitelikte inşai bir çekişmesiz yargı kararı niteliğindedir ve tüm mirasçılar için sonuç doğurmaktadır. Karar neticesinde mirasçıların tereke üzerinde elbirliğiyle mülkiyet hakları devam etmekle birlikte terekeye ilişkin yönetim, tasarruf ve temsil yetkileri sona ermektedir. Terekenin temsili ve idaresinde, görevi mirasın paylaşılmasına kadar devam edecek olan miras ortaklığı temsilcisi tek yetkili kişi olur²⁰.

Mirası kanuni red süresi olan 3 aylık süre içerisinde temsilci atanması talebinde bulunulursa (TMK m. 606/I), bununla mirasın örtülü olarak kabul edildiği sonucu çıkarılır (TMK m. 610/II) ve artık red hakkının kullanılması mümkün olmaz.

D. Hukuki Niteliği

Miras ortaklığı temsilcisinin hukuki niteliğinin belirlenmesi onun görevinin niteliği ile yakından ilgilidir. Başka bir ifadeyle bunun tespiti, miras ortaklığı temsilcisinin kamusal bir görev mi ifa ettiğini yoksa bağımsız bir özel hukuk müessesesinin mi söz konusu olduğunu belirlemektedir.

Miras ortaklığı temsilcisinin hukuki niteliğine ilişkin olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür²¹. Yargıtay kararlarında da bu konuda bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Ancak kurum, Yargıtay kararlarında ağırlıklı olarak bir vesayet organı olarak görülmekte ve kamu hukuku alanında konumlandırılmaktadır²². Bu görüşe göre tereke temsilcisi “özel kayyım” olarak nitelendirilmekte ve TMK’da yer alan kayyımliğa ilişkin hükümler kıyasen uygulanmaktadır²³. TMK m. 426 uyarınca *kanunda gösterilen diğer hallerde ilgilinin isteği üzerine* temsil kayyımı atanması mümkündür. Kayyım atanmasında, vasinin atanması usulüne ilişkin kurallar uygulanır (TMK m. 431). Dolayısıyla hukuki niteliğin bu şekilde belirlenmesi gerek temsilcinin atanması gerekse görev ve denetimine ilişkin olarak uygulanacak kuralları etkilemektedir. Yargıtay’ın bu görüşü öğretide haklı olarak eleştirilmektedir²⁴. Nitekim vasiyeti yerine getirme görevlisi için bile öngörülmemiş olan kamu denetiminin miras ortaklığı temsilcisi için aranmasının haklı bir nedeni bulunmamaktadır.

Öğretide ağırlıklı olarak savunulan bizim de katıldığımız görüş uyarınca miras hukuku temsilcisi kendine özgü bir özel hukuk kurumudur²⁵. Her ne kadar mahkeme kanalıyla atansa da kamusal bir görev ifa etmemekte²⁶ ya da sulh hakiminin adına hareket etmemektedir²⁷. Miras ortaklığı temsilcisi, miras ortaklığının yasal temsilcisidir²⁸. Ancak buradaki yasal temsilcilik TMK’da kamu görevi olarak düzenlenmiş olan vesayet kavramından farklıdır. Bunun neticesi olarak da tereke temsilcisinin atanması, görev ve denetiminde uygulanacak kurallar belirlenirken kayyımlik ve vesayet hükümleri değil miras ve borçlar hukukunun ilgili hükümleri uygulanmalıdır. Vasiyeti yerine getirme görevlisi (TMK m. 550 vd.), resmi tasfiye memuru (TMK m. 592, 632) ve vekaletle ilişkin hükümlerin (TBK m. 502 vd.) niteliği uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması gerekmektedir²⁹.

E. Benzer Müesseselerden Farkı

TMK m. 640/III uyarınca atanacak olan miras ortaklığı temsilcisi TBK m. 40 vd. da düzenlenen iradi temsil ilişkisinden farklıdır. Mirasçıların iradi olarak, hukuki bir işlemle TBK m. 40 uyarınca temsilci atamalarına engel bir durum bulunmamaktadır. Mirasçılardan birinin temsilci vasıtasıyla hareket etmesi

¹⁹ ORUÇ, s.37, dn.148’deki kararlar ve yazarlar.

²⁰ Miras ortaklığı temsilcisinin sahip olduğu bu yetkinin istisnasını FSEK m. 65 hükmü oluşturmaktadır. Buna göre eser sahibinin terekesinde bu kanunun tanıdığı mali haklar mevcut olup da TMK uyarınca bir temsilci tayin edilmişse, temsilci bu haklar üzerinde yapacağı muameleler için mirasçıların kararını almaya mecburdur. Bu hüküm uyarınca miras ortaklığı temsilcisinin işlem yapma yetkisi devam etmektedir ancak işlem yapmadan önce mirasçıların kararını alması gerekmektedir.

²¹ Görüşlerin ayrıntılı olarak değerlendirilmesi için bkz. GÜMÜŞ, s.10 vd.

²² Yargıtay 2.HD., 23.02.2012, E.2010/18663, K.2012/3575; Yargıtay 14.HD., 06.03.2019, E.2016/7571, K.2019/2049; Yargıtay 14.HD., 05.03.2019, E.2016/7485, K.2019/1955; Yargıtay 8.HD., 07.03.2019, E.2018/9489, K.2019/2396.

²³ “Miras ortaklığı temsilcisi özel kayyım niteliğindedir. TMK m. 431. maddesi uyarınca vasi tayininde usul kayyım (mümessil) için de uygulanır. TMK’nın 422. maddesi gereğince vasinin sıfatına karşı yapılan itirazlar ve vasinin ileri sürdüğü kaçınma sebeplerini inceleme görevi ile ilgili yasal hükümlerin mümessile yapılan itirazın ya da kaçınma sebeplerinin incelenmesinde de gözetilmesi zorunludur. TMK’nın 422. maddesi uyarınca tereke temsilcisinin ileri sürdüğü kaçınma sebeplerini inceleme görevi öncelikle vesayet makamı olan sulh mahkemesine, onun kabul etmemesi halinde denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesine aittir (TMK m. 397). Öte yandan TMK’nın 483. maddesinde vasinin görevden alınması düzenlenmiş olup bu hüküm tereke temsilcisi hakkında da uygulanacaktır.” Yargıtay 14.HD., 25.05.2015, E.2015/2885, K.2015/5792 (kazancı, s.e.t. 18.06.2025).

²⁴ ŞENER, s.2561; GÜMÜŞ, s.31; ORUÇ, s.23.

²⁵ ŞENER, s.2561 vd.; ORUÇ, s.24; GÜMÜŞ, s.34.

²⁶ Aksi yönde bkz. SEROZAN/ENGİN, s.97, “... mirasçıların tümüne bir kamusal tereke temsilcisi atanması düşünülebilir.”

²⁷ Aksi yönde bkz. HATEMİ, s.143.

²⁸ Miras ortaklığının tüzel kişiliği bulunmaması sebebiyle “yasal temsil” ifadesi eleştiriye açık olsa da burada tüzel kişiliği bulunmayan bir ortaklığın, mahkeme kanalıyla atanan bir kişi tarafından yönetilmesi ve gerektiğinde dava kanalıyla da temsil edilebilmesi söz konusudur. Ayrıca bkz. DURAL/ÖZ, s.474, “Miras ortaklığının tüzel kişiliği bulunmadığından, atanan temsilci, yetkileri çerçevesinde, her bir mirasçının temsilcisi gibidir.”

²⁹ ŞENER, s.2561 vd.; ORUÇ, s.11; GÜMÜŞ, s.34; DURAL/ÖZ, s.474. DURAL/ÖZ, “Temsilcinin yetkileri bakımından vasiyeti yerine getirme görevlisinin ve mirası resmen idareye memur olarak atananların, niteliği bakımından uygun düştüğü ölçüde TBK m. 40 uyarınca temsilcinin yetkilerinin; sorumluluk bakımından da vekilin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi tutulması gerektiğini” ifade etmiştir, bkz. s.474, 475.

mümkün olduğu gibi tüm mirasçılarının oybirliği ile ortak bir temsilci belirlemelerinin önünde de bir engel bulunmamaktadır. Mirasçılar, TMK m. 640 hükmünden farklı olarak burada iradi olarak istedikleri zaman bir temsilci belirleyebilir ve aynı şekilde görevine son verebilirler³⁰. İradi olarak atanan temsilci, temsil olunan adı ve hesabına görev yaparken TMK m. 640 uyarınca atanmış olan temsilci miras ortaklığının menfaatini gözeterek kendi adına işlem yapmaktadır³¹. TBK m. 40 uyarınca belirlenecek olan temsilci mirasçılardan biri olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir. Bu durumda temsilcinin hak ve görevleri, atanması ve görevinin sona ermesine ilişkin hususlar tamamen TBK hükümleri uyarınca belirlenecektir. Örnek olarak bu temsilcinin, TMK m. 640 uyarınca atanan temsilciden farklı olarak sulh mahkemesince denetimi söz konusu olmayacaktır. Miras ortaklığı temsilcisinin atanması, mirasçılarının miras ortaklığına ilişkin tasarruf yetkisini ve borç altına girme ehliyeti dahil, tereke üzerindeki tüm yönetim yetkilerini ortadan kaldırırken; iradi temsilci atanması durumunda mirasçılarının elbirliği ilkesine dayalı olarak tasarruf yetkisi ve borçlandırıcı işlemde bulunma ehliyeti devam eder. Nitekim miras ortaklığı temsilcisi bir yönetim yetkisine sahipken, iradi temsilci yönetim işlerine ilişkin bir temsil yetkisini haizdir.

Miras ortaklığı temsilcisi, vasiyeti yerine getirme görevlisinden³² (TMK m. 550-556) farklıdır. Nitekim vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasbırakanın yaptığı bir ölüme bağlı tasarrufla yani mirasbırakanın iradesine bağlı olarak belirlenirken, miras ortaklığı temsilcisi mirasçılarının talebiyle mahkeme tarafından atanır. Vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmasının amacı³³, terekeye ilişkin gerekli önlemlerin, mirasbırakanın iradesine uygun olarak, hızlı ve güvenilir bir şekilde alınmasıyla vasiyet ve paylaşım kurallarının yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Miras ortaklığı temsilcisinde ise miras ortaklığının menfaatleri gözetilerek tereke üzerinde bu doğrultuda işlem yapılabilmesi amaçlanmaktadır. Miras ortaklığı temsilcisi ne mirasbırakanın ne de mirasçılarının temsilcisi konumunda değildir. Vasiyeti yerine getirme görevlisi miras paylaşımı konusunda da yetkili kılınabilir ancak temsilcinin görevi paylaşım kadardır. Miras ortaklığı temsilcisinin mirasın paylaşılması görevi bulunmamaktadır. Son olarak şunu belirtmek gerekir ki vasiyeti yerine getirme görevlisi atanması ancak öngörü sahibi bir mirasbırakanın ölmeden önce yapacağı bir tasarrufa bağlı olduğu için hukukumuzda uygulaması miras ortaklığı temsilcisinin uygulamasına nazaran daha azdır.

Miras ortaklığına temsilci atanması, TMK m. 589/II’de koruma önlemi olarak zikredilen terekenin resmen yönetilmesinden³⁴ de farklıdır. TMK m. 592’de sayılan şartların varlığı halinde sulh hâkimi re’sen mirasın yönetilmesine karar verir. Miras ortaklığı temsilcisi atanmasına ise re’sen karar verilmesi mümkün değildir. Bunun dışında atanma gerekçeleri, yetkileri ve görev süresi bakımından iki müessese birbiriyle benzerdir. TMK m. 592’de sayılan sebepler tereke temsilcisi atanması için de haklı neden oluşturmaktadır. Her iki kurumun amacı da terekedeki mal ve hakların korunması ve zarar görmeden mirasçılara intikalin sağlanmasıdır. Yine iki müessesede de mirasçılarının tereke malları üzerindeki zilyetlik, yönetim ve tasarruf hakları ellerinden alınarak miras ortaklığı temsilcisi veya resmî görevli tereke yöneticisine geçer. Son olarak her ikisinin görevi de paylaşım kadar devam eder.

Son olarak miras ortaklığı temsilcisi, resmi tasfiye memurundan da farklıdır. Resmi tasfiye³⁵, mirasın açılması ile mirasçılara tanınan seçimlik haklardan biridir. Resmi tasfiye ile mirasçılar, tereke borçlarından sadece tereke malvarlığı ile sorumlu olurlar. Dolayısıyla resmi tasfiye, terekenin yetkili tasfiye memuru tarafından tasfiye edilmesi, tereke borçları ödendikten sonra artan bakiyenin mirasçılara verilmesini sağlayan hukuki bir müessesedir. İki kurum arasındaki temel fark da buradan kaynaklanmaktadır. Miras ortaklığı temsilcisinin görevi mirasın paylaşılmasına kadar devam ederken resmi tasfiye memurunun görevi mirasın tasfiyesini sağlamaktır. Resmi tasfiyeye gerek re’sen (TMK m. 612, 614) gerek talep üzerine karar verilmesi mümkündür. Hem mirasçılarının (TMK m. 632) hem de mirasbırakanın alacaklılarının (TMK m. 633) talep hakkı bulunmaktadır.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA MİRAS ORTAKLIĞI TEMSİLCİSİ

A. İsviçre Hukuku

İsviçre Hukuku’nda da miras ortaklığı temsilcisi müessesesinin uygulaması oldukça fazladır. Her iki hukuk sistemindeki hükümlerin benzerliği nedeniyle tekrardan kaçınmak adına bu başlık altında İsviçre Hukuku’na ilişkin genel bilgilere yer verilmiştir. Bununla birlikte müessesenin hukuki niteliği ve miras ortaklığı temsilcisinin taşınmazlar üzerindeki yetkisi hukukumuz açısından tartışmalıdır. Bu konulara ilişkin İsviçre Hukuku’nun benimsediği görüş ve çözümlere de değinilmiştir.

1. Temsilcinin Atanması ve Hukuki Niteliği

İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 602/III uyarınca miras ortaklığı temsilcisi atanması mümkündür. Miras ortaklığının elbirliğiyle idare edilmesi gereğinin doğurabileceği sıkıntıları bertaraf etmek ve işleyemez durumuma gelen miras ortaklığına yeniden hareket kazandırabilmek adına mirasçılarının istemi üzerine,

³⁰ İradi olarak oybirliği ile atanan temsilcinin, tek bir mirasçı tarafından azledilebileceği kabul edilmektedir. Bu yöndeki ve aksi yöndeki görüşler için bkz. GÜMÜŞ, s.8.

³¹ GÜMÜŞ, s.9; ANTALYA, Gökhan: Miras Hukuku Cilt III, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s.485.

³² AKBIYIK, Cem: Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Oniki Levha Yayınları, 2012, s.10 vd.; EREN/AKTÜRK, s.175 vd.; ANTALYA, s.269 vd.; YILMAZ, s.148 vd.

³³ EREN/AKTÜRK, s.175; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.253 vd.; KOCAAĞA, Köksal: “Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Hukuki Niteliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, VI(1-2), 2002, s.55 vd.; KOCAAĞA, Köksal: Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

³⁴ EREN/AKTÜRK, s.458; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.495; SEROZAN/ENGİN, s.483; ANTALYA, s.398; YILMAZ, s.287 vd.

³⁵ EREN/AKTÜRK, s.561; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.541; SEROZAN/ENGİN, s.544; ANTALYA, s.457 vd.; YILMAZ, s.346 vd.

tasfiyeye kadar görev yapması için mahkeme tarafından miras ortaklığına temsilci atanabileceği öngörülmüştür³⁶.

Miras ortaklığı temsilcisinin atanabilmesinin maddi şartı, ortaklığın hareket kabiliyetini kaybetmesi olması, mirasın rasyonel bir şekilde korunması ve yönetilmesinin imkânsızlaşması ya da önemli ölçüde zorlaşmasıdır³⁷. Mirasçılar arasındaki iç anlaşmazlıklar, mirasın yönetimi konusundaki görüş ayrılıkları miras ortaklığı temsilcisi atanması için yeterli bir sebep değildir. Miras hukukunun diğer müesseseleriyle çözülebilecek bu tür durumlarda doğrudan miras ortaklığı temsilcisi atanması yoluna gidilmemeli ve mirasın özgürce paylaşılması ilkesi (Art. 607/II ZGB) bu yolla sınırlandırılmamalıdır³⁸. Aynı şekilde, tek bir mirasçının tüm mirastan yararlanması durumu da diğer mirasçılar açısından somut bir tehlike oluşmadığı sürece, temsilci atanmasını gerektirmez. Mirasçılar arasında bozulan güven ilişkisi de temsilci atanması için tek başına yeterli değildir³⁹. Mirasçıların acil durumlarda oybirliği gerekmeden tek başlarına hareket edebilmeleri⁴⁰ de miras ortaklığına temsilci atanması ihtiyacını azaltmaktadır.

Eğer bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmışsa ya da mirasın resmi yönetimi söz konusu ise miras ortaklığı temsilcisi atanması mümkün değildir. Ancak vasiyeti yerine getirme görevlisinin görev alanı sınırlıysa ve onun dışında kalan kısım için şartların oluşması hâlinde miras ortaklığı temsilcisi atanması mümkündür. Miras paylaşıldıktan sonra da miras ortaklığı temsilcisinin atanması mümkün değildir. Paylaşımaya yönelik itiraz ve davaların diğer miras hukuku müesseseleriyle çözümü gerekmektedir.

Burada son olarak belirtmek gerekir ki İsviçre hukukunda da miras ortaklığı temsilcisinin kendine özgü bir özel hukuk kurumu olduğu kabul edilmektedir⁴¹.

2. Temsilcinin Görev ve Yetkileri

İsviçre hukukunda miras temsilcisinin görevlerini, onu atayan makam belirler. Bir taşınmazın yönetimi gibi belirli işlemlerle sınırlı bir özel ya da genel bir miras temsilcisi (genel miras yönetimi) atanması mümkündür⁴².

Miras ortaklığı temsilcisi, mirasçıların değil miras ortaklığının yasal temsilcisidir. Bu anlamda miras ortaklığını yönetme, dava ve takiplerde temsil etme, miras ortaklığına dahil malvarlıkları üzerinde tasarruf etme yetkisini haizdir. Bu işlemleri yaparken mirasçıların onayına ihtiyaç duymadığı gibi mirasçıların görüşleri ve hatta oybirliği ile aldıkları kararlarla dahi bağlı değildir⁴³.

Miras ortaklığı temsilcisi miras işlemlerini yürütmek, miras varlıklarını korumak ve arttırmak, borçları ödemek, vasiyeti yerine getirmek için terekedeki malları satabilir, borç altına girebilir⁴⁴. Miras paylaşımı için hazırlıklar yapabilir ancak mirasın fiili paylaşımını yapamaz. Ayrıca mirasçılara karşı dava açma ve vergi işlemlerini yürütme yetkisi de bulunmaktadır⁴⁵.

Miras ortaklığı temsilcisi taşınmazlar üzerinde de tasarruf yetkisine sahiptir. Temsilci bu yetkisini Art. 962a/II ZGB uyarınca tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydettirebilir⁴⁶. Kayıt, kurucu nitelikte olmayıp, üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını bertaraf etme işlevi görür.

B. Alman Hukuku

Alman Hukukunda miras ortaklığının yönetimi ve temsili Türk hukukundan oldukça farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu başlık altında miras ortaklığı yönetimine ilişkin mukayeseli bir bakış açısı sunmak adına Alman Hukuku'ndaki düzenlemelere yer verilmiştir. Aşağıda detaylarıyla ele alındığı üzere doğrudan miras ortaklığı temsilcisine karşılık gelen bir müessese Alman hukukunda bulunmamaktadır.

1. Miras Ortaklığının Yönetimi

Alman hukukunda § 2032/ I BGB uyarınca birden fazla mirasçının varlığı halinde miras ortaklığı, kanun gereği kurulur. Mirasçılar arasında elbirliğiyle mülkiyetin varlığı kabul edilir⁴⁷. Miras ortaklığının yönetilmesinde ise § 2038 BGB ve § 2040 BGB hükümleri belirleyicidir. § 2038/I BGB uyarınca kural olarak

³⁶ TUOR, Peter/SCHNZDER, Bernhard/SCHMID, Jörg: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Schulthess Polzgraphischer Verlag, Zürich 1995, s.540; Basler Kommentar/MINNIG, Art. 602 N. 45.

³⁷ BK- WOLF, Art. 602 N. 138.

³⁸ BK- WOLF, Art. 602 N. 139.

³⁹ BGer 5D_133/2010, T. 12.01.2011, E. 5.1.

⁴⁰ BGE 144 III 277 S. 278, "Acil durumlarda, her bir mirasçı, kendisine tanınan yasal yetkiler çerçevesinde, miras topluluğunu tek başına temsil etme hakkına sahiptir. Bu yetkiler, aciliyet ortadan kalktığında sona erer. Bu olayda, miras bırakanın mirasına dahil edilmesi gereken kira alacaklarının zaman aşımını kesmek amacıyla bir takip talebinin yapılmasında aciliyet koşulu kabul edilmiştir. Acil durumlarda yasal yetkilere dayanılarak gerçekleştirilen işlemler, diğer mirasçıların onayını gerektirmez. Ancak, miras topluluğunu temsil eden mirasçının sorumluluğu saklı tutulur."

BGE 125 III 219 S. 219, "İsviçre Medeni Kanun'un 602. maddesinin 1. fıkrasına göre, bir mirasçılar topluluğu oluşturan birden fazla mirasçı, miras üzerindeki haklar konusunda, sözleşmesel veya yasal temsil ve yönetim yetkileri saklı kalmak kaydıyla, mirasın elbirliği mülkiyeti kapsamında birlikte hareket eder. Bu nedenle, kural olarak, bireysel mirasçılar miras adına tek başlarına hareket edemezler. (...) Yargı içtihatlarına göre, bu kuraldan yalnızca acil durumlarda istisna yapılabilir. Bunun yanı sıra, diğer mirasçıların onayına dayanmayan mirasçıların, tüm mirasçılar veya mirasçılar topluluğu adına hareket etmeleri gerektiği şartı aranır."

⁴¹ PICENONI, Jeniffer: Der Erbenvertreter nach Art. 602 Abs. 3 ZGB, Zürich 2004, s.14; Basler Kommentar/MINNIG, Art. 602 N. 46; BK- WOLF, Art. 602 N. 154; BGer 24.11.2014, 5A_813/2014, E.3.

⁴² Basler Kommentar/MINNIG, Art. 601 N. 60; BK- WOLF, Art. 602 N. 161; BGer 25.04.2017, 5A_554/2016, E. 3.2.

⁴³ BK- WOLF, Art. 602 N. 155; PICENONI, s.18.

⁴⁴ BK- WOLF, Art. 602 N. 162.

⁴⁵ BK- WOLF, Art. 602 N. 162.

⁴⁶ BK- WOLF, Art. 602 N. 163.

⁴⁷ LEIPOLD, Dieter: Erbrecht, 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2020, s.294; ZIMMERMANN, Walter: Erbrecht, 5. Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2019, s.259; MüKo/ Gergen § 2038 BGB Rn. 1.

mirasçılar, miras ortaklığını birlikte yönetirler. Miras ortaklığının yönetiminde dikkat edilmesi gereken temel konu ise paylaşıma kadar miras ortaklığının değer kaybını önlemektir. Hem mirasçıların hem alacaklıların yararına hizmet eden bu düşünce, miras ortaklığının yönetimindeki temel amacı oluşturmaktadır⁴⁸.

Alman hukukunda öncelikle miras ortaklığının yönetimi ile ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Gerek öğreti gerekse mahkeme kararlarında ilgili maddelerin hem iç hem dış işlerin idaresini kapsadığı konusunda hem fikir olunmuştur⁴⁹. Başka bir ifade ile miras ortaklığının idaresi denildiğinde hem mirasçılar arasındaki iç ilişki hem de miras ortaklığının 3. kişilerle olan ilişkilerinde temsil edilmesi anlaşılmaktadır. Alman Federal Mahkemesi de miras ortaklığının idaresini “miras varlıklarının güvence altına alınması, korunması, artırılması, gelir elde edilmesi, değerlendirilmesi ve borçların ödenmesine hizmet eden tüm fiili ve hukuki önlemler” olarak tanımlamıştır⁵⁰. Miras ortaklığının iç ilişkideki idaresinde § 2038 BGB uygulanırken dış ilişkide § 2040 BGB göz önünde bulundurulmalıdır⁵¹.

Miras ortaklığının temsilde olağan dışı (alışılmıştan dışındaki) işler, olağan (alışılmış) işler ve acil işler olmak üzere üçlü bir ayrıma gidilmektedir⁵². Bu ayrım mirasçıların nasıl hareket etmesi gerektiğini belirlediği için önemlidir. Alışılmıştan dışındaki işlerde mirasçıların oybirliği ile hareket etmeleri gerekirken (§ 2038/ I c. 1 BGB ve § 2040/I BGB) alışılmış işlerde oy çokluğu yeterlidir (§ 2038/ II c. 1 BGB, § 745/I BGB). Acil işlerde ise her bir mirasçının tek başına hareket etme yetkisi bulunmaktadır (§ 2038/I c. 2 BGB, § 2039 BGB). Dolayısıyla elbirliğiyle hareket ilkesi sadece alışılmıştan dışındaki işler için geçerlidir.

İşin, miras ortaklığındaki malların tamamı gözetilerek ve yapılacak işlemle miras ortaklığının değer kaybedip kaybetmeyeceğine bakılarak olağan, olağan dışı veya acil bir iş olup olmadığının tespiti gerekmektedir⁵³. Mirasın bütünü esaslı bir şekilde değiştirmedeği sürece münferit eşyaların işlenmesi ya da satılması olağan iş olarak kabul edilerek oy çokluğuyla yapılabilir⁵⁴. Taahhüt işlemlerinin yapılması da olağan iş olarak kabul edilmektedir. Ancak örneğin mirasın önemli bir kısmını oluşturan çok eski, yıkık dökük bir evin tadilatı olağandışı bir tasarruf olarak kabul edilmektedir. Mirasçıların bir ticari işletmeyi kişisel sorumluluğun doğması nedeniyle devam ettirmesi, arsanın bölünmesi, bir motorlu taşıt park yeri olarak kullanılan alana garaj inşa edilmesi de olağan dışı işlere örnek olarak gösterilmektedir⁵⁵.

Tasarruf işlemlerinin ne şekilde yapılması gerektiği konusunda tartışmalar devam etmektedir⁵⁶. Kural olarak olağan dışı iş kapsamında değerlendirilerek oy birliği şartı aransa da⁵⁷ son yıllarda mahkeme kararlarıyla bu anlayış esnetilmiştir⁵⁸. Şöyle ki Alman Federal Mahkemesi 2009 yılında kira sözleşmesinin feshine ilişkin vermiş olduğu bir kararda mirasçıların oyçokluğuyla taahhüt işlemi yaparak üçüncü kişilerle bağlayıcı sözleşmeler yapabilmeleri ve borç altına girebilmeleri mümkünse bu sözleşmelerin feshinin de oyçokluğuyla yapılabilmesi gerektiğini, burada oybirliğinin aranmaması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁹.

2. Mirasçıların Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü

Olağan işlerde mirasçıların ortak hareket etme yükümlülükleri bulunmaktadır ve bu yükümlülüğe aykırı davranarak miras ortaklığını felce uğratan mirasçıya karşı dava açılarak zorlanması mümkündür⁶⁰. İç ilişkide oyçokluğu ile alınan bu kararın dış temsilde de geçerli olduğu kabul edilmektedir. Yani mirasçılar, terekeye ait bir gayrimenkulün kiralanmasına oy çokluğu ile karar vermişlerse, bu kararı alan mirasçıların üçüncü kişi ile sözleşmeyi imzalaması da geçerli olarak görülmektedir⁶¹.

Olağan dışı işlerde, özellikle bir tasarruf işleminin söz konusu olması durumunda dış ilişkide § 2040 BGB uygulanacağı için oybirliği gerekmektedir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere tasarruf işlemlerinde elbirliğiyle hareket ilkesi yumuşatılmaktadır. Ortak hareket etmekten kaçınan mirasçıya karşı dava açılarak işleme zorlanması mümkündür. Kesinleşmiş mahkeme kararı, mirasçının kararı yerine geçmektedir⁶².

⁴⁸ Nomos Kommentar § 2038 BGB Rn. 1; SPANL, Reinhold: Erbengemeinschaft: Verwaltung, Auseinandersetzung, Ausgleichung, 2. Auflage, Walhalla Fachverlag, Regensburg 2013, s.40.

⁴⁹ Nomos Kommentar § 2038 BGB Rn. 2; ZIMMERMANN, s.268; SPANL, s.38.

⁵⁰ BGH FamRZ 65, 267.

⁵¹ ZIMMERMANN, s.269.

⁵² LEIPOLD, s.299 vd.; ZIMMERMANN, s.269; Nomos Kommentar § 2038 BGB Rn. 3; MüKo/ Gergen § 2038 BGB Rn. 2, 3; WETZEL, Hans Peter/ ODERSKY, Felix/ GÖTZ, Hellmut, Handbuch des Erbengemeinschaft, C.H.Beck, 2019, § 2038 Rn. 8 vd.

⁵³ MüKo/ Gergen § 2040 BGB Rn. 5vd; WETZEL/ ODERSKY/ GÖTZ, Handbuch des Erbengemeinschaft, § 2038 Rn. 8 vd.

⁵⁴ ZIMMERMANN, s.269; SPANL, s.40; Nomos Kommentar, § 2038 BGB Rn. 12.

⁵⁵ ZIMMERMANN, s.270; Nomos Kommentar, § 2038 BGB Rn. 12.

⁵⁶ § 2040 BGB uyarınca tasarruf işlemi, borçlar hukukundaki ifadesiyle uyumlu olarak, bir hak üzerinde doğrudan etkisi olan işlemler olarak kabul edilmektedir. Bir hakkın kazanılması, devredilmesi ya da içeriğinin değişmesini sağlayan işlemler bu niteliktedir. Terekede yer alan taşınır ve taşınmazların devri, muris tarafından yapılmış bir kira veya kullanım sözleşmesinin feshi ve mirasa ait bir alacak ile bir miras borcunun mahsuplaşması gibi işlemler buna örnek olarak gösterilebilir. Ancak miras ortaklığının yönetimini tıkamak adına tasarruf işlemi kavramının § 2040 BGB uyarınca dar yorumlanması gerektiği de savunulmaktadır., bkz. LEIPOLD, s.300; ZIMMERMANN, s.278.

⁵⁷ Mirasçıların yalnızca birlikte tasarrufta bulunabilecek olmaları, tasarruf işlemi sırasında tüm mirasçıların doğrudan işleme katılması gerektiği anlamına gelmez. Tasarruf yetkisine ilişkin genel ilkelere göre, bir mirasçı tarafından yapılan tasarruf, diğer mirasçıların önceden rızası olması veya yapılan tasarrufu sonradan onaylaması durumunda geçerlidir, bkz. LEIPOLD, s.300.

⁵⁸ ZIMMERMANN, s.278; LEIPOLD, s.299; SPANL, s.48.

⁵⁹ BGH v. 11.11.2009 - XII ZR 210/05, bkz. LORENZ: Verhältnis zwischen § 2038 BGB und § 2040 BGB bei der Verwaltung des Nachlasses: Vertragskündigung durch Miterben mit Stimmenmehrheit, NJW 2010, 765.

⁶⁰ RUHWINKEL, Sebastian: Die Erbengemeinschaft, Erich Schmidt Verlag, 2. Auflage, Berlin 2021, s.7; ZIMMERMANN, s.271; SPANL, s.45; Nomos Kommentar, § 2038 BGB Rn. 22, 23.

⁶¹ RUHWINKEL, s.15 vd.; ZIMMERMANN, s.272.

⁶² ZIMMERMANN, s.278.

Görüldüğü üzere Alman hukukunda miras ortaklığının işlem yapamaz hale gelmesi durumunda üçüncü bir kişinin görevlendirilerek miras ortaklığını yönetmesi değil işlemi tıkayan mirasçıya dava açılarak, mahkeme kararının onun iradesi yerine geçmesiyle çözüm getirilmek istenmiştir.

Mirasın üçüncü kişiler tarafından yönetilmesi ise § 1975 BGB’de hüküm altına alınmıştır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu düzenleme bu çalışmanın konusunu oluşturan miras temsilcisi kurumuna karşılık gelmemektedir. Nitekim ilgili hüküm mirasın yönetilmesi (Nachlassverwaltung) ve iflasa (Nachlassinsolvenz) ilişkin düzenlemeler içermektedir. Hükümün amacı, terekenin borca batık olması durumunda mirasçıların malvarlığı ile terekeyi birbirinden ayırarak hem mirasçıları korumak hem de alacaklıların tereke üzerinden haklarına erişebilmelerini sağlamaktır⁶³.

Mahkeme, mirasçıların ya da tereke alacaklıların talebiyle bu önleme başvurabilir. Bunun için terekenin, bu işlemin masraflarını karşılayabilecek durumda olması ve iflas sürecinin başlamamış olması gerekmektedir⁶⁴. Mahkemenin görevlendireceği kişi (Nachlassverwalter) ile mirasçılar arasında kanun gereği bir borç ilişkisi meydana gelmektedir⁶⁵. Bu kişinin görevi terekeyi yönetmek ve yönetimden kaynaklı yükümlülükleri yerine getirmektir⁶⁶ (§ 1985 BGB).

IV. MİRAS ORTAKLIĞI TEMSİLCİSİNİN YETKİLERİ

Miras ortaklığı temsilcisinin temel görevi tereke mallarını korumak, işlemek ve terekenin değerlerini muhafaza etmektir. Bu nedenle miras ortaklığı temsilcisi, terekenin idaresi ve korunması için gerekli her türlü işlemi yapmaya yetkilidir⁶⁷.

Miras ortaklığı temsilcisi öncelikle tasarruf yetkisi kapsamında⁶⁸ tereke borçlarını ödemekle görevlidir. Cenaze giderleri, vergi borçları ve alacaklıların talepleri kanun ve genel hükümlerde belirtilen usul ve sıraya uygun olarak tereke mallarından karşılanır. Terekenin borca batık olması durumunda temsilci, resmi tasfiye talep etme yetkisini haizdir.

Mirasbırakanın alacak ve gelirleri de temsilci tarafından tahsil edilir. Örnek olarak kirada olan bir taşınmazın kira bedellerini toplamak, bankadaki hesap bakiyelerini çekmek konularında yetkilidir. Borçlulara karşı gerekli işlemlerde bulunarak tereke alacaklılarını terekeye mal eder.

Miras ortaklığı temsilcisinin önemli bir yetkisi de yargı mercileri önünde miras ortaklığını temsil etmesidir. Yargıtay HGK’nun 2015 tarihli kararında⁶⁹ vurgulandığı üzere, “tereke adına açılmış veya açılacak davaların tereke temsilcisi veya onun vekil kıldığı avukat marifetiyle sürdürülmesi gerektiği” tartışmasızdır. Dolayısıyla miras ortaklığı temsilcisi, ortaklık aleyhine açılan davalarda ve yapılan icra takiplerinde ortaklığı temsil eder ve gereken hallerde ortaklık adına dava açmaya, icra takibinde bulunmaya, davadan feragate ve kabule⁷⁰ yetkilidir. Temsilci atanmadan önce açılan davaların, sonradan genel yetkili bir temsilci atanması durumunda, temsilci tarafından takip edilmesi gerekir⁷¹.

Ancak bir tereke malını, tereke borcunun ödenmesi dışında bir amaçla başkasına devretmeye, terekenin menfaatine olduğunu düşünse de yatırım amaçlı işlemler yapmaya, tereke malını daha değerli başka bir malla değiştirmeye ya da terekeyi mirasçılar arasında paylaşmaya yetkili değildir.

A. Yetkinin Sınırlandırılması ve Özel Yetkinin Tanınması

Bu başlık altında ilk olarak miras ortaklığı temsilcisinin sadece tüm terekeyi idare etmek üzere yani genel yetkiyle atanması zorunlu mudur yoksa belli davaları takip etmek ya da belli bir taşınmaza ilişkin uyuşmazlıkları çözmek üzere özel yetkili olarak atanması mümkün müdür sorusu üzerinde durulmuştur.

Yukarıda ifade edildiği üzere İsviçre hukukunda miras ortaklığı temsilcisinin sınırlı yetkiyle atanabileceği kabul edilmektedir⁷². Hukukumuzda ise bu konuda öğretideki görüşlerle Yargıtay kararları çelişmektedir.

⁶³ LEIPOLD, s.289; Nomos Kommentar § 1975 BGB Rn. 1 ve 7.

⁶⁴ ZIMMERMANN, s.325 vd.; LEIPOLD, s.289 vd.; Nomos Kommentar § 1975 BGB Rn. 11.

⁶⁵ Nomos Kommentar § 1975 BGB Rn. 18.

⁶⁶ Alman hukukundaki bu kurumun, hukukumuzda yer alan tereke resmi tasfiye memuru atanmasına benzediği düşünülebilir. Nitekim tereke alacaklılarının da tereke remi tasfiye memuru atanmasını talep hakları bulunmaktadır. Ancak tereke resmi tasfiye memurunun görevi tasfiye ile sınırlıyken, Alman hukukunda düzenlenen terekenin idaresinde sadece tasfiye değil, terekenin tasfiye öncesi idaresi de söz konusudur.

⁶⁷ GÜMÜŞ, s.206 vd.; ORUÇ, s.83 vd.; DURAL/ÖZ, s.472; İMRE, Zahir/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 17. Basım, DER Yayınları, İstanbul 2024, s.448.

⁶⁸ Tasarruf yetkisi kapsamında taşınmaz satışına ilişkin tartışmalar için bkz. Aşağı IV. C.

⁶⁹ Yargıtay HGK, 18.11.2015, E.2015/11730, K.2015/2656.

⁷⁰ Öğretide bir görüş, miras ortaklığı temsilcisinin davayı kabul ve davadan feragat edebilmesi için tüm mirasçıların oybirliğine ihtiyacı olduğu ifade edilmektedir, bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.545. Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüş ise artık dava takip yetkisine sahip olmayan mirasçıların rızasına ihtiyaç olmadan miras ortaklığı temsilcisinin davadan feragat ve davayı kabule muktedir olduğunu savunmaktadır, bkz. GÜMÜŞ, s.588.

⁷¹ Miris muvazaasına dayalı tapu iptal ve tescil davasında, dava sürecinde tereke temsilcisi atandığı hâlde eski davacı (mirasçı) tarafından yargılamaya devam edilmesini usule aykırı bulan Yargıtay, temsilcinin yargısal süreçlerde yer almasının “terekenin menfaatini güvence altına aldığı” gerekçesiyle temsilci eliyle yargılamanın yürütülmesini zorunlu görmüştür, bkz. Yargıtay HGK, 18.11.2015, E.2015/11730, K.2015/2656.

⁷² Bkz. Yukarı III. A.

Yargıtay, birçok kararında miras ortaklığı temsilcisinin sınırlı yetkili olarak atanmasını kabul etmezken⁷³ öğretide temsilcinin, sınırlı yetkiyle atanabilmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁴. Yargıtay bir kararında sadece tek bir taşınmaz satışı için temsilci atanmasının temsilciliğin kapsamını daraltarak miras ortaklığının menfaatine aykırı sonuçlar doğuracağını ifade etmiştir⁷⁵. Öğreti ise aksi yöndeki görüşünü haklı olarak şu şekilde gerekçelendirmektedir⁷⁶; mirasçılar arasında genel olarak değil de örnek olarak tek bir gayrimenkule ya da işletmeye ilişkin bir uyumsuzluk varsa ve buna bağlı olarak sadece bunun için temsilci atanması talep edilmişse, mahkemenin talepten fazlasına hükmederek genel yetkili bir temsilci ataması hukuki olmayacaktır (HMK m. 26/I)⁷⁷. Diğer taraftan genel temsilci atanması özel yetkili temsilci atanmasından çok daha masraflı olacaktır. Özel yetkili miras ortaklığı temsilcisi atanarak çözülebilecek bir sorunu genel yetkili bir temsilci atanarak daha masraflı hale getirmek mirasçıların zararına olacaktır. Aynı şekilde temsilci atanması, mirasçıların haklarına ciddi bir müdahale teşkil etmektedir. Dolayısıyla özel temsilci atanarak daha hafif bir müdahale gerçekleştirilebilecekken genel temsilci atanması yoluna gidilmesi eleştirilmektedir.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer nokta, genel yetkili olarak atanan miras ortaklığı temsilcisinin belli işler için (TBK m. 504/III) özel olarak yetkilendirilmesi gerekip gerekmediğidir⁷⁸. Burada hemen belirtmek gerekir ki vekaletin kapsamını düzenleyen TBK m. 504/III hükmü niteliği uygun düştüğü ölçüde miras ortaklığı temsilcisi için de kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

TBK m. 504/III uyarınca, vekilin dava açabilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi gerekmektedir. Miras ortaklığı temsilcisinin atanması kararı bu yetkiyi barındırmaktadır. Dolayısıyla dava açabilmesi için özel yetki gerekmektedir. Bunun dışındaki konularda ise özel yetki gerekmektedir. Sonuç olarak miras ortaklığı temsilcisi özel olarak yetkilendirilmedikçe iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz⁷⁹.

