

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume: 8

Sayı / Issue: 2

Güz / Autumn 2021

Genel Sayı / Number: 16



MEDİPOL
UNV-İSTANBUL
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

Künye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Journal of Istanbul Medipol University School of Law

ISSN: 2148-6883 e - ISSN: 2687-6663 DOI: 10.46547/imuhfd

Cilt / Volume: 8 Sayı / Number: 2 Güz / Autumn 2021

Sahibi / Owner

İstanbul Medipol Üniversitesi adına
On behalf of Istanbul Medipol University
Prof. Dr. Ömer Ceran

Editörler / Editors in Chief

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU / Turkey
ayse.nuhoglu@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-0536-6517
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Sinan SEÇKİN / Turkey
sseckin@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0001-9540-9682
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcıları / Deputy Editors

Arş. Gör. Mustafa ÇATTIK / Turkey
mustafacattik@gmail.com
ORCID: 0000-0002-4488-304X
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Abdullah Revaha GENCER / Turkey
argencer@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-2637-1155
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Muhammed Emre HAYYAR / Turkey
mehayyar@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0003-0731-6123
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Abdullah ERYİĞİT / Turkey
abdullahery@gmail.com
ORCID: 0000-0002-1757-0187
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Abdullah Musab ŞAHİN / Turkey
asahin@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0001-6529-9179
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Beyza YİĞİTBAŞI / Turkey
byigitbasi@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-1112-3474
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İletişim / Correspondance

İstanbul Medipol Üniversitesi Kavacık Güney Yerleşkesi
Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz / İstanbul
Tel: +90 216 681 51 00
hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr
dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd / medipol.edu.tr/universite/yayinlar

Yayına Hazırlayan / Prepared for Publication by
Mert Sarsağ

Kapak / Cover
Levent Karabağlı - Medicom Ajans

Grafik-Tasarım / Graphic-Design
Sertan Vural - Medicom Ajans

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Akman, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. M. Akif Aydın, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Yavuz Atar, İbn Haldun Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cem Baygın, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nihat Bulut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Talat Canbolat, Milli Savunma Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayhan Döner, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nuray Ekşi, Özyeğin Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Helvacı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Macit Kenanoğlu, Türk Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mahmut Koca, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Şafak Narbay, Sakarya Üniversitesi, Sakarya, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. H. Eyüp Özdemir, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. İzzet Özgöç, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Yücel Sayman, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal, Kastamonu Üniversitesi, Kastamonu, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cevdet Yavuz, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Doç. Dr. / Assoc. Prof. Harun Demirbaş, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Doç. Dr. / Assoc. Prof. Salih Önder Yeşiltepe, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. A. Ersin Bayra, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Levent Korkut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Sinan Seçkin, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi senede iki sayı yayımlanan, çift kör hakemli ve açık erişimli bir dergidir. Dergiye Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde makaleler kabul edilmektedir.

The Journal of Istanbul Medipol University School of Law is a biannual double-blind peer-reviewed open access journal. The Journal accepts articles in Turkish, English, German and French.

Tarandığı Dizinler / Indexing Services



Tarandığı Veri Tabanları / Abstracting Services



İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article - Seher Çakan

Mağdurlar İçin Güven Fonu

Trust Fund for Victims 361

Araştırma Makalesi / Research Article - Hakkı Erkiner - Emerant Yves Omgba AKOUDOU

The Concepts of the Responsibility to Protect and Human Security within the United Nations: Return on the Meanings

Birleşmiş Milletler'de Koruma Sorumluluğu ve İnsan Güvenliği Kavramları: Anlamlara Dönüş 387

Araştırma Makalesi / Research Article - Abdullah Musab Şahin

Muvakkat Kanunlar ve İttihat ve Terakki Cemiyeti

Temporary Laws and the Committee of Union and Progress 445

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article - Yasemin Bağlı Tahiroğlu

Medenî Usûl Hukukunda Davaya Müdahalede Vekâlet Ücreti

Attorney Fee in Intervention to the Case in Civil Procedure Law 475

Araştırma Makalesi / Research Article - İsmail Hakkı Birgealp

Kambiyo Senetlerine Dayanan Menfi Tespit Davası Türleri

Negative Declaratory Action Based in Bills of Exchange 495

Araştırma Makalesi / Research Article - Hakkı Mert Doğu

Meslekî Faaliyet Gereği Kiraya Verilen ve Kiracının Özel Kullanımına Yarayan Taşınır Eşyalara İlişkin Kira Sözleşmesi

Leased for Professional Activity and Rental Contract for Movable Items for Private Use of the Lessee 521

Araştırma Makalesi / Research Article - Harun Eryiğit

Türk Hukukunda Merkezi Karşı Taraf Kuruluşlarının Temerrüt Haline İlişkin Düzenleme İhtiyacı ve Örnekler Işığında Öneriler

Regulatory Necessitate regarding Default of Central Counterparties in Turkish Law and Proposals in the Light of Samples 535

Araştırma Makalesi / Research Article / Erol Karaaslan - Varol Karaaslan

Hükmün Tamamlanması

Supplement to the Judgment 557

Araştırma Makalesi / Research Article - Hasan Kayırgan

İşyeri Sendika Temsilcilerinin İşe İade Davasını Kazanması Sonucu Doğacak Haklar

Rights That Will Arise as a Result of Trade Union Representatives' Winning the Re-Employment Lawsuit579

Araştırma Makalesi / Research Article - Murat Oruç - Emrah Kulaklı

Yargı Kararları Işığında Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Türkiye’de Miras Yoluyla Taşınmaz Edinmesi

Acquisition of Immovable Property of Real Persons, Who Have Foreign Nationality, in Turkey by Inheritance in Consideration of Judicial Decisions603

Araştırma Makalesi / Research Article - Fatih Tahiroğlu

Medenî Usûl Hukukunda Tanığın Hazır Bulunma Yükümlülüğü

The Obligation of Attendance of the Witness 617

Araştırma Makalesi / Research Article - Ecehan Yeşilova Aras

FCA Terimiyle ve Varma Yerinde Muayene Şartıyla Akdedilen Uluslararası Satım Sözleşmesinin Taşıma Sigortasına Etkisi

The Effect of the International Sale Contract Concluded with FCA Term and Inspection in Destination on Transport Insurance645

Araştırma Makalesi / Research Article - Ecehan Yeşilova Aras

Sigorta Sözleşmesinden Doğan Alacağın Devri ve Konkordato

Assignment of the Receivable Incurring from Insurance Contract and Ordinary Debt Restructuring Agreement663

KAMU HUKUKU

Araştırma Makalesi / Research Article

Mağdurlar için Güven Fonu*

Trust Fund for Victims

Seher ÇAKAN**

ÖZ

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin(UCM) yetkisine giren bir suçtan zarar gören mağdurların zararları Roma Statüsü madde 75 kapsamında giderilmektedir. Ancak UCM'de bir davanın açılması, UCM savcısının kendi yetkisiyle harekete geçmesi ya da bir devlet veya BM Güvenlik Konseyinin başvurusu üzerine mümkündür. Başka bir ifade ile UCM'de bir davayı doğrudan mağdur açamamaktadır. Bu nedenle de onarıma başvuramayan ya da başvursa bile davası beraat ile sonuçlanan mağdurların zararlarının giderilmesi gerekmektedir. Bu zararların giderilmesi için de Mağdurlar için Güven Fonu kurulmuştur. Fon kapsamında zararın giderilmesi destek olarak kabul edilmektedir ve destekten yararlanabilmek için UCM'de bir dava açılmasına gerek yoktur.

Güven Fonunun tek görevi mağdurlara destek sağlamak değildir. Fon, UCM tarafından verilen onarım kararlarının uygulanmasında da UCM'ye yardım etmektedir. Bu çalışmanın amacı da Güven Fonunun, UCM'nin onarım kararlarını gerçekleştirilmesi ile mağdurların zararlarının giderilmesindeki rolünü incelemektir. Çalışmada ilk olarak, Güven Fonu hakkında genel bilgi verilmektedir. İkinci olarak, UCM tarafından verilen onarım kararlarının uygulanmasına değinilmektedir. Son olarak da Güven Fonu tarafından mağdurlara ve ailelerine yapılacak destekten bahsedilmektedir. Bununla bağlantılı olarak hükümlünün mali kaynaklarının yetersiz olması durumunda Fonun diğer kaynaklarının onarımları tamamlamasının mümkün olup olmadığı ve kapsamı ele alınmaktadır.

Anahtar kelimeler: Uluslararası Ceza Mahkemesi, Güven Fonu, mağdur, destek, onarım

ABSTRACT

Victims injured by a crime under the jurisdiction of the International Criminal Court(ICC) are redressed under article 75 of the Rome Statute. However, a case may be tried before the ICC on the basis of the *proprio motu* powers of the ICC prosecutor, or upon referral to the Court by a state or the UN Security Council. In other words, the victims cannot directly apply to the ICC. For this reason, the damages of victims who cannot apply for reparation or even if they apply for reparation, the damages of the

* Makale gönderim tarihi: 15. 09.2021. Makale kabul tarihi: 15.11.2021. Seher Çakan, "Mağdurlar için Güven Fonu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2021, s. 361-386; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.02.13>

** Ar. Gör. Dr., Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı. İletişim: sehercakan_1905@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3254-6617>.

victims whose cases resulted in acquittal should be repaired. The Trust Fund for Victims under the ICC was also established to remedy these damages. Within the scope of the Fund, the redress of the damage is accepted as assistance and there is no need to file a lawsuit at the ICC to benefit from assistance.

The Trust Fund's sole role is not to provide assistance to victims. It also supports the ICC in implementing reparation orders made by it. The aim of this study is to examine the role of the Trust Fund in the implementation of the ICC's reparation orders and in repairing damages of the victims. In the study, firstly, general information is given about the Trust Fund. Secondly, the implementation of the reparation decisions made by the ICC is explained. Finally, the assistance to the victims and their families by the Trust Fund is mentioned. In connection with this issue, in case of insufficient financial resources of the convicted, the extent to which and whether it is possible for other sources of the Fund to complete reparation orders of the ICC are discussed.

Keywords: International Criminal Court, Trust Fund, victim, assistance, reparation.

Giriş

Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM veya Mahkeme), ceza yargılaması açısından kurulan ilk daimi mahkemedir.¹ Yine cezai yargılama sonucunda mağdurların zararlarını giderebileceği bir mekanizma içermesi bakımından önem arz etmektedir. Bu mekanizma Roma Statüsü'nde "Mağdurlara onarımlar" başlığı altında madde 75'te düzenlenmektedir. Böylece Roma Statüsü mağdurların zararlarını giderebileceği bir onarım prosedürüne yer vermiştir.

Roma Statüsü madde 75'e göre onarımlar eski hale iade, tazminat ve rehabilitasyon da dahil olmak üzere farklı şekillerde olabilir. Ayrıca UCM Usul ve Delil Kuralları kurallar 97 ve 98 mağdurların zararlarının hem bireysel hem de kolektif olarak giderilebileceğine yer vermiştir.

Bireysel onarımlar genel olarak tazminat şeklindedir yani mağdurun doğrudan uğradığı bir zarar söz konusu iken kolektif onarımlar ise genellikle anma veya özür dileme gibi sembolik niteliktedir.² Başka bir ifadeyle bireysel veya kolektif onarımlar eski hale iade, tazminat, tatmin ve rehabilitasyon şeklinde de olabilmektedir. Böylelikle mağdurların zararları UCM tarafından giderilmektedir.

UCM'de yargılama yapılabilmesi için mahkemenin yargı yetkisine giren bir

1 Bkz Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.360; Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.158; İlyas Doğan, *Devletler Hukuku*, Genişletilmiş 3. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2016, s.529; Muhammet Celal Kul, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecâvüz(Saldırı) Suçu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.1; R. Murat Önok, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhankitabevi, Ankara, 2003, s.103.

2 Bkz Luck Moffett, Meaningful and Effective? Considering Victims' Interests Through Participation at the International Criminal Court, *Criminal Law Forum*, 2015, 26(2),19. https://www.researchgate.net/publication/276911951_Meaningful_and_Effective_Considering_Victims'_Interests_Through_Participation_at_the_International_Criminal_Court (18.12.2020).

olayın UCM'ye intikal etmesi gerekmektedir.³ Ancak UCM'de muhakeme süreci BM Güvenlik Konseyi,⁴ UCM savcısı⁵ veya bir devlet⁶ tarafından başlatılabildiğinden zarara uğrayan tüm mağdurların Mahkemeye erişimi mümkün değildir. Yani bireylerin doğrudan dava açma imkânı yoktur. Böylece de sadece açılmış davalar bakımından ve davaların mahkûmiyetle sonuçlanması durumunda mağdurlar zararlarını giderebilmektedir. Bunun dışında kalan mağdurların zararlarının giderilmesi mümkün gözükmemektedir. Fakat UCM'de açılmayan davaların mağdurlarının zararlarının giderilmesi de gerekmektedir. Ayrıca dava açılabilir bile tüm davalar mahkûmiyetle sonuçlanmamaktadır. Bu nedenlerden dolayı da UCM kapsamında mağdurlara ve ailelerine destek sağlamak için Mağdurlar için Güven Fonu (Güven Fonu veya Fon) kurulmuştur.

Güven Fonu, UCM'de açılan bir davanın olmasına gerek olmadan, Mahkemenin yargı yetkisine giren tüm mağdurlara destek sağlamaktadır. Yargılamaların uzunluğu nedeniyle de açılan davalar bakımından da mağdurlara destek sağlanması önemlidir. Ayrıca destekle birlikte UCM'nin verdiği kararların uygulanmasında ve hükümlünün gelirlerinin veya malvarlığının zararları gidermede yetersiz olduğu hallerde Güven Fonu önemli bir rol üstlenmektedir. Başka bir ifade ile böyle bir durumda Güven Fonunun diğer kaynakları kullanılarak onarımlar tamamlanmaktadır. Bu bağlamda da makalede UCM Güven Fonunun görev ve yetkileriyle bu fon aracılığıyla mağdurların zararlarının giderilmesi ele alınmaktadır. Makalede ilk olarak Güven Fonu hakkında genel bilgi verilmektedir. İkinci olarak Güven Fonunun görev ve yetkilerinden olan UCM'nin onarım kararlarının bu Fon aracılığıyla uygulanması açıklanmaktadır. Son olarak da Güven Fonu tarafından mağdurlara ve ailelerine yapılacak destekten ve onarımların Güven Fonunun diğer kaynakları tarafından tamamlanmasından bahsedilmektedir.

I. Mağdurlar için Güven Fonu

Mağdurlar için Güven Fonu⁷ Roma Statüsü madde 79(1)'e göre, UCM'nin yar-

3 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.382.

4 Roma Statüsü madde 13(b).

5 Roma Statüsü madde 13(c).

6 Roma Statüsü maddeler 12, 13 ve 14.

7 Roma Statüsü madde 79'da "Trust Fund" olarak bahsedilen Fon, bu çalışmada Güven Fonu olarak çevrilmiştir. Bu kavram TMBB resmî sayfasında "Divan Fonu" olarak çevrilmiştir ((TBMM, 'Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü' https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm (18.08.2021)). Bir başka kaynakta "Giderim Fonu" olarak kullanımı tercih edilmiştir. (<http://sorular.rightsagenda.org/Uploads/UCM%20MEV/Roma%20Stat%C3%BCs%C3%BC.pdf> (18.08.2021)). Benzer şekilde *Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi*'nde "Giderim Fonu" olarak çevrilmiştir (Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi, 2006, Ankara, Çevirenler: Hivren Özkol ve Gülay Arslan, Gözden Geçiren: Devrim Aydın). Bir başka çalışmada "Gü-

gı yetkisine giren suç mağdurlarının ve ailelerinin yararına Taraf Devletler Meclisi karar ile kurulacaktır. Bu bağlamda Statü madde 79(1)'de öngörülen Fon hem suç mağdurlarının hem de ailelerinin yararına Resolution ICC-ASP/1/Res.6 ile Taraf Devletler Meclisi tarafından Eylül 2002'deki ilk oturumunda oluşturuldu.⁸ Bağımsız bir organ olarak kurulan Güven Fonu, mağdurlar için, UCM'nin yetki alanına giren suçlardan kaynaklanan zararların giderimi için onarım ve destek sağlayarak mağdurların ve ailelerinin haklarını güvence altına almaktadır.⁹ Ayrıca Fon, UCM'nin onarım yetkisini tamamlamak ve Mahkemenin onarım kararlarının uygulanmasına yardımcı olmak için de oluşturulmuştur.¹⁰ UCM destek rejimi mağdurların yargılamaya katılımından bağımsızdır. Yani mağdurlar yargılamaya katılmasalar bile Güven Fonunun yardımından faydalanabilmektedirler. Kısacası bu Fon ile mağdurların zararları giderilmektedir.

Uluslararası bir ceza mahkemesinin çatısı altında, bu mahkemenin yargı yetkisi dâhilindeki suçların mağdurlarına onarım sağlama ile birlikte bir Güven Fonunun oluşturulması, uluslararası ceza hukukunda benzersiz bir gelişmedir.¹¹ Mağdurlar için Güven Fonundan önce 36/151(1981) sayılı Genel Kurul Kararıyla Birleşmiş Milletler İşkence Mağdurları Gönüllü Fonu ile 46/122 (1991) sayılı Genel Kurul Kararıyla Birleşmiş Milletler Köleliğin Çağdaş Biçimleri Gönüllü Fonu kurulmuştur. Başka bir ifadeyle Güven Fonu aracılığıyla mağdurlara destek sağlanması uluslararası hukukta ilk değildir.

Roma Statüsü madde 79(3) Güven Fonunun "*taraf devletler Meclisi tarafından belirlenecek kriterlere göre yönetileceği(ni)*" belirtmiştir. Taraf Devletler Meclisi de Roma Statüsü madde 79 çerçevesinde amacı Fonu denetlemek olan bir Güven Fonu Yönetim Kurulu¹² ve bu Kurula yardım etmek amacıyla,

vence Fonu" olarak Türkçeye çevrilmiştir (Kutay Telli, *Cezasızlık Olgusuna Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, 93).

8 Bkz William A Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3th edn, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, s. 338.

9 Bkz Trust Fund for Victims, <https://www.trustfundforvictims.org/en/about/vision> (18.08.2021).

10 Bkz Carla Ferstman and Mariana Goetz, "Reparations before the International Criminal Court: The Early Jurisprudence on Victim Participation and its Impact on Future Reparations Proceedings", Ed. Carla Ferstman, Mariana Goetz and Alan Stephens, *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity-Systems in Place and Systems in the Making*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 313.

11 Conor McCarthy, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 225; Marieke Wierda and Pablo de Greiff, "Reparations and the International Criminal Court: A Prospective Role for the Trust Fund for Victims", *International Center for Transitional Justice*, 2004, s. 1.

12 Establishment of a fund for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims, Resolution ICC-ASP/1/Res.6, Annex to the resolution, Adopted at the 3rd plenary meeting, on 9 September 2002, Annex to the resolution, para. 1.

bir Güven Fonu sekreterliği¹³ oluşturmuştur.¹⁴ Güven Fonu, Taraf Devletler Meclisi tarafından üç yıllık bir dönem için seçilen beş üyeli bir Yönetim Kurulunun liderliğinden ve rehberliğinden yararlanmaktadır.¹⁵

UCM tarafından herhangi bir onarım kararı verilmeden önce onarımdan faydalanacakların belirlenmesinin imkânsız veya uygulanamaz olduğu durumlarda Güven Fonunun yardım yetkisi, fiziksel ve psikolojik rehabilitasyon ve/veya maddi destek sağlamayı amaçlamaktadır.¹⁶ Güven Fonu 2008'den bugüne kadar Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Kuzey Uganda'da faaliyetlerde bulunmaktadır.¹⁷ Yine Lubanga, Katanga ve Al Mahdi davalarında verilen onarım kararları, Güven Fonu tarafından uygulanmaktadır.

II. UCM Temelli Kararların Uygulanması

Güven Fonunun temelde iki görevi vardır: İlki onarım kararlarının UCM tarafından Güven Fonu aracılığıyla yerine getirmek, diğeri ise Usul ve Delil Kuralları kural 98(5) kapsamında diğer kaynaklarla mağdura destek sağlamaktır.¹⁸ Keza 98(5) kuralı ile bağlantılı olarak UCM, onarımların Güven Fonunun diğer kaynakları tarafından tamamlanmasına da karar verebilir.

UCM'nin vermiş olduğu kolektif onarımlara ilişkin kararların uygulanması Güven Fonu aracılığıyla gerçekleştirilir. Bu çerçevede de Güven Fonunun

13 Güven Fonu onarım kararlarını yerine getirirken tek başına hareket etmez. Güven Fonu Sekreteriyasının rolü de önemlidir. Sekreterya, *"faaliyetleriyle ilgili konularda Yönetim Kurulu'nun tam yetkisi altında çalışır"* (Establishment of the Secretariat of the Trust Fund for Victims, Resolution ICC-ASP/3/Res.7, Adopted at the 6th plenary meeting, on 10 September 2004, para. 2). Sekreteryanın görevi *"Yönetim Kurulunun, görevlerini yerine getirirken düzgün çalışması için gerekli olan yardımı sağla(maktır)"* (Establishment of the Secretariat of the Trust Fund for Victims, para. 1). Sekreteryanın Güven Fonuna kendini tanıtan herhangi bir kişinin aslında onarım hakkından yararlanacak olan grubun üyeleri olduğunu tespit etme (Regulations of the Trust Fund for Victims, Resolution ICC-ASP/4/Res.3, Article 62) yani UCM tarafından emredilen onarım kararlarının doğrulanmasını denetleme görevi vardır. UCM'nin kolektif onarıma hükmetme yetkisi olduğu gibi herhangi bir kolektif kararın uygulanmasını izlemek için prosedürler oluşturmak da Sekreterya'ya bırakılmıştır (Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 72). Son olarak Sekreterya, UCM'nin Usul ve Delil Kuralları, kural 98(4) uyarınca bir hükümetler arası, uluslararası veya ulusal bir kuruluşla Güven Fonu aracılığıyla onarıma hükmedildiği durumlarda yine UCM'nin genel gözetimine tabi olarak, ilgili kuruluş veya kuruluşların Mahkemenin emirlerini yerine getirme konusunda çalışmalarını denetleme görevi de vardır (Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 74). Böylece Sekreterya'nın UCM'nin kararlarını uygulamada ve denetlemede önemli olduğu sonucuna varılır.

14 Establishment of the Secretariat of the Trust Fund for Victims, para. 1.

15 Trust Fund for Victims, <https://www.trustfundforvictims.org/en/about/vision>.

16 Bkz REDRESS, *Making Sense of Reparations at the International Criminal Court*, 2018 Background Paper, s. 2.

17 Bkz Trust Fund for Victims, <https://www.trustfundforvictims.org/en/about/vision>.

18 Bkz Burcu Kirancı ve H Tolga Oskay, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Mağdur Hakları El Kitabı*, Ece Matbaası, Ankara, 2010, s. 84, 98.

bir görevi UCM tarafından verilen kararların uygulanmasıdır. Statü'nün 75(2). maddesinde “*uygun olduğu hâllerde, onarım kararının 79. maddede öngörülen Güven Fonu aracılığıyla verilmesine karar verebilir(eceği)*” belirtilmiştir. Başka bir deyişle UCM tarafından verilen onarım kararları Güven Fonu aracılığıyla gerçekleştirilebilir. Bu madde Usul ve Delil Kuralları, kurallar 98(2), 98(3) ve 98(4) ile detaylı olarak açıklanmaktadır. Mahkeme, para cezası veya müsadere yoluyla toplanan paranın ve diğer malların, Güven Fonuna aktarılmasına karar verebilir(Roma Statüsü madde 79(2)). Böylece aktarılan kaynaklarla Güven Fonu, UCM'nin verdiği onarım kararlarını uygulayacaktır.

Usul ve Delil Kuralları, kural 98(1) onarımın doğrudan hükümlü aleyhinde verileceğini ifade etmiştir. Kural 98(2)'ye göre, Mahkeme hükümlü aleyhinde onarım verilmesine hükmettiğinde, kararın verildiği sırada her bir mağdura doğrudan bireysel onarımın verilmesinin imkânsız olduğu veya pratik olmadığı durumlarda onarımın Güven Fonuna verilmesine (tevdi edilmesini) karar verebilir. Bu kurallar kapsamında temel kural onarımların doğrudan mağdura verilmesidir. Ancak dolaylı bireysel onarımların bir depoziteri olmak Güven Fonunun bir görevidir (Usul ve Delil Kuralları, kural 98(2)). Bu kurala göre UCM hükümlü bir kişiye karşı vermiş olduğu dolaylı bir bireysel onarım kararının Güven Fonuna tevdi edilmesine karar verebilir. Bu durumda dolaylı bireysel onarımlar Fon tarafından gerçekleştirilir. Bu kurala göre bahsi geçen şekilde Güven Fonuna tevdi edilen tazminat Güven Fonunun diğer kaynaklarından ayrılıp mümkün olan en kısa sürede her bir mağdura verilecektir. UCM; Usul ve Delil Kuralları, kural 98(2) uyarınca hüküm giymiş bir kişiye karşı onarıma hükmettiği durumlarda, taslak uygulama planı, onarımın uygulandığı mağdurların adlarını ve yerlerini ve Güven Fonunun eksik ayrıntıları toplamak için kullanmayı planladığı prosedürleri ve ödeme yöntemlerini belirler.¹⁹ Bu bağlamda dolaylı bireysel onarımların uygulanmasında mağdurlar ve yerleri bellidir. Mağdurların adlarının ve/veya yerlerinin bilinmediği veya mağdurların sayısının Sekreteryaya tarafından kesin olarak belirlenmesinin imkânsız veya uygulanamaz olduğu durumlarda, Sekreterlik, mağdurlarla ilgili tüm ilgili demografik/istatistiksel verileri tespit eder.²⁰

Mağdurların ve onarımların kapsamı, biçimleri ve usulleri kolektif onarım daha uygun olursa onarımın Güven Fonu aracılığıyla yapılmasına karar verilebilir (Usul ve Delil Kuralları kural 98(3)). Nitekim Güven Fonu kolektif onarımların doğrudan uygulayıcısıdır. Onarımın kapsamı Güven Fonu tarafından belirlenebilir. Buna göre UCM'nin hükümlü bir kişiye karşı onarıma ka-

19 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 59.

20 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 60.

rar vermesi hâlinde, mağdur sayısı ile onarımın kapsam, biçim ve usullerinin kural 98(3)'e uygun olarak kolektif onarıma daha uygun olduğu durumlarda, taslak uygulama planı, UCM tarafından hâlihazırda belirtilmemişse, Güven Fonu, kolektif onarım kararının kesin yapısını ve bunların uygulanmasına yönelik yöntemleri belirleyecektir.²¹ Fakat bu hususta yapılan tespitlerin UCM tarafından onaylanması gerekmektedir.²² Kolektif onarımlardan kimlerin faydalanacağı ve onarım şekilleri UCM tarafından belirlenmemişse, Güven Fonu, Mahkemenin kararına bağlı olarak, *inter alia*, onarımın niteliğini ve/veya boyutunu belirlerken suçların niteliği, mağdurlara yönelik belirli zararlar ve bu tür zararları destekleyecek kanıtların doğası ile yararlanıcı grubun boyutu ve konumunu dikkate alacaktır.²³

Bazı durumlarda UCM'nin ve Güven Fonunun onarımları mağdurların bulunduğu bölgelerde gerçekleştirilmesi mümkün olmayabilir. Güven Fonu, gerektiğinde, onarıma daha fazla erişimi sağlayacak ve herhangi bir çatışmaya sebep olmayacak şekilde onarımların mağdurlara ulaşmasını kolaylaştırmak amacıyla araçlar kullanmaya karar verebilir.²⁴ Bu durum Güven Fonu Tüzükleri madde 56'da da teyit edilmiştir. Araçlar "*ilgili devletleri, hükümetler arası kuruluşları ve yararlanıcı gruplarla yakın mesafede çalışan ulusal veya uluslararası sivil toplum kuruluşlarını içerebilir.*"²⁵ Güven Fonu araçları belirleyebilir ya da onarım tekliflerinin uygulanmasına davet edebilir.²⁶ Böyle durumlarda kural 98(4) uyarınca devletlerle ve Güven Fonu ile görüşmelerden sonra UCM, Güven Fonu aracılığıyla ve Güven Fonu tarafından onaylanmış hükümetler arası, uluslararası veya ulusal bir kuruluş ile onarımların gerçekleştirilmesine karar verebilir.²⁷ Böylelikle onarımların yerine getirilmesi Güven Fonu tarafından belirlenmiş bir hükümetler arası, uluslararası veya ulusal bir kuruluş ile yapılacaktır. Hem dolaylı bireysel onarımların hem de kolektif onarımların gerçekleştirilebilmesi için Fonun araçlara başvurması gündeme gelebilir.

Güven Fonu Yönetim Kurulu, bir aracının onarım kararını uygulamasına izin verirken kararın uygulanma şeklinin, yararlanıcıların doğrulanmasına ilişkin hükümler de dâhil olmak üzere, ilgili Tüzükte yer alan yükümlülüklerle ve prosedürlere uygun olmasını sağlar.²⁸ UCM, onarımların Güven Fonu aracılı-

21 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 69.

22 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 69.

23 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 55.

24 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 67.

25 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 67.

26 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 71.

27 Usul ve Delil Kuralları, kural 98 (4); Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 67.

28 McCarthy, s. 277.

ğıyla yapılmasına karar verdiğinde, yararlanıcıların kapsamını ne kadar ayrıntılı olarak belirlemek istediğine karar vermesi kendi takdirindedir ve UCM bazı konuları açık bıraktıysa, bunlar hakkında karar vermek Güven Fonuna aittir.²⁹ Yani UCM'nin Statü madde 75(2) uyarınca Güven Fonu aracılığıyla onarıma karar vermesi durumunda, bu kararın şeklini ve kapsamını belirleme yetkisi tamamen UCM'dedir. Ancak Güven Fonuna madde 55 kapsamında getirilen sınırlama UCM bakımından geçerli değildir. Bu nedenle de onarıma karar verme UCM'nin yetkisi altında kalmaktadır. Bu durumu madde 54'te de doğrulamaktadır. Buna göre, UCM, hükümlü bir kişi aleyhine tazminat ödenmesine ilişkin bir kararın Güven Fonuna tevdi edilmesine hükmettiğinde veya Fon aracılığıyla onarıma karar vermesi hâlinde Sekreteryaya, Mahkemenin kararının uygulanmasına yönelik (Güven Fonu) Yönetim Kurulu tarafından onaylanacak bir plan taslağı hazırlar.³⁰ Söz konusu plan UCM tarafından onaylanmalıdır. Güven Fonu, Yazı İşleri Dairesi aracılığıyla taslak uygulama planını onay için ilgili Daireye sunacak ve onarım kararının uygulanmasıyla ilgili olarak ortaya çıkan her türlü sorunu uygun şekilde ilgili Daireye danışması gerekmektedir.³¹ Güven Fonu, mevcut durumları ve konumları dikkate alarak onarımdan faydalanacaklara ilişkin yöntemleri belirler.³²

Kısacası, Güven Fonu UCM tarafından verilen onarım kararların gerçekleştirilmesine yardım etmektedir. Güven Fonu bunu kendi yerine getirebileceği gibi hükümetler arası, uluslararası veya ulusal bir kuruluş ile de yapabilir.

III. Güven Fonu Bağlamında Mağdurlara Destek ve Onarımların Tamamlanması

A. Destek Kavramı ve Kapsamı

Yukarıda değinildiği üzere Güven Fonunun iki görevi vardır: UCM'nin onarım kararlarını uygulamak ve yargı yetkisi dâhilindeki mağdurlara destek sağlamak.³³ Yani Fon, UCM'nin verdiği onarım kararlarını uygulamakta ve genel

29 Eva Dwertmann, *The Reparation System of the International Criminal Court- Its Implementation, Possibilities and Limitations*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, s. 76.

30 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 54.

31 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 57.

32 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 66.

33 *Bkz Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the Appeals Against "Decision Establishing the Principles and Procedures to be Applied to Reparations" of 7 August 2012 with AMENDED Order for Reparations (Annex A) and Public Annexes 1 and 2, para. 107; Situation in Uganda, Notification of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims in accordance with Regulation 50 of the Regulations of the Trust Fund for Victims with Confidential Annex, No: ICC-02/04, 25 January 2008, para. 17; Report to the Assembly of States Parties on the Projects and the Activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the Period 1 July 2019 to 30 June 2020, s. 1 ve 5.

olarak “diğer kaynakların” kullanımını yoluyla mağdurlara yardım sağlamaktır. Ayrıca Fon bu kaynaklarla onarımları tamamlamaktadır. Bu farklı iki yetkiden yola çıkarak UCM’nin Roma Statüsü madde 75 kapsamında verdiği kararlar onarım iken Usul ve Delil Kuralları kural 98(5) kapsamındaki kaynakların kullanılması destektir. Başka bir deyişle bu kural kapsamında kaynakların kullanılmasının onarım olmadığı, ancak “*genel olarak diğer kaynakların kullanılması yoluyla mağdurlara yardım sağlanması*” anlamına geldiği *söylenbilir*.³⁴ Nitekim “*Onarımlar gibi, mağdur desteği de söz konusu suçların mağdurlarının uğradığı zararı telafi etmenin bir şeklidir.*”³⁵

Kural 98(5) “*Güven Fonunun diğer kaynakları, 79. madde hükümlerine tabi olarak mağdurların yararına kullanılabilir*” demektir. Bu hüküm bağlamında Güven Fonunun kural 98(5) uyarınca sağlayabileceği desteğe ilişkin hükümlerin hiçbirinde “onarım” terimini benimsememiştir.³⁶ Güven Fonu Tüzüklerinin “Fonların Kullanımı” başlıklı 3. Bölümü Güven Fonunun “diğer kaynaklarının” kullanımına ilişkin iki hüküm içermekte ve söz konusu 47. ve 48. maddelerin ikisi de Fonun “diğer kaynakları” tarafından yapılacak destek için onarım kavramını kullanmamaktadır.³⁷ Keza UCM rejimi “destek” terimini de kullanmamaktadır, ancak “*Mahkemenin yargı yetkisi dâhilindeki suçların mağdurlarının yararına*” şeklinde bir atıfa yer vermektedir.³⁸ Bu bağlamda da söz konusu ifade, UCM’nin yetkisine giren suçlardan dolayı zarar gören tüm mağdurlara destek sağlanması şeklinde anlaşılmalıdır. Zaten genel olarak doktrinde de yardım veya destek (assistance) yetkisi olarak kullanılmıştır. Bu nedenle kural 98(5) uyarınca mağdurlara sağlanan destek, 75. madde kapsamındaki onarımlarla eş anlamlı değildir.³⁹

Güven Fonu Tüzükleri madde 48’in taslağında bahsedildiği hâlde, nihai şeklinde onarım terimine yer verilmemesi, kasıtlı ve düşünülmüş bir karardır.⁴⁰ Böylece onarımın, Roma Statüsü’nün 75. maddesi anlamında mağdurlara fayda sağlamak için kullanılması gereken bir kavram olduğunu ve Güven Fonunun diğer kaynaklarının kullanımından kavramsal olarak farklı olduğunu göstermektedir.⁴¹

34 Bkz McCarthy, s. 86.

35 McCarthy, s. 91-92.

36 McCarthy, s. 86.

37 Bkz McCarthy, s. 86.

38 Bkz Stanislas Kabalira, *The Right to Reparations Under the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC)*, Doctoral Dissertation, Sapienza University of Rome, 2014, s. 367.

39 Bkz McCarthy, s.87.

40 Malin Åberg, *The Reparations Regime of the International Criminal Court- Reparations or General Assistance?*, <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:801293/FULLTEXT01> (01.02.2021), 2014, s. 33.

41 Bkz Åberg, s. 33.

UCM'nin onarıma hükmetmesi için bir failin aleyhinde hüküm verilmiş olması gerekmektedir. Usul ve Delil Kuralları kural 98(5)'e göre ise verilen destek sorumluluğun herhangi bir kimseye atfedilmesine, başka bir ifadeyle bir kimsenin mahkûm edilmesine gerek yoktur. Güven Fonu kapsamında destek sadece gerçek kişiler için söz konusudur. Tüzel kişilerin bundan faydalanması mümkün değildir. Güven Fonu mülkiyetten ziyade bedensel zarar veya acı ve ıstırap gibi belirli zarar türlerine öncelik verir.⁴²

Güven Fonu mağdurlara destek sağlama konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olmasına rağmen, bu tür bir desteği, UCM'nin yargı yetkisi dâhilindeki suç mağdurlarının uğradıkları belirli zarar türlerini telafi etmek için kullanması gerekmektedir.⁴³ Tüm bu hususlar dikkate alındığında kural 98(5) kapsamındaki mağdur desteği, ceza adaleti sürecinin bir parçası olarak UCM'nin yetki alanı içindeki suçların neden olduğu zararın giderilmesini sağlayarak, "Statü" uyarınca ceza adaletinin idaresinde önemli bir rol üstlenmektedir.⁴⁴ Böylece Güven Fonu tarafından yapılan destek UCM'ye gelmeyen ancak onun yetkisi dâhilindeki suçların mağdurlarının zararlarının giderilmesi ve mağdurların topluma yeniden entegre edilmesine yardım etmektedir.

Güven Fonu, UCM tarafından belirli bir durumda hüküm giymiş bir kişiye karşı onarım kararı vermeden önce de destek sağlayabilir. Özellikle de Mahkeme tarafından karar verilmeden önce mağdurların hem fiziksel ve ruhsal acılarının dindirilmesi hem de topluma entegre edilebilmesi için destek sağlanması önemlidir. Böylece Statü uyarınca mağdurların zararının telafi edilme olasılığı, sadece Mahkeme temelli onarım kararıyla sınırlı değildir. UCM'ye gelmeyen ve Mahkemeye gelse bile beraat ile sonuçlanan davalarda ya da UCM'de yargılama başlamış olup yargılamanın devam ettiği durumlarda UCM'nin yetkisine giren suçların mağdurlarına da destek sağlandığı görülecektir. Mahkeme, kendi yargı yetkisindeki suç mağdurlarının genellikle acil tıbbi, duygusal veya maddi ihtiyaçlarını, onarım kararlarıyla veya başka bir şekilde ele alma yetkisine sahip değildir.⁴⁵ Bu bağlamda Güven Fonu kural 98(5) kapsamında mağdurların acil tıbbi, duygusal ve maddi ihtiyaçlarının da karşılanmasına yardımcı olmaktadır. Böylelikle UCM'de sürecekte olan uzun yargılama boyunca zarar görenlerin mağduriyetlerinin devam etmesi engellenmiş ve yargılama sonuçlanmadan da mağdurların hem bireysel hem de toplumsal entegrasyonuna destek sağlanmış olmaktadır. Fon, burada kural 98(5) kapsamında diğer kaynaklarını kulla-

42 Dwertmann, s. 276.

43 McCarthy, s. 91.

44 McCarthy, s. 92.

45 Bkz Dwertmann, s. 291.

narak mağdurlara destek sağlamaktadır. Yukarıda bahsedildiği üzere Fonun sağlamış olduğu onarım değildir.

Güven Fonu tarafından sağlanan destek fiziksel ve psikolojik rehabilitasyon, mesleki eğitim, gelir getirici faaliyetler gibi maddi; tecavüz sonucu doğan çocuklar da dâhil olmak üzere cinsel şiddet mağdurları ile çocukları için özel girişimlerin uygulanması gibi çeşitli destekleri içermektedir.⁴⁶ Kural 98(5) kapsamında fiziksel rehabilitasyon “*rekonstrüktif cerrahi, genel cerrahi, mermi ve bomba parçalarının çıkarılması, protez ve ortopedik cihazlar, fistül onarımı ve HIV ve AIDS taraması gibi hizmetlere sevk, tedavi, bakım ve desteği(ni)*”, psikolojik rehabilitasyon hem bireysel hem de grup temelli travma danışmanlığını ve “*sosyal uyumu ve iyileşmeyi teşvik etmek için müzik, dans ve drama grupları; mağdurların hakları, bilgilendirme toplantıları ve büyük ölçekli topluluk toplantıları hakkında toplum duyarlılaştırma atölyeleri ve radyo yayınları(ni)*” kapsamaktadır.⁴⁷ Keza psikolojik rehabilitasyon “*toplum bilinci tepkileri, cinsel ve toplumsal cinsiyet temelli şiddetle ilgili geniş tabanlı toplum eğitimini ve barış, adalet, uzlaşma ve rehabilitasyon arasındaki bağlantıları*” da içerebilmektedir.⁴⁸ Maddi desteğe “*geçim kaynakları faaliyetlerini, mesleki eğitimi veya gelir yaratma ve uzun vadeli ekonomik güçlenmeye odaklanmak için eğitim fırsatları sunan*” teşvik edici programlara erişim ile mağdurlar ve onların çocukları için eğitim ödenekleri de dâhildir.⁴⁹ Özetle, destek yetkisi aracılığıyla Güven Fonu rekonstrüktif cerrahi, protez uzuvlar, travmaya dayalı danışmanlık, eğitim desteği, gelir getirici faaliyetler ile çatışma arabuluculuğu ve uzlaşması gibi destekleri sağlamaktadır.⁵⁰ Yardım programları, UCM’deki herhangi bir davayla bağlantılı olmadığından, Güven Fonu projeleri, Mahkemenin yargı yetkisindeki suçlardan zarar gören mağdurların yararlanmalarına ve ihtiyaçlarına birey, aile ve toplum düzeyinde bir karşılık sağlayabilir.⁵¹ Ayrıca yardım projeleri, Güven Fonunun UCM önündeki belirli davalarda uğrılan zararlarla ilgili olarak mümkün olandan daha geniş bir mağdur kitlesine

46 Report to the Assembly of States Parties on the Projects and the Activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the Period 1 July 2019 to 30 June 2020, s.11-12.

47 Report to the Assembly of States Parties on the activities and projects of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the period 1 July 2010 to 30 June 2011, ICC-ASP/10/14, 1 August 2011, para. 9 (a and b).

48 Report to the Assembly of States Parties on the activities and projects of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the period 1 July 2010 to 30 June 2011, para. 9 (b).

49 Report to the Assembly of States Parties on the activities and projects of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the period 1 July 2010 to 30 June 2011, para. 9 (c).

50 Report to the Assembly of States Parties on the Projects and the Activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the Period 1 July 2019 to 30 June 2020, s. 3.

51 Report to the Assembly of States Parties on the Projects and the Activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the Period 1 July 2019 to 30 June 2020, s.11.

yardım edilmesine izin vermektedir.⁵² Sonuç olarak Fon, hem maddi hem de dolaylı her türlü yardımda bulunmaktadır.⁵³ 2008 yılından günümüze Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Uganda'daki 400.000'den fazla kişi, aileleri ve etkilenen topluluklar Güven Fonu destekli yardımdan yararlanmışlardır.⁵⁴

UCM tarafından verilen onarımın aksine Güven Fonunun, mağdur desteğinde yani kural 98(5)'te kaynakların önceliklendirilmesi konusunda daha fazla takdir yetkisine sahiptir. Fonun söz konusu takdir yetkisine karşın bu yetkiye bazı sınırlamalar getirilmektedir. Fon Tüzüğü'nün iki hükmü, yani madde 48 ile 50(a) Fonun mağdurlara destek sağlanması konusundaki takdir yetkisini sınırlama açısından önemlidir. Madde 48 Güven Fonunun diğer kaynakları, ilgili suçlar sonucunda “fiziksel, psikolojik ve/veya maddi zarar gören suç mağdurlarına fayda sağlamak için kullanılacağı(nı)” belirtmiştir. Madde 50(a)'ya göre el koyma işlemleri, “mağdurların ve ailelerinin yararına fiziksel veya psikolojik rehabilitasyon veya maddi destek sağlamak” için gereklidir. Böylelikle Güven Fonu diğer kaynaklarını UCM'nin yargı yetkisindeki suçlar ile fiziksel, psikolojik veya maddi zararlar için kullanacaktır.

Güven Fonunun kurumsal düzeyde karşı karşıya olduğu, uygulama kapasitesinin ve mali kaynakların eksikliği sorunlarının çözülmesi, Lubanga ve Al Mahdi davalarında onarım kararlarını tam olarak tamamlaması; Kuzey Uganda, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Orta Afrika Cumhuriyeti, Fildişi Sahili'ndeki beş yıllık yardım programlarını finanse etmek ve yardım programlarını Gürcistan, Kenya ve Mali'ye genişletmek için son derece önemlidir.⁵⁵ Şu anda, Lubanga, Katanga ve Al Mahdi davalarının onarım kararları, Yargılama Dairesi tarafından onaylanan Güven Fonu Uygulama Planına göre, uygulanma aşamasındadır.⁵⁶

B. Güven Fonunun Kaynakları

Güven Fonu şu şekillerde finanse edilecektir: “(a) Taraf Devletler Meclisi tarafından kabul edilen ilgili kriterlere uygun olarak hükümetlerden, uluslararası kuruluşlardan, bireylerden, şirketlerden ve diğer kuruluşlardan

52 Report to the Assembly of States Parties on the Projects and the Activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the Period 1 July 2019 to 30 June 2020, s.11.

53 Bkz Yunus Emre Gül, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve İnsan Haklarına Katkıları”, 2018, 3(1), *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi*, 293-303, 300.

54 Report to the Assembly of States Parties on the Projects and the Activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the Period 1 July 2019 to 30 June 2020, s. 3.

55 Report to the Assembly of States Parties on the Projects and the Activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the Period 1 July 2019 to 30 June 2020, s. 3.

56 Report to the Assembly of States Parties on the Projects and the Activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the Period 1 July 2019 to 30 June 2020, s. 8.

gönüllü katkılar; (b) Statü'nün 79. maddesi 2. fıkrası uyarınca Mahkeme tarafından emredildiği takdirde, Güven Fonuna aktarılan para cezaları veya müsadere yoluyla toplanan para ve diğer mallar; (c) Usul ve Delil Kuralları'nın 98. kuralı uyarınca Mahkeme tarafından talep edilmesi hâlinde onarım kararı yoluyla toplanan kaynaklar” ve (d) değerlendirilen katkılar dışındaki bu tür kaynakların, Taraf Devletler Meclisi tarafından Güven Fonuna tahsisi.⁵⁷ Bu kaynaklar genel olarak Güven Fonunun kaynaklarını oluşturmaktadır. Bir de Güven Fonunun diğer kaynakları vardır. Söz konusu ayırım UCM'nin bahsi geçen kaynakları, onarım kararlarının tamamlanmasına doğrudan karar verebilip veremeyeceği bakımından önemlidir.

Kural 98(4) ve (5)'in amacına yönelik olarak, Usul ve Delil Kurallarının 98. kuralının 5. fıkrasında belirtilen “*Güven Fonunun diğer kaynakları’, tazminat, para cezası ve hak kaybından toplananlar dışındaki kaynakları ifade eder.*”⁵⁸ Başka bir ifadeyle Güven Fonu Tüzüklerinin, madde 21 (a) ve (d) bentleri uyarınca, Güven Fonunun “diğer kaynakları” “*Taraf Devletler Meclisi tarafından benimsenen ilgili kriterlere uygun olarak hükümetlerden, uluslararası kuruluşlardan, bireylerden, şirketlerden ve diğer kuruluşlardan gönüllü katkılar*” ile Taraf Devletler Meclisinin, Güven Fonuna tahsis etmeye karar verdiği değerlendirilmiş katkılardan oluşmaktadır. Nitekim Taraf Devletler Meclisi, Güven Fonuna mali veya diğer katkıları tahsis edebilir ve bunların nasıl kullanılabilirliğini belirleyebilir.⁵⁹ Fakat Taraf Devletler Meclisinden tahsis edilen kaynaklar az olduğu için diğer kaynakları, temel olarak devletlerden, bireylerden, uluslararası kuruluşlardan, şirketlerden ve diğer kuruluşlardan alınan gönüllü katkılar oluşturmaktadır.

Güven Fonu tarafından cezai tazminat veya gönüllü katkı olarak alınan para, Güven Fonunun takdirine bağlı olarak UCM'nin yargı yetkisi dâhilindeki suçların mağdurlarının yararına kullanılabilir.⁶⁰ Onarım kararı yoluyla toplanan kaynaklar, yalnızca Usul ve Delil Kurallarının 85. kuralında tanımlandığı şekilde mağdurlara ve hükümlü tarafından işlenen suçlardan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenen gerçek kişilerin ailelerine fayda sağlamaktadır.⁶¹ Başka bir ifadeyle onarım kararıyla toplanan kaynaklar, UCM tarafından bir hü-

57 Establishment of a fund for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims, para. 2; Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 21.

58 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 47.

59 Regulations of the Trust Fund for Victims, Articles 35 and 36.

60 Bkz Peter G. Fischer, “The Victims’ Trust Fund of the International Criminal Court -Formation of a Functional Reparations Scheme”, *Emory International Law Review*, 17 (1), 2003, s. 204.

61 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 46.

kümlü hakkında onarım kararı verilen suçların mağdurları için kullanılacaktır. Yine müsadere ve para cezalarıyla toplanan kaynaklar da UCM temelli onarım kararlarında kullanılmaktadır. Bu bağlamda Roma Statüsü madde 77(2) (b) uyarınca suç gelirlerinin müsadere edilmesi ve madde 79(2) uyarınca Güven Fonuna tevdi edilmesi yoluyla toplanan diğer mülkler de Güven Fonunun kaynaklarını oluşturabilmektedir. Ancak para cezaları ve müsadere yoluyla ve onarım kararıyla toplanan kaynaklar Güven Fonunun diğer kaynakları değildir. Para cezaları ve müsadere yoluyla toplanan kaynaklar ile onarım kararıyla Güven Fonuna aktarılanlar UCM'nin vermiş olduğu onarım kararlarının uygulanmasında kullanılmaktadır.

Taraf Devletler Meclisinin Eylül 2002 tarihli “*Mahkemenin (UCM'nin) yargı yetkisine giren suçların mağdurları ve bu mağdurların ailelerinin yararına bir fon oluşturulmasına*” ilişkin kararına göre, Hükümetlerden, uluslararası kuruluşlardan, bireylerden, şirketlerden ve diğer kuruluşlardan gelen gönüllü katkılar, 9. ve 10. paragraflarda belirtilen kriterlere uygun olarak Güven Fonu Yönetim Kurulunun onayına sunulur.⁶² Kurul, Güven Fonunun hedefleri ve faaliyetleriyle uyumlu olmayan gönüllü katkıları,⁶³ ayrıca bağışçı tarafından talep edilen dağılımların, farklı mağdur grupları arasında mevcut fonların ve malların açıkça adaletsiz dağılımına neden olacak gönüllü katkıları⁶⁴ ve Hükümetler tarafından belli bir yönde kullanılması için tahsis edilerek Güven Fonunun bağımsızlığını etkileyen gönüllü katkıları reddetmektedir.⁶⁵ Hükümetlerden yapılacak gönüllü katkıların belli bir yönde kullanılması talep edilememektedir.⁶⁶ Fakat diğer gönüllü katkılar, bağışçı tarafından talep edildiği sürece, bir Güven Fonu faaliyeti veya projesi için katkının üçte birine kadar bağışçı tarafından tahsis edilebilir.⁶⁷ Usul ve Delil Kurallarınının 85. kuralında tanımlandığı üzere mağdurlara ve ailelerine fayda sağlamak ve katkıların uluslararası hukuk kapsamında özel korumadan yararlananlara yardım etmeyi amaçlaması koşuluyla ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüş, ulusal, etnik veya diğer köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler temelinde

62 Establishment of a fund for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims, para. 8; Bkz Önok, s.138.

63 Establishment of a fund for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims, para. 9; Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 30 (a).

64 Establishment of a fund for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims, para. 10; Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 30 (b ve d).

65 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 30 (b ve c).

66 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 27.

67 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article. 27.

ayrımcılığa neden olmaması koşullarıyla hükümetlerin yaptıkları katkılar dışında diğer kaynaklar bakımından tahsis yapılabilmektedir.⁶⁸ Gönüllü katkıının tahsis edilmesi ancak ilgili amaca ulaşılamaması hâlinde Kurul, bağışçının mutabakatına bağlı olarak katkıyı Genel Hesabına tahsis eder.⁶⁹ 2004 yılından günümüze Güven Fonuna 45 taraf devlet gönüllü katkıda bulunmuştur.⁷⁰ Fona 1 Temmuz 2019 ile 30 Haziran 2020 tarihleri arasında devletlerden alınan 2.633.551,33 avro, kurumlardan ve bireylerden 26.622,09 ve 5,587.30 avro ile 63,899.06 Amerikan doları faiz geliri elde edilmiştir.⁷¹

C. UCM'nin Güven Fonunun Diğer Kaynaklarını Doğrudan Kullanabilmesi Sorunu

Güven Fonunun kaynaklarının kullanımı ne Roma Statüsünde ne de Usul ve Delil Kurallarında özel olarak ele alınmaktadır. UCM'nin verdiği para cezaları ve müsadere kararları ile toplanan paralar üzerinde doğrudan onarımlarda kullanılmasına hükmetme yetkisi vardır. Bazı durumlarda toplanan kaynaklar yani para cezaları ve müsadere kararlarının yerine getirilmesinde yeterli olmayabilir. Bu gibi durumlarda “Güven Fonunun ‘diğer kaynakları’ 79. madde hükümlerine tabi olarak mağdurların yararına kullanıl(ması)”⁷² ve Roma Statüsü madde 75’in birinci cümlesinde UCM’nin hükümlü hakkında doğrudan karar verebileceğini belirtip ikinci cümlesinde “uygun olduğu durumlarda Mahkeme, onarım kararının 79. maddede öngörülen Güven Fonu aracılığıyla yapılmasına karar verebilir” hükümlerinden yola çıkarak Güven Fonunun diğer kaynaklarının UCM tarafından verilen onarım kararlarını tamamlamada kullanılıp kullanılmayacağı sorunsalı karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, Roma Statüsü 75(2). maddesinin ikinci cümlesinin makul bir yorumu, hükümlü bir kişiye karşı onarım kararı verildikten sonra, onarımın Güven Fonu aracılığıyla verilmesine de karar verilebileceğidir.⁷³

68 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 27.

69 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 28.

70 Andorra, Avustralya, Avusturya, Bangladeş, Belçika, Şili, Kolombiya, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Macaristan, İrlanda, İtalya, Japonya, Ürdün, Letonya, Lihtenştayn, Lüksemburg, Mali, Meksika, Hollanda, Yeni Zelanda, Nijerya, Norveç, Filipinler, Polonya, Portekiz, Kongo Cumhuriyeti, Kore Cumhuriyeti, Senegal, Sierra Leone, Slovakya, Slovenya, Güney Afrika, İspanya, İsveç, İsviçre, Trinidad ve Tobago, Birleşik Krallık ve Uruguay (Report to the Assembly of States Parties on the Projects and the Activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the Period 1 July 2019 to 30 June 2020, s. 3).

71 Report to the Assembly of States Parties on the Projects and the Activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the Period 1 July 2019 to 30 June 2020, s. 2.

72 Usul ve Delil Kuralları, kural 98 (5).

73 *Prosecutor v. Thomas Lubanga*- Public Redacted Version of ICC-01/04-01/06-2803-Conf-Exp-Trust Fund for Victims’ First Report on Reparations, Trial Chamber I, No: ICC-01/04-01/06, 1st September 2011, para. 98.

Güven Fonu Tüzükleri madde 56 “diğer kaynakların” onarımların tamamlanmasında dayanak olarak gösterilmesine rağmen, bu madde kapsamında Güven Fonu Genel Kurulunun “diğer kaynaklarının” kullanılması konusunda mutlak bir takdir yetkisine sahip olup olmadığı da açık değildir.⁷⁴ Bu madde uyarınca, Güven Fonu Yönetim Kurulu, onarım kararları yoluyla toplanan kaynakların yalnızca “Güven Fonunun diğer kaynakları” ile tamamlanıp tamamlanmayacağını belirleyerek UCM’ye tavsiyede bulunmaktadır.⁷⁵ Yine bu Tüzüğe göre mağdurların madde 50(a)’daki faaliyetlerine hanel getirmeksizin, Yönetim Kurulu, Usul ve Delil Kurallarının kural 98(3) ve (4) uyarınca onarım kararlarını tamamlamak için yeterli kaynak sağlama ihtiyacını dikkate alarak Fonu yönetmek için makul tüm çabayı gösterecektir. Bir görüşe göre, Usul ve Delil Kurallarının 98(5). kuralı, “*Güven Fonunun diğer kaynaklarının 79. madde hükümlerine tabi olarak mağdurların yararına kullanılabileceğini*” belirterek böyle bir yorumu desteklemektedir.⁷⁶

Bir no.lu Yargılama Dairesi onarımların gerçekleştirilebilmesi için Güven Fonunun diğer kaynaklarının kullanılarak tamamlanabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda Bir no.lu Yargılama Dairesine göre “*Güven Fonu yoluyla onarım kavramı ve Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin uygulanması ile ilgili olarak, Daire, ‘aracılığıyla’ kelimesine olağan yani, ‘vasıtasıyla’ anlamını verir. Dolayısıyla, Statü’nün 75(2). maddesi, Güven Fonu ‘aracılığıyla’ onarıma hükmedilebileceğini öngördüğünde, Mahkeme, kararın uygulanmasında Güven Fonu’nun lojistik ve mali kaynaklarından yararlanma hakkına sahiptir. Ayrıca Daire, hüküm giymiş şahsın mal varlığı olmadığında, Güven Fonu ‘aracılığıyla’ onarım kararı verilirse, karar, ele geçirilen ve Güven Fonu’na yatırılan fonlar ve varlıklar ile sınırlı değildir, ancak onarım, en azından potansiyel olarak, Güven Fonu’nun kendi kaynakları tarafından desteklenebilir. Bu yorum, TFV (Trust Fund for Victims, Güven Fonu) Tüzükleri madde 56 ve (Usul ve Delil) Kuralları, kural 98(5) ile uyumludur. (Usul ve Delil) Kuralları, kural 98(5), Güven Fonunun mağdurların yararına “diğer kaynakları” kullanabileceğini öngörür.*”⁷⁷ Bu karar bağlamında ayrıca

74 *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*- Confidential, Ex Parte only available to the Registry and Trust Fund for Victims Second Report of the Registry on Reparations, No.: ICC-01/04-01/06, 1st September 2011, para. 3.

75 Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 56.

76 K.A.A. Khan, “Article 79 Trust Fund” Ed. O. Triffler and K. Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd editions, Beck/Hart/Nomos, 2016, s. 1907.

77 *Prosecutor v. Thomas Lubanga*- Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, Trial Chamber I, No: ICC-01/04-01/06, 7 August 2012, paras. 270-271; Bkz ayrıca International Criminal Court, *Representing Victims before the International Criminal Court- A Manual for legal representatives*, 2010, The Office of Public Counsel for Victims, s. 563.

UCM'ye göre maddenin Fransızca versiyonu⁷⁸ duruma açıklık getirmektedir. Özellikle, 75(2). maddenin ikinci cümlesinin Fransızca versiyonundaki dili oldukça açıktır.⁷⁹ Buna göre [Güven Fonu] “aracılığıyla” terimi, ilk cümlede kullanılan [hükümlü aleyhine] “doğrudan” kelimesiyle yan yana getirildiğinde, Mahkemenin onarım sistemindeki Güven Fonunun aracı/uygulama rolünü gösterecek şekilde anlaşılmalıdır.⁸⁰ Güven Fonu ise hükümlü aleyhine onarım kararının uygulanmasında yalnızca aracı rolü olduğunu ve bu durumun Statü madde 75(2)'nin Fransızca versiyonunun ikinci cümlesinde çok açık bir şekilde belirtildiğini ifade etmiştir.⁸¹

UCM, dava temelli onarım kararlarının Mağdurlar İçin Güven Fonu “aracılığıyla” verilmesine karar verme yetkisine sahiptir ki bu, UCM'ye göre, Mahkemenin bir failin müsadere edilen varlıklarının Fona tevdi edilebileceği ve UCM'nin Fonun varlıklarını belirli bir şekilde kullanabilmesi için karar verebileceği anlamına gelir.⁸² Ancak UCM, hükümlünün mal varlığı olmadığında, Güven Fonu aracılığıyla onarımın gerçekleştirilmesi durumunda, onarımın el konulan ve yatırılan fonlar ve mal varlığıyla sınırlı olmadığı görüşündedir.⁸³ Bu yorum, Usul ve Delil Kuralları kural 98(5) ve Güven Fonu Tüzükleri madde 56 ile uyumludur.⁸⁴ Ayrıca, bu yorum, Bir no.lu Ön Yargılama Dairesinin, Güven Fonu Tüzükleri madde 50 uyarınca, Güven Fonunun UCM'ce karar verilen onarımın kapsamı dışındaki faaliyetlerde bulunmasına izin veren kararıyla tutarlıdır ve “*Güven Fonu'nun sorumluluğu her şeyden önce, Statü'nün 75. maddesi uyarınca bir Mahkemenin onarım kararı vermesi durumunda yeterli fonu sağlamaktır.*”⁸⁵ Güven Fonu kendi kaynakları ile finanse edilecek onarımların doğası gereği kolektif olma eğiliminde olacağını veya Güven Fonu Tüzükleri madde 56 uyarınca bir kuruluşa yapılacağını belirtmektedir.⁸⁶

Yukarıda değinildiği üzere UCM, Güven Fonunun diğer kaynaklarının kul-

78 Maddenin Fransızcası: “Le cas échéant, la Cour peut décider que l'indemnité accordée à titre de réparation est versée par l'intermédiaire du Fonds visé à l'article 79.”

79 *Prosecutor v. Thomas Lubanga*- Public Redacted Version of ICC-01/04-01/06-2803-Conf-Exp-Trust Fund, para. 99.

80 *Prosecutor v. Thomas Lubanga*- Public Redacted Version of ICC-01/04-01/06-2803-Conf-Exp-Trust Fund, para. 100.

81 *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*- Observation of the Trust Fund for Victims on the Appeals Against Trial Chamber I's “Decision Establishing the Principles and Procedures to be Applied to Reparations”, No: ICC-01/04-01/06, 08 April 2013, para. 107.

82 The Case-Based Reparations Scheme at the International Criminal Court, War Crimes Research Office International Criminal Court Legal Analysis and Education Project, June 2010, s. 2.

83 The Case-Based Reparations Scheme at the International Criminal Court, s. 2.

84 The Case-Based Reparations Scheme at the International Criminal Court, s. 2.

85 The Case-Based Reparations Scheme at the International Criminal Court, s. 2.

86 The Case-Based Reparations Scheme at the International Criminal Court, s. 2.

lanılmasına karar verebilir. Ancak Roma Statüsü diğer kaynakların kullanılabileninden bahsederken İngilizce ifade olarak “may” kullanmıştır.⁸⁷ Keza Temyiz Dairesi, Usul ve Delil Kuralları kural 98(5)’teki “olabilir” (may) kelimesinin, “diğer kaynakları” kullanma kararının isteğe bağlı bir karar olduğunu ve zorunlu olmayacağı anlamına geldiğini düşünmektedir.⁸⁸ Temyiz Dairesi, bu “diğer kaynakları” kullanma kararını kimin vereceği ile ilgili olarak, Güven Fonu Tüzüklerinin 50. ve 56. maddelerinin bu kararın Güven Fonu Yönetim Kurulu tarafından verileceğini açıkça belirtmektedir.⁸⁹ Başka bir deyişle UCM diğer kaynakların onarımları tamamlamada emredemeyeceğini ve sadece söz konusu kaynakların kullanılmasında Fonun Yönetim Kurulunun takdir yetkisinde olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda onarımların Güven Fonunun “diğer kaynaklarının” kullanımı, yalnızca Güven Fonu Kurulunun kararıyla ve takdirine bağlı olarak mümkündür.⁹⁰ Böylece Güven Fonu Mahkemenin onarım kararlarını yerine getirmek için yasal olarak «diğer kaynaklarını» kullanmak zorunda değildir.⁹¹ Güven Fonu, kaynaklarının mağdurların yararına en iyi şekilde kullanması bakımından takdir yetkisine sahiptir.

Onarım kararlarının Güven Fonunun diğer kaynaklarının kullanılarak tamamlanmasına ilişkin Güven Fonu Tüzükleri madde 56, Usul ve Delil Kuralları kural 98(3)’e göndermede bulmaktadır. Bu nedenle de bu kaynakların sadece kolektif onarımlar bakımından kullanılabilenine dair açıklık vardır.⁹² Fakat bireysel onarımlar bakımından diğer kaynakların kullanılabilenliği herhangi bir düzenlemede belirgin bir şekilde yer almamaktadır. Katanga davasında bireysel onarımların da Güven Fonunun diğer kaynakları ile gerçekleştirilmesi hususu tartışılmıştır. Bay Katanga muhtaç(indigence the convicted person) ilan edilmiştir. UCM, hükümlünün, muhtaçlık nedeniyle derhâl bir onarım kararına uyacak durumda olmaması nedeniyle Güven Fonunun, Güven Fonu Tüzükleri

87 Rule 98 (5) of the Rules provides that the Trust Fund **may** use “other resources” for the benefit of victims (*the Prosecutor v. Thomas Lubanga*- Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, para. 271.)

88 The Office of Public Counsel for Victims, “Representing Victims before the International Criminal Court- A Manual for legal representatives”, s. 536.

89 The Office of Public Counsel for Victims, “Representing Victims before the International Criminal Court- A Manual for legal representatives”, s. 536-7.

90 *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*- Observations on Reparations in Response to the Scheduling Order of 14 March 2012, No: ICC-01/04-01/06-2872, 25 April 2012, para. 243.

91 Bkz Tom Dannenbaum, “The International Criminal Court, Article 79, and Transitional Justice: The Case for an Independent Trust Fund for Victims”, *Wisconsin International Law Journal*, 2010. 28 (2), s. 236.

92 Bkz *Prosecutor v. Germain Katanga*-Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex (Annex I) and one confidential annex ex parte, Common Legal Representative of the Victims, Office of Public Counsel for Victims and Defence team for Germain Katanga (Annex II), Trial Chamber II, No: ICC-01/04-01/07, 24 March 2017, para. 269.

madde 56'da öngörüldüğü üzere gerekli miktarı “diğer kaynaklarından” ödeyerek onarımların tamamlanmasını sağlayabileceğini belirtmiştir.⁹³ Nitekim Daire, Güven Fonunun madde 56'da, Usul ve Delil Kurallarının 98(2) kuralına atıf yapılmadığını ve dolayısıyla hükmün bireysel onarımlara ilişkin sessiz kalmış olduğunu belirtmiş ve bunun da Güven Fonunun “diğer kaynaklarının” maddi tazminat gibi bireysel onarımları tamamlamayı amaçlamadığı anlamına geldiğini ifade etmiştir.⁹⁴ Diğer bir ifadeyle Güven Fonunun diğer kaynaklarının, kolektif onarımların tamamlanmasında kullanılabilmesine rağmen bireysel onarımlarda kullanılmasının mümkün olmadığı anlamına gelmektedir.

Fon, Güven Fonu Tüzükleri madde 56'nın Usul ve Delil Kurallarının 98(2). kuralına atıfta bulunulmamasından dolayı, bu kuralın hükümlü tarafından finanse edilmesi gereken bir hüküm olduğunu düşünmektedir.⁹⁵ Yani bireysel onarımlar hükümlü tarafından karşılanmalıdır. Ancak UCM'ye göre ise onarım koşullarının sağlandığı durumlarda bireysel onarıma hükmetmede mahkûmun ödeme gücüne bakılmaz ve dahası, UCM'ye göre bir hükümlünün yoksulluğunun yükü tek başına mağdurlara yüklenmemelidir.⁹⁶ Güven Fonu Tüzükleri madde 56 uyarınca, Fonun “diğer kaynaklarının” onarımların tamamlanması amacıyla tahsis edilip edilmeyeceğinin belirlenmesi, yalnızca Güven Fonu Yönetim Kurulunun takdirine bağlıdır.⁹⁷ Bu bağlamda UCM'ye göre madde 56 kapsamında Yönetim Kurulu “*onarım kararlarını tamamlamak için yeterli kaynak sağlama ihtiyacını dikkate alarak Fonu yönetmek için makul tüm çabayı gösterecektir.*”⁹⁸ Bununla birlikte UCM, ilgili Tüzükte Güven Fonu

93 *Prosecutor v. Germain Katanga*-Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex, para. 330. The Chamber notes that where on account of indigence the convicted person is not in a position to comply with an order for reparations forthwith, the TFV may complement the resources collected through awards for reparations by disbursing the necessary amount from its “other resources”, as foreseen by regulation 56 of the Regulations of the TFV.” Mahkeme, TVF'nin diğer kaynaklarının kullanılabilmesinden bahsederken may kullanmıştır.

94 *Prosecutor v. Germain Katanga*-Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex, para. 331; *Prosecutor v. Germain Katanga*, Observations on Reparations Procedure, Trial Chamber II, No: ICC-01/04-01/07, 13 May 2015, para. 139.

95 *Prosecutor v. Germain Katanga*-Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex, para. 331.

96 *Prosecutor v. Germain Katanga*-Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex, para. 335.

97 *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*- Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2, No: ICC-01/04-01/06-3129, 03 March 2015, para. 114; *Prosecutor v. Germain Katanga*-Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex, para. 336.

98 *Prosecutor v. Germain Katanga*-Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex, para. 336.

Yönetim Kurulunun bireysel onarımları tamamlamak için diğer kaynaklarını kullanmasını engelleyen herhangi bir hüküm olmadığını da düşünmektedir.⁹⁹ Ayrıca UCM, sadece kolektif onarım gerçekleştirilmesi hâlinde Bay Katanga tarafından işlenen suçlar sonucunda “mağdurlara yapılan adaletin teslimi ve zararın telafisi(nin)” eksik olacağını düşünmektedir.¹⁰⁰ Son olarak UCM, Güven Fonu kaynaklarının, Usul ve Delil Kurallarının 85. kuralında tanımlanan Mahkemenin yargı yetkisi dâhilindeki suç mağdurlarına fayda sağlamak için kullanılacağını hatırlatır.¹⁰¹ Böylece UCM bireysel onarımlar bakımından her ne kadar Mahkeme ve Fonu düzenleyen belgelerde açık hüküm olmasa da mağdurların zararları tek başlarına yüklenmemeleri için Güven Fonunun alaçağı kararla diğer kaynakların kullanılması ile mağdurların zararlarının giderileceği görüşündedir.

Yukarıda bahsedildiği üzere genel kabul edilen görüşe göre Mahkeme, Fona yapılan gönüllü katkılardan elde edilen kaynaklar üzerinde herhangi bir kontrole sahip olmadığı için Fon, UCM temelli onarım kararlarını yerine getirmek için gönüllü katkılardan topladığı kaynakları kullanmayı tercih edebilmesine rağmen, bunu yapmasını zorunlu kılan bir dayanak yoktur.¹⁰² Güven Fonu Tüzükleri, UCM’nin verdiği onarım kararlarını gerçekleştirmek için “diğer kaynaklarının” kullanılmasına izin verir.¹⁰³ Başka bir ifadeyle UCM, diğer kaynakların kullanılmasında Güven Fonuna talimat veremez. Sadece kaynakların kullanılmasını tavsiye edebilir. Usul ve Delil Kurallarının hazırlık çalışmalarında, UCM’ye Güven Fonunun kaynaklarını kendi kaynakları ile tamamlaması için talimat verme yetkisi kabul edilmemiştir.¹⁰⁴ Bu bağlamda UCM onarımların tamamlanması için Güven Fonundan, Usul ve Delil Kuralları, kural 98(5) kapsamındaki diğer kaynaklarının UCM’ye aktarılmasını emredememektedir. Başka bir deyişle bu konuda Güven Fonu takdir yetkisine sahiptir. Ancak Güven Fonunun bu konuda hangi ölçüde bağımsız olduğuna dair Roma Statüsü ile Usul ve Delil Kurallarında bir açıklık yoktur. Kolektif onarımların Fonun diğer kaynakları tarafından tamamlanabileceğini UCM Katanga kararıyla açık-

99 *Prosecutor v. Germain Katanga-Order for Reparations* pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex, para. 337.

100 *Prosecutor v. Germain Katanga-Order for Reparations* pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex, para. 339.

101 *Prosecutor v. Germain Katanga-Order for Reparations* pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex, para. 340.

102 Bkz The Case-Based Reparations Scheme at the International Criminal Court, s. 2.

103 Edda Kristjánsdóttir, “International Mass Claims Processes and the ICC Trust Fund for Victims” Ed. C. Ferstman, M. Goetz and A. Stephens, *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity-Systems in Place and Systems in the Making*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 175.

104 Dwertmann, s. 272-3.

ça kabul etmiş ancak bireysel onarımlar bakımından tamamlanmanın mümkün olup olmayacağı sorusunu gündeme getirmiştir. Bu bağlamda da UCM, ne Statüde ne de Usul ve Delil Kuralları ile Güven Fonu Tüzüklerinde bireysel onarımların da Güven Fonunun diğer kaynaklarından gerçekleştirilmesine bir engel olmadığını da tespit etmiştir.

Doğrudan onarımlarda, Fon onarımların gerçekleştirilmesi sürecine dâhil olmaz.¹⁰⁵ Yani bireysel onarımlar UCM tarafından doğrudan uygulanır. Sadece istisnai durumlarda bireysel onarımlar Güven Fonu aracılığıyla gerçekleştirilir. Kolektif onarımlar ise Güven Fonu aracılığıyla uygulanır. Güven Fonu Tüzüklerine bakıldığında, Fonun UCM'nin emrettiği tüm onarım kararlarını tamamlama gücüne sahip olup olmadığına dair bir açıklık yoktur.

Güven Fonu Tüzükleri madde 56 incelendiğinde Fonun diğer kaynaklarının bireysel onarımları dışarıda bıraktığı anlaşılmaktadır. Nitekim UCM Güven Fonu aracılığıyla onarımların yerine getirilmesine hükmettiğinde sadece kolektif onarımlar diğer kaynaklar tarafından tamamlanabilir. Bireysel onarımlar bakımından böyle bir tamamlama söz konusu değildir. Ancak Güven Fonu Tüzüğü geniş bir şekilde yorumlandığında ise bireysel onarımların da Güven Fonu aracılığıyla tamamlanmasında da herhangi bir engel yoktur.¹⁰⁶ Bu görüşe paralel olan diğer görüşe göre de bireysel onarımların gerçekleştirilmesinde kaynakların yeterli olmaması hâlinde Güven Fonu diğer kaynaklarını söz konusu bireysel onarımı gerçekleştirmek için kullanabilir.¹⁰⁷ Güven Fonu, Mahkeme tarafından emredilen onarım kararını uygulamak için kendi kaynaklarını tahsis ettiğinde, hükümlü Güven Fonunun borçlusu hâline gelir.¹⁰⁸

Güven Fonunun diğer kaynaklarının onarımları tamamlamada kullanıldığı görülmektedir. Örneğin Lubanga davasında hükümlünün sorumluluğu, Yargılama Dairesi tarafından 10.000.000 ABD Doları olarak belirlenmiştir ve Fonun Yönetim Kurulu, 3.850.000 Avro'ya kadar olan onarımları tamamlamıştır.¹⁰⁹ Katanga davasında hükümlünün sorumluluğu, Yargılama Dairesi tarafından 1.000.000 ABD Doları olarak tespit edilmiştir ve Güven Fonu Yönetim Kurulu, zararın tamamını karşılamıştır.¹¹⁰ Al Mahdi davasında hükümlünün sorumluluğu 2.700.000 avro olarak tayin edilmiştir ve Güven Fonu Yönetim Kurulu

105 Bkz Dwertmann, s. 267.

106 Bkz Dwertmann, s. 272.

107 Kabalira, s. 361.

108 Dwertmann, s. 273.

109 Report to the Assembly of States Parties on the Projects and the Activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the Period 1 July 2019 to 30 June 2020, s. 9, para.32.

110 Report to the Assembly of States Parties on the Projects and the Activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the Period 1 July 2019 to 30 June 2020, s. 10, para.41.

zararın 1.350.000 Avroluk kısmının tamamlanmasına karar vermiştir.¹¹¹

Sonuç olarak UCM, Güven Fonunun diğer kaynaklarının onarımları tamamlamada kullanılmasına doğrudan karar veremez. ‘Diğer kaynakların’ kullanılması aracılığıyla UCM’nin onarım kararlarının tamamlanmasında yetkili, Güven Fonu Genel Kuruludur. Söz konusu tamamlamada UCM hem bireysel hem de kolektif onarımlar bakımından tavsiyede bulunabilir. Mağdurların zararları tek başlarına yüklenmemeleri için gerektiğinde bireysel onarımların gerçekleştirilmesinde de diğer kaynaklar kullanılabilir.

Sonuç

UCM’nin yargı yetkisine giren suçların mağdurlarının zararları Mahkeme tarafından onarım kararı ile giderilmektedir. Ancak UCM’de muhakemenin başlatılabilmesi için de UCM savcısının *proprio motu* yetkilerini kullanması ya da durumun bir devlet veya Güvenlik Konseyi tarafından Mahkemeye havale edilmesi gerekmektedir. Ancak yargılama her zaman mümkün olmadığı için ve yargılamanın beraatle sonuçlandığı durumlarda mağdurların zararlarını gidermeleri mümkün değildir. Bu nedenlerle de bahsi geçen durumlardan dolayı hem mağdurların hem de yakınlarının zararlarını gidermek için UCM bünyesinde Mağdurlar için Güven Fonu kurulmuştur. Güven Fonu çerçevesinde mağdurların zararlarının giderilmesi destek olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan destek kavramı onarımdan farklıdır. Mağdurların destek alabilmesi için UCM’nin yargı yetkisine giren bir suçtan dolayı mağdur olması yeterlidir. Onarımlar gibi UCM tarafından verilen bir kararın olmasına gerek yoktur.

Güven Fonu sadece mağdurlara destek sağlamaz. Aynı zamanda UCM tarafından verilen kararların uygulanmasında da UCM’ye yardım etmektedir. Fon genel olarak kolektif onarımların gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. Ancak istisnai durumlarda bireysel onarımların gerçekleştirilmesinde de rol oynayabilmektedir.

Son olarak Güven Fonu hükümlünün mali imkanlarının yetersiz olduğu durumlarda UCM’nin tavsiyesi üzerine kolektif onarımların uygulanabilmesi için diğer kaynaklarını kullanarak mağdurların zararlarının giderilmesini de sağlamaktadır. Bireysel onarımlar yani tazminatlar genel olarak hükümlü tarafından karşılanmaktadır. Ancak Katanga kararında görüleceği üzere, hükümlü muhtaç ilan edilmiş ve UCM mağdurların ortaya çıkan zararları tek başlarına üstlenmemeleri için bireysel onarımların da Güven Fonunun diğer kaynakları tarafından karşılanabileceğini tavsiye etmiştir. UCM’ye ilişkin belgelerde bi-

111 Report to the Assembly of States Parties on the Projects and the Activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the Period 1 July 2019 to 30 June 2020, s. 9, para.33.

reysel onarımların Fon tarafından karşılanmasına bir engel olmaması ve mağdurların da zararları tek başlarına yüklenmemeleri için bireysel onarımların da Fon tarafından karşılanması uygun olacaktır.

Yukarda bahsedilenlerden yola çıkarak Güven Fonu mağdurların zararlarının karşılanması ve topluma yeniden entegrasyonu için önemli bir rol oynamaktadır. Böylece hem mağdurlara destek sağlanmakta hem de bu destek sonucu toplumsal barış ve huzurun sağlanmasına katkıda bulunmaktadır.

KAYNAKLAR

- Åberg, Malin, *The Reparations Regime of the International Criminal Court- Reparations or General Assistance?*, 2014, <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:801293/FULLTEXT01> (01.02.2021), 2014.
- Aksar, Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Dannenbaum, Tom, “The International Criminal Court, Article 79, and Transitional Justice: The Case for an Independent Trust Fund for Victims”, *Wisconsin International Law Journal*, 2010. 28 (2).
- Doğan, İlyas, *Devletler Hukuku*, Genişletilmiş 3. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2016.
- Dwertmann, Eva, *The Reparation System of the International Criminal Court- Its Implementation, Possibilities and Limitations*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- Establishment of a fund for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims, Resolution ICC-ASP/1/Res.6, Annex to the resolution, Adopted at the 3rd plenary meeting, on 9 September 2002, Annex to the resolution.
- Establishment of the Secretariat of the Trust Fund for Victims, Resolution ICC-ASP/3/Res.7, Adopted at the 6th plenary meeting, on 10 September 2004.
- Ferstman, Carla and Goetz, Mariana, “Reparations before the International Criminal Court: The Early Jurisprudence on Victim Participation and its Impact on Future Reparations Proceedings”, Ed. Carla Ferstman, Mariana Goetz and Alan Stephens, *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity-Systems in Place and Systems in the Making*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Fischer, Peter G., “The Victims’ Trust Fund of the International Criminal Court -Formation of a Functional Reparations Scheme”, *Emory International Law Review*, 17 (1), 2003.
- Gül, Yunus Emre, ‘Uluslararası Ceza Mahkemesi ve İnsan Haklarına Katkıları’ 2018, 3(1), *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi*, 293-303.
- <http://sorular.rightsagenda.org/Uploads/UCM%20MEV/Roma%20Stat%C3%BCs%C3%BC.pdf>, (18.08.2021).
- International Criminal Court, Representing Victims before the International Criminal Court- A Manual for legal representatives, 2010, The Office of Public Counsel for Victims.
- Kabalira, Stanislas, *The Right to Reparations Under the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC)* 2014 (Doctoral Dissertation Sapienza University of Rome).
- Khan, K.A.A., “Article 79 Trust Fund” Ed. O. Triffterer and K. Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3th editions, Beck/Hart/Nomos, 2016.
- Krancı, Burcu ve Oskay, H Tolga, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Mağdur Hakları El Kitabı*, Ece Matbaası, Ankara, 2010.
- Kristjánssdóttir, Edda, “International Mass Claims Processes and the ICC Trust Fund for Victims” Ed. C. Ferstman, M. Goetz and A. Stephens, *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity-Systems in Place and Systems in the Making*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Kıl, Muhammet Celal, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecâvüz (Saldırı) Suçu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

- McCarthy, Conor, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- Moffett, Luck., *Meaningful and Effective? Considering Victims' Interests Through Participation at the International Criminal Court*, *Criminal Law Forum*, 2015, 26(2), https://www.researchgate.net/publication/276911951_Meaningful_and_Effective_Considering_Victims'_Interests_Through_Participation_at_the_International_Criminal_Court (18.12.2020).
- Önok, R, Murat, *Tarihi Perspektifyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhankitabevi, Ankara, 2003.
- *Prosecutor v. Germain Katanga*, Observations on Reparations Procedure, Trial Chamber II, No: ICC-01/04-01/07, 13 May 2015.
- *Prosecutor v. Germain Katanga*-Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex (Annex I) and one confidential annex ex parte, Common Legal Representative of the Victims, Office of Public Counsel for Victims and Defence team for Germain Katanga (Annex II), Trial Chamber II, No: ICC-01/04-01/07, 24 March 2017.
- *Prosecutor v. Thomas Lubanga*- Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, Trial Chamber I, No: ICC-01/04-01/06, 7 August 2012.
- *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*- Confidential, Ex Parte only available to the Registry and Trust Fund for Victims Second Report of the Registry on Reparations, No.: ICC-01/04-01/06, 1st September 2011.
- *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*- Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2, No: ICC-01/04-01/06-3129, 03 March 2015.
- *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*- Observation of the Trust Fund for Victims on the Appeals Against Trial Chamber I’s “Decision Establishing the Principles and Procedures to be Applied to Reparations”, No.: ICC-01/04-01/06, 08 April 2013.
- *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*- Observations on Reparations in Response to the Scheduling Order of 14 March 2012, No: ICC-01/04-01/06-2872, 25 April 2012.
- *Prosecutor v. Thomas Lubanga*- Public Redacted Version of ICC-01/04-01/06-2803-Conf-Exp-Trust Fund for Victims’ First Report on Reparations, Trial Chamber I, No: ICC-01/04-01/06, 1st September 2011.
- REDRESS, ‘Making Sense of Reparations at the International Criminal Court’, 2018 Background Paper.
- Regulations of the Trust Fund for Victims, Resolution ICC-ASP/4/Res.3.
- Report to the Assembly of States Parties on the activities and projects of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the period 1 July 2010 to 30 June 2011, ICC-ASP/10/14, 1 August 2011.
- Report to the Assembly of States Parties on the Projects and the Activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the Period 1 July 2019 to 30 June 2020.
- Rules of Procedure and Evidence of ICC (UCM Usul ve Delil Kuralları).
- Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, 3th edn, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- Situation in Uganda, Notification of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims in accordance with Regulation 50 of the Regulations of the Trust Fund for Victims with

Confidential Annex, No: ICC-02/04, 25 January 2008.

- TBMM, ‘Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm(18.08.2021).
- Telli, Kutay, *Cezasızlık Olgusuna Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, R. Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- The Case-Based Reparations Scheme at the International Criminal Court, War Crimes Research Office International Criminal Court Legal Analysis and Education Project, June 2010.
- Trust Fund for Victims, <https://www.trustfundforvictims.org/en/about/vision> (18.08.2021).
- Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi, 2006, Ankara, (Çevirenler: Hivren Özkol ve Gülay Arslan, Gözden Geçiren: Devrim Aydın).
- Wierda Marieke and de Greiff Pablo, ‘Reparations and the International Criminal Court: A Prospective Role for the Trust Fund for Victims’ 2004 *International Center for Transitional Justice* 1-14.

The Concepts of the Responsibility to Protect and Human Security within the United Nations: Return on the Meanings*

Birleşmiş Milletler’de Koruma Sorumluluğu ve İnsan Güvenliği Kavramları: Anlamlara Dönüş

Hakkı Hakan ERKİNER**, Emerant Yves Omgba AKOUDOU***

ABSTRACT

Since their emergence, the concepts of the responsibility to protect and human security have been subject to a particular thinking and practical attention of the whole international community. The United Nations, which is the epicenter of this phenomenon, had inescapably to take an official position on the meanings of these concepts. This paper revisits the sense of these meanings and mainly based on the normative production of the United Nations and General Assembly, it postulates that they rest only on the principles of the current world order embodied by the United Nations Charter, summing up in the responsible sovereignty, as the condition for international stability. Thus, beyond all the promises they seemed to bear in favor of a better consideration of human beings’ interests in international affairs, the responsibility of protect and human security are just (re)expressions of the state of affairs guaranteed by the United Nations Charter, no more, no less. Comparatively, the objective substances of these concepts, by unveiling the political nature of their meanings within the United Nations, show their ambiguity.

Keywords: International Law, Responsibility to Protect, Human Security, United Nations, Responsible Sovereignty.

Öz

Koruma sorumluluğu ve insan güvenliği kavramları, ortaya çıkışlarından bu

* This article has been produced from PhD thesis named “Human Security and International Law”
Makale gönderim tarihi: 03.10.2021. Makale kabul tarihi: 20.10.2021. Hakkı Hakan Erkiner, Emerant Yves Omgba Akoudou, “The Concepts of the Responsibility to Protect and Human Security within the United Nations: Return on the Meanings”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2021, s. 387-444; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.02.08>

** Assoc. Prof. Dr., Marmara University Faculty of Law Department of International Law, 0000-0002-0779-6414, E-Mail: herkiner@marmara.edu.tr, hherkiner@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-0779-6414>.

*** Ph.D. in Public Law, E-Mail: emerant.akoudou@marun.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-4960-1096>, oemerantayves@gmail.com.

yana düşünce ve uygulama anlamında uluslararası toplumun özel ilgisine konu olmuştur. Bu olgunun merkez üssü olan Birleşmiş Milletler, kavramların anlamları konusunda kaçınılmaz olarak resmi bir pozisyon almak durumundadır. Eldeki çalışma, söz konusu kavramların anlamlarını yeniden gözden geçirmekte ve esas olarak Birleşmiş Milletler ve Genel Kurul'un normatif üretimlerine dayanarak, bunların yalnızca, uluslararası istikrarın koşulu olarak sorumlu egemenlik kavramında özetlenen, mevcut dünya düzeninin Birleşmiş Milletler Şartı tarafından somutlaştırılan ilkelerine dayandığını varsaymaktadır. Bu nedenle koruma sorumluluğu ve insan güvenliği, uluslararası ilişkilerde insanlığın menfaatlerinin daha iyi değerlendirilmesi yönünde verdikleri ve tutulmuş görünen tüm sözlerin ötesinde -ne eksik ne fazla- Birleşmiş Milletler Şartı tarafından garanti edilen hususların sadece (yeniden) ifadeleridir. Bu kavramların objektif özlere, Birleşmiş Milletler içindeki anlamlarının siyasi doğasını açığa çıkararak, bir bakıma belirsizliğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Koruma Sorumluluğu, İnsan Güvenliği, Birleşmiş Milletler, Sorumlu Egemenlik.

Introduction

The concepts of the responsibility to protect and human security emerged within the United Nations to urge the international community to the necessity to heed preoccupations related to human beings. These concepts have been both subject to a thinking process that has led the United Nations to take its official position.

The responsibility to protect is a concept that has interested the United Nations resolatory practice in the context of a growing assertion of the need for international intervention for the benefit of human beings. The cases of serious international crimes suffered by civilian populations throughout the 1990s have sparked debate on the theory and practice of humanitarian intervention. After the failure of the United Nations to be able to respond adequately to these human tragedies, notably in Rwanda, Bosnia, Kosovo, for the most cited, States began to demand a right of intervention to stop or prevent massive violations of human rights. Their central concern was whether the then-resolatory practice of the United Nations regarding the use of force responded to the challenges of the post-Cold War era, particularly those relating to humanitarian emergencies. Thus, States tended to admit that it was no longer possible to tolerate abuses against civilians as necessary for the formation of the State or to remain inactive in such situations. If, however, the rights of the State remained the central tenets of international order, it was necessary to determine how populations affected by massive human rights violations could be protected.¹

1 Cristina Gabriela Badescu, *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect Se-*

At the 54th Session of the United Nations General Assembly, Secretary-General Koffi Annan called on States to prevent a new Rwanda and to reach a consensus on the issue of humanitarian intervention. This was the starting point for research into the definition of a normative framework for humanitarian intervention by the United Nations. This response was the creation of the “Responsibility to Protect” developed by the International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS) set up by the Canadian Government. In December 2001, this Commission issued its Report entitled: *Responsibility to Protect*.²

As regards the meaning of the responsibility to protect, it is necessary above all to point out the Commission’s preliminary clarification: “*This report is about the so-called “right of humanitarian intervention”: the question of when, if ever, it is appropriate for states to take coercive – and in particular military – action, against another state for the purpose of protecting people at risk in that other state. At least until the horrifying events of 11 September 2001 brought to center stage the international response to terrorism, the issue of intervention for human protection purposes has been seen as one of the most controversial and difficult of all international relations questions. With the end of the Cold War, it became a live issue as never before. Many calls for intervention have been made over the last decade – some of them answered and some of them ignored. But there continues to be disagreement as to whether, if there is a right of intervention, how and when it should be exercised, and under whose authority*”³.

According to the ICISS, the Responsibility to Protect refers to “*the idea that sovereign states have a responsibility to protect their own citizens from avoidable catastrophe – from mass murder and rape, from starvation – but that when they are unwilling or unable to do so, that responsibility must be borne by the broader community of states*”⁴. The Responsibility to Protect according to this commission is based on two principles:⁵

- a. State sovereignty implies responsibility, and it is the State which has the primary responsibility to protect its populations;
- b. Wherever a population suffers from serious distress, as a result of a civil war, a rebellion, or a State decline and the State in question does not want or

curity and human rights, Routledge, London and New York, 2011, p. 2.

2 International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), *The Responsibility To Protect*, National Library of Canada cataloguing in publication data, Ottawa, December 2001.

3 ICISS Report, p. vii.

4 ICISS Report, p. viii.

5 ICISS Report, p. xi.

cannot stop or prevent them, the principle of non-intervention converts to the responsibility to protect.

According to the iCISS, the Responsibility to Protect is based on:⁶

- a. Obligations inherent in the concept of sovereignty;
- b. The responsibility of the Security Council under Chapter VII of the Charter of the United Nations relating to international peace and security;
- c. Specific legal obligations in the field of human rights and human protection declarations, conventions and treaties, international humanitarian law and national law,
- d. The constantly evolving practice of States, regional organizations, and the Security Council itself.

Regarding its elements, the substance of responsibility includes three responsibilities:⁷

- a. The responsibility to prevent, consisting in acting on the root and direct causes of internal conflicts and all anthropogenic crises creating a risk for populations;
- b. Responsibility to react consisting in responding to critical situations with appropriate measures which may include coercive measures, such as international sanctions and prosecutions and in extreme cases, military intervention;
- c. The responsibility to rebuild, which consists of providing, after a military intervention, the necessary assistance for recovery, reconstruction, and reconciliation, addressing the causes of the harm that the intervention aimed to contain.

Concerning the principles for military intervention, the ICISS's Report mentions that humanitarian intervention for human protection is an exceptional and extraordinary measure. For it to be legitimized, it must be a danger to human life or a serious risk thereof, which corresponds to:

- a. Situations of large-scale human loss with or without genocidal intent and which is the product of either deliberate state action or state negligence or its inability to act or a state decline situation;
- b. Large-scale ethnic cleansing, whether perpetrated by murder, forced eviction, acts of terror, or rape

Military intervention is based on precautionary principles:

6 ICISS Report, p. xi.

7 ICISS Report, p. xi.

a. Of the just intention of stopping or preventing human suffering manifested in multilateral operations;

b. Of last resort, that is to say, the use of force is only legitimized after all other preventive measures or peaceful resolution of the crisis have failed;

c. Proportional means, that is to say, the humanitarian intervention must be the minimum necessary to protect populations;

d. Of reasonable expectations, that is to say, one should normally expect the intervention to stop or prevent human suffering, without creating a worse situation than that justified

The concept of the responsibility to protect was afterward supported in the 2004 Report of the United Nations High-Level Panel on Threats, Challenges and Change entitled: *A More Secure World: Our Shared Responsibility*⁸ and in the Report of the Former Secretary-General entitled: *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*⁹. The United Nations adopted its official position regarding the Responsibility to Protect at the 2005 World Summit¹⁰ enshrined in the Outcome of that Summit in his paragraphs 138 and 139.¹¹ The Security Council of Nations subsequently adopted Resolutions under this label by its intervention.

The Responsibility to Protect then came to clarify the meaning to be given to humanitarian intervention in international affairs. However, to protect people, another terminology was used which mentioned “intervention”, in particular military intervention. Faced with the reluctance of humanitarian workers in any association of “military” and humanitarian action, the term “responsibility to protect”¹² was preferred. This compromise is understandable given the context of some considerations related to humanitarian intervention. Indeed, since military intervention is highly political, it can then serve political interests, which can cast doubt on its neutrality. Neutrality is one of the cardinal principles of humanitarian assistance which has often proved crucial for access to victims. Humanitarian assistance through military intervention can therefore lead to a great deal of suspicion from parties to the conflict, which can consequently limit humanitarian access, to the detriment of victims. Since, in

8 High-level Panel on Threats, Challenges and Change, *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, United Nations, New York, 2004.

9 United Nations, General Assembly, *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*, Report of the Secretary-General, A/59/2005, 21 march 2005.

10 United Nations, General Assembly, *2005 World Summit Outcome*, Resolution A/RES/60/1, 24 October 2005, paras. 138-14.

11 2005 World Summit Outcome, p. 33.

12 *2005 World Summit Outcome*, p. 9

all cases, it is a question of humanitarian intervention, the conceptual positioning of the responsibility to protect makes it possible to distinguish the humanitarian response through politics it signifies, from the humanitarian response through the “humanitarian assistants” or “humanitarian helpers”.

As regards Human Security, its advent within the United Nations, it was marked with the 1994 Report of the United Nations Development Program (UNDP).¹³ It begins by noting that “*The concept of security has for too long been interpreted narrowly: as security of territory from external aggression, or as protection of national interests in foreign policy or as global security from the threat of a nuclear holocaust. It has been related more to nation-states than to people. The superpowers were locked in an ideological struggle-fighting a cold war all over the world. The developing nations, having won their independence only recently, were sensitive to any real or perceived threats to their fragile national identities. Forgotten were the legitimate concerns of ordinary people who sought security in their daily lives. For many of them, security symbolized protection from the threat of disease, hunger, unemployment, crime, social conflict, political repression, and environmental hazards. With the dark shadows of the cold war receding, one can now see that many conflicts are within nations rather than between nations*”.¹⁴ This paragraph is a kind of reminder of the context in which an emergency of human security is felt. It made it clear that security was not only a matter of concern about the State, including territorial integrity but also a matter of concern of individuals. What this report confirms is that “*Human security is not a concern with weapons - it is a concern with human life and dignity*”¹⁵.

The UNDP Report identified four essential characteristics of human security: Human security is a *universal* concern, the components of human security are *interdependent*, Human security is *easier to ensure through early prevention*, Human security is *people-centered*.¹⁶ In addition, two main aspects can be noted: “*It means, first, safety from such chronic threats as hunger, disease, and repression. And second, it means protection from sudden and hurtful disruptions in the patterns of daily life-whether in homes, in jobs, or in communities. Such threats can exist at all levels of national income and development*”¹⁷. These aspects are summarized in a general definition: “*There have always*

13 United Nations Development Programme, *Human Development Report 1994*, Oxford University Press, New York - Oxford, 1994, Chap. 2.

14 Human Development Report 1994, p. 22.

15 Human Development Report 1994, p. 22.

16 Human Development Report 1994, pp. 22-23.

17 Human Development Report 1994, p. 23.

been two major components of human security: freedom from fear and freedom from want".¹⁸ The immediate clarification of the United Nations position about this definition is highly significant: "This was recognized right from the beginning of the United Nations. But later the concept was tilted in favor of the first component rather than the second. The founders of the United Nations, when considering security, always gave equal weight to territories and to people".¹⁹ In this definition of the UNDP, human security is linked to seven dimensions to which correspond specific types of threats:²⁰

a. Economic security, covering access to employment and resources, is threatened by poverty;

b. Food security, meaning material and economic access to food for everyone, at all times, it faces the threat of hunger and famine;

c. Health security and access to medical care and better health conditions has to deal with injuries and illnesses;

d. Environmental security faces the threats of pollution, degradation of the environment endangering human survival and the exhaustion of resources;

e. Personal security is thwarted by threats which can take several forms: threats from the State, foreign States, other groups of people (ethnic tensions), threats against women or children because of their vulnerability and dependence;

f. Community security meaning that most people who get their security of belonging to a social group (family, community, organization, political grouping, ethnic group, etc.), maybe threatened by tensions often occurring between these groups due to competition for limited access opportunities and resources;

g. Political security, which must guarantee respect for fundamental rights and freedoms, is threatened by arbitrariness and repression.

The 1994 UNDP Report is generally considered by doctrine as giving the account of the broad²¹ conception of human security. In 2005, in his report *In Larger freedom: Development, Security and Respect for Human Rights for All*, former United Nations Secretary Kofi Annan, although not specifically referring to the concept of human security, echoed the summary definition of

¹⁸ Human Development Report 1994, p. 24.

¹⁹ Human Development Report 1994, p. 24.

²⁰ Rajaona Andrianaivo Ravelona, *Sécurité humaine: Clarification du concept et approches par les organisations internationales Quelques repères*, Document d'information, Organisation Internationale de la Francophonie, Janvier 2006, p. 7.

²¹ Sakiko Fukuda-Parr, Carole Messineo, *Human Security: A critical review of the literature*, Centre for Research on Peace and Development, Working Paper no. 11, KU Leuven, January, 2012, p.2.

this concept in the 1994 UNDP Report: “*Larger freedom implies that men and women everywhere have the right to be governed by their own consent, under law, in a society where all individuals can, without discrimination or retribution, speak, worship and associate freely. They must also be free from want - so that the death sentences of extreme poverty and infectious disease are lifted from their lives — and free from fear - so that their lives and livelihoods are not ripped apart by violence and war. Indeed, all people have the right to security and to development*”²².

The Outcome of the 2005 World Summit in its paragraph 143 also enshrine human security in these terms: “*We stress the right of people to live in freedom and dignity, free from poverty and despair. We recognize that all individuals, in particular vulnerable people, are entitled to freedom from fear and freedom from want, with an equal opportunity to enjoy all their rights and fully develop their human potential. To this end, we commit ourselves to discussing and defining the notion of human security in the General Assembly*”²³

Until 2005, human security has then been fundamentally understood as freedom from fear and freedom from want, the former referring to freedom from all situations of violence and the latter, the capacity to meet one’s needs, at least the most essential. The Report of the Secretary-General, issued in 2010,²⁴ took stock of the progress made in the promotion of this concept since the 2005 World Summit. It considered the debates devoted to human security, of the various definitions which were given and of the link existing with the sovereignty of States and the duty to protect and presented the principles and approach aimed at promoting human security, as well as the application of this concept to the current priorities of the United Nations. Thus, recalling several definitional contributions from different groups and international organizations, that report detects their common denominator on three constituent elements of human security: “*First, human security is in response to current and emerging threats — threats that are multiple, complex and interrelated and can acquire transnational dimensions. Second, human security calls for an expanded understanding of security where the protection and empowerment of people form the basis and the purpose of security. Third, human security*

22 *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*, Report of the Secretary-General, A/59/2005, p. 5.

23 *2005 World Summit Outcome*, p. 31.

24 United Nations, General Assembly, Integrated and coordinated implementation of and follow-up to the outcomes of the major United Nations conferences and summits in the economic, social and related fields, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, *Human Security*, Report of the Secretary-General, A/64/701, 8 march 2010.

does not entail the use of force against the sovereignty of States and aims to integrate the goals of freedom from fear, freedom from want, and freedom to live in dignity through people-centered, comprehensive, context-specific, and preventive strategies”²⁵. In this undertaking of understanding of the concept of human security, this Report is concerned with reporting on the difference that would exist between human security and the responsibility to protect: “As agreed in paragraph 143 of the World Summit Outcome, the purpose of human security is to enable all individuals to be free from fear and want, and to enjoy all their rights and fully develop their human potential. The use of force is not envisaged in the application of the human security concept. The focus of human security is on fostering Government and local capacities and strengthening the resilience of both to emerging challenges in ways that are mutually reinforcing, preventive and comprehensive”²⁶. This paragraph then established a distinction that the fundamental difference between human security and the responsibility to protect is in the use of force.

About the principles and approach of human security, the same Report is instructive: “Moreover, human security underscores the universality and primacy of a set of freedoms that are fundamental to human life, and as such it makes no distinction between civil, political, economic, social and cultural rights, thereby addressing security threats in a multidimensional and comprehensive manner. (...)”²⁷ Contained in scope, human security informs policies that, while comprehensive, are nevertheless targeted, and capture the most critical and pervasive threats that are relevant to a particular situation. For example, some human security challenges are specific to the internal dynamics of a particular community, such as lack of access to resources and opportunities, while others are transnational, such as pandemics, climate change, and financial and economic crises. The consideration of the scope of human security is important in formulating policy and operational recommendations and calibrating them to particular contexts”²⁸.

In these paragraphs, the universal, global, and multidimensional nature of concerns relating to human security is highlighted, which confirms the synthesis of the various definitional contributions of human security developed so far. Very important is the precision which is brought concerning the bearer of the human security responsibility. “Human security is based on a fundamen-

²⁵Human Security, Report of the Secretary-General, A/64/701, Parag. 19, p. 6.

²⁶ Human Security, Report of the Secretary-General, A/64/701, Parag. 19, p. 6.

²⁷Human Security, Report of the Secretary-General, A/64/701, Parag. 26, p. 7.

²⁸ Human Security, Report of the Secretary-General, A/64/701, Parag. 27, p. 7.

tal understanding that Governments retain the primary role for ensuring the survival, livelihood, and dignity of their citizens. It is an invaluable tool for assisting Governments in identifying critical and pervasive threats to the welfare of their people and the stability of their sovereignty."²⁹ To the international community has been devolved a complementary or supporting role to States.

As in the case of the responsibility to protect, all the thinking process about human security will be reflected in the Secretary-General's second Report³⁰, which afterward will propose the United Nations understanding of human security. In the end, the United Nations General Assembly adopted the official position of the organization regarding Human security.³¹

We assume in this paper that the meanings the concepts of the Responsibility to Protect and Human Security received within the United Nations depend on its founding principles, which sum up on responsible sovereignty. These concepts have everything in relation to this conception of state sovereignty and States could not mean them beyond what they have already agreed in the framework of the current world order embodied by the United Nations Charter (I). However, the concepts of the responsibility to protect and Human Security bear in themselves objective meanings, which evidence the ambiguity of the meaning they are subject to within the United Nations and therefore question the current "way" of the world order (II).

I. The Concepts of the Responsibility to Protect and Human Security within the United Nations and the Principles of the Current World Order

The current world order is the one made of the United Nations Charter which is indubitably state-based and therefore rests on state sovereignty.³² It is a fact that since the Treaties of Westphalia state sovereignty has been the

29 *Human Security*, Report of the Secretary-General, A/64/701, p. 1 (Summary).

30 United Nations, General Assembly, Integrated and coordinated implementation of and follow-up to the outcomes of the major United Nations conferences and summits in the economic, social and related fields, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, *Follow-up to General Assembly resolution 64/291 on human security*, Report of the Secretary-General, A/66/763, 5 April 2012.

31 United Nations, General Assembly, *Follow-up to paragraph 143 on human security of the 2005 World Summit Outcome*, Resolution A/RES/66/290, 10 September 2012.

32 Francis Harry Hinsley, *Sovereignty*, Watts, London, 1966, p. 26; Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Legal Aspects of International Organization, Vol. 51, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009; Winston P. Nagan, Craig Hammer, "The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, no. 143, 2004, pp. 154-159.

basis of international relations and international law.³³ The world order of the United Nations Charter is precisely new because it enshrines state sovereignty in a new way, that is, no longer absolute but moderate sovereignty, both in domestic and foreign relations of States.³⁴ In reality, the new world order rests on the clarification of the sense of sovereignty, that is, not an attribute of license, that can be utilized for whatever purpose States could decide individually, according to their whims, but an attribute of liberty, that is to be utilized in the sense that is not harmful to the state itself and for other states.³⁵ The harmful experiences of world wars are evidence of that. Indeed they were caused by facts accounting for licentious sovereignty, which ruled both domestic and foreign relations of States. Because of the regrettable consequences, States had to resolve themselves to reconsider sovereignty in a way that ensures peace and security to each of them. Thus the United Nations Charter enshrines the principle of responsible sovereignty, on which it grounds the meanings it affords to the responsibility to protect and human security (A). That is confirmed in the legal worth attached to these concepts (B).

A. The Meanings of the Responsibility to Protect and Human Security within the UN and the Principle of Responsible Sovereignty

The principle of responsible sovereignty can be considered as the general principle enshrined by the United Nations Charter pursuing international peace and security.³⁶ That principle emphasizes the clear meaning of sovereignty in the interstate world order.³⁷ According to this one, the only meaning of sovereignty is responsibility, that is, responsibility outside and inside the State.

33 Martin Belov (ed.) *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Hart, 2018; Richard A. Falk, Cyril Edwin Black, (eds.), *The Future of the International Legal Order*, Vol. I, Princeton University Press, New Jersey, 1969; R. H. Cooper, J. Voïnov Kohler "Introduction The Responsibility to Protect. The Opportunity to Relegate Atrocity Crimes to the Past, in Richard H. Cooper, Juliette Voïnov Kohler (ed.), *Responsibility to Protect. The Global Moral Compact for the 21st Century*, Palgrave Macmillan, New York, 2009, p. 3.

34 Gareth Evans, "The Responsibility to Protect From an Idea to an International Norm", in Richard H. Cooper, Juliette Voïnov Kohler (ed.) *Responsibility to Protect. The Global Moral Compact for the 21st Century*, Palgrave Macmillan, New York, 2009; Winston P. Nagan, Craig Hammer, p. 154.

35 Winston P. Nagan, Craig Hammer, p. 154.

36 Rasool Soltani, Maryam Moradi, "The Evolution of the Concept of International Peace and Security in light of the United Nations Security Council Practice (End of the Cold War-Until Now)", *Open Journal of Political Science*, no 7, 2017, p. 135.

37 Chris Brown, "Universal Human Rights: A Critique," in Tim Dunne and Nicholas J. Wheeler (eds) *Human Rights in Global Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; Robert H. Jackson, *Quasi-states: Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; Mohammed Ayoob, "Humanitarian Intervention and State Sovereignty," *The International Journal of Human Rights*, vol. 6, no. 1, 2002, pp. 81-102

Thus Sovereignty as responsibility is the guarantee for international stability.³⁸

Sovereignty as responsibility inside the State as a matter of international peace and security is a commitment for the benefit of human beings living within the State. States have to manage public affairs in a way resulting in the well-being of their populations.³⁹ The merit of democracy is to enshrine governance on that, according to the famous assertion of Abraham Lincoln “Democracy is government of the people, by the people and for the people”. Even if democracy was spread in the 1990s, five decades later after the adoption of the United Charter, the shocking precedent of the Holocaust undoubtedly has contributed a lot to the interest of the human fate within this Charter. Thus, sovereignty as responsibility inside the State means that its primary purpose is to satisfy the interests of its populations.⁴⁰

This sense of sovereignty as responsibility inside the State goes in harmony with sovereignty as responsibility outside the state, for it implies respect of other sovereignties. This is the principle of the sovereign equality of States.⁴¹ As far as sovereignty is concerned, equality means that none has any kind of authority over another without its consent no matter what particular characteristics they could display.⁴² This principle has as a corollary, the principle of non-intervention.⁴³ The first part of Article 7 (2) of the United Nations Charter states that

38 Francis M. Deng, *Protecting the Dispossessed. A Challenge for the International Community*, 1993; Sadikiel Kimaro, Terrence Lyons, Francis M. Deng, Ira William Zartman, Donald Rothchild, *Sovereignty as Responsibility, Conflict Management in Africa*, 1996.

39 W. Michael Reisman, “Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990; Christian J. Tams, *Individual States as Guardians of Community Interests*, in *From Bilateralism To Community Interest: Essays In Honour of Judge Bruno Simma*, no. 379, pp. 400-01.

40 Anthony D’Amato, “There is no Norm of Intervention or non-intervention in International Law”, *International Legal Theory*, Vol. 7, no. 1, 2001; Peter Hilpold, “R2P and Humanitarian Intervention in a Historical Perspective”, *Responsibility to Protect (R2P)*, in Peter Hilpold (ed.), *A New Paradigm of International Law?* Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015, p. 109.

41 “The Organization is based on the Principle of equal sovereignty of all its members”, Art. 2 (1) of the UN Charter. Franz Cede, Lilly Sucharipa-Behrmann, *The United Nations, Law and Practice*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, p. 18.

42 “The principle of sovereign equality of all members of the UN corresponds to one of the central elements of international law. It affirms that States as the main actors on the international stage are endowed with equal rights irrespective of all their factual disparities. According to this principle States as the principle subjects of international law possess the attributes of external sovereignty. They have all essential characteristics of statehood. These consist of three elements of territory, people and an effective government. The principle of sovereign equality finds its expression in the fact that each Member State, regardless of its size, has only one vote in the GA”, Franz Cede, Lilly Sucharipa-Behrmann, pp. 18-19.

43 Franz Cede, Lilly Sucharipa-Behrmann, p. 23; Jianming Shen, “The Non-Intervention Principle and Humanitarian Interventions under International Law”, *International Legal Theory*, Vol. 7, no. 1, 2001; Raymond John Vincent, *The Principle of Non-Intervention and Interna-*

“Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any State or shall require the members to submit such matters to settlement under the present Charter...” Sovereignty is an attribute of self-determination. It means for States, the potentiality to manage their affairs in whole independence, in the way they deem adequate and to support on their own, the consequences resulting from that. Due to that, it is an attribute of independence and since none would accept unauthorized interference into his attribute sphere, none, therefore, interfere with one of the others. In that logic, everything within the domestic jurisdiction of a State is under its responsibility.

If the principle of responsible sovereignty is the general principle of the United Nations world order pursuing international peace and security, then it implies interstate cooperation. Experience from the world Wars has shown that international cooperation is necessary to face common concerns. Therefore solidarity of sovereignties is crucial for international peace and security, including both integrity of States and human beings.⁴⁴ Thus, one of the purposes of the United Nations according to Article 1 paragraph 3 is *“to achieve international cooperation in solving international problems of an economic, social and cultural or humanitarian character, and in promoting or encouraging respect of human rights and freedom for all without distinction as to race, sex, language, religion”*. Since States can face difficulties to satisfy and to respond to matters related to interests of individuals, and if that can undermine the peace and security of other States, interstate cooperation becomes, if not highly encouraged, simply a necessity.⁴⁵ This necessity cannot contradict state sovereignty for it is based on the consent of States.⁴⁶

tional Order, PhD Thesis, Australian National University, September 1971, p. 53; Eric David, “Portée et Limite du Principe de Non-Intervention”, *Revue Belge de Droit International*, no. 2, Éditions Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 350.

44 *“From today’s perspective the activities of the UN in the areas of economic and social cooperation are no less important than the system of collective security whose creation was the main ambition of the founders of the UN (...) In Art. 1 (3) the principle of international cooperation is formulated in a very general way. It calls on Member States to promote international cooperation in every respect. Such a broad agenda makes the UN competent to deal practically with each and every issue, which is not essentially within the domestic jurisdiction of this State (alone). This wide interpretation of the UN mandate makes it possible, for instance, to put nearly all matters within the framework of the UN”*. Franz Cede, Lilly Sucharipa-Behrmann, pp. 13, 17.

45 Anthony D’Amato, p. 33.

46 By becoming members of the United Nations, States have consented to all its principles and dispositions.

As far as peace and security are ultimately concerned, and at the risk of not being respected, the principle of responsible sovereignty cannot only be subject to the appreciation of individual States which would respect or enforce it according to their desiderata. The high value promoted by this principle implies for it to be subject to an enforcement mechanism. If this one is lacking, the principle of responsible sovereignty could be flouted because States could appreciate not to have another option, as it occurred in a lot of cases leading to world wars or in the course of wars.⁴⁷ Of extreme necessity was, therefore, the last part of the United Nations Charter article 1 paragraph 3, according to which the principle of non-intervention into internal affairs will not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII, which is titled “Action with respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace and Acts of aggression. By becoming parts of the UN Charter world Order, States agreed, according to its article 24 paragraph 1 that “to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility, the Security Council acts on their behalf”. Thus if sovereignty is no longer responsible, either due to deficiencies or to an openly dangerous behavior towards other sovereignties or towards populations who are supposed to benefit from it, the United Nations, through the Security Council, must intervene.⁴⁸ In such a case, the United Nations intervention cannot be understood as undermining state sovereignty, but as acting to restore state sovereignty in its meaning of responsibility inside and outside the State.

47 We can note the invasion of Manchuria by Japan in 1933, see Frank McDonough, *The Origins of the First and Second World Wars*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, p. 62; the aggression of Abyssinia by Italy, see Geo W. Baer, *Test Case: Italy, Ethiopia, and the League of Nations*, Hoover Institution Press, Stanford, 1976; the repression of the Kurdish populations in northern Iraq under the authority of President Saddam Hussein which resulted in the displacement of millions of civilians to neighboring Turkey, see UN doc. S/22435, 2 April 1991; the Holocaust, see H. Feingold, “How Unique Is the Holocaust?” in A. Grobman, D. Landes (eds.), *Genocide: Critical Issues of the Holocaust*, Simon Wiesenthal Center, Los Angeles, 1983, pp. 399-400; . See also Paul Mojzes, *Balkan genocides: holocaust and ethnic cleansing in the twentieth century*, Rowman & Littlefield Publishers, Plymouth, 2011, p. xv.

48 The United Nations Security Council, in Resolution 1296 of 19 April 2000, noted “that the deliberate targeting of civilian populations or other protected persons and the committing of systematic, flagrant and widespread violations of international humanitarian and human rights law in situations of armed conflict may constitute a threat to international peace and security”; In the matter of protecting civilians in armed conflict, see the first resolutions of the Security Council in Rossana Deplano, *The Strategic Use of International Law by the United Nations Security Council. An Empirical Study*, Springer, London, pp. 37-40; Jared Genser, Bruno Stagno Ugarte (eds.) *The United Nations Security Council in the Age of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 1-32; Vaughan Lowe, Adam Roberts, Jennifer Welsh, Dominik Zaum, *The United Nations Security Council and War, The Evolution of Thought And Practice Since 1945*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 1-60; Kenneth Manusama, *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era Applying the Principle of Legality*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2006, p. 3.

The meaning the concepts of the responsibility to protect and human security received within the United Nations are grounded on the general principle of responsible sovereignty at the heart of the United Nations Charter.⁴⁹

As far as the concept of the responsibility to protect is concerned, the Outcome of the 2005 World Summit states in paragraph 138 that “*Each individual State has the responsibility to protect its populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. This responsibility entails the prevention of such crimes, including their incitement, through appropriate and necessary means. We accept that responsibility and will act in accordance with it.*”

Based on the attribute of sovereignty, States are the first responsible to protect their populations from acts that endanger their lives. Thus the United Nations enshrined that the matter of the responsibility to protect is international serious crimes.⁵⁰ This is understandable, for the concept of the responsibility to protect was raised in the context of increased human sufferings in the course of numerous internal conflicts and for which intervention of the international community was highly expected.⁵¹ The Rwanda episode of genocide in 1994 and particularly the United Nations’ behavior before its perpetration is one of the facts that led to questioning on a responsibility to protect human persons from acute distress.⁵² Let us not forget the Holocaust which is one the most outstanding event of human life destruction that could not have missed to influence the post-World War order. The United Nations Charter’s reference to the human person is undoubtedly made with an eye back to that event.

So we can note that mass atrocities are since their early occurrence at the heart of the questioning related to a responsibility to protect.⁵³ Regarding the position of the United Nations, which is deemed as the very meaning of the responsibility to protect within the United Nations and the whole international society, it is grounded on the principle of the current world order that is responsible sovereignty. Indeed people are located within the borders of a territory

49 See also, Erkiner, Hakkı Hakan; Akoudou, Emerant Yves Omgba, “Human Security as Final Cause of Political Society”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2021 - Volume: 27 Issue: 1, pp. 120-153.