Bu başlıkta ele alınması gereken son konu da mahkeme tarafından genel olarak yetkilendirilen temsilciye, özel yetki gerektiren hallerde bu yetkiyi mirasçıların mı yoksa mahkemenin mi vermesi gerektiği sorusudur. Kanaatimizce temsilcinin kefil olması durumu ayrı tutulmak üzere⁸⁰ diğer konularda mahkeme kararıyla özel yetkinin tanınması gerekmektedir⁸¹. Mahkeme terekenin durumunu gözeterek atama kararıyla birlikte özel yetki de verebilir. Başlangıçta böyle bir yetki verilmediyse sonradan yine mirasçıların talebiyle özel yetki tanınarak temsilcinin yetkisinin genişletilmesi mümkündür.

B. Temsilci ile Miras Ortaklığı ve Mirasçılar Arasındaki İlişki

Atama kararıyla birlikte miras ortaklığı temsilcisi gerek hukuki işlerde gerekse dava ve takip işlerinde terekenin yasal temsilcisi konumundadır. Mirasçıların tereke üzerindeki mülkiyet hakları devam ederken, yönetim hakları sona ererek temsilcinin bağımsız ve kişisel bir yönetim hakkı söz konusu olur.

Temsilci, mirasçıların değil miras ortaklığının temsilcisidir. Dolayısıyla temsilci kural olarak mirasçıların oybirliğiyle aldığı kararlarla dahi bağlı değildir⁸². Eğer miras ortaklığının menfaati aksi yönde bir davranışı gerektiriyorsa uygun gördüğü şekilde davranması mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki temsilcinin denetimi noktasında bilgi verme ve işini özenle görme yükümlülüğü kapsamında mirasçıların iradesi hilafına davranışını gerekçelendirmesi gerekecektir. Temsilcinin mirasçılardan bağımsız bir yapıya

⁷³ Yargıtay 14.HD., 26.01.2016, E.2015/8301, K.2016/974, “Miras ortaklığına atanan kişinin görevi taksime kadar tereke ile ilgili bütün işlerde, temsilci görevini yerine getirmektedir. Onun için miras ortaklığına atanacak temsilcinin görev ve yetkisinin terekenin tümünü kapsayacağı göz önünde göz önünde tutulmadan görevlerinde sınırlama getirilmemesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.”; ayrıca bkz. Yargıtay 2.HD., 10.10.1988, E.1988/7153, K.1988/9980; Yargıtay 2.HD., 15.05.2013, E.2012/21218, K.2013/13792; Yargıtay HGK, 08.02.1988, E.1988/2-882, K.1989/79, bkz. ORUÇ, s.54, dn.232.

⁷⁴ ORUÇ, s.55; ŞENER, s.1590; GÜMÜŞ, s.207. GÜMÜŞ, Yargıtay’ın yaklaşımının “her bir vesayet organının yetkisinin kendi içerisinde bölünmezliği kuralının bir özel kayıym bakış açısıyla tereke temsilcisine aktarılmasından ibaret olduğunu” ifade etmekte ve bu görüşe katılmadığını belirtmektedir, bkz. s.210; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.563; ANTALYA, s.486.

⁷⁵ Yargıtay 14.HD., 03.03.2016, E.2015/13162, K.2016/2705. “Miras ortaklığının menfaati” unsuruna yönelik detaylı açıklamalar için bkz. Aşağı, IV. D.

⁷⁶ ORUÇ, s.55; ŞENER, s.1590.

⁷⁷ Yargıtay 2.HD., 26.11.2001, E.2001/15446, K.2001/16586, “Davacı ...sadece bu davada terekeye temsilci atanmasını istemiştir. O halde Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası’nın 74. maddesi uyarınca sadece ilgili dosya ile Tereke Temsilcisi atanması gerekirken, istek aşılarak tüm terekeyi kapsayacak şekilde temsilci atanması bozmayı gerektirmiştir.”, karar için bkz. GÜMÜŞ, s.210. Yargıtay bir başka kararında da görülmekte olan davanın miras ortaklığı adına yürütülmesi için temsilci atanması durumunda bu temsilcinin başka bir dosyada görülen yine miras ortaklığına ilişkin bir davayı yürütemeyeceği, ikinci bir tereke temsilcisi atanması gerektiğini ifade etmiştir, bkz. Yargıtay 23.HD., 15.01.2015, E.2014/3347, K.2015/182.

⁷⁸ HMK m. 54 uyarınca özel yetki gereken durumlara yönelik tartışmalar için bkz. GÜMÜŞ, s.588 vd.

⁷⁹ “Miras ortaklığı temsilcisinin tereke borçlarının ödenmesi ya da vasiyetlerin yerine getirilmesi yahut durum bunu haklı kılmadığı sürece, terekedeki taşınmazlarını devredemez, bir hakla sınırlandıramaz. Dolayısıyla miras ortaklığı temsilcisinin tereke aktiflerini paraya çevirme ve bunları likit hale getirme yetkisi kural olarak yoktur.”, bkz. ORUÇ, s.59.

⁸⁰ TBK m. 583/I uyarınca kefalet sözleşmesinde belli unsurların kefilin el yazısı ile yazılması gerekmektedir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise özel yetki verilmesi gerektiği hallerde de bu şartın geçerli olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla miras ortaklığı temsilcisinin kefil olabilmesi için tüm mirasçıların ilgili yerlerin el yazısıyla yazılarak temsilciye yetki vermesi gerekmektedir.

⁸¹ ORUÇ, s.60; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.536; GÜMÜŞ, s.223. Aksi yönde bkz. İMRE/ERMAN, s.449.

⁸² Basler Kommentar/MINNI, Art. 601 N. 59; GÜMÜŞ, s.222; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.563. Aksi yönde bkz. İMRE/ERMAN, s.448, “Fikrimizce, terekenin idaresi konusunda, mirasçıların birlikte verdikleri karara, temsilcinin kural olarak uyması gerekir.” Miras ortaklığı temsilcisinin mirasçıların görüşünü alma zorunluluğu olmaması kuralının istisnası FSEK m. 65 hükmünde yer almaktadır. Terekede FSEK kapsamında tanınan mali hakların bulunması durumunda, temsilcinin, bu haklarla ilgili bir işlem yapmadan önce mirasçıların kararını alması gerekmektedir.

sahip olması ve onların talimatlarıyla bağlı olmaması keyfî hareket edebileceği anlamına gelmemektedir. Aksi halde kendi sorumluluğu söz konusu olabilecektir⁸³.

Temsilci ile miras ortaklığı arasında gerçek bir vekalet ilişkisi yoktur ancak görevlerin yerine getirilmesi ve sorumluluk bakımından vekaletle ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir⁸⁴.

Mirasçılardan birbirine karşı açtığı mirasın paylaşılması ya da tenkis gibi davalarda miras ortaklığı temsilcisinin herhangi bir rolü yoktur. Her bir mirasçı tek başına ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açabileceği gibi resmi defter tutulması, terekenin resmi tasfiyesi talebini ileri sürebilir⁸⁵. Mirasçıların, temsilcinin katılımı olmadan miras paylarını başka bir mirasçıya ya da üçüncü bir kişiye devretmelerinde de engel bir durum yoktur. Ancak miras ortaklığı temsilcisi, üçüncü kişilere karşı açılan, tereke alacaklarının korunması için alacakların tahsili, istihkak, tazminat ve istirdat gibi davaları tek başına açabilir. Miras muvazaası davası da miras ortaklığı temsilcisi tarafından yürütülebilir.

Miras ortaklığı temsilcisinin yetkisi, tereke kapsamı ile sınırlıdır. Dolayısıyla mirasçıların kişisel malvarlığında yer alan unsurlar üzerinde tasarruf edemez ve mirasçılar adına ve hesabına üçüncü kişilerle işlem yaparak onları borç altına sokamaz. Ancak miras ortaklığı temsilcisinin, miras ortaklığı adına girdiği borçlardan mirasçılar TMK m. 641/I uyarınca kişisel malvarlıkları ile müteselsilen sorumlulardır.

C. Taşınmazların Devri ve Bir Hakla Sınırlandırılması

Miras ortaklığı temsilcisinin yönetim hak ve yükümlülüğü terekeye dahil olan taşınmazları da kapsamaktadır. Ancak taşınmaz satışı, özel yetki gerektiren bir hukuki işlemdir. Miras ortaklığı temsilcisinin gerek Yargıtay'ın görüşü doğrultusunda özel kayyım olarak kabul edilmesi gerekse öğretilde benimsenen görüş çerçevesinde sui generis bir özel hukuk kurumu olarak görülmesi bu sonucu değiştirmeyecektir. Nitekim özel kayyım sayıldığı hallerde TMK m. 444/I uyarınca "taşınmazların satışı, vesayet makamının talimatı uyarınca ve ancak vesayet altındaki kişinin menfaati gerekli kıldığı hâllerde mümkündür." Dolayısıyla miras ortaklığı temsilcisinin bir taşınmazı satabilmesi için Sulh Hukuk Mahkemesi'nin izni gerekmektedir⁸⁶. Satış için gerekli izin alındıktan sonra taşınmazın paraya çevrilmesi aşamasında da açık arttırma ve ihale usulünün takip edilmesi; son olarak işlemin geçerlilik kazanabilmesi için ihalenin de Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından onayı gerekmektedir⁸⁷.

Miras ortaklığı temsilcisinin özel hukuk kurumu olarak kabul edilmesi durumunda da gerek vasiyeti yerine getirme görevlisinin⁸⁸ taşınmazlar üzerindeki tasarrufuna ilişkin olan TMK m. 553 gerekse vekaletin kapsamını düzenleyen TBK m. 504/III hükümleri uyarınca miras ortaklığı temsilcisi özel olarak yetkilendirilmelidir.

Değerlendirilmesi gereken diğer bir konu da bir miras ortaklığı temsilcisi atanmış olmasına rağmen mirasçıların, terekede yer alan bir taşınmazı, temsilcinin katılımı olmadan, elbirliği ile geçerli bir şekilde devretmelerinin mümkün olup olmayacağı konusudur. Nitekim hukukumuzda şerhlere ve beyanlara ilişkin sınırlı sayı ilkesi gereği temsilcinin bu yetkisinin ve dolayısıyla mirasçıların yetkilerinin sınırlandırılmasının tapuya şerhi mümkün değildir⁸⁹.

Gümüş, miras ortaklığı temsilcisinin özel hukuk kurumu olarak kabul edilmesi durumunda, TMK m. 553 hükmünün mirasçılar için bir tasarruf yetkisi kısıtlamasının ötesinde fiil ehliyeti sınırlaması getirdiğini bu nedenle işlemin ehliyetsizlik sebebiyle batıl olduğunu savunmaktadır⁹⁰. Bunun bir sonucu olarak iyiniyetli üçüncü kişilerin TMK m. 1023'e dayanarak mülkiyeti kazanmalarının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Miras ortaklığı temsilcisinin özel kayyım olarak nitelendirilmesi durumunda ise her ne kadar kayyım atanması kişinin fiil ehliyetini sınırlandırmaya da yine işlemin, miras ortaklığı temsilcisinin katılımı ve Sulh mahkemesi izniyle gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹¹.

Oruç ise, sui generis bir özel hukuk kişisi olan miras ortaklığı temsilcisinin vasinin aksine bir kamu görevi yerine getirmediğini ve korunması gereken bir kamu menfaati bulunmadığını; temsilcinin, mirasçıları kendi iradelerine rağmen koruması gibi bir yükümlülüğü olmadığını, bu nedenle mirasçıların oybirliği ile gerçekleştirdikleri satış işleminin geçerli olacağını savunmaktadır⁹².

Miras ortaklığının ve mirasçıların menfaatlerini ayrı düşünmek gerekmektedir. Miras bırakanın iradesi ve mirasçıların çıkarlarının çatıştığı durumlarda bu ayrımı görmek daha kolay olacaktır. Miras ortaklığı temsilcisi, miras ortaklığının çıkarlarını korumakla yükümlüdür. Bu nedenle mirasçıların elbirliği ile dahi olsa yaptıkları taşınmaz satışlarının geçerli kabul edilmemesi gerektiği kanatındayız. İsviçre

⁸³ Miras ortaklığı temsilcisinin sorumluluğu belirlenirken, miras ortaklığının menfaatleri göz önünde tutularak işi özenle yerine getirip getirmediği incelenecektir. GÜMÜŞ, tereke temsilcisinin tüm mirasçıların talimatı ile hareket etmesinin, sorumluluğunu azaltarak tazminattan indirim sebebi olarak görülmeyeceğini ifade etmektedir, bkz. s.230.

⁸⁴ DURAL/ÖZ, s.475. "Tereke temsilcisi Yargıtay'ın iddia ettiği gibi bir özel kayyım sayılsa bile, kıyasen uygulanan vasinin sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde özen yükümlülüğünün kapsamı yine TBK'nın vekalet sözleşmesine ilişkin hükümleri üzerinden belirlenir.", bkz. GÜMÜŞ, s.249; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.564.

⁸⁵ GÜMÜŞ, s.224.

⁸⁶ Maddede geçen 'satış' kavramı, teknik anlamdaki satış sözleşmesinden daha geniş anlaşılmalıdır. Satış sözleşmesi ile aynı ekonomik sonuçları doğuran taşınmaz üzerinde üst hakkı kurulması veya taşınmazın trampa ile devri de bu kapsamda değerlendirilmelidir, bkz. GÜMÜŞ, s.244.

⁸⁷ Bkz. GÜMÜŞ, s.244.

⁸⁸ AKBIYIK, s.116; GÜMÜŞ, s.231.

⁸⁹ İsviçre Hukuku bu sorunu kanuna eklenen bir madde ile tapuya beyanı mümkün kılarak çözmüştür, bkz. Yukarı III.A.2.

⁹⁰ GÜMÜŞ, s.231, 237.

⁹¹ GÜMÜŞ, s. 223, 244.

⁹² ORUÇ, s.76, 78.

Medeni Kanunu’nda olduğu gibi ek bir hüküm getirilerek terekeye temsilci atanmasının şerh edilebilmesiyle sorun uygulamada çözülmüş olacaktır.

D. Miras Ortaklığı Temsilcisinin İşlemlerinde “Miras Ortaklığının Menfaati” Ölçütü

Miras ortaklığı temsilcisinin, miras ortaklığının idaresinde üstlendiği tüm işlem ve tasarrufların, temel olarak miras ortaklığının menfaatine olması gerekir. Bu ilke, temsilcinin yetkilerinin kullanılmasında yönlendirici bir ölçüttür ve hem öğretide hem de yargı kararlarında sıkça vurgulanmaktadır. Miras ortaklığı temsilcisinin “miras ortaklığının menfaati” ilkesine aykırı olarak yaptığı işlemler, mirasçılar tarafından iptal ettirilebilir, zarar doğurmuşsa temsilci tazminatla sorumlu tutulabilir⁹³.

Yargıtay da bu konuda istikrar kazanmış kararlarında, miras ortaklığı temsilcisinin eylemlerinin miras ortaklığının faydasına olması gerektiğini açıkça vurgulamıştır. Hatta bir kararında⁹⁴, sulh mahkemesinin sadece bir taşınmaz satışı için temsilci atamasını uygun bulmamış, bu durumun temsilciliğin kapsamını daraltarak miras ortaklığının genel menfaatine aykırı sonuçlar doğurabileceğini ifade etmiştir. Bu karar, temsilcinin işlem yaparken sadece bir malvarlığı unsuru değil, tüm terekenin yönetiminde genel fayda gözetmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Miras ortaklığının menfaati, temsilcinin yaptığı işlemin hem kısa hem uzun vadede miras ortaklığının maddi bütünlüğüne, ekonomik değerine ve mirasçıların ortak yararına hizmet edip etmediğini ifade eder. Bu kavram, tekil malvarlığı unsurlarına değil, miras ortaklığının bütününe yöneliktir. Bir işlem bireysel bir mirasçının yararına olabilirken, tüm terekeye zarar verebilir; bu durumda işlem menfaat kriterine aykırı kabul edilmelidir.

Miras ortaklığı menfaati kavramını somut olaya göre değerlendirmek gerekir. Kanaatimizce kavram, başlıca şu unsurlar göz önünde bulundurularak somutlaştırılabilir; *yapılan işlemle tereke değerlerinin korunup, özenli bir şekilde artırılması*⁹⁵; *işlemin makul, ekonomik ve gerekli olması*. Temsilcinin lüks harcamalar yapması (lüks araç kiralama, israf niteliğinde dekorasyon gibi) veya özel amaçlarla işlem yapması bu unsuru aykırı kabul edilmelidir. *Tereke gelirlerinin verimli yönetilmesi veya yapılan işlemin tereke borçlarının ödenmesine hizmet etmesi*⁹⁶. Kiralık mülklerin kira getirmesi sağlanıyor mu? Alacakların zamanında tahsili yapılmış mı? Bankadaki paralar makul oranlarla değerlendirilmiş mi? Bunlar da menfaat yönünden dikkate alınmalıdır. *Mirasçıların haklarına zarar verilmemesi*. Temsilcinin bir mirasçının aleyhine işlem yapması veya taraflı davranması, menfaat ilkesini ihlal eder. Tarafsızlık, bu bağlamda bir “menfaat aracı” olarak görülmelidir. *İşlem alternatiflerine göre uygun bir seçim yapılması*. Bu unsurlar somut olayda birlikte değerlendirilerek işlem menfaatine karar verilmesi gerekir.

V. MİRAS ORTAKLIĞI TEMSİLCİSİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Miras ortaklığı temsilcisi bir taraftan geniş yetkilerle donatılmışken diğer taraftan bu yetkileri doğru bir şekilde kullanmasını temin eden sıkı yükümlülükler altındadır. Tereke temsilcisinin hak ve yükümlülükleri TMK’da düzenlenmemiştir. Velayet Vesayet ve Miras Tüzüğü m. 55 ve 56’da ise temsilcinin defter tutma yükümlülüğü ile hesap verme yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır. Bunlar dışındaki hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde vasiyeti yerine getirme görevlisi, tereke resmi yöneticisi ve vekaletle ilişkin hükümlerden niteliği uygun düştüğü ölçüde faydalanılabileceği öğretide kabul edilmektedir⁹⁷. Tüm bu hükümler göz önünde bulundurulduğunda temsilcinin hak ve yükümlülükleri, görevi şahsen yerine getirme, terekenin özenle ve usulüne uygun şekilde yönetilmesi, terekenin deftere kaydedilmesi, temsilcinin hesap verme ve terekeyi teslim alma hak ve yükümlülüğü olarak zikredilmektedir⁹⁸.

A. Görevi Şahsen ve Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü

Temsilci öncelikle görevini şahsen yerine getirmekle yükümlüdür. Miras ortaklığı temsilcisinin bir vekil atayarak tüm görevini ona yaptırması mümkün değildir. Gerek duyulan teknik konularda muhasebeci veya bilirkişi gibi bir uzmandan yardım almasına engel bir durum bulunmamaktadır. Ancak TBK m. 506’da yer alan vekilin işi bizzat görme borcunun bir yansıması olarak miras ortaklığı temsilcisinin de işi bizzat yerine getirmesi gerekmektedir.

Miras ortaklığı temsilcisi terekeyi özenle yönetmek ve korumakla yükümlüdür⁹⁹. Vekilin özen borcuna kıyasen¹⁰⁰ miras ortaklığı temsilcisinin de özen borcu olduğunu kabul etmek ve kapsamını da buna göre belirlemek gerekir. Miras ortaklığı temsilcisi, görevini özenle yerine getirme yükümlülüğüne aykırı davranarak bir zarara sebebiyet verirse, bu zarardan sorumlu olacaktır. Eğer zarar, mirasın tamamına yönelik olmuşsa, tazminat hakkı tüm mirasçılara birlikte aittir ve dava sürecinde bu haklarını birlikte ileri sürmeleri gerekir. Buna karşılık, zarar yalnızca bir mirasçıyı etkilemişse, tazminat hakkı yalnızca o mirasçıya aittir.

B. Terekeyi Teslim Alma Hak ve Yükümlülüğü

⁹³ ORUÇ, s.104.

⁹⁴ Yargıtay 14.HD., 03.03.2016, E.2015/13162, K.2016/2705.

⁹⁵ ORUÇ, s.104.

⁹⁶ Yargıtay kararına konu olan olayda tereke temsilcisinin miras ortaklığına dahil olan bahçedeki kiraz ağaçlarındaki kirazları işçilere toplatıp satarak gelirini mirasçılara dağıtması buna örnek olarak gösterilebilir, bkz. Yargıtay 3.HD., 02.12.2015, E.2015/11955, K.2015/19327, (kazancı, s.e.t. 18.06.2025).

⁹⁷ ORUÇ, s.83 vd.; DURAL/ÖZ, s.474; GÜMÜŞ, s.206.

⁹⁸ ORUÇ, s.83 vd.; GÜMÜŞ, s.248 vd.

⁹⁹ ORUÇ, s.182 vd.; GÜMÜŞ, s.685, 686.

¹⁰⁰ BAŞPINAR, Veysel: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s.50; ASLAN, Kemale Leyla/GÜLER, Ahmet Alper: “Vekilin Özen Yükümlülüğü ve Basiretli Vekil Kavramı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1), 2020, s.51-72.

Yukarıda ifade edildiği üzere temsilci atanmasıyla birlikte mirasçılarının tereke üzerinde mülkiyet hakları devam eder. Ancak temsilcinin görevini yerine getirebilmesi için mirasçılarının temsilciye tereke üzerinde zilyetlik tanınmaları gerekir. Atama kararıyla birlikte temsilci zilyetliği doğrudan kazanmaz; mirasçılara ve üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği bir talep hakkı elde eder¹⁰¹. Bu aynı zamanda temsilci için bir yükümlülük de teşkil eder.

Temsilcinin zilyetliği elde etmesiyle mirasçılarının zilyetliği sona ermez sadece sınırlandırılır. Mirasçılar dolaylı asli zilyet olmaya devam ederken temsilci dolaysız fer'i zilyet olur¹⁰².

Tereke temsilcisi, mirasçılarının fiziki hakimiyeti altında olan taşınır malların zilyetliğinin kendisine devrini mirasçılardan talep etmelidir. Temsilcinin güç kullanarak zilyetliği elde etmesi mümkün değildir. Nitekim mirasçılarının zilyetliklerine yönelik saldırıyı defetme hakları olduğu için (TMK m. 981) zilyetliğin fer'i olarak kendisine devredilmesi talebine karşılık alamayan temsilcinin mirasçılara, yönetim hakkına dayanarak genel yetkili ve görevli mahkemede dava açması gerekmektedir¹⁰³. Zilyetliği elde ettikten sonra meydana gelecek saldırılarda ise zilyetliği koruyan davalara başvurması mümkündür (TMK m. 981 vd.).

C. Defter Tutma Yükümlülüğü

Miras ortaklığı temsilcisi göreve başlar başlamaz terekede yer alan mal hak ve borçları deftere kaydetmelidir. Nitekim VVMT m. 55/I uyarınca “Terekedeki mallar, alacaklar ve borçlar, miras ortaklığı temsilcisi tarafından tutulan deftere göre belirlenerek temsilcinin yönetimine verilir.” Deftere kayıt, terekenin başlangıç durumunu ve temsilcinin sorumlu olduğu malvarlığını tespit etmeye yarar. Ancak hemen belirtmek gerekir ki buradaki defter, Türk Medeni Kanunu’nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük Kapsamında Tutulacak Defterler, Özel Kütük, Dosyalar, Tutanaklar ve Diğer Evrakın Düzenlenmesine Dair Yönetmelik m. 14/f usulünce tutulur. Dolayısıyla resmi defter tutma (TMK m. 621) ve resmi tasfiye kapsamında tutulan defterden (TMK m. 634/II) farklıdır. Temsilcinin tuttuğu defter, tereke mallarını tespit etmeye yarar ancak mirasçılarının tereke alacaklılarına karşı sorumluluklarının sınırlandırılmasına hizmet etmez. Yine diğer defterlerden farklı olarak miras ortaklığı temsilcisi defter tutmadan önce ilan ve çağrı yapılmasına gerek yoktur ancak defterin onaylı bir örneğinin mirasçılara tebliği zorunludur (VVMT m. 55/II). Mirasçılar eksik veya hatalı gördükleri hususlara itiraz edebilirler. Deftere kaydedilmeyen bir hakkın sonradan ortaya çıkması veya borcun unutulması halinde defter güncellenebilir. Temsilci defter sayesinde hesap verme yükümlülüğünü de kolaylaştırmış olur.

D. Bilgilendirme ve Hesap Verme Yükümlülüğü

Miras ortaklığı temsilcisi yaptığı işlemlere yönelik olarak mirasçılara bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Bununla birlikte mirasçılar ve üçüncü kişiler de miras ortaklığı temsilcisine bilgi vermekle yükümlüdür. Nitekim miras ortaklığı temsilcisi terekede yer alan değerleri tespit ederken ve tereke defterini oluştururken mirasçılarının, banka, avukat ve vergi dairesi gibi üçüncü kişilerin bilgisini talep etme hak ve yükümlülüğünü haizdir¹⁰⁴.

Yukarıda ifade edildiği üzere her ne kadar miras ortaklığı temsilcisi yapacağı işlemlerde mirasçılarının onayına ihtiyaç duymasa da özellikle olağan dışı işlerde mirasçılarını bilgilendirmesi gerektiği özen yükümlülüğünün de bir sonucudur. Örnek olarak olağan olarak devam eden kira gelirlerinin toplanması ya da vergilerin ödenmesi işlerinde rutin bir bilgilendirme yeterli olacakken bir gayrimenkulün satışı gibi olağan dışı bir işlemin yapılmasında mirasçılarının evleviyetle bilgilendirilmesi doğru bir yaklaşım olacaktır.

VVMT m. 56/I’ e göre, “Temsilci, yönetimine verilen malların belgelere dayanan hesabını her üç ayda bir mirasçılara ve bu hesabın bir örneğini de sulh hakimine verir.” Dolayısıyla temsilci hem mirasçılara hem de sulh hâkimine hesap vermekle yükümlüdür.

VI. SONUÇ

Çalışmada miras ortaklığı temsilcisinin hukuki niteliği ve yetkilerine ilişkin farklı görüşler ele alınmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki miras ortaklığı temsilcisinin hukuki niteliğinin, görev ve sorumluluğunun belirlenmesinde mevzuattaki düzenleme yetersizdir. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bu müesseseye ilişkin birçok yargı kararı bulunmaktadır. Yargı kararları ve öğreti görüşleri birçok noktada çeliştiği gibi aynı konuya ilişkin farklı kararların verildiği de görülmektedir. Bu sorunun giderilebilmesi için konu, ayrıntılı bir mevzuat düzenlemesine muhtaçtır.

Öncelikle miras ortaklığı temsilcisinin hukuki niteliğinin netleştirilmesi gerekmektedir. Bu konu, miras ortaklığı temsilcisinin görev ve sorumluluğu belirlenirken uygulanması gereken hükümleri de etkileyeceği için pratik bir önem de taşımaktadır. Yargıtay, miras ortaklığı temsilcisini bir vesayet organı olarak görmekte ve kamu hukuku alanında konumlandırmaktadır. Bunun bir sonucu olarak da temsilci, “özel kayyım” olarak nitelendirilmekte ve TMK’da yer alan kayyımlığa ilişkin hükümler kıyasen uygulanmaktadır. Biz öğretide savunulan, miras ortaklığı temsilcisinin kendine özgü bir özel hukuk kurumu olduğu görüşüne katılmaktayız. Miras ortaklığı temsilcisinin hukuki niteliği, öğretide ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere kendine özgü bir özel hukuk müessesesi olarak değerlendirilmeli ve hak ve yükümlülükleri bu çerçevede netleştirilmelidir.

¹⁰¹ ORUÇ, s.97; GÜMÜŞ, s.260.

¹⁰² ORUÇ, s.97; GÜMÜŞ, s.260.

¹⁰³ ORUÇ, s.99; GÜMÜŞ, s.263.

¹⁰⁴ ORUÇ, s.89.

Miras ortaklığı temsilcisi, ortaklığın idaresi ve korunması için gerekli her türlü işlemi yapmaya yetkilidir. Bu yetki kural olarak olağan işler ve özen yükümlülüğü ile sınırlandırılmaktadır. Miras ortaklığı temsilcisinin sınırlı yetkiyle atanabileceğinin de kabulü gerekmektedir.

Temsilcinin dava açabilmek için özel olarak yetkilendirilmesi gerekmemektedir ancak TBK m. 504/III hükmünde yer alan ve özel yetkiyi gerektiren işlemler temsilci için de geçerlidir. Özel yetkinin mahkeme tarafından verilmesi gerekmektedir. Temsilcinin terekeye dahil bir taşınmaz üzerinde tasarrufla bulunabilmesi için de mahkeme tarafından özel yetki verilmesi gerekir. Ancak bu yetkinin tapuya kaydedilmesi mümkün değildir. Kanunda yapılacak bir değişiklik ile bu sorunun çözülmesi mümkündür. Aksi halde mirasçılarının elbirliği ile taşınmazı satmak istemeleri durumunda, tapuya güven ilkesine dayanan üçüncü kişilerin hak iddiaları ile karşı karşıya kalınacaktır.

Miras ortaklığı temsilcisi tüm işlemlerinde miras ortaklığının menfaatini gözetmelidir. Bu ilke şu unsurlar göz önünde bulundurularak somutlaştırılabilir; yapılan işlemle tereke değerleri korunup, özenli bir şekilde arttırılmalı; işlem makul, ekonomik ve gerekli olmalı; tereke gelirleri verimli bir şekilde yönetilmeli ve yapılan işlem tereke borçlarının ödenmesine hizmet etmeli; yapılan işlem mirasçılarının haklarına zarar vermemeli; işlem alternatiflerine göre uygun bir seçim yapılmış olmalı.

Miras ortaklığı temsilcisi ile mirasçılar arasında doğrudan bir vekalet ilişkisi bulunmamaktadır. Onların emir ve talimatlarıyla bağlı değildir. Miras ortaklığının menfaati aksini gerektiriyorsa temsilci, mirasçılarının oybirliği ile aldığı kararlarla da bağlı değildir.

Miras ortaklığı temsilcisinin yetkileri terekenin yönetimi ve tereke mallarıyla sınırlıdır. Dolayısıyla mirasçılarının birbirlerine karşı açtıkları paylaşım, tenkis, ölüme bağlı tasarrufun iptali gibi davalarda bir rolü bulunmamaktadır. Bununla birlikte temsilci görevini şahsen ve özenle yerine getirmeli, terekeyi teslim almalı, defter tutmalı ve mirasçılar ve mahkemeyi bilgilendirerek hesap vermelidir.

Bu açıklamaların ardından konuya bir nebze olsun katkı sunmak ve mevcut görüşleri sistematik bir şekilde ortaya koyabilmek adına öneri niteliğinde bir kanun taslağı metni oluşturmak mümkündür:

“Miras ortaklığının karar alamaz ve işlem yapamaz bir halde olması durumunda mirasçılardan en az birinin istemi üzerine sulh mahkemesi miras ortaklığına paylaşmaya kadar temsilci atayabilir. Miras ortaklığına temsilci atanmasına karar verilmesi durumunda bu karar mirasçılardan birinin veya temsilcinin istemiyle tapu kütüğüne şerh edilebilir.”

“Miras ortaklığı temsilcisi bir özel hukuk kişisi olarak ortaklığın idaresi ve korunması için miras ortaklığının menfaatlerinin gerektirdiği olağan işleri yapmakla yükümlüdür. Temsilci, sınırlı bir yetkiyle de atanabilir. Temsilcinin dava açabilmesi için özel yetki gerekmez. Bunun dışındaki hallerde TBK m. 504/III hükmü kıyasen uygulanır. Özel yetki, mirasçılardan biri veya temsilcinin talebiyle sulh mahkemesi tarafından verilir.”

“Miras ortaklığı temsilcisi, görevini şahsen ve özenle yerine getirir.”

KAYNAKÇA

- AKBIYIK, Cem: Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2012.
- ANTALYA, Gökhan: Miras Hukuku Cilt III, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- ASLAN, Kemale Leyla/GÜLER, Ahmet Alper: “Vekilin Özen Yükümlülüğü ve Basiretli Vekil Kavramı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1), 2020, s.51-72.
- Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457- 977 ZGB, 7. Auflage, Basel 2023.
- BAŞPINAR, Veysel: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 602-619, 2014.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024.
- EREN, Fikret/AKTÜRK, İpek Yücer: Türk Miras Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Medeni Hukuk ve Medeni Usul Hukuku Boyutuyla Tereke (Miras Ortaklığı) Temsilcisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, 10. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- İMRE, Zahir/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 17. Basım, DER Yayınları, İstanbul 2024.
- KOCAAĞA, Köksal: “Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Hukuki Niteliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, VI(1-2), 2002, s.55-82.
- KOCAAĞA, Köksal: Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- LEIPOLD, Dieter: Erbrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2020.
- LORENZ: Verhältnis zwischen § 2038 BGB und § 2040 BGB bei der Verwaltung des Nachlasses: Vertragskündigung durch Miterben mit Stimmenmehrheit, NJW 2010, 765.
- Münchener Kommentar BGB Erbrecht, Band 11 (§§ 1922- 2385), 9. Auflage, C.H.Beck, 2022.
- Nomos Kommentar BGB Erbrecht, Band 5 (§§ 1922- 2358), 6. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2022.
- ORUÇ, Murat: Miras Ortaklığı Temsilcisi, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2024.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- PICENONI, Jeniffer: Der Erbenvertreter nach Art. 602 Abs. 3 ZGB, Zürich 2004.
- RUHWINKEL, Sebastian: Die Erbengemeinschaft, Erich Schmidt Verlag, 2. Auflage, Berlin 2021.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- SPANL, Reinhold: Erbengemeinschaft: Verwaltung, Auseinandersetzung, Ausgleichung, 2. Auflage, Walhalla Rechtshilfen, Regensburg 2013.
- ŞENER, Oruç Hami: “Tereke Temsilcisi Atanmasına İlişkin İlke ve Esaslar”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 8 (Özel), 2013, s.2551-2597.
- TUOR, Peter/SCHNZDER, Bernhard/SCHMID, Jörg: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Schulthess

Polzgraphischer Verlag, Zürich 1995.

WETZEL, Hans Peter/ ODERSKY, Felix/ GÖTZ, Hellmut: Handbuch des Erbrengemeinschaft, C.H.Beck, Nördlingen 2019.

YAZICI, Ayşe Nur Merve: Miras Ortaklığının Paylaşmadan Önceki Durumu, Seçkin, Ankara 2018.

YILMAZ, Süleyman: Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.

ZIMMERMANN, Walter: Erbrecht, 5. Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2019.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Zeynep DÖNMEZ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Zeynep DÖNMEZ, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

| The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

**SİGORTA KURULUŞUNA ZORUNLU BAŞVURUNUN ZORUNLU
ARABULUCULUĞA ETKİSİ****EFFECT OF COMPULSORY APPLICATION TO INSURANCE ORGANIZATION ON
MANDATORY MEDIATION**Bünyamin KARTAL*  **Makale Bilgi**Gönderi: 05/03/2025
Kabul : 30/06/2025**Anahtar Kelimeler***Zorunlu Arabuluculuk,
Sigorta kuruluşuna
zorunlu Başvuru,
Alternatif Uyuşmazlık
Çözüm Yolu.***Article Info**Received: 05/03/2025
Accepted: 30/06/2025**Keywords***Mandatory Mediation,
Compulsory
Application to
Insurance,
Alternative Dispute
Resolution Method.***Özet**

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 97'nci maddesi uyarınca dava açılmadan önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunulması gerekir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.18/A-18 hükmüne göre ise, özel kanunlarda tahkim veya bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurunun zorunlu olduğu hallerde zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz. Benzer şekilde taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi var ise zorunlu arabuluculuk söz konusu olmaz. Bu halde sigorta tahkim komisyonu nezdinde görülecek tahkim davalarında zorunlu arabuluculuğun söz konusu olmadığı açıkça anlaşılrsa da devlet yargısında görülecek söz konusu sigorta davalarında zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bu bağlamda 2918 sayılı Kanun ile öngörülen zorunlu başvurunun alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı değerlendirilmelidir. Yargıtay 4. HD. E. 2022/2615 K. 2024/7426 T. 09.09.2024 tarihli kararında sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu ve bu halde zorunlu arabuluculuk giderlerinin arabuluculuğa başvuran tarafa yükletilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu çalışmada sigortaya başvurunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı incelenerek zorunlu arabuluculuğa etkisi ve zorunlu arabuluculuğa başvurunun sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru şartını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı üzerine değerlendirmeler yer almaktadır.

Abstract

According to Article 97 of the Highway Traffic Law (No. 2918), a written application must be made to the relevant insurance institution before filing a lawsuit. According to the provision of Article 18/A-18 of the Law on Mediation in Legal Disputes, in cases where it is mandatory to resort to arbitration or an alternative dispute resolution method in special laws, the provisions regarding mandatory mediation shall not apply. Similarly, if there is an arbitration agreement between the parties, mandatory mediation is not an issue. In this case, although it is clearly understood that mandatory mediation is not an issue in arbitration cases to be heard before the insurance arbitration commission, it is controversial whether the provisions regarding mandatory mediation will be applied in the insurance cases to be heard by the state courts. In this context, it should be evaluated whether the compulsory application stipulated by Law No. 2918 is an alternative dispute resolution method. The Court of Appeals, in its decision dated 4. HD. E. 2022/2615 K. 2024/7426 T. 09.09.2024, ruled that compulsory application to institution is an alternative dispute resolution method and that in this case, the mediation expenses of the mandatory mediation should be charged to the party applying to mediation. This study examines whether applying to insurance is an alternative dispute resolution method, evaluates the effect of the mandatory mediation, and whether applying to mandatory mediation will eliminate the requirement of compulsory application to insurance.

* Dr. Arş. Gör., İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: KARTAL, Bünyamin, "Sigorta Kuruluşuna Zorunlu Başvurunun Zorunlu Arabuluculuğa Etkisi", İnÜHFD, 16(1), 2025, s.276-297. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.



EXTENDED SUMMARY

According to Article(Art.) 97 of the Highway Traffic Law(HTL), a written application must be made to the relevant insurance institution before filing a lawsuit. According to the provision of Art.18/A-18 of the Law on Mediation in Legal Disputes(LMCD), in cases where it is mandatory to resort to arbitration or an alternative dispute resolution(ADR) method in special laws, the provisions regarding mandatory mediation shall not apply. Similarly, if there is an arbitration agreement between the parties, mandatory mediation is not an issue. In this context, it should be evaluated whether the compulsory application stipulated by HTL is an ADR method.

Although the written application made to the relevant insurance institution before filing a lawsuit within the scope of compulsory financial liability insurances, in accordance with Art.97 of the HTL, is often overlooked at the application stage, it is, in terms of its operation and outcome, subject to the principle of voluntariness-one of the fundamental characteristics of ADR mechanisms. The written application to the insurance institution also carries the features of non-bindingness and does not eliminate the possibility of resorting to judicial remedies, both of which are essential attributes of ADR methods. Furthermore, the process does not involve the participation of a third party. In our view, the involvement of a third party in the dispute resolution process is neither a determining criterion nor a necessary condition for a process to be classified as an ADR method.

In practice, mandatory application to the insurance institution sometimes serves to resolve a disagreement and sometimes functions as a method of dispute resolution. Although, in theory, the resolution of disagreements and the resolution of disputes are conceptually distinct, a dispute is, in essence, rooted in and preceded by a disagreement. Hence, dispute resolution should be considered a component of disagreement resolution in a broader sense. Consequently, making a sharp distinction between these two concepts is difficult. Due to the dynamic nature of disagreement-defined as the perceived incompatibility of feelings, thoughts, wills, and/or actions-it is often not possible to determine precisely when a disagreement evolves into a dispute. For this reason, the doctrine also frequently uses the expressions "resolution of disagreements/disputes" when referring to dispute resolution. In this context, what matters is not whether what is resolved between the parties is a disagreement or a dispute, but whether the legislator intended to design the process as an ADR method. In our view, although the mandatory application to the insurance institution may at times resemble contractual negotiation, it is, in fact, a form of dispute negotiation designed by the legislator as an ADR mechanism. Given that all negotiations share the same fundamental dynamics regardless of their context, the distinction between contractual and dispute negotiations does not affect the characterization of a negotiation as an ADR method.

The regulation under Art.97 of the HTL essentially constitutes a competitive and adversarial form of settlement negotiation that can be characterized as a win-lose negotiation. The written application submitted to the insurance institution functions as a proposal to be negotiated prior to litigation. This written application under Art.97 should be regarded as a negotiation "in the shadow of the law," where the objective is to reach an agreement with the opposing party under the potential threat of litigation. If the parties cannot reach an agreement in these negotiations, they apply to the court or arbitration. In compromise negotiations, the aim is to reach an agreement with the other party by putting forward the path of litigation. However, the parties are free to implement or not implement the results reached in these negotiations. If they wish, they can re-evaluate the issue they have agreed on in a different ADR method, or they can take it to court or arbitration. In this context, the application made in accordance with Art.97 of the HTL is a settlement negotiation made in the shadow of the law, except for exceptional cases, and is not binding in terms of its results.

The Supreme Court has held that, pursuant to Art.18/A-18 of the LMCD, the provisions on mandatory mediation cannot be applied in cases where resorting to another ADR method is obligatory. Therefore, mediation is not mandatory in lawsuits governed by Art.97 of the HTL. Moreover, the Court has ruled that the expenses arising from mandatory mediation proceedings initiated in such cases must be borne by the applicant. In our opinion, written application to the insurance institution qualifies as a negotiation-type ADR method, and exhausting this path is sufficient before initiating litigation or arbitration proceedings. Mandatory mediation is thus unnecessary. To eliminate the current ambiguity in practice, the decisions of the Supreme Court should explicitly and comprehensively address whether the mandatory application to the insurance institution qualifies as a form of "negotiation" and/or an "ADR method."

I. GİRİŞ

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu¹'nin (KTK) 97'nci maddesine² göre, zorunlu mali sorumluluk sigortasına ilişkin talepler kapsamında dava veya tahkim yoluna başvurmadan önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunulması zorunludur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (HD) yakın tarihli bazı kararlarında KTK m.97 kapsamında yapılan zorunlu başvuruyu, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirmiş ve bu halde arabuluculuğa ilişkin giderleri arabuluculuğa başvuran tarafa yüklemiştir³. Gerçekten Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁴ (HUAK) madde (m.) 18/A-18, “Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hallerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.” hükmünü ihtiva etmektedir. Buna göre, sigorta kuruluşuna yapılan başvurunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uyuşmazlığı yargısal yollar dışında zor kullanmaksızın gönüllü olarak bağlayıcı olmayan bir sonuç ile çözen uyuşmazlık çözüm yollarıdır⁶. Daha geniş bir yaklaşımla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargılama dışında kalan her türlü uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmaktadır⁷. Esasen bu tanım karşısında başkaca bir yaklaşıma ihtiyaç duyulmaksızın 2918 sayılı Kanun'da öngörülen başvuru zorunluluğunun alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu düşünülebilir. Ancak başvurunun zorunlu olması, sürecin çoğu kere taraflar arasında bir müzakere ya da iletişim olmaksızın sona ermesi, başvuru zorunluluğunun tüketilmesi gereken bir usulî yol olarak görülmesi ve pratikte tarafların

¹ 18/10/1983 Tarih ve 18195 sayılı Resmi Gazete.

² KTK m.97; “Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.”

³ Yargıtay 4. HD. 09.09.2024, E. 2022/2615 K. 2024/7426; “6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu'nun “Dava şartı olarak arabuluculuk” başlığı altında düzenlenen 18/A maddesinin (18) numaralı bendinde “Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hallerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.” hükmü yer almıştır. 2918 sayılı Kanun'un 97 nci maddesi ile zorunlu mali sorumluluk sigortasından faydalanmak isteyen hak sahiplerinin dava yoluna gitmeden önce sigortacıya yazılı başvuru yapması gerektiği dava şartı olarak düzenlenmiş olup, ayrıca arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığı hususu dikkate alınarak karar verilmesi gereklidir... bu haliyle dava açmadan önce sigortacıya başvuru dava şartının yerine getirildiği, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na eklenen 18/A maddesinin 18 inci fıkrasına göre artık zorunlu arabuluculuk hükümlerinin uygulanamayacağı bu itibarla yargılama gideri olarak arabuluculuk masraflarının davalıya yükletilemeyeceği gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Aynı yönde bkz. 4. HD. 27.02.2024, E. 2022/2982 K. 2024/2110; 4. HD. 03.11.2022, E. 2022/4937 K. 2022/13790; 4. HD. 20.01.2022, E. 2021/23273 K. 2022/901; Samsun BAM 3. HD., E. 2024/567 K. 2024/785 T. 26.4.2024; Adana BAM, 3. HD. E. 2022/1471 K. 2024/799 T. 26.3.2024; Gaziantep BAM, 17. HD., E. 2020/1053 K. 2022/1017 T. 25.5.2022; İstanbul BAM, 9. HD., E. 2023/1896 K. 2023/1990 T. 31.10.2023. Aksi yöndeki kararlarda ise sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru ile zorunlu arabuluculuk arasındaki ilişki tartışılmaksızın davanın TTK m.4 uyarınca ticari dava niteliğine işaret edilmiş ve TTK m.5/A uyarınca zorunlu arabuluculuğa başvurulması gerektiği yönünde karar verilmiştir. Bkz. İzmir BAM, 4. HD., E. 2021/3162 K. 2022/96 T. 18.1.2022; “Dava dilekçesinde gösterilen davalılar işleten ve TTK sigorta hükümlerine göre zarar gören gerçek kişi davacıya karşı müteselsilen sorumlu olup, müteselsil sorumlu davalılar arasında ise zorunlu dava arkadaşlığı değil, ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Sigorta hükümleri TTK'da düzenlendiğinden, diğer davalı sigorta hakkındaki dava mutlak ticari dava iken, haksız fiil sorumluları olan işleten davalı hakkındaki dava, mutlak ticari dava olmadığı gibi, davalı sigorta hakkındaki dava tefrik edilerek ayrı bir esasa kayıt edilmiştir. Davalı işleten bakımından 6102 Sayılı TTK un 4.maddesi içeriğinde belirtilen nitelikte bir ticari davadan söz edilemeyeceğinden, ilk derece mahkemesince davanın ticari dava kabul edilerek zorunlu arabuluculuk dava şartı gerçekleştirilmediğinden usulden reddine karar verilmesi isabetsiz olduğundan, davacı vekilinin istinaf istemi yerinde bulunmuştur.” (Lexpera) Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2019/361 K. 2021/89, T. 26.1.2021; “Ayrıca 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na 7155 sayılı kanunun 20. maddesi ile eklenerek 06.12.2018 tarihinde yürürlüğe giren 5/A maddesi uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tazminat ve alacak taleplerini içeren ticari davalar yine 6100 sayılı HMK'nin 114/2, 115/2 maddeleri mucibince dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru açısından dosyadaki eksiklikler davacılar tarafına eksikliğinin giderilmesine ilişkin 1 hafta kesin süre verilerek akabinde davacı tarafça giderilmiş; arabuluculuk anlaşamama tutanağı ise dava dilekçesi ekinde dosyada mündemictir.” (Lexpera) Aynı yönde bkz. İstanbul Anadolu 8. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2020/13 K. 2021/140, T. 2.3.2021; İstanbul 21. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2020/204 K. 2021/361, T. 21.4.2021; Ankara 12. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2019/396 K. 2021/160, T. 4.3.2021.

⁴ 22 Haziran 2012 Tarih ve 28331 sayılı Resmi Gazete.

⁵ Alternatif kelimesinin anlamının yargı sistemine ikame veya seçenek olarak anlaşılması nedeniyle doğru bir kullanım olmadığı yönündeki eleştirilere karşın kastedilen şeyin yargısal yöntemlere ilave ve tali nitelikte çözüm yöntemi olarak anlaşılmasına ilişkin görüş ve açıklamalar için bkz. FİSCHER, Jonas/SCHNEUWLY, Anne Mirjam: Alternative Dispute Resolution, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2021, s.4-6; ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.198-201.

⁶ ÖZEKES, Muhammet: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.2807; TANRIVER, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 19(64), 2006, s.151.

⁷ GİRSBERGER, Daniel/PETER, James Thomas: Aussergerichtliche Konfliktlösung, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2019, s.5; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s.803; PEKANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, s.637; ÖZBEK, s. 192. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ifadesi, geleneksel uyuşmazlık çözümü ve karar alma mekanizmaları olan idare, yasama ve yargıya alternatif ve fakat onların yerini almayan bilakis onları tamamlayan uyuşmazlık çözüm yollarıdır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu kavramı söz konusu kapsamda kalan uyuşmazlık çözüm yolları için bir şemsiye kavram olarak kullanılmaktadır. Bkz. NEFF, Markus: “Verhandlungslösungen -- Einsatzmöglichkeiten von alternativen Verfahrensmethoden und Konfliktmittlung (Alternative Dispute Resolution) bei der Realisierung von Grossprojekten”, Umweltrecht in der Praxis, Heft 4, 2001, s.378. Bu konuda kapsamlı tartışmalar için bkz. ÖZBEK, s.190 vd.; ŞAHİN CEYLAN, Şule: Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s.169 vd.; AZAKLI ARSLAN, Betül: Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.23vd.

yalnızca sigorta şirketi tarafından bir teklif gelmesi halinde müzakerede bulunmaları, söz konusu başvuru zorunluluğunun hukukî niteliğinin tartışılmasını gerekli kılmaktadır.

II. SİGORTA KURULUŞUNA BAŞVURU ZORUNLULUĞUNUN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ TEMEL ÖZELLİKLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Temel Özellikleri

1. Gönüllülük

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temel özelliklerinden birisi, gönüllülüktür. Buna göre taraflar alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmaya veya bu yollardan bir sonuca varmaya zorlanamazlar⁸. Ancak ülkemiz de dâhil olmak üzere çoğu hukuk sistemlerinde kimi hallerde alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru açısından gönüllülük ilkesi göz ardı edilebilmektedir. Bu konuda dava şartı arabuluculuğa başvurunun zorunluluğu açısından yapılan iptal başvurusunda Anayasa Mahkemesi (AYM), devlet mahkemelerinden karar elde etme yolunun açık olması durumunda hak arama özgürlüğünün zedelenmeyeceğine ve bu yola başvuru açısından gönüllülük ilkesinin göz ardı edilebileceğine karar vermiştir⁹. Buna göre, tüketilmesi gereken bir usulî yol olarak öngörülen alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru açısından gönüllülük ilkesinin uygulanmaması söz konusu olsa da süreci devam ettirme veya süreci sonlandırma konusunda gönüllülük esastır.

Doktrinde bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurunun zorunlu kılınmasının gönüllülük ilkesi ile bağdaşmayacağına ilişkin görüşler de mevcuttur. Buna göre gönüllülük, bir alternatif çözüm yolunu devam ettirip ettirmeme özgürlüğünü ihtiva ettiği kadar alternatif çözüm yoluna başvurma özgürlüğünü de kapsamaktadır¹⁰. Kanaatimizce başvurunun zorunluluğu, söz konusu çözüm yolunun gönüllü olma niteliğine hâle getirmemektedir. Zira yalnızca alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru açısından gönüllülük ilkesinden vazgeçilmekte, süreci devam ettirme ve sonuç alma konusunda gönüllülük esas kabul edilmektedir¹¹.

Gönüllülük ilkesinin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından önem arz ettiği hususlardan birisi de tarafların üzerinde bir uzlaşma baskısının olmamasıdır¹². Buna göre, uyuşmazlık çözüm süreci, anlaşmayla veya kısmî bir anlaşmayla ya da anlaşamama ile sonuçlanabilir. Taraflar süreci mutlak surette bir anlaşma ile sonuçlandırma baskısı altında olmamalıdır.

Gönüllülük ilkesi, tarafların hiçbir çekince duymaksızın alternatif uyuşmazlık çözüm sürecinden vazgeçebilmeleri anlamına da gelmektedir¹³. Bu bağlamda taraflar, diledikleri an alternatif uyuşmazlık çözüm sürecini terk edebilmeli ve bu sebeple olumsuz bir etki ya da sonuca maruz kalmamalıdır¹⁴. Özetle gönüllülük ilkesi uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru ve katılım ile anlaşma önerilerinin serbestçe değerlendirilmesi ve süreci sona erdirmeye bağlamında değerlendirilmelidir. Ancak sürece katılım açısından bir zorunluluğun getirilmesi mutlak olarak gönüllülüğün bertaraf edildiği sonucunu doğurmaz.

2. Bağlayıcı Olmama

⁸ GÖKSU, Mustafa; Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s.21; YAZICI TIKTIK, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s.36.

⁹ AYM 10.7.2013, E. 2012/94, K. 2013/89; "...Anayasa'nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yasama organının takdir yetkisi içindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez..."

¹⁰ HANKS, Melissa; "Perspectives on Mandatory Mediation", University of New South Wales Journal, 35(3), 2012, s.949; EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.151; KARACABEY, Kürşat; "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 28(123), s.462. Tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm sürecine dâhil olma konusunda zorlamak ile süreç içinde zorlamak arasında keskin bir ayırım yapıp yapılamayacağı doktrinde tartışılmaktadır. Tarafları sürece zorlamanın süreç içinde zorlamaya dönüşeceğine yönelik görüşler ileri sürülürken buna mukabil tarafların bir anlaşmaya varmaya zorlanmadıkça sürece dâhil olmaları için kabul edilen zorlamanın gönüllülüğe hâle getirmeyeceği bilakis tarafların sürece memnun ayrıldıkları ileri sürülmektedir. Bu konudaki kapsamlı tartışmalar için bkz. ÖZMUMCU, Seda: "Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 74(2), 2016, s.827-829.

¹¹ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.806; KEKEÇ, Elif Kismet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.70. Burada amaç, tarafları bir anlaşmaya zorlamak değil, anlaşmaya varmak için daha etkili ve daha az masraflı alternatif bir ortam sunmaktır. Bkz. AZAKLI ARSLAN, s.31. Böyle bir zorunluluğun kabul edilmesindeki temel neden, uyuşmazlık çözüm kültürünün "mahkemede görüşürüz" şeklinde gelişmiş olmasıdır. Gerçekten tarafların uyuşmazlıklarını önce müzakere ederek çözmeye çalışmaları bir uyuşmazlık çözüm kültürünün sonucudur. Tarafların uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yükledikleri anlam ilgili toplumdaki yaygın kültürden bağımsız düşünülemez. Bkz. SALLY ENGLE, Merry: "Book Review, Disputing Without Culture", Harvard Law Review, 100(8), 1987, s.2066. Gerçekten alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygınlaşması bakımından önemli olan şeyin kanunların değişmesi değil, uyuşmazlık çözüm kültürünün değişmesi olduğu, bu yöntemlerin önündeki engellerin culture of litigation (dava kültürü) olduğu konusunda bkz. HANKS, s.941-944. Alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna zorunlu bir başvurunun öngörülmesi, kendilerine uygun olmadığını düşündükleri takdirde devam ettirmek zorunda olmadıkları bu süreç hakkında tarafların bilgi sahibi olmalarına, bu çözüm yolunu tanımlarına ve faydalarını öğrenmelerine katkı sağlar. KEKEÇ, s.70.

¹² ERMENEK, İbrahim: Arabuluculukta Zayıf Tarafın Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.96; YAZICI TIKTIK, s.42.

¹³ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.127.

¹⁴ YAZICI TIKTIK, s. 42.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temel unsurlarından birisi, sürecin sonunda varılan sonucun taraflar açısından bağlayıcı nitelikte olmamasıdır¹⁵. Esasen bu durum gönüllülük ilkesinin bir tezahürüdür. Bu ilke uyarınca taraflar, birbirlerini anlaşma yapmaya zorlayamayacakları gibi, kural olarak varılan anlaşmaya uymaya da mecbur bırakılamazlar¹⁶. Aksi yönde bir anlaşma yapılmadıkça veya kanunî bir düzenleme bulunmadıkça, tarafların uzlaşmaya vardığı sonuç yalnızca tavsiye niteliğinde olacaktır¹⁷. Dolayısıyla tarafların üzerinde mutabık kaldığı anlaşma, bir sözleşme olarak değerlendirilir. Taraflar bir anlaşmaya varırlarsa bu anlaşmaya uymayan tarafa herhangi bir yaptırımda bulunulamaz. Süreç içerisinde bir anlaşmaya varılmış olsa bile, taraflardan biri yükümlülüklerine uymazsa herhangi bir yaptırım uygulanamaz.

3. Yargısal Yollara Başvuru İmkânını Ortadan Kaldırmama

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargı sistemi ile rekabet eden ya da onun yerine ikame olarak düşünülebilecek çözüm mekanizmaları değildir¹⁸. Bu çözüm yolları yargısal çözüm yollarının yanında yargı organlarının mutlak yargı yetkisine zarar vermeksizin uyuşmazlıkların daha kolay bir şekilde çözülmesini sağlama amacı güden yöntemlerdir¹⁹. Bu çözüm yöntemleri ile yargıya başvuru yollarının kapatılması amaçlanmaz. Bilakis yargı yollarına tali nitelikte ve onlara yardımcı olan çeşitli ikna yöntemleri ve çözüm arayışlarının önünün açılması hedeflenir²⁰.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru ve bu yoldan bir sonuca varılması kural olarak yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmaz. Yargısal yollara başvuru imkânının ortadan kaldırılmamasını, alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurduktan sonra bu yoldan vazgeçerek yargı yoluna gidilebilmesinin mümkün olup olmadığına göre belirlemek gerekir. Örneğin, taraflar arasında bir tahkim sözleşmesinin varlığı halinde tahkime başvurulduktan sonra devlet yargısına başvuru imkânı ortadan kalkmaktadır. Oysa bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurduktan sonra bu yoldan vazgeçerek dava veya tahkim yoluna başvurulabilir. Benzer şekilde taraflar alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ile bir anlaşmaya varamazlar ise dava veya tahkim yoluna başvurulabilirler. Bu noktada HUAK m.17/5 uyarınca arabuluculuk faaliyetinde üzerinde anlaşmaya varılan hususlarda taraflarca dava açılmayacağına²¹ ilişkin düzenlemenin alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun söz konusu niteliği ile bağdaşıp bağdaşmayacağına değinmek gerekir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda varılan anlaşma kural olarak bağlayıcı olmadığı gibi taraflar bu anlaşmaya uymaya zorlanamazlar. Ancak tarafların aksi yönde bir anlaşma yapmaları mümkündür. Bu düzenlemede tarafların iradesi ile kararlaştırabilecekleri bir husus, kanun koyucu tarafından düzenlemeye kavuşturulmuştur. Taraflar ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurduklarında bu hukukî sonucu bilerek bir anlaşmaya varmaktadır. Bu nedenle esasen kanundan kaynaklanan sonuç, taraf iradesinin bir sonucu olmaktadır. Zorunlu arabuluculukta ise taraflar arabuluculuğa başvurmak zorunda olmakla birlikte bir anlaşmaya varmak zorunda değildirler. Dolayısıyla bu hukukî sonucun doğmasını istemeyen taraf sırf bu gerekçe ile bir anlaşmaya varmayabilir. Ya da başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu da işletebilir. Netice itibarıyla taraflar, anlaşma belgesine bağlanan hukukî sonucu bilerek anlaşmaya vardıklarından arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu niteliğine hâlel gelmez.

4. Tarafsız Bir Üçüncü Kişinin Sürece Katılımı

Doktrinde bir çözüm yolunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilebilmesi için tarafsız bir üçüncü kişinin sürece katılımının gerekli olup olmadığı tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, devlet yargısı dışında tarafların kendi çözümlerini ürettikleri bir çözüm yolunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilebilmesi, üçüncü bir kişinin müdahalesi ve katılımına bağlıdır²². Bu görüşe göre, tarafların üçüncü bir kişinin müdahalesi olmaksızın bir çözüme varmaları halinde ortada bir uyuşmazlık bulunmamaktadır²³. Bu durumda yalnızca bir çatışma söz konusudur. Alternatif uyuşmazlık çözümünden

¹⁵ ILDIR, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.29; TANRIVER, s.152.

¹⁶ KONURALP, Cengiz Serhat: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s.13.

¹⁷ BÜYÜKAY, Ferhat: Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.27.

¹⁸ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s.840; ÖZEKES, Pekcamtez Usul, s.2806-2807; TANRIVER, s.152; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 24; ÖZBEK, s.201.

¹⁹ ÖZBEK, s.201.

²⁰ ÖZTEK, Selçuk: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'na İlişkin Görüş ve Öneriler: Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler, Sempozyum Notları, İstanbul, 2008, s.17.

²¹ Üzerinde anlaşmaya varılan hususlarda dava açılmamasını, anlaşma belgesi ile ortadan kaldırılan uyuşmazlığa ilişkin talepte bulunulmaması ve anlaşma belgesi ile oluşturulan hukukî durumun değiştirilmesine yönelik taleplerin ileri sürülebilmesi şeklinde anlamak gerekir. BÜYÜKAY, s. 118. Ancak bu düzenlemenin mahkemeye erişim hakkını ve hak arama özgürlüğünü ihlal ettiği göz önünde bulundurularak uygulama alanı dar tutulmamalıdır. ERMENEK, s.228.

²² MEYER BAHAR, Valerie: Court-connected Alternative Dispute Resolution, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2005, s.3; FISCHER/SCHNEUWLY, s.7; ILDIR, s.27; ILDIR, Gülgün: "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü" (Armağan), TBB Dergisi, 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s.386; BÜYÜKAY, s.25; YILMAZ, Ejder: "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Avukatlık Kanunu m. 35/A)", TBB Dergisi, 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s.846; ÖZBAY, İbrahim: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(3-4), 2006, s.463; DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife: "Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanması ve Sigortacılık Tahkimi ile Karşılaştırması" içinde Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, MERSİN, Bilge Utan/ALIŞKAN, Murat/SARIKAYA, Sinan (Ed.), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s.13.

²³ ILDIR, s.27; BÜYÜKAY, s.25; ÖZBAY, s.463.

söz edebilmek için ise çatışmanın taraflarca giderilememesi ve uyuşmazlığa dönüşmüş olması gerekir²⁴. Başka bir görüşe göre ise, alternatif uyuşmazlık çözümü yalnızca üçüncü bir kişinin katıldığı çözüm yollarından ibaret değildir²⁵. Aksi halde bütün alternatif çözüm yollarının temelini oluşturan müzakere yönteminin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilmesi mümkün olmaz²⁶.

Kanaatimizce bir uyuşmazlık çözüm yolunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilebilmesi için üçüncü bir kişinin katılımına gerek yoktur. Gerçekten taraflar arasında bir uyuşmazlık varsa o uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi en yüksek düzeyde olan kimseler, tarafların kendileridir²⁷. Taraflar üçüncü bir kişinin katılımı ya da karar alma sürecine katkı sağlayacağı bir çözüm mekanizmasını işletmek istemeyebilirler. Dolayısıyla çözüm yolunun niteliği, üçüncü kişinin katılımına bağlı olarak belirlenemez. Ancak üçüncü kişinin çözüm sürecine katılmadığı hallerin mutlak olarak bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilebileceği de söylenemez. Bu halde tarafların karşılıklı iradeleri ve iletişimleriyle ile çözüme kavuşturdıkları hususun bir uyuşmazlık çözümü mü yoksa uyuşmazlığa dönüşmemiş bir anlaşmazlık çözümü mü olduğu kıstas alınarak bir nitelendirme yapılmalıdır. Örneğin, sözleşme müzakeresinde taraflar bir sözleşmenin kurulmasına yönelik anlaşmazlıklarını müzakere ederler. Bu durumda müzakereye alternatif uyuşmazlık çözüm yolu niteliği atfedilemez. Ancak sözleşme kurulduktan sonra ifa edilmeyen edimlere ilişkin yürütülen uyuşmazlık müzakeresi, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur²⁸.

5. Sigorta Kuruluşuna Zorunlu Başvurunun Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Temel Özellikleri Bakımından Değerlendirilmesi

KTK m.97 kapsamında sigorta kuruluşuna zorunlu bir başvuru öngörülmektedir. Ancak taraflar süreci diledikleri gibi yönetebilmekte ve istedikleri zaman sürece son verebilmektedirler. Tarafların bir anlaşmaya varmaya zorlanmaları söz konusu değildir. Başka bir deyişle süreçte taraflara içerik bakımından tam bir özerklik sağlanmakta ve tarafların her zaman zorunlu başvuru sürecini sonlandırma hakkına sahip olması esas kabul edilmektedir. Bu açıdan sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru, yalnızca başvuru aşamasında göz ardı edilmekle birlikte sürecin işleyişi ve sonucu bakımından alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temel özelliklerinden birisi olan gönüllülük esasına tabidir.

KTK m.97 uyarınca yapılan zorunlu başvuru neticesinde anlaşmaya varılması halinde bu anlaşma, bağlayıcı nitelikte değildir. Taraflar bu konuda yazılı bir anlaşma tutanağı düzenlemiş iseler, bu tutanak bir maddi hukuk sözleşmesi mahiyetindedir²⁹. Gerçekten taraflar kanundan³⁰ ya da sözleşmeden³¹ doğan hukukî ilişki üzerine müzakerelerde bulunarak bir anlaşmaya varmaktadır. Bu anlaşma karşılıklı irade beyanlarının yer aldığı bir sözleşmeden ibaret olup tarafların sözleşmedeki edimleri ifadan kaçınmaları, sözleşmeye aykırılık ve borçlunun ya da alacaklının temerrüdü kapsamında değerlendirilir. Bununla birlikte söz konusu sözleşme bağlayıcı niteliği haiz olmadığından taraflar, yerine getirilmeyen anlaşma şartlarını farklı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda çözüme kavuşturabilecekleri gibi (*arabuluculuk anlaşma belgesi gibi*) dava veya tahkim yollarına da başvurabilirler.

KTK m.97 uyarınca yapılan başvuru alternatif uyuşmazlık çözüm yolu niteliğini haiz olmakla beraber özel bir dava şartı³² niteliğindedir. Bu yola başvurulması ve bu yolun anlaşma ya da anlaşamama ile tüketilmesi dava açmak için yeterlidir. Başka bir deyişle, sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru dava yolunu kapatan ve onunla rekabet eden bir yol olarak değil, yalnızca özel bir dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu açıdan sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargı yollarına başvuru imkânını ortadan kaldırmama niteliğine de uygun düşmektedir.

²⁴ İLDIR, s.27; BÜYÜKAY, s.25; ÖZBAY, s.463.

²⁵ TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku Cilt II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2025, s.256; KIYAK, Emre: Dönüştürücü Arabuluculuk- Problem Çözücü Arabuluculuk İle Uyumlaştırılması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s.82; ÖZBEK, s.191; KEKEÇ, s. 13.

²⁶ ÖZBEK, s.191. Müzakerenin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edildiğine ilişkin bk. ŞAHİN CEYLAN, s.296.

²⁷ ÖZBEK, s.136.

²⁸ ÖZBEK, s.154.

²⁹ Tarafların zorunlu başvuru kapsamında anlaşmaya varmaları halinde üçüncü bir kişinin uyuşmazlığı çözme yönünde bir kararının veya önerisinin bulunmaması nedeniyle taraflarca üzerinde çalışılmış bir mutabakat söz konusudur. Bu mutabakat iki tarafın ya da taraflardan birisinin ifa edeceği edimleri belirleyen yazılı bir metne dönüşmektedir. Başka bir ifadeyle taraflar hukuk düzeninin kabul ettiği hukukî sonucu doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmaktadır. Bu irade açıklamaları asli ve doğrudan etkisini maddi hukuk alanında göstermektedir. Zira taraflar zararın tazminine yönelik bir irade açıklamasında bulunmaktadır. Sözleşmenin unsurları için bkz. ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.137 vd.; NOMER, Haluk; Borçlar Hukuku Genel Hükümler El Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s. 11 vd. Bir sözleşmenin maddi hukuk sözleşmesi mi yoksa usul hukuku sözleşmesi olduğunun tespiti için asli ve doğrudan etkisinin hangi alanda doğduğunun dikkate alınması gerektiği hususunda bkz. ERDÖNMEZ, Güray: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.440; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.297; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.128. Bir maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirdiğimiz bu anlaşma esasen tarafların uyuşmazlıklarını bir usul işlemine büründürmeden yaptıkları bir sözleşme ile sona erdirdiğinden mahkeme dışı sulh sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Uyuşmazlıkların mahkeme nezdinde bir usul işlemi olmaksızın sözleşme yoluyla çözümlenmesi halinde mahkeme dışı sulhten dışı edilmesi gerektiği ve bu sözleşmesinin geçerliliği ve sonuçları bakımından borçlar hukukuna tabi olduğu hakkında bkz. BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Medeni Usul Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, s.509.

³⁰ Taraflardan birisinin diğer tarafın sigorta kuruluşuna başvuruda bulunması halinde kanundan doğan bir hukukî ilişki söz konusudur.

³¹ Bir tarafın sigorta kuruluşu ile aralarındaki sözleşmeye/poliçeye istinaden bir başvuruda bulunması halinde sözleşmeden kaynaklanan bir hukukî ilişki bulunmaktadır.

³² Özel dava şartları, davanın esasının incelenmesine engel teşkil eden ve hâkim tarafından resen dikkate alınan genel dava şartları dışında kalan hususlardır. Bkz. PEKCANITEZ, Hakan: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.950; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.344;ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.337.

Sigorta kuruluşuna yapılan zorunlu başvuruda üçüncü bir kişinin sürece katılımı söz konusu değildir. Ancak yukarıda³³ da değindiğimiz üzere, çözüm sürecine üçüncü kişinin katılımı bir çözüm yolunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilmesinde belirleyici bir kıstas olmadığı gibi zorunlu bir unsur da değildir. Buna göre sürece üçüncü kişinin katılmaması, sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmez.

Son olarak sigorta kuruluşuna zorunlu olarak yapılan başvuruda çözüme kavuşturulan hususun bir anlaşmazlık ya da bir uyuşmazlık olmasının bu yöntemin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilmesine etkisi tartışılmalıdır. Anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramları birbirinden farklı şeylerdir. Anlaşmazlık, aralarında bir menfaat çatışması bulunan kimselerin menfaatin tatmin edilememesi sebebiyle yaşadıkları uyumsuzluk ve çatışma halidir³⁴. Anlaşmazlık görünür hale gelir, dış dünyaya yansır ve devam ederse uyuşmazlığa dönüşür³⁵. O halde birbirleriyle çatışma halinde bulunan taraflar diğer taraftan bir talepte bulunmadığı müddetçe gerçek anlamda bir uyuşmazlıktan söz edilemeyecektir³⁶. Bir uyuşmazlıktan söz edebilmek için bir tarafın kendi durumu ve algısını diğer tarafça anlaşılması gerektiği için paylaşması ve bu durumun salt görüş ayrılığının ötesine geçmesi gerekir³⁷.

Sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru, uygulamada kimi zaman bir anlaşmazlığın çözümüne hizmet ederken kimi zaman bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kullanılmaktadır. Gerçekten taraflar daha önce zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında hasar ya da maluliyete ilişkin bir talepte bulunmuş iseler bir uyuşmazlığın varlığından söz edilebilir. Örneğin, hasarın meydana gelmesi ile birlikte sigorta kuruluşuna bildirim yapılmış ve hasar dosyası açılmış olabilir³⁸. Bu halde sigorta kuruluşu, eksper tayin etmek suretiyle bildirimde bulunan tarafa bir ödeme teklifinde bulunmuş ya da kısmi bir ödeme yapmış olabilir. Bu teklifin kabul edilmemesi üzerine tahkim veya dava yoluna başvurmak isteyen tarafın sigorta kuruluşuna yeniden bir yazılı başvuru yapması halinde bir uyuşmazlığın varlığı kuşkusuzdur³⁹. Bu örnekte olduğu gibi taraflar arasındaki anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönüştüğü durumlarda sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun konusu bir uyuşmazlıktır.

Öte yandan taraflar arasında zorunlu mali sorumluluk sigortasından kaynaklanan taleplere ilişkin daha önceden bir talep ya da ihtar olmaksızın doğrudan zorunlu başvuru yolunun işletilmesi halinde ise taraflar arasında anlaşmazlık düzeyinde kalan bir menfaat çatışmasından söz edilebilir⁴⁰. Sigorta kuruluşunun başvuru talebine karşılık vermemesi ya da talebi reddetmesi halinde ise anlaşmazlık uyuşmazlığa dönüşür. Daha önceden bir talep ya da ihtar olmaksızın doğrudan zorunlu başvuru üzerine yürütülen süreçte bir anlaşmaya varmaları halinde ise tarafların bir sözleşme müzakeresi mi uyuşmazlık müzakeresi mi yürüttükleri tespit edilmelidir. Esasen bu sınırın keskin bir biçimde ayrılması mümkün görünmemektedir. Talebin aynen kabulü ya da sigorta kuruluşunun teknik değerlendirmeleri neticesinde anlaşılan miktar ile talep edilen miktar arasında farklılıkların bulunması durumunda, başvuru talebini ilk kez sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru kapsamında ileri sürmüş ise ortada bir uyuşmazlık olmayacaktır⁴¹. Bu halde uyuşmazlıktan değil çözüme kavuşmuş bir anlaşmazlıktan söz edilebilir.

Özetle sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru kapsamında kimi zaman uyuşmazlık düzeyine ulaşmamış anlaşmazlıklar kimi zaman ise uyuşmazlıklar çözüme kavuşturulmaktadır. Ancak bu durumun söz konusu müessesenin hukukî niteliğinin belirlenmesine bir etkisi olup olmayacağı tartışılmalıdır. Örneğin, Yargıtay 9. HD. 10.10.2024 Tarih ve 2024/10147 E. 2024/13332 K. sayılı ilamında tarafların aralarında bir uyuşmazlık bulunmamasına rağmen arabuluculukta gerçekleştirdikleri anlaşma belgesini ve son tutanağı

³³ Bkz. Yuk. II. A. 4.

³⁴ ÖZEKES, Muhammet: Temel Hukuk Bilgisi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s.145; ŞAHİN CEYLAN, s.41; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.1; ÖZBEK, s.114.

³⁵ GİRSBERGER/PETER, s.35; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.1; ÖZBEK, s.118; ÖZEKES, s.145.

³⁶ ŞAHİN CEYLAN, s.75; FOSKETT, David Q.C.: The Law and Practice of Compromise, London, 1996, s. 5. (ÖZBEK, s.119'dan naklen) Anlaşmazlığın karşı tarafa bildirilmesi, dava açılması veya ihtar çekilmesi halinde anlaşmazlık uyuşmazlığa dönüşür. Bkz. ÖZEKES, s.145.

³⁷ FİSCHER/SCHNEUWLY, s.115.

³⁸ Burada sigorta kuruluşuna hasar dosyası açılması ile zorunlu başvuruyu birbirinden ayırt etmek gerekir. Hasarın meydana gelmesi ile birlikte sigorta kuruluşlarının hasar ihbar hatları üzerinden (mobil telefon/internet) hasar dosyası oluşturulabilmektedir. Sigorta kuruluşu gerekli belgeleri başvuru temin etmek suretiyle hasar işlemlerini ilgili dosya üzerinden yürütmekte ve yaptığı teknik değerlendirmeler neticesinde bir ödeme yapılması veya yapılmaması yönünde karar alabilmektedir. Ödeme yapılmaması veya eksik ödeme yapılması halinde ise sigorta kuruluşuna yazılı bir başvuru yapılması gerekmektedir. Bu başvuru üzerine ödeme yapılmaz ise dava veya tahkim yoluna başvurulabilir. Ancak bazı hallerde başvuru taraf, daha önceden bir hasar ihbarında bulunmaksızın sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunabilmektedir. Bu halde hasar dosyasının oluşturulması, zorunlu yazılı başvuru üzerine gerçekleşir.

³⁹ Sigorta Tahkim Komisyonu K. 2024/625472, T. 2.1.2025; "02.11.2023 Tarihinde Ankara ili Keçiören ilçesi Sürücü, *** sevk ve idaresindeki *** plakalı araç ile cadde üzerinde seyreden müvekkile ait *** plakalı araca çarparak maddi hasara yol açmıştır ve araç gereği gibi yapılmamıştır. Müvekkile ait *** araç adına kaza tarihinde geçerli olan *** Sigorta Şirketi'nin *** poliçe numaralı KASKO poliçesi bulunmaktadır. Müvekkilin aracında oluşan bu maddi hasarların giderilmesinde *** Sigorta Şirketi'nin müştereken ve müteselsilen sorumluluğu bulunmaktadır. Söz konusu hasar 02.11.2023 tarihinde sigorta şirketine ihbar edilmiştir. Bu sebeple tarafımızca *** Sigorta Şirketi 01.04.2024 tarihinde hasar farkı ödenmesi için yazılı başvuruda bulunulmuştur. Dosyadaki belgelerin incelenmesinden, başvurunun kaza tarihi itibarıyla araç maliki sıfatını taşıdığı, aleyhine başvuru yapılan sigorta şirketinin ise aynı tarih itibarıyla başvuran aracın Kasko poliçesinin sigortacısı olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, tarafların aktif ve pasif husumet ehliyetlerinin mevcut olduğu tespit edilmiştir." (Lexpera)

⁴⁰ Bu durumda hasar dosyası ilk defa yazılı başvuru üzerine açılacaktır.

⁴¹ Bu bağlamda bir çatışmanın hukuk bilimini ilgilendirmesinin uyuşmazlığa dönüşmesi ile başlamasına ilişkin tespitler önem taşımaktadır. Bkz. ŞAHİN CEYLAN, s.76-77.

geçersiz kabul etmiştir⁴². Kararda arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu vurgulanmış ve bu yola başvurunun ön şartı olarak taraflar arasında bir uyuşmazlığın bulunması gösterilmiştir. Diğer bir ifadeyle Yargıtay, tarafların sözleşme müzakeresi⁴³ mahiyetinde yürüttükleri süreci, uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul etmemiştir. Doktrinde de anlaşmazlık çözümü ile uyuşmazlık çözümünün birbirinden farklı şeyler olduğu ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre uyuşmazlıkların çözümü hukuk bilimini ilgilendirirken anlaşmazlıkların çözümü ise diğer sosyal bilimlerin (psikoloji, sosyoloji, tarih, ekonomi vs.) konusudur⁴⁴. Bu görüşe göre, anlaşmazlıkların çözümü ve bunlara ilişkin çalışmalar, hukuk alanında uyuşmazlık çözümünden ve buna ilişkin hukukî müesseselerden çok daha öncesine dayanmaktadır⁴⁵.

Kanaatimizce anlaşmazlıkların çözümü ile uyuşmazlıkların çözümü teorik olarak birbirinden farklı olsa da uyuşmazlık, özünde ve öncesinde bir anlaşmazlığa dayandığından uyuşmazlık çözümü geniş anlamda anlaşmazlık çözümünün bir parçası olarak kabul edilmelidir. Gerçekten her uyuşmazlık özünde bir çatışma ve anlaşmazlık barındırmaktadır⁴⁶. Dolayısıyla uygulamada bu iki kavram arasında keskin bir ayırım yapmak güçtür. Anlaşmazlıklar dinamik süreçler olup her zaman belirli bir tanıma ve sınıra sığdırılması mümkün değildir⁴⁷. Duyguların, düşüncelerin, iradelerin ve/veya eylemlerin algılanan uyumsuzluğu olarak tanımlanan⁴⁸ anlaşmazlığın dinamik yapısı sebebiyle ne zaman uyuşmazlığa dönüştüğü çoğu zaman tam olarak belirlenememektedir. Bu nedenle doktrinde uyuşmazlık çözümünden söz edilirken “anlaşmazlıkların/uyuşmazlıkların çözümü” ifadelerine yer verilmektedir⁴⁹. Öte yandan her somut olay dikkate alınarak hakların daha önce hasar başvurusu yapıp yapmadığı, anlaşıp anlaşmadıkları gibi ihtimaller üzerinden bir hukukî nitelendirme yapmak kavram karmaşasına neden olacağı gibi ciddi uygulama sorunlarını da beraberinde getirecektir. Bu halde taraflar arasında çözüme kavuşturulan/çözümlenen şeyin anlaşmazlık ya da uyuşmazlık olmasından ziyade kanun koyucunun bu yolu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak öngörüp öngörmediği esas alınmalıdır. Sigorta kuruluşuna yazılı başvuru, yukarıda gerekçelerini ortaya koyduğumuz üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun temel özelliklerini taşımaktadır. Ancak fiilen kimi zaman anlaşmazlıkların kimi zaman ise uyuşmazlıkların çözümüne hizmet etmektedir.