50 Alexander J. Bellamy, “The Responsibility to Protect, A Wide or Narrow Conception?” in Peter Hilpold (ed.), pp. 38-59.

51 Aidan Hehir, *Hollow Norms and the Responsibility to Protect*, Palgrave Macmillan, London, 2019, Chap. II.

52 Hans-Georg Dederer, “Responsibility To Protect” and “Functional Sovereignty”, In Peter Hilpold (ed.), p. 158.

53 David Scheffer, “Atrocity Crimes Framing the Responsibility to Protect”, in Richard H. Cooper, Juliette Voïnov Kohler (ed.), pp. 77-98.

under the rule of a government. Thus sovereignty as responsibility inside the State implies that States have the primary responsibility to protect their people from mass atrocities⁵⁴ for which the intervention of the international community was advocated.

This conclusion is still justified taking into consideration the commitment of States for human rights. Indeed, States negotiate, sign, ratify human rights treaties, and are responsible for giving them concrete form within the national territory. Mass atrocities are nothing else than a matter of human rights,⁵⁵ what has been confirmed in several resolutions of the United Nations Security Council and Human Rights Reports qualifying them as human rights violations.⁵⁶ Since States have the primary responsibility to guarantee human rights within their borders, they are therefore the primary actors to bear the responsibility to protect against mass atrocities. It is thus unacceptable for a State to inflict to its own populations, distress amounting to genocide, war crimes, ethnic cleansing, and crimes against humanity. Also, the State should be able to protect its populations from these acts perpetrated by other actors, such as private military groups challenging State authority.

However, it is proven from a lot of experiences that States can be unable to fulfill this responsibility due to a deficiency of capabilities, either to prevent or react to them.⁵⁷ In such cases, the solidarity of sovereignties as an implication of the principle of responsible sovereignty is foreseen. According to paragraph

54 Former United Nations Secretary General Kofi Annan has pointed out that “*the State is now widely understood to be the servant of its people*” in Press Release SG/SM/7136, 20 September 1999; Secretary-General presents his annual report to the General Assembly. Francis Deng has also assumed that, “*Sovereignty...carries with it the responsibility of States to provide for the security and well-being of those residing in their territories*”, in F. M. Deng, *Internally displaced persons*, Report of the Representative of the Secretary-General, un Doc. E/CN.4/1996, 52, 22 February 1996; According to Sadako Ogata, then High Commissioner for Refugees, “*Sovereignty involves a responsibility to meet the needs of the population... Any government that systematically flouts its humanitarian obligations to its people, and refuses access to those in need, calls into question its own sovereign rights.*” UNHCR, *The State of the World's Refugees 1993 - The Challenge of Protection*, 1993, p. 75; The ICISS noted that “*the sovereignty of States implies responsibility, especially the responsibility of States to protect their own people*”, in ICISS (fn. 24), paras. 1.35, 2.15.

55 Monica Hakimi, “*Toward a Legal Theory on the Responsibility to Protect*”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 39, iss. 2, no. 3, 2014, p. 247; also Steven R. Ratner, Jason S. Abrams, James Bischoff, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Clarendon, Oxford, 1997, p. 3.

56 Rossana Deplano, *The Strategic Use of International Law by the United Nations Security Council. An Empirical Study*; Paolo Vargiu, Rossana Deplano, “*human rights dimension of UN Security Council resolutions*”, in *Essays on human rights: A celebration of the life of Dr. Janusz Kochanowski*, Jo Carby-Hall, (ed.), Warsaw, Ius et Lex. 2014, 520-541.

57 We can note the cases of the Democratic Republic of Congo since 1999, Burundi in 2003, Côte d'Ivoire in 2004; for details see Susan Carolyn Breau, *The Responsibility to Protect in International Law. An Emerging Paradigm Shift*, 2016, pp. 218, 221, 227.

138 of the Outcome of the 2005 World Summit: “*The international community should, as appropriate, encourage and help States to exercise this responsibility and support the United Nations in establishing an early warning capability*”. One of the purposes of the United Nations according to Article 1 paragraph 3 is “*to achieve international cooperation in solving international problems of an economic, social and cultural or humanitarian character, and in promoting or encouraging respect of human rights and freedom for all without distinction as to race, sex, language, religion*”. The support the international community can provide to States to fulfill their responsibility to protect their populations is then well adjusted on the United Nations Charter whose aim is to frame and enshrine responsible sovereignty. That international support to States is very understandable since it is evidence that States can be unsuited to protect their populations from mass atrocities which in turn are a serious concern for international peace.⁵⁸ That support emphasizes the necessity of solidarity between sovereignties.⁵⁹ The international community here gathers a wide range of actors, including the Individual States, the United Nations, and the other regional organizations.⁶⁰ All of them are called, necessarily based on the United Nations Charter to support States in protecting their populations from mass atrocities.

In particular, even being part of that same international community, the United Nations should receive, from other members the support to establish an early warning capability. The purpose of this one is clearly for the benefit of States.⁶¹ An early warning system of mass atrocities is a necessary tool to

58 We can note the ECOWAS intervention in Sierra Leone, see Kenneth Manusama, pp. 276-279, in United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of Congo (MONUC) established by Security Council Resolution 1279 (1999) on 30 November 1999. Resolution 1291 of 24 February 2000 expanded MONUC’s mandate, including: 7(g) to facilitate humanitarian assistance and human rights monitoring, with particular attention to vulnerable groups including women, children and demobilized child soldiers, as MONUC deems within its capabilities and under acceptable security conditions, in close cooperation with other United Nations agencies, related organizations and non-governmental organizations. See S. Breau, p. 218; we can also note the case of Burundi with the United Nations Peacekeeping Operation in Burundi authorized in 2003 by the UN Security Council in face of continued massacres. The Resolution 1545 of 2004 defines the large assistance mandate of the United Nations in Burundi (ONUB), See S. Breau, pp. 221-223; we also have the Resolution, 1528 of 2004, authorizing, the peacekeeping mission of the United Nations Mission in Côte d’Ivoire (UNOCI), See S. Breau, pp. 227-228.

59 See the list of the United Nations Assistance Missions in www.un.org/en/peacebuilding; See also Vaughan Lowe, Adam Roberts, Jennifer Welsh, Dominik Zaum, Appendixes 1 and 2.

60 S. Breau, pp. 221-22; Solomon Ayele Dersso, “The African Union” in Gentian Zyberli (ed.), *An Institutional Approach to the Responsibility to Protect* Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp.220-246.

61 “*Effective atrocity prevention means doing everything possible to help countries to avert the outbreak of atrocity crimes*”, in United Nations, General Assembly, Security Council, Follow-

prevent them, by making available useful information, from which adequate measures are envisaged. Thus, as far as international assistance is concerned regarding the responsibility to protect, the support the United Nations could benefit for establishing an early warning system contributes to helping States to fulfill their primary duty to spare their populations mass atrocities.

In another part, mass atrocities are matters of international concern. Their prohibition is so strong that it is a norm of *jus cogens*, that is, a norm to which any kind of derogation is unacceptable.⁶² It is why mass atrocities are a matter of international peace and security, what has come to recognize the United Nations through the Security Council. Then it justifies the wording of paragraph 139 of the Outcome of the 2005 World Summit “*The international community, through the United Nations, also has the responsibility to use appropriate diplomatic, humanitarian and other peaceful means, in accordance with Chapters VI and VIII of the Charter, to help to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. In this context, we are prepared to take collective action, in a timely and decisive manner, through the Security Council, in accordance with the Charter, including Chapter VII, on a case-by-case basis and in cooperation with relevant regional organizations as appropriate, should peaceful means be inadequate and national authorities are manifestly failing to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. We stress the need for the General Assembly to continue consideration of the responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing, and crimes against humanity and its implications, bearing in mind the principles of the Charter and international law. We also intend to commit ourselves, as necessary and appropriate, to helping States build capacity to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity and to assisting those which are under stress before crises and conflicts break out.*”

up to the outcome of the Millennium Summit, *Responsibility to protect: from early warning to early action*, Report of the Secretary-General, A/72/884-S/2018/525, June 2018, p. 3; Ernesto Verdeja, “Predicting Genocide and Mass Atrocities,” in *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 9: Iss. 3, 2016, pp. 13-32.

62 Andrea Gattini, Responsibility to Protect and the Responsibility of International Organizations, in Peter Hilpold (ed.), p. 221; John Heieck, “Emerging Voices: Illegal Vetoes in the Security Council—How Russia and China Breached Their Duty Under Jus Cogens to Prevent War Crimes in Syria,”; *Opinio Juris*, at <http://opiniojuris.org>; Jutta Brunnée, “International Law and Collective Concerns: Reflections on the Responsibility to Protect,” in Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum (eds), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, p. 51; Cristina Gabriela Badescu, *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect Security and human rights*, Routledge, Abingdon, 2011, p. 133; S. Breau, p. 276; Melissa Labonte, *Human Rights and Humanitarian Norms, Strategic Framing, and Intervention. Lessons for the responsibility to protect*, Routledge, Abingdon, 2013, p. 13.

Through this paragraph, the United Nations recognizes its secondary responsibility to protect state populations from mass atrocities. This responsibility is not lesser for it goes up to coercive measures within a sovereign State.⁶³ The message is clear: when it comes to matters related to international peace and security, such as mass atrocities, the United Nations becomes the ruler. In such situations, the evidence is noted of a sovereignty that became irresponsible through an unacceptable attack against civil populations, or a sovereignty that is not able to be responsible to avoid such attacks from others actors. It is, therefore, necessary, either to correct the trajectory of the irresponsible sovereignty so that it comes back to order or to support it so that it can normally be responsible.

As we see it the meaning the responsibility to protect received within the United Nations is grounded on the principles of the United Nations Charter. We can even say that the United Nations, by determining the sense of the concept of the responsibility to protect, reaffirmed the principles of the United Nations Charter.

Regarding Human security, the United Nations General Assembly adopted on the 10th of September 2012 a Consensus on Human Security. This consensus stands as the United Nations' understanding of the concept of human security. It is the result of a long debate that began with the 1994 UNDP Report. Like the responsibility to protect, the meaning of Human Security within the United Nations is grounded on the principle of responsible sovereignty.

As regards the substance matter of the concept of human security, according to paragraph 3 of the consensus, *States agreed that Human Security is an approach to assist member States in identifying and addressing widespread and cross-cutting challenges to the survival, livelihood, and dignity of their people. Based on this, a common understanding on the notion of human security includes the following:*

a. The right of people to live in freedom and dignity, free from poverty and despair. All individuals, in particular vulnerable people, are entitled to freedom from fear and freedom from want, with an equal opportunity to enjoy all their rights and fully develop their human potential;

63 Karin Oellers-Frahm, "Responsibility to Protect, Any New Obligations for the Security Council and Its Members?" in Peter Hilpold (ed.), p. 186; Mindia Vashakmadze, "Responsibility to Protect", in Bruno Simma et al. (eds.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 3rd ed., 2012; the United Nations Security Council resolatory practice regarding the responsibility to protect from 2006 to 2011 has been commented by Jared Genser, "The United Nations Security Council's Implementation of the Responsibility to Protect: A Review of Past Interventions and Recommendations for Improvement," *Chicago Journal of International Law*: Vol. 18: no. 2, Article 2, 2018; See also Alexander Bellamy, "The Responsibility to Protect: Added value or hot air?", in *Cooperation and Conflict*, vol. 48, 2013, p. 333.

b. Human security calls for people-centred, comprehensive, context-specific and prevention-oriented responses that strengthen the protection and empowerment of all people and all communities;

c. Human security recognizes the interlinkages between peace, development, and human rights, and equally considers civil, political, economic, social, and cultural rights;

From these paragraphs, we can note that human security summarizes in freedom from fear and freedom from want.⁶⁴ These are the basic requirements for human nature to preserve itself. These requirements include, in a comprehensive way, every matter interesting human lives. Thus, the United Nations confirms that no sphere or area of affairs is not within the scope of human security and that by itself and naturally, human security is an all-encompassing concept.⁶⁵

That way, human security is undoubtedly part of the State's fundamental responsibilities. As we saw with the responsibility to protect, people being the heart of governance, then States are responsible for guaranteeing security in that broadest sense to each of their members. Therefore, by acknowledging a principle of human security, States have just accepted or confirmed that their natural duty is to work for the benefit of people, or to satisfy the requirements related to human lives, that sum up in human security. Accordingly, the first part of paragraph 3 (g) states that "*Governments retain the primary role and responsibility for ensuring the survival, livelihood, and dignity of their citizens*". This is an affirmation of the principle of responsible sovereignty. A responsible Sovereignty is the one that works for achieving the purpose it is established for: guaranteeing well-being to each member of its population.

However, as in the case of the responsibility to protect, States can face difficulties to satisfy human security, either individually due to structural deficiencies or by being collectively subject to matters of common challenges, that

64 Sadako Ogata, Statement of Mrs. Sadako Ogata United Nations High Commissioner for Refugees at the Asian Development Bank Seminar, "Inclusion or Exclusion: Social Development Challenges for Asia and Europe", 27 April 1998; Ramesh Thakur, "From National to Human Security", in Stuart Harris, and Andrew Mack (eds.), *Asia Pacific Security: The Economics-Politics Nexus*, Allen and Unwin, Sydney, 1997, Louise Frechette, *Deputy Secretary-General Addresses Panel on Human Security Marking Twentieth Anniversary of Vienna International Centre*, 12 October 1999, Press Release DSG/SM/70; Kofi Annan, *Secretary-General Salutes International Workshop on Human Security in Mongolia*, Two-Day Session in Ulaanbaatar, May 8-10, 2000. Press Release SG/SM/7382.

65 Thus the United Nations officially adopted the broad definition of human security that was early advanced by UNDP since 1994. See the 1994 UNDP Report, op. cit. For a complete review of literature on Human Security, including broad and narrow formulation, as well as academic and policy debate, see S. Fukuda-Parr, C. Messineo.

none individually could overcome.⁶⁶ Thus the last part of paragraph 3 (g) of the United Nations Consensus on Human Security states also that “*Governments retain the primary role and responsibility for ensuring the survival, livelihood, and dignity of their citizens. The role of the international community is to complement and provide the necessary support to Governments, upon their request, so as to strengthen their capacity to respond to current and emerging threats. Human security requires greater collaboration and partnership among Governments, international and regional organizations, and civil society*”. This paragraph affirms the commitment of the United Nations States Members to the solidarity of sovereignties at the service of the principle of responsible sovereignty.

That is still confirmed in the paragraph h of the Consensus: “*Human security must be implemented with full respect for the purposes and principles enshrined in the Charter of the United Nations, including full respect for the sovereignty of States, territorial integrity and non-interference in matters that are essentially within the domestic jurisdiction of States. Human security does not entail additional legal obligations on the part of States*”. But unlike the responsibility to protect, Human security is not understood within the United Nations as entailing intervention measures like the kind that can be taken under Chapter VII of the Charter. It means that according to the United Nations, matters within the scope of Human Security are not matters of international peace of security. That is why they imply assistance cooperation. In the case of mass atrocities, it will not be a matter of human security but of the responsibility to protect. Thus as far as human security is concerned the principle of responsible sovereignty is understood or trust enough to essentially be limited to a matter within the jurisdiction of States, in which there cannot be any interference. Even in that case, there is still a confirmation of the sense of the United Nations world order.

The concepts of the responsibility to protect and human security, as we have seen have received their meaning within the United Nations according to the general principle of responsible sovereignty that grounds the current world order, embodied by its Charter. That is still confirmed in the legal worth of these concepts.

66 Berma Klein Goldewijk “New Wars” and The State: The Nexus Religion-Human Security”, in Georg Frerks and Berma Klein Goldewijk (eds.), *Human Security and International Insecurity*, Wageningen Academic Publishers, Wageningen, 2007, p. 68.

B. The Legal Worth of the Concepts of the Responsibility to Protect and Human Security within the United Nations

The legal worth of the responsibility to protect and human security within the UN confirms the kind of meaning they were endowed with, that is, grounded on the United Nations Charter general principle of responsible sovereignty. We will check this legal status based on the sources of international law.

Based on article 38 of the Statute of the International Court of Justice, the sources of international law are conventions, custom, general principles of law, judicial decisions, and teachings of the most highly qualified publicists. We will not consider the last two since they are considered as subsidiary means for the determination of rules of law.

Are the responsibility to protect and human security subject to a convention, that is, a set of rules, expressly agreed by States?⁶⁷ A simple look in the repertoire of treaties and conventions whether general and particular leads to conclude that none enshrines both of them.

Are the responsibility to protect and human security customary norms? Custom can be the result of two kinds of juridical phenomena. The first one, well-known, is the absence of express law, entailing as a consequence to determine if there is one in the form of a practice sustained as being (compliance to a) law.⁶⁸ The second one is a rule already existent which, based on a permanent and an invariable reliance and confidence from States, amounts to a higher level of binding status. Thus such a rule reaches the customary status. For example, we can note early Conventions on international humanitarian law.⁶⁹ The

67 Hugh Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 37-59

68 David Kennedy, "The Sources of International Law", *American University International Law Review*, Vol.2 no 1, 1987, not. 4; Michael Akehurst, « Custom as a Source of International Law », *British Yearbook of International Law*, Vol. 47, no. 1, 1974-1975, pp. 157-200; Anthony D'Amato, *The Concept Of Custom In International Law*, Ithaca and Cornell University Press, London, 1971; Paul Guggenheim, « Les deux éléments de la coutume en droit international », in *La Technique et Les Principes Du Droit Public, Etudes En L'honneur De Georges Scelle*, 1950; Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules*, International relations and Customary International law, Cambridge University Press, Cambridge 1999, pp. 129-147, David Lefkowitz, "Sources in Legal-Positivist Theories: Law as Necessarily Posited and the Challenge of Customary Law Creation", in Samantha Besson and Jean d'Aspremont, (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, 2017; H. Thirlway, pp. 64-91.

69 We can read from a relevant Report of the UN-Secretary General that "while there is international customary law which is not laid down in conventions, some of the major conventional humanitarian law has become part of international customary law", in UNSC, Report of the Secretary-General pursuant to para. 2 of Security Council resolution 808, 1993, UN doc. S/25704, paras. 33, 34, quoted by H. Thirlway, p. 221, not. 117; See also, Theodor Meron, *The Geneva Convention as Customary Law*, *The American Journal of International Law*, Vol. 81, no. 2, April 1987, pp. 348-370.

customary status of such a rule is worth general custom and is part of general international law which binds generally⁷⁰, unlike the first one which only binds participating countries and not those which constantly showed their opposition or reluctance to such a practice from the beginning.⁷¹ Are the responsibility to protect and human security belong to any of these categories?

Regarding the first category, we have to recall the principal requirements for an international custom, that is, state practice (material element) under the knowledge of compliance to a rule (moral element or *Opinio Juris*).

As far as the responsibility to protect is concerned, and regarding the material element, that is, state practice, it is difficult to conclude in the sense of a general behavior of States before the 2005 world summit. The Resolution, which is the outcome of this summit provides the meaning the international community affords to the responsibility to protect. Even if there is a kind of practice of the United Nations before 2005 comparable to the responsibility to protect, that is, its humanitarian intervention in favor of acute distresses facing civilians within national territories⁷², that practice has proven non-uniform, on a case-by-case basis⁷³. Now for State practice to amount to a customary status, it has to be an identified and meant behavior, constant and invariable. The responsibility to protect lacks before 2005, a consensual meaning, and thus is not really *identifiable* as a practice. Even if the practice which took place before 2005 has grounded the subsequent resolute meaning of the responsibility to protect, it would still lack invariability. After 2005, there are some interventions of the United Nations Security Council on the account of the responsibility to protect⁷⁴, but these also are on a case-by-case basis and variable⁷⁵. So we

70 The previous UN secretary-General Report further mentioned regarding the competence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) that “the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond doubt part of customary law, so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise”, UNSC, Report of the Secretary-General, quoted by H. Thirlway. See also Lassa Oppenheim, *Oppenheim’s International Law*, Sir Robert Jennings, Sir Arthur Watts, (eds.), 9th Edition, Vol. 1, 1992, p.4.

71 See the notion of “persistent objector” in H. Thirlway, pp. 99-102; See also M. Byers, p. 102-105.

72 We can note the the cases of Northern Irak (UNSC Res. 688, 1991), Somalia (UNSC Res. 794, 1992), Haiti (UNSC Res 940, 1994), Rwanda (UNSC, Res. 918, 1994). See Jennifer M. Welsh, “The Security Council and Humanitarian Intervention” in Vaughan Lowe, Adam Roberts, Jennifer Welsh, Dominik Zaum, *The United Nations Security Council and War, The Evolution of Thought And Practice Since 1945*, Oxford University Press, New York, 2008, Chapter 4, pp. 538-548.

73 The Kosovo case, for example has not been subject to the intervention of the Security Council, see J. Welsh, pp. 548-550.

74 The successful cases are Libya, Cote d’Ivoire, Mali, See J. Genser.

75 The unsuccessful cases are Yemen, Syria, Myanmar, North Korea, See J. Genser.

can therefore conclude that there is not a state practice amounting to a customary status. But what is most important about those practices is that they were based on the United Nations Charter. Since the way of formation of customary law in this framework supposes the inexistence of an express law grounding the state practice we have therefore to conclude that the responsibility to protect does not stand as a custom.

Unlike the responsibility to protect, human security has almost been meant as a domestic matter, reducing the role of the international community to free cooperation, at the request of the State. Thus, investigating human security as an international custom is from the start, hardly thinkable. State practice would be equivalent to the daily management of public affairs for the benefit of the people. Such a sense of the state practice cannot be the true one as far as international law is concerned. In that framework, it has to be understood as rules States acknowledge in their relations, and not the same kind of practices that are seen performed within the territory of each one. Therefore human security could not be concluded as a kind of state practice resulting in any international custom.

Regarding the second way of formation of an international custom, having noted the responsibility to protect and human security as expressly not being subject to any convention, they could not, therefore, amount to a higher (conventional) law that has reached the customary status.

Regarding the moral element or the “*Opinio Juris*,” it is not necessary to investigate it since the state practice is not established.

Afterward, are the responsibility to protect and human security general principles of law recognized by civilized Nations? General principles of law are considered as principles established in almost all domestic juridical systems. They are general because they are enshrined the same way everywhere or almost.⁷⁶ Thus since they receive agreement in every country or a majority of them they are useful as a rule of interstate relations.⁷⁷ Then transposed into international society, they become General principles of international law. Now we have to advance a fundamental distinction within these principles which has an extension on the international plane. Among general principles, there are some which belong to a category of legal formalism that is, useful for a good or just administration of law, and those which belong to a category of law finality, that

76 H. Thirlway, p. 108; See also Mehmet Emin Büyük, “A Survey of Doctrinal Debates on “The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations””, *Law and Justice Review*, Issue 18, June 2019, pp. 55-114.

77 H. Thirlway, p. 109.

is, which give the general sense of law. They are axiomatic and for that, they have a much broader feature than the first category. These categories in force within domestic law, extend to international law. In the first category of general principles, we have for example the principle of the special law has priority over the general one, good faith, that become the same in international law. In the second category of general principles, we have for example the principle of equality or (individual) liberty in domestic law which extends to the principle of equality of states. The principles of liberty and the relative effect of contract cannot be in the same rank because the first one gives the sense of the whole legal system itself what entails, as a consequence, to enshrine principles of good or just administration of law, among which there is good faith.

Both principles imply legal consequences that are not the same. The good or just administration category of general principles of law are usually enshrined in international law and have all their sense in the framework of interstate disputes submitted before the International Court of Justice. The law finality-category of general principles of law *“may also be invoked by the International Court of Justice without any apparent need to prove its origin or existence, and how, in his opinion, it is the sense of obligations held by States that counts, rather than a sense of obligation, derived from a treaty or custom”*⁷⁸. Furthermore, unlike the custom, that requires state practice, the law-finality category of general principles only requires state consent.⁷⁹ This one can be evidenced from various means of expression which can include abstract ideas, derived from treaty law, judgments of international courts, statements of State representatives, and the United Nations General Assembly Resolutions.⁸⁰

Regarding specifically General Assembly resolutions, while they are considered as recommendations, which are almost considered as not having any binding legal effect, they are, in another point of view, deemed to have juridi-

78 Andrew Clapham, *Brierly's Law of Nations, An Introduction to the role of International Law in International Relations*, 7th Ed. Not. 24, p. 64.

79 Bruno Simma, Philip Alston, “The Sources of Human Rights Law”, *Australian Yearbook of International Law Vol. 12* no. 82, 1992, p. 103.

80 Kunadt, quoting Niels Petersen, “Der Wandel des ungeschriebenen Völkerrechts im Zuge der Konstitutionalisierung”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 46, 2008, no. 502, p. 512, in Nadja Kunadt “The Responsibility to Protect as a General Principle of International Law” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 2011, not. 190, p. 216.

cal consequences.⁸¹ One of them is their law interpretative authority.⁸² On this matter very edifying is the point of view of an eminent author that will further enlighten the status of the responsibility to protect and human security through the Resolutions which enshrine their meanings:

“Because each of the “law-government” institutions in the international community, including such bodies as the General Assembly, have a role to play in the formation of rules to govern international conduct, the status of many of these resolutions may, in fact, be greater under existing international law than the disagreements on their law-making authority would seem to suggest. There is in fact considerable support to be found in the existing rules of international law and in the practice of states to demonstrate that “recommendations” like those of the General Assembly should be considered at two levels of operation. On the one hand, when these resolutions emerge in the form of “declarations” or other statements “interpreting” the provisions of the organic instrument which orders the operation of the organization, a good case can be made out for recognizing these declarations or statements as the only definitive “legal” definitions of these instruments, in certain circumstances. At the second level, although a resolution may not purport to interpret the organic instrument of the organization it may, under the existing law creating structure of international law, become a potent source for the establishment of international legal obligations. In considering the legal status of the interpretive functions which may be carried out by international bodies, like the General Assembly, some of these resolutions which carry out this task may be in fact the only definitive rulings which can set standards with respect to the empowering provisions of a legal instrument like the United Nations Charter. In the case of the General Assembly and with respect to the Security Council, too, neither body is bound by the decisions of the International Court of Justice on the interpretation of the Charter and neither of these bodies is under any obligation to seek the opinion of the Court on the meaning of the Charter. Added to this, in the case of these United Nations bodies there is strong support for the contention that each principal organ of the world body was always intended to carry out its own interpretation of the terms of the Charter which relate to the organ’s sphere of activities, subject to voluntarily seek-

81 See important trends of this debate in D. Kennedy, pp. 30-33, Obed Y. Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1966, M. J. Petersen, *The United Nations General Assembly*, (Global Institutions Series), Routledge, Taylor and Francis Group, London, New York, 2006, not. 6, 7, 8 and 9 p. 8.

82 Alex C. Castles, “Legal Status of UN Resolutions”, *The Adelaide Law Review*, Vol. 3, no. 68, 1967, p. 79.

ing “advice” from the International Court on a controversial question. Even if there was authority vested in the International Court of Justice to make binding and authoritative interpretations of the United Nations Charter there are almost certainly provisions in this instrument which are not susceptible to traditional legal analysis under the existing Statute of the Court. The reasons for this are not hard to find. First, the Charter is not a precisely worded document in many places and indeed it would have been difficult, if not impossible, to get agreement at San Francisco on a document which did not contain many ambiguities and references to “aims”, “principles” and “purposes”(…) Secondly, even without reference to these aims, principles, and purposes, a number of provisions are hortatory in their content and may not be susceptible to traditional legal analysis by bodies such as the International Court of Justice. The fact that a provision in the Charter may not be susceptible to legal analysis does not mean, however, that the opinions of a political organ in interpreting such a provision cannot be law-making in their effect. Where provisions are interpreted in the light of aims and principles or when they are hortatory in their content, as in Chapter XI of the Charter and to some extent in Chapter XII, political judgment seems to be required by the Charter itself to determine, through resolutions of the appropriate United Nations organs, the meaning to be ascribed to these provisions. These resolutions, for the time being, set the standards which are required by the international organization for implementing the terms of its authority. In these circumstances, the judgments of the political bodies which are empowered to do this are paramount and in the case of the General Assembly resolutions and those of the Security Council, these are, in the absence of advice being sought from the International Court of Justice, the only rulings which can be given on the meaning of these provisions.⁸³ This point of view clarifies the legal binding status of United Nations General Assembly Resolutions and in the same way, clarifies that the law finality-category of general principles bears a law interpretative authority.

The Outcome of the 2005 world Summit and the Consensus on Human security which are United Nations General Assembly Resolutions, respectively provided the sense of the Responsibility to Protect and human security, which needed clarification and what no other institution than the General Assembly could do. So these Resolutions are not merely recommendations, they signify these concepts within the world order of the United Nations Charter. Thus they have an interpretative force of international law. Taking into consideration the content of the meanings they provided, the responsibility to protect and human

83 A. C. Castles, pp.79-80.

security cannot be considered as belonging to the legal formalism category of general principles of law, but rather have to be considered at the rank of the law finality general principles of law. The responsibility to protect gives the true account of sovereignty in relationship with the commitment against international serious crimes. Human security gives an account of the sense of state governance and the international part of it at the benefit of human persons. Thus both signifies, in a certain way, the current general international law.

After concluding that the responsibility to protect and human security are principles of international general law, we have to deal now with their authority. Is the way they allow us to understand existing international law binding? Is their interpretive authority binding? Asking that is in fact asking if the international community is bound by the way the responsibility to protect and human security signify current international law, through the resolutions which enshrine them. On this matter, let us immediately learn that “*although a variety of arguments may be advanced (...) to show that many resolutions of a body like the General Assembly may be binding and authoritative under international law, this does not mean of course that they have, in the normal course of events, any marked degree of enforceability. Steps are possible to make them directly enforceable by the Security Council taking up a matter dealt with by the Assembly*”⁸⁴. This point of view is relevant as far as the responsibility to protect and human security are concerned. According to the Outcome of the 2005 World Summit, the responsibility to protect bears primarily on the State and secondarily on the international community. Since it just reminds States of their well-known responsibility to protect their citizen from mass atrocities, it is not adding anything new in the international law favorable for individuals (human rights, refugee, humanitarian law). The part of the responsibility of the international community also reminds the United Nations responsibility under the Charter, in its chapter VI, VII, VIII. Most important in that matter is the role of the Security Council, regarding international peace and security and it well clarifies that is on a case-by-case basis that it will act, as usual.

Regarding the responsibility to protect, the *Note by the General Assembly President on the responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity*⁸⁵ sheds light on the legal scope and value of this concept in international affairs. Its entry is un-

84 A. C. Castles, p. 83.

85 United Nations, General Assembly, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, *Concept note on the responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity*, Note by the President of the General Assembly, A/63/958, 9 September 2009.

equivocal: “*The five main documents in which responsibility to protect has been articulated are the High-Level Panel’s “Report on Threats, Challenges and Change”; the Secretary-General’s report “In Larger Freedom”; the Outcome Document of the World Summit 2005; United Nations Security Council Resolution 1674; Secretary General’s report on “Implementing the Responsibility to Protect”. None of these documents can be considered as a source of binding international law in terms of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice which lists the classic sources of international law*”⁸⁶. This point of view immediately enables to understand that the legal worth of the Responsibility to protect, at least as it emerges from the meaning that it is assumed within the General Assembly, is that of soft law, and if one dares not simply to speak of a “common intention” of States. Edifying and rightly is the continuity of this note from the General Assembly:

“At the negotiations on the World Summit Outcome Document, the then United States Permanent Representative John Bolton stated accurately that the commitment made in the Document was “not of a legal character”. The Document is carefully nuanced to convey the intentions of the member States. Paragraph 138 when it deals with the individual State’s responsibility to its own people is clear in its commitment. When it comes to the international community helping States, the phrase used is a general appeal — “should as appropriate”. Paragraph 139 continues this nuanced approach. The language is clear and unconditional when it speaks of the “international community through the UN” having the “responsibility to use appropriate diplomatic, humanitarian and other peaceful means in accordance with Chapters VI and VIII of the Charter”. The Document is very cautious when it comes to responsibility to take action through the United Nations Security Council under Chapter VII. Paragraph 139 uses at least four qualifiers. Firstly, the Heads of State merely reaffirm that they “are prepared” to take action, implying a voluntary, rather than mandatory, engagement. Secondly, they are prepared to do this only “on a case by case basis”, which precludes a systematic responsibility. Thirdly, even this has to be “in cooperation with regional organizations as appropriate”. Fourthly, this should be “in accordance with the Charter” (which covers only immediate threats to international peace and security). Finally, the Heads of State emphasize “the need for the General Assembly to continue consideration of the responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity and its implications, bearing in mind the principles of the Charter and international law (empha-

86 UN, A/63/958, Annex, p. 3.

ses ours). It is therefore, amply clear, that there is no legally binding commitment and the General Assembly is charged, in terms of its responsibility under the Charter to develop and elaborate a legal basis.”⁸⁷

This view correctly points out that the Responsibility to Protect only has a legal worth within the framework of the powers recognized to the Security Council under Chapter VII of the UN Charter. If this eminent institution qualifies, in accordance with article 39 of this Charter, the existence of a threat to the peace, of a breach of the peace or an act of aggression, situations of massive violations of rights human rights, including serious crimes against civil populations, it can then intervene, if it so decides. The nature of the intervention may or may not be military, in accordance with article 39. Thus, the Responsibility to protect only comes under international law when the Security Council decides to intervene, at its discretion, to protect civilian populations from massive violations of their rights, presenting themselves as serious international crimes. In other words, if, in its discretion, the Security Council does not find all situations of large-scale human distress as a threat or a breach of international peace and security, then there can be no substantial actions taken in this respect, engaging the entire international community. In line with these considerations, the Security Council effectively dealt on a case-by-case basis with situations of human distress. We can cite in particular the Resolutions 1962 regarding Côte d’Ivoire and 1973⁸⁸ and 1973 regarding Libya⁸⁹ which noted the State responsibility to protect its populations from serious international crimes, the threat to international peace and security that constituted situations of human distress in these countries, and the responsibility of the United Nations to intervene.

As we see, the responsibility to protect is not a novelty within both current domestic orders and the international order. Instead of bringing news rules binding the international community, it is rather an interpretative principle or which signifies the current international law. It is an expression of a commitment of the international community, already enshrined in the United Nations Charter. Furthermore, as we have seen, mass atrocities are also evidence of gross human rights violations. So the responsibility to protect is an appeal to more serious respect of International law favorable for human beings. Thus, it is an affirmation of the sense of various branches of the existing international law centered on the general principle of responsible sovereignty. It could also perform as a principle that can inspire the elaboration of new binding norms.

87 UN, A/63/958, Annex, p. 3.

88 United Nations, Resolution, 1962, S/RES/1962, 20 December 2010.

89 United Nations, Resolution 1973, S/RES/197, 17 March 2011.

As regards Human security, the same reasoning applied for the Responsibility to Protect can apply for it. The United Nations consensus on Human security, even if it has some interpretive authority, is not enforceable. The sense of general international law it clarifies regarding general governance for human beings within the state at the charge of each of them and subsidiary at the charge of the international community cannot be considered as binding. The Consensus well confirmed that at the end of paragraph 3 (h): “*Human security does not entail additional legal obligations on the part of States*”. The non-binding legal status of human security is less questionable, due to its all-encompassing character. Even if there is a need, it could not be invoked before a court. Rather, various branches of international law, human rights, international criminal law, refugee, health, humanitarian, can be called forward for guaranteeing human security. Therefore Human security has a much higher purpose of recalling the true sense both of domestic and international law, that is, responsible sovereignty.

From all these developments we can note that the legal status of the responsibility to protect and human security confirms that the meanings they received within United Nations are the expression of the current world order of the United Nations Charter, nothing more, nothing less. However, from another standpoint, that is, the objective substances of the responsibility to protect and human security by themselves, these meanings can show some ambiguity which truly signifies the real sense of the current world order.

II. The Ambiguity of the Meanings of the Responsibility to Protect and Human Security within the United Nations

The meanings of the Responsibility to Protect and human security within the United Nations show some conceptual ambiguities which reflects on the kinds of responses they are supposed to entail.

A. Conceptual Ambiguities of the Meanings of the Responsibility to Protect and Human Security Within the United Nations

The signification of the responsibility to protect and human security within the United Nations shows conceptual ambiguity on the distinction between the two concepts and on human security specifically.

1. The Ambiguity of the Distinction Between the Responsibility to Protect and Human Security

The official position of the United Nations on the responsibility to protect was enshrined in the 2005 World Summit Outcome, notably in paragraphs 138 and 139, under the title “*Responsibility to protect populations from genocide,*

war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity". The responsibility to protect within the United Nations only concerns serious international crimes and this corresponds to the narrow conception of human security which inevitably shows ambiguity.

The responsibility to protect can be considered as emphasizing the United Nations' political humanitarian intervention to distinguish it from the apolitical humanitarian assistance. The question we will answer here is the following: Doing the responsibility to protect is it not doing human security?

The UN Secretary General's Report⁹⁰ on the *Responsibility to protect: timely and decisive response* noted that "*The need for a collective response to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity was founded on the brutal legacy of the twentieth century, marred as it was by the Holocaust, the killing fields of Cambodia, the genocide in Rwanda, the mass killings in Srebrenica and other events. These and other tragic events, which underlined the profound failure of individual States to live up to their responsibilities and obligations under international law, as well as the collective inadequacies of international institutions, led my predecessor, Secretary-General Kofi Annan, to take a series of steps that resulted in the development of the concept of the responsibility to protect*"⁹¹. The development of the Responsibility to Protect was necessary given the serious consequences of violent conflicts on civilian populations. The evidence that people are often subject to abuses due to their direct targeting or that they are very often collateral victims during violent conflicts necessitated measures for their protection. From the start, violent conflicts have always been linked to serious international crimes through massive human rights violations. It is precisely them that led the United Nations to recognize their responsibility to intervene for the protection of civilian populations within the borders of sovereign States. It has to be noted that human security also emerged, through the 1994 UNDP Report, in the context of those early acute human distress within States. But a curious distinction has been established between human security and the responsibility to protect.

The main international characteristic of international core crimes including genocide, war crimes, ethnic cleansing, crimes against humanity, regarding the

90 United Nations, General Assembly, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, *Responsibility to protect: timely and decisive response*, Report of the Secretary-General, A/66/874-S/2012/578, 25 July 2012.

91 UN, A/66/874-S/2012/578, Parag. 4, p. 2.

responsibility to protect, is that they are against the essence of humanity.⁹² This is why they are often considered as flouting the conscience of humanity.⁹³ That justifies the universal nature of these crimes⁹⁴ and clarifies that they are crimes against human nature.⁹⁵ Since this is an identity gathering all the members or individuals who belong to it, it is, therefore, a question of crimes against the very essence of man or crimes against mankind. These considerations are part of human security which means the security of the human.⁹⁶ Accordingly, security is the state of well-being consubstantial with human nature. Thus Human security is in the order of the fundamental requirement of human nature, and it is therefore essential to it, so that it is not enough to be a human being but to be in security. So since Human security can be considered as giving the account or embodying the true reality of human nature, as they flout this nature in its very essence, what consequently justifies the interest of the whole international community, serious international crimes can only be crimes against human security. Just as we speak of human nature in the case of serious international

92 Those crimes are summing up in the generic of “crimes against humanity”, which “*are said to be crimes against the human status or condition* (Otto Kirchheimer, *Political Justice, The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton University Press, Princeton, 1961), *against the human person or personality* (Eugène Aroneanu, *Le Crime Contre l’Humanité*, Dalloz, Paris, 1961), *against the nature or the essence of mankind* (Jean Graven, “Les Crimes Contre l’Humanité”, *Recueil des Cours* Vol. 76, 1950, pp. 433), *against the essential attributes or essential rights of human beings* (Robert H. Miller, “The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity”, *American Journal of International Law*, Vol. 65, 1971, p. 476). *They are acts “destructive of a person’s humanity”* (Steven R. Ratner, Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 3), in Norman Geras, *Crimes against Humanity. A birth of a concept*, Manchester University Press, Manchester and New York, 2011, p. 52.

93 Preamble of the Rome Statute of the International Criminal Court. The International Court of Justice recognised that it had been the intention of the United Nations “*to condemn and punish genocide as a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th 1946)*”, See International Court of Justice (ICJ), *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 28 May 1951, *I.C.J. Reports 1951*, quoted in Terje Einarsen, *The Concept of Universal Crimes in International Law*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2012, p. 145.

94 Einarsen, p145; Geras, p. 59; David Luban, “A Theory of Crimes against Humanity”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 29, pp. 85-167, 2004, p. 90.

95 “*What harms them [the direct victims], harms us all ... because we are in some way, due to our common human nature, implicated in their suffering*” Eve Garrard, “Forgiven, quess and the Holocaust”, *Ethical Theory and Moral Practice* Vol. 5, 2002, pp. 147–65, at 159; quoted in Geras, p. 58.

96 Barbara von Tigerstrom, *Human Security and International Law, Prospects and Problems*, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 5.

crimes, so we speak of human nature concerning human security. We can simplify as follows:

- a. Human nature = Serious international crimes = Responsibility to protect (UN meaning)
- b. Human nature = Human security (Objective meaning)
- c. Human security = Serious international crimes = Responsibility to protect

So we realize that if the United Nations signifies serious international crimes as a concern that is managed under the label of the responsibility to protect and not of human security, there is an ambiguity. Obviously, this is a decreed (political) definition.

The most basic definition of human security that comes out of all the international thinking process is freedom from fear and freedom from want.⁹⁷ Serious international crimes undoubtedly are related to freedom from fear. This implies the protection of all violent events bearing harmful consequences on the physical and moral integrity of human beings. The level of fear that serious international crimes can inflict on individuals is unimaginable. The responsibility of States and international society consists precisely in guaranteeing individuals the freedom from that fear. This responsibility, concerning the responsibility to protect and human security, as they are enshrined within the United Nations, rests mainly with the State and secondarily to the United Nations, except that the regime of the intervention of the United Nations is different in the two cases: the sovereign decision of the UN Security Council regarding the responsibility to protect and a state request for support to the international community regarding human security. In either case, how could we think that implementation of the responsibility to protect populations from international core crimes cannot help in guaranteeing them freedom from fear? Since it cannot be said, it is still clear that the responsibility to protect is a matter of human security.

According to the report of the ICISS Report, the responsibility to prevent consists of eliminating both the root and the direct causes of internal conflicts and other man-made crises that endangered populations.⁹⁸ The Secretary General's Report entitled: *Responsibility to Protect: State Responsibility and Prevention*,⁹⁹ "Since economic deprivation or real or perceived dispari-

⁹⁷ "In UN documents and debates, human security is often characterized as incorporating the two pillars of the UN charter which are the foundations of human rights instruments: "freedom from want" and "freedom from fear", in Fukuda-Parr, Messineo, p. 6.

⁹⁸ UN, A/RES/66/290, Parag. 3 b) and c).

⁹⁹ United Nations, General Assembly, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, *Responsibility to protect: State responsibility and prevention*, Report of the Secretary-General,

*ties constitute risk factors for atrocity crimes, a range of political, economic and social measures can be taken to increase actual or perceived equity in the distribution of resources, assets, income, and opportunities among groups and to promote overall economic development and prosperity. Relevant measures to promote horizontal equality could include employment and safety net programmes for marginalized populations, including young people, as well as fiscal reforms to enhance transparency and equity. Anti-discriminatory initiatives and policies aimed at reducing corruption, including corruption or favoritism linked to identity, can complement these reforms. Since corruption and inequity undermine the legitimacy of State, such reforms can contribute to mitigating grievances that create instability*¹⁰⁰ This paragraph is related to the preventive component of the responsibility to protect from serious international crimes and includes multidimensional measures which may be political, economic or social. This range of measures is well suited to the global and contextual nature of government responses to the benefit of human security, which also emphasizes prevention.¹⁰¹ How then can one do the responsibility to protect without doing human security? This is only possible from and through a decreed (political) definition.

The reactive component is further highlighted within the responsibility to protect. When preventive efforts have failed to preclude the occurrence of crisis, then duty bearers must react. This reaction effectively consists of protecting populations from mass violence. Protection is also the other component of human security. According to the Report of the Secretary-General *Follow-up to General Assembly resolution 64/291 on human security*, it is noted that “*human security aims at ensuring the survival, livelihood, and dignity of people in response to current and emerging threats – threats that are widespread and cross-cutting. Such threats are not limited to those living in absolute poverty or conflict. As evidenced by the recent earthquake and tsunami in east Japan and the financial and economic challenges in Europe and the United States of America, today, people throughout the world, in developing and developed countries alike, live under varied conditions of insecurity. These threats seriously challenge both Governments and people, and call for a rethinking of security where the protection and empowerment of individuals form the basis for achieving stability, development, and human progress*”.¹⁰² Protecting

A/67/929-S/2013/399 9 July 2013.

100 UN, A/67/929-S/2013/399, Parag. 45, p. 12.

101 UN, A/RES/66/290 66/290, Parag. 3 (b).

102 *Follow-up to General Assembly resolution 64/291 on human security*, Report of the Secretary-General, A/66/763.

populations from mass violence is effectively working for their survival. When such crises do occur, they are in fact, before reaching the saturation point that is the crisis, existing threats because they involve serious risk of acute distress on civilian populations and that is why protection is crucial. The Consensus on Human Security also mentions in paragraph 3 (b) that “*Human security calls for people-centred, comprehensive, context-specific and prevention-oriented responses that strengthen the protection and empowerment of all people and all communities*”. We can still see the responsibility to protect and human security equally. Concluding then to a difference between the two concepts can only come from an international political decree. Let us note it again in the aforementioned report of the Secretary-General *Follow-up to General Assembly resolution 64/291 on human security*.

Indeed: “*the notion of human security is distinct from the responsibility to protect and its implementation. While human security is in response to multidimensional insecurities facing people, the responsibility to protect focuses on protecting populations from specific cases of genocide, war crimes, ethnic cleansing, and crimes against humanity. As such, human security has broader application, bringing together the three pillars of the United Nations system, whereas the responsibility to protect centres on the aforementioned situations*”.¹⁰³ The word “difference” means that there is no general similarity between two things. If the concerns for human security are among the multidimensional situations that individuals face daily, then when they are subject to mass violence, as was a certain daily in Rwanda in 1994, in Srebrenica in 1995, or Libya in 2011, these are human security concerns. What this report says is that the responsibility to protect deals specifically with serious international crimes. So, since these are facts that also come under human security, then the responsibility to protect becomes a specific element or a component of human security. This analysis is confirmed in the Report’s own words, particularly, the broad scope of human security and the specificity of the responsibility to protect. Human security is therefore the general and the responsibility to protect, the specific. But there can be no question of seeing a difference, but rather the wholeness of human security and a part of it which is the responsibility to protect. At this level, one can still certainly say that doing the responsibility to protect is doing human security. So there is no difference.

Another indication is important in this explanatory passage: the interests in the three pillars of the United Nations, namely peace, human rights, and development, are put in the account of human security, this, without being specified

103 UN, A/66/763, p. 6.

for the Responsibility to protect. So one would ask whether the responsibility to protect does not also include these three pillars. Referring to the point of view of the ICISS, we can note this link between the responsibility to protect and these pillars:

“The current debate on intervention for human protection purposes is itself both a product and a reflection of how much has changed since the UN was established. The current debate takes place in the context of a broadly expanded range of state, non-state, and institutional actors, and increasingly evident interaction and interdependence among them. It is a debate that reflects new sets of issues and new types of concerns. It is a debate that is being conducted within the framework of new standards of conduct for states and individuals and in a context of greatly increased expectations for action. And it is a debate that takes place within an institutional framework that since the end of the Cold War has held out the prospect of effective joint international action to address issues of peace, security, human rights, and sustainable development on a global scale.”¹⁰⁴

“This Commission certainly accepts that issues of sovereignty and intervention are not just matters affecting the rights or prerogatives of states, but that they deeply affect and involve individual human beings in fundamental ways. One of the virtues of expressing the key issue in this debate as “the responsibility to protect” is that it focuses attention where it should be most concentrated, on the human needs of those seeking protection or assistance. The emphasis in the security debate shifts, with this focus, from territorial security, and security through armaments, to security through human development with access to food and employment, and to environmental security”.¹⁰⁵

“Prevention of deadly conflict and other forms of man-made catastrophe is, as with all other aspects of the responsibility to protect, first and foremost the responsibility of sovereign states, and the communities and institutions within them. A firm national commitment to ensuring fair treatment and fair opportunities for all citizens provides a solid basis for conflict prevention. Efforts to ensure accountability and good governance, protect human rights, promote social and economic development and ensure a fair distribution of resources point toward the necessary means”¹⁰⁶

These three paragraphs highlight that peace, human rights, and development are of interest under the responsibility to protect. The preventive component of

104 ICISS Report, p. 3.

105 ICISS Report, p. 15.

106 ICISS Report, p. 19.

it necessarily includes these pillars. If human rights are fully guaranteed in all their interdependence, it is almost plausible that society would not turn against itself. If there is peace in a society, then this is evidence of the absence of internal conflicts. Development, which is generally defined as the extension of individuals' capacities of choice allows in conformity with human rights principles, the satisfaction of these, and social peace. Thus, concerning the pillars of the United Nations, the explanation of the Report of the Secretary-General would have focused only on the "reaction" component of the responsibility to protect, which as such would imply certain measures that would not include human security. That would be ambiguous when we know that the reaction is not the only measure signifying the Responsibility to protect. If this one includes in its specific character, the three pillars of the United Nations, precisely in its preventive component, in the same way as human security in its general character and if the reaction to protect populations from mass violence serves to provide them with freedom from fear, an essential component of human security, then and again the responsibility to protect and human security mean each other.

What is to be noted in fine is that Human security has been subject to two conceptions: a broad, reflecting all threats that can have a bad impact on human life, and a narrow, reflecting the most important threats which are the most violent. A little attention on the doing of the United Nations leads us to note that the broad conception of human security is what is enshrined as the official meaning of Human security, while the narrow conception is enshrined as the official meaning of the responsibility to protect, removing at the same time, any equivalence with human security. The international political decree, standing as the meanings of the responsibility to protect and human security within the United Nations is therefore a separation of matters within Human security and ultimately does not succeed in convincing of the absence of a conceptual identity between them.

2. The Ambiguity of the Meaning of Human Security in Itself Within the United Nations

Concerning human security mainly, the only reference to its synthetic definition of freedom from fear and freedom from want enables us to conclude that the international consensus on human security is ambiguous. Indeed, let us recall, paragraph 3 (e) provides that "*Human security does not entail the threat or the use of force or coercive measures. Human security does not replace State security*". This provision is very surprising because it inscribes the use of force outside human security. It is clearly contradictory to its component "freedom from fear". If measures are taken for the protection of public order, for the

safety of populations, as well as preventive measures, then would not human security be done? It is clear from the formulation of the international Consensus that human security cannot be done this way. This is a blatant contradiction of the freedom of fear-component of human security. How can people be protected from fear, by measures to protect and to prevent attacks on their safety without doing human security? The 1994 UNDP Report already notes that human security can be explicitly defined as “*first, safety from such chronic threats as hunger, disease, and repression. And second, it means protection from sudden and hurtful disruptions in the patterns of daily life-whether in homes, in jobs or in communities*”.¹⁰⁷ What therefore is the sense of the protection implied by human security? If such protection exists without the use of force then would it be a question of guaranteeing freedom from fear only by preventive measures? That cannot be said. Human security, as recognized in the International Consensus in paragraph 3 (b), calls for global responses, adapted to the context which reinforces protection. Furthermore, the Secretary General’s Report: *Follow-up to General Assembly resolution 64/291 on human security*, notes that “*human security makes no distinction between civil, political, economic, social and cultural rights and as a result addresses threats to the survival, livelihood, and dignity of people in a multidimensional and comprehensive manner*”.¹⁰⁸ How then would such comprehensive, multidimensional, and integrated responses preclude the use of force for human security? One could not think so.

In reality, paragraph 3 (e) reflects the reluctance of the United Nations to fully assert that human security includes everything related to the conservation of individuals. So it is privileged a separation of matters, like that of paragraph 3 (e) which distinguishes human security from the security that the State must guarantee. In the understanding of the United Nations, there are several conceptions of security: human security, security through force, or more generally security of the territory or national security. It is difficult to think that within the United Nations conception, a matter of human security is a matter of national security and vice versa. Besides, from the start, the concept of human security has always been considered to be different from the traditional concept of state security, which includes military, territorial security¹⁰⁹. The ambiguity of that is clearly shown by a simple reliance on the essential components enabling to define the concept of “State” in every domestic constitutional law:

107 1994 UNDP Report, p. 23.

108 *Follow-up to General Assembly resolution 64/291 on human security*, Report of the Secretary-General, A/66/763, p. 6.

109 1994 UNDP Report, p. 24.

a population, a territory, a government. So state security is normally security inclusive of all its components, Let us schematize:

- a. State = Populations (human beings) + Territory + Government
- b. State Security= Populations Security + Territory Security + Government Security
- c. So if Populations Security= Human beings Security = Human security,
- d. Then State Security = Human security + Territory Security + Government Security.

Based on this, how can Human security be different from state security? It is only possible if State security means or means more something else or is exclusively signified by one or two components. In such a hypothesis, we have to note that among the essential components of the State, populations are the most essential since there is nothing conceivable without human beings. Thus if reference is made to the territory, does this one not have a sense just for human beings who are settled or living within it or are taking from it their resources? If the emphasis is on the government, does this one not have a sense only for human beings for whom it is established and supposed to serve? Even if it is about ruling, a government has to rule human beings. Thus, without human beings, there is no government. At the extreme, since there cannot be in fact a distinction between “state security” and human security, that is only possible through a political decree.

Furthermore, the words used to signify human security are so inclusive that the distinctive apprehension the United Nations maintains about the so-called traditional security is betrayed: *“human security underscores the universality and interdependence of a set of freedoms that are fundamental to human life: freedom from fear, freedom from want and freedom to live in dignity. As a result, human security emphasizes the interlinkages between security, development, and human rights and considers these to be the building blocks of human and, therefore, national security”*.¹¹⁰ As soon as we agree to signify human security as freedom from fear and freedom from want, everything is included, the military, the non-military the territorial, the non-territorial, the use, and the non-use of force, prevention, reaction, economic, political, social, cultural, etc. This is what global, multidimensional, integrated, universal responses refer to. That is the understanding implied by the essential substance of human security.

110 *Follow-up to General Assembly resolution 64/291 on human security*, Report of the Secretary-General, A/66/763, Parag. 18, p. 5.

Indeed, human security in its essential substance allows us to acknowledge that it is the real state of human nature. Since it is an existing one, it can no longer be created or realized, since it is already real but rather is to be confirmed in what it is. In other words, the human being is devoted to its conservation or its permanent continuity in this state which accounts for his nature. This nature being one in its bi-dimensionality, namely the material and the immaterial, the logic of its conservation can only concern these two dimensions. This logic implies that everything that concerns the conservation of the human person is a natural concern for human security. That reflects in the early apprehension of human security in the 1994 UNDP Report. That broad conception of human security, which is the one the United Nations adopts effectively, is however subject, at the same time to a reduction of scope, which cannot substantively work, but through a political agreement.

The decree at work relating to the concepts of the responsibility to protect and of human security from the United Nations means that in their current states, a meaning has been decided to them, that the meaning of these concepts has been agreed upon by the different members of the United Nations. It is therefore a political consensus on the meaning of the responsibility to protect and human security, instead of the objective meaning that these concepts carry or simply are in themselves. The United Nations formulation is certainly ambiguous and it is necessary to note that because it implies practical consequences which do not always result in the conservation of the sets of individuals who constituted themselves into political societies or (politically) organized themselves for this purpose.

B. The Ambiguous Intervention under the Responsibility to Protect and Human Security Within the United Nations

The responsibility to protect and human security do not entail the same interventions or at least the same type of responsibilities. Having unveiled the ambiguity existing in the current United Nations understanding of these concepts, and having concluded in a substantial identity between them, we have come to conclude that the distinction was certainly decreed based on a certain choice of the consequences they had respectively to lead to in terms of intervention. This latter in turn could only show ambiguity.

Let's start by recalling the responsibilities under the responsibility to protect and human security. Concerning the responsibility to protect, the 2005 World Summit Outcome specifies in paragraph 138 that "*Each individual State has the responsibility to protect its populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. This responsibility entails*

the prevention of such crimes, including their incitement, through appropriate and necessary means. We accept that responsibility and will act in accordance with it.”¹¹¹ Then paragraph 139 mentions that: “The international community, through the United Nations, also has the responsibility to use appropriate diplomatic, humanitarian and other peaceful means, in accordance with Chapters VI and VIII of the Charter, to help to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. In this context, we are prepared to take collective action, in a timely and decisive manner, through the Security Council, in accordance with the Charter, including Chapter VII, on a case-by-case basis and in cooperation with relevant regional organizations as appropriate, should peaceful means be inadequate and national authorities are manifestly failing to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. We stress the need for the General Assembly to continue consideration of the responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing, and crimes against humanity and its implications, bearing in mind the principles of the Charter and international law. We also intend to commit ourselves, as necessary and appropriate, to helping States build capacity to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing, and crimes against humanity”.¹¹²

The responsibility to protect therefore rests primarily with the State and secondarily with the international community. Only the latter’s responsibility, particularly within the framework of the United Nations, will interest us since the primary responsibility of the State is a truism based on the meaning of sovereignty as responsibility. On this same basis, the secondary of the United Nations is comparatively more questionable. So far, the United Nations intervention to protect civilians from serious international crimes has been part of international peace and security. In this context, it is much more related to the reactive component of the responsibility to protect.

The United Nations’ decisions in matters of international peace and security bind the entire international community. In this matter, the United Nations is considered as ruling over all States. These are required to assist in the execution of the decisions taken.¹¹³ The Security Council, through the United Nations,

¹¹¹ 2005 World Summit Outcome, p. 30.

¹¹² 2005 World Summit Outcome, p. 30.

¹¹³ According to article 2 paragraph 5 of the United Nations Charter, “All members shall give the United Nations every assistance in any action it takes in accordance with the present Charter, and shall refrain, from giving assistance to any State against which the United Nations is taking preventive or enforcement action”.

becomes a kind of ruler of international society, much like the executive power represents the government within states. The responsibility to protect from serious international crimes has been recognized as falling within the framework of international peace and security and thus these situations of acute violence against civilians are considered as threats to or breaches of international peace and security. The situations which have given rise to this qualification at the international level have entailed a binding intervention of the United Nations whether or not it was armed. At the same time, the preventive component of the responsibility to protect does not have the same authority. It is generally left to the full authority of the State, and the United Nations only intervenes in complementarity. However, this way of doing has a consequence on the occurrence of crises. The Secretary-General of the United Nations, in his Report: *Mobilizing collective action: the next decade of the responsibility to protect*,¹¹⁴ notes that “Despite this progress, the international community has fallen woefully short of its aspiration to prevent and respond to atrocity crimes. As noted in my report for the World Humanitarian Summit, brutal and intractable conflicts are devastating the lives of millions of people in almost every region, threatening the futures of entire generations. Today we face a more challenging context, in which some States and non-State actors routinely threaten populations and make calculated decisions to disregard their legal obligations and protection responsibilities. Some of these situations, such as in Iraq and the Syrian Arab Republic, have been the focus of sustained international attention, while others, such as the Democratic People’s Republic of Korea, Eritrea and South Kordofan in the Sudan, have been kept from our view. At a moment when so many of the international norms and standards related to protection are being flouted, it is crucial that Member States remain true to the commitments they made in 2005”.¹¹⁵ The United Nations resolatory practice, especially from the Security Council then becomes ambiguous.