İşaret ettiğimiz hususlar çerçevesinde sigorta kuruluşuna yapılan zorunlu başvuru, kimi zaman sözleşme müzakeresi niteliğinde olsa da uyuşmazlık müzakeresi olarak tasarlanmış bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur⁵⁰. Gerçekten müzakere, bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak kullanılabileceği gibi bir anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönüşmesini engelleyen bir yol olarak da kullanılabilir. Teorik olarak sözleşme müzakeresi ve uyuşmazlık müzakeresi arasındaki farktan yola çıkarak müzakerenin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu niteliğine ilişkin farklı değerlendirmeler yapılabilir. Ancak incelendiği bağlamdan bağımsız olarak her müzakerenin aynı temel dinamikleri taşıdığı göz önüne alındığında bu ayırımın müzakerenin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu niteliğine bir etkisi olmadığı kabul edilmelidir⁵¹.

Müzakere, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarının en az müdahale gerektiren biçimi olup aynı zamanda diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temelini ve bir ölçüde de çerçevesini oluşturmaktadır⁵². Müzakere, ortak bir karar verme amacıyla

⁴² Yargıtay 9. HD. 10.10.2024, 2024/10147 E. 2024/13332 K.; “10. Dairemize intikal eden dosyalardan, taraflar arasında henüz bir uyuşmazlık bulunmamasına rağmen, işverence başlatılan arabuluculuk süreci sonunda anlaşma belgesi düzenlenmesi şeklinde bir uygulamaya sıklıkla başvurulduğu anlaşılmaktadır. 6325 sayılı Kanun’un 1 inci maddesinde arabuluculuğun hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanacak bir çözüm yolu olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle öncelikle taraflar arasında bir hukuk uyuşmazlığının varlığı, arabuluculuğun ön koşuludur. Ortada somut bir uyuşmazlık bulunmadığı hâlde ihtiyari arabuluculuk yoluyla düzenlenen son tutanağın veya anlaşma belgesinin, 6325 sayılı Kanun’un 18 inci maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen bir belge anlamında değerlendirilmesi mümkün değildir. 11. Taraflar arasında 6325 sayılı Kanun’un 18 inci maddesinin beşinci fıkrası kapsamında bir anlaşmanın varlığından söz edebilmek için ise öncelikle bir uyuşmazlığın ortaya çıkmış olması ve bundan sonra arabulucuya başvurulmuş olması gerekmektedir. Burada sözü edilen uyuşmazlıktan anlaşılması gereken, 6325 sayılı Kanun’un 1 inci maddesinin ikinci fıkrasında da ifade edildiği üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarıdır. Taraflar arasında uyuşmazlık çıktığından söz edilebilmesi için, taraflardan birinin diğer tarafa karşı alacak, tazminat ve işe iade gibi bir hak iddiasında bulunması, bunu ileri sürmesi; ancak karşı tarafın bu iddia ve talebi kabul etmemesi sonucunda kendi aralarında anlaşmamış olmaları gerekir. Örneğin; henüz iş sözleşmesinin sona ermediği durumda, taraflar arasında kıdem tazminatına ilişkin bir uyuşmazlık bulunmadığından, kıdem tazminatına ilişkin 6325 sayılı Kanun anlamında bir anlaşmanın varlığından da söz edilemez (Dairemizin aynı yöndeki 2021/12911 E., 2022/1387 K. sayılı kararı). Yine işçinin fazla çalışma alacağının ödenmesi yönünde bir talepte bulunmadığı ya da yapılmak istenen ödemeyi reddetmediği; bir diğer ifadeyle taraflar arasında bu konuda henüz bir uyuşmazlık çıkmadığı hâlde, başlatılan arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen son tutanak veya anlaşma belgesi de geçerli kabul edilemez.” (Lexpera)

⁴³ Sözleşme müzakereleri esasen herhangi bir uyuşmazlıkla ilgili değildir. Bu müzakereler hukukî işlem müzakereleri olarak da anılırlar. Tarafların bir sözleşme öncesinde yürüttükleri müzakerelerdir. Bkz. ÖZBEK, s.153.

⁴⁴ MENKEL-MEADOW, Carrie: “From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving: Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context”, Journal of Legal Education, 54(1), 2004, s.12.

⁴⁵ MENKEL-MEADOW, s.13. Gerçekten Durkheim, Marx, Simmel ve Coser gibi sosyologlar anlaşmazlıkların sosyal değişim boyutları, anlaşmazlıkların önlenmesi, çözümü ve bu süreçte bireysel davranışlar ile grup davranışlarının etkisi hakkında çalışmalar yürütmüşlerdir. MENKEL-MEADOW, s.13.

⁴⁶ MENKEL-MEADOW, s.1; FİSCHER/SCHNEUWLY, s.109 vd.

⁴⁷ FİSCHER/SCHNEUWLY, s.110.

⁴⁸ FİSCHER/SCHNEUWLY, s.116.

⁴⁹ Bkz. FİSCHER/SCHNEUWLY, s.178-181; ÖZEKES, s.144.

⁵⁰ Doktrinde söz konusu başvurunun herhangi bir ayırım yapılmaksızın müzakere niteliği taşıdığı ileri sürülmektedir. DRENİSA, Efe: “Sigortacıya Dava Açmadan Önce Yazılı Başvuruda Bulunulması Zorunluluğunun (KTK m. 97) Medenî Usûl Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 81(3), 2023, s.651.

⁵¹ FİSCHER/SCHNEUWLY, s.180.

⁵² FİSCHER/SCHNEUWLY, s.180.

gerçekleştirilen karşılıklı iletişimidir⁵³. Doktrinde amaçlılık perspektifinden bakıldığında, müzakereler, belirli bir yöne, yani bir sözleşmenin sonucuna veya onun tamamlanmasına ya da düzeltilmesine işaret eden planlı insan davranışı olarak tanımlanmaktadır⁵⁴. Bununla birlikte bir anlaşmaya varmanın müzakerenin mutlak amacı olduğu söylenemez. Müzakere yalnızca anlaşmaya varma amacını güden hedef odaklı bir etkinlik değil, açık uçlu bir süreçtir. Başka bir ifadeyle taraflar müzakere neticesinde bir anlaşmaya varmak zorunda olmadıkları gibi çıkarlarını korumak için anlaşmaya varmaktan kaçınabilir, dava yolunu işletebilirler⁵⁵. Bu bağlamda müzakere, çatışan menfaatlerin uyum sağlayabilmesi için üçüncü bir kişinin katılımı olmaksızın tarafların pazarlık esasına dayalı olarak yürüttükleri bir yöntem olarak tanımlanabilir⁵⁶.

KTK m.97’de yer alan düzenleme, özünde, kazan-kaybet müzakeresi şeklinde yürütülen rekabetçi ve mücadeleciler olarak nitelendirilebilecek⁵⁷ uzlaşma müzakeresi mahiyetindedir. Sigorta kuruluşuna yapılan yazılı başvuru, yargı yollarına başvurulmadan önce müzakere edilmesi istenen bir teklif niteliği taşımaktadır⁵⁸. Bu başvuru ile taraflardan en az birisi, bir müzakere sürecinde olduğunun farkındadır. Bu müzakerelerde taraflar bir anlaşmaya varamazlarsa mahkemeye ya da tahkime başvururlar⁵⁹. Uzlaşma müzakerelerinde dava yolu ileri sürülerek karşı taraf ile bir anlaşmaya varmak hedeflenir. Bu nedenle bu müzakerelere, hukukun gölgesinde müzakere (*in the shadow of the law*) de denir⁶⁰. Ancak taraflar bu müzakerelerde varılan sonucu uygulayıp uygulamamakta serbesttirler. Dilerse anlaşmaya vardıkları konuyu farklı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda yeniden değerlendirebilecekleri gibi dava veya tahkim yoluna da götürebilirler. Bu bağlamda KTK m.97 uyarınca yapılan başvuru, yukarıdaki istisnai haller hariç olmak üzere hukukun gölgesinde yapılan ve sonuçları itibarıyla bağlayıcı olmayan bir uzlaşma müzakeresidir.

Öte yandan sigorta şirketince başvuru tarafın talebine cevap verilmemesi, sigorta şirketince görüşme yapılmayacağının bildirilmesi veya başvuru tarafın talebinin değerlendirmeye alınmaması hallerini ayrıca ele almak gerekir. Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculukta HUAK m.18/A-10 uyarınca taraflara ulaşılamaması veya taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması halinde arabuluculuk faaliyeti sona erer ve durum tutanakla tespit edilir. Bu şekilde tutulan son tutanak ile dava açılabilir. Sigortaya yapılan başvuruda da başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde yazılı bir cevap verilmemesi halinde dava açılabilir. Taraflar arasında uyuşmazlık müzakeresi yapılamaması, arabuluculukta çözüm yolunun niteliğini etkilemediği gibi sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun da niteliğini değiştirmez⁶¹. Gerçekten taraflar gönüllülük ilkesi kapsamında sürece katılmak istemeyebileceği gibi karşılıklı talepler hakkında bir yanıt vermek veya bir karara varmak zorunda da değildirler. Dolayısıyla bu durum sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu niteliğini etkilemez.

III. SİGORTA KURULUŞUNA ZORUNLU BAŞVURUDAN SONRA AÇILACAK DAVALARDA ZORUNLU ARABULUCULUĞUN UYGULANIP UYGULANMAYACAĞI

Yargıtay 4. HD. 09.09.2024, E. 2022/2615 K. 2024/7426 sayılı kararı ve aynı yöndeki diğer kararlarında⁶², HUAK m.18/A-18 hükmü uyarınca başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu hallerde zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanamayacağı için KTK m.97 kapsamında açılacak davalarda arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığını kabul etmiştir. Zorunlu arabuluculuk kapsamında ortaya çıkan giderlerin ise başvuru tarafına yükletilmesi gerektiğine karar vermiştir. Söz konusu kararda;

“6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu’nun “Dava şartı olarak arabuluculuk” başlığı altında düzenlenen 18/A maddesinin (18) numaralı bendinde “Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.” hükmü yer almıştır. 2918 sayılı Kanun’un 97 nci maddesi ile zorunlu mali sorumluluk sigortasından faydalanmak isteyen hak sahiplerinin dava yoluna gitmeden önce sigortacıya yazılı başvuru yapması gerektiği dava şartı olarak düzenlenmiş olup, ayrıca arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığı hususu dikkate alınarak karar verilmesi gereklidir... bu haliyle dava açmadan önce sigortacıya başvuru dava şartının yerine getirildiği, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na eklenen 18/A maddesinin 18 inci fıkrasına göre artık zorunlu arabuluculuk hükümlerinin uygulanamayacağı bu itibarla yargılama gideri olarak

⁵³ ÖZBEK, s.150; ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 2810; KEKEÇ, s.43.

⁵⁴ MONN, Valentine: “Verhandlungen, Verhandlungspflichten, Verhandlungsabrede” içinde Die Verhandlungsabrede, GAUCH, Peter/MONN, Valentine (Ed.), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2010, s.12.

⁵⁵ MONN, s.14.

⁵⁶ YILDIRIM, Ferhat: Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s.33.

⁵⁷ Müzakere, uyuşmazlık müzakeresi ve sözleşme müzakeresi olarak sınıflandırılabilir. Sözleşme müzakeresi işbirlikçi ve sorun çözücü nitelikte iken uyuşmazlık müzakeresi daha rekabetçi ve mücadelecidir. Alternatif uyuşmazlık çözümünün konusu ise, esas olarak uyuşmazlık müzakeresidir. Bkz. ÖZBEK, s.153.

⁵⁸ DRENİSA, s.651.

⁵⁹ KEKEÇ, s. 43; ÖZBEK, s.154.

⁶⁰ KEKEÇ, s. 43; ÖZBEK, s.154.

⁶¹ İngiliz mahkemeleri, davacının bir talepte bulunup da davalının hareketsiz kaldığı hallerde de uyuşmazlığın varlığını kabul etmekte, davalının ifası gereken edimin varlığını ikrar etmedikçe uyuşmazlığın varlığını sürdürdüğünü kabul etmektedir. ÖZBEK, s.120.

⁶² 4. HD. 27.02.2024, E. 2022/2982 K. 2024/2110; 4. HD. 03.11.2022, E. 2022/4937 K. 2022/13790; 4. HD. 20.01.2022, E. 2021/23273 K. 2022/901.

arabuluculuk masraflarının davalıya yükletilemeyeceği gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”⁶³

ifadelerine yer verilerek suretiyle sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun HUAK m.18/A-18’de sözü edilen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu kabul edilmiştir.

Yargıtay’ın isabetli olarak verdiği karara rağmen bazı bölge adliye mahkemeleri ile bazı ilk derece mahkemelerince davacının dava dilekçesine arabuluculuk anlaşılamama tutanağının eklenmesi istenmekte, aksi halde davanın usulden reddine karar verilmektedir⁶⁴. Doktrinde de hem sigorta kuruluşuna yazılı başvuru yapılması hem de zorunlu arabuluculuğa başvuru yapılması gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır⁶⁵.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, sigorta kuruluşuna yazılı başvuru yapılması alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından müzakere niteliğinde olup dava veya tahkim yoluna başvuru yapılması için bu yolun tüketilmesi yeterlidir⁶⁶. Ayrıca zorunlu arabuluculuğa başvurulmasına gerek yoktur. Uygulamadaki ikircikliği sona erdirmek için ise Yargıtay kararlarında açık bir biçimde sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun “müzakere” ve/veya “alternatif uyuşmazlık çözüm yolu” niteliğine ilişkin kapsamlı açıklamalara yer verilmektedir⁶⁷. Öte yandan tarafların yapısal farklılık taşımakla birlikte özünde kendi uyuşmazlıklarını kendilerinin müzakere ettikleri bir sürecin tekrarı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının amacı ve özellikleri ile de bağdaşmaz. Tarafları yazılı başvuru sürecinden sonra zorunlu arabuluculuğa mecbur bırakmak, taraflara ek külfet getireceği gibi hak arama özgürlüğü ile de bağdaşmayacaktır⁶⁸. Ancak tarafların kendi rızaları ile zorunlu başvuru yolunda çözüme kavuşturamadıkları uyuşmazlığı ihtiyari arabuluculuğa götürmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Yargıtay’ın isabetli olarak verdiği karar, tarafların arasındaki menfaat çatışmasının anlaşmazlık düzeyinde kaldığı ve uyuşmazlığa dönüşmediği hallerde veya tarafların uyuşmazlığı müzakere edemedikleri hallerde, sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun niteliğinin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu mahiyetinde olup olmadığı bağlamında tartışmalara neden olabilir. Ancak yukarıda izah edildiği üzere kanun koyucu bu çözüm yolunu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak öngörmüştür. Diğer taraftan sigorta şirketince başvuru tarafın talebine cevap verilmemesi, sigorta şirketince görüşme yapılmayacağını bildirilmesi veya başvuru tarafın talebinin değerlendirmeye alınmaması hallerinde taraflar uyuşmazlığı müzakere edemeseler de başvuruya süresi içinde yanıt verilmemesini dava açmak için yeterli görmektedir. Esasen bu halde çözüm yolunun niteliğini etkileyen ya da değiştiren bir husustan değil, başarıya ulaşamamış bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolundan söz etmek daha doğrudur. Dolayısıyla bu çözüm yolunun sözleşme müzakeresi ya da uzlaşma müzakeresi olarak yürütülmesi çözüm yolunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu niteliğini değiştirmez. Bu nedenle her somut olaya göre bir ayırım yapmaya gerek olmaksızın sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun zorunlu arabuluculuğa başvuru şartını ortadan kaldırdığı kabul edilmelidir.

Sigorta kuruluşuna zorunlu başvuruda akdedilen anlaşmaların yerine getirilmemesi sebebiyle açılacak ifa davalarında ya da icra takibi üzerine açılacak itirazın iptali davalarında ise zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu halde taraflar arasında akdedilmiş anlaşmanın bir sözleşme niteliğinde olduğuna değinmiştik. Bu sözleşmenin ifasına yönelik olarak açılan dava, KTK m.97 uyarınca zorunlu mali sorumluluk sigortasına ilişkin bir talep değil, bu talep üzerine akdedilmiş anlaşmanın ifasıdır. Dolayısıyla ticari bir davaya⁶⁹ ilişkin alacak talebi niteliğindeki bu talep zorunlu arabuluculuğa tabidir.

⁶³ Yargıtay 4. HD. 09.09.2024, E. 2022/2615 K. 2024/7426; 4. HD. 27.02.2024, E. 2022/2982 K. 2024/2110; 4. HD. 03.11.2022, E. 2022/4937 K. 2022/13790; 4. HD. 20.01.2022, E. 2021/23273 K. 2022/901.

⁶⁴ Sakarya BAM 3. HD., E. 2022/2096 K. 2022/1736 T. 21.12.2022; “7155 sayılı Kanun’un 20. maddesiyle TTK’ya eklenen 5/A maddesi ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18/A maddeleri uyarınca, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortacısı için geçerlidir. Kazaya kârşın aracın maliki ve sürücüsü yönünden davanın ticari dava olmadığı açıktır. Bu itibarla işleten ve sürücü bakımından davaya devam edilmesi gerekirken tüm davalılar yönünden davanın usulden reddine karar verilmesi hatalı olmuştur. İlk derece mahkemesince sadece Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortacısı şirket hakkındaki davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmesi gerekirken tüm davalılar yönünden usulden ret kararı verilmesi olası... ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına...” (Lexpera) Aynı yönde bkz. Bakırköy 5. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2022/631 K. 2022/712, T. 18.7.2022; İstanbul Anadolu 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2019/155 K. 2019/969, T. 10.10.2019; İzmir BAM, 11. HD., E. 2021/1441 K. 2021/1282 T. 4.11.2021; “Somut uyuşmazlıkta davacı, davalıların maliki ve zorunlu mali sorumluluk sigortacısı oldukları aracın davacıya ait park halindeki araca çarpması nedeniyle hasar onarım bedeli, değer kaybı ve araçtan mahrum kalma nedeniyle tazminat isteminde bulunmuştur...HMK’nın 115/2. maddesinde tamamlanabilir dava şartı eksikliğinin giderilmesi için davacı tarafa süre verilebileceği belirtilmiş ise de, 6352 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18/A-2. maddesinde arabulucuya başvurmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın dava şartı yokluğundan usulden reddedileceği açıkça belirtildiğinden, anılan dava şartı eksikliğinin tamamlanabilir dava şartı eksikliği olarak nitelendirilmesi mümkün değildir...Buna göre mahkemece arabuluculuğa ilişkin dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.” (Lexpera)

⁶⁵ DİNÇ, İlhan: Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s.55.

⁶⁶ DRENİSA, s.664.

⁶⁷ Bu şekilde bir açıklama yapılarak tarafların hak ve yetkilerinin netleştirilmesi ve kavram ve terminolojinin açıklığa kavuşturulması, tarafların yazılı başvuruya ilişkin tereddütlerinin giderilmesi gerektiği yönünde görüş ve açıklamalar için bkz. DRENİSA, s.664-665.

⁶⁸ DRENİSA, s.664.

⁶⁹ Sigorta hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, ya TTK’nın Altıncı Kitabında düzenlenmesi münasebetiyle ticari dava olmaları ya da tüketici uyuşmazlığı mahiyetinde olanlar bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereği zorunlu arabuluculuğa tabi olmaktadır. Bu nedenle sigorta sözleşmesinden doğan tazminat ya da bedelin hiç veya gereği gibi ödenmemesi halinde sigortalı dava açmadan önce arabulucuya başvurulmalıdır. Bkz. AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Sigorta Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.125. Örneğimizde sigorta hukukundan kaynaklanan bir alacak talebi olmakla birlikte bu alacak talebi için başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu işletilmesi zorunlu olmadığından zorunlu arabuluculuğa başvurulması

İşaret ettiğimiz hususlar çerçevesinde Yargıtay 4. HD'nin KTK m.97 kapsamında alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolunun varlığı nedeniyle zorunlu arabuluculuğa ilişkin giderlerin davacıya yükletilmesine yönelik kararı isabetlidir. Bazı ilk derece mahkemelerince zorunlu arabuluculuğa ilişkin son tutanağın talep edilmesi ve aksi halde davanın usulden reddine yönelik kararları da yerinde değildir. Uygulama birliğinin sağlanması açısından içtihatlarda sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun “müzakere” niteliği açıkça ortaya konulmalı ve bu husustaki tereddütler giderilmelidir.

IV. ZORUNLU ARABULUCULUĞA BAŞVURUNUN SİGORTA KURULUŞUNA ZORUNLU BAŞVURU ŞARTINI ORTADAN KALDIRIP KALDIRMAYACAĞI

A. Sigorta Kuruluşuna Yazılı Başvurunun Şekli

Zorunlu mali mesuliyet sigortası kapsamında açılacak davalarda sigorta kuruluşuna yazılı bir başvuru yapılması gerekmektedir. Ancak bu yazılı başvurunun şekline ilişkin KTK hükümlerinde açık bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde geçerli bir başvurudan söz edilebilmesi için yazılı başvuruya zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında yer alan belgelerin eklenmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁰. Bu görüşe göre, eksik belgelerle yapılan başvuru geçerli bir başvuru olmadığı gibi bu halde tamamlanamayan bir dava şartı söz konusu olduğundan davanın dava şartı yokluğundan usulden reddi gerekir⁷¹. Bu görüşe dayanak olarak ise KTK m.99 hükmü gösterilmektedir. KTK m.99 uyarınca;

“Sigortacılar, hak sahibinin zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri⁷², sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorundadırlar.”

Sigorta tahkim yargılamasında verilen bazı hakem kararları da bu yöndedir. Örneğin, 24.03.2025 Tarih ve K-2025/156511 sayılı hakem kararında gerekli evraklar sunulmadan ya da eksik evraklarla yapılan başvuruların geçerli bir yazılı başvuru niteliği taşımayacağına işaret edilerek davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmiştir⁷³. Aksi yöndeki bazı kararlarda ise tamamlanabilir bir dava şartı kabul

gerekmektedir.

⁷⁰ SEVEN, Vural: “Mahkemeye-Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğunda Sunulacak Belgelerin (Özellikle Sağlık Kurulu Raporu) Dava Şartı Ve Temerrüt İle İlişkisi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(Özel Sayı), 2022, s.157; DRENİSA, s.652-653.

⁷¹ SEVEN, s.164; DRENİSA, s.656-657.

⁷² Genel Şartlar Ek:6 Tazminat Ödemelerinde İstenilecek Belgeler: “Tazminat başvurusunda bulunan hak sahipleri tarafından 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 99 uncu maddesi uyarınca ilgisine göre aşağıdaki belgeler eksiksiz olarak sunulur.

1. Maddi Zararlar

A) Araç Hasarları

• Trafik Kazası Tespit Tutanağı resmi tasdikli sureti veya taraflar arasında tutulmuş kaza tespit tutanağı, varsa ifade tutanakları veya görgü tespit tutanakları, • Mağdur araca ait ruhsat, • Varsa hasarlı araca ve kaza yerine ait fotoğraf ve görüntüler, • Mağdur araç sahibine/zarar gören üçüncü şahsa ait banka hesap bilgileri (banka - şube adı, Iban numarası).

B) Değer Kaybı

• (A) Araç Hasarları bölümünde istenen belgeler, • Değer kaybı talep beyanı, • Maddi hasara ilişkin ekspertiz yapıldıysa eksper raporu.

C) Diğer Hasarlar (üçüncü kişiye ait mallar için)

• (A) Araç Hasarları bölümünde istenen belgeler, • Hasarlı malın sahiplik belgesi (tapu, alım faturası, kamu kurumu resmi yazısı vb.), • Üçüncü kişiye ait zarar gören malın onarımına ilişkin fatura, muhasebe kayıtları.

2. Bedeni Zararlar

A) Sakatlık

• Kurul Raporu (artan sakatlık oranına bağlı tazminat taleplerinde ilk ödemeye esas alınan Yönetmeliğe göre düzenlenen rapor), • Epikriz Raporu, • Genel adli muayene raporu, • Tüm tetkik ve tedavilere ilişkin raporlar, • Mağdura ait kimlik belgesi fotokopisi, • Kaza raporu, varsa bilirkişi raporu veya keşif zaptı veya mahkeme kararı, • Mağdura ait kaza tarihi itibarıyla son gelir durum belgesi (Bordro, Gelir Vergi Beyannamesi vb.) ve güncel SGK hizmet dökümü belgesi ile varsa hesap tarihi itibarıyla son gelir durum belgesi, • Hak sahibine ait banka hesap bilgileri (banka - şube adı, Iban numarası), • Sağlık verilerine erişim, işleme ve aktarım konusunda mağdur tarafından verilen açık rıza beyanı

B) Ölüm

• Kaza Raporu, varsa Bilirkişi Raporu, keşif zaptı veya mahkeme kararı, • Veraset ilamı veya desteklik ilişkisini ortaya koyan diğer belgeler, • Ölüm belgesi ve ölü muayene otopsi raporu, • Destek şahsının Anne ve baba bilgisini de gösterir güncel vukuatlı nüfus kayıt örneği, • Ölen kişiye ait kaza tarihi itibarıyla son gelir durum belgesi (Bordro, Gelir Vergi Beyannamesi vb.) ile SGK hizmet dökümü belgesi, • Hak sahibine ait banka hesap bilgileri (banka - şube adı, Iban numarası), • Çocuk ölümünde destekten yoksun kalan ebeveynlerin güncel SGK hizmet dökümü belgesi.

3. Kişisel Bilgi Doğrulama Evrakları

• Gerçek Kişilerde: Nüfus cüzdanı fotokopisi ve imza beyanı, iletişim bilgileri • Tüzel Kişilerde: Vergi levhası, ticaret sicil gazetesi, imza sirküleri ve sirkülerde yer alan yetkililerin nüfus cüzdanı fotokopileri, • Yabancılar: Nüfus cüzdanı veya kimlik bilgisi içerir diğer belgeler ile Türkiye'ye girişine dair resmî evrak”

⁷³ Sigorta tahkim Komisyonu 24.03.2025 Tarih ve K-2025/156511 Sayılı Hakem Kararı; “5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 30/15. maddesi, sigorta hakemlerinin, sadece kendilerine verilen evraklar üzerinden incelemelerini sürdürüp karar vereceklerini hükme bağlamıştır. Bu kapsamda dosyaya sunulan evraklar kapsamında yapılan incelemede, başvuran vekilinin 24.01.2025 tarihli başvuruya vekâletname ve ihtarnâme başlıklı evrak eklendiği, başvuru ekinde KTK. 97. Maddesi ve Trafik Sigortası Genel Şartları B.2.2.1.maddesi kapsamında gerekli belgelerin sigorta şirketine sunulduğu ilişkin kayıt bulunmadığı ve ilgili belgelerin başvuruda sigorta şirketine sunulduğunun ispat edilmediği görülmüştür. Bu bağlamda dosya kapsamındaki belgeler birlikte incelenip değerlendirildiğinde; başvuran 114/2 maddesinin yollaması ile Karayolları trafik Kanunu 97. Maddesi gereğince “başvuru özel dava şartının” yerine getirdiğini ispatlayamamıştır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “Dava Şartlarının incelenmesi” başlığı altında yer alan HMK md.115/1 hükmü gereğince, mahkeme dava şartlarının mevcut olup olmadığını davanın her aşamasında resen inceleyebileceği gibi, uyuşmazlığın tarafları da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilecektir. Aynı hükmün ikinci fıkrası, mahkemenin dava şartı eksikliği tespit ettiğinde, davanın usulden reddine karar vereceği hükmü altına alınmıştır. Açıklanan nedenlerle başvuranın talebinin dava şartı yokluğundan usulden reddedilmesi gerektiğine karar verilmiştir.” (Sigorta Tahkim Komisyonu (STK) Hakem Karar Dergisi, Ocak-Mart, Sayı 61, 2025) Aynı yönde

edilerek davanın usulden reddinin gerekmediğine işaret edilerek esasa ilişkin yargılamaya geçilmiştir⁷⁴. Bazı hakem heyeti kararlarında ise eksik belgelerle başvuru yapılması durumunda sigorta kuruluşunun başvurucudan eksik evrakı talep etmemesi durumunda dava şartı eksikliğinin ileri sürülemeyeceğine karar verilmiştir⁷⁵. Yargıtay kararlarında ise yazılı başvurunun özel bir dava şartı olduğuna işaret edilmekle birlikte tamamlanabilir bir dava şartı niteliği taşıdığı kabul edilmektedir⁷⁶.

Öte yandan doktrinde yazılı başvuru yapılmadığı veya eksik belge ile başvuruda bulunulduğu hallerde usulüne uygun ve geçerli bir başvurudan söz edilemeyeceği gerekçesiyle muacceliyet ve temerrüdün gerçekleşmeyeceği ileri sürülmektedir⁷⁷. Bu bağlamda alacak muaccel olmadığından sigortalının ya da başvurucunun talep hakkı olmadığı için dava veya tahkime başvurmakta hukukî yararı bulunmadığı ileri sürülmektedir⁷⁸. Başvurucunun gerekli belgeler ile başvuru yapmaması halinde meydana gelen zararın poliçe kapsamında olup olmadığı anlaşılamayacağı gibi zararın poliçe teminatını aşip aşmadığı da belirlenemeyeceğinden borcun muaccel hale gelmeyeceği ileri sürülmektedir⁷⁹. Muaccel hâle gelmemiş ve kapsamının sigortacıdan belirlenmesi mümkün olmayan bir alacak için sigortacının temerrüde düşmüş sayılması isabetsiz kabul edilmektedir⁸⁰. Kural olarak TBK m.90'a göre her borç doğumu anında muaccel olur ve derhal talep edilebilir⁸¹ ise de bu görüşe göre, bu kural, sigorta kuruluşunun borcu açısından uygulanmaz⁸².

Kanaatimizce sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun geçerliliği ve dava şartı niteliği ile temerrüde ilişkin hukukî sonuçlarını ayırt etmek gerekir. Bize göre, KTK m.99 ve Genel Şartlar'da yer alan belgelerin sigorta kuruluşuna verilmesi, geçerli başvuruya ilişkin bir sorun değil, sigorta kuruluşunun temerrüde düşmesine ve faizin başlangıcına ilişkin bir sorundur. Kanunda başvurunun içeriğine ve şekline dair açık bir düzenleme bulunmaması, eksik belgelerle başvurunun hukukî sonucuna dair bir yaptırımın yer alması ve gerekli belgelerin yalnızca sigorta kuruluşunun temerrüdüne ve faizin başlangıcına ilişkin olması gerekçeleriyle davanın dava şartı yokluğundan usulden reddedileceği görüşüne katılmak mümkün değildir. Yargıtay kararlarında da söz konusu belgeler olmaksızın yapılan başvurular üzerine açılan davalar, dava şartı yokluğundan usulden reddedilmemiş, sigorta kuruluşunun dava veya icra takibi tarihinde temerrüde düştüğü ve faizin de bu tarih itibarıyla başlaması gerektiğine karar verilmiştir⁸³.

Bu çerçevede borcun muaccel hale gelmesi ile temerrüt arasındaki fark da ortaya konulmalıdır. TBK m.117/1 uyarınca, *"Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer."* Buna göre, borçlunun temerrüdü, ifası mümkün bir muaccel borç için borçlunun ihtar edilmiş olmasına, alacaklının edimi kabule hazır olmasına, borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkının bulunmamasına ve ifa etmemenin borca aykırı bir davranış olmasına bağlıdır⁸⁴. Muacceliyet ise yalnızca temerrüdün zamana ilişkin bir

bkz. STK 24/12/2024 Tarih ve K-2024/625200 Sayılı Hakem Kararı; 17.11.2023 Tarih ve K-2023/388403 Sayılı Hakem Kararı; 17.06.2023 Tarih ve K-2023/185789 Sayılı Hakem Kararı; 22.09.2022 Tarih ve K-2022/246673 Sayılı Hakem Kararı.

⁷⁴ STK 22/05/2024 Tarihli- K-2024/227649 Hakem Kararı; *"KTK 97. Maddeye göre; Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Başvuran vekili tarafından tahkim öncesi sigorta kuruluşuna gerekli başvurunun yapıldığı, başvuru dilekçesinde tedavi giderinin ödenmesinin talep edildiği görülmüştür. Her ne kadar sigorta kuruluşu başvurunun eksik bilgi ve belge ile yapıldığını dile getirmişse de varlığı iddia olunan eksikliğin tamamlanabilir dava şartı niteliğinde olup başvurunun reddini gerektirmediği anlaşılmıştır. (Bkz. Aynı yönde Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 21/12/2021 2021/21845 E. , 2021/10701 K.)"* (STK Hakem Karar Dergisi, Nisan-Haziran 2024, Sayı 58, 2024) Aynı yönde bkz. 17.11.2021 Tarihli - 2021/İHK-39841 Sayılı İtiraz Hakem Heyeti Kararı; 22/03/2024 Tarihli - 2024/İHK-18946 Sayılı İtiraz Hakem Heyeti Kararı

⁷⁵ STK 15.09.2023 Tarih ve K-2023/297712 Sayılı Hakem Kararı ; *"Sigorta şirketine KTK'nun 97. maddesi gereğince müraaat edilmemiş olması sebebiyle huzurdaki başvurunun esasa girilmeksizin usulden reddi gerektiği iddiası incelenmiş; başvuran tarafından sigorta şirketine dilekçesinde ekte gerekli hasar evrakının konduğunu belirttiği tespit edilmiş; sigorta şirketinin eksik evrak iddiası olsa da bunu başvurana belirttiği ve eksik evrakı talep ettiğini gösteren herhangi bir yazı dosyaya sunmadığı görüldüğünden bu konudaki iddialar kabul edilmemiştir."* (STK Hakem Karar Dergisi, Temmuz-Eylül 2023, Sayı 55, 2023) Aynı yönde bkz. Sigorta Tahkim Komisyonu, K. 2022/İHK-9552, T. 25.2.2022; *"Başvuru Sahibi'nin Sigorta Şirketine başvuruda bulunduğunun kabul edilmesi, eksik evrak bildiriminde bulunulmamış olması ve başvuru yapılmadığına dair iddianın somut delillerle desteklenememesi nedeniyle itirazların reddi gerekmektedir."* (Lexpera)

⁷⁶ Yargıtay 4. HD. 27.12.2023, E. 2022/16342 K. 2023/14216; *"KTK'nın 97'nci maddesi ile zorunlu mali sorumluluk sigortasından faydalanmak isteyen hak sahiplerinin dava yoluna gitmeden önce sigortacıya yazılı başvuru yapması gerektiği düzenlenmiş olmakla birlikte başvurunun yapıldığı ancak eksik ya da usulüne uygun olmayan belge ile başvurulduğu hallerde bu eksikliğin tamamlanabileceği açıktır."* (Lexpera)

⁷⁷ SEVEN, Vural: "Mahkemeye - Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu", (Sigorta Şirketine Başvuru), İzmir Barosu Dergisi, 83(2), 2018, s.106; DRENİSA, s.654.

⁷⁸ SEVEN, Sigorta Şirketine Başvuru, s.118; DRENİSA, s.658.

⁷⁹ DRENİSA, s.653-654.

⁸⁰ DRENİSA, s.655. Bu görüşe göre, gerekli belgeler eklenmeden yapılan başvuru alacağı muaccel hale getirmeyeceğinden muaccel olmayan alacaklara ilişkin açılan davaların hukukî yarar yokluğundan usulden reddine ilişkin içtihadı birleştirme kararı dikkate alınarak davanın hukukî yarar yokluğu sebebiyle de usulden reddi gerekir. Bkz. DRENİSA, s.659.

⁸¹ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s.1075-1076. Bu durumun istisnası borcun süreye ya da vadeye bağlanmış olması halidir.

⁸² DRENİSA, s.655.

⁸³ Yargıtay 4. HD. E. 2022/4574 K. 2022/16962 T. 14.12.2022; *"Gerekli belgeler ibraz edilmeksizin başvuruda bulunulmuş ya da hiç müraaat edilmemiş ise ...'nın temerrüdünden bahsedilemeyeceğinden faiz başlangıcının dava tarihi olarak kabulü gerekir."* Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD. E. 2022/16085 K. 2023/6576 T. 17.5.2023; 4. HD. E. 2021/11872 K. 2022/4159 T. 8.3.2022; 4. HD. E. 2024/1222 K. 2024/5022 T. 21.5.2024; 4. HD. E. 2024/2261 K. 2024/4611 T. 13.5.2024.

⁸⁴ MÜLLER, Sebastian: Tatbestand des antizipierten Vertragsbruchs, içinde, Antizipierter Vertragsbruch, SCHMID, Jörg (Ed.), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2021, s.108; ANTALYA, Cilt III, s.479 vd.; EREN, s.1235 vd; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 474 vd.

şartıdır⁸⁵. Muacceliyet, borçludan edimin ifasının istenebileceği ve borçlunun da edimi ifa zorunda olduğu zamanı ifade etmektedir⁸⁶. Yukarıda da değinildiği üzere kural olarak her borç doğumu anında muaccel olur ve derhal talep edilebilir. Sigorta sözleşmeleri bakımından ise TTK m.1427/2'ye göre sigorta kuruluşunun borcu, her halde hasarın (rizikonun) sigorta kuruluşuna ihbar edilmesinden itibaren kırk beş gün sonra muaccel olur⁸⁷. Sigorta kuruluşuna Genel Şartlar'da yer alan belgelerle yazılı bir başvuru yapmak ise, borcun muacceliyetini etkileyen bir husus değildir. Yalnızca borçlunun (sigorta kuruluşu) temerrüde düşmesi için öngörülmüş bir koşuldur. Gerçekten söz konusu belgelerin temini, temerrüdün bir şartı olan "alacaklının edimi kabule hazır olması" kapsamında hazırlık fiillerinin⁸⁸ icrası olarak değerlendirilebilir⁸⁹. Dolayısıyla sigorta kuruluşundan talep edilebilir muaccel bir borç bulunmakla birlikte sigorta kuruluşuna Genel Şartlar'da yer alan belgeler ile bir başvuru yapılmadıysa borçlu temerrüde düşmeyecektir. Başka bir ifadeyle temerrüdün zamana ilişkin şartı olarak muacceliyet gerçekleşmiş olsa da alacaklının ifaya hazırlık fiillerini icra etmemesi nedeniyle alacaklı temerrüdü oluşacağından borçlu temerrüdünden söz edilemez. Bu bağlamda borç muaccel olduğu için borcun talep edilmesinde hukukî yarar bulunmaktadır. Diğer taraftan alacağın söz konusu belgelerin temini ve teslimi ile kesinlik ve netlik kazanacak olması, muacceliyete ilişkin değil temerrüde ilişkin bir sorundur. Zira borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar edilmesi gereken hallerde ihtar, içeriği itibarıyla borcun niteliği ve miktarını açık bir biçimde ortaya koymalıdır⁹⁰. Oysa muacceliyet için borçlunun alacağın miktarını bilmesine de gerek yoktur⁹¹.

Dava şartı bakımından ise doktrin ve yargı kararlarında tartışma konusu edilen husus, Genel Şartlar'da yer alan belgeler ile başvuru yapılmadığı takdirde geçerli bir başvurudan söz edilip

⁸⁵ MÜLLER, s.110; EREN, s.1236

⁸⁶ MÜLLER, s.110; EREN, s.1074

⁸⁷ TTK m.1427/2 uyarınca, "Sigorta tazminatı veya bedeli, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her hâlde 1446 ncı maddeye göre yapılacak ihbardan kırkbeş gün sonra muaccel olur. Can sigortaları için bu süre onbeş gündür. Sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı inceleme gecikmiş ise süre işlemez." Bu hüküm kapsamında borç, sigorta kuruluşunun hasara ilişkin araştırmaları bitince muaccel olmaktadır. Ancak araştırmaların süresi 45 gün ile sınırlandırıldığından her halde borç, ihbardan 45 gün sonra muaccel olacaktır. Bkz. MEMİŞ, Tekin: "Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımına İlişkin Eleştiriler Ve Değerlendirmeler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.1938. Bir görüşe göre, 45 günlük sürenin işleyebilmesi için sigorta ettiren sigorta kuruluşuna rizikoya ilişkin belgeleri teslim etmiş olmalıdır. Bu halde sigorta kuruluşunun araştırmalara başlayamaması söz konusudur. Bu nedenle TTK m.1427/2 hükmünün son cümlesi gereği sigortacıya yüklenemeyen bir kusurun varlığı kabul edilmeli ve muacceliyete ilişkin 45 günlük süre işlemeye başlamamalıdır. Bkz. SEVİNÇ KUYUCU, Aslıhan: "Zarar Sigortalarında Sigortacının Ödeme Yükümlülüğü ve Sınırları", içinde Sigorta Hukuku Sempozyumları, ÜNAN, Samim/YAZICIOĞLU, Emine (Ed.), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s.48; ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I Genel Hükümler, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s.281-283. Bir görüşe göre ise bu süreler esasen bir karinedir. Sigorta ettiren veya sigortacı bu karineden faydalanabilir. Araştırmanın süresinde tamamlanamaması sigortacının kusurundan kaynaklanmıyorsa edimi muaccel hale gelmeyecektir. Ancak sigorta ettiren bu karinenin aksini ispat edebilir. Öte yandan daha kısa muacceliyet süreleri öngörülmüş ise (ZMMS Genel Şartlar 8 iş günü, KASKO Sigortası Genel Şartları 10 iş günü, Sigorta Tahkim'de 15 iş günü) 45 günlük süre de uygulanmaz. Bkz. YILDIRIM, Ali Haydar: Sigorta Tazminatının ve Bedelinin Muacceliyeti, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.244 vd. Yargıtay ise hasarın ihbarından itibaren belgelerin teminine ilişkin bir şart aramaksızın muacceliyetin gerçekleştiğini kabul etmektedir. Yargıtay 4. HD. E. 2021/15168 K. 2021/9250 T. 29.11.2021; "Açıklanan hukuki ve maddi vakıalar karşısında; eldeki davaya konu ... tazminat bedelinin tahsili için davacının STK'ya 05.07.2019 tarihinde yaptığı başvuru ile işlemekte olan zamanaşımın kesildiği; TTK 1420/1, ... C.10. ve ... B.3.3.4.1-son cümle hükümleri de dikkate alınarak hasar ihbarından sonraki 45. gün sonunda davacı alacağının muaccel olacağı ve muacceliyetten sonraki 2 yıl içinde davaya konu edilen alacak için zamanaşımından bahsedilemeyeceği hususları dikkate alınarak, davalı yanın zamanaşımı savunmasının değerlendirilmesi ve oluşacak sonuca göre, davalı yanın diğer itirazları da incelenip karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirmeye, yazılı biçimde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." Aynı yönde bkz. 17. HD. E. 2016/11034 K. 2019/8815 T. 02.10.2019; İstanbul BAM, 17. HD., E. 2021/1551 K. 2025/418 T. 13.3.2025; Ankara BAM, 21. HD., E. 2022/780 K. 2025/109 T. 19.2.2025; Denizli BAM, 4. HD., E. 2025/122 K. 2025/128 T. 30.1.2025; İzmir BAM, 11. HD., E. 2024/1266 K. 2024/1913 T. 7.11.2024. Sigorta Tahkim Komisyonu kararları ise eksik belge var ise 45 günlük muacceliyet süresinin başlamayacağı yönündedir. Sigorta Tahkim Komisyonu, K. 2025/146570, T. 24.3.2025. Başka bir açıdan ise sigorta kuruluşunun borcu için TTK m.1420 uyarınca alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren iki yıllık zamanaşımı uygulanmaktadır. Şayet bu belgeler temin edilmeden borcun muaccel olmadığı kabul edilirse sigorta kuruluşunun borcu için zamanaşımına ilişkin TBK m.1420 hükmünün uygulanma imkânı kalmaz. Zira TBK m.149 uyarınca da zamanaşımı süreleri alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar. Oysa yargı kararları aksi yöndedir. Bkz. Ankara BAM 23. HD., E. 2021/180 K. 2025/276 T. 12.3.2025; "İstinaf yasa yoluna başvuran-davalı vekili... islahın zamanaşımı süresi içerisinde yapılmadığını...Somut olayda; hasar tarihinin 03.06.2015 olduğu, davacı mirasçılar tarafından davalı sigorta şirketine 15.09.2015 tarihinde ihtarnamenin tebliğ edildiği ve mirasçılar tarafından davalı sigorta aleyhine 28.12.2015 tarihinde davanın açıldığı görülmüştür. TTK 1427. maddesi gereğince ihtar tebliğinden 45 gün sonra 1.11.2015 tarihinde alacak muaccel olmuştur. 01.11.2015 tarihinde başlayan 2 yıllık zamanaşımı süresi islah tarihi olan 21.07.2020 tarihi itibarı ile sona ermiştir. Buna göre İlk derece Mahkemesince, TTK'nın 1420/1 ve 1427. maddesi gereğince islah edilen kısım yönünden iki yıllık zamanaşımı süresinin geçmiş olduğu gözetilerek, davanın kısmen kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır." (Lexpera) Bu halde Kanun tarafından muacceliyete ilişkin alt ve üst süre sınırı konulduğu kabul edilmelidir. Sigorta kuruluşu sigorta ettiren tarafından verilen belgeler ile araştırmasını daha kısa sürede tamamlamış borç o tarihte; aksi halde ise her halde hasar ihbarından itibaren 45 gün sonra muaccel olur.

⁸⁸ Hazırlık fiilleri, borçlunun edimini ifa etmesi için alacaklının ifadan önce veya ifa anında gerçekleştirmesi gereken davranışlardır. Bkz. ANTALYA, Cilt III, s.186.

⁸⁹ Aynı yönde bir görüş, hazırlık fiillerinin icrasını temerrüdün bir şartı olarak kabul etmekle birlikte bu fiiller gerçekleştirilmeden borcun muaccel olmayacağı kabul etmektedir. Bkz. DRENİSA, s.653.

⁹⁰ WEBER, Rolf H./EMMENEGGER, Susan: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Stämpfli Verlag, 2020, s.630-631. TTK m.1427/4'e göre, sigorta sözleşmesinden doğan borç muaccel olunca borçlu ihtara gerek olmadan temerrüde düşer. Bu hüküm temerrüdün ihtar şartına ilişkin bir düzenleme olarak görülmelidir. Muaccel borç için alacaklının hazırlık fiillerini icra etmesi halinde ayrıca ihtara gerek olmadığı şeklinde anlaşılmalıdır.

⁹¹ ANTALYA, Cilt III, s.86

edilemeyeceğidir. Kanaatimizce KTK m.97’de öngörülen zorunlu ve yazılı başvuru, şekil koşulları ve içeriği bakımından yapılandırılmamış bir müzakeredir. Kanunda açıkça ve doğrudan KTK m.99 ve Genel Şartlar’da yer alan belgeler ile başvuru yapılması gerektiği de düzenlenmemiştir. Söz konusu belgelerin temini ve teslimi, yalnızca sigorta kuruluşunun temerrüde düşürülmesi ile ilgilidir. Bu belgelerin temini ifanın gerçekleşebilmesi için alacaklının yerine getirmesi gereken hazırlık fiilleri kapsamında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla eksik belge ile başvuru yapılmasının dava şartının geçerliliği ile de bir ilgisi bulunmamaktadır. Dava şartının sağlanması için sigorta kuruluşuna zararın ödenmesi için yazılı bir başvuru yapılması yeterlidir. Dolayısıyla bu dava şartının tamamlanamayan ya da tamamlanabilir bir dava şartı olup olmadığı konusunda bir ayırım yapmaya gerek yoktur.

B. Zorunlu Arabuluculuk ile Zorunlu Başvuru Arasındaki İlişki

İşaret ettiğimiz hususlar çerçevesinde KTK m.97 uyarınca yapılan başvuru, istisnai haller (sözleşme müzakeresi) hariç olmak üzere hukukun gölgesinde yapılan ve sonuçları itibarıyla bağlayıcı olmayan bir uzlaşma müzakeresidir. Sigorta kuruluşuna yazılı bir başvurunun yapılması faaliyeti ise içeriği ve şekli bakımından açık bir düzenleme bulunmayan müzakereye davet ya da somut olayın koşullarına göre müzakerenin yürütülmesi⁹² olarak nitelendirilebilir. Müzakere, tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temelini oluşturan uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁹³. Müzakere, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarının en az müdahale gerektiren biçimi olup aynı zamanda diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temelini ve bir ölçüde de çerçevesini oluşturmaktadır⁹⁴. Müzakere, ortak bir karar verme amacıyla gerçekleştirilen karşılıklı iletişimdir⁹⁵. Müzakere, çatışan menfaatlerin uyum sağlayabilmesi için üçüncü bir kişinin katılımı olmaksızın tarafların pazarlık esasına dayalı olarak yürüttükleri bir yöntemdir⁹⁶. Arabuluculuğun temeli de müzakereye dayanmaktadır. Ancak arabuluculukta tarafların aralarındaki iletişim kanallarının açık kalmasını sağlamak suretiyle uyuşmazlıklarını müzakere etmelerini sağlayan tarafsız bir üçüncü kişinin katılımı söz konusudur⁹⁷.

KTK m.97 kapsamında yapılan başvuru ve arabuluculuk arasındaki temel fark, yapısal niteliktedir. Bu fark, arabuluculukta sürece üçüncü kişinin katılımı ve arabuluculuk sürecinin ve sonuçlarının kanunla düzenlenmiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle arabuluculuk yapılandırılmış bir müzakeredir. Kanaatimizce söz konusu usulî farklar dışında iki süreç de özü itibarıyla uyuşmazlığın müzakere edilmesini ve tarafların kendi çözümlerini bulmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Her iki prosedürde de taraflar kendi menfaatleri çerçevesinde gönüllü bir çözüm bulmaya odaklanmışlardır⁹⁸. Her iki çözüm yöntemi de taraflar arasındaki ilişkiyi sürdürmek üzere geleceğe yöneliktir⁹⁹. Bu açıdan sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru üzerine açılacak davada yeniden arabuluculuğa başvurulması aynı sürecin tekrarı mahiyetindedir. Teorik olarak tarafların bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda çözüme kavuşturamadıkları bir uyuşmazlığı başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda yeniden müzakere etmeleri mümkündür. Ancak bunun gerekliliği sorgulanmalıdır.

Kanaatimizce bu durumda bu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisinin işletilmesi yeterli olmalıdır. Şöyle ki, kanun koyucu başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun zorunlu kabul edildiği hallerde diğer bir alternatif çözüm yolu olan zorunlu arabuluculuk sürecinin gereksizliğini HUAK m.18/A-18’de kabul etmiştir. Bu yaklaşım, tam tersi durumda da esas alınmalıdır. Buna göre taraflardan birisi, sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru yapmaksızın arabuluculuğa başvurduğunda sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru yapılmış sayılmalıdır. Gerçekten uygulamada sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru halinde anlaşmaya varan taraflar, üzerinde anlaşmaya varılan hususlarda dava açılmasını engellemek için anlaşmalarını yeni bir arabuluculuk süreci başlatmak suretiyle arabuluculuk anlaşma metni olarak düzenlemektedirler. Anlaşamama halinde ise doğrudan dava yoluna başvurulmaktadır. Yargıtay 4. HD. de, kanun yararına bozma talebi üzerine verdiği görece yakın tarihli bir kararında sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun rizikonun gerçekleştiğine ve tazminat talebine ilişkin sigorta kuruluşunun bilgilendirilmesi amacını güttüğüne işaret etmiştir. Aynı kararda tarafların sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru yapmaksızın ihtiyari arabuluculuğa başvurmak suretiyle sigorta kuruluşunun bilgilendirilmesini sağladıkları gerekçesiyle ayrıca bir başvuruya gerek olmaksızın dava açılabileceğini, bu durumun usulî bir ret sebebi oluşturmayacağını kabul etmiştir¹⁰⁰.

⁹² Müzakerenin müzakereye hazırlık ve planlama, müzakerenin yürütülmesi, müzakereyi bitirme ve anlaşma yapma ve müzakereyi değerlendirme olmak üzere dört aşaması bulunmaktadır. SİĞRİ, Ünsal/VAROĞLU, Kadir: Müzakere ve Arabuluculuk, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013, s.84. Müzakerenin aşamaları konusunda farklı görüşler için bkz. SİĞRİ/VAROĞLU, s.83-84.

⁹³ KİYAK, s.44; NEFF, s.380; KEKEÇ, s.42; YAZICI TIKTIK, s.97; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.638.

⁹⁴ FİSCHER/SCHNEUWLY, s.180.

⁹⁵ ÖZBEK, s.150; ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 2810; KEKEÇ, s.43.

⁹⁶ YILDIRIM, Ferhat: Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s.33.

⁹⁷ NEFF, s.380; KEKEÇ, s.59; ÖZBEK, s.496-497.

⁹⁸ FİSCHER/SCHNEUWLY, s.181; NEFF, s.379-380; DÜRST, Jennifer/JUNG, Julia: “Gerüchteküche um die Mediation”, Anwaltsrevue, Heft 11-12, 2020, s.454-454.

⁹⁹ FİSCHER/SCHNEUWLY, s.181; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.639; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.804.

¹⁰⁰ Yargıtay 4. HD. E. 2023/12689 K. 2024/4378 T. 08.05.2024; “Somut olayda; her ne kadar mahkemece sigorta şirketine başvuru dava şartı yerine getirilmeden dava açıldığı bu durumun davanın usulden reddini intaç ettiği gerekçesiyle, 2918 sayılı yasanın 97/1 maddesi uyarınca davanın dava şartı, yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmiş ise de, davadan önce tarafların zorunlu olmamasına rağmen ihtiyari olarak arabuluculuk yoluna başvurdıkları, bu şekilde davalı sigorta şirketinin rizikonun gerçekleştiği ve kapsamı konusunda bilgi sahibi olduğu dolayısıyla 2918 sayılı Kanun’un 97’nci maddesi ile amaçlanan durumun gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca ilk derece mahkemesince dava şartı noksanlığının giderilmiş olduğu gözetilerek işin esasının incelenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.” Bkz. 20.02.2025 Tarih ve 32819 sayılı Resmi Gazete. Aksi yönde bir ilk derece mahkemesi kararında ise tarafların arabulucuya başvurmalarının sigorta kuruluşuna

Uygulamada sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun ispatı bakımından da bazı sorunlar yaşanabilmektedir. Örneğin, daha önceleri e-posta adresi üzerinden yapılan başvuruların bir kısmı sigorta kuruluşlarının internet sitelerindeki başvuru ekranları üzerinden yapılmaktadır¹⁰¹. Bu halde başvurunun içeriğine ve zorunlu mali sorumluluk sigortasına yönelik bir talepte bulunulup bulunulmadığının ispatına ilişkin sorunlar doğabilmektedir. Örneğin, bir hakem kararına konu olayda başvuru, sigorta kuruluşunun mail adresine gönderdiği belgeler ile başvuruda bulunmuş ve fakat mail adresinin KEP adresi olmadığı gerekçesiyle geçerli bir başvuru yapılmadığı kabul edilerek davanın usulden reddine karar verilmiştir¹⁰².

Öte yandan başvuruya eklenmesi gereken belgelerin taşınması gereken özellikler de sorunlara neden olmaktadır. Örneğin, iş gücü kaybının tespiti açısından ya Adli Tıp Kurumu'ndan ya da üniversitelerin adli tıp anabilim dalı bölümlerinden alınan raporlar sunulmazsa başvuru usulüne uygun yapılmamış sayılarak davanın usulden reddine karar verilebilmektedir¹⁰³. Öyle ki bir başvuruda hakem heyeti, raporun başvuru engeline göre (kas iskelet/zihinsel, ruhsal/deri/kardiyovasküler vs.) kaza tarihinden itibaren 6 ay sonra alınmasını gerekçe göstererek başvurunun usulüne uygun olmadığını kabul etmiş¹⁰⁴ ve davanın usulden reddine karar vermiştir¹⁰⁵. Başvurucunun engelinin hangi tıp alanını ilgilendirdiğini tespit etmesini ve ona göre süreyi dikkate alarak rapor başvurusunda bulunmasını beklemek ve bu durumu geçersiz bir başvuru ve tamamlanamayan bir dava şartı olarak kabul etmek, usul ekonomisi ile bağdaşmayacağı gibi hak arama özgürlüğüne de aykırılık teşkil eder. Gerçekten bir hakem kararında alınan raporun başvuru tedavisi hikâyesine dayandığı hangi tedavi evraklarının esas kabul edildiği belirgin olmadığı için davanın usulden reddine karar verilmiştir¹⁰⁶. Öyle ki, başvuru engelinin öngörülen kurumların ilgili bölümlerinden alınan raporun içeriği yetersiz kabul edilmekle dava şartının yerine getirilmediği sonucuna varılmıştır.

zorunlu başvuruyu ortadan kaldırmayacağı vurgulanmıştır. Bkz. Samsun Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2022/1293 K. 2023/23, T. 5.1.2023; “Bir an, davadan önce zorunlu arabuluculuk sürecinin gerçekleşmiş ve taraflar arasındaki görüşmenin anlaşamama şeklinde sonuçlanmış olmasının, KTK’nın 97. maddesindeki sigorta şirketine zorunlu başvuru şartını ortadan kaldırmayacağı aklâ gelse bile, 97. maddedeki zorunlu başvuru şartı, ticari davalardaki zorunlu arabuluculuk şartının alternatifi olmadığından bunun kabulü mümkün değildir. Başka bir deyişle, davadan önce sigorta şirketine zorunlu başvuru şartının yerine getirildiği durumlarda arabulucuya başvurulması zorunlu olmaktan çıkmakta ise de (Bkz: Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 20.01.2022 tarih ve 23273/901 sk.), arabuluculuk sürecinin işletilmiş olmasının sigorta şirketine zorunlu başvuru şartını ortadan kaldırdığını söylemeye olanak yoktur.” (Lexpera)

¹⁰¹ Örneğin, <https://www.somposigorta.com.tr/yaridim-ve-destek/talep-ve-sikayet-giris> adresinde yer alan başvuru ekranından başvuru yapmakta ayrıca bir e-posta adresi bilgisine yer verilmemektedir.

¹⁰² Sigorta Tahkim Komisyonu 31/03/2025 Tarih ve K-2025/167663 Sayılı Hakem Kararı; “Sigorta kuruluşu vekili tarafından gönderilen dilekçede, başvuru şartı oluşmadığına, talep sahibinin tahkim öncesi müvekkil şirkete hasar ve değer kaybı başvurusunda bulunmadığından başvurunun reddini talep ettiklerine, başvuru sahibinin müvekkil şirkete değer kaybı ihbarını müvekkil şirketin mail adresine göndermiş olduğunun anlaşıldığı, ancak söz konusu mail adresinin müvekkil şirketin resmi iletişim (KEP vb.) adreslerinden biri olmadığına, müvekkil şirketin talep sahiplerini; ilgili mail adresine, değer kaybı ihbarı için herhangi bir yönlendirmesinin de bulunmadığına, hal böyle iken, hasar ihbarı için kullanılmayan bir mail adresine yapılan ihbarın hukuken geçersiz olduğuna ilişkin itirazının öncelikle incelenmesine karar verilmiştir... Hakemliğimizce davacı vekiline 26/03/2025 tarihinde gönderilen e-postada, başvuruya ilişkin ihtarnamenin davalıya ulaştığını teyit eden/ kanıtlayan bilgi ve belgelerin verilen süre içinde gönderilmesi istenmiş olup; aksi halde davalıya geçerli bir başvuru yapılmadığı gerekçesiyle, başvurunun usulden reddedileceği ihtar edilmiştir. Ancak, verilen sürede, davalı sigorta şirketine geçerli bir başvuru yapıldığını kanıtlayan/teyit eden bilgi ve belgenin sunulmadığı görülmekle, başvuranın talebinin usulden reddi gerekmiştir.” (Sigorta Tahkim Komisyonu Hakem Karar Dergisi, Ocak-Mart, Sayı 61, 2025)

¹⁰³ STK 21.03.2022 Tarih ve K-2022/57272 Sayılı Hakem Kararı (Sürekli Sakatlık); “Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre; iş gücü kaybının tespiti Adli Tıp Kurumu ya da Üniversitelerin Adli Tıp Anabilim Dalı Bölümlerinden temin olunacak raporla belirlenmelidir (Yargıtay 17.Hukuk Dairesi’nin 2014/6463-2014/5996 sayılı ve 17/04/2014 tarihli kararı, Yargıtay 17.Hukuk Dairesinin 2014/24897-2016/2133 sayılı ve 23/02/2016 tarihli, Yargıtay 17.Hukuk Dairesinin 2015/16115-2015/13343 sayılı ve 03/12/2015 tarihli kararı). Yine kaza tarihi itibarıyla uygulanması gereken yönetmelik hükümleri ve silsilesi Yargıtay kararları ile belirlenmiştir. Buna göre; “Maluliyete ilişkin raporların kaza tarihine göre 11.10.2008 tarihinden Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü, 11.10.2008- 31.08.2013 tarihleri arasında Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, 01.09.2013- 31.05.2015 tarihleri arasında Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği, 01.06.2015 sonrasında ise Özürlülük Ölçütü Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Raporları Hakkındaki Yönetmelik hükümlerine uygun olarak düzenlenmesi gerekir.” (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 2015/10978 Esas, 2017/10398 Karar 13/11/2017 tarihli, Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 2015/18576 Esas, 2017/9772 Karar 30/10/2017 tarihli, Yargıtay 17.Hukuk Dairesinin 2017/128 Esas, 2017/9362 Karar 19/10/2017 tarih). Bu kapsamda şirkete geçerli başvuru için, sigorta şirketine başvuru yapılırken ilgili Yönetmelik hükümlerine uygun sürekli maluliyet raporunun sunulmuş olması gerekmektedir. Sigorta şirketine başvuru şartı Karayolları Trafik Kanunu madde 97 hükmü ve HMK 114/2 hükmü gereği dava şartıdır. Başvuru sahibinin talebinin dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine...” (Sigorta Tahkim Komisyonu Hakem Karar Dergisi, Ocak-Mart, Sayı 49, 2022) Bir an için başvuru yalnızca yargı içtihatları ile belirlenen kurumlarca hazırlanan raporlar ile başvurusunu beklemenin ve aksi halde davanın usulden reddedilerek aleyhe vekâlet ücretine hükmetmenin hak arama özgürlüğünü sınırlandıracağı düşünülebilir. Ancak bir hakkın kullanılmasının süre, yöntem veya gerekler yönünden belli şartlara bağlanması hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmez. Bu konuda bkz. ÇİFTÇİ, Pınar: “Medenî Yargılama Hukuku Açısından Hak Arama Özgürlüğünün (Ay. m. 36) Sınırlandırılması Sorunu”, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 12(34), 2016, s.386.

¹⁰⁴ STK 21.03.2022 Tarih ve K-2022/57272 Sayılı Hakem Kararı (Sürekli Sakatlık); “Başvuru sahibinin özür oranının, kazadan 6 ay sonra alınan 13.10.2021 tarihli rapor ile tespit edildiği anlaşılmıştır. Bilindiği üzere, Erişkenler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmeliğin ekinde yer alan “Kas İskelet Sistemi” başlık altında yer alan bağlı “engelin kalıcı ve stabil olması ve son 12 ayda değişiklik olmaması gerektiği” açıkça düzenlenmiştir. Başvuru sahibinin seki dikkate (alt ekstremite – sol femur kırığı, sol bacak ve sol kalçada eklem kısıtlılığı) alındığında sürekli özür tespiti için en az 12 aylık sürenin geçmiş olması gerektiği, kaza tarihi itibarıyla geçerli Yönetmelik hükümlerine uygun olmayan bir raporla Şirkete başvuru yapıldığı, yapılan başvurunun geçerli bir başvuru niteliği taşımadığı anlaşıldığından, 5684 sayılı Kanunun 30 maddesi ile KTK’nın 97’nci maddesi gereğince gerekli başvuru şartının gerçekleşmediği kanaatine varılmıştır.” Aynı yönde bkz. 29.11.2021 Tarih ve K-2021/171865 Sayılı Hakem Kararı.

¹⁰⁵ Erişkenler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik’in ekinde yer alan, alan kılavuzuna göre kas iskelet sistemindeki engeller için en az 12 ay sonra rapor alınması gerekmektedir.

¹⁰⁶ Sigorta Tahkim Komisyonu 06.02.2021 tarih ve K.2021/15436 sayılı hakem kararı; “Başvuru sahibi vekili tarafından dosyaya

Sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda başvuruya eklenmesi gereken belgeler bakımından ortaya çıkan sorunlardan biri de bu belgelerin temininde ortaya çıkan giderlerin kim tarafından karşılanacağıdır. Örneğin, Genel Şartlar Ek 6 uyarınca değer kaybına ilişkin başvurularda ekspertiz yapıldıysa eksper raporunun da eklenmesi gerekmektedir. Bu rapor başvuruya eklense de çoğu kere sigorta kuruluşu yeniden ekspertiz yaptırmakta ve başvuru eksper giderlerini de zarar kapsamında talep edebilmektedir. Buna ilişkin bir hakem kararında hem başvuru hem de sigorta kuruluşunun ekspertiz yaptırmaması hem de yargılama aşamasında bu raporlar üzerine bilirkişi raporu alınarak karara varılması eleştirilmiş ve bu durumun sigortacılık tekniği ile bağdaşmadığı gibi usul ekonomisine de aykırılık teşkil ettiği vurgulanmıştır. Öte yandan başvuru tarafından yapılan ekspertiz giderlerinin sigortacı tarafından karşılanamayacağına karar verilmiştir¹⁰⁷.

Diğer taraftan sigorta kuruluşlarına yapılan başvuru üzerine yapılan anlaşmalar, uygulamada KTK m.111 kapsamında denetime tabi tutulmaktadır¹⁰⁸. KTK m.111/2'ye göre, *“Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir.”* Bu bağlamda uygulamada sigorta kuruluşu ile sigortalı arasında imzalanan ibranameler, tazminat miktarının yetersiz ya da fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar bakımından makbuz olarak kabul edilmektedir¹⁰⁹. Dolayısıyla sigorta kuruluşuna başvuru üzerine yapılan anlaşmalar, bazı hallerde, uyuşmazlığın mahkeme dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ile hızlı ve masrafsız olarak çözümlenmesinin başvuruca sağladığı fayda göz ardı edilerek tazminatın açıkça yetersizliğinden bahisle yeniden dava edilebilmektedir¹¹⁰. Oysa bu anlaşmanın arabuluculuk anlaşma belgesi olarak tanzimi halinde arabuluculuk anlaşma belgesinin KTK m.111/2 kapsamında geçersiz sayılması ve anlaşma belgesine makbuz niteliği atfedilmesi mümkün değildir¹¹¹.

Özetle sigorta kuruluşuna yazılı başvuru, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan müzakere olarak nitelendirilmekle birlikte şekli ve içeriği açısından yapılandırılmamış, eksik ve sorunlu bir çözüm yoludur. Yargıtay kararında da işaret edildiği üzere bu yolun temel amacı, rizikonun gerçekleştiğine ve tazminatın ödenmesine yönelik talep hakkında sigorta kuruluşunun bilgilendirilmesidir. Bu çözüm yoluna başvuru bakımından işaret ettiğimiz sorunlar da bu çözüm yolunun kendisinden beklenen işlevi tam olarak yerine getirmediğini göstermektedir. 2024 yılının son çeyreğinde sigorta tahkim komisyonuna yapılan başvuru sayısı ile kabul edilen dava sayısı arasındaki ilişkiye bakıldığında, Ekim-Aralık 2024 verilerine göre, sigorta tahkim komisyonuna yapılan 166.406 başvurunun 163.673'ü trafik sigortalı ile ilgilidir. BU başvuruların

sunulan Katip Çelebi Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp ABD tarafından düzenlenmiş....detaylı muayenesinin yer almadığı, nitelikli adli tıp mütalaasının incelenmesi sonucunda basit formda hazırlandığı, detaylı bilgilere yer verilmediği, hangi tedavi evrelerinin dikkate alındığının belirli olmadığı...Dolayısıyla adli tıp mütalaası dikkate alınarak esasa girilmesi mümkün bulunmamaktadır.” Aynı yönde bkz. STK İHK 01.05.2021 Tarih ve K. 2021/İHK-12950.

¹⁰⁷ STK 12/03/2024 Tarih ve 2024/125565 Karar; *“Kanun koyucu çok açık olarak Anayasa ile teminat altına alınmış olan dava açma hakkını, bu hakkın özüne dokunmadan, hak sahiplerinin daha hızlı ve eksiksiz tazminat almalarını ve yargı üzerindeki yükün hafifletilmesini teminen özel olarak düzenlemiş, bu bağlamda mağdurun dava açmasından evvel öncelikle sigortacıya başvurusunu öngörmüştür. Zira hak sahibinin dava öncesinde sigorta şirketine başvurusu sayesinde sigortacı ilgiliye hakkını hızlı ve eksiksiz surette ödeme olanağına sahip olacak, yargı kolay halli gereken uyuşmazlıklarla uğraşmayacak bu surette kamu menfaati sağlanacaktır. Başvurusuna süresinde cevap alamayan kişinin yargıya müracaat hakkı her zaman mümkün olduğu gibi gecikmeye bağlı fer'i haklara da sahip olacaktır. Ancak sigortacıya dosyayı tedvir ve tasfiye etme olanağı verilmeksizin arada hak sahibinin kendi inisiyatifi ile yaptığı giderlerin gerekliliği son derece özenle değerlendirilmelidir. Somut olayda olduğu gibi ülkemiz sigorta tatbikatında değer kaybı ve hasar onarım taleplerinin yüksek frekanslara baliğ olduğu malumdur. Sigortacıya müracaat öncesi eksper marifetiyle kayıp/hasarı tespit ettirilmekte, ardından sigortacıya başvurulduğunda sigortacı da ekspertiz yaptırmakta, konu yargıya intikal ettiğinde ayrıca yargılama sürecinde dava öncesi ekspertize itibar edilmemekte bilirkişilik bağlamında ekspertiz yaptırılmaktadır. Makul olmadığı aşikar olan bu sürecin sigorta tekniği, finansal gereklilik ve usul ekonomisi ile bağdaşmadığı her türlü izahtan varededir. Değer kaybı veya hasar hesabı sigorta şirketince zaten bağımsız ve tarafsız eksper marifetiyle yapılırken, şirkete başvurulmaksızın yaptırılan ekspertizin bedelinin sigortacıya tahmini kanunun önceden sigortacıya başvuru esasını sevk etmekteki amacıyla ve nesafet ile bağdaşmayacaktır.”* (Sigorta Tahkim Komisyonu Hakem Karar Dergisi, Ocak-Mart, Sayı 57, 2024)

¹⁰⁸ Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. CANER, Oğuz: “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Kapsamında Sigortacıya Verilen İbranamelerin Geçerliliği Sorunu”, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 2023, s.21 vd.

¹⁰⁹ Yargıtay 4. HD. E. 2024/5674 K. 2024/5852 T. 6.6.2024; *“Öncelikle, tazminat, ödeme tarihindeki verilere göre hesaplanmalı, ödenmesi gereken miktarla ödenen miktar arasında 2918 sayılı KTK'nın 111 inci maddesinde belirtildiği şekilde fahiş bir fark olup olmadığı değerlendirilmelidir. Şayet ödenmesi gereken maluliyet tazminatı ile ödenmiş olan miktar arasında fahiş fark olduğu saptanırsa da, davacı tarafından daha önce verilen ibranamenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilerek, davaya konu kaza nedeniyle oluşan zararın hesaplanacak tazminat tutarından davalı tarafından yapılan ödemenin güncellenerek düşülmesi sonucunda oluşacak duruma göre davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekmektedir.”* (Lexpera) Aynı yönde bkz. 4. HD. E. 2024/800 K. 2024/2264 T. 29.2.2024; 4. HD. E. 2022/5666 K. 2024/605 T. 18.1.2024; 17. HD. E. 2016/14981 K. 2019/6789 T. 27.5.2019; 17. HD. E. 2016/8762 K. 2019/3761 T. 28.3.2019; 4. HD. E. 2021/22207 K. 2021/11393 T. 29.12.2021.

¹¹⁰ CANER, s.29.

¹¹¹ Yargıtay 4. HD. E. 2022/11825 K. 2024/9828 T. 17.10.2024; *“Davacı vekili temyiz dilekçesinde, kararın usul ve yasaya aykırı olduğunu, alınan aktüer raporunda sürekli iş göremezlik zararın 141.721,57 TL ve geçici iş göremezlik zararının 2.324,70 TL hesaplandığını, davalı ödemesi ile arada fahiş fark olduğunu, yapılan anlaşmanın KTK'nın 111 inci maddesi uyarınca geçersiz olduğunu, 2 yıllık hak düşürücü süre dolmadan başvuru yaptıklarını, ... arafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk kuralları ile hukuki ilişkinin nitelendirilmesine, dava şartlarına, yargılama ve ispat kuralları ile kararda belirtilen gerekçelere; 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18 inci maddesinin 5 inci fıkrasında arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına açıkça düzenlenmiş olmasına göre karar usul ve kanuna uygun olup davacı vekilince temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenler kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.”* (Lexpera) Aynı yönde bkz. 4. HD. E. 2022/9529 K. 2024/6614 T. 27.6.2024; 4. HD. E. 2022/17185 K. 2023/6227 T. 10.5.2023.

128.771'i tazminatın ödenmemesi sebebine, 37.582'si ise eksik ödeme sebebine dayanmaktadır. Sigortacılık Kanunu m.30/16 uyarınca hakemin karar verme süresinin görevlendirilme tarihinden itibaren 4 ay olduğu dikkate alındığında, bir sonraki dönem karar verilerine göre, başvuruların 128.123'ü kısmen ya da tamamen kabul edilmiştir. 36.938 başvuru ise reddedilmiştir. Başvuru nedenleri incelendiğinde 128.771 başvurunun tazminatın ödenmemesi sebebine dayandığı görülmektedir¹¹². Başvuruların kabul sayısı ve başvuru nedenleri ilişkilendirildiğinde esasen sigorta kuruluşlarının ödemek zorunda oldukları tazminatı yazılı başvuru üzerine ödemedikleri anlaşılmaktadır. Öte yandan Türkiye Sigorta Birliği'nin Ekim-Aralık 2024 verilerine göre, 677.991 trafik sigortası dosyasına ödeme yapılmıştır¹¹³. Ancak bu ödemelerin yazılı başvuru üzerine mi yoksa hasar ihbarı¹¹⁴ üzerine mi ödendiği belirli değildir. Ayrıca bu dosyalara ilişkin hasar başvuru sürecinin söz konusu tarihlerde olup olmadığı da bilinmemektedir. 2024 yılında toplam 857.581 kaza tespit tutanağı tutulduğu¹¹⁵ dikkate alınırca yalnızca 2024 yılının son çeyreğinde 677.991 dosyaya ödeme yapılmasının önceki dönemlerden devreden dosyalar olduğu anlaşılabacaktır. Bir an için bütün dosyalarda hasar ihbarı değil, yazılı başvuru yapıldığını varsayarsak toplam başvuruların yaklaşık %15'inin ya da %20'sinin sigorta kuruluşu tarafından reddedildiği sonucuna varılmaktadır. Bu dosyaların büyük çoğunluğuna ihbar üzerine açılan hasar dosyalarından ödeme yapıldığı dikkate alınırca bu oranının yükseleceği kuşkusuzdur. Bu tespitler esasen sigorta kuruluşuna yazılı başvurunun kendisinden beklenen işlevi yerine getiremediğini, çoğu kere tüketilmesi gereken bir usulî yol olarak görüldüğünü ortaya koymaktadır.

İşaret ettiğimiz sorunlar çerçevesinde sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun yerindeliği veya alternatif bir çözüm önerisinin tartışılması kaçınılmaz görünmektedir. Bu bağlamda zorunlu başvurudaki anlaşmaların çoğu kere arabuluculukta anlaşma metnine dökülmesi¹¹⁶, zorunlu arabuluculuğun uygulanıp uygulanmayacağı hususundaki tartışmalar nedeniyle uyuşmazlık çözüm süreçlerinin gereksiz tekrarı ve buna bağlı olarak başvuruca yükletilen giderler ile bu konuda bir uygulama birliğinin olmayışı, yeni bir kanunî düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır. Kanaatimizce sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru kaldırılmalı ve bu uyuşmazlıklar bakımından yalnızca zorunlu (dava şartı) arabuluculuk¹¹⁷ uygulanmalıdır¹¹⁸. Şöyle ki, her iki alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun özünde uyuşmazlığın taraflarca müzakere edilmesine hizmet ettiğine değinmiştik. Gerçekten müzakereler arabuluculuğun bir parçası ya da bir aşaması olarak nitelendirilebilir¹¹⁹. Arabuluculukta müzakereler kazan-kazan yöntemine dayanan müzakerelerdir¹²⁰. Ancak müzakerelerin kazan-kaybet (mücadeleci), işbirlikçi, problem çözücü ya da iyileştirici müzakere olarak yürütülmesi de söz konusu olabilir¹²¹. Sigorta kuruluşuna başvuru ise kazan-kaybet müzakeresine daha yakın olmakla birlikte sözleşme müzakeresi olarak nitelendirilebilecek hallerde kazan-kazan müzakeresi olarak gerçekleşmektedir. Arabuluculukta da müzakereler hukukun gölgesinde cereyan etmektedir¹²². Dolayısıyla iki süreç de özünde uyuşmazlığın problemin taraflarınca müzakere edilmesi amacını taşımaktadır.

Diğer taraftan görüşümüzün dayanağı arabuluculuğu müzakereden ayıran tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin sürece katılmasına üstünlük tanımak değildir. Bilakis tarafların yapılandırılmış bir müzakere modelinde uyuşmazlıklarını ilelebet çözüme kavuşturmalarını sağlamaktır¹²³.

Bu halde sigorta tahkime başvurularda uyuşmazlıklar bakımından sigortaya başvuru yapıp yapılmayacağına ilişkin bir sorun meydana gelecektir. Kanaatimizce KTK m.97'de yer alan sigorta

¹¹² Bkz. Sigorta Tahkim Komisyonu E-Bülten Sayı 60 ve Sayı 61. <https://www.sigortatahkim.org/sayfa/bultenler> (Erişim Tarihi: 07.05.2025)

¹¹³ Bkz. <https://www.tsb.org.tr/istatistik/motorlu-tasitlar-istatistikleri> (Erişim Tarihi: 07.05.2025)

¹¹⁴ Yazılı başvuru ve hasar ihbarı arasındaki fark konusunda bkz. Yuk. dipnot 38.

¹¹⁵ Bkz. [https://www.sbm.org.tr/tr/maddi-hasarli-kaza-raporlari\(ktti\)](https://www.sbm.org.tr/tr/maddi-hasarli-kaza-raporlari(ktti)) (Erişim Tarihi: 07.05.2025)

¹¹⁶ Sigorta Tahkim Komisyonu, K. 2025/109911, T. 26.2.2025; "Dosyaya sunulan arabuluculuk anlaşma belgesinden, son oturum tutanağından taraflara arasındaki sürekli ve geçici iş göremezlik, tedavi giderleri, geçici ve kalıcı bakım giderleri, rapor ücretleri gibi maddi tazminat kapsamına girebilecek her türlü alacak kalemlerine ilişkin uyuşmazlığın 14/08/2023 tarihinde düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesi çözüme kavuşturulduğu anlaşılmıştır." Yargıtay 4. HD. E. 2022/10210 K. 2024/5644 T. 4.6.2024; "Temyizen incelenen karar, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk kuralları ile hukuki ilişkinin nitelendirilmesinde, dava şartlarına, yargılama ve ispat kuralları ile kararda belirtilen gerekçelere, 6235 sayılı Arabuluculuk Kanunu 18/(5) inci maddesi uyarınca arabuluculuk anlaşması yapılması sebebiyle dava açılmayacağı düzenlenmesine göre davacılar vekilince temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenler kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir." Aynı yönde bkz. E. 2022/10180 K. 2023/4982 T. 5.4.2023; 4. HD., E. 2022/7143 K. 2023/6030 T. 8.5.2023. Bununla birlikte Yargıtay ve BAM kararlarında maluliyete ilişkin olarak arabuluculuk anlaşma tutanağı imza edilir ve fakat daha sonra maluliyet oranı artarsa artan oranın dava edilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. 4. HD., E. 2022/10897 K. 2024/8056 T. 23.9.2024; Antalya BAM, 4. HD., E. 2023/680 K. 2023/1814 T. 24.11.2023.