Indeed, in the implementation of the responsibility to protect, a stronger focus on the reaction or a stronger authority recognized to it to the detriment of prevention would let understand that the latter is less important than the former. In reality, prevention is far more important than reaction because the occurrence or “realization” of the crisis is an indicator that prevention has failed since its purpose is precisely to prevent the “realization” of the crisis. Crisis prevention is used to act on the root and immediate causes of crises so

114 United Nations, General Assembly, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, *Mobilizing collective action: the next decade of the responsibility to protect*, Report of the Secretary-General, A/70/999-S/2016/620, 22 July 2016.

115 UN, A/70/999-S/2016/620, Parag. 4, p. 2.

that they do not reach the saturation point of the crisis. In other words, crisis prevention aims at acting on the *crisis in potential* so that the crisis does not materialize. As the increased violence against civilians has always been proven anthropogenic, its prevention is much more realist than the prevention of crisis of natural origin, given the great hazard weighing on them. The prevention of these crimes then consists of diagnosing and working to contain all the causes which could lead to serious international crimes. Successful preventive action cannot therefore result in a crisis.

The United Nations resolatory practice would therefore suggest that a greater authority of action on the effect of the cause would be more important than a greater authority of action on the cause of the effect when in reality it is quite the opposite. International peace and security are much more threatened by the causes of serious international crimes than by their effects. Because without cause, no effect. It is the failure of action on the cause that makes possible the occurrence of their effects. Addressing the causes of these crimes would result in lasting international peace and security, without mentioning the low cost involved. It is therefore the preventive component of the responsibility to protect which should benefit from a much more substantial authority or at least the same as that which benefits reaction of the United Nations resolatory practice. Since these crimes against civilian populations are a concern for international peace and security, what suggests that all States are equally offended, all the authority of the consequent resolatory practice is justified. Then the causes of these crimes which make them possible or materialize them are therefore as much a concern for international peace and security and, consequently, the measures to manage them should be invested with the same authority as the reactive measures managing the effects they produce. The ambiguity is precisely at this level: measures to manage the effects of causes have more authority than measures to manage the causes of these effects, while it is certain that focusing on that latter better secure people for whom interventive protection is undertaken and therefore better guarantees international peace and security. In other words, if international serious crimes, as a matter of international peace and security, imply such an authoritative response of the United Nations, it means that the value at stake is of higher worth, what justifies such kind of reaction, then if there is a possibility to protect this value better than the reactive intervention, how this possibility is not as authoritative as the reaction? It is clear that the lack of authority of prevention against international serious crimes cast a doubt on the real worth of the value at stake. Anyway, there is an ambiguity.

That said, for the few it is interested in, the intervention of the Security Council under the responsibility to protect populations against serious international crimes is disparate and still testifies to all the concern of this resolatory practice for the same peace and international security. Identical situations in terms of amplified violence against civilians, however, receive a difference of considerations or a different interest in intervention. Paragraphs 15 and 16 of the previous report of the Secretary-General¹¹⁶ are instructive to this effect:

“Political divisions, particularly within the Security Council, are exacerbating the move away from decisive action — whether for prevention or for response. In some contexts where atrocity crimes have been committed, or are at risk, major global Powers support opposing factions and put these allegiances ahead of their protection responsibilities. The founders of the United Nations recognized the importance of harnessing the power of key States to an effective collective security system, but they also expected members of the Security Council to use their power responsibly and in the interests of greater security for all. Today, however, Security Council deliberations frequently fail to generate common solutions and at times serve to deepen discord among Member States. The Security Council may “remain seized” of a matter, but this is of little relevance to suffering populations unless concrete steps forward are taken”

“Security Council disunity is particularly damaging in the early stages of a crisis, when space for dialogue is wider and when strong and united messages from the international community have greater potential to dissuade local actors from following a deadly path. In other instances, vetoes by permanent members, whether used or threatened, preclude the identification and pursuit of a common purpose. The pattern of violence during the Syrian crisis tragically illustrates the impact of this deadlock on the behaviour of the warring parties, who can feel emboldened by the lack of strong international engagement. Fighting in the Syrian Arab Republic escalated and conflict-related deaths increased dramatically following the failure of the Security Council to adopt a resolution in February 2012, particularly as a result of the intensified aerial bombardment of populated areas by government forces”

Thus, after recognizing that the widespread violence suffered by civilian populations is a concern for international security, these situations receive a different intervention, depending on political considerations in force within the Security Council. As we can see in these lines, this is clearly not in compliance with the spirit of the United Nations Charter as it was drafted by the founding fathers of the United Nations. The fundamental reason for this disparate

¹¹⁶ UN, A/70/999-S/2016/620, p. 5.

trend in the United Nations resolatory practice may be the one advanced by the President of the General Assembly in his point of view about the responsibility to protect:

“The Security Council’s powers are not directed even against violations of international legal obligations but against an immediate threat to international peace and security. Collective security is a specialized instrument for dealing with threats to international peace and security and not an enforcement mechanism for international human rights law and international humanitarian law. The discretion given to the Security Council to decide a threat to international peace and security implies a variable commitment totally different from the consistent alleviation of suffering embodied in the responsibility to protect. (...) [Furthermore] In case a responsibility to protect type of situation becomes a threat to international peace and security, the question of the veto will arise. The veto ensures that any breach committed by a permanent member or by a member state under its protection would escape action. Member states, therefore, need to decide whether “a mutual understanding” among permanent members “to refrain from employing or threatening to employ the veto” in responsibility to protect situations is adequate or whether an amendment of the Charter is necessary. A “mutual understanding” implies no enduring obligation and therefore has no legal force. The problem is that if a veto has been cast, the General Assembly cannot overturn it; even without it, the General Assembly cannot take up a matter that is on the agenda of the Security Council.”¹¹⁷

This point of view reveals a very reductive understanding of the concept of the Responsibility to Protect and all the realism that surrounds the \$\$\$ United Nations resolatory practice concerning international peace and security. Obviously, this conception is not that which the States adopted at the end of the World Summit of 2005. Although the Security Council is not the only organ of the United Nations in charge of the responsibility to protect, between these organs, there is officially a distribution of matters concerning that responsibility. It is not because the Security Council acting for international peace and Security would manage to include, in this matter, amplified violence on civilian populations, that it would not imply consequently that this organ reinterprets what it would be supposed to consider of its mandate regarding human security in the sense of an international consensus on what it should be. Likewise,

117 *Concept note on the responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity*, Note by the President of the General Assembly, A/63/958, pp. 4-5.

is there a valid basis for the impossibility to include the prevention of serious international crimes as a concern for international peace and security? If such a basis does not exist, it should also be thought that the veto power of permanent members could stand itself as an obstacle in terms of prevention.

Let us be a realist! If a crisis has materialized into intensified violence against civilian populations and the veto can be applied to block the reaction of international society, the veto can also block all preventive measures to addressing the root and immediate causes of the crisis. For, the veto against the reaction to a crisis, which is nothing more than the effect of a cause, is a simple indicator that the genuinely main subject is not the fate of the civilian victims. In these cases one would be talking about something else, that is to say, the interest of intervention would be quite different or elsewhere. So the root or immediate causes of these crises would surely be of some interest that the veto would also protect in case of a desire to react against them. From this, it emerges that the prevention of serious international crimes against civilian populations can itself create a problem. So we can understand the ambiguity: there may be interests more important than the fate of civilian populations while recognizing at the same time that international serious crimes are inadmissible (from a well-known past) and thus are a matter of international peace and security. The current world order of the United Nations guarantees, through the principle of responsible sovereignty, international stability. If there are interests more important than facts which are considered as damaging international peace and security, which is the indicator of that international stability, and if that is let possible by that same current world order, then this one bears contradiction and therefore is ambiguous.

Having found that the responsibility to protect is included within human security, which fundamentally involves freedom from fear and want, the current ambiguous meaning of the United Nations resolutive practice relating to the responsibility to protect is a concern for human security. The preventive component of the responsibility to protect helps manage the root and immediate causes of serious international crimes. It is therefore undoubtedly interested in the management of all these causes according to their diverse nature, be they political, economic, cultural, etc. Such measures are therefore global, multidimensional, adapted to the context; what comes out of the meaning of human security. According to paragraph 3 (g) *“Governments retain the primary role and responsibility for ensuring the survival, livelihood, and dignity of their citizens. The role of the international community is to complement and provide the necessary support to Governments, upon their request, so as to*

*strengthen their capacity to respond to current and emerging threats. Human security requires greater collaboration and partnership among Governments, international and regional organizations and civil society”; and (h) “Human security must be implemented with full respect for the purposes and principles enshrined in the Charter of the United Nations, including full respect for the sovereignty of States, territorial integrity and non-interference in matters that are essentially within the domestic jurisdiction of States. Human security does not entail additional legal obligations on the part of States”.*¹¹⁸

The United Nations consensus on human security is clear on the responsibility that entails human security. It is a state matter. International society is limited only to support in such a way it is clear that its responsibility, which one can certainly assume in one way or another, turns out to be very weak in substance. It cannot, therefore, be compared to the responsibility of the United Nations concerning the responsibility to protect, in the United Nations ambiguous understanding, of course, which can lead to reactive measures based on Chapter VII of the UN Charter, dealing with international peace and security. States can well cooperate in areas of common interest, but that does not prevent it to be a matter of national appropriation or, in other words, as a domestic matter, and it is very clearly stated that there are not additional obligations towards States than those which are within their jurisdiction.¹¹⁹ So human security is not a matter of international peace and security which would entail an intervention of authority from the United Nations.

The United Nations consensus on the responsibility for human security can therefore be equivocal in the sense that it supposes that freedom from fear and freedom from want are not a concern of international peace and security involving an intervention of authority from the United Nations. This consensus is ambiguous in that it notes that human security is a problem of a universal, multidimensional, global character. It was human distress resulting from the internal conflicts in Rwanda, Former Yugoslavia, and Somalia of the 1990s that inspired the 1994 UNDP report on Human Security. How can we think of human security as being all-encompassing including almost everything regarding the conservation of individuals as implying a minimal intervention of the international community concerning the interdependence to which States are willy-nilly subject to? Human security also implies a very strong emphasis on prevention, which encompasses all possible dimensions or areas of human conservation, which are characterized by their cross-border dimensions. More

118 UN Consensus on Human Security, A/RES/66/290.

119 UN Consensus on Human Security, A/RES/66/290, Paragraph 3 (h).

generally, the responsibility to protect falls within the framework of human security, the prevention of serious international crimes not receiving consistent international authority, prevention of human insecurity, therefore, do not receive consistent international authority. This is confirmed in cases of human insecurity still prevalent all over the world and not only in countries characterized by poor or developing. It is a reality of the concern for human security. So we have to think that as long as the root causes of human insecurity are not frankly addressed, human insecurity will persist and in a globalized world, its threat would weigh on all States. We must therefore believe that the United Nations resolutive practice shows that the definitional or political decree of human security which supports it is far from having the positive consequences that its objective substance would imply. There is no question of denying the leading role of the State, it is rather to highlight the ambiguity that arouses the United Nations resolutive practice about human security and to stimulate thinking relating thereto based on human security in its essential substance.

The political distinction between human security and the responsibility to protect has, in fact, all its sense in the kind of intervention from the international community they were conceived to imply: a weak intervention for human security and an authoritative intervention for the responsibility to protect, and even, on a case-by-case basis. What we can see simply that within the United Nations all threats on human security are not of the same worth, what justifies to let human security almost at the responsibility of states. Now can we evaluate what kind of suffering is happening from other kinds of threats? For example how many people have died in the context of economic immigration? How many people have involved in rebel groups and damage lives because of poor conditions of life? Furthermore, the problem of COVID-19 is clearly a matter of public international health. How many lives this pandemic has damaged? Now, is there any difference between the lives damaged by violent threats, on the account of the responsibility to protect (narrow conception of human security) and the lives damaged by “less violent” threats on the account of human security (large conception of human security)? No, we could not. Thus such a distinction within the all-encompassing content of human security is ambiguous. Are we going to say that all those threats are not matters of international peace and security? We are not going to say that, not because it is not so, but because it is how the current world order is. It is ambiguous.

Concluding Remarks

We have undertaken to reassess the meanings of the responsibility to protect and human security within the United Nations. Our thesis was that the

meanings of these concepts depend on the principles of the current world order embodied by the United Nations Charter, which sums up in the responsible state sovereignty. However, referring to their objective substances, the United Nations official position on the responsibility to protect and human security show ambiguity and therefore ambiguity of the current world order.

Our analysis enables us to reach the following concluding remarks. Since we note the conceptual identity between human security and the responsibility to protect, only the tenacity to the current World order of the United Nations Charter can justify such a conceptual distinction, which is political by nature. Its ambiguity informs us of the sense of this order of sovereignties. In the end, all being a matter of human security, such a distinction is a sign that the international community will protect it only insofar as it does not contradict or is in opposition with the current world order of the United Nations Charter, that is, of responsible sovereignty. This one means responsibility inside and outside the State. Inside the States, sovereignty means the commitment to the satisfaction of the basic requirements of individual conservation. Thus the United Nations Charter guarantees a world order where the fate of the human is let in the hands of States, primarily, regarding both human security and the responsibility to protect, and secondarily in the hands of the international community, for the responsibility to protect, and just a supportive cooperation for human security. Outside the State, sovereignty means equality between States and therefore respect of other sovereignties. This conception of sovereignty as responsibility is supposed to assure international stability, which ultimately means the stability of states. It is therefore a matter of state security, very important to underline, in the incomprehensible reductionist sense it has always been understood, in reference to the territory or government. In this sense, it is considered that if States are in security, the whole international society is in security. Then, in this logic, human security, which is *primarily* and *essentially* a matter of State Security, (for it is the most essential component of the State), becomes *secondarily* a matter of State Security, or in other words, human security is at the service of or the means for State security which is the purpose or the finality. Now if human insecurity can undermine state security, the current world order acknowledges that it is a matter of authority of international society in so far as that insecurity is evaluated as undermining international peace and security. If that human insecurity, as it happened in a lot of cases, is not thus evaluated, there would not be an authoritative intervention. So we can see that when there is a deep challenge between human security and state security in that reductionist sense, which, by the way, walks with the national interest, the latter is preferred, then clarifying the sense of the current international order.

The exact meaning of human security is to place the fate of the human at the center of whatever regards politics. Therefore it contradicts *essentially* to focus on the state. That implies to think how basic requirements of human conservation can be satisfied for each human being or what necessary means could lead to that finality. In other words, for human security, the human is the purpose, or the finality, not the State. Now the current world order is not grounded on human beings but on individual States which pursue their interests. Focusing on States and on the human cannot, have the same implications, for (inter) state stability, at least regarding the means necessary for this purpose. Even if the meaning human security receives within the United Nations recognizes well its true universal character, it cannot avoid enshrining it within state security. This can be understandable as human beings are a component of State. Thus, we can see that even the early development of human security in the 1994 UNDP Report stood for a reminder of States that State security implies an essential component of human security and not only territory or government territory. Now the details of human security this Report gives shows their all-encompassing character, that is, including even somehow territory security.¹²⁰ From that we can confirm that human security stands as the ultimate purpose of the State. For if there is no human beings who are settled or live in or have an link of affiliation with a territory, which is ruled by a government, there is no State. But since we can have human beings without or before the “State”¹²¹, we can understand that human beings have the primacy over States. Then the clear meaning of State and its rank have to be recognized. Contractualist phi-

120 As a component of human security, an implicit reference to territory security can be diagnosed in “Personal security”, by mentioning that “*Perhaps no other aspect of human security is so vital for people as their security from physical violence. In poor nations and rich, human life is increasingly threatened by sudden, unpredictable violence. The threats take several forms: (...) • Threats from other states (war) (...)*”. We have to remind that territorial security has always referred in terms of military defense for the protection of borders. So when the territory is threatened from another State and that there is a need to fight war, personal security is threatened from that. At the same time it is evidence that the threat to state security, economic security, one other component of human security is threatened.

121 Before emergence of the State from the Treaties of Westphalia, Human beings had to organize themselves in different ways. As example we can note feudalism. For general history, see Michael Mann, *The Sources of Social Power, Volume 1: A History of Power from the Beginning to 1760 AD*, Cambridge University Press, 1986, pp. 1-34; Michael Mann, *The Sources of Social Power, Volume 2: The Rise of Classes and Nation-States, 1760–1914*, Cambridge University Press, 1993, pp. 1-23; As far as Africa is concerned, see Joseph Ki-Zerbo, (Dir.) *Histoire Générale De L’Afrique I: Méthodologie et préhistoire africaine*, UNESCO, 1980; Gamal Mokhtar, (Dir.) *Histoire Générale De L’Afrique II: Afrique Ancienne*, UNESCO, 1980; Mohamed El Fasi, Ivan M. Hrbek, (Dir.) *Histoire Générale De L’Afrique III: Afrique du VIIe au XIIe siècle*, UNESCO, 1990, p. 9; Djibril Tamsir Niane (Dir.) *Histoire Générale De L’Afrique IV. L’Afrique du XIIe au XVIe siècle*, UNESCO, 1987, p. 21.

osophies¹²² rightly inform us that the State have their *raison d'être* only to be at the benefit of human beings who make them, agree on them or constitute themselves into them. So the States is essentially a means for the finality that is human beings. It is a means to guarantee or satisfy for each of them basic requirements of conservation, or in a word, human security. It is why state security and government security have their true sense only in reference to human security. It cannot therefore be human security for state security, but rather state security for human security. If every state has for purpose human security then the true purpose of an interstate society is inter human security. That suppose that when states engage themselves in sustaining relations between them, they are looking for satisfying human security within their borders. But if we know, as the international consensus on human security reminds, that human security is a matter of universal character, then the true sense of international society is human security. That gives its true sense to the concept of "international community" which is a community of fate in or by human security. So international stability truly means international or universal or global human security. If that is not agreed by the current world order embodied by the United Nations Charter, which begins by "*We the People...*", then this one is a seat of ambiguity.

¹²² Ann Cudd, Sahar Eftekhari, "Contractarianism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, First published Sun. Jun. 18, 2000, substantive revision Wed. Mar. 15, 2017, (accessed on Sept. 04, 2020); Gerald Gaus, John Thrasher, "Contemporary Approaches of the social Contract", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, First published Sun. Mar. 03, 1996; substantive revision Wed. May 31, 2017, (accessed on Sept. 04, 2020); Claire Finkelstein, "Contrarianism", in Gerald F. Gaus, Fred D'Agostino, (eds.) *The Routledge Companion to Social and Political Philosophy*, Taylor and Francis, New York, 2013, pp. 305-316.

BIBLIOGRAPHY

- Akehurst, Michael, “Custom as a Source of International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 47, No. 1, 1974-1975, pp. 157-200.
- Annan, Kofi, *Secretary-General Presents His Annual Report to the General Assembly*, Press Release, 20 September 2000, UN Doc. SG/SM/7136/GA/9596.
- Annan, Kofi, *Secretary-General Salutes International Workshop on Human Security in Mongolia*, Two-Day Session in Ulaanbaatar, May 8-10, 2000; Press Release SG/SM/7382.
- Asamoah, Obed Yao, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1966.
- Ayoob, Mohammed, “Humanitarian Intervention and State Sovereignty,” *The International Journal of Human Rights*, Vol. 6, No 1, 2002, pp. 81-102.
- Badescu, Cristina Gabriela, *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect Security and human rights*, Routledge, London, and New York, 2011.
- Baer, George, *Test Case: Italy, Ethiopia, and the League of Nations*, Hoover Institution Press, Stanford, 1976.
- Bellamy, Alex J., “The Responsibility to Protect, A Wide or Narrow Conception?” in Hilpold, Peter (ed.), *A New Paradigm of International Law?* Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015, pp. 38-59.
- Bellamy, Alex J., “The Responsibility to Protect: Added value or hot air?,” in *Cooperation and Conflict*, Vol. 48, 2013, pp. 128-134.
- Belov Martin (ed.), *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018.
- Breau, Susan, *The Responsibility to Protect in International Law. An Emerging Paradigm Shift*, Routledge, London and New York, 2016.
- Brown, Chris, “Universal Human Rights: A Critique,” in Dunne T., Wheeler N. (eds) *Human Rights in Global Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; pp. 71-102.
- Brunnée, Jutta, “International Law and Collective Concerns: Reflections on the Responsibility to Protect,” in Ndiaye T. M., Wolfrum R. (eds), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*: Leiden: Martinus Nijhoff, 2007, pp. 35-51.
- Byers, Michael, “Custom, Power and the Power of Rules, *International relations and Customary International law*, Cambridge University Press, 1999, pp. 129-147.
- Castles, Alex Cuthbert, “Legal Status of UN Resolutions”, *The Adelaide Law Review*, Vol. 3, No: 68, 1967, pp. 68-83.
- Cede, Franz; Sucharipa-Behrmann, Lilly, *The United Nations, Law and Practice*, Kluwer Law International, The Hauge, 2001.
- Clapham, Andrew, *Brierly's Law of Nations, An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, 7th Ed., Oxford University Press, London, 2012.
- Cooper, Richard H.; Voïnov Kohler, Juliette, “Introduction. The Responsibility to Protect. The Opportunity to Relegate Atrocity Crimes to the Past”, in Cooper, R. H. Voïnov Kohler J. (ed.), *Responsibility to Protect. The Global Moral Compact for the 21st Century*, Palgrave Macmillan, New York, 2009, pp. 1-12.

- Cudd, Ann; Eftekhari, Sahar, “Contractarianism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, First published Sun. Jun. 18, 2000; substantive revision Wed. Mar. 15, 2017, Accessed on Sept. 04, 2020.
- D’Amato, Anthony, “There is no Norm of Intervention or non-intervention in International Law”, *International Legal Theory*, Vol. 7, n°1, 2001, pp. 33-40.
- D’Amato, Anthony, *The Concept of Custom In International Law*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1971.
- David, Eric, “Portée et Limite du Principe de Non-Intervention”, *Revue Belge de Droit International*, No: 2, Éditions Bruylant, Bruxelles, 1990, pp. 350-367.
- Dederer, Hans-Georg, “Responsibility To Protect” and “Functional Sovereignty”, in Hilpold Peter (ed.), *A New Paradigm of International Law?* Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015, pp. 156-183.
- Deng Francis M., *Internally displaced persons*, Report of the Representative of the Secretary-General, UN Doc. E/CN.4/1996, 52, 22 February 1996.
- Deng, Francis M. *Protecting the Dispossessed. A Challenge for the International Community*, 1993.
- Deng, Francis M.; Kimaro, Sadikiel; Lyons, Terrence; Rothchild, Donald; Zartman, Ira William, *Sovereignty as Responsibility, Conflict Management in Africa*, 1996.
- Deplano, Rossana, *The Strategic Use of International Law by the United Nations Security Council. An Empirical Study*, Springer, London, 2015.
- Dersso, Solomon Ayele, “The African Union” in Zyberi G. (ed.), *An Institutional Approach to the Responsibility to Protect* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 220-246.
- Einarsen, Terje, *The Concept of Universal Crimes in International Law*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2012.
- El Fasi, Mohammed; Hrbek, Ivan M. (Dir.), *Histoire Générale De L’afrique II: Afrique du VIIe au XIIe siècle*, UNESCO, 1990.
- Erkiner, Hakkı Hakan; Akoudou, Emerant Yves Omgba, “Human Security as Final Cause of Political Society”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2021 - Volume: 27 Issue: 1, pp. 120-153.
- Evans, Gareth, “The Responsibility to Protect From an Idea to an International Norm”, in Cooper, R. H. Voïnov Kohler J. (ed.) *Responsibility to Protect. The Global Moral Compact for the 21st Century*, Palgrave Macmillan, New York, 2009; pp. 15-30.
- Falk, Richard A.; Black, Cyril Edwin (eds.), *The Future of the International Legal Order*, Vol. I, Princeton, Princeton University Press, 1969.
- Fassbender, Bardo, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Legal Aspects of International Organization, Vol. 51, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009.
- Feingold, Henry, “How Unique is the Holocaust?” in Grobman, Alex; Landes, Daniel (eds.), *Genocide: Critical Issues of the Holocaust*, Los Angeles, Simon Wiesenthal Center, 1983.
- Finkelstein, Claire, “Contrarianism”, in Gaus, Gerald; D’Agostino, Fred (eds.), *The Routledge Companion to Social and Political Philosophy*, Taylor and Francis, New York, 2013, pp. 305-316.

- Frechette, Louise, *Deputy Secretary-General Addresses Panel on Human Security Marking Twentieth Anniversary of Vienna International Centre*, 12 October 1999, Press Release DSG/SM/70.
- Fukuda-Parr, Sakiko; Messineo, Carole, *Human Security: A critical review of the literature*, Centre for Research on Peace and Development, Working Paper n° 11, KU Leuven, January 2012.
- Garrard, Eve, "Forgiven, gress and the Holocaust", *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 5, 2002, pp. 147-65.
- Gattini, Andrea, "Responsibility to Protect and the Responsibility of International Organizations", in Hilpold Peter (ed.), *A New Paradigm of International Law?* Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015, pp. 219-236.
- Gaus, Gerald; Thrasher, John, "Contemporary Approaches of the social Contract", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, First published Sun. Mar. 03, 1996; substantive revision Wed. May 31, 2017, Accessed on Sept. 04, 2020.
- Genser, Jared, "The United Nations Security Council's Implementation of the Responsibility to Protect: A Review of Past Interventions and Recommendations for Improvement", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 18: No. 2, Article 2, 2018; pp. 420-501.
- Genser, Jared; Stagno, Ugarte Bruno (eds.), *The United Nations Security Council in the Age of Human Rights*, Cambridge University Press, 2014.
- Geras, Norman, *Crimes against Humanity. A birth of a concept*, Manchester University Press, Manchester, and New York, 2011.
- Goldewijk, Berma Klein, "New Wars" and the State: The Nexus Religion-Human Security", in Frerks Georg; Goldewijk, Berma Klein (eds.), *Human Security and International Insecurity*, Wageningen Academic Publishers, Wageningen, 2007, pp. 65-97.
- Guggenheim, Paul, "Les deux éléments de la coutume en droit international", in *La Technique et Les Principes Du Droit Public, Etudes En L'honneur De Georges Scelle*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, pp. 275-284.
- Hakimi, Monica, "Toward a Legal Theory on the Responsibility to Protect", *Yale Journal of International Law*, Vol. 39, Iss. 2, No. 3, 2014, pp. 247-281.
- Hehir, Aidan, *Hollow Norms and the Responsibility to Protect*, Palgrave Macmillan, London, 2019.
- Heieck John, "Emerging Voices: Illegal Vetoes in the Security Council-How Russia and China breached their Duty under Jus Cogens to Prevent War Crimes in Syria," in *Opinio Juris*, at <http://opiniojuris.org>;
- High-level Panel on Threats, Challenges, and Change, *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, New York: United Nations, 2004.
- Hilpold, Peter, "R2P and Humanitarian Intervention in a Historical Perspective", Responsibility to Protect (R2P), in Hilpold, Peter (ed.), *A New Paradigm of International Law?* Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015, pp. 60-122.
- Hinsley, Francis Harry, *Sovereignty*, Watts, London, 1966.
- International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), *The Responsibility To Protect*, National Library of Canada cataloging in publication data, Ottawa, December 2001.

- Jackson, Robert, *Quasi-states: Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- Kennedy, David, “*The Sources of International Law*”, *American University International Law Review*, Vol. 2 No. 1, 1987..
- Ki-Zerbo, Joseph (Dir.), *Histoire Générale De L’afrique I: Méthodologie et préhistoire africaine*, UNESCO, 1980.
- Kunadt, Nadja, “The Responsibility to Protect as a General Principle of International Law” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 2011, pp. 187-226.
- Labonte, Melissa, *Human Rights and Humanitarian Norms, Strategic Framing, and Intervention. Lessons for the responsibility to protect*, Routledge, 2013.
- Lefkowitz, David, “Sources in Legal-Positivist Theories: Law as Necessarily Posited and the Challenge of Customary Law Creation”, in Besson, Samantha; d’Aspremont, Jean (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, 2017, pp. 1-19.
- Lowe, Vaughan; Roberts, Adam; Welsh, Jennifer; Zaum, Dominik, *The United Nations Security Council and War, The Evolution of Thought And Practice Since 1945*, Oxford University Press, New York, 2008.
- Luban, David, “A Theory of Crimes against Humanity”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 29, pp. 85-167, 2004, pp. 85-168.
- Mann, Michael, *The Sources of Social Power, Volume 1: A History of Power from the Beginning to 1760 AD* Cambridge University Press, 1986.
- Mann, Michael, *The Sources of Social Power, Volume 2: The Rise of Classes and Nation-States, 1760–1914* Cambridge University Press, 1993.
- Manusama, Kenneth, *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era Applying the Principle of Legality*, Martinus Nijhoff Publishers Leiden, Boston, 2006.
- McDonough, Frank, *The Origins of the First and Second World Wars*, Cambridge University Press, 1997.
- Meron, Thirlway “The Geneva Convention as Customary Law”, *The American Journal of International Law*, Vol. 81, No. 2, April 1987, pp. 348-370.
- Mojzes, Paul, *Balkan genocides: holocaust and ethnic cleansing in the twentieth century*, Rowman & Littlefield Publishers, Plymouth, 2011.
- Mokhtar, Gamal (Dir.), *Histoire Générale De L’afrique II: Afrique Ancienne*, UNESCO, 1980.
- Nagan, Winston P.; Hammer, Craig, “The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, No. 143, 2004, pp. 141-187.
- Niane, Djibril Tamsir (Dir.), *Histoire Générale De L’afrique IV. L’afrique du XII e au XVI e siècle*, UNESCO, 1987.
- Oellers-Frahm, Karin, “Responsibility to Protect, any new Obligations for the Security Council and its Members?” in Hilpold Peter (ed.), *A New Paradigm of International Law?* Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015, pp. 184-206.
- Ogata Sadako, *Statement of Mrs. Sadako Ogata, United Nations High Commissioner for Refugees*, The Asian Development Bank Seminar “Inclusion or Exclusion: Social

Development Challenges For Asia and Europe,” Geneva, 27 April 1998.

- Oppenheim, Lassa, *Oppenheim’s International Law*, Sir R. Jennings, Sir A. Watts, (eds.), 9th Edition, Vol. 1, 1992.
- Petersen, M. J., *The United Nations General Assembly*, Global Institutions Series, Routledge, Taylor and Francis Group, London, New York, 2006.
- Ratner, Steven R.; Abrams, Jason S., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford: Clarendon, 1997.
- Ravelona, Rajaona Andrianaivo, *Sécurité humaine: Clarification du concept et approches par les organisations internationales Quelques repères*, Document d’information, Organisation Internationale de la Francophonie, Janvier 2006.
- Reisman, Michael W., “Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990, pp. 866-876.
- Scheffer, David, “Atrocity Crimes Framing the Responsibility to Protect”, in Cooper, Richard H., Voïnov, Kohler Juliet (ed.) op. cit. pp. 77-98.
- Shen, Jianming, “The Non-Intervention Principle and Humanitarian Interventions under International Law”, *International Legal Theory*, Vol. 7 n°1, 2001, pp. 1-29.
- Simma, Bruno; Alston, Philip, “The Sources of Human Rights Law”, *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, No. 82, 1992; pp. 82-108.
- Soltani, Rasool; Moradi, Maryam, “The Evolution of the Concept of International Peace and Security in light of UN Security Council Practice (End of the Cold War-Until Now)”, *Open Journal of Political Science*, No. 7, 2017, pp. 133-144.
- Tams, Christian J., “Individual States as Guardians of Community Interests”, in *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, No. 379, pp. 379-405.
- Thakur, Ramesh, “From National to Human Security”, in Harris, S. Mack A. (eds.), *Asia Pacific Security: The Economics-Politics Nexus*, Sydney: Allen and Unwin, Sydney, 1997, pp. 52-80.
- Thirlway, Hugh, *The Sources of International Law*, Oxford University Press, 2019.
- UNHCR, *The State of the World’s Refugees: The Challenge of Protection*, Penguin Books, 1993.
- United Nations Development Programme, *Human Development Report 1994*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- United Nations Security Council, Resolution 3 December 1994.
- United Nations Security Council, Resolution 688, 5 April 1991.
- United Nations Security Council, Resolution 918, 17 May 1994.
- United Nations Security Council, Resolution 940, 31 July 1994.
- United Nations, doc. S/22435, 2 April 1991: Letter from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the President of the Security Council.
- United Nations, General Assembly, *2005 World Summit Outcome*, Resolution A/RES/60/1, 24 October 2005.
- United Nations, General Assembly, *Follow-up to paragraph 143 on human security of the 2005 World Summit Outcome*, Resolution A/RES/66/290, 10 September 2012.
- United Nations, General Assembly, Follow-up to the outcome of the Millennium

Summit, *Concept note on the responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity*, Note by the President of the General Assembly, A/63/958, 9 September 2009.

- United Nations, General Assembly, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, *Follow-up to General Assembly resolution 64/291 on human security*, Report of the Secretary-General, A/66/763, 5 April 2012.
- United Nations, General Assembly, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, *Responsibility to protect: timely and decisive response*, Report of the Secretary-General, A/66/874-S/2012/578, 25 July 2012.
- United Nations, General Assembly, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, *Responsibility to protect: State responsibility and prevention*, Report of the Secretary-General, A/67/929-S/2013/399, 9 July 2013.
- United Nations, General Assembly, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, *Mobilizing collective action: the next decade of the responsibility to protect*, Report of the Secretary-General, A/70/999-S/2016/620, 22 July 2016.
- United Nations, General Assembly, *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*, Report of the Secretary-General, A/59/2005, 21 March 2005.
- United Nations, General Assembly, Integrated and coordinated implementation of and follow-up to the outcomes of the major United Nations conferences and summits in the economic, social and related fields, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, *Human security*, Report of the Secretary-General, A/64/701, 8 March 2010.
- United Nations, General Assembly, Security Council, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, *Responsibility to protect: from early warning to early action*, Report of the Secretary-General, A/72/884-S/2018/525, June 2018.
- United Nations, Resolution 1973, S/RES/197, 17 March 2011.
- United Nations, Resolution, 1962, S/RES/1962, 20 December 2010.
- Vargiu, Paolo; Deplano, Rossana, “Human Rights Dimension of UN Security Council Resolutions”, in *Essays on human rights: A celebration of the life of Dr. Janusz Kochanowski*, Jo Carby-Hall, (ed.), Ius et Lex, Warsaw, 2014, pp. 520-541.
- Vashakmadze, Mindia, “Responsibility to Protect”, in Simma B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 3rd ed., 2012; pp. 1207-1236.
- Verdeja, Ernesto, “Predicting Genocide and Mass Atrocities”, in *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 9: Iss. 3, 2016, pp. 13-32
- Vincent, Raymond John, *The Principle of Non-Intervention and International Order*, Ph.D. Thesis, Australian National University, September 1971.
- Von Tigerstrom, Barbara, *Human Security and International Law, Prospects and Problems*, Oxford and Portland, Oregon, 2007.
- Welsh, Jennifer, “The Security Council and Humanitarian Intervention” in Lowe, Vaughan; Roberts, Adam; Welsh, Jennifer; Zaum, Dominik, *The United Nations Security Council and War, The Evolution of Thought And Practice Since 1945*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 535-562.

Muvakkat Kanunlar ve İttihat ve Terakki Cemiyeti*

Temporary Laws and the Committee of Union and Progress

Abdullah Musab ŞAHİN**

Öz

Muvakkat kanunlar Kanûn-ı Esâsî'ye göre çeşitli şartlara bağlı olarak meşru kabul edilmiş tasarruflardır. Madde kapsamında düzenlenen şartların varlığı halinde ve meclisin toplanması mümkün olmuyorsa hükümetin bu tip düzenlemeler yapması söz konusu olabilecektir. Muvakkat kanunlar veya kararnameler imparatorluğun son senelerinde hukuk tarihimiz açısından önemli kararların alınmasında bir usul olarak kullanıldıkları için oldukça önemlidirler. Ayrıca, II. Meşrutiyet'in ilanının ardından meclisin önce yüceltilmesi, sonrasında biraz da bu yöntemin kullanılması suretiyle etkisizleştirilmesi oldukça tepki çekmiştir. Bahsettiğimiz döneme damga vuran İttihat ve Terakki Cemiyeti, bazıları tarafından bütün muvakkat kanunlardan sorumlu olarak değerlendirilmiştir. Halbuki bu yöntemi yalnızca bir İttihatçı silahı olarak kabul etmek doğru değildir. Sorumluluğun tespiti açısından on senelik dönem ikiye ayrılarak incelenmiştir. İttihat ve Terakki'nin iktidarı tam manasıyla eline alması yani hükümetin doğrudan bu parti üyelerinden oluşması ancak ikinci beş senelik dönemde söz konusu olabilmektedir. Çalışma kapsamında, 1908 ve 1918 seneleri arasında tasdik edilen muvakkat kanunlar veya kararnameler Düstur üzerinden incelenmiş ve seneden seneye sayısal olarak tasnif edilmiştir. Ayrıca bu yöntemin kullanıldığı alanlar ve konular, genel çerçevede incelenmiştir. Dönemin tamamı açısından genel bir yorum yapmak gerekirse, muvakkat kanunları henüz genç parlamento ile hükümet arasındaki bir mücadele alanı olarak kabul etmek gerekir.

Anahtar Kelimeler: II. Meşrutiyet Dönemi, Muvakkat Kanunlar, İttihat ve Terakki Cemiyeti, Kanun-ı Esâsî, Anayasa.

ABSTRACT

According to the Kanun-ı Esâsî, temporary laws are legitimate, depending on conditions. In the presence of the conditions regulated under the article, and if it is not possible to convene the parliament, it may be possible for the government to make

* Makale Gönderim Tarihi: 21.09.2021, Makale Kabul Tarihi: 12.11.2021, Abdullah Musab Şahin, "Muvakkat Kanunlar ve İttihat ve Terakki Cemiyeti", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2021, s. 445-473; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.02.11>

** Ar. Gör., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Göztepe Mah. Atatürk Cad. No:40/16 34815 Beykoz/İstanbul, asahin@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-6529-9179>.

such temporary laws. These are very important as they were used as a method while making important decisions in our legal history. Also, in the second constitutional period, the divine parliament neutralized by using of this method. The Committee of Union and Progress, which marked the period we are talking about, was considered by some to be responsible for all temporary laws. However, it is not correct to consider this method only as a weapon of the Unionists. In terms of determining the responsibility, the ten-year period is divided into two periods. It was only in the second period that the Committee of Union and Progress entirely took power, and the government was formed directly from these party members. Temporary laws approved between 1908 and 1918 were examined on the basis of the *Düstur* and classified as numbers from year to year. In addition, the fields and subjects in which this method is used are examined in a general framework. To make a general comment in terms of the entire period, it is necessary to accept temporary laws as a field of struggle between the young parliament and the government.

Keywords: The Second Constitutional Period, Temporary Laws, The Committee of Union and Progress, The Ottoman Constitution, Constitution.

Giriş

Hukuk tarihi içinde anayasaların hazırlanma süreçlerinde toplumların oldukça meşakkatli bir seyir geçirdikleri, sonrasında da hazırlanan metinlerin pek çok tartışmayı beraberinde getirdikleri bilinmektedir. Bu açıdan anayasa hukukuna dair meselelerin gündeme gelmesi çoğu zaman büyük kırılma noktalarının yaşandığı dönemlere tekabül etmektedir. II. Meşrutiyet'in ilanından sonraki süreç bu alanda büyük değişimlerin sahne aldığı bir dönemdir. Çeşitli meseleler çoğu zaman tadil tartışmaları ile gündeme gelmişler ve mecliste şiddetli tartışmalara sebep olmuşlardır.

Muvakkat kanunlar bu dönemin en önemli konularından birisini teşkil eder. Çünkü çalışma konumuzu oluşturan 1908-1918 arası dönem mevzuatının küçümsemeyecek bir oranı bu tür tasarruflara aittir. Ayrıca çalışma kapsamında değinileceği gibi gerek siyasi tarih gerek hukuk tarihi açısından oldukça önemli kararlar muvakkat kanun ya da kararname şeklinde uygulamaya sokulmuştur. Muvakkat kanunların bazılarının Cumhuriyet hukuk mevzuatına girmesi bu tür tasarrufların önemini arttıran bir diğer husustur. Bunun yanında, ilk anayasamızın henüz emekleme aşamalarında kuvvetler ayrılığı prensibinin ülke siyasi ortamına dahil olma çabalarına karşılık, muvakkat kanunlar yasama ve yürütme organları arasındaki mücadelenin gün ışığına çıktığı alanlardan birisidir.

II. Meşrutiyet'in ilanından sonraki atmosfer içinde kullanılan bu yöntem bazı çevreler tarafından bir İttihatçı silahı olarak görülmüştür. Bunun sebebi söz konusu on senelik dönemin tamamının İttihat ve Terakki hakimiyeti altında geçtiğine yönelik hatalı yaklaşımdır. On senelik dönemin ilk ve ikinci beş sene şeklinde ikiye ayrılarak incelenmesinin sorumluluğun tespiti açısından

daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Nitekim ilk dönemde muvakkat kanunlar bazen İttihat ve Terakki üyelerinin çoğunlukta olduğu meclislere karşı da kullanılmıştır.

İlk bölümde muvakkat kanunların dayandığı meşruiyet zemininin tespit edilmesi suretiyle bu yöntemin II. Meşrutiyet döneminde ortaya çıkmış veya İttihat ve Terakki tarafından uygulamaya sokulan bir yöntem olmadığı vurgulanmış olacaktır. Muvakkat kanunlar veya kararnameler anayasaya göre çeşitli şartlara bağlı olarak kabul edildikleri için de jure olağanüstü hal rejimine dahildirler. Bir başka deyişle bunlar de facto uygulamalar değil, şartlar yerine geldiğinde söz konusu olabilecek türden tasarruflardır. Bir sonraki bölümde İttihat ve Terakki'nin çalışma konusunu oluşturan dönemdeki iktidarı, dolayısıyla sorumluluğu tespit edilecek ve muvakkat kanunların hangi senelerde yoğunlaştığı incelenecektir. Son bölümde bu uygulamalar sebebiyle hükümetlere yöneltilen eleştiriler, genel olarak anayasaya aykırılık ve bir politika aracı olarak kullanılma başlıklarıyla nakledilecektir. Soruşturma ve yargılama zabıtları bu kapsamda detaylı olarak incelenmiştir.

I. Muvakkat Kanun Kavramı ve İlgili Mevzuat

A. Muvakkat Kanun Kavramı ve Dahil Olduğu Rejim

Devletlerin kaderinde kaçınılmaz olarak buhranlı dönemler de olacaktır. Tarihi tecrübe bize bu zor dönemler için uygulanacak hukuk kurallarının yani olağanüstü dönem mevzuatının tanzim edilmesinin ve yetkilerin kötüye kullanılmasını önleyici temel ilkelerin belirlenmesinin zorunlu olduğunu göstermiştir. Çünkü dönemin olağanüstülüğü, devletin bekası gibi söylemler subjektif niteliktedirler. Bunların takdirinin yürütmenin elinde olması herhangi bir tehlike söz konusu olmadığında bile haksız olarak yetki kullanımına sebep olabileceği gibi, gerçek kriz dönemlerinde de devlet için söz konusu olan tehlikenin monarşiyi andıran yapıları doğurması ve bu düzenin tehlike geçtikten sonra eski haline dönmemesi ihtimal dahilindedir. İlgili mevzuatın normal dönem şartlarında önceden belirlenmesi hukukun olağan ve olağanüstü her dönemde teminat altına alınması için gerçekten de daha doğru bir yaklaşımdır. Bu sebeple belirli bir dönemden sonra bazı devletlerde olağanüstü dönemler için uygulanacak kurallar önceden tespit edilmiştir¹. Özellikle 19. yüzyılda Avrupa'da başlayan anayasacılık hareketleri olağanüstü hale ilişkin kuralları teorik olarak ele alma ihtiyacını hissetti. Bu arayışın meyvesini vermesi uzun sürmeyecekti. Nitekim aynı dönemlerde Avrupa'da hazırlanan anayasalar-

1 Naci Şensoy, "Osmanlı İmparatorluğunun Sıkı Yönetime Mütteallik Mevzuatı Üzerinde Senteetik Bir Deneme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 13, Sayı 1, 1947, s. 96.

da fevkalâde rejimlere yer verilmiş, bu suretle serbest ve keyfi fevkalâde hal yerine sınırları ya da kapsamı daha önceden belirli fevkalâde hal kavramına dair düzenlemeler yapılmıştır. Bu sayede yöneticinin takdirine göre değişen olağanüstü hal kuralları yerine hukukî ve kanunî olağanüstü hal kurallarına geçilmiş oldu². Konumuzla alakalı olarak, bu düzenlemelerle katı bir kuvvetler ayrılığı prensibi yerine iki organın gerektiğinde bazı şartlara bağlı olarak kendi aralarında yetki devri yapabilecekleri veya yetkiyi ortak olarak kullanılabilecekleri kabul edilmiş olmaktadır. Kapsam olarak farklılıklar söz konusu olsa da fevkalâde yetkilerin kim tarafından hangi hallerde kullanılabileceği, bunun konu ve süre olarak sınırı gibi meseleler geçici yetki devrinin veya ortak yetki kullanımının genel çerçevesini çizer.

İlk dönemlerde oluşan mevzuat eleştirilere sebep olmuşsa da geçen zaman ve muvakkat kanunların ya da bunlara benzeyen diğer yürütme tasarruflarının fiili olarak tatbik edilmesi kuvvetler ayrılığının katı olarak uygulanmasının mümkün olmayacağını ispatlamıştır. Bir başka tabirle şahıs hürriyetlerinin teminatı olarak ileri sürülmüş katı bir kuvvetler ayrılığı prensibi kabulünün çağın gereğine aykırı, politik, sosyal ve ekonomik gerçeklere uymadığı ayrıca reel politığe de aykırı olduğu zamanla anlaşılmıştır³. I. Dünya Savaşı bu gibi fiili uygulamaların tarih sahnesine çıktığı dönemlerin sadece bir örneğidir. Mesela bu dönemde İngiltere’de icra organının çeşitli şartlara bağlı olarak yasama faaliyetinde bulunmasına imkân verildi. Yine dünya savaşının etkilerini hissedilen Amerika’da çeşitli tartışmalara rağmen, Kongre kabul ettiği kanunlarla başkana olağanüstü yetkiler vermişti. Bu kanunlar, başkana çeşitli alanlarda düzenleme yapma konusunda yetki veriyordu. Denilebilir ki kuvvetler ayrılığının en sert şekilde kabul edildiği Amerika’da bile bu teoriye bağlılık savaş yıllarında gevşemiştir. Dünyanın geçirdiği ağır savaş şartlarının etkisiyle genel yönetime paralel olarak İsviçre’de de 1914 senesinde bir tam yetki kararı çıkarılmıştı. Federal Meclis bu kararla Federal Konsey’e İsviçre’nin güvenlik, bütünlük ve tarafsızlığını muhafaza ve ülkenin itibarını ve ekonomik menfaatlerini, özellikle halkın beslenmesini sağlamak amacıyla sınırsız yetki vermişti. Konsey aldığı tedbirler hakkında ilk toplantısında meclise bilgi vermeliydi⁴.

Muvakkat kanunlar önceden belirlenen olağanüstü hal mevzuatının bir parçasıdır. Çünkü bu tip fevkalâde düzenlemeler kuvvetler ayrılığı prensibine istisna getirmesi sebebiyle oldukça hassas bir meseleyi temsil ederler. Hukuk tarihinin devletin organları arasındaki ilişkileri yansıtan zikzaklı seyri dikka-

2 Bülent Dâver, *Fevkalâde Hal Rejimleri*, Sevinç Matbaası, 1961, s. 11.

3 Dâver, *Fevkalâde Hal Rejimleri*, s. 18.

4 Dâver, *Fevkalâde Hal Rejimleri*, s. 30-31, 48, 61.

te alındığında, muvakkat kanunlar gibi uygulamaların dönemin özelliklerine göre veya dünyadaki yaygın eğilime paralel olarak farklı şekillerde gündeme geldiği söylenebilir. Bu tip fevkalâdeliklerin keyfi olarak yaygınlaştığı, dolayısıyla devletin organları arasındaki dengenin bozulduğu dönemler olduğu gibi, devletin bekası için gerekli kabul edilip, zarurî bir enstrüman olarak pratiğe sokulduğu zamanlar da olmuştur. Sonuç olarak, muvakkat kanunlar, kararnameler ya da bunlara benzer diğer yürütme tasarruflarının fiili olarak kaçınılmaz oluşu bunların ilgili mevzuata dahil edilmesi sonucunu doğurmuştur. İleride değinileceği gibi, muvakkat kanunlarla ilgili Kanûn-ı Esâsî'nin 36. maddesi ve diğer ilgili kararnameler Osmanlı İmparatorluğu'nun olağanüstü hal mevzuatının muvakkat kanunlarla ilgili kısmının önceden tespit edildiğini gösterir⁵.

B. Muvakkat Kanunlarla İlgili Mevzuat

İlk anayasamız olan Kanûn-ı Esâsî muvakkat kanunlarla ilgili düzenleme yapmıştı. Bu metnin 36. maddesine göre bazı şartların varlığı halinde hükümet tarafından muvakkat kanunlar çıkarılabilir. Nitekim düzenleme şu şekildedir:

Meclis-i Umûmî münakid olmadığı zamanlarda devleti bir muhataradan veyahut emniyet-i umûmîye-yi halelden vikâye için bir zaruret-i mübremeye zuhur ettiği ve bu bapta vaz'ına lüzum görünecek kanunun müzakeresi için meclisin celp ve cem'ine vakit müsait olmadığı halde Kanûn-ı Esâsî ahkâmına mugayir olmamak üzere Hey'et-i Vükela tarafından verilen kararlar Hey'et-i Mebûsan'ın içtimaiyle verilecek karara kadar bâ-irade-i seniye, muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetindedir.

Bu madde kapsamında kanun hüküm ve kuvvetinde hazırlanan muvakkat kanunların derhal yürürlüğe girdiği anlaşılma ile beraber, bir şart olarak meclise sunulmasının gerektiği kabul edilmiş olmaktadır. Henüz modern manada anayasa teorisinin oluşmadığı ve muvakkat kanunların dahil olduğu olağanüstü hale ilişkin mevzuatın yeterli olmadığı bir devlette, bu düzenlemenin yapılması gerçekten ilgi çekicidir. Bu durumu devletin mevcut kurumları ya da organları arasındaki işleyişe dair ortaya çıkan bir ihtiyaç sebebiyle getirilen tedbir yerine anayasanın hazırlık sürecinde dikkate alınan Avrupa anayasalarının etkisiyle açıklamak daha doğru olur. Dolayısıyla bu madde Osmanlı Devleti'nin çeşitli ihtiyaçları sebebiyle düzenlenmiş değildir. Kanûn-ı Esâsî'nin hazırlık sürecinde çok sayıda anayasanın incelendiği bilinmektedir. Bunlardan birisi ve anayasanın en önemli kaynaklarından olan Prusya Anayasası Kanûn-ı Esâsî'nin muvakkat kanunlar ile ilgili 36. maddesi için kaynak teşkil etmektedir. Prusya Anayasası'nın 63. maddesine göre;

5 Şensoy, "Osmanlı İmparatorluğunun Sıkı Yönetime Müteallik Mevzuatı Üzerinde Sentetik Bir Deneme", s. 97-98.

*Meclisler toplantı halinde değillerse, yalnız genel güvenliğin korunması veya olağanüstü zaruret hallerinin ortadan kaldırılması için bütün kabine-nin sorumluluğu altında, anayasaya aykırı olmayan kanun kuvvetinde kararnameler çıkartılabilir. Bu gibi kararnameler ilk toplantılarında derhal meclislerin onayına sunulur*⁶.

Gerçekten de bu madde büyük oranda Kanûn-ı Esâsî'nin 36. maddesi ile benzerlik göstermektedir. Fakat Prusya Anayasası'ndaki ilgili maddeden farklı olarak muvakkat kanunlardan kabine-nin toptan sorumluluğu açıkça vurgulanmamıştır. Ayrıca hazırlanan metnin derhal meclisin onayına sunulacağı da ifade edilmemiştir. Bu usul şartı Kanûn-ı Esâsî'nin tadil çalışmalarına konu olmuştur. Nitekim 1909 yılında maddenin son kısmına bu yönde bir ifade ila-ve edilmiştir. Maddenin yeni haline göre, hazırlanan muvakkat kanunların ilk içtimada meclise tevdi edilmesi gerekir. Bu suretle meclisin muvakkat kanun-ları ivedi olarak görüşmesinin gerekliliği kararlaştırılmıştır. Çalışma konumu-zu oluşturan II. Meşrutiyet döneminde meclislerin gerek istikrarlı bir şekilde çalışmalarını sürdürememeleri gerek uygulamadaki bazı aksaklıklar sebebiyle muvakkat kanunların meclise sunulmasının gecikmesi ya da bunların meclise sunulmamaları ileride değinileceği gibi özellikle A'yân Meclisi'nde bu madde-nin tefsiriyle ilgili tartışmalara ve eleştirilere sebep olmuştur.

İlgili madde muvakkat kanunları bir olağanüstü tedbir olarak kabul etmiş-tir. Nitekim madde kapsamında bu uygulamanın ancak belirli şartların varlı-ğı halinde söz konusu olabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu şartların varlığı konusunda ittifak edilmiştir. Mesela Ahmet Midhat Efendi ancak bu şartların varlığı halinde hazırlanacak kanunların muvakkaten kanun hüküm ve kuvve-tinde olacağını ifade ettikten sonra, bunların meclisin tasdikiyle kanun olarak kabul edilebileceğini vurgular. Çünkü ona göre, yalnızca meclis, hükümet ve padişah iradesinin birleştiği takdirde kanun söz konusu olabilir. Dolayısıyla, meclisin tasdiki burada olağanüstü uygulamanın tasdiki ve bu kararnamenin kanun şekline dönüşmesi için gereklidir⁷. Bu yorum muvakkat kanun ibaresin-deki muvakkat kelimesinin lafzî bir açıklaması gibidir.

Giridî Ahmed'e göre, esasında hükümet yani icra organı devletin iç ve dış güvenliği ile fertlerin hakları gibi meselelere ait tedbirleri mevcut kanunlar kapsamında almakla yükümlüdür. Ancak zikredilen konularda bir tehdit ol-ması durumunda meclis tatilde ya da feshedilmiş olursa hükümet tarafından muvakkat kanun uygulamasına başvurulabilir. Müellife göre, ayrıca ileride bu

6 Coşkun Üçok, "1876 Anayasasının Kaynakları, Özellikle 1851 Prusya Anayasası", *Türk Parla-mentoculuğunun İlk Yüzyılı*, Siyasi İlimler Türk Derneği, 1976, s. 16.

7 Ahmed Midhat, "Kânûn-ı Esâsî Hakkında Bir İki Söz", *İttihâd* (3 Kânûnusânî 1292), s. 2.

uygulamanın gereksizliğinden veya icra edilme şeklinin isabetsizliğinden dolayı söz konusu olabilecek mesuliyeti hükümet üzerine almalıdır. Bu sebeple, madde kapsamında belirtildiği gibi muhatarayı sona erdirmek için bu uygulamanın yapılıyor olması ve hükümetin meclis faaliyete geçer geçmez izahat vermesi, aldığı tedbirleri tasdik ettirmesi gerekir. İşte bu şartların varlığı halinde bir zarurî uygulama olarak hükümet tarafından muvakkat kanun çıkarılabilir⁸.

Celal Nuri de muvakkat kanunların belirli şartların varlığı halinde söz konusu olabileceğini belirtmekle birlikte, bu şartları biraz daha açıklama eğilimindedir. Ona göre devletin bekasının tehlike altında olması, dahili veya harici bir sebepten kaynaklanabilir. İsyân, asayişsizliğin uzaması gibi durumlar da genel güvenliği tehlikeye attığı için benzer şekilde kabul edilebilir. Bunun yanında muvakkat kanunun son çare olarak uygulanması söz konusu olabilir, dolayısıyla bu yola başvurmadan mevcut fitne ve fesadın ortadan kalkamayacağı konusunda kaçınılmaz bir zaruret olmalıdır. Son olarak gereken düzenlemelerin yapılması için meclisi davet etmeye imkân müsait olmamalıdır⁹.

Mecliste bir tartışma esnasında Aydın mebusu Emanuel Emanuelidi, kendisine göre Kanûn-ı Esâsî içindeki prensipler arasında en önemlisinin kuvvetler ayrılığı olduğunu söyledikten sonra, muvakkat kanun uygulamasının maslahata uygun olsun veya olmasın sevilerek tatbik edilebilecek bir uygulama olmadığını ifade etmiştir. Buna rağmen, hemen akabinde bu uygulamanın tartışılmaması gerektiğini çünkü anayasanın bazı şartların varlığı halinde muvakkat kanunları kabul ettiğini vurgulamıştır. Ona göre, bir zaruretin söz konusu olması, meclisin faaliyette olmaması, meclisin toplantıya davet edilmesine imkân bulunmaması ve hazırlanacak kararnamenin Kanûn-ı Esâsî'nin genel hükümlerine mugayir olmaması gerekir. Ayrıca meclis açıldığında hazırlanan metnin hükümet tarafından meclise tevdi edilmesi gerekir¹⁰.

Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Gerçekten de bu şartların bir fevkalâde araç olan muvakkat kanunların hazırlanması için gerekliliği konusunda ihtilaf yok gibidir. Netice itibariyle muvakkat kanunlarla ilgili madde ancak bir tehlikenin ve zaruretin varlığı halinde hükümet tarafından kullanılabilir bir tasarruftur. İcra organına verilen bu hak ancak meclis toplanmadığında kullanılabilir. Öyle ki dönemin fevkalâdeliğine ve çeşitli tehlikelere rağmen meclis toplanabilecek vaziyette ise hükümetin bu maddeden istifade edememesi gerekir¹¹. Çünkü bu durumda tedbir almak meclisin yetkisindedir.

8 Giridi Ahmet Saki, "Muvakkat Kanunlar", *Hürriyet-i Fikriyye* (3 Mart 1330), s. 4.

9 Celâl Nuri İleri, *Kanunî İhtiyaçlarımız (Havaic-i Kanuniyyemiz)*, nşr. Abdullah Musab Şahin, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 71.

10 *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.3, C.2, İ.S. 4 (12 Şubat 1334), s. 298-299.