¹¹⁷ Zorunlu arabuluculuğun bir dava şartı değil, hukuki niteliği itibarıyla bir dava engeli olduğu yönündeki görüş için bkz. ATALI, Murat/ERDOĞAN, Ersin: "A New Model in Legal Dispute Resolution: Mandatory Mediation", Zeitschrift für Zivilprozess International, 23, 2018, s.249.

¹¹⁸ Bu görüşe, hasar başvurusunda sigorta kuruluşlarının hasar birimleri, arabuluculukta ise hukuk birimlerinin uyuşmazlıkla ilgileneceği süreçlerin birbirinin tekrarı olmadığı yönünde eleştiri getirilebilir. Ancak iki gerekçeyle bu eleştirilerin dayanaksız olduğu söylenebilir. İlki hukukî müesseselerin tayini, sigorta kuruluşlarının iç işleyişine ya da organizasyon şemasına göre belirlenemez. İkincisi, hukuk birimleri bir karar alırken dosyanın hasar biriminden hukuk birimine devri gerçekleşmekle beraber bu devir hasar birimindeki değerlendirmeler ile birlikte gerçekleşmektedir. Dolayısıyla hukuk birimi şirket içi koordinasyon kapsamında hasar birimi ile birlikte çalışabilir.

¹¹⁹ YAZICI TIKTIK, s.97.

¹²⁰ YAZICI TIKTIK, s.103.

¹²¹ KEKEÇ, s.44 vd.

¹²² BUDAK/KARAASLAN, s.510.

¹²³ Gerçekten uygulamada uyuşmazlığın yeniden dava edilmesini önlemek için anlaşmaya varılan hususlar ihtiyari arabuluculuk süreci ile anlaşma metnine dökülmektedir. Böylelikle üzerinde anlaşılan hususlarda yeniden dava açılmayacağına ilişkin hükümden (HUK m.18/5) faydalanmak amaçlanmaktadır.

kuruluşuna yazılı başvuru şartı “arabuluculuğa başvuru” şeklinde değiştirilerek sigorta tahkim öncesinde de arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesi sağlanmalıdır.¹²⁴

V. SİGORTA TAHKİM BAŞVURU ÖNCESİNDE ZORUNLU ARABULUCULUĞUN ÖNGÖRÜLMESİNE YÖNELİK GÖRÜŞLERİMİZ

Sigorta tahkim öncesinde zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, zorunlu arabuluculuk, yargısal yollarla çözülen uyuşmazlık sayısının azaltılmasını amaçlamaktadır¹²⁵. Bu amaç yalnızca mahkemelerde görülen uyuşmazlıklar için değil, sigorta tahkimi için de geçerlidir¹²⁶. Bu görüşe göre, sigorta tahkim öncesinde arabuluculuğa başvurulması zorunludur.

Sigorta tahkimi öncesinde zorunlu arabuluculuğun uygulanmayacağına ilişkin görüşler ise ağırlıktadır. Ancak bu görüşler gerekçeleri itibarıyla birbirinden ayrılmaktadır. Bir görüşe göre, sigorta tahkim komisyonuna yapılan başvuru, sigorta kuruluşunun tahkim sözleşmesine ilişkin aleni icabını kabul mahiyetindedir¹²⁷. Bu nedenle davacının sigorta tahkim komisyonuna başvurması halinde zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz¹²⁸. Diğer bir görüşe göre ise, arabuluculuk dava şartı yalnızca mahkemede görülecek bir davadan önce zorunlu kabul edilebilir. Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolundan ya da tahkimden önce arabuluculuk dava şartı söz konusu olmaz¹²⁹. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven’e göre ise, HUAK m.18/A-18 hükmünün lafzi yorumundan sigorta tahkim öncesinde de zorunlu arabuluculuğun uygulanacağı söylenebilir¹³⁰. Buna rağmen amaçsal bir yorum yapıldığında kanun koyucunun tahkimi zorunlu arabuluculuk dışında tutmak istediği anlaşılmaktadır¹³¹. Diğer bir görüş ise, sigorta tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu¹³² ve bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolundan önce başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun getirilmesinin bu çözüm yollarının amacı ile bağdaşmayacağını kabul etmektedir¹³³. Bu görüş, sigorta tahkimi öncesinde arabuluculuğun öngörülmesinin uyuşmazlık çözüm sürecini geciktireceğini ve sigorta tahkim öncesinde sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun uygulandığını ileri sürerek sigorta tahkim öncesinde zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını savunmaktadır¹³⁴. Diğer taraftan her sigorta uyuşmazlığı ticari olmadığından uyuşmazlıkların ticari olup olmadığının tespitinin zaman kaybı yaratacağı ve farklı yargı kararlarına vücut vereceği ileri sürülmektedir¹³⁵. Bu görüşe göre, sigorta tahkimi öncesinde arabuluculuğa başvurunun zorunlu olmadığına yönelik açık bir kanuni düzenleme yapılmalıdır¹³⁶. Yargıtay ise, HUAK m.18/A-18 hükmüne işaret ederek sigorta tahkime başvurmadan önce sigorta kuruluşuna yazılı başvurunun yeterli olduğuna ve arabulucuya başvurunun zorunlu olmadığına karar vermiştir¹³⁷.

¹²⁴ Buna ilişkin aşağıda detaylı açıklamalara yer verilmektedir. Bkz. IV.

¹²⁵ BAĞATUR, Mehmet Çağrı/ÖGE, Hande: Sorularla Sigorta Tahkim, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.69.

¹²⁶ BAĞATUR/ÖGE, s.69.

¹²⁷ KARASU, Rauf: “Sigorta Tahkimi İle İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 7(26), 2016, s.54; ERBAŞ AÇIKEL, Aslıhan: “Deniz ticareti ve Sigorta Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi”, içinde Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, SÜRAL EFEÇİNAR, Ceyda/YARDIM, Mehmet Ertan (Ed.), Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.48.

¹²⁸ KARASU, s.64.

¹²⁹ YARDIM, Mehmet Ertan: Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, içinde Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, SÜRAL EFEÇİNAR, Ceyda/YARDIM, Mehmet Ertan (Ed.), Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.101. Bir görüşe göre TTK m.5/A’da öngörülen zorunlu arabuluculuk devlet mahkemelerindeki yargılama içindir. Sigorta tahkimindeki yargılamalar zorunlu arabuluculuğa tabi değildir. Bkz. EMİNOĞLU, Cafer/ERDOĞAN, Ersin: Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.393; KAYIHAN, Şaban/SELANİK, Atakan Adem: Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları Ve Tahkim Usulü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024, s.171.

¹³⁰ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.396.

¹³¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.396. Yazarlar, HUAK m.18/A-18’de kanun koyucunun tahkime başvurunun zorunlu olduğu haller ile taraflar arasında bir tahkim sözleşmesinin bulunduğu halleri zorunlu arabuluculuk dışında tutmasından hareketle bu sonuca varmaktadırlar. Ayrıca yazarlara göre, sigorta tahkimin uyuşmazlıkları taraf iradelerine göre kısa sürede ve en az masrafla çözmeye yönelik amacı dikkate alındığında arabuluculuk ile aynı amaca matuf olduğu görülmektedir. Bu gerekçeyle kanun koyucunun düzenlemedeki eksikliği gidererek sigorta tahkim öncesinde dava şartı arabuluculuğun istisna tutulmasına ilişkin bir değişiklik yapmasını önermektedirler. Bkz. EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.396-397.

¹³² Yukarıda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, uyuşmazlığı yargısal yollar dışında zor kullanmaksızın gönüllü olarak bağlayıcı olmayan bir sonuç ile çözen uyuşmazlık çözüm yolları olduğuna ve bu çözüm yollarının yargılama dışında kalan uyuşmazlık çözüm yöntemleri olduğuna değinmiştik. Bkz. Yuk. I. Bu bağlamda doktrinde sigorta tahkimin “mahkemeye alternatif bir yargılama faaliyeti” olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. PARLAK, F. Tülay: Sigorta Tahkim Yargılaması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024, s.38; DOĞRUSÖZ KOŞUT, s.20. Genel olarak tahkim yargılamasının devlet yargısına entegre edilmiş ve verilen kararların mahkeme kararı gibi icra edildiği ve kesin hüküm teşkil ettiği dikkate alınarak özel bir yargı faaliyeti olduğu ileri sürülmekte ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilmemektedir. Bkz. EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.11. Aksi yönde bkz. ÖZBEK, s.211 vd; FİSCHER/SCHNEUWLY, s.423. Sigorta tahkiminin adli yargı yolunun bir alternatifi olduğu yönündeki görüş için bkz. YEŞİLOVA ARAS, Ecehan/YEŞİLOVA, Bilgehan: “Sigortacılık Tahkimisigorta Tahkim Usulü Ve Ayırdedici Özellikleri”, Yaşar Üniversitesi, E-Dergisi, 8(Özel), 2013, s.291.

¹³³ KÜÇÜK, Alper Tunga: “The Issue of whether It Is Mandatory to Apply to Mediation Before Reaching The Insurance Arbitration Commission”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30(1), 2022, s.316-317. Ancak mevcut halde sigorta kuruluşuna yazılı başvuru ile sigorta tahkimi öncesinde zaten bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu öngörülmüştür.

¹³⁴ KÜÇÜK, s.316-317.

¹³⁵ KÜÇÜK, s.317.

¹³⁶ KÜÇÜK, s.318.

¹³⁷ Yargıtay 4. HD. E. 2021/8181 K. 2022/1358 T. 1.2.2022; “325 sayılı Arabuluculuk Kanunun’da “Dava Şartı Olarak Arabuluculuk” başlığı altında düzenlenen 18/A maddesinde “Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hallerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.” hükmü yer almıştır. Sigortacılık Kanun’unun 30/13.maddesi “Komisyona gidilebilmesi için, sigortacılık

Kanaatimizce mevcut düzenlemeler kapsamında sigorta tahkim öncesinde zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz. Ancak bu duruma bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolundan önce başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun öngörülmesinin yerinde olmayacağı gerekçe gösterilemez. Zira tahkim sözleşmelerinin bir kısmında tahkime başvurmadan önce dostane çözüm yollarına başvurulmasına ilişkin düzenlemeler yaygın olarak kullanılmaktadır¹³⁸. Bu gerekçe kabul edildiği takdirde sigorta kuruluşuna yazılı başvurunun da dava şartı niteliği tartışmalı hale gelecektir. Bunun yerine kanun koyucunun iradesinin açıkça tahkimde görülen davaları zorunlu arabuluculuk dışında tutmak istediğini kabul etmek daha makul bir yaklaşımdır. Kanun koyucu, taraflar arasında tahkim sözleşmesinin varlığı ya da tahkime zorunlu başvuru halinde zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını kabul etmekle bu iradesini ortaya koymaktadır.

Mevcut düzenlemeler kapsamında sigorta tahkim öncesinde arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun olmadığı ve sigorta tahkimdeki hakem kararları ile yüksek mahkemenin kararlarının da bu yönde olduğu görülmektedir¹³⁹. Bununla birlikte daha önce arabuluculukta anlaşmaya varılan ve fakat sigorta tahkimde yeniden dava edilen birçok uyuşmazlıkla karşılaşmaktayız. Yargıtay bu uyuşmazlıklarda arabuluculukta üzerinde anlaşmaya varılan hususlarda dava açılmayacağına ilişkin değerlendirmelerde bulunmaktadır¹⁴⁰. Bu durum esasen tarafların çoğu kere sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru kapsamında değil, ihtiyari arabuluculuk yoluyla anlaşmaya vardıklarını göstermektedir. Gerçekten sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru halinde bir anlaşma sonucu ortaya çıksa da taraflar anlaşmanın ilam niteliğinde belge vasfı kazanması ve anlaşma konusu hususların yeniden dava edilmesini önlemek ve yukarıda bahsi geçtiği üzere KTK m.111/2 kapsamında ibranamenin/anlaşmanın geçersizliğinin ileri sürülmesini önlemek amacıyla ihtiyari bir arabuluculuk süreci başlatarak anlaşmayı arabuluculuk anlaşma belgesine dönüştürmektedirler. Bu nedenle kanaatimizce yalnızca tüketilmesi gereken bir usûlî yol olarak görülen¹⁴¹ sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru kaldırılmalıdır. Bunun yerine zorunlu arabuluculuk getirilmeli ve tarafların uyuşmazlıklarını gerçekten müzakere edebilmeleri sağlanmalıdır. Böylelikle sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun hukukî niteliği sebebiyle zorunlu arabuluculuğun uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışmalar son bulacağı gibi anlaşma halinde sürecin ihtiyari arabuluculuğa taşınması ve arabuluculuk ya da zorunlu başvurunun birbirinin yerine geçip geçmediği gibi birçok sorun ortadan kalkacaktır.

VI. SONUÇ

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 97'nci maddesi uyarınca zorunlu mali sorumluluk sigortaları kapsamında dava açmadan önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı bir başvuru yapmak zorunludur. Bu başvuru, yalnızca başvuru aşamasında göz ardı edilmekle birlikte sürecin işleyişi ve sonucu bakımından alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temel özelliklerinden birisi olan gönüllülük esasına tabidir. Sigorta kuruluşuna yazılı başvuru, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bağlayıcı olmama ve yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmama özelliklerini de barındırmaktadır. Sigorta kuruluşuna yapılan zorunlu başvuruda üçüncü bir kişinin sürece katılımı söz konusu değildir. Ancak kanaatimizce çözüm sürecine üçüncü kişinin katılımı bir çözüm yolunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilmesinde belirleyici bir kıstas olmadığı gibi zorunlu bir unsur da değildir. Buna göre sürece üçüncü kişinin katılmaması, sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmez.

Sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru, uygulamada kimi zaman bir anlaşmazlığın çözümüne hizmet ederken kimi zaman bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kullanılmaktadır. Kanaatimizce anlaşmazlıkların çözümünü ile uyuşmazlıkların çözümü teorik olarak birbirinden farklı olsa da uyuşmazlık, özünde ve öncesinde

yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşa gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerekir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren onbeş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemesi de Komisyona başvuru için yeterlidir." düzenlenmesine yer vermektedir. Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru için dava şartı olarak sigorta şirketine başvuru şartı düzenlenmiş olup ayrıca arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığı hususu açıklar." (Lexpera, E.T.:26.02.2025)

¹³⁸ Bkz. EKŞİ, Nuray: Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s.27 vd., 56 vd.

¹³⁹ Aksi yönde yayımlanmamış hakem kararı (Sigorta Tahkim Komisyonu K. 2021/142073, 29.09.2021) için bkz. KÜÇÜK, s.313.

¹⁴⁰ Yargıtay 4. HD. E. 2022/9195 K. 2024/4499 T. 9.5.2024; "Uyuşmazlık Hakem Heyetinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile 22.10.2019 tarihli Arabuluculuk Anlaşma Tutanağına göre davalı vekili ile davacı vekili arasında davalı şirketin anlaşılabilir tutardaki ödemeyi belirtilen hesaba yapması ile kalıcı iş göremezliğinin de içinde olduğu tüm tazminat haklarından davacının feragat ettiği biçiminde anlaşma yapıldığı, anlaşılabilir tutarın 21.10.2019 tarihinde ödendiği, 6325 sayılı Kanun'un 18 inci maddesine 7036 sayılı Kanun'la eklenen 5 inci fıkra ile değiştirilen Kanun gerekçesine göre dava açma yasağı olarak nitelendirildiği, anlaşma belgesinin ilam niteliğinde olduğu gerekçesi ile davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmiştir. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk kuralları ile hukuki ilişkinin nitelendirilmesine, dava şartlarına, yargılama ve ispat kuralları ile kararda belirtilen gerekçelere; 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18 inci maddesinin 5 inci fıkrasında arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılabilir hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına açıkça düzenlenmiş olmasına göre, karar usul ve kanuna uygun olup davacı vekilince temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenler kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir." Yargıtay 4. HD. E. 2022/5555 K. 2023/9899 T. 27.9.2023; "İtiraz Hakem Heyetinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile arabuluculukta anlaşma sağlanan hususlarda dava açılmayacağı açıkça kanun tarafından yasaklanmış olmakla ve kusur oranının değişmesi arabuluculuk tutanağını hükümden düşürmeyeceğinden ve taraflar arabulucu önündeki beyanları ile bağlı olduklarından anlaşmaya varılan hususlar hakkında yeniden dava açılmasının hukuken mümkün olmadığı gerekçesi ile, davacı vekilinin itirazlarının reddine karar verilmiştir...ONANMASINA." Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD., E. 2023/4610 K. 2023/9407 T. 18.9.2023; Yargıtay 4. HD., E. 2022/9508 K. 2024/4412 T. 8.5.2024.

¹⁴¹ Bkz. Yuk. III. B.

bir anlaşmazlığa dayandığından uyuşmazlık çözümü geniş anlamda anlaşmazlık çözümünün bir parçası olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu iki kavram arasında keskin bir ayırım yapmak güçtür. Duyguların, düşüncelerin, iradelerin ve/veya eylemlerin algılanan uyumsuzluğu olarak tanımlanan anlaşmazlığın dinamik yapısı sebebiyle ne zaman uyuşmazlığa dönüştüğü çoğu zaman tam olarak belirlenememektedir. Bu nedenle doktrinde de uyuşmazlık çözümünden söz edilirken “anlaşmazlıkların/uyuşmazlıkların çözümü” ifadelerine yer verilmektedir. Bu bağlamda taraflar arasında çözüme kavuşturulan/çözümlenen şeyin anlaşmazlık ya da uyuşmazlık olmasından ziyade kanun koyucunun bu yolu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak öngörüp öngörmediği esas alınmalıdır. Kanaatimizce sigorta kuruluşuna yapılan zorunlu başvuru, kimi zaman sözleşme müzakeresi niteliğinde olsa da kanun koyucu tarafından uyuşmazlık müzakeresi olarak tasarlanmış bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. İncelendiği bağlamdan bağımsız olarak her müzakerenin aynı temel dinamikleri taşıdığı göz önüne alındığında anlaşma/sözleşme müzakeresi ayırımının müzakerenin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu niteliğine bir etkisi olmadığı kabul edilmelidir.

KTK m.97’de yer alan düzenleme, özünde, kazan-kaybet müzakeresi şeklinde yürütülen rekabetçi ve mücadelecilik olarak nitelendirilebilecek uzlaşma müzakeresi mahiyetindedir. Sigorta kuruluşuna yapılan yazılı başvuru, yargı yollarına başvurulmadan önce müzakere edilmesi istenen bir teklif niteliği taşımaktadır. KTK m.97 kapsamında yapılan yazılı başvuru, dava yolu ileri sürülerek karşı taraf ile bir anlaşmaya varmanın hedeflendiği hukukun gölgesinde müzakere (in the shadow of the law) olarak nitelendirilmelidir.

Sigorta kuruluşuna başvuru tarafın talebine cevap verilmemesi, sigorta şirketince görüşme yapılmayacağının bildirilmesi veya başvurunun talebinin değerlendirmeye alınmaması arabuluculukta çözüm yolunun niteliğini etkilemediği gibi sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun da niteliğini değiştirmez. Taraflar gönüllülük ilkesi kapsamında sürece katılmak istemeyebileceği gibi karşılıklı talepler hakkında bir yanıt vermek veya bir karara varmak zorunda da değildir.

Yargıtay HUKAK m.18/A-18 hükmü uyarınca başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu hallerde zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanamayacağı için KTK m.97 kapsamında açılacak davalarda arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığını kabul etmiştir. Zorunlu arabuluculuk kapsamında ortaya çıkan giderlerin ise başvurucuya yükletilmesi gerektiğine karar vermiştir. Kanaatimizce sigorta kuruluşuna yazılı başvuru yapılması alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından müzakere niteliğinde olup dava veya tahkim yoluna başvuru yapılması için bu yolun tüketilmesi yeterlidir. Ayrıca zorunlu arabuluculuğa başvurulmasına gerek yoktur. Uygulamadaki ikircikliği sona erdirmek için ise Yargıtay kararlarında açık bir biçimde sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun “müzakere” ve/veya “alternatif uyuşmazlık çözüm yolu” niteliğine ilişkin kapsamlı açıklamalara yer verilmelidir. Öte yandan tarafların yapısal farklılık taşımakla birlikte özünde kendi uyuşmazlıklarını kendilerinin müzakere ettikleri bir sürecin tekrarı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının amacı ve özellikleri ile de bağdaşmaz. Tarafları yazılı başvuru sürecinden sonra zorunlu arabuluculuğa mecbur bırakmak, taraflara ek külfet getireceği gibi hak arama özgürlüğü ile de bağdaşmaz. Ancak tarafların kendi rızaları ile zorunlu başvuru yolunda çözüme kavuşturamadıkları uyuşmazlığı ihtiyari arabuluculuğa götürmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Sigorta kuruluşuna başvuru tarafın talebine cevap verilmemesi, sigorta şirketince görüşme yapılmayacağının bildirilmesi veya başvurunun talebinin değerlendirmeye alınmaması hallerinde taraflar uyuşmazlığı müzakere edemeseler de başvuruya süresi içinde yanıt verilmemesini dava açmak için yeterli görmektedir. Esasen bu halde çözüm yolunun niteliğini etkileyen ya da değiştiren bir husustan değil, başarıya ulaşamamış bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolundan söz etmek daha doğrudur.

Sigorta kuruluşuna zorunlu başvuruda akdedilen anlaşmaların yerine getirilmemesi sebebiyle açılacak ifa davalarında ya da icra takibi üzerine açılacak itirazın iptali davalarında ise zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Zira bu sözleşmenin ifasına yönelik olarak açılan dava, KTK m.97 uyarınca zorunlu mali sorumluluk sigortasına ilişkin bir talep değil, bu talep üzerine akdedilmiş anlaşmanın ifasıdır.

KTK m.97 uyarınca yapılan başvuru alternatif uyuşmazlık çözüm yolu niteliğini haiz olmakla beraber özel bir dava şartı niteliğindedir. Ancak bu dava şartının yerine getirilmiş sayılması için yazılı başvurunun hangi şekil ve koşulda yapılacağı belirsizdir. Doktrindeki bir kısım yazarlar ve bazı hakem heyeti kararları Genel Şartlar’da yer alan belgelerle birlikte başvuru yapılmadığı takdirde başvuruların usulden reddi gerektiğini ileri sürmektedir. Yargıtay ise bu belgeler ile yapılmayan başvuruyu tamamlanabilir dava şartı olarak kabul etmektedir. Kanaatimizce bu belgeler yalnızca borçlunun temerrüdüne ilişkin olup alacaklının ifa için yapması gereken hazırlık fiilleri olarak kabul edilmelidir. Borcun muaccel olduğu ve fakat temerrüde uğramadığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla gerekli evraklarla yapılmayan başvuru veya eksik belge ile yapılan başvuru, dava şartının yerine getirilmesini sağlar. Ancak bu belgeler teslim edilmedikçe borçlu temerrüde uğramaz.

KTK m.97 uyarınca yapılan başvuru, sonuçları itibarıyla bağlayıcı olmayan bir uzlaşma müzakeresidir. Müzakere, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarının en az müdahale gerektiren biçimi olup aynı zamanda diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temelini ve bir ölçüde de çerçevesini oluşturmaktadır. Arabuluculuğun temeli de müzakereye dayanmaktadır. Ancak arabuluculukta tarafların aralarındaki iletişim kanallarının açık kalmasını sağlamak suretiyle uyuşmazlıklarını müzakere etmelerini sağlayan tarafsız bir üçüncü kişinin katılımı söz konusudur. KTK m.97 kapsamında yapılan başvuru ve arabuluculuk arasındaki temel fark, yapısal niteliktedir. Arabuluculuk yapılandırılmış bir müzakeredir. Kanaatimizce söz konusu usulî farklar dışında iki süreç de özü itibarıyla uyuşmazlığın müzakere edilmesini ve tarafların kendi çözümlerini bulmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Her iki prosedürde de taraflar kendi menfaatleri çerçevesinde gönüllü bir çözüm bulmaya

odaklanmışlardır. Her iki çözüm yöntemi de taraflar arasındaki ilişkiyi sürdürmek üzere geleceğe yöneliktir. Bu açıdan sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru üzerine açılacak davada yeniden arabuluculuğa başvurulması aynı sürecin tekrarı mahiyetindedir. Bu durumda bu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisinin işletilmesi yeterli olmalıdır. Sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru rizikonun gerçekleştiğine ve tazminat talebine ilişkin sigorta kuruluşunun bilgilendirilmesi amacını gütmektedir. Bu nedenle sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru yapmaksızın ihtiyari arabuluculuğa başvuru halinde sigorta kuruluşuna yeniden yazılı başvuru yapılmasına gerek yoktur.

Mevcut düzenlemeler kapsamında sigorta tahkim öncesinde zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz. Ancak bu duruma bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolundan önce başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun öngörülmesinin yerinde olmayacağı gerekçe gösterilemez. Zira tahkim sözleşmelerinin bir kısmında tahkime başvurmadan önce dostane çözüm yollarına başvurulmasına ilişkin düzenlemeler yaygın olarak kullanılmaktadır. Bu gerekçe kabul edildiği takdirde sigorta kuruluşuna yazılı başvurunun da dava şartı niteliği tartışmalı hale gelecektir. Bunun yerine kanun koyucunun iradesinin açıkça tahkimde görülen davaları zorunlu arabuluculuk dışında tutmak istediğini kabul etmek daha makul bir yaklaşımdır. Kanun koyucu, taraflar arasında tahkim sözleşmesinin varlığı ya da tahkime zorunlu başvuru halinde zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını kabul etmekle bu iradesini ortaya koymaktadır.

Kanaatimizce sigorta kuruluşuna zorunlu başvuru kaldırılarak KTK m.97’de yer alan sigorta kuruluşuna yazılı başvuru şartı “arabuluculuğa başvuru” şeklinde değiştirilmek suretiyle dava veya tahkim yoluna başvurudan önce zorunlu arabuluculuk getirilmelidir. Sigortaya başvuru çeşitli açılardan sorunlu bir çözüm yoludur. Sigorta kuruluşuna zorunlu başvurunun ispatı, başvuruya eklenmesi gereken belgelerin taşınması gereken özellikler, belgelerin temininde ortaya çıkan giderlerin kim tarafından karşılanacağı, sigorta kuruluşlarına yapılan başvuru üzerine yapılan anlaşmaların KTK m.111/2 denetimine tabi tutulması, sigorta kuruluşunun müzakerelere çoğu kere katılmaması ve zorunlu başvurudaki anlaşmaların çoğu kere arabuluculukta anlaşma metnine dökülmesi bu çözüm yolunun kendisinden beklenen işlevi tam olarak yerine getirmediğini göstermektedir. Bu konudaki sayısal veriler de aynı sonucu göstermektedir. Görüşümüzün dayanağı arabuluculuğu müzakereden ayıran tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin sürece katılmasına üstünlük tanımak değildir. Bilakis tarafların yapılandırılmış bir müzakere modelinde uyuşmazlıklarını ilelebet çözüme kavuşturmalarını sağlamaktır.

KAYNAKÇA

- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Sigorta Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- ATALI, Murat/ERDOĞAN, Ersin: “A New Model in Legal Dispute Resolution: Mandatory Mediation”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 23, 2018, s.241-255.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- AZAKLI ARSLAN, Betül: Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- BAĞATUR, Mehmet Çağrı/ÖGE, Hande: Sorularla Sigorta Tahkim, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Medeni Usul Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- BÜYÜKAY, Ferhat: Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- CANER, Oğuz: “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Kapsamında Sigortacıya Verilen İbranamelerin Geçerliliği Sorunu”, *Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 2023, s.21-41.
- ÇİFTÇİ, Pınar: “Medenî Yargılama Hukuku Açısından Hak Arama Özgürlüğünün (Ay. m. 36) Sınırlandırılması Sorunu”, *Legal Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 12(34), 2016, s.361-400.
- DİNÇ, İlhan: Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife: “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanması ve Sigortacılık Tahkimi ile Karşılaştırması” içinde Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, MERSİN, Bilge Utan/ALIŞKAN, Murat/SARIKAYA, Sinan (Ed.), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s.9-47.
- DÜRST, Jennifer/JUNG, Julia: “Gerüchteküche um die Mediation”, *Anwaltsrevue*, Heft 11-12, 2020, s.454-458.
- DİRENİSA, Efe: “Sigortacıya Dava Açmadan Önce Yazılı Başvuruda Bulunulması Zorunluluğunun (KTK m. 97) Medenî Usul Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 81(3), 2023, s.645-673.
- EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- EKŞİ, Nuray: Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- EMİNOĞLU, Cafer/ERDOĞAN, Ersin: Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- ERBAŞ AÇIKEL, Aslıhan: “Deniz ticareti ve Sigorta Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi, içinde Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, SÜRAL EFEÇİNAR, Ceyda/YARDIM, Mehmet Ertan (Ed.), Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ERDÖNMEZ, Güray: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ERMENEK, İbrahim: Arabuluculukta Zayıf Tarafın Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- FİSCHER, Jonas/SCHNEUWLY, Anne Mirjam: Alternative Dispute Resolution, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2021.
- FOSKETT, David Q.C.: The Law and Practice of Compromise, London, 1996.
- GİRSBERGER, Daniel/PETER, James Thomas: Aussergerichtliche Konfliktlösung, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2019.

- GÖKSU, Mustafa; Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- HANKS, Melissa; “Perspectives on Mandatory Mediation”, University of New South Wales Journal, 35(3), 2012, s.929-952.
- ILDIR, Gülgün: “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü” (Armağan), TBB Dergisi, 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s.385-401.
- ILDIR, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- KAYIHAN, Şaban/SELANİK, Atakan Adem: Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları Ve Tahkim Usulü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024.
- KARACABEY, Kürşat; “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 28(123), s.451-488.
- KARASU, Rauf: “Sigorta Tahkimi İle İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 7(26), 2016, s.49-69.
- KEKEÇ, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- KIYAK, Emre: Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk İle Uyumlaştırılması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- KONURALP, Cengiz Serhat: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011.
- KÜÇÜK, Alper Tunga: “The Issue of whether It Is Mandatory to Apply to Mediation Before Reaching The Insurance Arbitration Commission”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30(1), 2022, s.301-323.
- MEMİŞ, Tekin: “Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanasımına İlişkin Eleştiriler Ve Değerlendirmeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.1931-1943.
- MENKEL-MEADOW, Carrie: “From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving: Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context”, Journal of Legal Education, 54(1), 2004, s.7-29.
- MEYER BAHAR, Valerie: Court-connected Alternative Dispute Resolution, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2005.
- MONN, Valentine: “Verhandlungen, Verhandlungspflichten, Verhandlungssabrede” içinde Die Verhandlungssabrede, GAUCH, Peter/MONN, Valentine (Ed.), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2010.
- MÜLLER, Sebastian: Tatbestand des antizipierten Vertragsbruchs, içinde, Antizipierter Vertragsbruch, SCHMID, Jörg (Ed.), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2021.
- NEFF, Markus: “Verhandlungslösungen -- Einsatzmöglichkeiten von alternativen Verfahrensmethoden und Konfliktmittlung (Alternative Dispute Resolution) bei der Realisierung von Grossprojekten”, Umweltrecht in der Praxis, Heft 4, 2001, s.368-390.
- NOMER, Haluk; Borçlar Hukuku Genel Hükümler El Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.
- ÖZBAY, İbrahim: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(3-4), 2006, s. 459 – 475.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- ÖZEKES, Muhammet: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- ÖZEKES, Muhammet: Temel Hukuk Bilgisi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- ÖZMUMCU, Seda: “Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 74(2), 2016, s.807-842.
- ÖZTEK, Selçuk: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’na İlişkin Görüş ve Öneriler: Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler, Sempozyum Notları, İstanbul, 2008, s.17-34.
- PARLAK, F. Tülay: Sigorta Tahkim Yargılaması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024.
- PEKCANITEZ, Hakan: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024.
- SALLY ENGLE, Merry: “Book Review, Disputing Without Culture”, Harvard Law Review, 100(8), 1987, s.2057-2073.
- SEVEN, Vural: “Mahkemeye - Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu”, (Sigorta Şirketine Başvuru), İzmir Barosu Dergisi, 83(2), 2018, s.95-130.
- SEVEN, Vural: “Mahkemeye-Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğunda Sunulacak Belgelerin (Özellikle Sağlık Kurulu Raporu) Dava Şartı Ve Temerrüt İle İlişkisi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(Özel Sayı), 2022, s.142-164.
- SEVİNÇ KUYUCU, Aşlıhan: “Zarar Sigortalarında Sigortacının Ödeme Yükümlülüğü ve Sınırları”, içinde Sigorta Hukuku Sempozyumları, ÜNAN, Samim/YAZICIOĞLU, Emine (Ed.), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s.44-50.
- SIĞRI, Ünsal/VAROĞLU, Kadir: Müzakere ve Arabuluculuk, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013.
- ŞAHİN CEYLAN, Şule: Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- TANRIVER, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 19(64), 2006, s.151-177.
- TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku Cilt II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2025.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I Genel Hükümler, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- WEBER, Rolf H./EMMENEGGER, Susan: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Stämpfli Verlag, 2020.
- YARDIM, Mehmet Ertan: Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, içinde Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, SÜRAL EFEÇİNAR, Ceyda/YARDIM, Mehmet Ertan (Ed.), Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- YAZICI TIKTIK, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- YEŞİLOVA ARAS, Ecehan/YEŞİLOVA, Bilgehan: “Sigortacılık Tahkimi Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri”, Yaşar Üniversitesi, E-Dergisi, 8(Özel), 2013, s.275-379.
- YILDIRIM, Ali Haydar: Sigorta Tazminatının ve Bedelinin Muacceliyeti, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- YILDIRIM, Ferhat: Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, Seçkin yayınları, Ankara, 2023.
- YILMAZ, Ejder: “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Avukatlık Kanunu m. 35/A)”, TBB Dergisi, 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Bünyamin KARTAL, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Bünyamin KARTAL, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he/she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he/she does not make any falsification of the data collected. In addition, he/she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

**AYNEN İADESİ İSTENEN ANCAK DAVALININ ELİNDE OLMADIĞI İÇİN DEĞERİ
TAHSİL EDİLEN TAŞINIRIN HÂLÂ DAVALIDA OLDUĞUNUN SONRADAN
ANLAŞILMASI**

THE EVALUATION OF THE OWNER FINDING OUT THAT THE MOVABLE IS STILL IN THE
POSSESSION OF THE WRONGFUL POSSESSOR, AFTER COLLECTING ITS VALUE DUE TO
NOT BEING ABLE TO FIND IT IN KIND

Hakan Burak AKINCI*  **Makale Bilgi**

Gönderi: 23/03/2025
Kabul : 30/06/2025

Anahtar Kelimeler

Mülkiyetin
Korunması,
İlamlı İcra,
Taşınır Teslimi,
Taşınırın Değerinin
Haczedilmesi,
Taşınırın Tekrar
Ortaya Çıkması.

Article Info

Received: 23/03/2025
Accepted: 30/06/2025

Keywords

Protection Of
Property,
Judicial
Enforcement,
Delivery Of
Movables,
Seizure Of The Value
Of Movable,
Reappearance Of
Movable.

Özet10.21492/inuhfd.1663747 

Mülkiyet hakkının ihlâli halinde malik, bir iade davası açarak taşınırın kendisine teslimini isteyebilir. Bunun icrası ise İcra ve İflâs Kanunu m. 24'te düzenlenen taşınırın teslimi hükmüyle gerçekleşmektedir. Eğer taşınır borçlunun elinde bulunamazsa, m. 24/4'e göre değeri üzerinden hacze devam edilir. Öte yandan, taşınırın gizlenmesi veya muvazaalı olarak devredilmesi çoğu durumda oldukça kolaydır. Özellikle de taşınırın bir sanat eseri olması veya taraflar için manevi bir değerinin bulunması gibi durumlarda bu ihtimal daha da artmaktadır. Haksız zilyet, kendisine iade davası açıldığında taşınırı saklamakta, bunun değerini belki de memnuniyetle ödemekte ve teknik olarak kaybettiği davadaki mahkeme kararını kendi lehine kullanarak taşınıra adeta malik olmaktadır. Malik ise haksız zilyedin hileli davranışları veya ihmali yüzünden artık taşınırı aynen iade alamayacağına inandırılıp değerine razı edilmektedir. Bu durum, hukukumuzda kendisine yüksek önem atfedilen mülkiyet hakkının uygulamada kolayca ihlâl edilebilmesi sonucunu doğurmaktadır. Çalışmamızda malikin, böyle bir ihtimale karşılaşması halinde hangi çözüm yollarına başvurulabileceği değerlendirilmiş ve ardından yeni bir kanun hükmü teklifinde bulunulmuştur.

Abstract

In a violation of the right of property, the owner may request the delivery of the movable by filing a restitution action. The execution of this action is realized through the provision on the delivery of the movables regulated in Article 24 of the Enforcement and Bankruptcy Law. If the movable cannot be found in the debtor's possession, the seizure is continued over the value of the movable according to Art. 24/4. Although, concealment or collusive transfer of movable property is frequently facilitated by the inherent characteristics of such assets. This is particularly evident in cases involving artworks or items possessing significant sentimental value to the parties involved. The wrongful possessor, upon the institution of a restitution action, may retain the movable by opting to compensate the rightful owner for its value. In doing so -even while technically losing the case- they effectively legitimize their possession, potentially invoking the court's decision to assert a semblance of ownership. The owner, on the other hand, is being made to believe that they will no longer be able to obtain the return of the movable due to the fraudulent behavior or negligence of the wrongful possessor, and is forced to be satisfied with its value. This situation leads to the result that the right of property, which is attributed great importance in our law, can easily be violated in practice. In our study, we have evaluated the remedies available to the owner in the event of such a possibility and then proposed a new legal provision.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Arş. Gör. Dr., Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** AKINCI, Hakan Burak, "Aynen İadesi İstenen Ancak Davalının Elinde Olmadığı İçin Değeri Tahsil Edilen Taşınırın Hâlâ Davalıda Olduğunun Sonradan Anlaşılması", InÜHFD, 16(1), 2025, s.298-312. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

This article is about the owner finding out that their movable is still in the possession of the wrongful possessor, after collecting its value due to not being able to find it in kind. The normal procedure is that the owner should initiate a n enforcement proceeding with judgment after winning the restitution case and ensure that the movable is given to them. On the other hand, in many cases, it may be quite easy for the possessor who does not want to deliver the movable to hide it in a place where no one can find it. The possessor may put the movable in a warehouse, bury it in the ground, entrust it to a trusted person or actually lose it. In such cases, the fact that the owner has won the lawsuit may lose its meaning since they cannot actually get the movable back. Article 24/4 of the Enforcement and Bankruptcy Law provides a substitute solution for such situations in order not to leave the owner helpless. Accordingly, if the movable is not in the possession of the debtor, the value written in the judgment or determined by the executive director should be taken. In such a case, if the movable reappears after the value has been collected, should the owner be considered to have given up the right of property? Or should the owner be able to demand that the movable property be returned to him by returning the amount collected? Although at first glance, it may seem that the proceedings and the execution phase are over, it is objectionable to accept that the owner can no longer claim restitution for several reasons. First, the wrongful possessor should not be legally protected from resorting to a fraudulent method such as hiding the movable in order to continue to keep it in his possession despite having lost the lawsuit. Indeed, in such a scenario, while the plaintiff is hampered by procedural obstacles, the defendant can take advantage of a loophole and almost completely eliminate the effect of the lost claim - apart from paying the value of the movable. On the other hand, there are cases where the wrongful possessor may gladly accept to pay compensation in order to keep the movable. For example, the movable may have sentimental value for both the plaintiff and the defendant. Even if the wrongful possessor loses the lawsuit after taking possession of the movable, they seem to have gained the right of ownership by hiding it and paying compensation instead of returning it (or even if they do not win in theory, the same result is achieved in practice since the original owner's right to claim restitution is eliminated). A similar situation may be encountered in artworks. Pursuant to Article 24/4 of the EBC, it is in the interest of the wrongful possessor to accept that the claim of appropriation will completely disappear after the value of the movable is collected, in terms of artworks, the value of which will increase even more after years. In our study, it is discussed what kind of solutions can be offered in case of the reappearance of the movable that's value has been collected because it has been lost or hidden.

Some of the results we have reached regarding the reappearance of the movable after its value has been collected due to the non-return of the movable are as follows:

Since a lawsuit for restitution has already been filed and the decision has been concluded, it is not possible to file a new lawsuit for restitution. The conclusive judgment regulated under Article 115 of the Code of Civil Procedure prevents this.

A new enforcement proceeding cannot be initiated based on the same judgment. For this reason, it is not possible to reuse the judgment for the return of the movable.

The owner cannot claim that they made a mistake regarding the loss or destruction of the movable and apply the provisions on lack of will. This is because after the lawsuit is filed, it is considered not as legal act, but as party procedural act. Under Turkish law, lack of will cannot be claimed in party procedural acts (aside from exceptions arising from the law).

In instances where the possessor has, through manipulative conduct, induced the belief that restitution of the property is not feasible, the rightful owner may invoke the renewal of proceedings on the grounds of such manipulation. Under these circumstances, the original lawsuit may be reopened, and a judgment for restitution in kind may be rendered. The owner is required to deposit the monetary value of the property in question into the case file as a prerequisite for such restitution.

As evidenced, the remedies available to the owner are considerably restricted, with the exception of seeking the renewal of proceedings on the grounds of manipulation. Consequently, there arises a necessity for the development or recognition of an alternative legal remedy.

As far as we can see, there is no opinion in the doctrine or regulation in the law for the reopening of the enforcement file closed due to payment. Nevertheless, we are of the opinion that there is no obstacle either to reopening the file if the enforcement directorate concludes that there is a legal benefit in rare cases such as in our study. Objections against the decision taken in this regard must be raised through a complaint to the enforcement court. If the enforcement proceeding is reopened, it should be continued for the return of the movable, provided that the creditor deposits the value of the movable previously collected in the enforcement file.

In the current situation, the reopening of the closed file by the enforcement directorate and the continuation of the proceedings can only be realized by the initiative of the enforcement directorates or by the decision of the enforcement courts. Because there is no regulation on this issue in the legislation. In our opinion, a new paragraph should be added to Article 24 of the Enforcement and Bankruptcy Code to address the possibility of finding the movable again, after the value of which has been collected because it is not considered possible to return it in kind. In terms of the importance given to the protection of the right to property, this situation ensures that the Enforcement and Bankruptcy Law becomes more compatible with the legislations such as the Constitution, the Turkish Civil Code, the Turkish Criminal Code and the conventions such as the European Convention on Human Rights. In the current situation, the provisions in all these legislations and conventions may lose their meaning depending on the application of Article 24/4 of the EBC.

As result, the provision that we suggest to be added to Article 24 of the EBC is to ensure that if the movable reappears after its value is collected and the owner still requests restitution in kind, the enforcement proceedings shall be continued on the basis of the request for restitution in kind after depositing the value of the movable obtained to the enforcement file. In determining the amount to be deposited into the case file, the liability of the wrongful possessor should be assessed based on their bad faith or, where applicable, their aggravated good faith following the initiation of legal proceedings.

I. GİRİŞ

Taşınırının haksız zilyet tarafından kendisine iade edilmemesi halinde malik, bir iade davası açarak teslim talep edebilir. Öte yandan teslimde bulunmak istemeyen zilyedin, taşınırı kimsenin bulamayacağı bir yere saklaması pek çok durumda oldukça kolay olabilmektedir. Zilyet taşınırı bir depoya koyabilir, toprağa gömebilir, güvendiği birine emanet olarak bırakabilir veya gerçekten kaybedebilir. Böyle durumlarda malikin, taşınırı iade alamadığı için davayı kazanmış olması anlamını yitirebilmektedir. İcra ve İflâs Kanunu m. 24/4'te maliki çaresiz bırakmamak adına bu tür durumlar için ikame bir çözüm yolu getirilmiştir. Buna göre eğer taşınır borçlunun yedinde bulunmazsa ilamda yazılan veya icra müdürünün belirlediği değeri alınır. Böyle bir durumda, acaba değeri tahsil edildikten sonra taşınır tekrar ortaya çıkarsa malik maldan vazgeçmiş mi sayılmalıdır? Yoksa tahsil ettiği bedeli geri vererek taşınırın yine kendisine teslim edilmesini isteyebilmeli midir? İlk bakışta yargılamanın ve icra aşamasının artık sona erdiği düşünülse de malikin artık hiçbir şekilde iade talep edemeyeceğini kabul etmek, birden çok sebeple sakıncalıdır. Öncelikle, haksız zilyedin davayı kaybetmiş olmasına rağmen taşınırı kendisinde tutmaya devam etmek için onu saklamak gibi hileli bir yola başvurmamasının hukuken korunmaması gerekir. Gerçekten böyle bir senaryoda davacı usulden doğan engellere takılarken davalı, bir açıktan faydalanarak kaybettiği davanın etkisini -taşınırın değerini ödemesinin dışında- neredeyse tamamen ortadan kaldırılabilmektedir. Öte yandan bazen öyle haller vardır ki haksız zilyet, taşınırı elinde tutabilmek için tazminat ödemeyi memnuniyetle kabul edebilir. Mesela taşınırın hem davacı hem davalı için manevî değeri olabilir. Haksız zilyet, taşınırı bir şekilde ele geçirdikten sonra davayı kaybetse bile onu saklayıp, iade yerine tazminat ödeyerek mülkiyet hakkını kazanmış gibi görünmektedir (veya teoride kazanmasa bile asıl malikin iade talep hakkı ortadan kalktığından pratikte aynı sonuca ulaşılmaktadır). Sanat eserlerinde de benzer bir durumla karşılaşılabilir. Sanat eserlerinin iadesi meselesi Alman Hukuku'nda da tartışma konusudur. Zira Alman Hukuku'nda istihkak talebi otuz yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutulmuştur. Bu durum sanat eseri kaçakçıları tarafından bir fırsat olarak değerlendirilmekte ve çalınan kıymetli eserler kuşaktan kuşağa aktararak uzun yıllar saklanmaktadır. Otuz yılın sonunda gerçek hak sahibinin istihkak talebi sona erdiğinden, eser hukukî bir ihtilafla karşılaşma tehlikesi olmaksızın tekrar gün yüzüne çıkarılmakta ve (belki değeri daha da artmış olarak) satışa veya sergilere sunulabilmektedir¹. Türk Hukuku'nda böyle bir zamanaşımı bulunmamaktadır. Yine de İİK m. 24/4'e göre taşınırın değeri tahsil edildikten sonra istihkak talebinin tamamen ortadan kalkacağını kabul etmek, yıllar sonra değeri daha da artacak olan sanat eserleri bakımından haksız zilyedin menfaatinedir. O halde kaybedildiği veya saklandığı için değeri tahsil edilen taşınırın tekrar ortaya çıkması halinde ne tür çözüm yollarının üretilebileceğinin ele alınması gerekmektedir.

II. MÜLKİYET HAKKININ ÖNEMİ, İADE DAVALARIYLA KORUNMASI, SONA ERMESİ VE İSTİHKAK TALEBİNİN DEVRİ

A. Mülkiyet Hakkının Önemi

Türk Medenî Kanunu'nun eşya hukukunu düzenleyen dördüncü kitabının birinci kısmı mülkiyet başlığını taşımaktadır. Eşya hukuku kitabının ilk maddesi olan 683'üncü maddede ise mülkiyet hakkının içeriği düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrası; kullanma, yararlanma ve tasarruf haklarının tamamını malike tanıdığından, mülkiyet hakkının eşya üzerinde en geniş yetkilerin sağlandığı aynî hak olduğu söylenebilir². İkinci fıkrada ise "malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir" hükmüyle mülkiyet hakkının korunmasına yer verilmiştir. Dolayısıyla malik, haksız zilyetlik tesis eden herkese karşı dava açabilir.

Mülkiyet, aynı zamanda Anayasa ile korumaya alınmış olan bir haktır. Anayasa'nın 35'inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında; herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu, bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Anayasa'nın 13'üncü maddesinde ise "temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilceği" düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nda hırsızlık (m. 141 vd), yağma (m. 148 vd), mala zarar verme (m. 151), dolandırıcılık (m. 157 vd) gibi mülkiyet hakkının korunmasına yönelik bazı suç tiplerine yer verilmiştir.

Yerel mevzuatın yanı sıra uluslararası hukukta da mülkiyet hakkı koruma altına alınmaktadır. 1952 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek Protokolün (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) birinci maddesi, mülkiyetin korunmasını düzenlemektedir³.

¹ Geniş bilgi için bkz. Effer-Uhe, Daniel Oliver: "Die Folgen der Verjährung des Vindikationsanspruchs", Archiv für die civilistische Praxis, 215(2), 2015, 245-281, s.264; Schellerer, Juliane: Gutgläubiger Erwerb und Ersitzung von Kunstgegenständen, Mohr Siebeck, Tübingen 2016, s.1 vd; Bergmann, Andreas: Der Verfall des Eigentums, Mohr Siebeck, Tübingen 2015, s. 22 vd; Schanbacher, Dietmar: NomosKommentar BGB Sachenrecht, Band 3, 5. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022, §985, kn. 64.

² Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya: Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s.375; Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, 24. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s.315; Eren, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 8. Baskı, Legem Yayınları, Ankara 2024, s.4; Sirmen, Lale: Eşya Hukuku, Legem Yaynevi, 11. Baskı, Ankara 2023, s.327; Esener, Turhan/ Güven, Kudret: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s.224; Nomer, Halûk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s.199; Kılıçoğlu, Ahmet: Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s.8; Akçaal, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s.415.

³ Protokol metni için bkz. <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019104649ek1.pdf>. Ayrıca bkz: Sarı, H. Gürbüz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması, 2. Baskı, On İki

Görüldüğü üzere mülkiyet hakkı hem uluslararası hukukta hem de iç hukukta koruma altına alınan; Anayasa’da, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında ayrı ayrı yer verilen son derece önemli bir haktır. Aynı zamanda aynı ve mutlak nitelikte olan mülkiyet hakkı, bu özelliği gereği zamanaşımına bile tâbi olmaksızın⁴ herkese karşı ileri sürülebilir⁵. Öğretideki bir tabire göre mülkiyet hakkı, kişiye “bu eşya yalnız bana aittir, kimse ona el atmaya kalkmasın” dedirtir⁶. Bu özelliğiyle mülkiyet, tarih boyunca toplumlara ve devletlerin yönetim biçimlerine dahi şekil vermiştir⁷. Teoride ve mevzuatta böylesine yüksek önem atfedilen bir hukukî kurumun, uygulamada da aynı etkiyi sağlayacak şekilde korunabilmesi gerekir. Çünkü bir hak, ancak hukuk düzeni tarafından korunabildiği sürece anlam ifade eder

B. Mülkiyet Hakkının İade Davalarıyla Korunması

Öğretide malikin yetkileri iki grup altında toplanmaktadır. TMK m. 683’ün birinci fıkrasında düzenlenen kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkileri, mülkiyet hakkının iç muhtevası; ikinci fıkradaki haksız zilyede karşı koruma sağlayan dava açma yetkisiyse dış muhtevası olarak ifade edilmektedir⁸. Çalışmamızı ağırlıklı olarak ilgilendiren kısım, iade davalarını kapsayan dış muhtevaya ilişkindir.

Sadece malikin açabildiği iade davası; TMK m. 683/II’de düzenlenen iki davadan⁹ biri olan istihkak davasıdır. Hem malikin hem de malik olmayan haklı zilyedin açabildiği davalar ise yedin iadesi ve taşınır davalarıdır. Mülkiyetin korunmasını sağlayan başka davalar da bulunmakla birlikte, çalışmamızı yakından ilgilendirmemesi sebebiyle tek tek ayrıntıya girilmemiştir.

İstihkak davası; malikin, doğrudan zilyet olmadığı malının kendi hâkimiyet alanına girmesini sağlamak için haksız zilyede yönelttiği teslim talebi için açılan davadır¹⁰. Sadece malik tarafından açılabilir ve mülkiyet hakkına dayandığı için mutlak nitelikte ve aynı bir davadır. Süreye tâbi olmayıp, ancak kazandırıcı zamanaşımı ve iyiniyetle kazanım gibi sebeplerle mülkiyet hakkının başkası tarafından kazanılması durumlarında dava açma hakkı ortadan kalkar¹¹.

Taşınır davası, taşınır üzerinde davacının (önceki zilyedin) kurmuş olduğu zilyetliğin bir hakka karine teşkil etmesi sebebiyle açılan davadır¹². Diğer bir deyişle taşınır davası; önceki doğrudan zilyedin, kendi hak karinesine dayanarak yeni doğrudan zilyedin hak karinesini çürütmesi yoluyla taşınırı geri aldığı davadır¹³. O halde davacının öne sürdüğü hak, pekâlâ mülkiyet hakkı olabilir ve dolayısıyla bu davanın malik tarafından açılması mümkündür¹⁴.

C. Taşınır Mülkiyetinin Sona Ermesi

Taşınır mülkiyeti; mutlak ve nispi kayıp olmak üzere iki şekilde kaybedilebilmektedir. Nispi kayıp, mülkiyet hakkının başka birine devredilmesiyle gerçekleşir. Dolayısıyla mülkiyet hakkı tamamen ortadan kalkmamakta, sadece el değiştirmektedir. Bu durumda taşınırı devreden, mülkiyet hakkına ilişkin tüm hakları sona ermektedir. Söz konusu devir; satış, trampa, bağışlama sözleşmesi gibi yollarla gerçekleşebilir. Bunların yanı sıra, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyetin kazanılması halinde de önceki malik açısından mülkiyet sona ermiş olur. İşleme, birleşme, karışma yollarıyla bir başkası tarafından kazanılması

Levha Yayınları, İstanbul 2010, s.1 vd; Gemalmaz, H. Burak: Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Avrupa Konseyi, Ankara 2018, s.1 vd; Esener/Güven, s.232 vd; Sirmen, s.332.

⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş, s.448; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.321; Eren, s.36; Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku, 16. Baskı, İzmir 2021, s.218; Sirmen, s.353; Nomer/Ergüne, s.200; Kılıçoğlu, s.222; Akçaal, s.418.

Mülkiyet hakkı zamanla yitirilmez, mali ölse bile mülkiyet kalır ve mirasçılar üzerinden devam eder. Serozan, Rona: Eşya Hukuku I, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s.204, kn.783.

⁵ Tekinay, Selâhattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Halûk/ Altop, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s.474; Eren, s.28; Serozan, s.202.

⁶ Serozan, s.203.

⁷ Kılıçoğlu, s.202. Ayrıca bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, s.373 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.469; Serozan, s.203; Eren, s.5 vd; Başpınar, Veysel: Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınları, Ankara 2009; Esener/Güven, s.225 vd; Akçaal, s.315.

⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, s.380; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.477 vd; Eren, s.16 vd; Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.315 vd; Sirmen, s.330 vd; Nomer/Ergüne, s.200 vd; Ertaş, s.216; Akçaal, s.416 vd.

⁹ TMK m. 683/II’de düzenlenen diğer dava olan elatmanın önlenmesi davası da mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin olmakla beraber, iade davası değildir. Burada mal, malikin zilyetliğinden çıkmış değildir. Sadece malını özgürce kullanmasına engel olan müdahalelerin sonlandırılması amaçlanmaktadır. Geniş bilgi için bkz. Giritlioğlu, Neclâ: Müdahalenin Men’i (Elatmanın Önlenmesi) Davası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1984, s.1 vd.

¹⁰ Tanım için bkz. Akıncı, Hakan Burak: Türk Medenî Hukuku’nda İstihkak Davası (TMK m. 683’e Göre), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Antalya 2024, s.48. İstihkak davası hakkında geniş bilgi için bkz. Akıncı, H., s.92 vd. Bu dava çoğunlukla doğrudan zilyetliğin sağlanması için açıldığından, öğretide genellikle “doğrudan zilyet olmayan malikin, malik olmayan haksız zilyede açtığı dava” olarak tanımlanmaktadır. Bu ve benzeri tanımlar için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.319; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.480; Eren, s.32; Esener/Güven, s.233; Serozan, s.212; Sirmen, s.349; Nomer/Ergüne, s.202; Kılıçoğlu, s.222; Akçaal, s.418.

¹¹ Akıncı, H., s.92 vd, 112 vd.

¹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.111; Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, 13. Baskı, Savaş Yayinevi, Ankara 2023, s.213 vd; Esener/Güven, s.99 vd; Sirmen, s.108 vd; Akçaal, s.204 vd.

¹³ Ertaş, s.62.

¹⁴ Ünal/Başpınar, s.216 vd. TMK m. 985/I’de taşınırın zilyedinin onun maliki sayılacağı; m. 985/II’de ise önceki zilyetlerin de zilyetlikleri süresince o taşınırın maliki sayılacakları düzenlenmiştir. Dolayısıyla halihazırdaki zilyedin mülkiyet karinesiyle önceki zilyedin mülkiyet karinesi çatışmakta ve taşınır davası ile bu zilyetlerden üstün hakkını ispat edenin mala doğrudan zilyet olması sağlanmaktadır.

hallerinde de mülkiyet, (önceki) malik bakımından sona erer¹⁵. Yine, külli halefiyet halinde mülkiyet hakkı mirasçılara geçmek suretiyle son bulur¹⁶.

Mutlak kayıp ise mülkiyetin bir başkasına geçmesi şeklinde değil, tamamen ortadan kalkması şeklinde söz konusu olur. Bu durumda taşınır üzerinde kimse için bir mülkiyet hakkı söz konusu değildir. Mutlak kayıp halleri; taşınırın terk edilmesi¹⁷, yok olması ve özel mülkiyete konu olmaktan çıkması¹⁸ şeklinde gerçekleşebilir¹⁹. Mülkiyet hakkı; cebri icra ve mahkeme kararı gibi yollarla da kaybedilebilir²⁰.

Taşınırın sadece zilyetliğinin kaybedilmesi ise mülkiyet hakkının kaybına sebep olmaz. Mülkiyet hakkının kaybindan söz edebilmek için, buna yol açan bir hukukî sebebin de bulunması gerekir²¹. Dolayısıyla malın haksız zilyette bulunması ve haksız zilyedin malı kaybettiğini söylemesi, mülkiyet hakkının ortadan kalkmasına sebep olmaz.

Burada iadeyle yükümlü haksız zilyedin malı kaybettiğini veya malın yok olduğunu öne sürmesi sebebiyle malikin malın değerini almayı kabul etmesinin hangi kapsamda sayılacağına ele alınması gerekmektedir. Bu bir devir işlemi (nispî kayıp) sayılabilir mi? Yoksa malikin malını terk ettiğini mi kabul etmek gerekir? Mal tekrar ortaya çıktığında mülkiyet hakkının hâlâ aynı malik üzerinde devam edip etmediğini anlamak için öncelikle bunun tespitinin yapılması icap eder.

Bir devir işleminden söz edebilmek için, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklayarak satış, bağışlama, trampa gibi bir sözleşme kurmuş olmaları gerekir. Bağışlama halinde tek tarafa borç yükleyen sözleşme söz konusudur. Bu sözleşmede taraflardan biri, malvarlığına dâhil olan bir malı karşılıksız olarak başka birine kazandırmayı üstlenmektedir²². Konumuz açısından ise böyle bir durum söz konusu değildir. Malikin, malını haksız zilyede kazandırmaya yönelik bir iradesi bulunmamaktadır. Kaldı ki tarafların (ya da en azından malikin) inancına göre ortada kazandırılacak bir taşınır bile kalmamıştır.

Karşılıklı edimlerin yüklenildiği diğer durumlarda ise iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme kurulmuş olur. İki tarafa borç yükleyen ve mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmelerin en yaygın olanı satış sözleşmesidir. Türk Borçlar Kanunu m. 207/I'e göre "satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme" olarak ifade edilmektedir. Bağışlama sözleşmesi için söylediklerimizle benzer olarak, burada da malikin malını haksız zilyede kazandırmak gibi bir iradesi söz konusu değildir. Malik, kazandırılacak bir taşınırın hâlâ var olduğunu dahi bilmemektedir. Taşınırın teslimi yerine yapılan ödeme; haksız zilyedin önce taşınırı alıkoyduğu için malikin kendi taşınırını korumasına engel olmasına, sonra da artık iade edilebilecek bir malın bulunmadığını öne sürerek malikin hataya düşmesine, iradesinin fesada uğramasına sebep olmasına dayanmaktadır. Oysa taşınır mülkiyetinin satılarak devredilebilmesi için, buna uygun bir iradenin mevcut olması icap eder²³. Hukukî işlemin en temel kurucu unsuru irade açıklamasıdır. İrade; bir davranışta bulunup bulunmama bakımından kişinin zihninde, iç dünyasında meydana gelen düşünceyle varılan karardır²⁴. İrade açıklaması ise bunun dış dünyaya bildirilmesidir²⁵. İrade beyanı bulunmayan bir hukukî işlem, yok hükmündedir²⁶. Dolayısıyla haksız zilyedin malike bir miktar para ödediği, karşılığında da taşınırı elinde bulundurmaya devam ettiği bu fiilî durum, bir devir işlemi olarak nitelendirilemez. O halde ortada taşınır mülkiyetinin nispî kaybı da söz konusu değildir.

Taşınır mülkiyetinin mutlak kaybına yol açan yok olma ve terk edilme ihtimalleri de değerlendirilmelidir. Her ne kadar malik, taşınırın yok olduğuna ikna edilmiş olsa da aslında çalışmamızın konusunda taşınır yok olmuş değildir. Bu sebeple mülkiyet hakkının yok olma sebebiyle sona ermesi söz konusu olamaz.

Terk, yukarıda açıklandığı üzere bir başkası lehine yapılan bir işlem değil, tek taraflı bir tasarruf

¹⁵ Eren, s.533 vd; Akipek/Akıntürk/Ateş, s.606; Sirmen, s.705; Ergüne, Mehmet Serkan, Taşınır Mülkiyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.295 vd.

¹⁶ Eren, s.533 vd; Nomer/Ergüne, s.321.

¹⁷ Terk halinde başka birinin malı sahiplenmesi yoluyla yeni bir mülkiyet hakkının kurulması mümkündür. Öte yandan bu durum, önceki mülkiyet hakkından tamamen bağımsız olarak gerçekleşmektedir. Akipek/Akıntürk/Ateş, s.607.

¹⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, s.607; Ergüne, s.298.

¹⁹ Eren, s.534; Akipek/Akıntürk/Ateş, s.607; Nomer/Ergüne, s.322; Ergüne, s.297 vd.

²⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, s.607.

²¹ Akıntürk/Akipek/Ateş, s.606; Esener/Güven, s.589; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.881; Eren, s.533; Sirmen, s.706; Nomer/Ergüne, s.321; Akçaal, s.692.

²² Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Legem Yayınevi, Ankara 2023, s.285; Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s.293.

²³ Mülkiyeti devir borcu doğuran diğer sözleşmeler için de aynı açıklamalar geçerli olduğundan, tek tek ayrıntıya girmiyoruz.

²⁴ Akıncı, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler), 14. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2024, s.80. Benzer tanım için İnan, Ali Naim/Yücel, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s.167.

²⁵ İnan/Yücel, s.134, 167; Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.140.

²⁶ Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023, s. 183; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023, s.383; Akıncı, Ş., s.192, 193.

işlemidir²⁷. Burada var olan bir mal üzerindeki zilyetliğin kaybı ve mülkiyetten feragat unsurları aranır²⁸. Terk edilen taşınır ise sahipsiz eşya haline gelir²⁹. Mülkiyetten feragat ise bir irade beyanıdır. Böyle bir iradenin söz konusu olabilmesi için, öncelikle malikin terk edilebilecek bir malın varlığına inanıyor olması gerekir. Konumuz açısından ise böyle bir durum söz konusu değildir. Malik, malın artık mevcut olmadığına inanmaktadır.

Bir diğer açıdan ele alınacak olursa terk, bir hukukî işlem olduğu için, hukukî işlemlerin tâbi olduğu fiil ehliyeti yokluğu ve irade bozukluğu gibi hükümler terkte de uygulanır. Dolayısıyla mesela fiil ehliyeti bulunmayan bir kimsenin yapmış olduğu terk işlemi sadece zilyetliğin kaybına sebep olur. Mülkiyet hakkı ise devam eder³⁰. Terk işleminin bir irade bozukluğuna dayanması halinde de mülkiyet esasen ortadan kalkmamış demektir. Buradan hareketle, eğer malikin taşınırın değerini kabul etmesine yönelik iradesi mülkiyet hakkından feragat (taşınırın terki) olarak kabul edilse bile, aslında taşınır üzerinde bir daha fiili hâkimiyet kuramayacağına dair yanlışlığa düştüğü (belki de aldatıldığı) için ortada bir irade bozukluğu olduğu söylenebilir. O halde mülkiyet hakkı yine malikin üzerinde devam etmektedir.

Görüldüğü üzere çalışmamızın konusu bakımından taşınır mülkiyeti, mutlak ve nispi sebeplerle sona ermemektedir. Mahkeme kararının mülkiyet hakkına etkisi ise aşağıda farklı durumlara göre ayrıca değerlendirilmiştir.

D. İstihkak Talebinin Devri

İstihkak talebinin devrinden kasıt, mülkiyet hakkının malikte kalmaya devam etmesine rağmen malın haksız zilyedin eline geçmiş olması halinde bunun iadesini isteme hakkının üçüncü bir kişiye devredilmiş olmasıdır. Bu durumda sadece istihkak talebini devralan üçüncü kişinin haksız zilyede teslim talebinde bulunması mümkün olur. Malik ise bu hakkından söz konusu üçüncü kişi lehine feragat etmiştir³¹. Öğretide böyle bir devrin geçerliliğine ilişkin geçmişte farklı görüşler³² öne sürülmüş olmakla beraber, günümüzde istihkak talebinin devredilemeyeceği görüşü ağırlıktadır³³. Biz de buna katılıyoruz³⁴.

İstihkak talebinin devri meselesinin çalışmamız açısından önemi ise şurada ortaya çıkmaktadır: Malikin; kaybedildiğine veya yok olduğuna inandırıldığı için aynen iadedden vazgeçerek değerini almasından sonra taşınırın tekrar ortaya çıkması halinde, eğer mülkiyet hakkı hâlâ davacı malikte kabul edilirse istihkak talep hakkının da ona ait olması gerekir. Çünkü istihkak talep hakkı devredilemez ve mülkiyet hakkıyla birlikte malikte kalmaya devam eder. Öte yandan, malik daha önce haksız zilyede taşınırın iadesi için bir dava açmış ve kazanmış olduğundan, ortada kesin hüküm söz konusudur³⁵. Bu sebeple malikin haksız zilyede yeni bir iade davası açması mümkün görünmemektedir. O halde malik, mülkiyet hakkından doğan istihkak talebini kullanamamakta ve (her ne kadar öğretide mümkün olmadığı kabul edilse de) davalı haksız zilyede devretmiş gibi görünmektedir. Öyle ki haksız zilyet, artık malike taşınırın değerini ödediği için ona karşı sorumluluktan kurtulmuş gibi tezahür etmekte ve üçüncü bir kişinin taşınırın haksız zilyedi haline gelmesi durumunda ona karşı (en azından pratikte) istihkak talebi öne sürebilir hale gelmektedir. Bu durumun, mülkiyet hakkının dinamikleriyle çatıştığı kanaatindeyiz.

III. TAŞINIRIN AYNEN İADE ALINAMAYACAĞININ HANGİ AŞAMADA ANLAŞILDIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İade Davası Devam Ederken Taşınırın Aynen İade Alınamayacağının Anlaşılması

Dava açılmış ve devam etmekteyken taşınırın kayıp veya yok olması durumunda, aynen iade üzerinden davaya devam etmenin bir anlamı kalmamış demektir. HMK m. 125/1-b’de dava açıldıktan sonra davalının, dava konusu şeyi üçüncü kişiye devretmesi durumunda davacının, davaya tazminat talepli olarak devam edebileceği düzenlenmiştir. Davalının taşınırı üçüncü kişiye devretmesinin yanı sıra, diğer sebeplerle kaybetmesi hallerinde de aynı yaklaşım sergilenmelidir. Taşınırın aynen iadesi yerine bedelinin talep

²⁷ Esener/Güven, s.589; Sirmen, s.706; Nomer/Ergüne, s.322.

²⁸ Nomer/Ergüne, s.322; Kılıçoğlu, s.468.

²⁹ Akıntürk/Akipek/Ateş, s.607; Esener/Güven, s.589; Eren, s.535; Nomer/Ergüne, s.322.

³⁰ Eren, s.535; Sirmen, s.706; Kılıçoğlu, s.467.

³¹ Akıncı, H., s.88 vd.

³² Görüşler hakkında bkz. Einsele-Wili, Felicitas: Die Vindikationszession, Juris Druck + Verlag, Zürich 1975, s.69; ayrıca bkz. Graham-Siegenthaler, Barbara: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654a ZGB, Bern 2022, Art. 641 ZGB, kn. 132.

³³ Alman Hukuku için bkz. Einsele-Wili, s. 48; Akıncı, H., s.88 vd. İsviçre Hukuku için bkz. Bkz. Einsele Wili, s. 102; Meier-Hayoz, Arthur: Berner Kommentar, Band IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654 ZGB, Bern 1981, Art. 641, kn. 73; BK- Graham-Siegenthaler, Art. 641 ZGB, kn. 120, 132; Arnet, Ruth: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich-Genf 2023 (Hrsg: Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), ZGB 641, s.14, kn. 33; Caspar von der Crone, Hans/ Hoffmann-Nowotny, Urs H.: Die Vindikationszession, SZW/RSDA 3/2006, s.243 vd; Akıncı, H., s.90. Türk Hukuku için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.322; Eren, s.42; Ertaş, s.219; Serozan, s.124, kn. 499; Antalya, s.506; Ergüne, s.69. Aksi görüş: Akipek /Akıntürk /Ateş, s.447. Devre izin verilmesinin doğuracağı sakıncalar hakkında bkz. Postacıoğlu, İlhan E.: "(Zilyedliğin) Teslimsiz Edinimi, İstihkak İddiasının Aktarılması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 48(1-4), 2011, s.405-413, s.410 vd; Akıncı, H., s.91.

³⁴ Ayrıntılı değerlendirmemiz için bkz. Akıncı, H., s.91.

³⁵ Ayrıntılı açıklamalar için aşağıda IV, A, 1.

edilmesi için usul ekonomisi gereği ayrıca bir dava açmaya ise gerek bulunmamaktadır . Bu durumda davalının, davanın değiştirildiği yönündeki itirazı dinlenmez . Öğretide bir görüş, davalının istihkak iddiasına karşı çıkmamakla birlikte taşınırın yerini bilmediğini söylemesi halinde de davacının aynen iade talebinden vazgeçerek tazminat isteyebileceğini belirtmektedir .

Tazminatın kapsamını belirlemek için, davalının iyiniyet durumu değerlendirilmelidir. Eğer haksız zilyet iyiniyetliyse, TMK m. 993 gereği sadece elinde kalanları iadeyle yükümlüdür. Malın yok olması halinde iyiniyetli haksız zilyedin sorumluluğu sona erer. Öte yandan, kendisine iade davası açılan haksız zilyedin hâlâ iyiniyetli sayılıp sayılamayacağı da ele alınmalıdır. Bu hususta Türk Hukuku'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide, sadece dava açılmasının haksız zilyedi kötüniyetli hale getirmeyeceği, meselenin çözümünün hâkimin takdir yetkisine bırakılması gerektiği belirtilmektedir . Yargıtay da zilyede dava açılmasının tek başına iyiniyeti kötüniyete çevirmeyeceğini kabul etmektedir . Alman Medenî Kanunu'nda buna ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre zilyet, derdestliğin başladığı andan itibaren malın tahrip ya da yok edilmesi veya başka bir sebepten ötürü iade edilmemesi hallerinde mala verilen zararlardan ötürü malike karşı sorumlu tutulur (BGB §989) . İsviçre Hukuku'nda da Türk Hukuku'yla paralel olarak bu hususta bir düzenleme bulunmamakla birlikte öğretide bir görüş, BGB §989'un örnek alınarak ağırlaştırılmış iyiniyet sorumluluğunun uygulanabileceğini öne sürmektedir. Türk Hukuku'nda da böyle bir çözümün uygulanabileceği kanaatindeyiz . Kendisine dava açılmış olan zilyet, gerçek hak sahibinin kendisi olduğuna inanmakta olsa bile malı korumalı ve onun ürünlerini toplamalıdır. Çünkü davayı kaybetme ihtimali her zaman mevcuttur ve davalının bunu göz önünde bulundurarak hareket etmesi gerekir. Buna rağmen malı korumayan ve onun tahrip ya da yok olmasına sebep olan zilyet, üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş demektir .

İade davasının sonucunda kötüniyetli olduğunun anlaşılması halinde haksız zilyet, TMK m. 995 gereği taşınırı haksız alıkoymuş olması sebebiyle malike verdiği zararlar ve elde ettiği veya etmeyi ihmal eylediği ürünler için tazminatla yükümlü olur. Hükümde bizzat malın iadesine ilişkin doğrudan bir ifade bulunmamaktadır. Malı iade yükümlülüğü, “geri vermekle yükümlü olduğu şeyi” ifadesinden dolayı olarak çıkarılmaktadır . İadeyle yükümlü olunan taşınırın kaybedilmesi, saklanması veya yok edilmesi gibi durumlarda üstlenilmesi gereken sorumluluk için kanunun lafzı yetersiz kalmaktadır. Öğretide, kötüniyetli zilyedin malı elinden çıkarması halinde TMK m. 995 gereği üstlenilen tazminat sorumluluğuna malın değerinin de dâhil edilmesi gerektiği belirtilmektedir . Dolayısıyla, iade davası sürerken taşınırın aynen iade alınamayacağının ve davalının da kötüniyetli haksız zilyet olduğunun anlaşılması halinde, taşınırın değeri tespit edilerek tazminat bedeli olarak davalıdan tahsil edilebilir .

O halde davalı zilyet ister baştan itibaren kötüniyetli ister açılan dava sebebiyle ağırlaştırılmış iyiniyet sorumluluğuna tâbi olsun, taşınırı iade edememesi halinde haksız zilyetlikte iade hükümleri kapsamında taşınırın değerini tazminle yükümlü olur .

B. Bulunamayan Taşınırın İİK m. 24/4 Hükümüne Göre Değerinin Haczedilmesi

Hâkim taşınırın davacıya teslim edilmesine karar vermişse, kararın yazılı olduğu ilam icra takibine konu edilir ve taşınır icra yoluyla geri alınır (İİK m. 24)³⁶. Eğer borçlu icra emrini yerine getirmez veya eksik bırakırsa, İİK m. 24/3'e göre ilama konu taşınır veya misli yedinde bulunursa elinden zorla alınıp alacaklıya verilir. Bulunmaması halinde ise borçlu artık aynen ifaya zorlanamaz³⁷. Bu durumda dördüncü fıkraya göre borçludan, malın ilamda yazılan değerinin alınması gerekir³⁸. Diğer bir deyişle haksız zilyedin malı iade yükümlülüğü ortadan kalkmış ve haciz yoluyla tahsil edilecek olan bir para borcuna dönüşmüştür³⁹. Belirtmek gerekir ki takibe bedel üzerinden devam edilmesi için, borçlunun aynen ifadan imtina etmesi yeterli sayılmaz. Cebri icra kapsamında zor kullanma da dâhil gerekli işlemler yerine getirilmiş olmalıdır. Buna rağmen aynen ifanın gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa, takibe bedel üzerinden devam edilir. İcra dairesinin gerekli işlemleri gerçekleştirilmeden doğrudan kıymet takdiri yoluna gitmesi şikâyet sebebidir⁴⁰.

Eğer taşınırın değeri ilamda yazılmışsa, borçlunun icra takibi kapsamında bu değeri ödemesi

³⁶ Kılıçoğlu, s.222.

³⁷ Borçluda bulunamayan taşınırın üçüncü kişiye devredilmiş olduğunun anlaşılması halinde, cüzi halef olması sebebiyle üçüncü kişiye karşı ilamlı icraya devam edilebilir. Bu hususta Yargıtay da “...takip borçlusu ilamda taraf olmasa dahi, taşınmaz adı geçen tarafından satın alındığına göre, onun hakkında da kesinleşmiş ilamın infazı istenebilir” ifadesine yer vermiştir. Bkz. Y. 12. HD., E. 2006/18507, K. 2006/21673, T. 23.5.2006 (Yargıtay Karar Arama). Öte yandan, devreden emin sıfatıyla zilyet ve devralan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığının da göz önünde bulundurulması gerektiği unutulmamalıdır.

³⁸ Alacaklının, bedel talebi için ayrıca dava açması gerekmez, hatta açması halinde dava hukukî menfaat yokluğu sebebiyle reddedilmelidir. Bkz. Erim, s.107.

³⁹ Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.959 vd; Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s.508; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 11. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s.327; Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.444 vd; Görgün, Şanal/ Börü, Levent/ Kodakoğlu, Mehmet: İcra ve İflâs Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.416; Akıncı, H., s.202 vd.

⁴⁰ Yardımcı, Taner Emre/ Kuş, Bahadır: “Taşınırın Teslimine Dair İlamlı İcra Aynen İfanın Gerçekleşmemesi”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(2), 2024, ss. 127-146, s.135.

gerekir⁴¹. İlamda yazılı bulunması gereken değer, harca esas olan miktar değil; davalının taşınırı teslim etmemesi ihtimali göz önünde bulundurularak hesaplanan taşınırın kendi değeridir⁴². Diğer bir deyişle hâkim, malın aynen iadesine ve bu mümkün olmazsa şu kadar Türk lirası değerine şeklinde terditli karar vermelidir. Aksi halde ilamda malın değerinin yazdığından söz edilemez⁴³.

Taşınırın değerinin ilamda yazılı olmaması halinde iki ihtimalle karşılaşılır. Eğer alacaklı ve borçlu taşınırın değeri üzerinde anlaşılırsa borçlu, bu miktarı ödeyerek borcundan kurtulur. Tarafların anlaşamaması halinde ise ikinci ihtimal söz konusu olur. Bu durumda İİK m. 24/4'ün son cümlesine göre taşınırın değeri icra müdürü tarafından takdir olunur. İcra müdürü, değeri belirlerken taşınırın haciz tarihindeki rayiç değerini esas alır. Taşınırın değerinin borsa veya ticaret odalarından sorularak belirlenmesi, bunların bulunmadığı yerlerde ise icra müdürünün seçeceği bir bilirkişiye başvurulması gerekir (İİK m. 24/5)⁴⁴.

IV. AYNEN İADE ALINAMAYACAĞI ANLAŞILDIĞI İÇİN DEĞERİ TAHSİL EDİLEN TAŞINIRIN TEKRAR ORTAYA ÇIKMASI

A. Taşınırın Hâlâ Haksız Zilyedin Elinde Olması

1. Yeniden Dava veya İcra Takibi Açmanın Mümkün Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

Taşınırın hâlâ haksız zilyette olduğunun ortaya çıkması halinde malik yeni bir iade davası açmak isterse, dava şartlarının düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesi devreye girmektedir. Bir davanın açılabilmesi için, bu maddenin *i* bendine göre aynı davanın daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması gerekir⁴⁵. Diğer bir deyişle, bir taşınırın iadesi için taraflar arasında daha önce dava görülmüş ve kesinleşmişse, davacının o davalıya aynı taşınır için yeni bir iade davası daha açması mümkün değildir.

Eğer iade davası devam ederken taşınırın iade alınamayacağı anlaşılmış ve bu yüzden taşınırın değerinin tazminat bedeline eklenmesine karar verilmişse, iade davası tazminat davasına dönüşmüş demektir. Diğer bir deyişle kesin hüküm, tazminat üzerine verilmiştir. Bu durumda aynen iade için yeni bir dava daha açmak isteyen davacının kesin hüküm şartına takılıp takılmayacağı sorusu akla gelebilir. Kesin hükmün sınırlarıyla ilgili farklı görüşler bulunmakla birlikte, böyle bir ihtimalde de yeni bir dava daha açmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bizim de katıldığımız bir görüş⁴⁶, aynen tazmin talebi reddedilen davacının daha sonra bir de nakden tazmin için dava açmasının kesin hüküm sebebiyle mümkün olmadığını belirtmektedir⁴⁷. Çünkü her ne kadar iki davada öne sürülen talepler birbirinden tamamen farklı görüne bile temelde aynı zararın farklı yollardan giderilmesine yönelik bir uyuşmazlık söz konusudur. Buradan hareketle, taşınırın aynen iadesi mümkün bulunmadığı için davanın tazminat talebine dönüşmesi halinde de uyuşmazlık, aslında taşınırın teslim edilmemesinden doğduğu için kesin hüküm devreye girer. O halde tazminat davasının ardından aynen iade için yeni bir dava daha açmak mümkün değildir.