11 Burhan Kuzu, "1876 Kanun-i Esasisinde Muvakkat Kanunlar", *Akademik Araştırmalar Dergisi*, Sayı 4-5, 2000, s. 221.

Kanûn-ı Esâsî'nin 101. maddesi de kararnameler açısından önem taşır. Bu maddeye göre;

Meclis-i Umûmî'nin münakit bulunmadığı esnada eshab-ı mücbire-yi fevkalâdeden dolayı muvazene haricinde masraf ihtiyarına lüzum-ı kavî tahakkuk eder ise mesuliyeti Hey'et-i Vükelâya ait olmak ve Meclis-i Umûmî'nin küşadı akabinde ona dair kanun lâyhıası Meclis-i Umûmî'ye verilmek üzere o masrafın tesfiyesi için iktiza eden mebalîğın taraf-ı hazret-i padişahıye arz ve istizan ile sadır olacak irade-i seniyye üzerine tedarik ve sarfi câiz olur.

Bu tür kararnameler Meclis zabıtlarında çeşitli tartışmalarda ve ilerleyen kısımda değineceğimiz gibi Meb'ûsan Meclisi Nizamnamesi kapsamında da muvakkat kanunlarla birlikte değerlendirilmiştir. İlkine bir örnek vermek gerekirse, Meclis'e tasdik için gelen kararnamelerin bu maddelere uygunluğu müş-tereken incelenmiştir, müzakere esnasında bir mebus gündemdeki kararnamenin 36. maddeye uymadığı gibi 101. maddeye de uymadığını ifade etmiştir¹².

İlk meclis döneminde hazırlanan nizamnamede muvakkat kanunlar ya da kararnameler hakkında müstakil bir bölüm yoktu. 1909 senesinde yapılan tadiller sonrasında meclisin fonksiyonu arttığı için yeni bir nizamname hazırlama ihtiyacı doğdu. Mesela hazırlanan kararnamelerin derhal ilk içtimada meclise sunulması gerektiği maddeye eklenince bunun usulü maddeye eklenen ifadede belirtilmediği için çeşitli tartışmalar söz konusu olmuştur. Gerek bu konuda nizamnamenin bir düzenleme içermemesi gerek diğer sebeplerden ötürü çeşitli dönemlerde meclis nizamnamesinin tadili gündeme gelmiştir. Meb'ûsan Meclisi Nizamnamesi'nin tadili hakkındaki görüşmelerde bazı maddelerin müzakerelerinin kabulüne sonuçlandırıldığı bilinmektedir. Dolayısıyla nizamnamenin tadilinde ancak kısmi başarıların sağlandığı söylenebilir¹³.

Çalışma konumuzla ilgili olan kısım muvakkat kanunlara veya kararnamelere tahsis edilen onuncu bölümdür. Mecliste ufak değişikliklerle kabul edilen bu bölüm "Muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetinde olan kararların müzakeresi" başlığını taşımaktadır. İlgili bölümdeki ilk madde olan 90. maddeye göre;

Kanûn-ı Esâsî'nin otuz altıncı madde-i muaddelesi mucibince Meclis-i Umumînin mün'akât olmadığı zamanlarda Hey'et-i Vükelâ tarafından kanun hüküm ve kuvvetinde olarak bâ İrâde-i Seniyye ittihaz edilmiş olan kararlar esbâb-ı mucibe muhtıralarıyla bir cüz'ü de matbu' olduğu halde ilk içtima'ında Hey'et-i Meb'ûsana tevdi ve meb'uslara tevzî olunur.

12 *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.4, C.1, İ.S. 1 (26 Şubat 1336), s. 137.

13 Servet Armağan, *Memleketimizde İctüzükler*, Fakülteler Matbaası, 1972, s. 27.

Bunlara ait kanun lâyhalarının müzakeresi diğer kanun lâyhaları misil-lü icrâ olunur.

Nizamnamenin ilgili maddesinin birinci kısmı esasında 36. maddenin tadil edilmiş şeklinin bir tekrarı niteliğindedir. Muvakkat kanunların müzakeresi hakkında ikinci kısım ise önemli bir düzenleme sayılabilir. Belirtmek gerekir ki ilerleyen dönemde muvakkat kanunların normal kanun tasarıları gibi müzakere edileceğine dair olan bu ifadenin tadili gündeme gelmiştir. 1918 senesinde Emanuel Emanuelidi Efendi nizamnamede bazı düzenlemeler yapılması ve kararnamele inceleyen bir encümenin tesisi için bir teklif vermiştir. Verilen bu teklif, tasdik için meclise gelen muvakkat kanunların mecliste müzakerelerinin diğer kanun layihalarından farklı olması gerektiği düşüncesiyle verilmiştir¹⁴. Bu teklif, nizamnamenin iki maddesine yönelik tadil talebini içerir. Bunlardan birincisi yukarıda naklettiğimiz 90. maddenin son kısmının değişikliğine dairdir. Diğer nizamnamenin 12. maddesine yöneliktir. Bu madde içtima dönemlerinin başında teşkil olunacak encümenlere dairdir. Verilen teklif, madde kapsamında öngörülen İstid'a, Hariciyye, Dahiliyye, Adliyye, Layiha, Nafia gibi encümenlerin yanında bir de Kararname Encümeni'nin kurulmasını talep etmektedir. Layiha Encümeni'ne sevk edilen teklif bir süre sonra meclise gelmiştir. Layiha Encümeni bu teklifi dikkate almamış ve müzakere etmemiştir. Emanuel Emanuelidi Efendi teklifinin encümence reddedilmesi üzerine Layiha Encümeni'ne çeşitli eleştiriler getirmiş ve kendisinin teklifi Kanûn-ı Esâsî'nin 36. maddesi ile nizamnamenin 90. maddesi arasındaki ihtilaf sebebiyle verdiğini belirtmiştir. Ona göre, muvakkat kanunlar Kanûn-ı Esâsî'nin gösterdiği şekilde mecliste o güne kadar müzakere edilememiştir. Çünkü nizamnamenin 90. maddesinin 2. fıkrasına göre, muvakkat kanunlar diğer kanun layihaları gibi müzakere olunur. Ayrıca nizamname kapsamında ilgili bölümdeki diğer maddelerde muvakkat kanunların meclise sunulduğu içtimada tetkik edilmemesine müsaade edilmektedir. Bu gibi problemlerden dolayı ilgili madde anayasaya uygun hale getirilmeli ve bir encümen kurularak kararnamelerin ilk olarak Kanûn-ı Esâsî'ye uygunluğu incelenmelidir. Eğer uygunsa diğer layihalar gibi bunlar da diğer encümenlere gider¹⁵.

Nizamnamenin diğer maddesi daha önce değindiğimiz Kanûn-ı Esâsî'nin 101. maddesinde düzenlenen sarfiyat layihaları ile ilgilidir. Sonraki maddeler o zamana kadar çeşitli yorumlara sebep olan muvakkat kanunların müzakere usulü ile ilgilidir. Muvakkat kanunların ve sarfiyat layihalarının bir listesi her içtimanın başında reis tarafından hükümetin Resmi Ceridesi ile neşredilecektir.

14 *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.3, C.1, İ.S. 4 (1 Kânunusani 1334), s. 466.

15 *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.3, C.2, İ.S. 4 (12 Şubat 1334), s. 297-302.

Bu layihaların bir oturum zarfında kesinlik kazanmaması halinde bir sonraki oturumda müstaceliyeti kabul olunan kanun lâyiha ve teklifleri müstesna olmak üzere, söz konusu layihalar diğer kanun layiha ve tekliflerine öncelikli olarak müzakere edileceklerdir.

Muvakkat kanunlar ve sarfiyat layihaları hükümetçe hazırlanıp, irade ile desteklendikleri andan itibaren hüküm doğurmaya başlarlar. Bunların Meb'ûsan Meclisi'nde reddedilmeleri halinde bu tarihten itibaren sakıt olurlar. Tadil edildikleri takdirde bu halleri yayımlanana kadar hükümet tarafından hazırlanan asılları geçerli olur. Ayrıca reddedilen layihaların Meb'ûsan Meclisi tarafından bir kararname ile sadarete tebliğ edileceği 93. maddede ifade edilmiştir. Bunlar Düstur'a ilave edilecek ve Resmi Ceride vasıtasıyla ilan olunacaktır.

Hükümet tarafından hazırlanan muvakkat kanunların meriyetten kaldırılmasına dair yeni bir kararın alınması halinde bu kararın ilk toplantıda Meb'ûsan Meclisi'ne tasdik için sunulması gerekir. İlgili faslın son maddesine göre, hükümetçe hazırlanan, diğerinin mütemmimi veya aynı konuya dair olan iki veya daha fazla muvakkat kanun hüküm ve mahiyetindeki kararların Meb'ûsan Meclisi tarafından birleştirilmesi halinde, birinin hükmü diğerine derç edileceği gibi, kararnamenin mülga olduğuna dair ilgili kanun layihasına bir madde ilave olunacaktır¹⁶.

Muvakkat kanunlar veya ilerleyen dönemlerde bazı farklar olsa da benzer fonksiyonu icra eden Kanun Hükmünde Kararnameler gibi tasarrufların ilk anayasamızla birlikte ortaya çıktığı görülmektedir. İlginç olan şudur ki 1921 ve 1924 tarihli anayasaların ve 1961 Anayasası'nın ilk halinde bu tür tasarruflarla ilgili bir düzenleme yoktur. Ancak 1971 senesinde yapılan değişiklik bu tip tasarrufları tekrar uygulamaya sokmuştur¹⁷. Kaydı ihtiyatla söyleyebiliriz ki, bu durum, İttihat ve Terakki'ye ve onun dönemine yönelik bir tepkiden kaynaklanmaktadır. Baskın kanaate göre, muvakkat kanunları ancak İttihatçı kafasına sahip bir kişi yapabirdi. Bununla birlikte, Cumhuriyet'in ilk senelerinde ortaya çıkan ekonomik kriz ortamının doğurduğu pratik ihtiyaçlar, bu tür tasarrufların varlığıyla ilgili çeşitli tartışmalara sebep olmuştur. Türk Anayasa Hukuku Tarihi'nin en meşhur teorik tartışmalarından birisi 1930 senesinde çıkarılan 1567 sayılı Türk Parasını Koruma Hakkındaki Kanun üzerine gündeme gelmiştir. Bu kanun birinci maddesiyle Bakanlar Kurulu'na alım satım, tahdit,

16 *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.3, C.2, İ.S. 2 (27 Şubat 1331), s. 452-453; Armağan, *Memleketimizde İçtüzükler*, s. 174-175; Şeref İba, *Parlamento İçtüzük Metinleri*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2009, s. 550-552.

17 Kuzu, "1876 Kanun-i Esasîsinde Muvakkat Kanunlar", s. 218.

Türk parasının kıymetinin korunması için bazı kararların alınması konularında çeşitli yetkiler vermişti. Bakanlar Kurulu sahip olduğu tedbir alma yetkisini kararnameler vasıtasıyla kullanabilecekti¹⁸. Bu kanunun tartışma doğurmasının sebebi 1924 Anayasası'nda teşrii vekalet ile ilgili düzenleme yapılmamasıdır. Yani hükümete anayasa tarafından yasama organına ait alanda düzenlemeler yapma yetkisi verilmemişti. Üstüne üstlük anayasada yasama yetkisinin asla devredilemeyeceği de çeşitli maddelerde vurgulanmıştı¹⁹. Farklı görüşleri sürülmüş olmasına rağmen, konumuz açısından önemli olan Başgil'in bu kanunun 1924 Anayasası'ndaki bir eksikliği ortaya çıkardığı vurgusudur. Bahsedilen eksiklik muvakkat kanunlardır, olaylar ve realite bu tür tasarrufların anayasalarda düzenlenmesini zaruri kılmaktadır²⁰.

II. İttihat ve Terakki'nin İktidarı ve II. Meşrutiyet Döneminde Muvakkat Kanun Uygulamaları

A. İttihat ve Terakki'nin İktidarı

Çalışma konumuz olan dönemden önce meşrutiyeti talep eden çeşitli cemiyetlerin kurulduğu bilinmektedir. Bu gruplar toptancı bir bakışla genel olarak Jön Türkler olarak isimlendirilir. Ahmed Rıza, Mizancı Murad gibi içlerinden bazıları çeşitli dönemlerde adeta Jön Türkler'in lideri konumuna yükselmişlerse de bazı sebeplerden dolayı muhalefetin çoğunlukla birbirinden kopuk ve farklı bölgelerde var olma mücadelesi verdiğini kabul etmek gerekir. Nitekim Jön Türk kongrelerine katılanların farklı gruplara ait olmaları bu yaklaşımı destekler niteliktedir. Jön Türk ifadesinin kapsayıcı ve içinde çeşitli cemiyetleri barındıran bir çatı kavram olması önemlidir. İttihat ve Terakki de bunlardan birisidir. Bu, cemiyetin yerini tespit etmek açısından önemlidir.

İttihat ve Terakki'nin kuruluşu daha önceki tarihlere götürülmesine rağmen, cemiyetin etkin olarak muhalefet alanına çıkışı ancak 1894-1895 senelerinde olmuştur²¹. Özellikle 1895 senesinde Ahmed Rıza ile kurulan temas, cemiyeti Avrupa merkezli bir topluluk haline çevirmiştir. Daha sonra bu grup, 1906 senesinde Selanik'te Midhat Şükrü'nün evinde Talat, Rahmi ve İsmail Canbolat Beyler gibi II. Meşrutiyet döneminin en etkin simaları tarafından kurulan Osmanlı Hürriyet Cemiyeti²² ile birleşince adeta başkalaşım geçirmiştir.

18 Dâver, *Fevkalâde Hal Rejimleri*, s. 132.

19 Dâver, *Fevkalâde Hal Rejimleri*, s. 134.

20 Ali Fuat Başgil, *Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tâbi Olduğu Hukuki Rejim*, Kenan Basımevi ve Kışe Fabrikası, 1939, s. 79.

21 Şükrü Hanioğlu, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti ve Jön Türklük (1889-1902)*, İletişim Yayınları, ts., s. 75.

22 Sina Akşin, *Jön Türkler ve İttihat ve Terakki*, İmge Kitabevi, 2017, s. 105-106.

II. Meşrutiyet dönemine damga vuracak bu grup ne Avrupa tarzında eğitimin ne de batıdaki Jön Türklerin eseri idi. Doğrudan doğruya askeri eğitimin etkisiyle Rumeli'nin kendine özgü ortamı içinde doğmuştu²³. Görüldüğü gibi, İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin tarihinde çeşitli kırılma noktaları vardır. Cemiyetin içindeki etkin gruplar zaman zaman değişmiştir. Osmanlı Hürriyet Cemiyeti birleşmeden sonra Osmanlı Terakki ve İttihat adını almasına rağmen, büyük oranda ilk haline benzer şekilde varlığını devam ettirmiştir. Nitekim bu grubun önemli sonuçlar doğuracak bazı faaliyetlerini cemiyetin yöneticilerinden emir alarak veya onların denetiminde yaptığı kuşkuludur²⁴. Meşrutiyet'in ilanında Terakki ve İttihat Cemiyeti'nin içindeki bu küçük grubun oynadığı rol cemiyetin merkezini bu gruba kaydırmıştır. Meşrutiyet'in ilanından sonra bu grup kendi tabirleriyle mukaddes²⁵ bir topluluğa dönüşmüştür. Sonuç olarak cemiyet içindeki etkin grup, cemiyetin ve ilerleyen yıllarda kurulacak fırkanın yönetimini ele geçirmiş, bu isimler dönemin karizmatik simaları olmuştur.

İttihatçılar'ın politikalarına veya faaliyetlerine dair çeşitli eleştiriler yapılmıştır. Bunlar içinde bir tanesi vardır ki adeta İttihat ve Terakki Cemiyeti ile özdeşleşmiştir. Muvakkat kanunlar çoğunlukla bir İttihatçı günahı gibi değerlendirilmiştir. Basında ve çeşitli edebi eserlerde gerek İttihatçılar'ın etkin olduğu yıllarda gerek sonraki dönemlerde bu konuda pek çok eleştiri yapılmıştır. Ayrıca önce Meb'ûsan Meclisi soruşturmasında sonra meclis dışındaki yargulamalarda özellikle Divân-ı Harb-i Örfî'de muvakkat kanunların gündeme geldiğini belirtmek gerekir.

İttihat ve Terakki Cemiyeti ile muvakkat kanunların tamamen birlikte değerlendirilmesi on senelik dönemin tamamında bu grubun etkin olduğu yaklaşımının bir sonucudur. Bu yaklaşımın hatalı olduğu açıktır. İlk olarak belirtmek gerekir ki 1913 senesine kadar İttihatçılar'ın gücü ve hükümete etkinlik derecesi tartışmalıdır, dolayısıyla bu dönemi tamamen İttihatçılar'ın iktidarda olduğu bir dönem şeklinde kabul etmek tarihî gerçeklerle bağdaşmaz. Bunun yanında İttihatçılar'ın soruşturmalara ve tevkiflere uğradığı, meclisin feshedildiği yaklaşık altı aylık büyük kabine ve Kâmil Paşa kabinesi dönemlerini de ayrıca değerlendirmek gerekir. Türk hukuk tarihi bu dönemlerde de muvakkat kanun uygulamalarına şahit olmuştur.

İttihat ve Terakki'nin muvakkat kanunlardan sorumluluğunu belirleyebilmek için iktidar döneminin tespiti gerekir. II. Meşrutiyet'in ilanından sonraki dö-

23 Tark Zafer Tunaya, "İkinci Meşrutiyet'in Siyasal Hayatımızdaki Yeri", *Türkiye'de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)*, Cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 131.

24 Suavi Aydın, "İki İttihat-Terakki: İki Ayrı Zihniyet, İki Ayrı Siyaset", *Cumhuriyet'e Devreden Düşünce Mirası Tanzimat ve Meşrutiyet'in Birikimi*, İletişim, 2014, s. 124.

25 M. Şükrü Hanioglu, "İttihat ve Terakki Cemiyeti", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 23, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2001, s. 481.

nemde İttihatçı kadroların etkinliği tartışılmalıdır. Bazıları cemiyetin tam iktidarının 1913'te başladığını kabul eder²⁶. Tunaya ise genel olarak muvakkat kanunları incelediği bölümde, Gazi Ahmed Muhtar Paşa ve Kâmil Paşa hükümetleri dışındaki dönemde çıkarılan muvakkat kanunların tamamını İttihat ve Terakki'nin hesabına yazar²⁷. Bu yaklaşımla o, İttihatçılar'ın zikredilen kısa dönem dışındaki etkinliğini kabul etmiş olmaktadır. Kansu ise ilk senelerde İttihatçılar'ın özellikle mecliste etkinliğinin zannedildiği kadar çok olmadığı fikrindedir²⁸. Akşin'e göre 1908 ile 1913 seneleri arası İttihat ve Terakki'nin denetleme iktidarı dönemidir²⁹. Ahmad'a göre de ilk dönemde İttihatçılar nispeten daha tecrübeli eski devir paşalarının yanında anayasa bekçileri olarak denetleyici rol oynadılar³⁰. Cemiyetin iktidarı eline alması ancak ilerleyen dönemde gerçekleşecekti.

İttihat ve Terakki'nin ilk dönemlerdeki etkinliğini kesin olarak tespit etmek başka sebeplerle de gerçekten zordur. Kimlerin bu cemiyete mensup olduğunun bir tasnifini yapmak mümkün gözükmemektedir. Meşrutiyet'e giden süreçte Jön Türk kavramının İttihat ve Terakki'yi kapsayan bir çatı kavram olması gibi Meşrutiyet'in ilanından sonra da İttihat ve Terakki, anayasa, parlamento gibi terimlerin savunucularının toplandığı bir sığınak gibiydi. Yeni düzeni savunan kişilerin İttihat ve Terakki'den başka alternatifleri yoktu. İlk dönemlerde bir kişi ancak İttihatçı ya da eski düzeni savunan birisi olabilirdi. Ayrıca seçimlerde başarı büyük oranda İttihat ve Terakki ile görünüp, onlarla birlikte olmaya bağlıydı. Birlikte hareket edenlerin cemiyetin isminden fayda sağlamaları gibi cemiyet de bu sayede kendi teşkilatını genişletmişti. 1908 senesi öncesinde sınırlı olan teşkilat Meşrutiyet'in ilanından sonra genişledi. Çeşitli yerlerde şubeler açıldı. Neredeyse herkes İttihatçı oldu³¹. İttihat ve Terakki'nin içinde imparatorluğu oluşturan neredeyse her gruptan üye vardı³². Dolayısıyla monist bir İttihat ve Terakki'den bahsetmek mümkün değildir³³.

Fırka, örgütlenme gibi tecrübelerden yoksun bir toplumda Meşrutiyet'in ilanı sonrasında yeni düzeni simgeleyen İttihatçılık ve bu grubun savunduklarına karşı çıkan diğer grup şeklinde bir ayırım çıkması normaldi. Ayrıca İttihat ve Terakki'nin Meşrutiyet'in ilanından sonra bir çatı cemiyete veya sığınağa dö-

26 nkl. Tunaya, "İkinci Meşrutiyet'in Siyasal Hayatımızdaki Yeri", Cilt 1, s. 174.

27 Tunaya, "İkinci Meşrutiyet'in Siyasal Hayatımızdaki Yeri", Cilt 1, s. 161.

28 Aykut Kansu, *İttihatçıların Rejim ve İktidar Mücadelesi*, İletişim, 2016, s. 12-13.

29 Akşin, *Jön Türkler ve İttihat ve Terakki*, s. 139.

30 Feroz Ahmad, *İttihat ve Terakki 1908-1914*, Kaynak Yayınları, 1986, s. 95-96.

31 Hüseyin Cahit Yalçın, *Talât Paşa*, Yedigün Neşriyatı, 1943, s. 16-17.

32 Aydın, "İki İttihat-Terakki: İki Ayrı Zihniyet, İki Ayrı Siyaset", s. 118.

33 Şerif Mardin, *Jön Türklerin Siyasî Fikirleri 1896-1908*, İletişim, 2017, s. 24.

nüşmesinin diğer sebebi olarak ilk dönemde Kâmil Paşa, Said Paşa gibi eski devir adamlarının etkin olması gösterilebilir. Şöyle ki, genç cemiyet üyelerinin paşalar karşısında etkin rol oynamaları en azından ilk dönemlerde mümkün değildi. Bu sebeple anayasaya ister tehdit oluştursun ister oluşturmasın eski düzen insanların varlığı anayasacılar ve parlamento savunucularının cemiyeti bir sigorta olarak görmelerini sağlamıştır. Şüphesiz bu durum İttihat ve Terakki'yi güçlendirmiştir. Nitekim Süleyman Nazif'e göre İttihat ve Terakki'yi vücuda getiren kuvvet, mutlakiyetle meşrutiyetin sürekli savaşındır. Bu sebeple, açıkça bu cemiyete dahil olmayan hürriyet taraftarları bile kalben İttihat ve Terakki'yi desteklemekteydi³⁴. Buraya kadar görüldüğü gibi, Meşrutiyet'in ilanından sonra İttihat ve Terakki'nin bir gücü olduğunu kabul etmek gerekir. Fakat bu, onlara iktidarı verecek derecede bir güç değildir. İttihatçılar'ın çalışma konumunu teşkil eden on senelik dönemin tamamında tek iktidar olduklarını söylemek tarihî vakalarla bağdaşmaz. Bu yanlış kanaatin sebebi biraz da İttihatçılar'ın kendilerini olduğundan etkili ve güçlü gösterme çabaları olmalıdır³⁵.

Esasında Said Halim Paşa kabinesine kadar İttihatçılar'ın yönetime müdahaleleri veya bu yönde teşebbüsleri olmuştur. Mesela Ahmet Tevfik Paşa kabinesi döneminde Câvid Bey Maliye Nâzırlığı'na getirilmek istendiyse de cemiyet kendilerine danışılmadığı için buna karşı çıkmıştı. Câvid Bey göreve başlayamadan çekilmek zorunda kalmıştı. Aynı kabinede Hayri Bey de benzer sebeplerle çekilmişti³⁶. Büyük ihtimalle Hüseyin Hilmi Paşa'dan sonra yeni hükümeti kurma görevi yine cemiyetin isteği ile İbrahim Hakkı Paşa'ya verilmişti³⁷. Cemiyet içindeki muhalefetten dolayı Hakkı Paşa meclise sunacağı hükümet programı beyanatını ilk olarak parti grubuna sunmaya mecbur kalmıştı³⁸. Bunların yanında, Kâmil Paşa döneminde Dahiliye Nâzırı Reşit Âkif Paşa istifa ettikten sonra yerine Hakkı Paşa atanınca, Merkez-i Umumî nâzırlık görevine Ferit Paşa'nın gelmesi gerektiğini bildirmişti. Üç ay sonra, yine Hakkı Paşa, Tevfik Paşa, Sami Paşa aleyhinde bir uyarı gelmişti. Üstelik bunların yerine kimlerin atanacağı dahi belirtilmişti³⁹. Kâmil Paşa bu istekleri yerine getirmemişti. Bunun yanında Bayur'un neşrettiği Kâmil Paşa'nın evrakı arasından bir müsvedde İttihat ve Terakki'nin bazı devlet adamlarını baskı altına almaya çalıştığını göstermektedir⁴⁰. Bir diğer örnek hükümet ve cemiyet arasındaki

34 Süleyman Nazif, *Yıkılan Müesseseler*, 1927, s. 6.

35 Kansu, *İttihadçıların Rejim ve İktidar Mücadelesi*, s. 13.

36 Ali Fuad Türkgeldi, *Görüp İşittiklerim*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1984, s. 38.

37 Yayın Kurulu, *Halil Mentеше'nin Anıları*, Hürriyet Vakfı Yayınları, 1986, s. 21.

38 Kansu, *İttihadçıların Rejim ve İktidar Mücadelesi*, s. 189.

39 Akşin, *Jön Türkler ve İttihat ve Terakki*, s. 179.

40 Yusuf Hikmet Bayur, *Türk İnkılâbı Tarihi*, Cilt 1/2, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1991, s. 87.

ilişkiyi göstermesi açısından önemlidir. Taraflar arasındaki ilk görüşmelerden birisi 1909 senesinin ağustos ayında Harbiye Nâzırı'nın ve Bahriye Nâzırı'nın belirlenmesi amacıyla gerçekleşmiştir. Bu alanda atama yetkisi padişahta olduğu için cemiyet atamada rol oynamak istiyordu. Bir müddet süren bu kriz Said Paşa'nın istifası ile sonuçlandı. Yerine cemiyetin o dönem desteklediği Kâmil Paşa geldi. Cemiyet iktidarı almadan Meşrutiyet'in bekçisi rolünü oynamayı sürdürüyordu⁴¹. İlk dönemde İttihat ve Terakki'nin örneklerle görüldüğü üzere zaman zaman iktidarın seyrini etkileyecek derecelere ulaşan bir kuvveti vardır. Fakat, Meşrutiyet'in ilanından sonra ilk beş senelik dönemde İttihat ve Terakki Cemiyeti tam manasıyla memleket yönetimine hâkim bir konuma yükselmemiştir. Böyle bir şey, ilk İttihatçılar'ın aklının olmadığı bir şeydi⁴². Dönemin önemli isimlerinden Hüseyin Cahit Yalçın'ın İttihat ve Terakki için "Meşrutiyet muhafızı" ibaresini kullanması bu sebeple olmalıdır⁴³.

Sonuç olarak, daha önce belirtildiği gibi, on senelik dönemi ikiye ayırarak incelemek İttihat ve Terakki'nin etkinliğinin dolayısıyla sorumluluğunun tespiti için daha yerinde olur. İttihatçılar hakkında tahkikatların ve tevkiflerin yapıldığı, bir kısmının yurt dışına kaçmak zorunda kaldığı Gazi Ahmed Muhtar Paşa ve Kâmil Paşa kabinelerinin yaklaşık altı aylık dönemi istisna edilirse, İttihat ve Terakki'nin 1913 senesine kadar zaman zaman istediğini kazandığı, çoğu zamansa eski devir paşaları ile mücadele halinde olduğu söylenebilir. Hal böyle iken, bahsettiğimiz dönemde çıkan muvakkat kanunların tamamının sorumluluğunu iktidarı asla tam olarak eline almayan/alamayan İttihatçılar'ın hesabına yazmak tarihî gerçeklere uygun olmasa gerekir. Said Halim Paşa ile başlayan ve İttihatçılar'ın yurtdışına kaçtıkları tarihe kadar süren dönem ise tam manasıyla İttihat ve Terakki'nin iktidarında geçmiştir. Bu sebeple, anayasanın aradığı şartlara uygun olarak çıkarılmayan bu türden tasarrufları doğrudan cemiyetin hatalarına yazmak gerekir.

B. Muvakkat Kanunlar ve Kararnamelerin Mevzuat İçindeki Önemi

II. Meşrutiyet'in ilanından sonra Kanûn-ı Esâsî tadilleriyle birlikte yasama ve yürütme organları arasındaki denge yasama lehine dönmüştür. İlk bakışta madde ilk haline benzediği için çok fazla değişmemiş gibi gözükmektedir. Halbuki daha önce değinildiği gibi, bu tadillerle eklenen bir ifadeyle muvakkat kanunların ivedi şekilde meclise sunulmasının gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla o güne kadar olan uygulama kargaşasının önüne geçilmiş ve meclisin yürütmenin ha-

41 Ahmad, *İttihat ve Terakki 1908-1914*, s. 46-50.

42 Yalçın, *Talât Paşa*, s. 34.

43 Yalçın, *Talât Paşa*, s. 21.

zırladığı muvakkat kanunların tasdikindeki rolü bu tadillerle kuvvetlendirilmiş olmaktadır. Genel olarak devletin organları arasında bu yönde bir tercihte bulunulmasında ilk meclisin tatil edilmesinden sonra geçen uzun sürenin ve eski rejimi arzulayan çeşitli hareketlerin sebep olduğu duygusal heyecanın ve tepkinin etkisi olmuş olmalıdır. Nitekim biraz da bu eğilim sebebiyle organlar arasındaki dengenin yürütmenin aleyhine olacak şekilde meclis lehine dönmesi ilerleyen yıllarda bazı tadil taleplerine sebep olacaktı. Örneğin sonraki yıllarda 7. ve 35. maddeler çok sert şekilde tartışılmış ve bu tartışma meclisin feshinde, seçimlerde dolaylı olarak etkili olmuştur. İşte bu ortamda hükümetin sahip olduğu yegâne yöntemlerden birisi muvakkat kanunlardı. Dolayısıyla bu tasarrufların yasama ve yürütme arasındaki rekabetin belirginleştiği en önemli alanlardan birisi olduğu söylenebilir. Mesela, Hukuk-ı Aile Kararnamesi gibi bazı kararnamelerin meclisin açılışına çok az bir zaman kala çıkarılması hükümetin bir politik hamlesidir. Yine, özellikle 1915 sonlarından itibaren meclisin bir tepki olarak muvakkat kanunları tasdik etmemesi de yasamanın yürütmeyi frenleme çabalarıdır.

Bu bölümde yanılma payı saklı tutularak seneden seneye çıkarılan muvakkat kanunlar sayılarla incelenecektir. Bu sayede muvakkat kanunların yoğunlaştığı seneler ortaya çıkmış olacaktır. Bunun yanında çoğu zaman aynı usulle çıkarılan ve benzer manada kullanılan kararnameler de incelenecektir. Muvakkat kanunlar ve kararnameler yasama-yürütme organları arasındaki ilişkinin belirleyicisi konumunda oldukları için yürütme organının diğer tasarrufları olan nizamnameler veya icra organının bir diğer ayağı olan padişahın tasarrufu olan iradelerden farklılık gösterirler. Çünkü nizamnameler ve iradeler, diğerlerinden farklı olarak herhangi bir şarta bağlı olmaksızın yürütme organı tarafından çıkarılabilirler.

Çalışma konumuzu oluşturan on senelik dönemde çıkarılan muvakkat kanunların sayısı yaklaşık olarak 1062 kadardır. Daha önce tercih edildiği gibi, ilgili dönemi ikiye ayırarak incelediğimizde genel olarak Meşrutiyet'in ilanından sonraki ilk beş senelik süreçte muvakkat kanunların yıldan yıla artış gösterdiği göze çarpmaktadır. Bu artışta meclislerin gerektiği ölçüde faaliyet gösterememesi, seçimler ve savaşların etkisi olmalıdır. İkinci beş sene ise yine savaşlarla geçen bir dönem olmasına rağmen, tasdik edilen muvakkat kanunların sayıları azalmış ve nihayet 1918 senesinde sifıra düşmüştür.

1908 senesinde tasdik edilen muvakkat kanun sayısı yalnızca 1 iken, sonraki senelerde bu tip tasarrufların sayısı yaklaşık olarak sırasıyla 6, 18, 32 ve 172 adettir. 1912 senesindeki bu artışta seçimlerin yenilenmesi sebebiyle meclisin bir süre faaliyet gösterememesi etkili olmuş olmalıdır. Nitekim bu sene meclis normal çalışma süresinden daha az faaliyet gösterebilmiştir. Tasdik edilen mu-

vakkat kanunların 1912 senesinin başında ve sonunda yoğunlaştığı görülmektedir. Bir sonraki sene de meclis gerektiği gibi faaliyet gösterememiştir. Bu sene tasdik edilen tek kanuna karşılık muvakkat kanun sayısı yaklaşık olarak 277 adettir. 1914 senesinde tasdik edilen muvakkat kanunların sayısı oldukça fazladır. Meşrutiyet'in ilanından bu seneye kadar geçen süreçte artış gösteren tasdik edilen muvakkat kanunların sayısı bu sene zirveyi görmüş, daha sonra azalma eğilimi göstermiştir. Bu seneki rakam yaklaşık olarak 295 kadardır. Üstelik bu sene bir seçim yapıldığını ve meclisin faaliyetlerine büyük oranda devam ettiğini hatırlatmak gerekir. 1915 senesinde tasdik edilen muvakkat kanunların sayısı 149, 1916 senesinde 110, 1917 yılında ise 2 adettir. Düstur'dan takip edebildiğimiz kadarıyla 1918 senesinde muvakkat kanun tasdik edilmemiştir.

Bunların yanında şunu vurgulamak gerekir ki “muvakkat kanun” ifadesi zaman zaman tartışmalara sebep olmuştur. Bazen bunun yerine “kararname” ifadesi kullanılmıştır. Mesela muvakkat kanun tabiri meclis reisinin kanaatine göre sakat bir ifadedir. Hiçbir manayı ifade etmez. Onun yerine kanun hüküm ve kuvvetinde olan kararnameler demek gerekir⁴⁴. Bazılarına göre bu muvakkat kelimesinin tesiri fenadır, bunun yerine başka bir ifade bulmak şarttır⁴⁵. Bu sebeple, muvakkat kanunları değerlendirirken kararnamelerin de dikkate alınması gerekir. Çünkü bu ikisi çoğu zaman peşi sıra veya aynı manaya gelecek şekillerde kullanıldığı gibi kararnameler de muvakkat kanunlar gibi tasdik için meclise gelmişlerdir⁴⁶. Mecliste aynı prosedüre tâbi kabul edilmişlerdir. Gerçekten de iki kavram arasında fark yok gibidir. Genel kullanım da bu şekildedir⁴⁷. Yine Düstur'dan takip edebildiğimiz kadarıyla çalışma konumuzu oluşturan on senelik dönemde çıkarılan kararnamelerin sayısı yaklaşık olarak 62 adettir. Sonuç olarak bu süreçte tasdik edilen muvakkat kanunların ve kararnamelerin toplam sayısı yaklaşık olarak 1124 iken, aynı dönemde tasdik edilen kanunların sayısı yaklaşık olarak 1418 adettir. Bu tablo yasama-yürütme rekabetini genel çerçevede ortaya koymaktadır. Bu rekabeti düşünürken, ilk gruba cemiyetin etkisiyle çıkarılan kapitülasyonların kaldırılması gibi

44 *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.3, C.1, İ.S. 3 (3 Kanunuevvel 1332), s. 149.

45 *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.1, C.1, İ.S. 2 (26 Teşrinisani 1325), s. 119.

46 *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.3, C.1, İ.S. 4 (15 Kanunusani 1334), s. 231; *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.3, C.2, İ.S. 4 (14 Mart 1334), s. 125; *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.4, C.1, İ.S. 1 (26 Şubat 1336), s. 137; *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.4, C.1, İ.S. 1 (23 Şubat 1336), s. 186; *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.4, C.1, İ.S. 1 (1 Nisan 1336), s. 244; *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.3, C.1, İ.S. 2 (7 Kanunuevvel 1331), s. 197; *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.3, C.1, İ.S. 4 (5 Şubat 1334), s. 336; *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.3, C.2, İ.S. 2 (25 Şubat 1331), s. 289.

47 Başgöl, *Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tâbi Olduğu Hukuki Rejim*, s. 38; Dâver, *Fevkalâde Hal Rejimleri*, s. 116; Kuzu, “1876 Kanun-i Esasîsinde Muvakkat Kanunlar”, s. 221-222; Şensoy, “Osmanlı İmparatorluğunun Sıkı Yönetime Müteallik Mevzuatı Üzerinde Sentetik Bir Deneme”, s. 108.

hükümetin etkisi konusunda ihtilaf olmayan bazı iradeleri de eklemek gerekir.

İlginç olan, muvakkat kanunların eleştiriler sebebiyle azaldığı yıllarda tasdik edilen kararnamelerin sayısının artmış olmasıdır. Nitekim, 1917 ve 1918 senelerinde çıkarılan toplam muvakkat kanunların sayısı 2 iken, kararnamelerin sayısı 51 kadardır. Bu eğilim 1919-1920 senelerinde de devam etmiştir. Söz konusu yıllarda oldukça fazla sayıda kararnama tasdik edilirken muvakkat kanun neredeyse hiç tasdik edilmemiştir. “Muvakkat kanun” yerine “kararnama” tabirinin kullanılması muvakkat kanun ifadesinin eski devri hatırlatmasıyla ilgili olmalıdır.

Bu rakamlar ilgili dönem mevzuatı içinde muvakkat kanunların veya kararnamelerin önemini ortaya koymaktadır. Meclis çoğu zaman muvakkat kanunların tartışılmaksızın tasdikine şahit olmuştur. Anayasada bu hususta bir açıklık olmamasına rağmen, kararnameler bazen müstaceliyet kararı ile görüşülürdü. Bu, teamül şeklini almıştı. Normal şartlarda muvakkat kanunlar meclise gelir, ilk olarak ilgili encümenlere sevk edilirdi⁴⁸. Hakkında müstaceliyet kararı olanlar ise çoğunlukla encümenlere sevk edilmeden mecliste tartışılır ve ekseriyetle tasdik edilirdi. Mecliste muvakkat kanunların tartışılmadan tasdiki o kadar olağan bir hal almıştı ki ancak 1914 senesine gelindiğinde meclise sunulan uygulamadaki muvakkat kanunların nasıl ilga edileceğine ilişkin bir karışıklık ortaya çıkmıştı. Kirkör Zöhrap Efendi'ye göre bu iki şekilde olabilir, meclisin tartışıp usule ilişkin bir karar vermesi gerekir. İlki kanunlarda olduğu gibidir, metne “mülgadır.” şeklinde bir ibare eklenmesi yeterli olur. İkincisi ise anayasada Meb'ûsan Meclisi tarafından reddedilinceye kadar vurgusu olduğu için, mecliste reddedilince sakıt olur. Bu konu tartışılmış üzerinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştü⁴⁹. 1915 senesinin sonlarından 1916 senesinin ilk aylarına kadar muvakkat kanunların reddi yoğunlaşmış ve bu faaliyet meclis kararnameleri ile yapılmıştı. Bu dönemde bazen bütçe ile ilgili bir muvakkat kanun, kanun ile lağvedilmiştir. Aynı sene içinde muvakkat kanunun bir başka muvakkat kanunla ilga edildiği de olmuştur.

Son olarak bu dönemde tasdik edilen muvakkat kanunların genel çerçevede konu olarak tasnifi bu uygulamanın hangi amaçlarla kullanıldığının anlaşılması açısından önemlidir. Çıkarılan muvakkat kanun veya kararnamelerin yarısından fazlası hazine harcamaları ve sarfiyat ile ilgilidir. Muvakkat bütçeler, evkaf, harbiye, maliye, maarif gibi vekaletlerin bütçelerine ilave edilecek

48 Oldukça fazla sayıda muvakkat kanunun encümenlere havale edildiği bazı toplantı örnekleri için bkz. *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.2, C.1, İ.S. 1 (5 Mayıs 1328), s. 62; *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.3, C.1, İ.S. 1 (10 Mayıs 1330), s. 27.

49 *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.3, C.2, İ.S. 1 (8 Temmuz 1330), s. 521.

bedeller, maaş itası, gümrük resminin tadili, çeşitli vergiler ve bazı harçlar muvakkat kanun şeklinde tespit edilmişlerdir. Toplam miktarın çeyreğinden biraz azı muvakkat kanunlaştırma veya idari karar şeklinde isimlendirebileceğimiz gruba girer. Mesela tatil-i eşgâl cemiyetleri, dava vekilleri, jandarma hakkında muvakkat kanunlar çıkarılmıştır. Bunun yanında bazı kanunların tadilinde de bu yöntem tercih edilmiştir. Muvakkat kanun şeklinde çıkarılan zeylleri de bu başlık altında kabul edebiliriz. Bazı bölgelerin ve yolların statüsünün değiştirilmesi de bu gruba dahildir. Çıkarılan muvakkat kanunların üçüncü büyük kısmı savaş ile ilgili tedbirlerle alakalıdır. Harp şartları altında ilave vergilendirme, savaş bölgesinde vergi affı, harp vergisi, silah altına alınma, çeşitli bölgelerdeki kargaşadan dolayı zabitan görevlendirme, seferberlikle ilgili düzenlemeler, diplomatsız cerrah ve eczacıların orduda istihdamları gibi pek çok konuda yapılan düzenlemeler bu gruba örnek teşkil eder. Bu grupların kapsamına giren düzenlemelerin yanında, af, afet, deprem, yangın, çekirge itlafi, kolera salgını, sözleşmeler, uluslararası sözleşme temdididi, imtiyaz gibi konularda da muvakkat kanunlar çıkarılmıştır.

III. Muvakkat Kanunlara Yönelik Eleştiriler

A. Kanûn-ı Esâsî'nin Aradığı Şartlara Aykırılık Konusundaki Eleştiriler

Daha önce değinildiği gibi, Kanûn-ı Esâsî, hükümet tarafından muvakkat kanun uygulamasını ancak belirli şartların varlığı halinde kabul ederek, adeta bir istisnai tasarruf olarak değerlendirmiştir. Meclise ait olan yetki ancak şartların varlığı halinde meclisin faaliyette olmadığı bir dönemde icra organı tarafından kullanılabilir. Muvakkat kanun uygulamasına getirilen eleştirilerin bir kısmı bu şartların sağlanmaması sebebiyle hükümet tarafından Kanûn-ı Esâsî'ye aykırı uygulamalar yapıldığı şeklindedir. Bunlara muvakkat kanunların bir tehlike söz konusu olmadığı dönemlerde veya meclisin açılışına çok kısa süre kala alelacele çıkarıldığına yönelik getirilen eleştiriler örnek olabilir. Yine muvakkat kanunların tasdik için meclise sunulmamasına yönelik eleştirileri de bu kapsamda değerlendirmek gerekir.

Meclis zaman zaman muvakkat kanunların meşruiyetiyle ilgili tartışmalara sahne olmuştur. Bunlardan bazıları çıkarılan muvakkat kanunların gelişigüzel çıkarıldığına dairdir. Bu durum keyfilik söz konusu olduğu manasına geldiği için Kanûn-ı Esâsî'nin aradığı zaruret şartı gerçekleşmemiştir. Mesela Ali Galip Bey keyfi surette çıkarılan muvakkat kanun uygulamalarının o güne kadar kendileri tarafından engellenemediğini söylemiş ve yeni kabine döneminde

bunların kaldırılacağını temenni ettiğini söylemiştir⁵⁰. Başka meselenin tartışılması esnasında mebuslardan birisi Evkaf Nezareti'nin bir tasarrufunun anayasanın istediği gibi zaruri olarak tehlikenin ortadan kaldırılması sebebiyle değil, bir menfaat tesisi için yapıldığını ifade etmiştir⁵¹. Hacı Şefik Bey de Emval-i Gayrimenkule gibi bazı kanunların tasdik edilmeden tatbik edilmesi sebebiyle kendilerinin bunların tasdiki konusunda emrivaki karşısında kaldıklarını belirtmiştir⁵². Yine A'yân Meclisi'nde bir muvakkat kanunun görüşülmesi esnasında, Aristidi Paşa, hazırlanan kararnamenin Kanûn-ı Esâsî'nin 36 ve 101. maddelerine aykırı olduğunu vurguladıktan sonra bu kararnamenin yanında yüzlerce belki binlerce muvakkat kanun çıkarıldığını ve bunların hiçbirinin ilgili maddelere uygun olmadığını ifade etmiştir⁵³. Bu örnekleri arttırmak mümkündür⁵⁴. Anayasaya aykırı bu uygulama şekli hükümet programlarından bazılarında da girmiştir. Mesela Gazi Ahmed Muhtar Paşa hükümeti programında eski dönemden kalan anayasaya aykırı muvakkat kanunların tatbikten kaldırılacağı ifade edilmiştir⁵⁵.

Muvakkat kanunlarla ilgili gündeme gelen bir diğer konu bunların meclise tasdik için gönderilmemesi veya ilgili maddedeki derhal meclise sunma şartına uymayarak geç gönderilmesidir. Örneğin, Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye, Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye gibi adli meselelerle ilgili bazı kanunlar vardır ki bunlar meclise tasdik için sunulmamıştır⁵⁶. Yine kanun hüküm ve kuvvetinde çıkarılan Takib-i Eşkiya muvakkat kanunu da Meb'ûsan Meclisi'nin içtimanda meclise tevdi edilmesi gerekirken, o vakte kadar gönderilmemesi sebebiyle bu durumun Meşrutiyet'e aykırı olduğu konusunda mecliste bir takrir verilmiştir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi de meclisin açılışından çok kısa süre önce muvakkat kanun şeklinde neşredilmiştir. Ferit Paşa'ya göre bu derece önemli bir mesele hakkında milletin rey alınmaksızın muvakkat kanun neşredilmemesi gerekirdi⁵⁷.

Anayasının muvakkat kanunlar için aradığı şartların sağlanamamasına yönelik eleştiriler bazen meclisin tasdik şeklinden veya işlerin yoğunluğundan dolayı muvakkat kanunların bir türlü gündeme alınmamasından kaynaklanmıştır. Örneğin meclisin muvakkat kanunları anayasaya uygunluğunu incele-

50 *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.2, C.2, İ.S. 1 (17 Temmuz 1328), s. 544.

51 *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.1, C.2, İ.S. 4 (26 Teşrinisani 1327), s. 108.

52 *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.3, C.1, İ.S. 1 (24 Haziran 1330), s. 7.

53 *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.4, C.1, İ.S. 1 (26 Şubat 1336), s. 137.

54 *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.1, C.2, İ.S. 4 (28 Teşrinisani 1327), s. 146; *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.3, C.1, İ.S. 2 (26 Teşrinisani 1331), s. 130.

55 İhsan Güneş, *Meşrutiyet'ten Cumhuriyet'e Türkiye'de Hükümetler*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2012, s. 133-135.

56 *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.1, C.1, İ.S. 1 (29 Kanunusani 1324), s. 562.

57 *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.3, C.2, İ.S. 4 (25 Mart 1334), s. 248.

meden hızlıca tasdik etmesi eleştirilere sebep olmuştur. Bir mebusa göre bu işleyle meclise tevdi edilen 249 muvakkat kanunun incelenmeden bir oturumda alelacele tasdiki mümkün gözükmemektedir, demek ki meclis içtihat hususunda İmam-ı Azam hazretlerinden daha kuvvetlidir⁵⁸. Muvakkat kanunların çoğu zaman müstaceliyet kararıyla tartışılmadan, bu karar olmadığı zamanlarda da yine hızlıca mecliste tasdik edilmesi Ahmed Rıza'nın da eleştirilerine sebep olmuştur. Ona göre, meclisler bir kuyûdât kalemi değildir, hükümetler kolayını buldular, istedikleri kanunu yapıp, iki sene sonra meclislerden geçiriyorlar. Bunları incelemek gerekir yoksa geçmişte hazırlanıp belirli bir süre uygulandığı için tasdikten başka yapılacak şey kalmamıştır düşüncesi hatalıdır, bunları incelemeyen bir formalite şeklinde tasdik etmek doğru değildir⁵⁹.

Bazen meclise tevdi edilen muvakkat kanunlar uzun süre gündeme gelmeden sürüncemede beklemişlerdir. Mesela çıkarıldığı sene meclise tasdik için gönderilen bir kararname meclisin gündemine ancak üç sene sonra gelebilmiştir, haliyle bu durum tartışmalara sebep olmuştur⁶⁰. Belki de bu gibi örnekler sebebiyle işleyle dair çeşitli farklı görüşler ve tadil talepleri ileri sürülmüştür. Bir oturumda meclis reisi muvakkat kanunların parlamentoya tevdi olunması gerekmeyeceğini, meclislerin re'sen müzakereye başlayacağını söylemiştir. Bunun sebebi esas teşrî vazifesinin meclise ait olmasıdır. Bu oturum konusu muvakkat kanun 3-4 seneden beri Meb'ûsan Meclisi'nde duruyordu⁶¹. 1918 senesinde Ahmed Rıza Bey bazı layihaların meclise gelmemesi veya geç gelmesi meselesiyle ilgili A'yân Meclisi'nde 36. maddenin tadili talebinde bulunmuştur. Onun ifadesine göre Kanûn-ı Esâsî hazırlanan muvakkat kanunların tasdik için derhal meclise sunulması hakkında bir düzenleme yapmasına rağmen uygulamada çoğunlukla bunun aksi görülmüyordu. Pek çok muvakkat kanun tasdik edilmediği halde senelerce tatbik ediliyor, bunların layihaları Meb'ûsan Meclisi dairelerinde kalıyordu. Ahmed Rıza'ya göre, bu hal Kanûn-ı Esâsî'ye aykırıdır. İlgili maddeye meclise tevdi edilen kararların bir ay zarfında kabul edilmediği takdirde feshedilmiş sayılacağına yönelik bir ilave yapılmalıdır. Ne var ki bu talebin iletildiği encümen tadili gerekli görmemiştir⁶².

Muvakkat kanun uygulamasına yönelik eleştiriler İttihat ve Terakki'nin yargılanmasında da gündeme gelmiştir. 1918'in ekim ayında Divaniye Mebusu Fuad Bey, Said Halim ve Talat Paşa kabinelerinin Divan-ı Âliye sevkleri konu-

58 *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.3, C.1, İ.S. 2 (7 Kanunuevvel 1331), s. 173.

59 *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.3, C.1, İ.S. 3 (29 Kanunuevvel 1332), s. 250.

60 *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.3, C.1, İ.S. 3 (12 Kanunuevvel 1332), s. 190.

61 *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.3, C.2, İ.S. 3 (5 Mart 1333), s. 86.

62 *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.3, C.2, İ.S. 4 (14 Mart 1334), s. 125; *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.3, C.2, İ.S. 4 (24 Mart 1334), s. 222.

sunda bir takrir sunmuştur. Bu takrir kısa süre içinde meclise gelmiş ve bir kur'a ile heyet kurulmuştur. On maddelik bu takririn 5. maddesi Kanûn-ı Esâsî'ye aykırı hukukî tasarruflar ile ilgilidir. Maddeye göre, muvakkat kanunların da dahil olduğu bu tür tasarruflar memleketi bir sahne-i fecâyiye çevirmiştir⁶³. Bu takirde muvakkat kanunların anayasanın aradığı şartlara uymayarak bir araç olarak kullanıldıkları belirtilmiştir. İttihatçılar'ın karşılaştığı ilk soruşturmada bu konunun gündeme gelmesi oldukça önemlidir. Zabıtların genelinden takip edilebildiği kadarıyla bu madde tehcir ve bazı suçlardan mahkûm olanların padişah iradesi olmaksızın idamları, amirin astını öldürmesi gibi konulardaki muvakkat kanunlar ile ilgili şekilde yorumlanmıştır.

Soruşturma esnasında Said Halim Paşa'nın bu maddeyle ilgili soruya verdiği cevap ilginçtir. Ona göre, dört sene gibi uzun müddet süren bir harp döneminde en meşrutî hükümetlerde bile Kanûn-ı Esâsî'ye uymak mümkün olmamıştır. Zaten anayasalar harp zamanları için yapılmamıştır, hükümleri ancak normal zamanlarda tatbik edilebilir⁶⁴. Aynı soru ile muhatap olan Ahmed Şükrü Bey ise tehcir kanunu ve buna dair yapılan kanunların Kanûn-ı Esâsî'de belirtilen şartlara uygun şekilde yapıldığı kanaatinde olduğunu ifade etmiştir. Çünkü bunlar devleti ve genel emniyeti bir tehlikeden korumak maksadıyla meclisin faaliyet göstermediği bir dönemde yapılmışlardır. Dolayısıyla anayasaya uygundur⁶⁵. Abbas Halim Paşa, muvakkat kanunların bir amaç için değil ihtiyaç sebebiyle yapılmış olduğunu söylemiştir. Zaten bunlar meclise sunulmuş ve kabul edilmiştir. Ayrıca bir dönem Meclis'in bu yönde bir talebi olduğu için hükümet tarafından muvakkat kanunlar daha dikkatli şekilde yalnızca zaruri ihtiyaç halinde tanzim edilmiştir⁶⁶. Cemiyetin en önemli ve etkin isimlerinden olan Halil Bey aynı soru üzerine Kanûn-ı Esâsî'ye mugayir bir muvakkat kanun hatırlamadığını söylemiştir. Ona göre, bir muvakkat kanun ancak iki şekilde anayasaya aykırı olabilir. Biri hüküm olarak aykırılık, diğeri ise zaman ve neşir sebebi itibarıyla aykırılıktır. İkincisi takdiri bir meseledir. Dolayısıyla cezaî tahkikata konu olamaz⁶⁷. Yine aynı soru kapsamında Halil Bey Adliye Nâzırı iken Kanûn-ı Esâsî'ye aykırı olarak meclisin açılışından kısa süre önce neşredilen Hukuk-ı Aile Kararnamesi de kendisine sorulmuştur. Halil Bey zaman ve neşir sebebi meselelerinin takdir olmaları sebebiyle cezaî tahkikat konu olamayacağını tekrarlamıştır. Kendisine göre cezaî tahkikat ancak

63 *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.3, C.1, İ.S. 5 (4 Teşrinisâni 1334), s. 103.

64 Erol Şadi Erdiç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 1, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2018, s. 53.

65 Erdiç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 1, s. 135-136.

66 Erdiç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 1, s. 196.

67 Erdiç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 1, s. 206.

Kanûn-ı Esâsî'nin hükümlerine aykırı olan muvakkat kanunlar için olabilir⁶⁸. Mustafa Şeref Bey aynı soruya karşılık kendisinin geçmişte Talat Paşa kabinesine dahil olması sebebiyle bu konuda hiçbir sorumluluk duymadığını söylemiştir. Çünkü Talat Paşa kabinesi zamanında önceki döneme nispetle daha az muvakkat kanun çıkarılmıştır⁶⁹. Musa Kazım Efendi yazılı ifadesinde beşinci sorudan maksat genel manada kanunlar ise bu türden bazı tasarrufların yapıldığını fakat bunlar içinde memleketi sahne-i fecâyîye çevirecek bir muvakkat kanun olmadığını belirtmiştir⁷⁰. 1919 tarihli Divân-ı Harb-i Örfî yargılamalarında da Kanûn-ı Esâsî'nin muvakkat kanunlarla ilgili olan 36. maddesinin de dahil olduğu çeşitli maddelerinin temin ettiği hukukun cemiyet üyeleri tarafından pâyimal edildiği ileri sürülmüştür⁷¹.

B. Politik Amaçlar İçin Kullanıldığı Konusundaki Eleştiriler: Yok Kanun Yap Kanun!

Divân-ı Harb-i Örfî yargılamaları esnasında muvakkat kanunların cemiyetin programına uygun olarak bir hedefe yönelik çıkarılıp çıkarılmadığı gündeme gelmiştir. Bir başka tabirle bu mesele, çıkarılan muvakkat kanunların zaruret ihtiyacını gidermek maksadıyla değil, cemiyetin politik hedeflerini yerine getirmek amacı taşıdığına yöneliktir. Cemiyet yöneticilerine atfedilen “*Var Kanun Yok Kanun*”, “*Yaparım Olur, Bozarım Olmaz*” ve “*Yok Kanun Yap Kanun*” ifadeleri bu eleştirilerin bir sebebi veya görünümüdür⁷².

Eleştirilere sebep olan olaylara örnek vermek gerekirse, hukuk tarihimiz için oldukça önemli sonuçlar doğuran iki önemli karar muvakkat kanun şeklinde uygulamaya konmuştur. Cemiyetin önemli isimlerinden Halil Bey anılarında Şer'îyye Mahkemeleri'nin Meşihat bünyesinden alınıp Adliye Nezareti'ne bağlanması kararının parti kongresinde kararlaştırıldığından bahseder. Bunun yanında Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin hazırlanmasının amacı da şer'î mahkemeleri ilga etmek ve Patrikhane'nin imtiyazlarını harp şartları içinde kaldırarak emrivaki yapmaktır⁷³. Alınan kararların uygulamaya sokulması için bu yöntemin bir araç olarak kullanılıp kullanılmayacağı bazen Vükela Heyeti'nde tartışmalara sebep olmuştur Mesela Emval-i Gayrimenkule Kanunu'nun muvakkat kanun olarak çıkarılıp çıkarılmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hayri Bey ve bazı vekiller bu kanunun anayasaya göre muvakkat surette çık-

68 Erdinç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 1, s. 211.

69 Erdinç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 1, s. 333-334.

70 Erdinç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 1, s. 425.

71 Erdinç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 2, s. 446.

72 Falih Rıfık Atay, *Zeytinadağı*, Remzi Kitabevi, 1943, s. 97-98; Tunaya, “İkinci Meşrutiyet'in Siyasal Hayatımızdaki Yeri”, Cilt 1, s. 161.

73 Yayın Kurulu, *Halil Mentеше'nin Anıları*, s. 224-227.

rılamayacağı fikrindeyken Câvid Bey aksi kanaatteydi⁷⁴. Câvid Bey bu duruma karşılık, her nâzırın kendi nezaretiyle ilgili kanunları ilgili maddeye uygunmuş gibi göstererek muvakkat kanun şeklinde çıkarmakta tereddüt etmedikleri halde bu derece önemli bir meselede cesaret kırdıklarını notlarında ifade etmiştir⁷⁵.

A'yân Meclisi'nde bir tartışma esnasında Rıza Tevfik, gündemdeki ve diğer sair muvakkat kanunlar için İttihatçılar'ın alelacele fabrikadan çıkardıkları kanunlardır ifadesini kullanmıştır. İttihatçılar'dan kalan bu tip kanunların temizlenmesi gerekir, aksi halde memleket bu mevzuat ile idare olunamaz⁷⁶. Celal Nuri'ye göre muvakkat kanun usulü geçmişte hükümetler tarafından haddinden fazla kullanılmış ve sûiistimal edilmiştir. Bu yöntem bir mutlakiyet idaresinin doğmasına sebep olmuştur. Bu sebeple Kanûn-ı Esâsî'nin 36. maddesinin ilga edilmesi gerekir⁷⁷. Daha önce yaptığı eleştirilere göre bu maddeyi kabul ettiren ve bu yönde kanunlar çıkaran İttihat ve Terakki Cemiyeti idi. Dolayısıyla cemiyetin yaşanan tecrübeleri dikkate alarak hareketlerini düzeltmesi ve programını tadil etmesi gerekirdi. Ayrıca çıkarılan kanunlar kalem itibarıyla düşüktür, çünkü süratli şekilde 4-5 kişilik komisyonlarda hazırlanmaktaydı. Halbuki bu işin yeri Şura-yı Devlet olmalıydı⁷⁸.

Divân-ı Harbi Örfî yargılamalarında savcının iddianamesine İttihat ve Terakki yönetimi A'yân Meclisi, Meb'ûsan Meclisi ve hükümetin yanında dördüncü bir kuvvet olarak girmiştir⁷⁹. Çünkü kabine üyeleri doğal olarak İttihat ve Terakki Meclis-i Umûmî üyesi sayılıyordu. Bu durum, "Cemiyet hükümet üzerinde etkili olmuş, muvakkat kanunlar Merkez-i Umumî kararlarına uygun olarak çıkarılmıştır." şeklinde eleştirilere sebep olmuştur. Bir başka tabirle, kabine doğrudan İttihat ve Terakki'ye mensup olduğu için onun programına uygun olarak hareket ediyor olmalıydı. İttihatçılar ise kendilerinin hükümete müdahale etmediğini söylüyorlardı. Ziya Bey'e göre tehçir gibi bazı meseleler Merkez-i Umumî'de gündeme gelmemiştir. Harp döneminde çıkarılan karar-nameler, şartlar bunu gerektirdiği için yapıyordu. Bunların fırka programı ile alakası yoktur⁸⁰. Talat Bey'e göre Merkez-i Umumî hiçbir surette hükümetin işine müdahale etmezdi⁸¹. Mithat Şükrü Bey muvakkat kanunların hiçbirinin cemiyet kongresinden geçmediğini söylemiştir. Yalnızca tedris, usûl-i

74 Cavid Bey, *Meşrutiyet Ruznâmesi* (Türk Tarih Kurumu, 2014), Cilt 1, s. 288.

75 Cavid Bey, *Meşrutiyet Ruznâmesi*, Cilt 1, s. 292.

76 *Meclis-i A'yân Zabıt Ceridesi*, D.4, C.1, İ.S. 1 (20 Mart 1336), s. 220.

77 *Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Ceridesi*, D.4, C.1, İ.S. 1 (23 Şubat 1336), s. 186.

78 İleri, *Kanunî İhtiyaçlarımız (Havaic-i Kanuniyyemiz)*, s. 74-75.

79 Erdinç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 2, s. 339.

80 Erdinç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 2, s. 209.

81 Erdinç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 2, s. 279.

tahsil, tevhid-i kazâ gibi en mühim konular kongreden geçer, program belirlenirdi. Dolayısıyla kabinenin yapmış olduğu muvakkat kanunlardan Meclis-i Umûmî'nin bilgisi bile olmazdı⁸². İttihat ve Terakki, meclisinde veya merkez yönetiminde kanun yapamaz, bir program yapar, onu hükümete verir. Hükümet değerlendirir⁸³.

Yargılamada cemiyetin hükümete müdahalesinin örneği olarak kabul edilip gündeme gelen bazı olaylar vardır. İlk olarak, Şer'iyeye Mahkemeleri'nin Adliye'ye nakledilmesi meselesi A'yân Meclisi'nde görüşülürken Musa Kazım Efendi'ye bu tasarrufun yapılmasının haysiyetine zarar verip vermeyeceğinin sorulması üzerine kendisinin "Benim reyimi sormayınız, fırka böyle istiyor, fırkacılıktır, bu böyle olacaktır." dediği nakledilir⁸⁴. Musa Kazım Efendi bu olayı açıklarken, kendisinin evvela karşı çıktığını, fakat sonra kongre ve meclis tarafından bu karar kabul edildiği için ve kendisinin de yapacak önemli işleri olduğu için onları bitirmek maksadıyla istifa etmediğini söylemiştir⁸⁵. Bunun yanında İâşe Nâzırı Kemal Bey'in İttihat ve Terakki kongresinde nazarlığında yaptığı bazı faaliyetlerden dolayı hesap verdiği ve hakkında bazı kararların alındığı, araştırma için heyetler kurulduğu da zabıtlara girmiştir⁸⁶.

Değerlendirme ve Sonuç

Görüldüğü gibi muvakkat kanunlar veya o dönemde kimi zaman mecliste kullanıldığı şekliyle kanun hüküm ve kuvvetinde olan kararnameler imparatorluğun son dönem mevzuatının büyük bir kısmını teşkil eder. İlk olarak belirtmek gerekir ki, bu tasarruflar anayasanın hazırlanması sürecinde yüksek ihtimalle Prusya Anayasası'nın etkisiyle bazı şartlara bağlı olarak meşru görülmüştür. II. Meşrutiyet'in ilanından sonra meclis lehine yapılan diğer tadillerin yanında bu tasarrufların meclisin ilk içtimasında ivedi şekilde hükümet tarafından tasdik için meclise sunulması şartı getirilmiştir. Uygulamadaki çeşitli aksaklıklar veya meclisin yeterince faaliyet gösterememesi gibi sebeplerden dolayı, bu tasarrufların meclise iletilmemesi ya da meclise iletilmesine rağmen gündeme alınmaması işleyiş ile ilgili çeşitli aksaklıklara sebep olmuştur. Bunun yanında 36. ve 101. maddeler kapsamında çıkarılan muvakkat kanunların ve sarfiyat layihalarının görüşülme şekline dair çıkan ihtilaflar ve bunların tasdik şekilleri de usulün tespiti ihtiyacını doğurmuştur. Bu sebeple ilerleyen yıllarda bahsettiğimiz meseleleri kapsayan müstakil bir bölüme sahip bir ni-

82 Erdinç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 2, s. 298.

83 Erdinç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 2, s. 315.

84 Erdinç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 2, s. 348.

85 Erdinç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 2, s. 350-351.

86 Erdinç, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Cilt 2, s. 357-358.

zamname hazırlanmıştır. Bu gelişmeler muvakkat kanunların dahil olduğu olağanüstü rejim mevzuatı bünyesinde değerlendirilmelidir.

Muvakkat kanunların sayı itibarıyla çokluğu pek çok eleştiriyi de beraberinde getirmiştir. Bu tasarruflar büyük oranda bir cemiyet ile ilişkilendirilmiştir. Çoğu kişiye göre, muvakkat kanun türünden tasarrufların mucidi İttihat ve Terakki olduğu gibi, cemiyet bu yolu sıklıkla kullanmış ve olağan bir durum haline getirmiştir. Bu durumda II. Meşrutiyet'in ilanından sonraki on senelik sürenin tamamının İttihatçılar'ın hüküm sürdüğü bir devir gibi anlaşılmasının yanında İttihatçılar'ın yargılamalarında gördüğümüz gibi yaratılan devr-i sabık imajının da etkisi vardır. Halbuki ilgili kısımda değinildiği gibi İttihatçılar'ın on senelik sürenin ilk yarısındaki güçleri ve iktidarı tartışmalıdır.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, muvakkat kanunlar İttihat ve Terakki'nin ürettiği bir yöntem değildir. Önceki dönemde bu uygulamanın kullanıldığı bilinmektedir. Üstelik bunların şartlara uygun olarak çıkarıldıkları şüphelidir. Bunun yanında, cemiyetin sorumluluğunun tespiti için bu dönemi ikiye ayırarak incelemek daha doğru olur. Meşrutiyet'in iadesinden sonra İttihat ve Terakki'nin bir süre hürriyetin bekçisi rolünü üstlenip bununla yetindiği görüldü. Bu dönemde İttihatçılar'ın zaman zaman hükümete üyeleri arasından nâzır verdikleri bilinmekle beraber iktidarı tam manasıyla aldıklarını söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Muvakkat kanunların anayasada belirtildiği gibi Vekiller Heyeti tarafından alınan kararlar olduğu hatırlanırsa, bunların sorumluluğunun yalnızca bazı hükümetlerde az sayıda nâzır çıkaran cemiyete yazılamayacağı anlaşılır. Ayrıca Gazi Ahmed Muhtar Paşa ve Kâmil Paşa kabineleri döneminde çıkarılan muvakkat kanunlar da vardır. İttihat ve Terakki'nin bu *iktidar mücadelesi dönemi* 1913 senesine kadar devam etmiştir. İlk dönem için ancak hükümetlerin müşterek sorumluluğundan bahsedilebilir.

On senelik dönemin ikinci yarısında, yani Said Halim Paşa ve Talat Paşa kabineleri döneminde çıkarılan muvakkat kanunların sorumluluğunu doğrudan İttihat ve Terakki'ye yazmak gerekir. Çünkü bu dönemde cemiyetin artık iktidarı tam manasıyla eline geçirdiği söylenebilir. Fakat bir hafifletici sebep olarak belirtmek gerekir ki İttihat ve Terakki'nin gücü eline aldığı ikinci beş senelik dönem büyük oranda harplerle geçmiştir. Bu dönemde çeşitli ülkelerde hükümetlerin pratik ihtiyaçlar sebebiyle muvakkat kanunlar gibi çeşitli istisnai yolları mecburen kabul ettiklerine değinildi. Bu seneler, parlamentoların deyim yerindeyse ikinci plana atıldığı vakitlerdi. Ayrıca ikinci beş senelik dönemde tasdik edilen muvakkat kanunların sayısının, devletin organları arasındaki işleyiş konusunda tecrübelerin artması ve harp şartlarındaki kısmî normalleşme gibi sebeplerle her sene bir önceki seneye göre azaldığını da vurgulamak gerekir.

Muvakkat kanunlara yöneltilen eleştiriler genel çerçevede anayasaya aykırılığa ve bunların bir politika amacı olarak kullanıldığına yöneliktir. Gerçekten de yukarıda değinildiği gibi bazen bu yöntemin diğer hükümetler ve İttihat ve Terakki tarafından anayasadaki şartlara aykırı şekilde çıkarıldığına ve bir politika amacı olarak kullanıldığına dair deliller vardır.

Sonuç olarak, muvakkat kanunlar ve kararnameler anayasa hukukunun en meşakkatli konularından birisini teşkil eder. Çalışma konumuzu oluşturan on senelik süreç bu disipline ait pek çok konunun ilk defa bu kadar önemli ölçüde gündeme gelmesine sebep olduğu gibi, bahsettiğimiz türden tasarruflar hakkında çeşitli tartışmalara da sahne olmuştur. Bunu doğal karşılamak gerekir, çünkü parlamento ve hükümet büyük oranda ilk defa bu dönemde karşı karşıya gelmiştir. Genel olarak hızlı karar alma sürecini tercih eden hükümetler ya da Vükela Meclisi, Meb'ûsan Meclisi'ni işleri yavaşlatan bir yer olarak görmüş olmalıdırlar. Meclis muhalefeti hükümetlerin doğal olarak çekindikleri bir şeydi. İlk senelerde hükümetler İttihat ve Terakki ağırlıklı meclislere karşı bu şekilde bir tutum sergilemişken, ikinci devrede bu durum tersine dönmüştür. Dolayısıyla ilk dönemde icra organının kanun hüküm ve kuvvetindeki tasarruflarının tamamının mesuliyetini yalnızca İttihat ve Terakki'ye yüklemek tarihî gerçeklerle bağdaşmaz. İkinci beş senelik dönem ise cemiyetin iktidarında geçtiği için bu dönemdeki tasarrufları onun hanesine yazmak gerekir. Nitekim tamamına yakını İttihat ve Terakki üyelerinden oluşan kabinelerin yakın tarihimiz açısından oldukça önemli sonuçlar doğuran kararlar aldıkları bilinmektedir. Tehcir, Hukuk-ı Aile Kararnamesi gibi çeşitli hukukî metinlerin hazırlanması ve Ceza Kanunu ile ilgili önemli tadil işlemlerinin gerçekleştirilmesi bunlardan bazılarıdır.

On senelik dönemde farklı hükümetler tarafından bu yöntemin zaman zaman kendi inançlarına göre devleti tehlikeden kurtarmak amacıyla sùüstimal edildiği de göze çarpmaktadır. İstisnaları ayrı tutarak tekrar vurgulamak gerekir ki bu, genellikle olağanüstü şartlar altındaki devlet yönetiminin çoğu zaman pratik ihtiyaçlar sebebiyle başvurmak zorunda kaldığı bir yöntemdir. Meclislerin feshedilmesi veya meclislerin özellikle ilk senelerde bütçe tartışmalarından genel kanunları görüşmeye vakit bulamaması hükümetleri bu yönetime başvurma konusunda çaresiz bırakmıştır. Muvakkat kanunlar veya kararnameler gerek savaşlarla geçen senelerde çeşitli tedbirlerin alınmasında yöntem olarak kullanıldığı, gerek henüz emekleme aşamasında olan anayasanın kuvvetler ayrılığı prensibinin ilk uygulama sorunlarını gündeme getirdiği için yakın dönem hukuk tarihinin en önemli konularından birisidir.

KAYNAKLAR

- Ahmad, Feroz, *İttihat ve Terakki 1908-1914*, Kaynak Yayınları, 1986.
- Ahmed Midhat, “Kânûn-ı Esasî Hakkında Bir İki Söz”, *İttihâd* (3 Kânûnusânî 1292), s. 1-2.
- Akman, Mehmet, “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Osmanlı Hukuk Mevzuatı I - I. Tertip Düstûr’un Tarihi Fihrist ve Dizini”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Sayı 3, 2007, s. 67-224.
- Akşin, Sina, *Jön Türkler ve İttihat ve Terakki*, 8. Baskı, İmge Kitabevi, 2017.
- Armağan, Servet, *Memleketimizde İçtüzükler*, Fakülteler Matbaası, 1972.
- Atay, Falih Rifki, *Zeytindağı*, 3. Baskı, Remzi Kitabevi, 1943.
- Aydın, Suavi, “İki İttihat-Terakki: İki Ayrı Zihniyet, İki Ayrı Siyaset”. *Cumhuriyet’e Devreden Düşünce Mirası Tanzimat ve Meşrutiyet’in Birikimi*, 10. Baskı, İletişim, 2014, s. 117-128.
- Başgil, Ali Fuat, *Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tâbi Olduğu Hukuki Rejim*, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, 1939.
- Bayur, Yusuf Hikmet, *Türk İnkılâbı Tarihi*, 4. Basım, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1991.
- Cavid Bey, *Meşrutiyet Ruznâmesi*, Türk Tarih Kurumu, 2014.
- Dâver, Bülent, *Fevkalâde Hal Rejimleri*, Sevinç Matbaası, 1961.
- *Düstûr*
- Erdinç, Erol Şadi, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2018.
- Giridî Ahmet Saki, “Muvakkat Kanunlar”, *Hürriyet-i Fikriyye* (3 Mart 1330), s. 3-4.
- Güneş, İhsan, *Meşrutiyet’ten Cumhuriyet’e Türkiye’de Hükümetler*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2012.
- Hanioğlu, M. Şükrü, “İttihat ve Terakki Cemiyeti”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 23, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2001, s. 476-484.
- Hanioğlu, Şükrü, *Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti ve Jön Türklük (1889-1902)*, İletişim Yayınları, ts.
- İba, Şeref, *Parlamento İçtüzük Metinleri*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2009.
- İleri, Celâl Nuri, *Kanunî İhtiyaçlarımız (Havaic-i Kanuniyyemiz)*, nşr. Abdullah Muşab Şahin, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Kansu, Aykut, *İttihadcıların Rejim ve İktidar Mücadelesi*, İletişim, 2016.
- Kuzu, Burhan, “1876 Kanun-i Esasîsinde Muvakkat Kanunlar”, *Akademik Araştırmalar Dergisi*, Sayı 4-5, 2000, s. 217-236.
- Mardin, Şerif, *Jön Türklerin Siyasî Fikirleri 1896-1908*, 21. Baskı, İletişim, 2017.
- *Meclis-i Meb’ûsan Zabıt Ceridesi*
- *Meclis-i A’yân Zabıt Ceridesi*
- Nazif, Süleyman, *Yıkılan Müessesese*, 1927.
- Şensoy, Naci, “Osmanlı İmparatorluğunun Sıkı Yönetime Mütteallik Mevzuatı Üzerin-

de Sentetik Bir Deneme”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 13, Sayı 1, 1947, s. 95-114.

- Tunaya, Tarık Zafer, “İkinci Meşrutiyet’in Siyasal Hayatımızdaki Yeri”, *Türkiye’de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)*, Cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 121-177.
- Türkgeldi, Ali Fuad, *Görüp İştiklerim*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1984.
- Üçok, Coşkun, “1876 Anayasasının Kaynakları, Özellikle 1851 Prusya Anayasası”, *Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı*, Siyasi İlimler Türk Derneği, 1976. s. 1-30.
- Ürgüplü, Ali Suat, *Şeyhülislam Ürgüplü Mustafa Hayri Efendi’nin Meşrutiyet, Büyük Harp ve Mütareke Günlükleri*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2015.
- Yalçın, Hüseyin Cahit, *Talât Paşa*, Yedigün Neşriyatı, 1943.
- Yayın Kurulu, *Halil Menteşe’nin Anıları*, Hürriyet Vakfı Yayınları, 1986.

ÖZEL HUKUK

Araştırma Makalesi / Research Article

Medenî Usûl Hukukunda Davaya Müdahalede Vekâlet Ücreti*

Attorney Fee in Intervention to the Case in Civil Procedure Law

Yasemin BAĞLI TAHİROĞLU**

Öz

Medenî usûl hukukunda çekişmeli yargı davacı ve davalı olmak üzere iki taraf üzerine kurulmuştur. Yargılama davacı ve davalı arasında yürür ve yargılama sonunda verilen hüküm bu taraflar arasında geçerli olur. Ancak yargılama sonunda verilecek hüküm her zaman sadece davacı ve davalıyı etkilemez. Dava sonucunda hukukî durumu veya hakkı olumsuz yönde etkilenecek olan üçüncü kişiler olabilir. Davanın tarafları dışında, dava sonucundan hukukî durumu veya hakkı olumsuz yönde etkilenecek olan üçüncü kişinin dâhil olması davaya müdahaledir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre davaya fer'î müdahale ve aslî müdahale olmak üzere iki tür müdahale mümkündür. Görülmekte olan bir davada, üçüncü kişinin taraflardan birisinin yanında, ona yardımcı olmak amacıyla davaya katılması fer'î müdahaledir. Aslî müdahale ise üçüncü kişinin görülmekte olan davanın taraflarına karşı ayrı ve bağımsız bir dava açması olup gerçek anlamda bir müdahale değildir. Bu iki kurumun söz konusu olduğu davalarda vekâlet ücretine hükmedilmesinin fer'î müdahil ve aslî müdahil bakımından neticeleri ayrı ayrı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Medenî Usûl Hukuku, Aslî Müdahale, Fer'î Müdahale, Müdahale, Vekâlet Ücreti.

ABSTRACT

In Civil Procedure Law, adversarial proceedings is based on two parties: the plaintiff and the defendant. The trial shall be between the plaintiff and the defendant, and the provision at the end of the trial shall be valid between these parties. However, the provision at the end of the trial does not always affect only the plaintiff and the defendant. There may be third parties whose legal status or right will be adversely affected as a result of the lawsuit. Apart from the parties to the case, the

* Makale gönderim tarihi: 22.04.2021. Makale kabul tarihi: 16.08.2021. Yasemin Bağlı Tahiroğlu, "Medenî Usûl Hukukunda Davaya Müdahalede Vekâlet Ücreti", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2021, s. 475-493; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.02.05>.

Bu çalışma, yazarın İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Dr. Öğr. Üyesi Evren Koç danışmanlığında savunduğu "Hukuk Yargılamasında Vekâlet Ücreti" isimli yüksek lisans tezinden türetilerek hazırlanmıştır.

** Avukat, İstanbul Barosu, İletişim: yaseminbagli@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-0726-6982>.

involvement of a third person whose legal status or right will be adversely affected by the outcome of the case is an intervention in the case. According to the Code of Civil Procedure (Nr. 6100) two types of intervention in the case are: possible secondary intervention and principal intervention. In a law suit pending, the participation of a third person alongside one of the parties in order to assist him is secondary intervention. The principal intervention is that the third party has filed a separate and independent lawsuit against the parties to the law suit and it is not an intervention in real sense. In cases in which these two institutions are involved, the consequences of the provision of attorney fees in terms of secondary intervention and principal intervention are evaluated separately.

Keywords: Law of Civil Procedure, Principal Interventions, Secondary Interventions, Intervention, Attorney Fee.

Giriş

Medenî usûlî hukukunda çekişmeli yargı davacı ve davalı olmak üzere iki taraf sistemi üzerine kuruludur¹. Nitekim dava sonunda verilen hüküm de bu iki taraf için kesin hüküm etkisi doğururken, üçüncü kişiler bakımından kesin hüküm etkisi doğurmaz². Bununla birlikte, verilen hüküm üçüncü kişilerin hukukî durumunu etkileyebilir.

Görülmekte olan bir davadan etkilenecek olan ya da etkilenme ihtimali bulunan üçüncü kişilerin davaya katılması bakımından hukukumuzda ilk olarak fer'i müdahale akla gelebilir. Bununla birlikte, üçüncü kişinin davada yer almasının bir diğer şekli ise aslî müdahaledir. Ancak aslî müdahale esasen görülmekte olan davanın taraflarına karşı ayrı ve bağımsız bir dava açılması olup gerçek manada bir müdahale değildir³.

Fer'i müdahale ve aslî müdahale, üçüncü kişiye davaya katılma imkânı sağlamasına karşın üçüncü kişinin katıldığı davadaki sıfatı bakımından farklılık arz etmektedir. Nitekim fer'i müdahil katıldığı davada taraf sıfatını haiz değil-

- 1 Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. I, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 885; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara, 1960, s. 106; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 291-292; Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, Tıpkı 8. Bası, Beta, İstanbul, 2011, s. 113; Murat Atalı, *Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 35-36; Meral Sungurtekin Özkan, *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, Fakülteler Kitabevi Barış Yayınları, İzmir, 2013, s. 66; Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 98.
- 2 Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II*, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 696; Hakan Pekcanitez, *Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, Ankara, 1992, s. 17; Nevhis Deren-Yıldırım, *Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1996, s. 15-16; Hakan Pekcanitez, Nedim Meriç, *Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale*, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 21.
- 3 Pekcanitez, s. 45; Murat Atalı, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 716, (Pekcanitez Usûl); Pekcanitez, Meriç, s. 66.

ken, aslî müdahil katıldığı davada taraftır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 326. maddesine göre Kanun'da belirtilen istisnalar dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir. Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti yargılama giderlerindedir (HMK m.323/1-ğ). Nitekim vekil ile takip edilen yargılamalarda mahkemece, takdir olunacak vekâlet ücreti, taraf lehine hükmedilir (HMK m. 330).

Çalışmada, katıldığı davada taraf konumunda yer almayan fer'i müdahilin ve esasen ayrı bir davanın tarafı olan aslî müdahilin lehlerine ve aleyhlerine hükmedilebilecek olan yargılama gideri olan vekâlet ücreti ele alınmıştır. Bu kapsamda, ilk olarak fer'i müdahalede daha sonra ise aslî müdahalede hükmedilecek olan vekâlet ücreti incelenmiştir.

I. Fer'i Müdahalede Vekâlet Ücreti

A. İlk Derece Yargılamasında

Fer'i müdahale, bir davada verilecek hükümden hukukî durumu etkilenebilecek olan üçüncü kişinin, davayı kazanmasında hukukî yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak üzere o davada yer alması anlamına gelir (HMK m. 66/1)⁴. Üçüncü kişi, fer'i müdahil olarak davada yer almakla birlikte taraf sıfatına sahip olmaz (karş. m. 66/1 ve m. 68)⁵. Zira fer'i müdahil yer aldığı davada kendisi adına bir hukukî koruma talebinde bulunmamaktadır⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 328. maddesinde, fer'i müdahil olarak davada yer alan kimsenin, yanında katıldığı taraf haksız çıkarsa, sadece fer'i müdahale giderinden sorumlu olacağı, aksi takdirde bu giderler karşı tarafa yükletileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, hüküm üçüncü kişinin katıldığı taraf lehine verilmiş olsa dahi, üçüncü kişinin davaya katılmasına, lehine hükümlenen tarafın hâl ve davranışı neden olmuşsa, müdahale giderinin tamamı veya bir kısmı, lehine hüküm verilen tarafa yükletilebilir (HMK m. 328 c. 2).

4 Ansay, s. 140; Pekcanitez, s. 17-18; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 3451; Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 979; Necip Bilge, Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, s. 267; Üstündağ, s. 375; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 158; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 333; Abdurrahim Karşlı, *Medenî Muhakeme Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 298; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 261; Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 564; Ömer Ulukapı, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, 2015, s. 209; Pekcanitez, Meriç, s. 21-23; Fatih Tahiroğlu, *Medenî Usul Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, On İki Levha, İstanbul, 2020, s 78.

5 Atalı, Pekcanitez Usul, s. 718; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 334.

6 Atalı, Pekcanitez Usul, s. 719; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 334.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 328. maddesinde düzenlenen fer'i müdahale giderleri, tarafların davanın sonuçlanması için yaptıkları yargılama giderlerinden farklıdır⁷. Nitekim fer'i müdahale giderleri, fer'i müdahilin yargılamaya ve duruşmalara katılmasını sağlamak amacıyla yapılan giderleri kapsar⁸. Örneğin, müdahale harcı, müdahale dilekçesinin davanın taraflarına tebliğ edilmesi için yapılan giderler, fer'i müdahile yapılan tebligatlara ilişkin giderler bu kapsamda değerlendirilir⁹. Burada konumuz bakımından üzerinde durulması gereken mesele, fer'i müdahilin kendisini vekil ile temsil ettirmesi hâlinde, buna ilişkin vekâlet ücretinin söz konusu müdahale giderlerinin kapsamına girip girmediğidir.

Doktrin¹⁰ ve yargı kararlarında¹¹, haklı olarak, fer'i müdahilin lehine veya aleyhine vekâlet ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmektedir. Zira bu gider, müdahale giderlerinin kapsamına dâhil değildir¹². Kaldı ki, fer'i müdahilin katıldığı davada ancak taraflar hakkında hüküm verilir (HMK m. 69/1). Bir başka deyişle, yargılama sonunda fer'i müdahil hakkında bir hüküm verilmez¹³.

7 Pekcanitez, s. 159; Pekcanitez, Meriç, s. 334.

8 Pekcanitez, s. 159; Pekcanitez, Meriç, s. 334.

9 Pekcanitez, Meriç, s. 335.

10 Bilge, Önen, s. 336 dn. 18; Kuru, Usul, C. IV, s. 3475; Pekcanitez, s. 161; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 957; Pekcanitez, Meriç, s. 335; ayrıca bkz. Necmettin M. Berkin, *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981, s. 704.

11 "[...] Somut olayda davalı Kurum müdahalesi, asli müdahale değil, fer'i müdahale niteliğindedir. Fer'i müdahil; yanından katıldığı tarafın yararına olan iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebilir (HMK m. 68). Müdahilin yer aldığı asil davada hüküm taraflar hakkında verilir. Başka bir ifade ile davada, müdahil yararına veya müdahil aleyhine hüküm verilemez. Bunun sonucu olarak, müdahil kendisini vekille temsil ettirmiş olsa bile, müdahil lehine vekalet ücretine hükümlenemez. HMK m. 328'de yer alan düzenleme müdahale giderlerine ilişkin olup, kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücretini kapsamaz. Bu husus nazara alınmadan, fer'i müdahil Kurum yararına vekâlet ücretine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir [...]" Yargıtay 21. HD., E. 2015/13948 K. 2015/16773 T. 17.9.2015 (Lexpera) aynı yönde bkz. Yargıtay 2. HD., E. 2014/14831 K. 2014/22290 T. 10.11.2014 (Lexpera) "[...] Mahkemece, yanılığın değerlendirme sonucu davada taraf konumunda olmayan Feri Müdahil ...'nın karar ve ilam harcı ile vekalet ücretinden sorumluluğuna karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir [...]" Yargıtay 10. HD., E. 2014/11988 K. 2015/17608 T. 26.10.2015 (Lexpera). Bkz. "[...] Dolayısıyla davalı Tapu Sicil Müdürlüğünü temsilen duruşmaya katılan Hazine vekili yararına vekalet ücreti taktir edildiğine göre ve asli müdahale söz konusu olmadığından fer'i müdahil lehine vekalet ücreti taktir edilmesi usul ve yasaya aykırıdır [...]" Yargıtay 8. HD., E. 2012/3939 K. 2012/9718 T. 01.11.2012 (Lexpera). Yargıtay'ın eski tarihli ve aksi yönde bir kararı için bkz. Yargıtay 4. HD., E. 1956/445 K. 1956/587 T. 15.12.1956 (Pekcanitez, Meriç, s. 335, dn. 1202).

12 Umar, s. 957.

13 Kuru, El Kitabı, C. I, s. 987; Üstündağ, s. 376; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 156; Pekcanitez, s. 164; Pekcanitez, Atalay, Özekes, s. 338; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 508; Atalı, Pekcanitez Usûl s. 743; Pekcanitez/Meriç, s. 343.

Bu nedenle de fer'i müdahil hakkında vekâlet ücretine karar verilemez¹⁴.

Aynı durum, fer'i müdahilin katıldığı davanın davaya son veren taraf usûl işlemleriyle sona ermesi hâlinde de geçerlidir. Bu bağlamda, fer'i müdahilin katıldığı davanın sulh yoluyla sona ermesine ayrıca değinilmelidir. Şöyle ki, fer'i müdahilin karşı tarafla sulh olarak davayı sona erdirebilmesi mümkün değildir¹⁵. Bununla birlikte, fer'i müdahil taraf olarak olmasa da, fer'i müdahil sıfatıyla, yani taraf yardımcısı olarak söz konusu sulhe katılabilir¹⁶. Ancak bu katılma yalnızca müdahale giderleri kapsamında gerçekleşebilir¹⁷. Böyle bir durumda, müdahale giderleri bakımından taraflar ve fer'i müdahil müdahale giderleri konusunda anlaşılırsa, söz konusu sözleşme geçerli olur¹⁸. Ne var ki yukarıda belirtildiği üzere, vekâlet ücreti söz konusu müdahale giderlerinin kapsamında yer almaz. Fer'i müdahilin taraflar arasındaki sulhe katılmaması hâlinde ise, müdahale giderleri hakkında mahkeme karar vermelidir¹⁹. Böyle bir durumda da fer'i müdahilin vekâlet ücretinden sorumlu tutulması söz konusu olmaz²⁰. Zira bu gider, müdahale giderlerinin kapsamına dâhil değildir.

B. Kanun Yolları Aşamasında

Bir davada tahkikat sona erinceye kadar fer'i müdahale talebinde bulunulabilir (HMK m. 66). Dolayısıyla istinaf ve temyiz aşamasında davaya fer'i müdahil olarak katılmak mümkün değildir²¹. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357. maddesinde de istinaf yargılaması sırasında davaya müda-

14 Pekcanitez, s. 161; Pekcanitez, Meriç, s. 335. Ancak ticaret şirketlerinde pay sahibi tarafından açılan sorumluluk davasına şirketin davaya fer'i müdahil olarak katılabileceği ifade edilmektedir (Anıl Köroğlu, "Pay Sahibi Tarafından Açılan Sorumluluk Davasında Yargılama Giderlerinin Pay Sahibi ile Şirket Arasında Paylaşılması (Medenî Usûl Hukuku Kapsamında Bir İnceleme)", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 9, Sayı 17, Haziran 2021, s. 367). Bu hâlde, pay sahibi davayı kaybederse, davaya fer'i müdahil olarak katılmış olan şirket sadece müdahale giderlerinden değil, TTK m. 555/2'deki şartların oluşması durumunda yargılama giderlerinden de sorumlu olacaktır (Köroğlu, s. 368). Böyle bir durumda ise, fer'i müdahil olan şirketin vekâlet ücretinden de sorumlu olması söz konusu olabilecektir.

15 Ansay, s. 143; Kuru, El Kitabı, C. I, s. 985; Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, s. 83, (Sulh); Pekcanitez, s. 147; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 732; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 265; Pekcanitez, Meriç, s. 295; L. Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman, Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 386.

16 Önen, Sulh, s. 83; Pekcanitez, s. 147; Pekcanitez Meriç s. 295.

17 Pekcanitez, s. 147 ve 163; Pekcanitez, Meriç, s. 295 ve 341.

18 Önen, Sulh, s. 166; Pekcanitez, s. 163; Pekcanitez, Meriç, s. 341.

19 Önen, Sulh, s. 166; Pekcanitez, s. 163; Pekcanitez, Meriç, s. 341.

20 Önen, Sulh, s. 170.

21 Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 334; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 722. Nitekim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde de temyiz aşamasında davaya fer'i müdahalenin söz konusu olmayacağı ifade edilmekteydi (Necmeddin M. Berkin, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, s. 158; İlhan E. Postacıoğlu, *Medenî Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul, 1975, s. 316; Pekcanitez, s. 72).

hale talebinde bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, aşağıda açıklanacağı üzere, bazı hâllerde fer'i müdahilin kanun yoluna başvurabilmesi mümkündür. Böyle bir durumda, kanun yoluna başvuran fer'i müdahilin lehine veya aleyhine vekâlet ücretine karar verilip verilemeyeceği meselesi üzerinde durulmalıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde (AAÜT), vekâlet ücretinin, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemlerin ücretinin karşılığı olduğu açıkça düzenlenmiştir (m. 2/1, c. 1). Bu nedenle istinafa veya temyize başvurulması ayrı bir vekâlet ücretine hükmedilmesini gerektirmez. Ancak Tarife'nin ikinci maddesinin ikinci fıkrasına göre, bölge adliye mahkemelerinde istinaf başvurusu ve Yargıtay'da temyiz başvurusu üzerine görülen işlerin duruşmaları ayrı ücreti gerektirir. Dolayısıyla istinaf veya temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması durumda vekâlet ücretine hükmedilmesi gündeme gelir. Buna karşılık, istinaf veya temyiz yargılamasının duruşmasız olarak yapılması hâlinde, söz konusu yargılama sonunda vekâlet ücretine hükmedilmez²². Bu durum hem taraflar açısından hem de fer'i müdahil açısından geçerlidir. O hâlde, fer'i müdahilin kanun yoluna başvurduğu durumlarda da, kanun yolu yargılamasında duruşma yapılmamışsa, yargılama sonunda vekâlet ücretine ilişkin bir karar verilmesi söz konusu olmaz. Kanun yollarında fer'i müdahil hakkında verilebilecek vekâlet ücretine ilişkin kararları ise, fer'i müdahilin kanun yoluna başvurabileceği hâllere göre ayrı ayrı incelemek gerekir.

İlk olarak, fer'i müdahale talebinin mahkeme tarafından reddedilmesi hâlinde, bu ret kararına karşı kanun yoluna başvurulabilir²³. Burada üçüncü kişi, taraflardan bağımsız olarak kanun yoluna başvurulabilir²⁴. Doktrinde, tarafların kanun yoluna başvurmadığı ve bu nedenle hükmün onlar için kesinleştiği durumlarda, üçüncü kişinin bu ret kararına karşı kanun yoluna gidemeyeceği kabul edilmektedir²⁵. Ancak yine doktrinde, haklı olarak, üçüncü kişinin yanında davaya katılmak

22 “[...] 5-İstinaf yargılaması sırasında duruşma açılmadığından vekalet ücreti takdirine yer olmadığına, 6- Kararın ilk derece mahkemesince taraflara tebliğine, Dosya üzerinden yapılan inceleme neticesinde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 362/1-g bendi gereğince kesin olmak üzere oy birliği ile karar verildi [...]” İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 45. HD., E. 2020/1495 K. 2021/40 T. 20.1.2021 (Lexpera); aynı yönde bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 17. HD., E. 2020/2302 K. 2021/35 T. 14.1.2021 (Lexpera); İzmir Bölge Adliye Mahkemesi, 5. HD., E. 2018/1457 K. 2019/699 T. 15.5.2019 (Lexpera).

23 Pekcanitez, s. 127; Pekcanitez, Meriç, s. 248. Bu karara karşı esas hüküm verilmeden önce kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı tartışmalıdır (Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. Pekcanitez, s. 127-129; Pekcanitez, Meriç, s. 248).

24 Necip Bilge, *Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme*, Ankara, 1973, s. 144; Pekcanitez, s. 129; Pekcanitez, Meriç, s. 249.

25 Kuru, Usul, C. IV, s. 3466; aynı yönde bkz. Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt 1 1-70, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 1351.

istediği tarafın kanun yoluna başvurmamasının, onun kanun yolundan feragat ettiği anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir²⁶. Dolayısıyla üçüncü kişinin davaya yanında katıldığı taraf kanun yoluna başvurmadan açıkça feragat etmemişse, üçüncü kişi tek başına istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurabilir²⁷. Böyle bir durumda tek başına kanun yoluna başvuran üçüncü kişinin lehine veya aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesi söz konusu olabilir²⁸. Öte yandan üçüncü kişi ile birlikte yanında davaya katılmak istediği taraf da söz konusu ret kararına karşı kanun yoluna başvurabilir²⁹. Ancak bu hâlde de kanaatimizce kanun yolunda üçüncü kişinin lehine veya aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmelidir. Zira üçüncü kişinin bu başvurusu esasen kendisi hakkında verilen karara karşıdır.

26 Pekcanitez, s. 130; Pekcanitez, Meriç, s. 252

27 Pekcanitez, s. 130; Pekcanitez, Meriç, s. 252

28 “[...] tarafından verilen 03.03.2017 ve 28.03.2017 tarihli dilekçelerle davalı ... yanında davaya müdahil olarak katılma talebinde bulunulmuş, mahkemece 29.03.2017 tarihli duruşmada müdahale talebinin tahkikat sonu gelinceye kadar yapılmasının gerektiği, müdahale talep edenin davalı yanında fer’i müdahil olarak davaya katılmasında hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle müdahale talebinin reddine karar verilmiş, aynı duruşmada yargılama sonuçlandırılmıştır [...] hükme karşı davalı yanında fer’i müdahale talep eden ... (...) tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuş, İlk Derece Mahkemesi’nin 24.04.2017 tarihli ek kararı ile dava dosyasında müdahil sıfatı olmadığından bahisle istinaf talebinin reddine karar verilmiş, iş bu ek karara karşı da davalı yanında fer’i müdahale talep eden ... (...) tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuş, Bölge adliye mahkemesi’nce, İlk Derece Mahkemesi’nce tahkikat aşamasının 13.01.2017 tarihli duruşmada tamamlanıp sözlü yargılamaya geçilmesine karar verildiği, tahkikat aşaması tamamlanmış olduğundan bu tarihten sonra verildiği anlaşılan fer’i müdahale talebinin HMK’nın 66. maddesi uyarınca reddine karar verilmesinin usul ve yasaya uygun olduğu, menfi tespit davası hakkında verilen karar aleyhine davacı şirket ve davalı ... tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmadığı, menfi tespit davası hakkında verilen karara karşı fer’i müdahale talebi reddedilen ...’nın istinaf kanun yoluna başvurma hakkının bulunmadığı, fer’i müdahale talebinde bulunan ancak talebi reddedilen ...’nın istinaf başvurusunun davada taraf sıfatı olmadığı için İlk Derece Mahkemesi’nce reddine dair verilen 24.04.2017 tarihli ek kararın usul ve yasaya uygun olduğu, fer’i müdahale talebinde bulunan ...’nın ek karar aleyhine istinaf başvuru nedenleri yerinde görülmediğinden istinaf başvurusunun esastan reddi gerektiği, ek karara yönelik istinaf başvurusu reddedildiğinden menfi tespit davasının kabulüne ilişkin ve taraflarca istinaf yoluna başvurulmayan 29.03.2017 tarihli karara yönelik istinaf başvurusunun ise incelenmesine yer olmadığına karar vermek gerektiği gerekçesiyle fer’i müdahale talep eden ... (...)’nın İlk Derece Mahkemesi’nin 24.04.2017 tarihli ek kararına yönelik istinaf başvurusunun esastan reddine, 24.04.2017 tarihli ek kararına yönelik istinaf başvurusu esastan reddedildiğinden İlk Derece Mahkemesi’nin 29.03.2017 tarihli menfi tespit davasının kabulüne ilişkin karara yönelik istinaf başvurusunun incelenmesine yer olmadığına karar verilmiş, iş bu karar fer’i müdahale talep eden ... tarafından temyiz edilmiştir. SONUÇ: Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre fer’i müdahale talep eden ...’nın yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle muhakeme hukukuna uygun bulunan Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi’nin 2017/962 esas ve 2017/1235 karar sayılı ve 30.10.2017 tarihli kararının ONANMASINA, dosyanın Antalya 2. Asliye Ticaret Mahkemesi’ne gönderilmesine, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davacı yararına 2.540,00 TL duruşma vekalet ücretinin fer’i müdahale talep eden ...’dan alınarak davacıya verilmesine, aşağıda yazılı onama harcının temyiz eden fer’i müdahale talep edenden alınmasına, 10.03.2020 gününde oybirliğiyle karar verildi” Yargıtay 19. HD., E. 2018/674 K. 2020/653 T. 10.3.2020 (Lexpera).

29 Pekcanitez, s. 132; Pekcanitez, Meriç, s. 250.

Fer'i müdahilin, dava sonunda verilen hükme karşı da istinaf veya temyiz başvurabilmesi mümkündür. Bununla birlikte, hukukumuzda asıl tarafın kanun yoluna başvurmaması hâlinde, fer'i müdahilin tek başına kanun yoluna başvurup başvuramayacağı tartışmalıdır. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, asıl taraf açıkça kanun yolundan feragat etmedikçe de, fer'i müdahil tek başına kanun yoluna başvurabilir³⁰. Bunun yanında, hukukumuzda fer'i müdahilin kanun yoluna başvurabileceğini açıkça hüküm altına alan bir düzenleme 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun dördüncü maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre, hizmet akdine tâbi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, davaya davalı yanında fer'i müdahil olarak katılan Sosyal Güvenlik Kurumu, davalı başvurmasa dahi kanun yoluna başvurabilir³¹.

Fer'i müdahilin tek başına kanun yoluna başvurduğu ve bu başvurusunun reddedildiği durumlarda, bu giderlerden fer'i müdahilin sorumlu olması gerekir³². Böyle bir durumda, karşı taraf kendisini vekille temsil ettirmişse, karşı tarafa ödenecek vekâlet ücretinden de fer'i müdahil sorumlu olur. Buna karşılık, fer'i müdahil tek başına kanun yoluna başvurmuş ve bu başvurusu kabul edilmişse, kendisini vekille temsil ettiren fer'i müdahil lehine vekâlet ücretine hükmedilir. Bununla birlikte, verilen asıl hükme karşı hem asıl taraf hem de fer'i müdahil kanun yoluna başvurmuş olabilir. Böyle bir durumda fer'i müdahilin lehine veya aleyhine vekâlet ücretine hükmedilip hükmedilemeyeceği meselesi üzerinde durulmalıdır.

Yargıtay'ın bazı kararlarında, asıl tarafla birlikte kanun yoluna başvuran fer'i müdahilin gerek lehine gerekse de aleyhine vekâlet ücretine hükmedildiği görülmektedir³³. Kanaatimizce ilk derece yargılamasında olduğu gibi kanun

30 Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 336-337; Pekcanitez, s. 155; Tolga Akkaya, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 139; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 730-731; Pekcanitez, Meriç, s. 325. Bu konudaki görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. Pekcanitez, s. 152 vd; Pekcanitez, Meriç, s. 308 vd.

31 Bu düzenleme dava, taraf ve kesin hüküm teorileriyle bağdaşmadığı için haklı olarak doktrinde eleştirilmiştir (Murat Atalı, "Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 648, (Hizmet Tespit Davası)).

32 Pekcanitez, Meriç, s. 338.

33 "[...] Kararı, davalı A... A.Ş. vekili ile fer'i müdahil vekili temyiz etmiştir. 1- İlk Derece Mahkemesince verilen karara karşı davalı A... A.Ş. ile anılan davalının yanında fer'i müdahil olan tarafından istinaf yoluna başvurulmuş, Bölge Adliye Mahkemesince fer'i müdahil aleyhine bir karar verilmediği gerekçesiyle fer'i müdahilin istinaf talebinin usulden reddine karar verilmişse de, 6100 sayılı HMK'nın 66. maddesinde üçüncü kişinin, davayı kazanmasında hukuki yararlı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'i müdahil olarak davada yer alabileceği, 68. maddesinde de müdahale talebinin kabulü hâlinde müdahilin, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebileceği, onun işlem ve

yollarında da asıl hükme karşı hem asıl taraf hem de fer'i müdahil kanun yoluna başvurmuşsa, fer'i müdahilin lehine veya aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmemelidir. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere, bu gider, müdahale giderlerinin kapsamına dâhil değildir. Ayrıca bu durum, yargılamanın ilk derece mahkemesinde ya da üst derece mahkemesinde görülmesine göre değişiklik gösterecek bir husus değildir. Kaldı ki, fer'i müdahilin asıl tarafla birlikte ka-

açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabileceği düzenlenmiştir. İlk derece mahkemesi kararına karşı fer'i müdahilin yanında davaya katıldığı A... A.Ş.'nin de istinaf yoluna başvurduğu gözetildiğinde karara karşı kanun yollarına başvurmakta hukuki yararı bulunan fer'i müdahilin istinaf itirazlarının incelenmesi gerekirken yazılı şekilde istinaf talebinin usulden reddine karar verilmesi yerinde olmamış, Bölge Adliye Mahkemesi kararının bu yönden fer'i müdahil yararına bozulmasını gerektirmiştir [...] SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle fer'i müdahil vekilinin temyiz isteminin kabulü ile Bölge Adliye Mahkemesi kararının fer'i müdahil yararına BOZULMASINA, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle Bölge Adliye Mahkemesi kararının BOZULMASINA, HMK'nın 373/2. maddesi uyarınca dava dosyasının Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, (3) nolu bentte açıklanan nedenle davalı A... A.Ş. vekili ile fer'i müdahil vekilinin sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, takdir olunan 3.050,00 TL duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak A... A.Ş. ile fer'i müdahil'e verilmesine, ödedikleri peşin temyiz harcının istekleri halinde temyiz edenlere iadesine, 16.12.2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi [...] Yargıtay 11. HD., E. 2019/2049 K. 2020/5929 T. 16.12.2020 (Lexpera); “[...] bu nedenle davacının aracın bedelini talep etme hakkına sahip olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili ve fer'i müdahil vekili tarafından temyiz edilmiştir [...] SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalı taraf yararına BOZULMASINA, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan fer'i müdahil F... A.Ş. yararına takdir olunan 1.100,00 TL duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak A... A.Ş. ile fer'i müdahil'e verilmesine, peşin harçların istek halinde iadesine, 02.06.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi [...]” Yargıtay 19. HD., E. 2014/10988 K. 2015/8176 T. 02.06.2015 (Lexpera); “[...] Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı tarafından temyiz edilerek; temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması istenilmekte; duruşma için belirlenen 25.06.2013 günü temyiz eden davalı ... ile vekili Av. geldiler. Müdahil ... ile vekili Av. ... ile davaya davalı yanında müdahil olmak istediğini bildiren ... Bakanlık vekili Av... geldiler.... Bakanlık vekili tarafından her ne kadar davalı yanında fer'i müdahil olarak davaya katılmak isteği ile müdahale dilekçesi verilmiş ise de, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 66. maddesi uyarınca fer'i müdahalenin tahkikatın bitimine kadar yapılması gerektiğinden müdahale isteğinin reddine karar verildi [...] Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, duruşma için takdir olunan 990. TL. vekalet ücretinin davalıdan alınıp müdahile verilmesine [...]” Yargıtay 2. HD., E. 2013/9734 K. 2013/17863 T. 25.6.2013 (Lexpera); “[...] Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın BOZULMASINA, taraf vekilleri ile fer'i müdahil vekilinin temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, 2.540,00 TL duruşma vekâlet ücretinin davacıdan alınarak Yargıtay'daki duruşmada vekille temsil olunan davalı ve fer'i müdahile verilmesine, 2.540,00 TL duruşma vekâlet ücretinin davalı ve fer'i müdahilden alınarak Yargıtay'daki duruşmada vekille temsil olunan davacıya verilmesine, ödenenden 5766 Sayılı Kanun'un 11. maddesiyle yapılan değişiklik gereğince Harçlar Kanunu 42/2-d maddesi uyarınca alınması gereken 218,50 TL Yargıtay başvurma harcının mahsup edilerek, varsa fazla alınan temyiz harcının temyiz eden davacıya, 218,50 TL Yargıtay başvurma harcının mahsup edilerek, varsa fazla alınan temyiz harcının temyiz eden davalıya, 218,50 TL Yargıtay başvurma harcının mahsup edilerek, varsa fazla alınan temyiz harcının temyiz eden fer'i müdahile iadesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine, 06.05.2020 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay 15. HD., E. 2019/3330 K. 2020/1061 T. 6.5.2020 (Kazancı).

nun yoluna başvurusu halinde yaptığı giderler yargılama giderleri kapsamındadır³⁴. Yargılama giderleri ise, istisnalar hariç olmak üzere ancak aleyhine hüküm verilen tarafa yüklenir (HMK m. 326). Keza, yargılama gideri olan vekâlet ücreti de taraf lehine hükmedilir (HMK m. 330). Görüldüğü üzere, yargılama giderleri ve bu kapsamda vekâlet ücreti taraf lehine veya aleyhine hükmedilebilir. Fer'i müdahilin yargılamada taraf sıfatını haiz olmaması ise yargılamanın aşamalarına göre değişiklik göstermeyeceğinden, taraf konumunda bulunmayan fer'i müdahil lehine veya aleyhine vekâlet ücretine karar verilemez.

Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 69. maddesinin birinci fıkrasına aykırı olarak fer'i müdahil hakkında bir hüküm verilmişse, fer'i müdahilin bu hükmün sadece kendisine ilişkin bölümüne karşı tek başına istinafa ve temyize başvurabilmesi mümkündür³⁵. Böyle bir durumda ise, kanun yolunda duruşma yapılmışsa, fer'i müdahilin lehine veya aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesi söz konusu olabilir³⁶. Ancak bu durum, yukarıda ifade edilen kanun yolların-

34 Pekcanitez, Meriç, s. 338.

35 Kuru, Usul, C. IV, s. 3478; Kuru, El Kitabı, C. I, s. 986; Pekcanitez, s. 165; Tanrıver, s. 569; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 266; “[...] Fer'i müdahilin yer aldığı davada hüküm, taraflar hakkında verilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvuru hakkı da, yalnız davanın taraflarına aittir. Fer'i müdahil, yanında davaya katıldığı tarafla birlikte kararı kanun yoluna götürebilir. Yalnız başına kanun yoluna başvurma yetkisi yoktur. Ancak kanuna aykırı olarak kendisi hakkında hüküm verilmişse, sadece hükmün kendisine ilişkin bölümünü tek başına temyiz edebilir. Karara karşı istinaf başvurusunda bulunan fer'i müdahilin, yanında davaya katıldığı davalı taraf karara karşı istinaf başvurusunda bulunduğundan, istinaf hakkı bulunduğu anlaşıldığından, fer'i müdahilin istinaf başvurusunun reddine dair karar verilmesi yerinde olmamıştır. Bu sebeple İlk derece mahkemesinin 30.01.2018 tarihli ek kararının kaldırılmasına karar verilmiştir.” Adana Bölge Adliye Mahkemesi 7. HD., E. 2019/4392 K. 2020/28 T. 2.1.2020 (Lexpera); “[...] Fer'i müdahilin yer aldığı davada hüküm, taraflar hakkında verilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvuru hakkı da, yalnız davanın taraflarına aittir. Fer'i müdahil, yanında davaya katıldığı tarafla, birlikte kararı kanun yoluna götürebilir. Yalnız başına kanun yoluna başvurma yetkisi yoktur. Ancak, kanuna aykırı olarak kendisi hakkında hüküm verilmişse, sadece hükmün kendisine ilişkin bölümünü tek başına temyiz edebilir [...]” Yargıtay 22. HD., E. 2017/13377 K. 2018/14182 T. 4.6.2018 (Lexpera); aynı yönde bkz. Yargıtay 22. HD., E. 2014/15999 K. 2015/24604 T. 10.9.2015 (Kazancı); Yargıtay 17. HD., E. 2013/17255 K. 2015/3336 T. 24.2.2015 (Lexpera).

36 “[...] Somut olayda; dava konusu hizmet tespitine ilişkindir. Dava açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 6552 sayılı Yasa gereği SGK fer'i müdahildir. Yasa gereği aleyhine yargılama gideri verilemez. Öte yandan dava konusu dönemde sigorta primine esas kazanç 139.125 TL olduğu halde, 139.125 TL yazılması hatalı ise de, bu konular yeniden yargılama sebebi görülmeyle yukarıda belirtilen sebeplerle; fer'i müdahil Kurum vekilinin istinaf isteminin kabulüne, HMK 353/1-b-2 maddesi gereği İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılarak, fer'i müdahil Kurumun yargılama gideri yönünden ve İlk Derece Mahkemesince verilen ilk hükümdeki sigorta primine esas kazanç yönünden maddi hata düzeltilerek, davanın yeniden kabulüne karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur [...] İstinaf incelemesi sırasında duruşma açılmadığında fer'i müdahil Kurum yararına istinaf vekâlet ücreti takdirine yer olmadığına, Dosya üzerinde yapılan inceleme sonrasında 7036 sayılı Yasanın 7/3 maddesi göndermesi ile 7035 sayılı Yasa ile değişik 6100 sayılı HMK'nın 361.maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 2 hafta içerisinde Yargıtay yolu açık olmak üzere 06/02/2020günü oy birliği ile karar verildi” İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 34. HD., E. 2018/2156 K. 2020/106 T. 6.2.2020 (Lexpera).

da fer'i müdahilin lehine veya aleyhine vekâlet ücretine hükmedilemeyeceğine ilişkin tespitle çelişki göstermez. Zira burada kanun yollarına götürülen hüküm bizzat fer'i müdahil hakkında verilmiş bir hükümdür. Bir başka deyişle, tarafların lehine veya aleyhine verilen bir hükmün kanun yoluna götürülmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla tarafları ilgilendirmeyen bir kanun yolu başvurusu nedeniyle taraflar hakkında yargılama giderine ve bu kapsamda vekâlet ücretine hükmedilmesi zaten söz konusu olmamalıdır.

Son olarak, yargılamanın iadesi yolunda fer'i müdahil lehine veya aleyhine vekâlet ücretine hükmedilip hükmedilemeyeceği meselesi üzerinde durulmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hukukumuzda fer'i müdahilin yalnız başına yargılamanın iadesini talep edemeyeceği kabul edilmektedir³⁷. Bununla birlikte, asıl taraf yargılamanın iadesini talep eder ve bu talep kabul edilirse, yeniden yapılan yargılamaya üçüncü kişinin fer'i müdahil olarak katılabileceği mümkündür³⁸. Böyle bir durumda, vekâlet ücreti açısından yukarıda tespit edilen hususlar yenilenen davada da geçerli olacaktır. Buna karşılık, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 69. maddesinin birinci fıkrasına aykırı olarak fer'i müdahil hakkında bir karar verilmiş ve bu karar kesinleşmişse, fer'i müdahil kendisine ilişkin verilen bu hükme karşı, şartları varsa, yargılamanın iadesi yoluna başvurabilir³⁹. Bu hâlde, sadece fer'i müdahil hakkında verilen hüküm açısından yeniden bir yargılama yapılır⁴⁰. Yenilenen davada, taraflar kendilerini vekille temsil ettirmişlerse, fer'i müdahilin lehine veya aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesi söz konusu olabilir.

II. Aslî Müdahale

A. İlk Derece Yargılamasında

Aslî müdahale, üçüncü kişinin, derdest olan bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia ederek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açmasını ifade eder (HMK m. 65)⁴¹.

37 Bilge, Önen, s. 719; Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, s. 343 dn. 31, (Yargılama); Kuru, Usul, C. IV, s. 3472; Bakı Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. V, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 5238; Kuru, El Kitabı, C. I, s. 985; Bakı Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1549; Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1977, s. 136; Pekcanitez, s. 157-158; Mert Namlı, *Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Beta, İstanbul, 2014, s. 385; Pekcanitez, Meriç, s. 332; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 7. HD., E. 2017/2026 K. 2018/275 T. 15.2.2018 (Lexpera).

38 Pekcanitez, s. 158; Pekcanitez, Meriç, s. 332.

39 Arslan, s. 136; Pekcanitez, s. 158; Pekcanitez, Meriç, s. 332.

40 Pekcanitez, s. 158; Pekcanitez, Meriç, s. 332.

41 Kuru, Usul, C. IV, s. 3491; Kuru, El Kitabı, C. I, s. 989; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s.

Aslî müdahale, aslında gerçek manada bir davaya müdahale olmayıp, görül-
mekte olan davanın taraflarına karşı açılan ayrı bir davadır⁴². Bu davada davalı-
lar arasında şeklî zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu olur⁴³.

Aslî müdahale davası, asıl davadan bağımsız olduğundan ve bu davada ayrı
bir karar verildiğinden, yargılamanın sonunda ayrıca yargılama giderine de
hükmedilmesi gerekir⁴⁴. Bu bağlamda, aslî müdahale davasında hükmedile-
bilecek olan vekâlet ücretini aslî müdahilin davayı kazanması ve kaybetmesi
ihtimâllerine göre ayrı ayrı ele almak gerekir.

İlk olarak, aslî müdahil davayı kazanmış olabilir. Böyle bir durumda, aslî müdahil
kendisini vekille temsil ettirmişse, onun lehine vekâlet ücretine hükmedilir (HMK
m. 330)⁴⁵. Burada davalıların aslî müdahil lehine ayrı ayrı mı, yoksa tek bir vekâlet
ücreti mi ödeyeceği meselesi tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, davalıların
hepsinin aslî müdahile ayrı ayrı vekâlet ücreti ödemesi gerekir⁴⁶. Doktrinde diğer
bir görüşe göre, mecburi dava arkadaşlarının aleyhine vekâlet ücretine hükmedilir-
ken, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin seri davaları düzenleyen 22. maddesi dik-
kate alınmalıdır⁴⁷. Doktrinde üçüncü bir görüşe göre ise aslî müdahale davasında
davalılar arasında şekli zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan, onların aleyhine
karar verilmesi hâlinde ayrı ayrı değil, tek bir vekâlet ücretine hükmedilmesi ge-
rekir⁴⁸. Böyle bir durumda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 326. maddesinin
üçüncü fıkrası gereği, mahkeme vekâlet ücretini davalılar arasında paylaşırabilir
veya davalıların müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebilir⁴⁹.