Bir diğer meseleyse aynı ilama dayanarak yeni bir icra takibi açılmasına ilişkindir. Belirtmek gerekir ki taşınır teslimi gibi para ve teminat alacağının dışında kalan alacaklarda başvurabilen takip türü sadece ilamlı icradır⁴⁸. Alacaklı, böyle bir alacağı için tekrar icra takibi başlatmak isterse, ilam zaten daha önceki

⁴¹ Kuru, s.961; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.508; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.327; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.445; Görgün/ Börü/Kodakoğlu, s.416; Erim, s.107.

⁴² Kuru, s.961, dn. 11; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.508; Yardımcı/Kuş, s.136 vd; Erim, s.107 vd.

⁴³ Kuru, s.961; Erim, s.108.

⁴⁴ Kuru, s.961 vd; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.508; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.327; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.445; Görgün/ Börü/Kodakoğlu, s.416; Yardımcı/Kuş, s.135; Erim, s.111,112 vd.

⁴⁵ Pekcanitez, Hakan: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.949; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medenî Usul Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s.337; Görgün, Şanal L/ Börü, Levent/ Kodakoğlu, Mehmet: Medenî Usûl Hukuku, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s.220; Tanrıver, s.680; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.218.

⁴⁶ Bloomeyer, Arwed: “Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(3), 1968 (Çeviren: İrfan Yazman), s.231. Aynı yönde bkz. Ercan Özler, Meltem, Medenî Usûl Hukuku’nda Dava Konusu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.420 vd; İyilikli, Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.380; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul (2022), s.743; ayrıca bkz. Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s.128 vd. Öğretide, kesin hükmün yeni açılacak olan davaya engel teşkil edip etmeyeceğinin tespiti için, iki davanın konusunun özdeş olup olmadığına bakılması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla, ilk davanın sonucu, ikinci davada öne sürülen taleple karşılaştırılır. Bkz. Meriç, Nedim, “Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları”, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 7(2), 2007, s.394. Bir başka ifadeyle, ikinci davanın talep sonucu, ilk davanın kesin hüküm otoritesini ortadan kaldıracak veya etkisini değiştirecekse dava konularının özdeş olduğu kabul edilir. İyilikli, s.377. Kesin hüküm hakkında daha fazla bilgi için bkz. Görgün/Börü/Kodakoğlu, Usul, s. 606 vd; Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, Medenî Usul Hukuku, 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024, s.338 vd.

⁴⁷ Öğretide bir görüş, malın iadesi için açılan dava reddedilip kesinleştikten sonra bir de tazminat davası açılması halinde, iki davanın konusunun farklı olması sebebiyle kesin hükümden söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Atalı, Murat: Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku, Cilt III, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.2068. Ayrıca bkz. Atalı, Pekcanitez Usul, s.2061 vd.

⁴⁸ İlama dayanarak ilamsız takip yapılmasının kamu düzenine aykırılık teşkil edip süresiz şikâyet sebebi olduğu hakkında bkz. Muşul, Timuçin: İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.358.

icra takibinde icra dairesine verilmiş olduğu için yeni bir icra takibi teknik olarak mümkün olmamalıdır⁴⁹. Aksi halde borçlu, icra mahkemesine şikâyet yoluna başvurarak icra emrinin iptalini isteyebilir⁵⁰. Yargıtay da bir içtihadı birleştirme kararında, “İcra ve İflas Kanunu sistemimizde alacaklı tarafından aynı borçlu aleyhine, aynı alacaktan dolayı tek takip yapılmasının asıl olduğu” ifadesine yer vermiştir⁵¹. Aynı anda iki farklı icra takibinin açılması dahi mümkün değilken, bir takibin sonuçlandırılması halinde aynı ilama dayanarak yeni bir takip açılması evleviyetle mümkün olmamalıdır. Hatta aynı ilama dayalı olarak mükerrer takip yapılması, kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği için süresiz şikâyet sebebi olarak gösterilmektedir⁵². Dolayısıyla malik, İİK m.24/4 gereği bedelini tahsil ettikten sonra taşınırın hâlâ borçluda olduğu ortaya çıkarsa, aynen iade için yeni bir icra takibi başlatılamaz.

2. İrade Sakatlığı Sebebiyle İptal Yolunun Değerlendirilmesi

a. Dava Sırasında Gerçekleşen İrade Sakatlığı

Haksız zilyedin, taşınırın kayıp veya yok olduğunu bildirmesi fakat taşınırın aslında hâlâ mevcut ve bulunabilir durumda olması halinde malikin, hataya düştüğü veya haksız zilyet tarafından aldatıldığı düşüncesi akla gelebilir. Hemen belirtmek gerekir ki söz konusu hata ve hile müesseseleri maddî hukuka ilişkindir ve hukukî işlemler bakımından söz konusu olur. Çalışmamızı ilgilendiren anlamdaki hata veya hile durumları ise dava açıldıktan sonra gerçekleşmektedir. Dolayısıyla artık hukukî işlem değil, usul işlemleri gerçekleştirilmektedir. Davanın açılmasından hükmün kesinleşmesine kadar tarafların, yargılamanın ilerlemesi için aralarında ya da mahkemeye yaptıkları işlemler, taraf usul işlemleridir⁵³. Dolayısıyla mesela davacının, taşınırın artık davalıda bulunmadığını anlaması sebebiyle davaya tazminat talepli olarak devam etmediğini belirtmesi de bir taraf usul işlemidir.

Taraf usul işlemlerinin irade sakatlığı sebebiyle iptalinin istenemeyeceği belirtilmektedir. Dolayısıyla, bir usul işleminin hata, hile, ikrah gibi bir sebeple iptal edilerek düzeltilmesi mümkün değildir. Usul işlemlerinin düzeltilmesi, kanun yoluyla söz konusu olur⁵⁴. Ayrıca, malikin, taşınırın hâlâ haksız zilyette olduğunu öğrenmesi, bedeli tahsil ettikten yani dava karara bağlandıktan sonra ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla malik, dava sırasında hataya düştüğünü öne sürerek tekrar malın iadesini talep edemez. Hile ihtimali ise aşağıda yargılamanın iadesi yolunun değerlendirilmesi başlığı altında değerlendirilmiştir.

b. İcra Takibi Sırasında Gerçekleşen İrade Sakatlığı

Taşınırın aynen iadesi yerine değerinin ödenmesine icra aşamasında karar verilmesi halinde icra takip işleminden söz edilir. İcra takip işlemleri, “icra dairesi tarafından borçluya karşı yapılan ve gayesi takibi ilerletip, alacaklıyı borçlunun malvarlığından alacağına kavuşturmayı amaçlayan ödeme emri, haciz, ihale gibi işlemlerdir”⁵⁵. Hukukî işlemlerden farklı olarak icra takip işlemlerinin, icra hukukunda düzenlenmiş olması sebebiyle etkileri de icra hukuku kapsamında doğar⁵⁶. İcra dairelerinin yaptığı işlemler icra işlemleri⁵⁷; alacaklı ve borçlunun yaptıkları işlemler ise taraf işlemleri olarak adlandırılır⁵⁸.

Yukarıda⁵⁹ bahsettiğimiz üzere, taşınırın aynen iade alınamayacağına ve değerinin tahsil edilmesine karar verilebilmesi için, borçlunun aynen ifadan kaçınması yeterli sayılmaz. Cebri icra kapsamında mümkün olan tüm yolların denenmiş olması gerekir. Dolayısıyla alacaklının, taşınırın artık aynen iade alınamayacağına yönelik oluşan kanaati icra memurundan edindiği bilgiye dayanmaktadır. Çünkü taşınırın bulunamadığı ve aynen iadesinin artık mümkün olmadığı yönündeki hatalı sonuca ulaşan, alacaklıdan önce bizzat icra memurudur.

İsviçre Hukuku’ndaki bir görüşe göre icra memurunun hata, hile, ikrah, rüşvet gibi irade sakatlığının olduğu hallerde meselenin özel hukuk kurallarına göre çözümlenmesi gerekir. Diğer bir deyişle, Türk Borçlar Kanunu’nun 30 ve devamı maddelerine tekabül eden irade sakatlığı hükümleri, icra takibine de uygulanmalıdır⁶⁰. Öte yandan Türk Hukuku’nda özel hukuktaki irade sakatlığı sebebiyle iptal edilebilirlik tek taraflı irade beyanıyla kullanılan bir müesseseyken; anayasa ve idare hukuku alanlarında iptal, dava yoluyla kullanılmaktadır. İcra hukukunda da hata, hile, ikrah hallerinde icra takip işlemi şikâyet veya dava

⁴⁹ İlamlı icranın iki defa takibe konu edilemeyeceği hakkında bkz. Akyel Kasırga, N. Şeyma, İcra Takibinde Derdestlik, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020, s.47 vd. Genel olarak icra takibine konu edilen alacak için yeni bir icra takibi açılmayacağı hakkında bkz. Kuru, s.205; Arslan/Yılmaz/Taşpınar/Ayvaz (2017), s.143; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.96; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.119. Alacaklının, yetkisiz icra dairesindeki dosyayı olduğu gibi bırakıp, yetkili dairede yeni icra takibi yapması halinde borçlunun derdestlik itirazında bulunabileceği hakkında bkz. Kuru, s.183.

⁵⁰ Kılınç, s.118 vd.

⁵¹ YİBK E. 2021/2, K. 2023/1, T. 20.1.2023 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵² Muşul, s.306; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.96.

⁵³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul, s.174; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 12. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s.125 vd; Tanrıver, s.468.

⁵⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul, s.178; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.127; Tanrıver, s.470.

⁵⁵ Muşul, s.69. Benzer tanım için bkz. Arslan, Aziz Serkan: İcra Takip İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.27.

⁵⁶ Arslan, s.32.

⁵⁷ Muşul, s.61.

⁵⁸ Muşul, s.70.

⁵⁹ III, B.

⁶⁰ Bu görüş, icra memurunun işlemlerindeki irade sakatlıklarına yönelik kanunda özel düzenleme bulunmaması sebebiyle özel hukuk kurallarının kamu hukukunda uygulanabileceğini öne süren Alman İmparatorluk Mahkemesi kararına dayanmaktadır. Bkz. Arslan, s.246.

yoluyla iptal edilebilir⁶¹.

O halde eğer icra dairesi taşınırın aynen iade alınmasının mümkün olmadığına ve değerinin tahsil edilmesi gerektiğine kendiliğinden karar vermişse, daha sonra taşınırın hâlâ borçluda olduğunu ve hatalı karar verdiğini fark etmesi üzerine kararından kendiliğinden veya alacaklının talebi üzerine dönemez. Kanun koyucu, icra müdürlüğünün hatalı işlemleri için şikâyet yolunu öngörmüştür. İcra müdürlüğünün hatalı kararının değiştirilmesi veya iptali, şikâyet üzerine icra mahkemesi tarafından gerçekleştirilebilir⁶².

İcra mahkemesine şikâyet; süreli ve süresiz olmak üzere iki şekilde yapılabilir. İİK m. 16/1'e göre işlemin kanuna uygun olmamasından veya hadiseye uygun bulunmamasından doğan şikâyet hakkının yedi gün içinde kullanılması gerekir⁶³. İİK m. 16/2 hükmü ise süresiz şikâyet yolunu düzenlemektedir. İİK m. 16/2'deki "her zaman" ifadesi sonsuza dek anlamı taşımayıp, icra takibi sona erene kadar anlamına gelmektedir⁶⁴. Ayrıca aslolan şikâyetin süreye bağlı yapılması olup, süresiz şikâyet halleri istisnadır⁶⁵. Dolayısıyla eğer taşınırın bulunamaması sebebiyle değeri tahsil edilmiş ve icra takibi sona ermişse, icra müdürlüğünün işleminin hatalı olduğu gerekçesiyle şikâyet yoluna gidilmesi mümkün görünmemektedir. İcra müdürlüğünün böylesi bir hatalı işleminin iptal edilmesinin tek yolu, icra müdürlüğü taşınır değerinin tahsil edilmesine yönelik kararını tebliğ ettikten sonra alacaklının, süresi içinde şikâyet hakkını kullanması ve taşınırın hâlâ aynen iade alınabileceğini öne sürmesi olabilir.

3. Yargılamanın İadesi Yolunun Değerlendirilmesi

Mahkemenin verdiği hüküm kesinleştikten sonra, taraflar arasındaki uyuşmazlık kalıcı olarak çözülmemiş sayılır ve tekrar hâkim önüne getirilemez. Öte yandan bazı hallerde hüküm kesinleştikten sonra yargılamanın iadesi yoluyla davanın yeniden görülmesi mümkündür. Hangi hallerde yargılamanın iadesi yoluna gidilebileceği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375'inci maddesinde düzenlenmiştir. HMK m. 375/1-h'ye göre, lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması yargılamanın iadesi sebeplerinden biridir⁶⁶.

Hileli bir davranış sebebiyle yargılamanın iadesi yoluna gidebilmek için, hilenin karara etki etmiş olması gerekir. Burada borçlar hukukundaki irade sakatlığı hallerinden biri olan hileden daha geniş anlamda bir hileden söz edilmektedir⁶⁷. Hangi söz ve davranışların yargılamanın iadesini gerektirecek bir hile sayılacağına takdiri hâkime ait olup; hükme etki etmişse olumlu bir davranış veya çekinme ve susma gibi olumsuz bir davranış da hile kapsamında değerlendirilebilir. Mesela bilirkişi ve tanıkları etkileyerek, onların yanlış bir beyanda bulunmasına sebep olmak hile sayılabilir. Gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden işlem ve fiiller de usul hukuku anlamında hile olarak değerlendirilir. Yalan beyanda bulunarak hâkimi hataya düşürmek de bir usul hilesidir⁶⁸.

Kanun hükmünde "lehine karar verilen tarafın" hileli davranışından söz edilmektedir. Davalar genellikle lehine karar verilen tarafın memnun; diğer tarafın ise memnuniyetsiz ayrılmasıyla sonuçlandığından, bu ifadede bir kusur görünmemektedir. Öte yandan, lehine karar verilen tarafın sadece teknik anlamda davayı kazanan taraf olarak değil de daha geniş anlamda değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Tam da çalışmamızın konusunu oluşturan durum buna güzel bir örnek teşkil etmektedir. Davalı, davayı kaybetmeyi de göze alarak değerini ödediği taşınıra malik olmak istemektedir. Mesela davalı, açık artırmadan alacak olsa muhtemelen kat kat fazla ödeme yapacağı bir sanat eserini bir şekilde ele geçirmiş ve saklamış, daha sonra mahkeme tarafından belirlenen bir miktar bedeli ödeyerek gerçek malikinin mirasçılardan birine bıraktığı manevî değeri olan bir mala, başka bir mirasçı haksız yere zilyet olmuş ve mahkemenin belirlediği değeri davacıya ödeyerek malı kendisine saklamış olabilir. Bu gibi durumlarda davacının taşınırın değerine razı olmasının tek sebebi, taşınırın artık aynen iade alınamayacağına ikna olmasıdır. Davalı ise taşınırın kendisinde kalacağını bildiği için hileli söz ve davranışlarıyla bu kanaatin oluşmasına sebep olmuş ve belirlenen taşınır değerini muhtemelen memnuniyetle ödemiştir. O halde mahkeme gerçekten kimin lehine karar vermiştir? Davayı teknik anlamda davacı kazanmış gibi görünse de memnun ayrılan taraf şüphesiz ki davalıdır. Bu sebeple, "lehine karar verilen tarafın" hileli davranışı ifadesinin daha geniş değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Davayı kaybetmiş gibi görünen tarafın aslında memnun ayrılan taraf olduğu bu tür durumlarda, kanunun lafzına takılı kalmamak ve diğer tarafın yargılamanın iadesi yoluna başvurusunu mümkün kabul etmek gerekir. Somut olaya göre bunu değerlendirecek olan ise yargılamanın iadesi talebini inceleyen mahkemedir.

⁶¹ Arslan, s.246 vd.

⁶² Muşul, s.74 vd; Arslan, s.248.

⁶³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.90 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.54 vd; Görgün/Börü/ Kodakoğlu, s.64 vd.

⁶⁴ Muşul, s.289; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.96; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.67.

⁶⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.97.

⁶⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul, s.710; Özekes, Muhammet: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.2323 vd; Tanrıver, Süha: Medenî Usul Hukuku, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.142 vd; Görgün/Börü/ Kodakoğlu, Usul, s.677, 682; aleyhine hüküm verilen tarafın haleflerinin de başvurabileceği hakkında bkz. Budak/Karaaslan, s.472.

⁶⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul, s. 710; Tanrıver, Cilt II, s.166 vd.

⁶⁸ Tanrıver, Cilt II, s.166 vd.

B. Taşınırın Üçüncü Kişinin Elinde Olması

1. Haksız Zilyedin Taşınır İyiniyetli Üçüncü Kişiye Devretmesi

Haksız zilyedin taşınır iyiniyetli üçüncü kişiye devretmesi farklı ihtimallere göre gerçekleşebilir. Birinci ihtimal, devreden haksız zilyedin taşınırına emin sıfatıyla zilyet olmasıdır. Mesela malikin taşınırını ödünç vermesi veya kiralamasında durum böyledir. Üçüncü kişiye devredeninin emin sıfatıyla zilyet olması ihtimali TMK m. 988'de düzenlenmiştir. Buna göre “bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur”. Görüldüğü üzere emin sıfatıyla zilyedin taşınırını üçüncü kişiye devretmesi halinde malikin mülkiyet hakkı sona ermekte ve üçüncü kişi mülkiyeti derhal kazanmaktadır. Kanun hükmünün böyle bir çözüm yolunu benimsemesinin mantıklı bir sebebi bulunmaktadır. Malik, belki de özensiz davranarak mülkiyet hakkını korumayacak birine zilyetliği kendi rızasıyla devretmiş ve üçüncü kişinin mülkiyeti devre yetkili olmayan birinden taşınır devralmasına dolaylı yoldan kendisi sebep olmuştur. O halde durumdan tamamen habersiz olan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması gerekir⁶⁹.

İkinci ihtimal, malikin zilyetliği iradesi dışında kaybetmesidir. Haksız zilyedin taşınırını açık artırma, pazar yeri ve buna benzer eşya satan yerlerde iyiniyetli üçüncü kişiye satılmış olması halinde malik, TMK m. 989/II gereği ancak bedelini ödemek suretiyle taşınırını geri alabilir. Malik, iyiniyetli kazanana böyle bir taleple dava açacak olursa kazanan, kendisine m. 989/II gereği ödeme yapılmasını def'i yoluyla isteyebilir. Ödeme talep etmeden taşınırı iade eden kazanan, bu hakkından vazgeçmiş sayılır⁷⁰. İyiniyetli kazananın da taşınırını bir başkasına devretmesi halinde iade ve tazmin yükümlülüğü bulunmamaktadır⁷¹. Öte yandan, iyiniyetli kazananın taşınırını kendisine TMK m. 989/II gereği dava açıldıktan sonra başkasına devretmesi halinde, yukarıda bahsettiğimiz ağırlaştırılmış iyiniyet sorumluluğuna tâbi tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Bedelini ödemek suretiyle taşınırını geri alan malik ise bu sebeple uğramış olduğu zararı haksız zilyetten tazmin etmelidir.

Emin sıfatı taşımayan haksız zilyedin taşınırını açık artırma, pazar yeri ve benzeri yerlerde satmasının dışında kalan hallerde ise devir işlemi geçersizdir. Burada devralanın iyiniyetli olup olmaması, sadece süre bakımından önem arz etmektedir. Eğer devralan üçüncü kişi iyiniyetliyse, TMK m. 989/I gereği mülkiyeti ancak devirden itibaren beş yıl geçtikten sonra taşınır davası hak düşürücü süreye uğrayacağı için veya TMK m. 777 gereği zamanaşımı yoluyla kazanır⁷². Kötüniyet halinde ise taşınır davasının hak düşürücü süreye uğraması ve zamanaşımıyla kazanım söz konusu değildir⁷³.

Malik, İİK m. 24/4'e göre değerini tahsil ettikten sonra taşınırın aslında iyiniyetli üçüncü kişi tarafından devralındığı ortaya çıkarsa, malik üçüncü kişiye iade davası açabilir mi? Öncelikle belirtmek gerekir ki malik, taşınırı iade almak için ilk baştaki haksız zilyede değil de üçüncü kişiye dava açacağından, ilk açtığı iade davasına göre davanın tarafları farklıdır. Bu sebeple, bir dava şartı olan kesin hüküm burada öne sürülemez⁷⁴. Dolayısıyla yukarıda bahsedilen ihtimallere göre hareket edilmelidir.

İlk ihtimale göre, devredeninin emin sıfatıyla zilyet olması halinde devralan iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımı korunur. Bu durumda malik, ilamda yazan veya icra müdürü tarafından belirlenen bedeli tahsil ile yetinmek zorundadır.

Malikin taşınır zilyetliğini iradesi dışında kaybettiği ihtimalde ise haksız zilyedin, taşınırını açık artırma ve pazar yeri gibi yerlerde devretmiş olup olmadığına bakılır. Eğer böyle bir durum söz konusuysa malikin, TMK m. 989/II gereği bedelini ödemek suretiyle taşınırını geri alabileceği kabul edilmelidir. Öte yandan ödemiş olduğu bedeli artık haksız zilyetten isteyemez. Çünkü malik, zaten haksız zilyede açmış olduğu davada veya daha sonra icra aşamasında taşınırın değerini haksız zilyetten tahsil etmiştir. Burada olsa olsa satış bedelleri arasındaki fark sebebiyle ortaya çıkan zararın talep edilmesi düşünülebilir. Mesela iade davasının ilamında yazan veya icra müdürü tarafından belirlenen yağlı boya tablonun bedeli ₺100.000; iyiniyetli üçüncü kişinin açık artırmada ödediği bedel ise ₺150.000 olsun. Malik, yağlı boya tabloyu iade alabilmek için ₺150.000 ödemek zorunda kalacağından, haksız zilyetten haciz yoluyla tahsil ettiği miktara göre ₺50.000 zarara girmiş demektir. O halde aradaki miktarın haksız zilyetten tazmin edilebileceği kabul edilmelidir.

Malikin, taşınır zilyetliğini iradesi dışında kaybettiği diğer durumlarda ise taşınır davası için iyiniyetli haksız zilyede karşı beş yıllık hak düşürücü süre ve iyiniyetli haksız zilyet için beş yıllık kazandırıcı zamanaşımı süresi bulunduğundan, süre geçmişse malik mülkiyet hakkını kaybetmiş demektir. Bu durumda malikin, haksız zilyetten tahsil ettiği taşınır bedeliyle yetinmesi gerekir. Sürenin dolmaması halinde iyiniyetli kazanana açılan iade davasında ise mesele biraz karmaşık hale gelmektedir. Öncelikle davalı, iade yükümlüsü olduğu için taşınırı malike iade etmelidir. Bu durumda kazananın, uğradığı zararı tazmin etmek için taşınırı kendisine devreden kişiye dava açması gerekir. Öte yandan bu davanın davalısı, malikin ilk iade

⁶⁹ Ünal/Başpınar, s.234 vd; Hatemi, Hüseyin: Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.82.

⁷⁰ Kendisinden iade istenen veya taşınırı kamu gücüyle alınmaya çalışılan iyiniyetli kazanan, alacağı ödenene kadar hapis hakkını kullanabilir veya bu hakkını ayrı bir dava konusu yapabilir. Bkz. Ünal/Başpınar, s.242; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.117, dn. 225, s.118.

⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.117, dn. 224; Ünal/Başpınar, s.241 vd.

⁷² Türk Medenî Kanunu'nun 777'nci maddesine göre “başkasının taşınır bir malını davasız ve aralıksız beş yıl iyiniyetle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimse, zamanaşımı yoluyla o taşınırın maliki olur”.

⁷³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.113; Ünal/Başpınar, s.242 vd; Hatemi, s.82.

⁷⁴ Taraf kavramına davanın cüzi ve külli halefleri de dâhildir. Bkz. İyilikli, s.406, 408; Budak/Karaaslan, s.345 vd; Görgün/Börü/Kodakoglu, Usul, s.608; Atalı, Cilt III, s.2064. Dolayısıyla, bunlar açısından kesin hüküm devam eder.

davasını açtığı haksız zilyet olduğundan taşınırın değerini zaten malike ödemiştir. Bu durumda malik, hem haksız zilyetten taşınırın değerini tahsil etmekte hem de iyiniyetle kazanan üçüncü kişiden taşınırı aynen iade almaktadır. Dolayısıyla malik açısından bir sebepsiz zenginleşme söz konusudur. Kanaatimizce iyiniyetle kazanan üçüncü kişinin ilk haksız zilyede açtığı tazminat davasında davalının, tazminatı ödeyip de malike sebepsiz zenginleşme davası açması yerine; malikin iyiniyetle kazanana açtığı davanın ilk haksız zilyede ihbar edilmesi gerekir.

2. Haksız Zilyedin Taşınırı Kötüniyetli Üçüncü Kişiye Devretmesi

Görünürde bir satış sözleşmesi yapılmış ve taşınırın mülkiyeti alıcıya devredilmiş olmakla beraber tarafların asıl iradesi buna yönelik değilse, muvazaanın varlığından söz edilir (TBK m. 19)⁷⁵. Haksız zilyedin, taşınırı malikin geri alacağından endişe ederek üçüncü kişiye devretmiş gibi göstermesi halinde de işlem muvazaalıdır.

Devredenin emin sıfatıyla zilyet ve devralan üçüncü kişinin de iyiniyetli olması halinde mülkiyetin devralana geçeceğinden yukarıda bahsetmiştik. Malik, alıcının aslında iyiniyetli olmaması sebebiyle muvazaalı devir işleminin geçersiz olduğunu iade davası sırasında ileri sürebilir. Bunun, taşınırın aynen iade alınamayacak olması sebebiyle davanın tazminat talebine çevrilerek karara bağlanmasından önce gerçekleşmesi halinde sorun yoktur. Davaya aynen iade talebi üzerinden ve gerekirse iade talebi devralan kötüniyetli üçüncü kişiye yöneltilerek devam edilir. Dava sonuçlandıktan ve ilamlı icra takibi başladıktan sonra taşınırın üçüncü kişide olduğunun anlaşılması halinde de İİK m. 89'daki üçüncü şahıs elindeki malların haczi hükmü uygulanır. Buna karşın, taşınırın bulunamaması sebebiyle değeri haczedildikten ve icra dosyası kapatıldıktan sonra muvazaa öğrenilmişse ne olacağına ilişkin mevzuatta bir çözüm yolu görünmemektedir.

Kanaatimizce yukarıda bahsettiğimiz hile sebebiyle yargılamanın iadesi yolu burada da uygulanabilmelidir. Bununla beraber malik, ilamlı icra yoluyla taşınırın değerini tahsil etmiş olduğundan, haksız zenginleşen durumuna düşmemek için bu bedeli geri ödemesi gerekir. Yargılamanın iadesi talebinin kabulü halinde bu bedelin dosyaya depo edilmesinin uygun olduğu düşüncesindeyiz.

V. ÇÖZÜM YOLU ÖNERİSİ

Şu âna kadarki değerlendirmelerimize göre, taşınırın kayıp veya yok olduğu yönünde oluşan kanaatin başlıca iki sebepten kaynaklanabileceği görülmektedir. Bunlardan biri, haksız zilyedin hileli söz ve davranışlarıyla buna sebep olmasıdır. İkincisi ise haksız zilyedin taşınırı gerçekten kaybetmesi veya yok olduğuna yönelik yanlış kanaatin onda da oluşmasıdır.

Eğer haksız zilyet hileli söz ve davranışlarıyla malın aynen iade alınamayacağının zannedilmesine yol açmışsa, yukarıda daha ayrıntılı açıkladığımız üzere yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir. Böylece tazminat talebi yerine yine taşınırın aynen iadesi talep edilir. Öte yandan, malikin sebepsiz zenginleşmemesi için daha önce alınan taşınır değeri depo edilmelidir.

Haksız zilyedin kendisinin de hataya düşmesi halinde ise malik için yargılamanın yenilenmesi ihtimali mümkün görünmemektedir. Çünkü yargılamanın iadesi, ilgili kanun hükmünde hile için düzenlenmiş olup, hatayı ilgilendirmemektedir. Kesinleşen mahkeme kararının üzerine davanın tekrar açılması söz konusu olamaz. O halde meselenin açılan icra takibi kapsamında çözülmesinin mümkün olup olmadığına bakmak gerekir.

İlamlı icranın alacaklısı olan malik, taşınır aynen iade alınamadığı için bunun değerini tahsil ettiğinde icra dosyası borcun ödenmesi sebebiyle kapatılır. Kapanan icra dosyasının tekrar açılıp açılmayacağıyla ilgili görebildiğimiz kadarıyla öğretilde bir görüş veya İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenleme bulunmamaktadır. Bunun oldukça doğal ve anlaşılabilir bir sebebi vardır: Normal şartlarda alacaklının, alacağını tahsil ettikten sonra icra dosyasından bir beklentisi ve dosyanın tekrar açılması için bir neden kalmaz. Çalışmamızdaki gibi nadiren de olsa karşılaşılabilecek durumlarda ise icra müdürlüğünün, hukukî yararın varlığı sonucuna ulaşması halinde icra dosyasının tekrar açık hale getirilmesine bir engel bulunmadığı kanaatindeyiz. Bu hususta alınan karara karşı itirazların ise icra mahkemesine şikâyet yoluyla öne sürülmesi gerekir. Eğer icra takibi tekrar açık hale getirilirse, alacaklının daha önce tahsil etmiş olduğu taşınır değerini icra dosyasına depo etmesi şartıyla taşınırın aynen iadesi için icra takibine devam edilebilmelidir.

Kapanan dosyanın icra müdürlüğü tarafından tekrar açılması ve takibe aynen iade için devam edilmesi, mevcut durumda olsa olsa icra müdürlüklerinin kendi inisiyatifleriyle veya icra mahkemelerinin kararıyla gerçekleşebilir. Çünkü bu hususta mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu hususta İİK m. 24'e yeni bir fıkra eklenerek, aynen iadesinin mümkün olmadığı düşünüldüğü için değeri tahsil edilen taşınırın tekrar bulunması ihtimalinin de ele alınması gerekir. Bu durum, mülkiyet hakkının korunmasına verilen önem bakımından İcra ve İflâs Kanunu'nun da Anayasa, Türk Medenî Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi mevzuat ve sözleşmelerle daha uyumlu hale gelmesini sağlar. Şu anki durumda saydığımız tüm bu mevzuat ve sözleşmelerdeki hükümler, İİK m. 24/4 hükmünün uygulanmasına bağlı olarak anlamını yitirebilmektedir.

Belirtmek gerekir ki tavsiye ettiğimiz çözüm yolu, haksız zilyedin taşınırı bilerek sakladığı hallerde de yargılamanın iadesine göre daha pratik sonuçlar sağlayabilir. Öyle ki hile sebebiyle yargılamanın iadesi yoluna başvurmak, tarafları yeni bir davanın görülmesini beklemek gibi bir sonuca itecektir. Dava görülene kadar taşınırın tekrar saklanması veya devredilmesi ihtimaliye daha da artabilir. Bunun yerine meseleyi icra

⁷⁵ Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s.626 vd; Oğuzman/Öz, s.133; Antalya, s.345; Akıncı, Ş., s.142.

dosyası dâhilinde hızlıca sonuçlandırmak hem yargı yükünü azaltır hem de malikin hakkını daha çabuk elde etmesini sağlar. Ancak bu ihtimal, sadece “taşınırın aynen iadesine ve bulunamazsa şu kadar TL değerinin tahsiline” şeklinde verilen terditli kararlar için söz konusu olabilir. Aynen iadenin mümkün olmadığına dava sırasında kanaat getirilmiş ve dava tazminat talebiyle sonuçlandırılmışsa, ilamda aynen iadeye ilişkin bir ibare bulunmadığı için yine hile sebebiyle yargılamanın iadesi yoluna gitmek gerekir.

Taşınırın icra müdürlüğü tarafından takdir edilen değeriyle, bedelin icra dosyasına depo edilerek aynen iade talepli icra takibine devam edildiği sıradaki değeri arasında fark oluşabilir. Mesela yağlı boya tablonun değeri icra müdürlüğü tarafından ₺100.000 olarak belirlenerek tahsil edilmiş; daha sonra malın hâlâ borçluda olduğu ortaya çıkınca malik aynen iade için tekrar talepte bulunmuş olsun. Talepte bulunduğu tablonun değeri ₺150.000’ye çıkmış olabilir. Benzer şekilde, taşınırın değeri (mesela tahrip olma sebebiyle) düşmüş de olabilir. Böyle durumlarda hangi bedelin icra dosyasına depo edilmesi gerektiği tespit edilmelidir. Kanaatimizce burada TMK m. 995’te düzenlenen kötüniyetli haksız zilyedin sorumluluğuna (veya haksız zilyet iyiniyetli olsa bile dava açıldıktan itibaren ağırlaştırılmış iyiniyet sorumluluğuna) göre hareket etmek gerekir. Eğer zilyet taşınırı haksız yere elinde bulundurmasaydı, taşınırdaki değer artışından malik yararlanacak veya onu bizzat koruyarak tahrip edilmesine engel olacaktı. O halde haksız zilyedin, taşınırı olması gerektiği haliyle iade etmesi gerekir. Eğer taşınırın değeri sonradan artmışsa, malikin aradaki farkı haksız zilyede ödemesi beklenemez. Aksi halde zilyedin haksız yere zenginleşmesi söz konusu olur. Taşınırın değerinin azalması halinde ise bunun sorumlusunun haksız zilyet olarak kabul edilmesi gerektiğinden, değer kaybı hesaplanmalı ve depo edilecek olan bedelden düşülmelidir.

VI. SONUÇ

İlamlı icranın amacı, borçlunun borcunu kendi rızasıyla ifa etseydi gerçekleşecek olan durumun mahkeme kararıyla gerçekleşmesinin sağlanmasıdır. Bu sebeple kişi, hukukun kendisine tanıdığı her türlü hakkı dava edebilir. Dava hakkı, asıl hakkın sadece bir parçası ve şekli görünümüdür. Eğer bu hak ihlâl edilmemiş olsaydı hangi hal ve şartlar oluşacak idiyse, davayla bunun gerçekleşmesi amaçlanır⁷⁶. Davada taşınırın aynen iadesine karar verilmesinin altında bu düşünce yatar.

Her ne kadar iade davasında taşınırın davalıdan alınarak davacı malike verilmesine karar verilmiş olsa da bunun, pratikte ifade edeceği anlam ciddi ölçüde sınırlanabilmektedir. Öyle ki taşınırların haksız zilyet tarafından gizlenmesi veya muvazaalı olarak başka birine devredilmesi pek çok durumda oldukça kolaydır. Ne olursa olsun taşınırı malike iade etmek istemeyen bir haksız zilyet, davayı kaybetse bile bir miktar para ödeyerek pratikte adeta taşınıra malik olacak hale gelmektedir⁷⁷. Anayasa’da, Türk Medenî Kanunu’nda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde, Türk Ceza Kanunu’nda yüksek önem atfedilen ve koruma altına alınan mülkiyet hakkı, İcra ve İflâs Kanunu’ndaki bir hüküm sayesinde anlamını yitirebilmektedir. Belirtmek gerekir ki burada İİK m. 24/4 hükmünün varlığını eleştirmiyoruz. Malikin taşınırı iade alamayacağını anlaması halinde en azından bedelini alarak tatmin olması imkânının sağlanması bizce de gerekli ve mantıklı bir yaklaşımdır. Öte yandan, haksız zilyedin taşınırı sadece gizleyerek iadedden kaçınmasının son derece kolay olduğu malum olmasına rağmen buna yönelik bir koruma getirilmemesi, İİK m. 24/4 hükmünün tabiri caizse malikin ayağına dolanmasına yol açmaktadır. O halde Anayasa ve sair mevzuatın yüksek önem vererek koruma altına aldığı mülkiyet hakkına İcra ve İflâs Kanunu’nda da aynı önemin verilmesi ve m. 24’e yeni bir fıkra eklenerek koruma imkânının genişletilmesi gerekir.

İİK m. 24’e eklenmesini önerdiğimiz hüküm, taşınırın bulunamaması sebebiyle değeri tahsil edildikten sonra tekrar ortaya çıkması ve malikin hâlen aynen iadeyi talep etmesi halinde, elde ettiği taşınır bedelini icra dosyasına depo ettikten sonra icra takibine aynen iade talebi üzerinden devam edilmesinin sağlanması şeklindedir. Dosyaya depo edilecek olan bedel hesaplanırken ise duruma göre haksız zilyedin kötüniyete veya dava açıldıktan sonraki ağırlaştırılmış iyiniyete göre sorumluluğu esas alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Akıncı, Hakan Burak: Türk Medenî Hukuku’nda İstihkak Davası (TMK m. 683’e Göre), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Antalya 2024 (Akıncı, H.).
- Akıncı, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler), 14. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2024 (Akıncı, Ş.).
- Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya: Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- Akyel Kasırga, N. Şeyma: İcra Takibinde Derdestlik, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020.
- Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- Arnet, Ruth: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich-Genf 2023 (Hrsg: Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo).
- Arslan, Aziz Serkan: İcra Takip İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medeni Usul Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024 (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul).
- Atalı, Murat: Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku, Cilt III, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

⁷⁶ Özbek, Mustafa Serdar: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.695 vd.

⁷⁷ Akıncı, H., s.199.

- Bergmann, Andreas: Der Verfall des Eigentums, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medenî Usul Hukuku, 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024.
- Caspar von der Crone, Hans/ Hoffmann-Nowotny, Urs H.: Die Vindikationszession, SZW/RSDA 3/2006.
- Effer-Uhe, Daniel Oliver: “Die Folgen der Verjährung des Vindikationsanspruchs”, Archiv für die civilistische Praxis, 215(2), 2015, 245-281.
- Einsele-Wili, Felicitas: Die Vindikationszession, Juris Druck + Verlag, Zürich 1975.
- Ercan Özler, Meltem: Medenî Usul Hukuku’nda Dava Konusu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023 (Eren, Borçlar Genel).
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023 (Eren, Borçlar Özel).
- Eren, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 8. Baskı, Legem Yayınları, Ankara 2024.
- Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Ergüne, Mehmet Serkan: Taşınır Mülkiyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Erim, Zehra Nur: Taşınır Teslimine İlişkin İlamların İcrası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2024.
- Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku, 16. Baskı, İzmir 2021.
- Esener, Turhan/ Güven, Kudret: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Zilyetlikte İadenin Mevzuu ve Şümülü, İlâveli İkinci Bası, Baha Matbaası, İstanbul 1961.
- Gemalmaz, H. Burak: Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6, Avrupa Konseyi, Ankara 2018.
- Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet: İcra ve İflâs Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet: Medenî Usul Hukuku, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023 (Görgün/Börü/Kodakoğlu, Usul).
- Graham-Siegenthaler, Barbara: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654a ZGB, Bern 2022.
- Hatemi, Hüseyin: Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- İnan, Ali Naim/Yücel, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.
- İyilikli, Ahmet Cahit: Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Kılıçoğlu, Ahmet: Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- Kılınç, Ayşe: İcra Takibinde Derdestlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Meier-Hayoz, Arthur: Berner Kommentar, Band IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654 ZGB, Bern 1981.
- Meriç, Nedim, “Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları”, Legal Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 7(2), 2007.
- Muşul, Timuçin: İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Nomer, Halûk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, 24. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- Özbek, Mustafa Serdar: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Özekes, Muhammet: Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden: Kesin Hükümün Objektif Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 12. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 11. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024.
- Pekcanitez, Hakan: Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Sarı, H. Gürbüz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- Schanbacher, Dietmar: NomosKommentar BGB Sachenrecht, Band 3, 5. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022, §985.
- Schellerer, Juliane: Gutgläubiger Erwerb und Ersitzung von Kunstgegenständen, Mohr Siebeck, Tübingen 2016.
- Serozan, Rona: Eşya Hukuku I, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Sirmen, Lale: Eşya Hukuku, Legem Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2023.
- Tanrıver, Süha: Medenî Usul Hukuku, Cilt I, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Tanrıver, Süha: Medenî Usul Hukuku, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara 2022 (Tanrıver, Cilt II).
- Tekinay, Selâhattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Halûk/ Altop, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- Ünal, Mehmet/Başpınar, Veyssel: Şekli Eşya Hukuku, 13. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2023.
- Yardımcı, Taner Emre/ Kuş, Bahadır: “Taşınırın Teslimine Dair İlamlı İcrada Aynen İfanın Gerçekleşmemesi”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(2), 2024, s. 127-146.
- Yılmaz, Ejder: Islah, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Hakan Burak AKINCI bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Hakan Burak AKINCI, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkısı | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The authors declares that they complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.