Kanaatimizce de bu durumda, davalıların aslî müdahile sadece bir vekâlet
ücreti ödemesi gerekir⁵⁰. Bunun sebebi, aslî müdahale davasında davalılar ara-

157; Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale*, Alfa Basım Yayım Dağıtım,
İstanbul, 1995, s. 16; Pekcanitez, Atalay, Özekes, s. 345; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 767; Tanrıver,
s. 562; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 273; Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usul Hukukunda Aslî
Müdahale*, Legem Yayıncılık, Ankara, 2018 s. 31; İsmet Mazlum, *Medenî Usûl Hukukunda Aslî
Müdahale*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 26.

42 Pekcanitez, Atalay, Özekes, s. 332; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 716.

43 Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. III, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 3311; Kuru, El
Kitabı, C. I, s. 993; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, s. 511; Pekcanitez, Meriç, s. 67-
68; Kodakoğlu, s. 161-162; Mazlum, s. 190; Taner Emre Yardımcı, *Hukuk Davalarında Mec-
buri Dava Arkadaşlığı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 16.

44 Özekes, s. 80.

45 Kodakoğlu, s. 242.

46 Kodakoğlu, s. 242.

47 Yardımcı, s. 363.

48 Gökhan Aykut, *Hukuk Davalarında Avukatlık Ücreti*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,
İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 120 dn. 411.

49 Aykut, s. 120 dn. 411.

50 Yasemin Bağlı Tahiroğlu, *Hukuk Yargılamasında Vekâlet Ücreti*, Yayınlanmamış Yüksek
Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 57.

sında ortaya çıkan dava arkadaşlığının türüdür. Şöyle ki, aslî müdahale davasında ilk davanın davacısı ile davalısı şekli zorunlu dava arkadaşı konumundadır⁵¹. Davada haksız çıkan zorunlu dava arkadaşları aleyhine ise tek bir vekâlet ücretine hükmedilir⁵². Zira burada, ihtiyarî dava arkadaşlığında olduğu gibi⁵³ dava arkadaşı sayısı kadar davanın varlığından bahsedilemez⁵⁴. Ancak mahkeme vekâlet ücretini zorunlu dava arkadaşı olan davalılar arasında paylaştırabileceği gibi, vekâlet ücretinden onların müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebilir (HMK m. 326/3).

İkinci olarak ise, aslî müdahil davayı kaybetmiş olabilir. Böyle bir durumda, davalılar kendisini vekille temsil ettirmişse, aslî müdahil aleyhine tek bir vekâlet ücretine hükmedilir. Bunun sebebi de davalılar arasında şekli zorunlu dava arkadaşlığının mevcut olmasıdır. Nitekim yargılama sonunda haklı çıkan zorunlu dava arkadaşlarının lehine tek bir vekâlet ücretine hükmedilir⁵⁵ ve söz

51 Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. III, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 3311; Ömer Ulukapı, *Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı*, Mimoza Yayınları, Konya, 1991, s. 106-107; Kodakoğlu, s. 161-162; Mazlum, s. 190.

52 “[...] Hükümsüzlüğü talep edilen markanın her iki davalıya aidiyeti nedeniyle asıl ve birleşen davanın davalıları arasında HMK’nın 59. maddesi çerçevesinde zorunlu dava arkadaşlığı söz konusudur. İlk Derece Mahkemesince, davalı ...’e asıl davada husumet tevcihi yerine ayrı dava açılarak asıl dava ile birleştirilmesi ve sonuçta asıl ve birleşen davalarda davacı yanca yapılan yargılama giderlerinden zorunlu dava arkadaşlarının müteselsilen sorumlu olacakları gözetilerek davalılar aleyhine tek bir vekalet ücreti tayin ve takdiri yerine; bu hususlarda her bir dava ve davalı bakımından ayrı ayrı hüküm kurulması cihetine gidilmesi yukarıda anılan kanun hükmüne ve HMK’nın 326/3. maddesine aykırı olup, vekalet ücreti takdiline yönelik bu durum müeyyiz davalı şirket tarafından istinaf aşamasında dile getirilmiş olmasına karşın Bölge Adliye Mahkemesince açıklanan yasal gerekliliğin gözden kaçırılması HMK’nın 371/1-ç maddesi uyarınca bozma nedenidir. Şu halde, Bölge Adliye Mahkemesi’nin istinaf isteminin esastan reddine dair kararının bozularak ortadan kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir [...]” Yargıtay 11. HD., E. 2017/1088 K. 2018/6324 T. 15.10.2018 (Lexpera); “[...] Davacılar arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunmamaktadır. Bu durumda yargılama giderlerinden olan vekalet ücretinin davanın kabul veya reddine göre her bir davacı lehine veya aleyhine ayrı ayrı hesap edilmesi gerekir [...]” Yargıtay 4. HD., E. 2015/508 K. 2016/4848 T. 12.4.2016 (Lexpera); aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD., E. 2016/13010 K. 2017/1761 T. 20.3.2017 (Lexpera).

53 Nitekim ihtiyarî dava arkadaşlığında aslında dava arkadaşı sayısı kadar dava vardır (Kuru, El Kitabı, C. I, s. 953; Üstündağ, Yargılama, s. 361; Pekcanitez, Atalay, Özekes, s. 326; Hakan Pekcanitez, Hülya Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 694-695; Atalı Ermenek Erdoğan, s. 242).

54 “[...] dolayısıyla Tapu Maliki ile Hazine ve Vakıflar Genel Müdürlüğü arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmamaktadır. Mecburi dava arkadaşları tarafından ya da onlar aleyhine açılan davalar tektir, ayrılamaz [...]” Yargıtay 20. HD., E. 2013/10053 K. 2013/12100 T. 23.12.2013 (Lexpera).

55 Kuru, Usûl, C. III, s. 3333; Kuru, El Kitabı, C. I, s. 951; “[...] Davacılar arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunmamaktadır. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’nin 3/2. maddesi gereğince davalılar lehine tek bir nisbi vekalet ücreti takdir edilip, davacıdan alınarak davalılara verilmesine karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir [...]” Yargıtay 2. HD., E. 2008/3181 K. 2008/2784 T. 4.3.2008 (Lexpera); “[...] Davacılar arasında mecburi dava arkadaşlığı olduğu halde her iki davalıya da karar tarihindeki Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince ayrı ayrı nisbi vekalet ücreti takdiri doğru görülmemiştir [...]” Yargıtay 2. HD., E. 2013/1467 K.

konusu vekâlet ücreti, dava arkadaşları arasında paylaşılır⁵⁶. Bununla birlikte, aslî müdahale davasında davalılar şekli zorunlu dava arkadaşı olduğundan, bu davalılar hakkında ayrı yönlerde de karar verilebilir⁵⁷. Böyle bir durumda ise, vekâlet ücreti şekli dava arkadaşlarının haklılık durumuna göre paylaşılır⁵⁸.

Bu bağlamda, davalılardan biri vekille temsil edilmiş, diğeri ise vekille temsil edilmemişse, vekâlet ücretinin şekli zorunlu dava arkadaşı konumunda bulunan davalılar arasında nasıl paylaşılacağı sorusu akla gelebilir. Öncelikle, kendisini vekille temsil ettirmeyen davalı lehine şüphesiz vekâlet ücretine hükmedilemez. Ancak bu durum, kendisini vekille temsil ettiren diğeri davalının vekâlet ücretinin tamamına hak kazanması sonucunu doğurmaz⁵⁹. Zira bir tarafın kendisini vekille temsil ettirmemesi, diğeri tarafın haklılık durumunu değiştiren bir husus değildir. O hâlde, söz konusu durumda da kendisini vekille temsil ettiren davalı, yine haklılık oranında vekâlet ücretine hak kazanmalıdır. Bir başka deyişle, davayı kaybeden aslî müdahil, davayı kazanan ve kendisini vekille temsil ettiren davalıya, vekâlet ücretinin tamamını değil, haklılığı oranındaki kısmını ödemelidir. Örneğin, iki davalı hakkında aynı yönde hüküm kurulmuş ve sadece biri kendisini vekille temsil ettirmişse, aslî müdahil bu da-

2013/21007 T. 16.9.2013 (Lexpera); [...] *Ancak, dava sebebi ve ret sebebi ortak olan ve kendilerini vekille temsil ettiren yasal hasım olan davalılar Hazine ve arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan davalılar lehine tek vekalet ücreti verilmesi gerekirken Avukatlık Asgari Ücret Tarifisinin 3/2. maddesine aykırı olacak şekilde ayrı ayrı vekalet ücretine karar verilmesi isabetsiz olup [...]* Yargıtay 16. HD., E. 2015/18400 K. 2015/15822 T. 17.12.2015 (Lexpera); “[...] *Mahkemeye karar tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre kendisini vekille temsil ettiren davalılar lehine ayrı ayrı 500.00'er-YTL. vekalet ücreti takdir edilmiştir. Bu durum Avukatlık Asgari Ücret Tarifisinin 3/2 fıkrasında yer alan ret sebebi aynı olan davalılar yararına tek vekalet ücretine karar verilmesi gerektiği kuralına aykırı olup, davalıların zorunlu dava arkadaşı olmaları da birlikte gözetilerek, davalılar lehine tek bir vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir iken yazılı şekilde ayrı ayrı vekalet ücretine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir [...]*” Yargıtay 9. HD., E. 2009/40046 K. 2009/28166 T. 20.10.2009 (Lexpera).

56 Kuru, Usûl, C. III, s. 3333; Kuru, El Kitabı, C. I, s. 951.

57 Kuru, Usûl, C. III, s. 3332; Kuru, El Kitabı, C. I, s. 951; Ulukapı, Dava Arkadaşlığı, s. 189; Ulukapı, Usûl, s. 196; Atalı, Ermemek, Erdoğan, s. 238; Kodakoğlu, s. 227.

58 Ulukapı, Dava Arkadaşlığı, s. 195; Ulukapı, Usûl, s. 196; Bağlı Tahiroğlu, s. 61.

59 “[...] *KARŞI OY YAZISI Dava, lehine ipotek tesis edilen banka ve akdin diğeri tarafı olan kadına karşı açılmış, davalıların her ikisi için müşterek bir sebepten dolayı reddedilmiştir. Davalılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Bu halde, dava değeri üzerinden tek bir vekalet ücreti tayin ve takdiri doğrudur (27.6.1956 tarihli ve 2/14 sayılı İçt. Bir. Kararı.). Ne var ki; davalılardan şirket davada kendisini vekille temsil ettirmiş, diğeri davalının ise vekili bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, davacı, dava değeri üzerinde tayin olunan vekalet ücretinin yarısından davalı şirkete karşı sorumlu tutulmalıdır. Davacının, tayin edilen vekalet ücretinin tamamından şirkete karşı sorumlu tutulması doğru olmamıştır. Hükümün bu sebeple bozulması veya bu husus yeniden yargılamayı gerektirmeden hükümün bu yönünün düzeltilerek onanması uygun olur. Bu sebeple sayın çoğunluğun kararına bu yönüyle katılmıyorum [...]*” Yargıtay 2. HD., E. 2013/26595 K. 2014/8208 T. 7.4.2014 (Lexpera).

valıya vekâlet ücretinin yarısını ödemelidir⁶⁰.

B. Kanun Yolları Aşamasında

Aslı müdahale davası, hüküm verinceye kadar açılabilir (HMK m. 65). Buna karşılık, istinaf ve temyiz aşamalarında aslı müdahale mümkün değildir⁶¹. Nitekim istinaf yargılaması sırasında aslı müdahalenin mümkün olmadığı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357. maddesinin birinci fıkrasında açıkça hüküm altına alınmıştır.

Ancak aslı müdahil, aslı müdahale davasında verilen nihai karara karşı, şartları varsa, istinaf kanun yoluna (HMK m. 341); bölge adliye mahkemesinin verdiği nihai karara karşı da, şartları varsa, temyiz kanun yoluna başvurabilir (HMK m. 361). Yukarıda da aktarıldığı üzere, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin ikinci maddesinin ikinci fıkrasına göre, Yargıtay'da temyiz ve bölge adliye mahkemelerinde de istinaf başvurusu üzerine görülen işlerin duruşmaları ayrı vekâlet ücreti ödenmesini gerektirir. Dolayısıyla kendisini vekille temsil ettiren aslı müdahilin başvurduğu istinaf veya temyiz incelemesi duruşmalı olarak yapılmışsa, aslı müdahil lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi gündeme gelebilir⁶². Buna karşılık, aslı müdahilin kanun yoluna başvurusu haksız

60 Karş. "[...] KARŞI OY YAZISI Dava, aile konutu olarak özgülünen taşınmaz üzerine Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesi hükmüne aykırı olarak, diğer eşin açık rızası alınmadan tesis edilen ipoteğin kaldırılması ve taşınmazın tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulması isteğine ilişkin olup; rızası gereken eş tarafından, lehine ipotek tesis edilen bankaya ve konut üzerinde hak sahibi olan koca'ya karşı açılmış; ipoteğin kaldırılmasına ilişkin talep, davahların her ikisi için müşterek bir sebepten dolayı reddedilmiştir. Davanın, davahlar için müşterek sebepten dolayı reddi halinde, davanın değeri üzerinden tek bir vekalet ücreti takdiri doğrudur. (27.6.1956 tarihli ve 2/14 sayılı İct. Bir. Kararı.) Ne var ki; davahlardan banka davada kendisini vekille temsil ettirmiş, diğer davalının ise vekili bulunmamaktadır. O da davada kendisini vekille temsil ettirmiş olsaydı, tayin edilen tek vekalet ücreti davahlar arasında paylaştırılacak olduğuna göre, davacının takdir edilen tek vekalet ücretinin yarısından davalı bankaya karşı sorumlu tutulması gerekirken [...]" Yargıtay 2. HD., E. 2014/3537 K. 2014/10305 T. 5.5.2014

61 Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 768-769; Kodakoğlu, s. 154-157. Bununla birlikte, istinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda aslı müdahale talebinde bulunulabilir (Mazlum, s. 129).

62 "[...] SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temlik alan (aslı müdahil) ...'nin temyiz itirazlarının kabulü ile asıl dava dosyasına ilişkin hükmün BOZULMASINA, 1.630,00 TL duruşma vekâlet ücretinin davahlardan alınarak Yargıtay'daki duruşmada vekille temsil olunan aslı müdahil'e verilmesine, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden aslı müdahil'e geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 10.10.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi" Yargıtay 15. HD., E. 2018/2329 K. 2018/3705 T. 10.10.2018 (Lexpera). "[...] SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin yatırılan harcm istek halinde yatıranlara iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 1.630 TL Yargıtay duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı ve aslı müdahile verilmesine, 16.01.2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi" Yargıtay 14. HD., E. 2017/2412 K. 2018/315 T. 16.1.2018 (Lexpera).

bulunmuş ve davalılar kendisini vekille temsil ettirmişse, aslî müdahilin davalılara vekâlet ücreti ödemesine karar verilir. Ancak bu durumda da istinaf veya temyiz yargılaması duruşmasız olarak gerçekleşmişse, vekâlet ücretine hükmedilmesi gündeme gelmez.

Son olarak, yargılamanın iadesi yolunda aslî müdahil lehine veya aleyhine vekâlet ücretine hükmedilebilecek olan vekâlet ücretine de değinmek gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, aslî müdahale davasının sonunda ortaya çıkan kesin hükme karşı aslî müdahil, şartları varsa, yargılamanın iadesi talebinde bulunabilir⁶³. Bu talebin kabul edilmesiyle yenilenen davada aslî müdahilin lehine bir karar verilirse, kendisini vekille temsil ettirmişse onun lehine vekâlet ücretine de hükmedilir. Buna karşılık, yargılamanın iadesi davasında aslî müdahilin aleyhine bir karar çıkmış ve karşı taraf kendisini vekille temsil ettirmişse, aslî müdahilin aleyhine vekâlet ücretine hükmedilir.

Sonuç

Medenî usûlî hukukunda üçüncü kişilerin görülmekte olan bir davaya katılması fer'i müdahale ya da aslî müdahale şeklinde olabilir. Üçüncü kişiler tahkikat sona erinceye kadar davaya fer'i müdahil olarak katılabilir. Kanun yolları aşamasında ise artık fer'i müdahil olarak davaya katılmak mümkün değildir.

Katıldığı yargılamada fer'i müdahil hakkında hüküm kurulmaması sebebiyle kural olarak lehine veya aleyhine vekâlet ücretine de hükmedilemez. Nitekim, fer'i müdahilin kendisini vekille temsil ettirmiş olması nedeniyle yaptığı gider fer'i müdahale giderleri kapsamında değildir. Buna karşılık kanun yolları aşamasında fer'i müdahil hakkında vekâlet ücretine hükmedilebilmesi söz konusu olabilir. Şöyle ki, üçüncü kişinin kanun yolları aşamasında davaya katılması mümkün olmasa da, fer'i müdahilin kanun yollarına başvurabilmesi mümkündür. Bu kapsamda fer'i müdahale talebinin reddi veya fer'i müdahilin yanında katıldığı tarafın kanun yoluna başvurmaması ya da fer'i müdahil hakkında doğrudan hüküm kurulması hallerinde fer'i müdahil tek başına kanun yollarına başvurabilir. Böyle durumlarda ise, fer'i müdahil lehine veya aleyhine vekâlet ücretine hükmedilebilecektir.

Üçüncü kişilerin görülmekte olan bir davanın taraflarına karşı ayrı ve bağımsız bir dava açması olan aslî müdahale ise gerçek anlamda bir davaya müdahale olarak kabul edilmemektedir. Aslî müdahale davası, asıl davadan bağımsız olduğundan ve bu davada ayrı bir karar verildiğinden, yargılamanın sonunda ayrıca yargılama giderine de hükmedilmesi gerekir. Bu bağlamda, aslî müdahale davasında hükmedilebilecek olan vekâlet ücretini aslî müdahilin da-

63 Arslan, s. 136; Namh, s. 386-387; Kodakoğlu, s. 238.

vayı kazanması ve kaybetmesi ihtimâllerine göre ayrı ayrı ele almak gerekir.

Aslî müdahil davayı kazanmışsa ve kendisini vekille temsil ettirmişse, onun lehine vekâlet ücretine hükmedilir. Bu durumda, davada haksız çıkan davalılar arasında şekli zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu olduğundan dava arkadaşları aleyhine tek bir vekâlet ücretine hükmedilir. Aslî müdahilin davayı kaybettiği hallerde ise, davalılar kendisini vekille temsil ettirmişse, aslî müdahilin davalılara tek bir vekâlet ücreti ödemesi gerekir. Zira, davalılar arasında şekli zorunlu dava arkadaşlığı söz konusudur.

Aslî müdahale davası, hüküm verilinceye kadar açılabilir. Dolayısıyla kanun yolları aşamasında aslî müdahale mümkün değildir. Ancak hüküm verilinceye kadar bağımsız bir dava açmış olan aslî müdahil kanun yollarına başvurabilir. Kendisini vekille temsil ettiren aslî müdahilin başvurduğu istinaf veya temyiz incelemesi duruşmalı olarak yapılmışsa, aslî müdahil lehine vekâlet ücretine hükmedilebilir. Bununla birlikte, aslî müdahilin kanun yoluna başvurusunda haksız çıkması halinde, kendisini vekille temsil ettiren davalılar lehine yani aslî müdahil aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesi söz konusu olabilir.

KAYNAKLAR

- Akkaya, Tolga, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Alangoya, Yavuz; Yıldırım, M. Kâmil; Deren-Yıldırım, Nevhis, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, Tıpkı 8. Baskı, Beta, İstanbul, 2011.
- Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara, 1960.
- Arslan, Ramazan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1977.
- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema; Hanağası, Emel, *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Atalı, Murat, *Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007 (İhbar).
- Atalı, Murat, “Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 631-652 (Hizmet Tespit Davası).
- Atalı, Murat, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usûl).
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim; Erdoğan, Ersin, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Aykut, Gökhan, *Hukuk Davalarında Avukatlık Ücreti*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Bağlı Tahiroğlu, Yasemin, *Hukuk Yargılamasında Vekâlet Ücreti*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- Berkin, Necmeddin M., *Medenî Usul Hukuku Esasları*, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969 (Esaslar).
- Berkin, Necmettin M., *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981 (Rehber).
- Bilge, Necip, *Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme*, Ankara, 1973.
- Bilge, Necip; Önen, Ergun, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- Budak, Ali Cem; Karaaslan, Varol, *Medenî Usul Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Deren-Yıldırım, Nevhis, *Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1996.
- Görgün, L. Şanal; Börü, Levent; Toraman, Barış; Kodakoğlu, Mehmet, *Medenî Usûl Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Karanlı, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020.
- Kodakoğlu, Mehmet, *Medenî Usul Hukukunda Asli Müdahale*, Legem Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Köroğlu, Anıl “Pay Sahibi Tarafından Açılan Sorumluluk Davasında Yargılama Giderlerinin Pay, Sahibi ile Şirket Arasında Paylaştırılması (Medenî Usûl Hukuku Kapsamında Bir İnceleme)”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 9, Sayı 17, Haziran 2021, s. 355-382.

- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. I, 6. Baskı, İstanbul, 2001 (Usul, C. I).
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. III, 6. Baskı, İstanbul, 2001 (Usul, C. III).
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, 6. Baskı, İstanbul, 2001 (Usul, C. IV).
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. V, 6. Baskı, İstanbul, 2001 (Usul, C. V).
- Kuru, Baki, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (El Kitabı, C. I).
- Kuru, Baki, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (El Kitabı, C. II).
- Mazlum, İsmet, *Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Namlı, Mert, *Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Beta, İstanbul, 2014.
- Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979 (Yargılama).
- Önen, Ergun, *Medenî Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972 (Sulh).
- Özkes, Muhammet, *Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995.
- Pekcanitez, Hakan, *Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, Ankara, 1992.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özkes, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Pekcanitez, Hakan; Taş Korkmaz, Hülya, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- Pekcanitez, Hakan; Meriç, Nedim, *Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale*, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- Postacioğlu, İlhan E., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul, 1975.
- Sungurtekin Özkan, Meral, *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, Fakülteler Kitabevi Barış Yayınları, İzmir, 2013.
- Tahiroğlu, Fatih, *Medenî Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- Tanrıver, Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Ulukapı, Ömer, *Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı*, Mimoza Yayınları, Konya, 1991 (Dava Arkadaşlığı).
- Ulukapı, Ömer, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, 2015 (Usûl).
- Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II*, 7. Baskı, İstanbul, 2000.
- Yardımcı, Taner Emre, *Hukuk Davalarında Mecburi Dava Arkadaşlığı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Kambiyo Senetlerine Dayanan Menfi Tespit Davası Türleri*

Negative Declaratory Action Based in Bills of Exchange

İsmail Hakkı BİRGEALP**

ÖZ

Menfi tespit davası uygulamada hakka erişim noktasında sıkça başvurulmuş dava türlerinden biridir. Bu dava türüne başvurulmuş alanlardan biri de Kıymetli Evrak Hukuku'dur. Kıymetli Evrak Hukuku'nda ayrıntılı şekilde düzenlenen kambiyo senetlerinin sahip olması gereken şartlarda eksiklik olması halinde senedin bedelsizliği veya senedin hükümsüzlüğü halleri gündeme gelmektedir. Kambiyo senetlerine dayanan menfi tespit davası açılacağı esnada bu hallerden hangisine başvurulacağı ise sahip olunan defi türüne göre belirlenir. Bu çalışmada da sahip olunan defilere dayanarak senedin hükümsüzlüğü veya senedin bedelsizliği hallerinden hangisine başvurulması gerektiğinin doğru tespit edilmesi için aralarındaki ilişki ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. Defiler incelenirken kıymetli evrak hukukunda yer alan senet metninden anlaşılan defiler, senedin hükümsüzlüğüne ilişkin defiler ve kişisel defiler ayrımı benimsenmiştir. Böylece menfi tespit davasına konu olacak hukuki olay ile dayanılacak sebep ilişkisi bu sınıflandırma bağlamında incelenmiştir. Buna ek olarak İcra ve İflas Hukuku'ndan kaynaklanan zamana bağlı olarak açılan takip öncesi ve takip sonrası menfi tespit davası ayırımına da yer verilmiştir. Böylece sahip olunan defi uyarınca, menfi tespit davası açılacağı sırada hangi hukuki sebebin ileri sürüleceğinin kolayca tespit edilmesi amaçlanmıştır. Son olarak ise menfi tespit davası ile senedin iptali davası terimleri arasındaki farklara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kambiyo senedi, menfi tespit davası, senedin bedelsizliği, senedin hükümsüzlüğü, defiler.

ABSTRACT

Negative declaratory action is one of the most frequently used case types in terms of access to the right. One of the applied areas for this is the Negotiable Instruments Law. The conditions which negotiable papers should have can be caused unpaid bills or invalidity of deeds in specific situations. As for which of these defenses to apply, the defenses owned according to the current situation come to the agenda. In this study, the relationship between the defenses is classified into three-part is

* Makale gönderim tarihi: 28.12.2020. Makale kabul tarihi: 25.01.2021. İsmail Hakkı Birgealp, "Kambiyo Senetlerine Dayanan Menfi Tespit Davası Türleri", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2021, s. 495-520; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.02.01>.

** Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, İletişim: ismailbirgealp@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-7349-6073>.

which is understood from the text of the deed in negotiable instruments law, the defenses regarding the invalidity of the deed, and the personal defenses. In this classification, it is aimed to determine which legal reason will assert and which defense will put forward in negative declaration action. In addition, pre-and post-follow-up negative declaratory cases are also examined, depending on the time arising from the Execution-Bankruptcy Law. In this way, it is aimed to determine for what reason he could file a negative clearance case in accordance with the owned defense. Furthermore, the differences between the negative declaratory action, and the action for annulment of the bill are also discussed.

Keywords: Exchange bill, negative declaratory action, unpaid bills, invalidity of the deed, defenses.

Giriş

Menfi tespit davası uygulamada adalete erişim aracı olarak sıkça başvuru- lan bir dava türüdür. Kambiyo hukukunda yer alan senetlerinin sebepten ba- ğımsızlığı, tedavül yetenekleri gibi ticari hayatın hızlı ve kolay işlem yapabilme prensibiyle bağlantılı ilkelerden dolayı menfi tespit davası kambiyo senetlerin- de önemli bir işleve sahiptir.

Uygulamada karşılaşılabilecek olayda sahip olunan defiler menfi tespit davasının hukuki sebebini oluşturur. Bu çalışmada da söz konusu defilere dayanarak sene- din hükümsüzlüğü veya senedin bedelsizliği hallerinden hangisine başvurulması gerektiğinin doğru tespit edilmesi için aralarındaki ilişki sistematik bir şekilde ele alınacaktır. Defiler hem yasada benimsenen hem de öğretilerde yapılan ayrımlara göre incelenecektir. Ardından menfi tespit davası zaman ayırımına göre icra takibi öncesi veya icra takibi sonrası açılan menfi tespit davası olarak; sebep ayırımına göre ise bedelsizlikten kaynaklanan menfi tespit davası ve hükümsüzlükten kay- naklanan menfi tespit davası ayrımı ile ele alınacaktır. Sebebine göre yapılacak ayırmada menfi tespit davasının türleri ile defiler arasındaki bağlantı ortaya ko- yulacaktır. Son olarak ise menfi tespit davası ile senedin iptali davası terimleri arasındaki farklara değinilecektir.

I. Defiler

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda¹ defi kavramı maddi anlamdaki defileri ve itirazları kapsayacak şekilde, geniş anlamda düzenlenmiştir² (TTK 659, 687, 825,

1 Türk Ticaret Kanunu ("TTK"), RG 14/2/2011, S. 27846.

2 Oğuz İmregün, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul 1998, s. 20; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hu- kuku*, 23. Bası, Ankara 2019, s. 45; Ersin Çamoğlu, Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları), *BATİDER* 2019, C. 35, S. 3, s. 6; Gönen Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak*, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 233; A. Hulusi Gürbüz, *Ticari Senetle- rin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, İstanbul 1984, s. 339; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 71; Abuzer Kendigelen, İsmail

660). Defi, temel ilişkinin varlığını ve bu ilişkiden doğan hakların geçerli bir şekilde ortaya çıktığını kabullenmekle birlikte haklı ve geçerli bir sebebe dayanarak borcun ifasından kaçınma iken³; İtiraz, taraflar arasında varlığı kabul edilen temel ilişkiden kaynaklanan hakkın geçerli bir şekilde doğmadığının veya sona erdiğinin ileri sürülmesidir⁴. Ayrıca definin dikkate alınabilmesi için taraflardan birinin ileri sürmesi gerekirken; itiraz ise resen dikkate alınır⁵. Bu çalışmada da defi kavramı TTK'nın benimsediği şekilde maddi anlamda defi ve itirazları kapsayacak şekilde kullanılacak ancak terim anlamı kullanılmak istendiğinde ise ayrıca belirtilecektir.

Öğretide defilerin etkilerine göre mutlak ve nisbi ayrımı söz konusudur⁶. Mutlak defiler herkese karşı ileri sürülebilen, üçüncü kişinin iyiniyeti yerine borçlunun korunmaya değer olduğunun kabul edildiği defi türüdür⁷. İçeriğine göre yapılan sınıflandırmada senet metninden anlaşılan defilerin tamamı mutlak defi kapsamına girerken, senedin hükümsüzlüğüne ilişkin olan defilerin bir kısmı mutlak defi, diğer kısmı ise nisbi defi kapsamına girmektedir⁸. Nisbi defiler ise alacaklı ile borçlu arasında var olan hukuki bir ilişkiye dayanarak ileri sürülen defilerdir⁹ (TTK 825, 686/2). Bu defi türünde üçüncü kişi, bilerek borçlu zararına hareket etmediği takdirde iyiniyeti korunur (TTK 659/2, 687/1).

TTK 659'da ise defiler içeriklerine göre senet metninden anlaşılan, senetteki bir taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin ve kişisel defiler şeklinde sınıflandırılmıştır¹⁰. Çalışmamızda bu ayrım benimsenmiş ve gereken durumlarda öğreti ayrımına da değinilmiştir.

Kırca, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2019, s. 86; Lerzan Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 81-82.

- 3 Defi ve itiraz karşılaştırması için bkz. Eriş, s. 232-233; Yılmaz, *Kambiyo Senetleri*, s. 76-77; Domaniç, defiyi itirazın bir türü olarak kabul edip, esasa yönelik itirazları defi olarak kabul etmektedir (Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulamaları-TTK Şerhi IV-*, İstanbul 1990, s. 148); İmregün, s. 20; Öztan, s. 45; Gürbüz, s. 338; Pulaşlı, s. 70; Mehmet Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 17. Bası, İstanbul 2019, s. 30; Kendigelen/ Kırca, s. 85.
- 4 İmregün, s. 20; Öztan, s. 45 Gürbüz, s. 338; Pulaşlı, s. 70; Bahtiyar, s. 29; Kendigelen, Kırca, s. 85.
- 5 Pulaşlı, s. 71.
- 6 Ayrıca borcun kısmen veya tamamen sona erdirmesi bakımından yapılan ayrım için bkz. Domaniç, s. 150-151. Bu ayrımlara ek olarak öğretilerde bazı yazarlar tarafından geçici defi-kesin defi ayrımına da gidilmiştir. Bu ayrımda definin dayanağı olayın ortadan kalkması ile talebin yenilenebileceği haller geçici defidir ve örnek olarak vadesinden önce ifa talebinde bulunulması gösterilebilir. Kesin defi durumunda ise dayanak olayın ortadan kalkması söz konusu değildir. Bu defi türüne örnek olarak zamanaşımı, hak düşürücü sürenin geçmesi, ehliyetsizlik halleri gösterilebilir (İmregün, s. 20).
- 7 Halil Arslanlı, *Ticari Senetler Dersi*, 3. Bası, İstanbul 1954, s. 121; Öztan, s. 45; Pulaşlı, 72; Bahtiyar, 30; Kendigelen, Kırca, s. 87.
- 8 Açıklama için aşağıda bkz. II.B.3.b. Senedin Hükümsüzlüğüne İlişkin Defiler.
- 9 Öztan, s. 46; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer-Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 11. Bası, İstanbul 2019, s. 72; Kendigelen/Kırca, s. 87; Bahtiyar, s. 30.
- 10 Farklı sınıflandırmalar için bkz. Domaniç, s. 150-151; İmregün, s. 20; Naci Kinacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 1999, s. 162 vd.; Yılmaz, *Kambiyo Senetleri*, s. 78 vd.

A. Senet Metninden Anlaşılan Defiler

Senet metninden anlaşılan defiler, geçersizliğin açıkça anlaşıldığı, üçüncü kişilerin korunmadığı ve herkese ileri sürülebilen defilerdir¹¹. Senet metninden anlaşılması gereken sadece senedin ön yüzü değil arka yüzü, alonj ve ciro zinciri de senet metni tanımına dahildir¹².

B. Senedin Hükümsüzlüğüne İlişkin Defiler

Senedin kanuni şekil şartlarına uygun olarak düzenlendiği, senede bakıldığında hükümsüzlüğün anlaşılmadığı ancak kambiyo ilişkisine girmiş borçluların birinden kaynaklanan bir geçersizliğin olduğu durumlarda senedin geçersizliğine ilişkin defiler söz konusu olur¹³. Senedin hükümsüzlüğüne ilişkin defiler maddi anlamda itiraz niteliğindedir¹⁴. Bununla birlikte öğretilerde etkilerine göre mutlak hükümsüzlük defileri ve nispi hükümsüzlük defileri ayrımla da karşılaşılabılır¹⁵. Etkilerine göre yapılan sınıflandırma da dikkate alınarak senedin hükümsüzlüğüne ilişkin defilerin kambiyo ilişkisinde yer alanların taahhüdüne etkisi aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelendiğinden burada tekrar ele alınmayacaktır.¹⁶

C. Kişisel Defiler

Taraflar arasında kişisel ilişkiden kaynaklanan ve iyiniyetli üçüncü kişilere ileri sürülemeyen defilerdir¹⁷. Hamilin, borçluyu zarara uğratma kastı ile kıymetli evrağın devralması halinde ise kişisel defiler hamile karşı da ileri sürebilir (TTK 659, 825). Kişisel defiler temel ilişkiden, özel anlaşmadan veya ayrı bir

11 Arslanlı, s. 122; Domaniç, s. 153; İmregün, s. 21; Fahiman Tekil, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1994, s. 19; Kendigelen/Kırca, s. 92-93; Yılmaz, *Kambiyo Senetleri*, s. 80.

12 Reha Poroy, Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 23. Bası, İstanbul 2019, s. 106; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 70; Pulaşlı, s. 72.

13 Domaniç, s. 156; İmregün, s.22; Öztan s. 46; Gürbüz, s. 621; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 70; Hükümsüzlük defilerinin isnat ve geçersizlik defileri olacak şekilde ayrımı için bkz. Kendigelen, Kırca, s. 93.

14 Öztan, senedin hükümsüzlüğüne ilişkin defileri senedin verilmesine dair aynı ilişkiye dayandırmaktadır, s. 46; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 71; Bahtiyar, s. 31-32.

15 Etkilerine göre ayırmda kural hükümsüzlük defilerinin nispi nitelikte olmasıdır ancak istisnaen mutlak nitelikte de olabilirler, bkz. Öztan, s. 46; Bahtiyar, s. 31 vd.; Pulaşlı, s. 72; Gürbüz, s. 621.

16 İstisnaen mutlak nitelikte olan hükümsüzlük defilerine ehliyetsizlik, yetkisiz temsil, maddi cebir ve senedin sateliği veya tahrifatı helleri örnek olarak gösterilebilir, bkz aşağıda II.B.3.b.

17 Arslanlı, s. 119-120; Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku: Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*, 4. Bası, Ankara 1970, s. 32; Domaniç, 155; İmregün, s.23-24; Poroy/ Tekinalp, s. 108; Tekil, s. 19; Öztan, s. 47 ; Gürbüz, s. 344 vd.; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 73; Pulaşlı, s. 75-76; Bahtiyar, s. 35-36; Açık senet(TTK 778/2) ve tüketici senetleri(TKHK 4/5), bilerek borçlu zararına hareket şartı aranmadan kişisel defilerin ileri sürebildiği istisnai hallerdir(Kendigelen, Kırca, s. 120); Hasan Erdoğan, *Borçtan Kurtulma Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, 3. Baskı, Ankara 2003, s. 621; Y. 11. HD. 4.4.2016 tarihli, 8718/ 3627 sayılı karar, www.kazanci.com (08.04.2020); YHGK 25.3.2015 tarihli, 19-2238/ 1062 sayılı karar (Eriş, s. 366).

hukuki ilişiden doğan kişisel defiler olmak üzere üç şekilde meydana gelir¹⁸. Temel ilişkidenden kaynaklanan kişisel defilere örnek olarak ödemenin taksidde bağlanması¹⁹, senedin anlaşmaya aykırı doldurulması (TTK 680)²⁰ gösterilebilir²¹. Taraflar arasında yapılan özel bir anlaşmadan doğan kişisel defilere örnek olarak ise vadenin uzatılması, yeni vade belirlenmesi, senet bedelinde indirim yapılması²² ve hatır senedi²³ gösterilebilir. Ayrı bir hukuki ilişkidenden doğan kişisel defilere ise takas, tecil, yenileme ve ibra halleri örnek oluşturur²⁴.

Nama yazılı senetlerde devir, zilyetliğin devri ile birlikte alacağın devri niteliğinde olduğundan dolayı kişisel defiler nama yazılı senedi devralana karşı ileri sürülebilir²⁵(TBK²⁶ 188, TTK 647/2, 687/2). Emre veya hamile yazılı senetlerde devir ise alacağın devri niteliğinde olmasa da istisna olarak vade sonrasında yapılan ciro alacağın temlik hükümlerine tabi olduğundan bu durumda da kişisel defiler hamile karşı ileri sürülebilir(TTK 690/1).

II. Menfi Tespit Davası

Menfi tespit davası, temel ilişkidenden doğan defi veya itirazlara ya da taraflar arasında hukuki bir ilişki olmamasına rağmen alacak talep eden kişiye karşı, ödeme yapılmadan önce, borcun olmadığını tespiti için açılır²⁷. Ayrıca birden

18 Poroy/ Tekinalp, s. 109; Öztan, s. 47; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 73; Pulaşlı, s. 76; Bahtiyar, s. 35; Kendigelen, Kırcı, s. 111.

19 Bahtiyar, s. 35.

20 Çamoğlu, s. 23; Gürbüz, s. 344.

21 Temel ilişkidenden kaynaklanan defilere dair ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. II.B.1.

22 Bahtiyar, s. 35.

23 Ayrıntılı bilgi için bkz. İmregün, s. 23; Sözleşmeden kaynaklı bir defi olduğundan kişisel defidir ve maddi anlamda da defidir (Nurkut İnan, *Türk Hukukunda Hatır Senetleri Ve Özellikle Hatır Bonoları*, Ankara 1969, s. 128); Hatır senedi düzenleyen ve lehtar arasındaki ilişkidenden kaynaklan ve bu senetler temelde dostluk esasına dayandığından dolayı iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğine dair bkz. Poroy, Tekinalp, s. 281; Gürbüz, s. 344; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 155; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 348; Çamoğlu, s. 23; Bahtiyar, s. 35; Kendigelen, Kırcı, s. 114.

24 Poroy, Tekinalp, s. 109; Yılmaz, *Kambiyo Senetleri*, s. 86.

25 Ayrıntılı bilgi için İmregün, s. 23; Poroy, Tekinalp, s. 85 vd.; Tekil, s. 20; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 62 vd.; Pulaşlı, s. 58; Bu durumun iki istisnası vardır. İlki TTK 655 uyarınca senedin hamili bulunan ve senette adı yazılı olan veya onun hukuki halefi olduğunu ispat eden kişiye daha önceden ödeme yapıldığı defi ileri sürülemez. İkinci olarak da TBK 19/2 uyarınca yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunularak ödemedenden kaçınılamaz (Kendigelen, Kırcı, s. 89).

26 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu("TBK"), RG 04/02/2011, S. 27836.

27 Baki Kuru, Ali Cem Budak, *Tespit Davaları*, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 74; Ahmet Türk, *Kambiyo Senedi Borçlusunu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler*, *DEÜHFD* 2005, C.7, Prof. Dr. İrfan Bastug'a Armagan, s. 324; Y. 22. HD. 06.02.2020 tarihli, 27028/1856 sayılı karar "*Öte yandan, gerçekte var olmayan bir borç ya da geçersiz bir hukuki ilişki nedeniyle icra takibine maruz kalması muhtemel olan veya icra takibine maruz kalan bir kimsenin (borçlunun) gerçekte borçlu bulunmadığım ispat için açacağı dava,*

fazla sebebe dayanarak, terditli dava olarak da açılabilir²⁸. Zaman bakımından ise icra takibi öncesi açılabilceği gibi takip açıldıktan sonra da menfi tespit davası açılabilir²⁹ (İİK³⁰ 72/1). Eğer ki menfi tespit davası devam ederken borç ödenmişse dava kendiliğinden istirdat davasına dönüşür (İİK 72/6). Bunun yanında kambiyo senetlerine özgü takibe dair İİK 170/B hükmünde yapılan atf uyarınca kambiyo senetlerine özgü takipte de menfi tespit hükmü uygulanır.

Alacaklının açacağı dava ile zamanaşımının kesileceği TBK 154/2. maddesinde düzenlenmiştir. Aynı şekilde TTK 750'de dava açmak zamanaşımını kesen sebeplerden sayılmış, ancak bu hükümde kim tarafından açıldığına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bundan dolayı borçlunun açtığı menfi tespit davasının zamanaşımına etkisine dair öğretide tartışma vardır. Bir görüş, genel hüküm olan TBK 154/2'ye rağmen özel nitelikteki TTK 750'ye ve borçlunun kendi aleyhine bir duruma sebebiyet vermesinin kabul edilemeyeceğine dayanarak menfi tespit davasının zamanaşımını kesmeyeceğini savunur³¹. Bizim de

menfi tespit olarak adlandırılmaktadır. Menfi tespit davası 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nin 72. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası açabilir. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere menfi tespit davasında amaç bir hukuki ilişkinin veya bir hakkın gerçekten mevcut olmadığının tespitidir.”; Menfi tespit davasının genel hükümlere tabi bir dava olduğu yönündeki içtihat için bkz. YHGK 16.4.2019 tarihli, 19-832/459 sayılı karar, www.kazanci.com (03.04.2020); Zamanaşımı ve hak düşürücü süre gibi hususların menfi tespit davası için söz konusu olmadığı yönünde bkz. (Kuru, Budak, s. 352); İrade sakatlıkları bildirim süresinin menfi tespit davasına etkisine dair bkz. (Nihat Yavuz, *Menfi Tespit ve İstirdat -Geri Alma- Davası*, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 136); İradeyi sakatlayan hallerdeki 1 yıllık süre irade sakatlığının bildirim süresidir, dava açma süresi değil, süresinde bildirim yapıldıktan sonra da dava açılabilir (Talih Uyar, *Menfi Tespit ve İstirdat Davası*, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 103); Aynı görüşte Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası*, Ankara 2003, s. 77 dpn. 180; Y. 19. HD. 16.9.2014 tarihli, 10483/ 13495 sayılı karar; 2.10.2014 tarihli, 9698/ 14562 sayılı karar, www.kazanci.com (03.04.20); 06.03.2012 tarihli, 7075/ 3517 sayılı karar (Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, Ankara 2016, s. 416).

28 YHGK 16.4.2019 tarihli, 19-832/ 459 sayılı karar “*Davacı menfi tespit davasını birbiriyle çelişmemek üzere birden fazla nedene dayandırabilir. Eş söyleyişle davacı; 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK) olmayan, ancak Yargıtay içtihatlarıyla “kademeli dava” olarak adlandırılan ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) terditli dava olarak yerini alıp Kanun'un 111.Maddesinde düzenlenen biçimde de terditli dava açılabilir.*” www.kazanci.com (05.04.2020).

29 Y. 3. HD. 2.5.2019 tarihli, 7853/ 4067 sayılı karar “*Gerçekte var olmayan bir borç ya da geçersiz bir hukuki ilişki nedeniyle icra takibine maruz kalması muhtemel olan veya icra takibine maruz kalan bir kimsenin (borçlunun) gerçekte borçlu bulunmadığını ispat için açacağı dava, menfi tespit olarak adlandırılmaktadır. Menfi tespit davası 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nin 72. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası açabilir.*” www.kazanci.com (03.04.2020).

30 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (“İİK”), RG 19/06/1932, S. 2128.

31 Ahmet Türk, *Menfi Tespit Davası*, Ankara 2006, s. 234 vd.; Yargıtay'ın aynı yönde eski içtihadı için bkz. Y. 12. HD. 13.3.1986 tarihli, 9291/ 2775 sayılı karar “*Borçlunun lehtar ya da yetkili hamil aleyhine açtığı senet iptali ve menfi tespit davasıyla, bu davada aldığı ihtiyati tedbir kararı zamanaşımının cereyan etmesini engellemez*” www.kazanci.com, (3.4.2020); Y. 11. HD. 4.3.1980 tarihli, 485/ 6340 sayılı karar www.kazanci.com (05.04.2020).

katıldığımız karşı görüş ise, her ne kadar borçlunun açtığı menfi tespit davası zamanaşımını kesmeyecekse de alacaklının davada alacağını ileri sürmesi halinde zamanaşımının kesileceğini kabul etmektedir³².

Kambiyo senetlerinde menfi tespit davası, yasada benimsenen açılma zamanına göre ayrıma tabi tutulmuştur (İİK 72). Ancak öğreti ve yargı kararlarında bu ayrıma ek olarak menfi tespit davasının sebebine göre sınıflandırması da yapılmaktadır.

A. Açılma Zamanına Göre Menfi Tespit Davası

1. İcra Takibi Öncesi Menfi Tespit Davası

Kambiyo senetlerine özgü takip yolunda takibe itiraz edilmesi halinde sadece satış işlemi duracağından dolayı hakkında icra takibi başlatılan kişi, haciz tehlikesi ile karşılaşabilir (İİK 169). Ancak takip öncesi açılan menfi tespit davasında hakkında takip başlatılan kişinin talebi üzerine ve alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmayacak bir teminat yatırması koşuluyla mahkemedeki icra takibini durdurmaya yönelik tedbir kararı verilebilir (İİK 72/2). Böylece takip öncesi açılan menfi tespit davası, kişiye icra takibinin yol açabileceği tehlikeleri önleme imkanı sağlayacağından hakkında takip başlatılma tehlikesi olan kişinin bu davayı açmasında hukuki yararı vardır³³. Diğer taraftan kambiyo senetlerinin sahip olduğu tedavül yeteneğinden dolayı icra takibi öncesinde senedin kimde olduğunun tespiti yani davalının tespiti zorlaşmaktadır.

2. İcra Takibi Sonrası Menfi Tespit Davası

Kamiyo senetlerine özgü takipte itiraz ile takip durmasa bile icra takibi açılan kişinin elinde İİK 169/A'da belirtilen belgelerden birinin olması halinde itirazı kabul edilir. Böylece İİK 169/A'da belirtilen belgelerden birine sahip olmayan kişi, ödeme tehdidini bertaraf edemeyeceğinden takip açılmış olsa dahi menfi tespit davası açmasında hukuki yararı vardır³⁴. Takip sonrası açılan men-

32 İlhan Postacıoğlu, Sümer Altay, *İcra Huku Esasları*, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 347; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 31; Kuru, Budak, s. 312-314; Yavuz, s. 137; Yargıtay eski içtihadından dönüp uzun süreden beri zamanaşımının kesileceğini kabul etmektedir. Bkz. Y. 12. HD. 19.3.2018 tarihli, 29709/2708 sayılı karar "*TTK'nun 662. maddesinde belirtilen dava açılması ibaresinden, esas olarak, kambiyo senetlerine dair bir alacak dolayısıyla alacaklı tarafından borçlu hakkında açılan alacak davasının anlaşılması gerekir. Ancak borçlu tarafından açılacak davada, alacaklı durumundaki davalının, savunmalarını def'i yolu ile ileri sürmesi halinde, borçlu tarafından alacaklı aleyhine açılan menfi tespit davasının da zamanaşımını keseceğinin kabulü gerekir.*"; 15.1.2015 tarihli, 30933/765 sayılı; 17.2.2015 tarihli, 35129/3005 sayılı; 29.4.2014 tarihli, 10165/12594 sayılı karar, www.kazanci.com (03.04.2020).

33 Kuru, *El Kitabı*, s. 353; Y. 19. HD. 5.2.2019 tarihli, 649/593 sayılı karar, www.kazanci.com (03.04.2020).

34 Kuru, *El Kitabı*, s. 359; Takip sonrası menfi tespit davası açılabilmesine dair bkz. YHGK 18.1.2012 tarih, 19-622/9 sayılı karar "*Borçlunun, hakkında henüz icra takibi başlamadan*

fi tespit davasında takibin durdurulmasına dair tedbir kararı verilemez ve takip devam eder (İİK 72/2). Ancak teminat yatırılması koşuluyla icra veznesindeki paranın ödenmemesine dair tedbir kararı alarak alacaklıya ödeme yapılmasına engel olunabilir (İİK 72/2). Bunun yanında icra mahkemesi kararı maddi anlamda kesin hüküm niteliğini haiz olmadığından takip sonrası açılan menfi tespit davasında borçlu daha önceden itiraz sürecinde veya icra mahkemesinde ileri sürdüğü sebeplerle bağlı değildir³⁵. Ancak istisna olarak icra mahkemesin önünde imza ikrar edilmişse, mahkeme tutanağı resmi senet niteliğinde olduğundan menfi tespit davasında kesin delil olarak kullanılabilir³⁶ (HMK³⁷ 204).

İcra takibi esnasında itirazın iptali veya boçtan kurtulma davasından herhangi birine başvurulması durumunda menfi tespit davası, dava şartı olan derdestlik ya da kesin hüküm eksikliğinden açılmaz³⁸.

B. Sebebine Göre Menfi Tespit Davası

1. Bedelsizlikten Kaynaklanan Menfi Tespit Davası

Temel ilişkiye dayanan alacağın herhangi bir sebepten dolayı doğmaması, sonradan hükümsüz olması ya da sona ermesi hallerinde bedelsizlik söz konusu olur³⁹. Bedelsizliği söz konusu olan temel ilişki karşılığında verilen kambiyo senedine dayanarak ifa talebinde bulunulmasını önlemek, alacaklının sebepsiz yere zenginleşmesine engel olmak ve alacağın bedelsiz olduğunun tespiti için açılan dava bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasıdır. Temel ilişkide bedelsizlik söz konusu olsa dahi soyutluk ilkesi⁴⁰ uyarınca temel ilişkiden doğan kambiyo taahhüdü geçerliliğini devam ettirir. Bundan dolayı senet hamili, borçluyu ödeme tehdidi altında bırakarak senedi ciro etme veya ifasını talep etme hakkını korumaya devam eder. Bu durumda temel ilişki bedelsiz olmasına rağmen, ilişkinin karşı tarafı sebepsiz olarak zenginleşeceğinden dava sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak açılır⁴¹ (TBK 77-82).

önce de yapılabilecek olası bir takibi düşünerek, kendisini bir borçla tehdit eden kimseye karşı "böyle bir borcu bulunmadığının saptanması" için dahi menfi tespit davası açabileceği kabul edilmişken, hakkında yürümekte olan bir icra takibi olan borçlunun bu davayı açmasında hukuki yararının bulunduğu hiçbir kuşku olmadığı gibi, böyle bir davayı açmasına da hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır" www.kazanci.com (05.04.2020).

35 Y. 12. HD. 30.4.2018 tarihli, 31754/ 3908 sayılı karar "İcra mahkemesi, önüne gelen itiraz ve şikayetleri, İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen özel usul kurallarını uygulayarak takip hukuku bakımından kesin hükme bağladığından, anılan mahkemenin kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımaz." www.kazanci.com (04.04.2020).

36 Kuru, *El Kitabı*, s. 359.

37 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu("HMK"), RG 04/02/2011, S. 27836.

38 Gürbüz, s. 588.

39 İnan, s. 26; Bu durumda sebepsiz zenginleşme defi söz konusu olacaktır. (Gürbüz, s. 544); Erdoğan, s. 414.

40 Ayrıntılı bilgi için bkz. Çamoğlu, s. 17 vd.

41 Gürbüz, s. 544; Türk, *Bedelsizlik ve Hükümsüzlük*, s. 324; Y. 3. HD. 27.03.2019 tarihli, 13225/

Bedelsizlik iddiası, temel ilişkiden kaynaklanan bir kişisel defî olduğundan sadece temel ilişki tarafları arasında ve kötü niyetli ise hamile karşı ileri sürülebilir⁴² (TTK 687). Ayrıca nama yazılı senetler ve vade sonrası ciro edilen senetlerde alacağın devri hükümleri uygulanacağından hamile karşı kişisel defiler ileri sürülebilirdiği gibi bu defilere dayanılarak hamile karşı da menfi tespit davası açılabilir⁴³ (TTK 647/2, 690/1). Bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasında borçlu olunmadığının tespiti ile senedin tedavülü halinde ödeme tehdidi altında kalınmasını önlemek için senedin iadesi de istenebilir. Ayrıca dava kime karşı açılmışsa sadece ona etki doğurur⁴⁴.

a. Ayıplı İfa veya Eksik İfa

Borcun ifa edilmediği veya eksik ifa edildiği durumlarda ifa edilmeyen kısım kadar borçlu olunmadığı yani temel ilişkiden kaynaklanan bedelsizlik gündeme gelir (TBK 125, 126). Aynı şekilde ayıplı ifa hallerinde seçimlik haklardan sözleşmeden dönme veya ayıp oranında indirim hallerinde de bedelsizlik söz konusu olur⁴⁵ (TBK 227, TKHK⁴⁶ 11). Bundan dolayı belirtilen hallerde bedelsizlikten kaynaklanan menfi tespit davası açılabilir.

b. İrade Bozuklukları

Temel ilişki, irade bozukluklarından yanılma, aldatma veya korku halinden kaynaklanarak doğarsa geçersizlik gündeme gelir. Kambiyo senetlerine uygulanan soyutluk ilkesi uyarınca temel ilişki geçersiz olsa bile kambiyo taahhüdü bu durumdan etkilenmeyeceğinden bedelsizliğe dayalı menfi tespit davası açılabilir. Sözleşmenin irade bozukluklarından dolayı geçersiz olabilmesi için yanılma halinin esaslı olması gerekirken (TBK 30), aldatma ve korkutma hallerinde böyle bir durum söz konusu değildir (TBK 36, 37).

Ayrıca menfi tespit davasının açılması süreye bağlı değilse de irade bozukluklarının bir yıllık hak düşürücü sürede ileri sürülmemesi halinde sözleşme onanmış kabul edilir (TBK 39). Bu durumda temel ilişkideki geçersizlik ortadan kalkacağından menfi tespit davası açılmayacaktır.

2601 www.kazanci.com (03.04.2020).

42 İnan, s. 27-28.

43 Uyar, s. 82; Y. 19. HD. 12.12.2019 tarihli, 4791/ 5536 sayılı; 5.12.2019 tarihli, 998/ 5448 sayılı karar, www.kazanci.com (03.04.2020).

44 Gürbüz, s. 546; Türk, *Menfi Tespit*, s. 135.

45 Gürbüz, s. 544; Y. 19. HD. 15.1.2013 tarihli, 14197/ 595 sayılı karar; YHGK 28.9.2011 tarihli, 19-446/ 569 sayılı karar "Uyuşmazlık, açıkça sözleşmeden kaynaklandığına göre, davacı/ alıcı eksik ifaya dayanarak 1086 sayılı HUMK'nun 10. maddesi uyarınca sözleşmenin yerine getirileceği yer mahkemesinde de menfi tespit ve istirdat davası açabilir." www.kazanci.com (08.04.2020).

46 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun("TKHK"), RG 28/11/2013, S. 28835.

c. Gabin

Temel ilişkide aşırı yararlanma halinin (TBK 28) söz konusu olduğu durumda ise tartışma vardır. Bizim de katılığımız görüşe göre, temel ilişkideki irade bozukluk hallerinde olduğu gibi aşırı yararlanma halinde de sadece temel ilişki sakatlanır⁴⁷. Karşı görüş ise aşırı yararlanma halinin, temel ilişki ile birlikte kambiyo taahhüdüne de sirayet ettiğinden nisbi hükümsüzlük söz konusu olacağını savunur⁴⁸.

d. Teminat Senedi

Teminat senedi, bir borcun ifa edilmemesi veya geç ifa edilmesi gibi durumlarda karşı tarafa güvence sağlama amacıyla verilen senetlerdir. Taraflar arasındaki temel ilişkinin gereği gibi ifa edilmesi veya borcun herhangi bir sebepten geçersiz olduğu durumlarda teminat senedinin bedelsizliği söz konusu olur⁴⁹.

Kambiyo senedine hangi ilişkinin teminatı olduğu yazılmadan sadece teminat kaydı yazılması durumunda senet geçerliliğini korumaya devam eder ve sadece temel ilişki tarafları arasında ileri sürülebilecek bir defi niteliğinde olur⁵⁰. Aynı şekilde senet teminat amacıyla verilmesine rağmen senede teminat kaydı yazılmadığı halde de kişisel defi söz konusu olur⁵¹. Bu durumlarda temel ilişkiden kaynaklı kişisel defi ile birlikte senedin bedelsizliği söz konusu olacağından bedelsizliğe dayalı menfi tespit davası açılır. Ayrıca teminat kaydının hangi durumda gerçekleşeceğine dair şartın senede yazıldığı durumda ise şekle aykırılık söz konusu olur. Bu durumda senet metninde şartın yer alması senet metninden anlaşılan maddi anlamda itiraz niteliğinde olacağından hükümsüzlüğe dair menfi tespit davası açılabilir⁵².

2. Takas ve İbra'dan Kaynaklanan Menfi Tespit Davası

TBK 139 uyarınca takas, borcu sona erdiren ve ayrı bir hukuki ilişkiden kaynaklanan hukuki işlemdir⁵³. Borcun takas edildiğinin ileri sürülmesi takas defi

47 Türk, *Menfi Tespit*, s. 138.

48 Öztan, s. 47.

49 Türk, *Menfi Tespit*, s. 140 vd.

50 Y. 12. HD. 20.11.2018 tarihli, 7875/ 11864 sayılı; 6.3.2017 tarihli, 616/ 3253 sayılı karar; YHGK 20.06.2001 tarihli, 12-496/ 534 sayılı karar, www.kazanci.com (09.04.2020).

51 Poroy, Tekinalp, s. 109; Çamoğlu, s. 25-26; Gürbüz, s. 344; Pulaşlı, s. 76; Kendigelen, Kirca, s. 114.

52 Öztan, s. 46; Ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. II.B.3.a.ii.

53 Aşağıda bkz. II.B.2.; Y. 13. HD. 04.02.2019 tarihli, 7197/ 1060 sayılı karar "*Davacının iddiası her ne kadar mahsuba ilişkin olsa da, söz konusu alacaklar birbirinden ayrı ve bağımsız, karşılıklı iki alacak niteliğinde olup bu durumda dava konusu olayda mahsup değil ancak takas işleminin mevcut olabileceği kabul edilmelidir.*"; Takas mahsup ayırımı için bkz. YHGK 18.4.2019 tarihli, 15-2073/ 479 sayılı karar, www.kazanci.com (05.04.2020).

niteliğinde olup kişisel defilerdendir⁵⁴. Borçlu takip sürecinde takas defini ileri sürememiş veya ileri sürmüştüğü olmasına rağmen bu talebi reddedilmişse, takas define dayanarak açacağı menfi tespit davası ile borçlu olmadığını tespitini talep edebilir. Takas defi ile borcun sona erdiği iddia edildiğinden, kambiyo ilişkisinde yer alan asıl veya başvuru borçlularından herhangi biri takas defini ileri sürebilir⁵⁵ (TBK 166/1).

İbra da borcu sona erdiren hallerden olup ayrı bir hukuki ilişkiye dayanır ve aynı zamanda menfi bir borç ikrarı niteliğindedir (TBK 132). Kambiyo ilişkisinde hamilin asıl borçluyu ibra etmesi halinde başvuru borçluları için de borç sona erer. Ancak hamil ile başvuru borçlularından biri arasında ibra gerçekleşmesi halinde ibra edilen başvuru borçlusundan sonra gelenler için sona erme gerçekleşirken öncekilerin borçtan sorumluluğu devam eder (TBK 166/3). Bu durumlarda borcun sona erdiği ve borçlu olunmadığı ileri sürülerek menfi tespit davası açılabilir.

3. Hükümsüzlükten Kaynaklanan Menfi Tespit Davası

Hükümsüzlük, taraflar arasında bir temel ilişki olmasına rağmen kambiyo taahhüdünün doğmadığının, geçersiz olduğunun veya sona erdiğinin maddi anlamda itiraz sebeplerine dayanarak ileri sürülmesidir⁵⁶. Hükümsüzlüğe dayalı menfi tespit davası, kambiyo taahhüdü mevcut olmadığından dolayı borçlu olunmadığının tespiti için açılan davadır. Hükümsüzlüğe dair menfi tespit davası senet metninden anlaşılan maddi anlamda itirazlar ile senedin geçersizliğine dair defilere dayanarak açılır. Çünkü senet metninden anlaşılan maddi anlamda defiler hükümsüzlüğe yol açmayıp sadece borçtan kaçınma imkanı verdiği için bu durumlarda borçtan kaçınma sebebine dayanarak menfi tespit davası açılabilir. Senet metninden doğan maddi anlamda defiler aşağıda ayrı bir başlık olarak ele alınacaktır⁵⁷.

a. Senet Metninden Anlaşılan Maddi Anlamda İtirazlar

i. Mecburi Şekil Şartlarında Eksiklik

Kambiyo senetleri sıkı şekil şartlarına tabi senetlerdendir⁵⁸. Yasada belirtilen şekil şartlarında eksiklik olması halinde yasaya aykırılıktan dolayı sene-

54 Kuru, *El Kitabı*, s. 348; Kendigelen, Kırcı, s.115.

55 Takas definin inşai nitelikte olduğu hakkında bkz. Y. 23. HD. 4.3.2016 tarihli, 4675/ 1338 sayılı karar, www.kazanci.com (08.04.2020).

56 İnan, s. 106.

57 Senet metninden anlaşılan defilerde senet geçerlidir ancak ifadan kaçınmayı gerektiren bir hal vardır; senedin hükümsüzlüğüne dair defilerde ise senet geçersizdir (Domaniç, s. 153): Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 72: Senet metninden anlaşılan maddi anlamda defiler için aşağıda bkz. II.B.4.

58 YHGK 19.3.2019 tarihli, 19-1636/ 319 sayılı karar "Türk hukukunda çek kıymetli evrak olmasının yanı sıra kambiyo senedi de sayılır ve diğer kambiyo senetleri poliçe ve bono gibi sıkı şekil şartlarına tabidir." www.kazanci.com (03.04.2020).

din geçersizliği söz konusu olur⁵⁹. Senette koşul olması⁶⁰, imzanın el yazısı ile atılmaması, yasada öngörülmeleyen bir vade kararlaştırılması veya police (TTK 671), bono (TTK 776) ve çeke (TTK 780) dair yasada belirtilen şekil şartlarına uyulmaması halleri senet metninden anlaşılın itirazlar oldukları için senedin hükümsüzlüğüne dayanarak menfi tespit davası açılabilir⁶¹.

Çek ile ilgili TTK hükümlerinin yanında 5941 sayılı Çek Kanunu'nda⁶² da şekil şartları belirlenmiştir (ÇK 2/7-8). ÇK'da belirtilen şekil şartlarına uyulmaması çekin geçerliliğini etkilemezken TTK 780'de belirtilen şartlarda eksiklik olması halinde geçersizlik gündeme gelir (ÇK 2/9). Ayrıca yasada çekin ileri tarihli düzenlenmesine izin verildiğinden, keşidecinin düzenleme tarihinden önce hak veya fiil ehliyetini kaybetmesi çekin geçerliliğini etkilemez⁶³ (TTK 795/2, 800).

ii. Senette Yer Alan Kayıtlar

Senette yer alan kayıtlara dayanılarak da borçlu olunmadığı ileri sürülebilir ve hükümsüzlüğe dayalı menfi tespit davası açılabilir. Örneğin kısmi ödeme⁶⁴ veya kısmi ciro (TTK 682/2) kayıtları açıkça senetten anlaşılabilirdiğinden herkese ileri sürülebilir. Poliçe ve bonoda görüldüğünde veya görüldükten belirli bir süre sonra vadeli senetler haricindekiler (TTK 675/1, 778/2-b) ile çeke konulan faiz şartı geçersizdir, konulması halinde yazılmamış sayılır⁶⁵ (TTK 786).

b. Senedin Hükümsüzlüğüne İlişkin Defiler

Senedin hükümsüzlüğüne ilişkin defiler öğretilde etkilerine göre mutlak ve nispi ayırımına göre incelenir⁶⁶. Etkilerine göre yapılacak ayırmada kamu güvenliği ve bireyin çıkarı temel alınarak defiler sınıflandırılır⁶⁷. Hukuki görünüş ilkesi

59 Arslanlı, s. 122; Poroy, Tekinalp, s. 106; Çamoğlu, s. 10; Öztan, s. 46; Pulaşlı, s. 72; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 70; Kendigelen, Kırcı, s. 92.

60 Öztan, s. 46; Gürbüz, s. 626.

61 Kanuni şekil şartlarına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Poroy, Tekinalp, poliçe için s. 150 vd., bono için s. 302 vd., çek için s. 314 vd.

62 Çek Kanunu ("ÇK"), RG 14/12/2009, S. 27438.

63 Domaniç, s. 153.

64 Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 70; Kendigelen, Kırcı, s. 92; Ödeme kaydının senede yazılmadığı durumda nispi defi söz konusu olur. Ayrıca ödeme temel ilişkiye dayalı yapılmış ise bedelsizlik söz konusu olur ve iyiniyetli üçüncü kişilere bu durum ileri sürülemeyeceğine dair bkz. Türk, *Menfi Tespit*, s. 165.

65 Y. 12. HD. 26.6.2007 tarihi, 9752/ 13196 sayılı karar "*TTK.nun 690. maddesinin göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanun'un 587. maddesi uyarınca görüldüğünde veya görüldüğünden muayyen bir müddet sonra ödenmesi şart kılınan bir bonoya faiz serhi konabilir. Diğer bütün bonolardaki böyle bir şart yazılmamış sayılır*" www.kazanci.com (06.04.2020).

66 Etkilerine göre ayırmada kural hükümsüzlük defilerinin nispi nitelikte olmasıdır ancak istisnaen mutlak nitelikte de olabilirler bkz. Öztan, s. 46; Aynı görüşte Bahtiyar, s. 31 vd.; Pulaşlı, s. 72; Gürbüz, s. 621.

67 Domaniç, 156; İsnad edilebilirlik ölçütüne göre yapılan değerlendirmeler için bkz. Poroy, Tekinalp, s. 102; Kendigelen, Kırcı, s. 95 vd.

uyarınca taahhüt eden, hükümsüzlüğe kendisi sebep olmuşsa kamu güvenliği korunurken; taahhüt edene isnad edilemeyecek bir durumdan hükümsüzlük söz konusu olursa taahhüt eden korunur ve mutlak nitelikli defî söz konusu olur⁶⁸.

Senedin hükümsüzlüğü halinde çekin durumu ayrıca ele alınmalıdır. Çek anlaşması muhatap banka ile çek keşidecisi arasında olan, kambiyo ilişkisinden bağımsız bir özel hukuk ilişkisidir⁶⁹. TTK 780'de aranan şekil şartlarına uygun düzenlenmiş çekin karşılıksız çıkması, çek anlaşmasının olmaması veya çek anlaşmasında belirtilenden farklı bir hesaba keşide edilmesi durumlarında hükümsüzlük söz konusu olmaz. Aynı şekilde çek anlaşmasının yapıldığı durumlarda sonradan anlaşmanın geçersiz olması veya sona ermesi hallerinde de hükümsüzlük gündeme gelmez⁷⁰. Bundan dolayı belirtilen hallerde hükümsüzlük oluşmayacağından hükümsüzlüğe dayanan menfi tespit davası da açılmayacaktır.

i. Mutlak Nitelikli Hükümsüzlük Defileri

Bu defiler yasada açıkça düzenlendiğinden hukuki görünüş ikesi uyarınca isnad edilebilirlik kriterine bakılmadan herkese karşı ileri sürülebilirler⁷¹. Ayrıca bu defilere kanuni geçersizlik defileri de denmektedir⁷².

i.1 Ehliyetsizlik

Kambiyo senedi düzenlenmesi için özel bir ehliyet aranmamış, borçlamaya ehil olanların kambiyo senedi düzenleme ehliyeti olduğu kabul edilmiştir (TTK 670). Ehliyet, senet düzenlemenin kurucu unsurlarından biri olduğundan yokluğu halinde ehliyetsiz olarak senedi düzenleyen kişi tarafından, herkese karşı ileri sürülebilir⁷³. Ayrıca ehliyet, kambiyo anlaşması için de kurucu unsurdur ve senedin verildiği anda var olmalıdır⁷⁴. Senedin ehliyetli iken düzenlenip, verildiği anda ehliyetsiz olunması halinde de geçersizlik oluşur⁷⁵ (TTK 686/2). Ancak bonodan farklı olarak ileri tarihli düzenlenmiş çekte eğer keşideci çeki düzenlediği esnada ayırt etme gücüne haiz olup keşide tarihinde fiil ehliyetini yitirmişse çek geçersiz olmaz (TTK 800).

68 Türk, *Menfi Tespit*, s. 153.

69 Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2019, s. 69.

70 Kendigelen, s. 86; Türk, *Menfi Tespit*, s. 153.

71 Mutlak nitelikteki hükümsüzlük defilerine dair örnekler için bkz. Domaniç, s. 154; İmregün, s. 22; Bahtiyar, s. 34; Yılmaz, *Kambiyo Senetleri*, s. 80.

72 Poroy, Tekinalp, s. 102.

73 Karayalçın, s. 31; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 71.

74 Öztan, s. 46.

75 Y. 19. HD. 20.10.2011 tarihli, 12369/ 13002 sayılı karar; Y. 12. HD. 20.10.2009 tarihli, 10918/ 19699 sayılı karar "Medeni hakları kullanma ehliyetinden kısmen veya tamamen mahrum olan kişiler kambiyo senedi düzenleyemezler. Bu nedenle borçlunun senet düzenleme amacıyla noterden vekaletname verdiği tarihte de hukuki ehliyete sahip olması gerekir. Aksi takdirde senet geçersiz olur. Senedi düzenleyen kişinin ehliyetsiz olması halinde iyiniyet iddiası da ileri sürülemez. Ehliyet kamu düzenini ilgilendirir." www.kazanci.com (03.04.2020).

i.2 Yetkisiz Temsil

Temsil yetkisi olmamasına rağmen temsilci sıfatıyla senet düzenleyen kişi hukuki görünüşe kendisi sebep olduğundan senetten bizzat sorumlu olur ve bu durum herkese ileri sürülebilir⁷⁶ (TTK 678). Ehliyet gibi temsil yetkisinin de senedin verildiği anda olması gerekir. Örneğin, şirket adına imza yetkisine haiz temsilci şirket unvanı olmadan imza atması halinde şirket sorumlu olmaz⁷⁷ (TTK 372).

i.3 Senedin Sahteliği veya Tahrifat

Senedin sahte olduğu iddiası, imzaya veya senet metnine dair olduğu için her kambiyo borçlusu senetteki imzanın kendisine ait olmadığından dolayı borçlu olmadığını ileri sürebilir. İmzaların bağımsızlığı ilkesi uyarınca senette sahte imza olması halinde diğer imzalar bu durumdan etkilenmeyecektir⁷⁸(TTK 677). Sahtelik, bir mutlak defi olduğundan imza kendisine ait olmayan kambiyo borçlusu tarafından, herkese karşı ileri sürülebilir⁷⁹. Ayrıca sahteliğe dair genel hüküm ni-

76 Ayrıntılı bilgi için bkz. Karayalçın, s. 31; Öztan, s. 46; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 71; Y. 19. HD. 26.11.2018 tarihli, 718/ 6067 sayılı karar “*Dava kambiyo senedi niteliğindeki çekten dolayı alacağın tahsil istemine ilişkindir. Davaya konu çekte davalı dava dışı ... 10 numaralı Motorlu Taşıyıcılar Kooperatifi adına lehtar sıfatıyla tek imza ile ciro etmiştir. Lehtar dava dışı kooperatif çift imza ile temsil edilebileceğinden davalının tek imza ile yaptığı ciro kooperatifi bağlamayıp geçersizdir. Ancak 6102 Sayılı TTK'nın 818/I-C maddesi yollamasıyla 678. maddesi hükmü uyarınca temsile yetkili olmadığı halde bir kişinin temsilci sıfatıyla poliçeye imzasını koyduğu takdirde o poliçeden dolayı bizzat sorumludur. Bu nedenle davalı yetkili olmadığı halde alacağı konu çeki imzalamış olması nedeniyle borçtan bizzat sorumlu olup davanın kabulü gerekirken yanlış gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.*”; YHGK 3.12.2014 tarihli, 12-1355/ 994 sayılı karar www.kazanci.com (04.04.2020); Zimni temsil olmasına rağmen üçüncü kişilerde temsil yetkisi varmış gibi görünüm yaratılması durumunda defi üçüncü kişilere ileri sürülemez (Türk, Menfi Tespit, s. 156).

77 Y. 12. HD. 20.9.2017 tarihli, 19373/ 11054 sayılı karar “*Somut olayda, alacaklı tarafından hakkında takip yapılan borçlunun Ticaret Sicil Müdürlüğünden gelen yazı cevabına göre şirketin temsilcisi olmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda temsil yetkisi olmadığı halde keşideci şirket adına senet imzalayan muteriz borçlu, bonoyu düzenleyen şirket adına attığı imzadan dolayı kişisel olarak sorumlu olacaktır.*” www.kazanci.com (04.04.2020).

78 Domaniç, s. 157; İmregün, s.23; Senede dışardan bakılınca tamamen geçerli olması bu ilkenin temel şartıdır (Çamoğlu, s. 12); Gürbüz, s. 621; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 162; Kendigelen, Kırca, s. 96; YHGK 19.3.2019 tarihli, 19-1636/ 319 sayılı kararı “*Ticari senetteki geçersiz imza sadece imza sahibi yönünden hükümsüzlük sonucu doğurur ve senetteki her imza diğerlerinden bağımsız olarak sadece imza sahibini bağlar. İmzaların bağımsızlığı ilkesi olarak adlandırılan bu ilke gereğince de geçerli imzaların sahipleri başkasının imzasının geçersiz olduğunu ileri sürerek kendi sorumluluğundan kurtulamazlar. Bu nedenle de kendi imzasını inkâr etmeyen davacı keşideci lehtarın imzasının sahte olduğuna dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. Lehtar imzasının sahte olması hâli, keşidecinin senetten kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Senedi şeklen düzgün silsileye dayalı olarak ele geçiren hamilin son cirodan önceki cirolardaki imzaların sahte olduğunu bilmesi mümkün olmadığı gibi, böyle bir sorumluluk da kendisine yüklenemez. Senet borçlusu ile senet alacaklısı arasındaki kişisel itiraz ve savunmalar senedi şeklen düzgün ciro silsilesi yolu ile ele geçirmiş olan iyi niyetli hamile karşı da ileri sürülemez.*” www.kazanci.com (03.04.2020).

79 Karayalçın, s. 31; Kendigelen, 132; YHGK 21.9.1977 tarihli, 11-3343/ 743 sayılı karar “*Sahtelik iddiası yalnız cırantanın şahsına karşı ileri sürülmesi mümkün olmayıp iyiniyetli hamile karşı dermeyeran edilebilecek defilerdendir. Senette tahrifat, senette sahtelik, senedin geçerliliğine*

teligindeki HMK 209/1 hükmü yerine kambiyo senetlerinde sahtelik durumunda özel hüküm olan İİK 72'nin uygulanması gerekir⁸⁰.

Senedin keşide yerinde, ödeme yerinde, miktarda veya metninde değişiklik yapılması ve bu değişikliğin parafı onaylanmaması halinde ise tahrifat gündeme gelir. Senette tahrifat olması halinde geçersizlik söz konusu olur ve herkese karşı ileri sürülebilir⁸¹. Tahrifat öncesinde senedi imzalamış kişiler bu defiyi herkese karşı ileri sürülebilirken, tahrifat yapılmış senede imza atan ilgililer ise bu defiyi dayanamaz⁸² (TTK 748, 778/1-g, 818/1-ö). Ayrıca tahrifat borç miktarında yapılmış ise TTK 676 hükmü uygulanmaz⁸³.

ilişkin bir iddiadır. Böyle bir iddia ise senedin lehtarına karşı olduğu gibi, iyi niyetli dahi olsa senedi elinde bulunduran herkese karşı ileri sürülebilir." www.kazanci.com (04.04.2020).

- 80 Kuru, *El Kitabı*, s. 349; Y. 12. HD. 30.4.2018 tarihli, 31754/ 3908 sayılı karar "Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile yapılan takipte, takibe konu kambiyo senedi altındaki imzaya itiraz, İİK'nun 170. maddesinde özel olarak düzenlendiğinden, imza inkarı nedeniyle dayalı sahtelik iddiası hakkında, sonraki genel kanun olan HMK'nun 209. maddesi uygulanamaz. İmza itirazı, İİK'nun 170/1. maddesi uyarınca satıştan başka icra takip muamelelerini durdurmaz. Ancak icra mahkemesi itirazla ilgili kararına kadar takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebilir (İİK m. 170/2). Öte yandan sahtelik iddiasının imza itirazı dışındaki bir nedene (yazıda sahtelik) dayanması halinde Dairemiz, İcra ve İflas Kanunu'nda bir düzenleme bulunmadığından HMK'nun 209. maddesinin uygulanması gerektiği görüşünde iken, daha sonra içtihat değişikliğine gidilerek, senet üzerinde bulunan yazıdaki sahtelik iddiasının borca itiraz niteliğinde olup, bu konunun da İİK'nun 169/a maddesinde düzenlenmiş olması nedeniyle, HMK'nun 209. maddesinin bu yönden de uygulama yerinin olmadığı görüşü benimsenmiştir." www.kazanci.com (04.04.2020); 26.5.2014 tarihli, 12741/ 14937 sayılı karar (Yılmaz, s. 415 vd.).
- 81 Öztan, s. 46; Gürbüz, s. 661; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 71; Bahtiyar, s. 33 vd.; Y. 12. HD. 15.1.2020 tarihli, 274/ 217 sayılı karar "Çek keşideci tarafından düzenlenmiş olduğundan, çek üzerindeki çıkıntı ve değişikliklerin keşideci tarafından paraf edilmesi gerekir. Ayrıca bu durum çekin kambiyo vasfını etkileyen bir husus olduğundan keşideci dışındaki borçlular da itirazda bulunabilir. Hal böyle olunca, çekin keşide tarihinde değişiklik yapılmasına ilişkin parafın keşideciye ait olmadığı iddia edilmiş olmakla, dairemizin yerleşik içtihatlarına göre paraf imzanın sahteliği iddiası ve buna göre de keşide tarihinin önceki haliyle ibraz süresinin geçirilmiş olması senedin kambiyo vasfını etkileyeceğinden ve ciranta tarafından da bu husus ileri sürülebileceğinden, mahkemece, HMK'nun 266. maddesi uyarınca yöntemince bilirkişi incelemesi yaptırılarak keşide tarihi üzerindeki paraf imzasının keşideci imzası ile aynı el ürünü olup olmadığı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yazılı gerekçe ile hüküm tesisi isabetsizdir." www.kazanci.com (04.04.2020); YHGK 04.03.2015 tarihli, 19-1746/ 896 sayılı karar (Eriş, s. 235).
- 82 YHGK 07.04.2004 tarihli, 19-118/ 205 sayılı karar "Bono metninin sonradan değiştirilmesi, bütün ilgililerin birlikte gerçekleştirilmesi gereken bir işlemdir. Poliş metninde tahrifatı düzenleyen ve açık atf hükmü (TTK.md. 690) nedeniyle bonolara da aynen uygulanması gereken T.T.K.nun 660. maddesine göre, bir poliş metninin tahrif edildiği hallerde, tahrifattan sonra poliş üzerine imza koymuş olanlar tahrif edilmiş metin gereğince, tahrifattan önce imza koyanlar ise, eski metne göre sorumlu olurlar. Yasanın bu hükmü, öğretilerde "imzaların bağımsızlığı" olarak adlandırılan ilkenin gereği ve sonucudur. Buradaki "metin" kavramının, diğer unsurlar yanında tanzim tarihi ve bedel unsurlarını da içerdiği; yine, "tahrifat" kavramıyla da sahtelik şeklinde gerçekleştirilen değişiklikten söz edildiği açıktır." www.kazanci.com (04.04.2020).
- 83 Y. 11. HD. 24.10.2017 tarihli, 3527/ 5672 "Bono bedeli hem yazı ve hem de rakamla gösterilip de iki bedel arasında fark bulunursa yazı ile belirlenen bedele itibar olunacağı kuralı senedin bedel kısmında tahrifat yapılmamış olması halinde uygulanır."; Y. 19. HD. 25.9.2017 tarihli, 9990/ 6255 sayılı karar www.kazanci.com (04.04.2020).

i.4 Maddi Cebir

Senedin fiziksel baskı altında düzenlenmesi halinde maddi cebir söz konusu olur. Maddi cebir halinde senet düzenleme iradesi olmadığından dolayı her-kese ileri sürülebilen hükümsüzlük söz konusu olur⁸⁴. Borçlunun eli zorla tutularak senedin imzalanması, irade dışı sarhoşluk veya hipnotize halleri de bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁸⁵. Ancak maddi cebir halini irade bozukluk hali olan korkutmadan ayırmak gerekir. Belirtildiği üzere maddi cebirde irade söz konusu değilken korkutmada manevi olarak sakatlanmış olsa dahi bir irade vardır. Ayrıca korkutma hak düşürücü süreye tabi iken maddi cebirde böyle bir süre söz konusu değildir⁸⁶ (TBK 39).

ii. Nispi Nitelikli Hükümsüzlük Defileri

Mutlak nitelikli hükümsüzlük defileri dışında kalan defiler bu kapsama girmektedir. Yasada açıkça düzenlenmediklerinden ve bu defilerde kamu güveni korunduğundan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürelemezler⁸⁷. Bu defilerin ileri sürülmesi için hamilin borçluya zarar verme kastı aranmaz, kötüniyet veya ağır kusur yeterlidir⁸⁸.

ii.1 Senedin Rıza Dışı Elden Çıkması

Senedin geçerli şekilde imzalanmış ve düzenlenmiş ancak henüz kambiyo anlaşması yapılmadan rıza dışı elden çıkması halinde söz konusu olan defi türüdür⁸⁹. Senedin gasp dilmesi, çalınması, kaybolması gibi durumlar bu defiyeye örnek oluşurur⁹⁰. Emre ve hamile yazılı senetlere karşı ileri sürülebilecek defiler esas olarak aynıdır. Bu durumun istisnası olarak yasadaki, hamile yazılı senetlerde, senedin rıza dışı elden çıktığı definin ileri sürülemeyeceği düzenlenmiştir ancak borçluyu zarara uğratma kastı ile hareket edilmesi hali saklıdır

84 Öztan, s. 46; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 71; Türk, *Menfi Tespit*, s. 160.

85 Eğer kişi alkollü isteyerek almışsa nispi defi olur ve bu durumda iyiniyetli hamile ileri sürülemez aksi halde ehliyetsizlik durumundaki gibi borçlu korunur (Poroy, Tekinalp, s. 105); Gürbüz, s. 340; Kendigelen-Kırca, s. 108.

86 Kendigelen-Kırca, s. 99.

87 Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Domaniç, s. 157; Öztan, s. 47; Bahtiyar, s.34-35.

88 Çamoğlu, s. 13; Kendigelen-Kırca, s. 95-96.

89 Domaniç, s. 157.

90 Yakını göremeyen birinin evrakların arasındaki senedi fark etmeden imzalaması, senedin rıza dışı elden çıkmasına örnek oluşturur. (Poroy/ Tekinalp, s. 104); Senedin rıza dışı elden çıkması halinin haksız fiil niteliğinde olduğuna dair bkz. YHGK 07.04.2004 tarihli, 19-118/ 205 sayılı karar "*Herhangi bir nedenle imzalanmış boş bir kağıdın, imza sahibinin rızası olmaksızın, (örneğin çalınma, kaybedilme gibi) hukuka aykırı bir yolla elde edilip doldurulmak suretiyle bir borç belgesi haline getirilmesi, ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir. Tüm haksız fiillerde olduğu gibi, imzalı boş kağıdın hukuka aykırı yollarla elde edildiği ve borç belgesi haline getirildiği şeklindeki bir iddia da, sahibi yönünden, kendisine karşı işlenmiş bir haksız fiil iddiası anlamında olduğundan, tamk dahil, usul hukukunun cevaz verdiği her türlü delille kanıtlanması mümkündür.*" www.kazanci.com (04.04.2020).

(TTK 659/2, 659/3, TMK⁹¹ 690, 691). Bu istisna hamile yazılı senetlerin kolay ve güvenilir tedavülünü sağlamak için düzenlenmiştir⁹².

Emre yazılı senetlerde ise bu husus tartışmalıdır. Birinci görüşe göre senette geçerli bir imza vardır ve hukuki görünüş ilkesi uyarınca güven yaratıldığından bu defi iyiniyetli hamile ileri sürülemez ancak senedi rıza dışı elde eden veya daha sonra kötünietli ya da ağır kusurlu olarak devralan hamile karşı ileri sürülebilir⁹³. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise emre yazılı senetlerde senedin rıza dışı elden çıkması durumunun özel olarak düzenlenmemesi olumsuz kanun boşluğu olduğundan dolayı TTK 659/3 kıyasen emre yazılı senetlere uygulanmaz. Böylece emre yazılı senetlerde senedin rıza dışı elden çıktığı defi iyiniyetli hamile karşı ileri sürülebilir⁹⁴.

ii.2 İrade Bozuklukları veya Muvazaa

Yukarıda bedelsizlikten kaynaklı menfi tespit davası başlığı altında incelenen irade bozuklukları temel ilişkiyi sakatlayan durumlar olarak ele alınmışken⁹⁵, bu başlık altında ise kambiyo anlaşmasını sakatlayan irade bozukluk hallerinin durumu incelenecektir. Senedin verilmesine dair olan kambiyo anlaşmanın muvazaa ve irade bozuklukları hallerinden birinden doğması halinde kambiyo taahhüdü geçeriz olacağından hükümsüzlük meydana gelir⁹⁶. Borcuna karşılık olarak senet düzenlediğini unutup alacaklıya yeni bir senet düzenlenmesi hata haline; ünlü bir kişiden imza alma bahanesiyle fotoğrafla birlikte gizlice senet imzalatılması aldatmaya; birini canı, malı veya yakınına zarar verme tehdidi ile senet imzalatılması korkutmaya örnek oluşturur⁹⁷.

İradeyi sakatlayan hallerde ileri sürülen definin etkisi hakkında öğretide farklı görüşler vardır; birinci görüş irade bozukluklarını, sakat olsa dahi hukuki görünüm yaratan bir irade olduğundan üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği iddiasıyla nispi nitelikte bir defi kabul eder⁹⁸. İkinci görüş ise irade bozukluklarında kamu güveni değil kişinin korunması gerektiğinden dolayı mutlak nitelikte bir defi olarak kabul eder⁹⁹. Kanaatimizce, bu durumda düzenleyene isnad edile-

91 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ("TMK"), RG 08/12/2001, S. 24607.

92 Poroy, Tekinalp, s. 116; Türk, *Menfi Tespit*, s. 162.

93 Öztan, s. 47; Gürbüz, s. 343.

94 Poroy, Tekinalp, s. 116; Türk, *Menfi Tespit*, s. 162.

95 Açıklama için yukarıda bkz. II.B.1.b.

96 Öztan, s. 47; Çamoğlu, s. 12; İradeyi bozacak nitelikte hata-hile-ikrah mutlak defi olmalıdır (Gürbüz, s. 343).

97 Benzer örnekler için bkz. Poroy, Tekinalp, s. 104.

98 Öztan, s. 47; Gürbüz, s. 343; Bu hallerde kusurlu da olsa bir irade var ancak korkutma halinde mutlak cebir yoksa nisbi defi kabul edilir (Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 71).

99 Poroy, Tekinalp, s. 104; Pulaşlı, s. 72; Yanılma ve aldatma hallerinde borçlu yerine işlem güvenliğinin esas alınması gerektiği için nispi defidirler ancak tehdit halinde borçlunun korun-

meyen sakat bir irade ile kambiyo taahhüdü gerçekleştiğinden ve gerçeğe aykırı bir hukuki görünüş yaratıldığından dolayı kamu güveninin üstün tutulması gerekir. Ayrıca iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması ticari hayat için daha uygun olacaktır nispi nitelikte bir defa olarak kabul edilmelidir.

Tarafların arasında danışıklı şekilde, gerçeğe aykırı bir hukuki görünüş yaratarak yani kambiyo anlaşmasında muvazaa olması halinde de hükümsüzlük söz konusu olur (TBK 19). Bu duruma ise tedavül yeteneği olmayan hatır senedinin tedavüle çıkartılması¹⁰⁰ veya teminat kaydı yer almayan senedin teminat amacı ile verilmesi hali örnek oluşturur¹⁰¹. Bu durumda hukuki görünüşe borçlu bilerek sebebiyet verdiği için iyiniyetli üçüncü kişilere karşı kambiyo ilişkisinin muvazaalı olduğu ileri sürülemez¹⁰².

ii.3 Ahlaka veya Kamu Düzenine Aykırılık Halleri

Senedin ahlaka veya kamu düzenine aykırı bir sebepten dolayı verilmesi halinde de geçersizlik söz konusu olur¹⁰³. Bu duruma başlık parası olarak veya birinin öldürülmesi karşılığında senet verilmesi halleri örnek olarak gösterilebilir¹⁰⁴. Ahlaka ve kamu düzenine aykırı bir sebepten dolayı senedin verildiği haller hukuki görünüş ilkesi uyarınca iyiniyetli üçüncü kişilere ileri sürülemez¹⁰⁵.

Kumar veya bahis borcuna karşılık olarak verilen senet de ahlaka aykırı olup, bu senetten doğan alacağı karşı dava açılmaz ve takip yapılamaz (TBK 604). Bu tür eksik borçlar temel ilişkiden kaynaklandığı için bedelsizliğe yol açması gerekirken, yasa hükmü uyarınca hükümsüzlük meydana gelir¹⁰⁶ (TBK

ması gerektiğinden mutlak defa niteliğindedir (Türk, s. 163); Korkutmanın mutlak defa olduğuna dair bkz. YHGK 13.6.2018 tarihli, 19-1627/ 1187 sayılı karar “*Dava konusu bonoların davalılardan birinin suç sayılan bir fülle ve tehdit suretiyle elde ettiği, davacı keşidecinin bono düzenleme iradesinin bulunmadığı ve buna dair definin iyi niyetli sonraki hamiller de dâhil olmak üzere herkese karşı ileri sürülebileceği hususları sabittir.*” www.kazanci.com (03.04.2020).

100 Hatır senedi iki amaçla düzenlenir; birincisi senedin tedavülü sayesinde lehtara kredi imkanı oluşturması, ikincisi ise tedavül yeteneği olmadan sadece lehtarın mali durumunun iyi olduğuna dair bir görünüş oluşturmak için düzenlenir. İlkinde inancılı bir işlem varken ikinci durumda muvazaa söz konusu olur ve muvazaa halinde nispi hükümsüzlük söz konusu olur (İnan, s. 64 ve 117).

101 Ayrıca TTK’da muvazaanın kişisel defa niteliğinde olduğuna dair bkz. Çamoğlu, s. 27 vd.

102 Öztan, s. 47; Gürbüz, s. 343.

103 Poroy, Tekinalp, s. 105; Öztan, s. 47; Borcun doğmadığına dair itirazlardandır (Kendgelen, Kırcı, s. 85).

104 Daha fazla örnek için bkz. Uyar, s. 14 vd.

105 Bu durumda da kambiyo senetlerinin soyutluk ilkesi gündeme gelse de ahlaka aykırılık hali soyutluk ilkesini bertaraf edeceği için nispi nitelikte bir hükümsüzlük meydana gelir (İnan, s. 112); Gürbüz, s. 735.

106 YHGK 27.01.2010 tarihli, 19-6/ 36 sayılı karar “*Kumar ve bahis sözleşmeleri geçerlidir; bunlar-*

605). Ancak bu durum iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğinden nispi hükümsüzlük defi hükmündedir¹⁰⁷.

4. Senet Metninden Anlaşılan Maddi Anlamda Defiler'den Kaynaklanan Menfi Tespit Davası

Maddi anlamda defiler kısmen veya tamamen borçtan kaçınma imkanı sağlar. Böylece senet metninden anlaşılan defilere dayanarak senedin hükümsüzlüğünden kaynaklanan değil borçtan kaçınma imkanı olduğuna dair menfi tespit davası açılabilir¹⁰⁸.

a. Zamanaşımı

Senedin zamanaşımına uğradığı herkese ileri sürülebilen mutlak nitelikte bir defidir ve bu defiye dayanarak borcu ödemekten sürekli şekilde kaçınma imkanı olduğuna dair menfi tespit davası açılabilir¹⁰⁹.

İcra takibine karşı zamanaşımı defi ileri sürülmeyip sonradan alacağın takip öncesi zamanaşımına uğradığı iddiasıyla menfi tespit açılıp açılmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, zamanaşımı defini ileri sürmeyen borçlunun bu hakkından vazgeçmiş sayılacağını ve daha sonra zamanaşımı define dayanarak menfi tespit davası açamayacağını kabul eder meğerki borçlu zamanaşımı defini ileri sürmüş ve defi reddedilmiş olsun¹¹⁰. Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre ise zamanaşımı, genel dava sürecinde dahi sulh ile sonradan ileri sürülebilirken takip başlangıcında zamanaşımını defini ileri sürmeyen borçlu, hakkından vazgeçmiş sayılmaz. Böylece daha önceden ileri sürülmemiş olsa da zamanaşımına dayanarak menfi tespit davası açılabilir¹¹¹.

dan borç doğar. Ancak bu borçlara dayanılarak borçluyu borcunu ifa etmek üzere zorlamaya olanak yoktur. Bu borç, dava hakkından yoksun, eksik borçtur. Kumar ve bahis borcunun eksikliği savunması defi değil, itiraz oluşturur. Hakim tarafından resen dikkate alınmalıdır. Bu yönde savunmada bulunmak, hakkın kötüye kullanılması sayılmaz. Kumar oynayan veya bahsedenden kimse tarafından imza edilmiş adı veya kambyo senedi üçüncü şahsa devredilmiş olsa bile bunlara dayanılarak hak talep edilemez.” www.kazanci.com (03.04.2020).

107 Öztan, s. 47; İnan, s. 112; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 75; Kendigelen, Kırcı, s. 105-106.

108 Domaniç, s. 150-151; Defileri geçici ve kesin ayrımına tabi tutarak sebebin ortadan kalkmasından sonra ifa talebinin yenilenebilmesi durumunda ifanın gerçekleşmesi gereken durumları geçici defiler; ancak söz konusu sebebin ortadan kalkmayacağını ve talep yinelenirse dahi aynı defi ile karşılaşılabilecek durumlarda da kesin defilerdir (İmregün, s. 20 vd.); Çamoğlu, s. 10; Bahtiyar, s. 30 vd.

109 Karayalçın, s. 31; Poroy, Tekinalp, s. 103; Öztan, s. 46; Gürbüz, s. 621; Pulaşlı, s. 73; Kendigelen, Kırcı, s. 92.

110 Kuru, *El Kitabı*, s. 359; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpnar, Emel Hanağası, İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 224; Bu hakkını kullanmayan hakkından vazgeçmiş sayılır (Öztan, s. 193); Aynı görüşte Yavuz, s. 132; Gürbüz, s. 577; YHGK 15.04.1972 tarihli, 4-1265/ 242 “İcra kovuşturmasına karşı zamanaşımı nedenine dayanan bir itiraz ileri sürülmemiş olması, zamanaşımı savunmasından vazgeçmiş bulunduğu anlamına gelir. Zira; zamanaşımı, taraflar arasındaki alacaklılık ve borçluluk ilişkisini ortadan kaldırmadığı gibi, borcun rızaen ödenmesini de engellemez.”; Y. 11. HD 21.12.1979 tarihli, 5603/ 5827 sayılı karar, www.kazanci.com (05.04.2020).

111 Yılmaz, s. 421; Ahmet Türk, Takip Konusu Alacağın Zamanaşımına Uğraması Nedeniyle Menfi Tespit Davası Açılması, *BATİDER* 1999, C. 20, S. 1, s. 65.

Yasada öngörülen sürelerle uyulmaması da senede bakılınca anlaşılabilen defilerdendir. Görüldükten belirli bir süre sonra vadeli poliçelerin düzenlenme tarihinden itibaren bir yıl içinde kabule sunulması (TTK 693/1), görüldüğünde vadeli poliçelerin bir yıl içinde ödeme için ibrazı (TTK 704/1) bu duruma örnektir. Bu sürelerle uyulmaması halinde hamilin başvurma hakkı düşeceğinden (TTK 730) bu defiyeye dayanarak menfi tespit davası açılabilir¹¹².

b. Ciro Zincirindeki Kopukluk

Cironun üç işlevi vardır; ilk olarak senedin devredildiğinin bir göstergesi olan devir işlevi (TTK 684); aksi bir kayıt yazılmadığı müddetçe, cirantanın senedin kabul edilmemesinden veya ödenmemesinden sorumluluğunu doğuran teminat işlevi (TTK 685); son olarak da senedi elinde bulunduran kişinin yetkili hamil olduğunu belirlemeye yarayan teşhis işlevi (TTK 686). Teşhis fonksiyonu, senedi ibrazı edenin meşru hamil olup olmadığını belirlerken hamilin meşruluğu da ciro zincirinden anlaşılır¹¹³. Ciro zincirinin kopuk olması senedin meşru hamilde olmadığını göstergesidir ve böylece borcu ödemekten kaçınılabılır. Ancak bu definin niteliğine dair tartışma vardır. Katıldığımız görüşe göre ciro zincirinin kopuk olması sadece teşhis fonksiyonunu sakatladığından bu durumda senedi elinde bulunduranın hak sahibi sayılacağına dair karine ileri sürülemez ve borçtan kaçınma imkanı sağlar¹¹⁴ (TTK 686/1). Aksi görüş ise bu durumda senede bakınca anlaşılabilen bir hükümsüzlük hali olduğunu savunur¹¹⁵.

c. Senette Yer Alan İhtiyari Kayıtlar

Senet metnine, şekil şartlarına aykırılık oluşturmayacak nitelikte kayıtlar konulabilir. Örneğin vadenin uzatılması kaydı, senede yazılması halinde ifadan kaçınma imkanı sağlar. Aksi halde senede bakılınca anlaşılamayacağından sadece taraflar arasında geçerli olacak ve hukuki görünüş ilkesi uyarınca iyiniyetli hamile karşı ileri sürülemeyecektir¹¹⁶. Aynı şekilde senedin ciro edilemeyeceği (TTK 685/2) veya sorumsuzluk kaydı koyan cirantaya başvurulması halinde ciranta, senet metninden anlaşılacak mutlak nitelikteki bu defileri ileri sürerek borcun ifasından kaçınabilir¹¹⁷.

112 İbraz sürelerinin hak düşürücü süre olduğuna dair bkz. Türk, *Menfi Tespit*, s. 151 dñn. 111.

113 Y. 12. HD. 18.11.2019 tarihli, 12170/ 16640 sayılı karar; Y. 19. HD. 13.03.2017 tarihli, 8154/ 2014 sayılı karar "*Dava konusu olan bonoda lehdarın cirosu bulunmamaktadır. Böylece ciro zincirinde kopukluk olduğundan, somut olay bakımından davalının yetkili hamil olduğu kabul edilemez.*" www.kazanci.com (04.04.2020).

114 Karayalçın, s. 31; Öztan, s. 46; Çamoğlu, s. 10; Gürbüz, s. 621.

115 Poroy, Tekinalp, s. 106; Pulaşlı, s. 72-73.

116 Türk, *Menfi Tespit*, s. 168.

117 Çamoğlu, s. 10-11; Gürbüz, s. 621; Ancak bu kayıtlar senede yazılmazsa iyiniyetli üçüncü kişilere ileri sürülemeyecektir bkz. Y. 19. HD. 21.1.2019 tarihli, 1626/ 280 sayılı karar, www.kazanci.com (08.04.2020).

d. Vade Öncesi İbraz

Senedin vadesinden önce ibrazı da senet metninden anlaşılan maddi anlamda defilerdendir. Senette belirlenen vade kaydı sayesinde, senet ibraz edildiğinde vadenin gelip gelmediği kolayca anlaşılacağından, vadenin gelmediğine dair defi herkese karşı ileri sürülebilir. Ancak vade öncesi ibraz hali sadece vade tarihine kadar borcu ödemekten kaçınma hakkı vereceğinden geçici nitelikte bir defidir¹¹⁸.

5. Tahsil ve Rehin Cirousunda Menfi Tespit Davası

Tahsil ve rehin cirousunda, ciro türlerinden kaynaklan özel durum söz konusudur ancak her ikisi de senetten anlaşılan defilerdir¹¹⁹. Tahsil cirousunda senet, tahsil edilmesi amacıyla veya bu amaca dair ibarelerin yazılması ile ciro edilir¹²⁰. Bu durumda tahsil cirousu ile senedi elinde bulunduran, tahsil cirousu hamili, temsilci niteliğinde olacağından ciranaya karşı ileri sürülebilecek olan kişisel defiler tahsil cirousu hamiline karşı da ileri sürülebilir. Belirtildiği gibi tahsil cirousu hamili temsilci niteliğinde olup sadece senedi tahsil etmekle yetkili olacağından, tahsil cirousu hamiline karşı sahip olunan kişisel defiler, tahsil cirousu hamiline karşı ileri sürülemez¹²¹ (TTK 688/2). Ayrıca tahsil cirousu ile senedi alan hamil, malik olmadığından dolayı menfi tespit davası da tahsil cirousu ile senedi ciro edene karşı açılır¹²².

Rehin cirousunda ise senede rehin olarak verildiğine dair ibareler yazılarak senet bedeli rehnedilir¹²³. Bu durumda mülkiyet ciranada olduğundan, ciranaya karşı sahip olunan kişisel defiler hamile ileri sürülemez meğerki hamil borçluyu zarara uğratma kastıyla senedi devralmış olsun¹²⁴ (TTK 689/2). Ayrıca çeke uygulanacak hükümlerde, rehin cirousuna dair police hükümlerine atıf olmadığından çekte rehin cirousu yapılamaz (TTK 818). Yargıtay içtihadı uya-

118 İmregün, s. 21; Öztan, s. 46; Tekil, s. 19; Çamoğlu, s. 11; Pulaşlı, s. 72-73; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 70; Kuru, *El Kitabı*, s. 351.

119 Kendigelen, Kırca, s. 92.

120 Y. 19. HD. 05.06.2018 tarihli, 18260/ 3206 sayılı karar "*Dava konusu çekin keşidecisi davacı, lehtar ve 1. ciranatası dava dışı ... Ltd. Şti olup, anılan lehtardan ciro yolu ile bankaya çek verilmiş ve lehtarın cirousunda herhangi bir "tahsil kaydı" "içindir şeklinde ibare bulunmamaktadır. Bu durumda lehtar cirousu temlik cirousu olup davalı bankanın takas odasına kendisince yapılmış olan ciro dikkate alınmaz.*"; 17.04.2017 tarihli, 7516/ 3068 sayılı karar, www.kazanci.com (04.04.2020).

121 Arslanlı, s. 121; Poroy, Tekinalp, s. 108; Gürbüz, s. 345; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 74; Uyar, s. 83; Bahtiyar, s. 36.

122 Kuru, *El Kitabı*, s. 364; Uyar, s. 83; Yavuz, s. 106.

123 Y. 19. HD. 28.9.2017 tarihli, 20339/ 6394 sayılı karar "*Senette "bedeli teminattır", "bedeli rehindir" veya bunlara uygun bir ibarelerden birinin yer almaması halinde senedin rehin cirousu ile değil temlik cirousu ile verildiği kabul edilmelidir.*" www.kazanci.com (04.04.2020).

124 Arslanlı, s. 123; Rehin miktarını aşan kısım için kişisel defiler hamile karşı ileri sürülemez (Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 74).

rınca da çekte rehin cirosu yapılması kabul edilmemektedir¹²⁵. Aksi yöndeki görüş ise ÇK'da ileri tarihli çek düzenlenmesine imkan tanınmasıyla çekin kredi işlevini doğuracağını ve buna dayanarak kredi işlevine sahip çekte rehin cirosu yapılabileceğini savunmaktadır¹²⁶.

Uygulamada ise çekte rehin cirosu yapılmayacağı görüşü uyarınca ileri tarihli çekler temlik cirosu ile yani cironun devir, teminat ve teşhis işlevlerinin tamamına haiz bir ciro ile devredilerek, keşide tarihinde tahsil edilene kadar teminat işlevinden faydalanılmaktadır¹²⁷.

III. İptal Davası ile Menfi Tespit Davası Farkı

Kıymetli evrak hukukunda senedin zayı olması halinde hamile, senetten doğan haklarını kaybetmemesi için senedin iptali adı altında dava açma hakkı tanınmıştır (TTK 651). Uygulamada ise menfi tespit davaları yanlış adlandırılarak senedin iptali talebiyle açılmaktadır¹²⁸. Taraflar, dava açarken yanlış hukuki nitelendirmede bulunsa bile hakim tarafların hukuki değerlendirmesiyle bağlı değildir (HMK 33). Bu sebeple davacı, davayı senedin iptali talebi ile açmış olsa dahi menfi tespit davasında İİK 72 hükmü uygulanmak zorundadır¹²⁹.

125 YHGK 30.05.2018 tarihli, 19-817/1145 sayılı karar “Çekte rehin cirosu yapılamaz. Çekin sadece tahsil veya temlik cirosuyla verilmesi mümkündür. Çeklere uygulanacak poliş hükümlerinin sayıldığı maddede rehin cirosuna dair bir atıf yapılmamıştır. Çekte rehin cirosu yapabilmek yolunun kapatılmasının sebebi, çekin, bir ödeme vasıtası olmasıdır. Kısa süre içinde ödenmesi şart bulunan bir senedin, teminat kabilinden ciro edilmesi uygun görülmemiştir. Bir ödeme vasıtası olarak ibraz edildiği anda ödenmesi gereken çek bedelinin tahsil edilip rehnolunmasının, daha devamlı ve emin bir teminat teşkil edeceği tabiidir. Çekte ancak tahsil veya temlik cirosu yapılabileceği, davaya konu yapılan çekin lehtar tarafından yapılan ciroda yer alan “emrine ödeyiniz” ibaresinden de anlaşılacağı gibi, çekin rehin cirosu ile devredilmediği, kredinin teminat alınarak kullanılacağına dair yapılan genel ifadelerin de çekin rehin cirosu ile devredildiğini göstermeyeceği sonucuna varılmıştır.”; Y. 11. HD. 14.12.2017 tarihli, 5207/ 7266 sayılı karar, www.kazanci.com (04.04.2020).

126 Buket Çatakoğlu, İleri Tarihli Çekler Bakımından Rehin Cirosunun Tetkiki, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, C. 7, S. 28, s. 771-810(801); Ali Haydar Yıldırım, Türk Hukuku'nda Vadeli Çek (İleri Tarihli Çek) ve Bunun Doğurduğu Sonuçlara İlişkin Bazı Tespitler, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2017, C. 21, S. 4, s. 102-106.

127 Seza Reisoglu, *Çek Hukuku*, Ankara 2011, s. 148.

128 Kuru, *El Kitabı*, s. 348; Gürbüz, s. 541 vd.; Diğdem Göç-Gürbüz, *Kıymetli Evrakın Zayı Olması ve İptali*, İstanbul 2017, s. 91; Y. 13. HD. 07.03.2018 tarihli, 20529/ 2886 sayılı; 13.12.2017 tarihli, 27173/ 12439 sayılı karar, www.kazanci.com (03.04.2020).

129 Y. 19. HD. 26.02.2018 tarihli, 15830/ 961 sayılı karar “Davacı her ne kadar dava dilekçesinin sonuç kısmında çekin iptalini talep etmişse de dava dilekçesi içeriğinden davanın İİK 72. maddesi uyarınca açılan menfi tespit istemine dair olduğu anlaşılmaktadır. Dava dilekçesinde olayları belirtmek davacıya, hukuki tasvifte bulunmak da hakime aittir. Bu sebeple mahkemece davaya İİK 72. maddesi uyarınca menfi tespit davası olarak bakılması gerekirken hukuki tasvifte hata yapılarak davanın kıymetli evrak iptali davası şeklinde yorumlanması doğru görülmemiştir.”; Y. 19. HD. 5.5.2016 tarihli, 210/ 8340 sayılı kararı, www.kazanci.com (04.04.2020).

Kambiyo senedinin bedelsizliğine dayanarak açılan menfi tespit davası ile senedin zayi olmasından kaynaklanan iptal davası farklı hukuki koruma sağlamaktadır.¹³⁰ İptal davası HMK uyarınca çekişmesiz yargı işlemlerindedir (HMK 382/2-e/6).

İptal davası ancak senedin zayi olduğu veya ziyan ortaya çıktığı anda senet üzerinde hak sahibi olan kişi tarafından açılabilir (TTK 651/2). İptal davasında senet zayi olsa dahi senedin içerdiği haklar geçerliliğini devam ettirir¹³¹. Menfi tespit davası ise borçlu olmadığını iddia eden kişi tarafından açılır. Senet madde olarak varlığını devam ettirse bile senetteki hakkın doğmadığı veya sona erdiğinin mahkemece tespiti talep edilir.

Sonuç

Kıymetli evrak hukukunda defiler hakkın yerine getirilmesi ve haksız ifaların önüne geçilmesi için hayati öneme sahiptir. Kambiyo senetlerine dayanan menfi tespit davasında ise sahip olunan defiler hangi tür menfi tespit davası açılacağını tespit etmek için kilit bir role sahiptir. Bundan dolayı çalışmamızda da sahip olunan defiler türlerine göre hangi tür menfi tespit davası açılacağını tespiti için defiler ayrıntılı bir şekilde sınıflandırılarak ve menfi tespit davası türleri ile bağlantıları ele alınarak incelenmiştir. Kambiyo senetlerine dayanan menfi tespit davası ilk olarak zaman ayırımına göre icra takibinden önce veya sonra açılması durumuna göre incelenmiştir. Ardından sebep ayırımına göre bedelsizlikten veya hükümsüzlükten kaynaklanan menfi tespit davası ayırımına yer verilmiştir. Böylece menfi tespit davası açılacağı esnada senedin hükümsüzlüğü veya senedin bedelsizliği hallerinden hangisine başvurulması gerektiğinin doğru tespit edilmesi amacı doğrultusunda konu ele alınmıştır. Konu ile ilgili teorik açıklamaların yanında yargı kararlarından örneklerle de yer verilerek uygulama ve teori birlikte incelenmiştir.

Defi türleri incelenirken senet metninden anlaşılan maddi anlamda itirazlar ve maddi anlamda defiler ayırımı yapılmıştır. Bununla birlikte hükümsüzlüğe ilişkin defiler de mutlak ve nisbi niteliklerine göre sınıflandırılmıştır. Ardından takas ve ibradan kaynaklanan menfi tespit davasının özel durumuna dair

130 Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer-Ertan, s. 56; Göç-Gürbüz, s. 94.

131 Y. 11. HD. 27.02.2017 tarihli, 1259/ 1116 sayılı karar "Kıymetli evrak zayi olduğu takdirde mahkeme tarafından iptaline karar verilebilir. Kıymetli evrakın zayi olduğu veya ziyanın ortaya çıktığı anda senet üzerinde hak sahibi olan kişi, senedin iptaline karar verilmesini isteyebilir. Boş çek yaprakların kıymetli evrak niteliği taşımadığından iptali istenemez. Çek keşidecisinin iptal davası açmaya hakkının olmadığı, iptal davası açma hakkının borçlu durumunda olan keşide edene değil ancak çek üzerinde hak sahibi olan hamile aittir." www.kazanci.com, (03.04.2020); İptal davasının niteliği ve sonuçları hakkında bkz. Y. 19. HD. 18.03.2010 tarihli, 5297/ 3053 sayılı karar, www.kazanci.com (05.04.2020).

açıklamalarla birlikte tahsil ve rehin cirosunun özelliklerinden kaynaklanan farklılıklara da değinilmiştir. Son olarak menfi tespit davası ile senedin iptali davası terimleri arasındaki farklara çalışmamızda yer verilmiştir. Böylece sahip olunan definin belirlenmesi ile başvurulması gereken menfi tespit davası türünün kolayca tespit edilebileceği şekilde konu ele alınmıştır.

KAYNAKLAR

- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar, Sema; Hanağası, Emel, *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, 2019.
- Arslanlı, Halil, *Ticari Senetler Dersi*, 3. Bası, İstanbul, 1954.
- Bahtiyar, Mehmet, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 17. Bası, İstanbul, 2019.
- Çamoğlu, Ersin, Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları), *Batider* 2019, C. 35, S. 3, S. 5-38.
- Çatakoğlu, Buket, İleri Tarihli Çekler Bakımından Rehin Ciroşunun Tetkiki, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, C. 7, S. 28, S. 771-810.
- Domaniç, Hayri, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulamaları –Ttk Şerhi IV-*, İstanbul, 1990.
- Erdoğan, Hasan, *Borçtan Kurtulma Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, 3. Baskı, Ankara, 2003.
- Eriş, Gönen, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak*, 2. Baskı, Ankara, 2016.
- Göç-Gürbüz, Diğdem, *Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptali*, İstanbul, 2017.
- Gürbüz A., Hulusi, *Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, İstanbul, 1984.
- İmregün, Oğuz, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, 1998.
- İnan, Nurkut, *Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları*, Ankara, 1969.
- Karayalçın, Yaşar, *Ticaret Hukuku: Ticari Senetler(Kambiyo Senetleri)*, 4. Bası, Ankara, 1970.
- Kendigelen, Abuzer, *Çek Hukuku*, 5. Bası, İstanbul, 2019.
- Kendigelen, Abuzer; Kırcı İsmail, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, 2019.
- Kınacıoğlu, Naci, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, 1999.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Ankara, 2013. (El Kitabı)
- Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası*, Ankara, 2003. (Menfi Tespit)
- Kuru, Baki; Budak Ali Cem, *Tespit Davaları*, 2. Baskı, İstanbul, 2010.
- Muşul, Timuçin, *İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, 2. Baskı, Ankara, 2016.
- Öztan, Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 23. Bası, Ankara, 2019.
- Poroyv Reha; Tekinalp Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 23. Bası, İstanbul, 2019.
- Postacıoğlu İlhan; Altay Sümer, *İcra Huku Esasları*, 5. Bası, İstanbul, 2010.
- Pulaşlı, Hasan, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 7. Baskı, Ankara 2020.
- Reisoğlu, Seza, *Çek Hukuku*, Ankara 2011.
- Tekil, Fahiman, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1994.
- Türk, Ahmet, Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler, *DEÜHFD* 2005, C. 7,

Prof. Dr. İrfan Bastuğ'a Armağan, S. 307-382. (Bedelsizlik ve Hükümsüzlük)

- Türk, Ahmet, *Menfi Tespit Davası*, Ankara, 2006. (Menfi Tespit)
- Türk, Ahmet, Takip Konusu Alacağın Zamanaşımına Uğraması Nedeniyle Menfi Tespit Davası Açılması, *Batider* 1999, C. 20, S. 1, S. 57-72.
- Uyar, Talih, *Menfi Tespit ve İstirdat Davası*, 2. Baskı, Ankara, 2019.
- Ülgen, Hüseyin; Helvacı, Mehmet; Kaya, Arslan; Nomer-Ertan, N. Füsun, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 11. Bası, İstanbul, 2019.
- Yavuz, Nihat, *Menfi Tespit ve İstirdat(Geri Alma) Davası*, 2. Baskı, Ankara, 2007.
- Yıldırım, Ali Haydar, Türk Hukuku'nda Vadeli Çek (İleri Tarihli Çek) ve Bunun Doğurduğu Sonuçlara İlişkin Bazı Tespitler, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2017, C. 21, S. 4, S. 91-119.
- Yılmaz, Ejder, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, Ankara, 2016.
- Yılmaz, Lerzan, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, 2. Bası, İstanbul, 2017. (Kambiyo Senetleri)

Meslekî Faaliyet Gereği Kiraya Verilen ve Kiracının Özel Kullanımına Yarayan Taşınır Eşyalara İlişkin Kira Sözleşmesi*

Leased for Professional Activity and Rental Contract for Movable Items for Private Use of the Lessee

Hakkı Mert DOĞU**

Öz

Kira sözleşmesi, kişilerin bir taşınır veya taşınmaz eşyanın maliki olmaksızın, o eşyayı kullanma ya da kullanmayla birlikte ondan yararlanma imkânı sağlayan bir sözleşmedir. Türk Borçlar Kanunu'nda kurulmasından sona ermesine kadar ayrıntılı bir şekilde düzenlenen kira sözleşmesi, sözleşmeler hukuku açısından da önemli bir yere sahiptir.

Kira sözleşmesi ve bununla bağlantılı olan kira hukukunda değerlendirebilecek kiralardan biri taşınır kira sözleşmeleri ve bunların sona erdirilmesidir. Bu kapsamda ele alınması gereken bir husus kiraya verenin meslekî faaliyeti gereği kiraladığı ve kiracının da özel kullanımına yarayan taşınır eşyalara ilişkin kira sözleşmesinin düzenlediği Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrasıdır. Bu maddede söz konusu kira sözleşmelerinin şartları ile sona ermesine ilişkin usullere yer verilmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrası, kaynağını İsviçre Borçlar Kanunu'nun 266k maddesinden alan bir düzenlemedir. Hem Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrası hem de İsviçre Borçlar Kanunu'nun 266k maddesindeki düzenlemelerin tüketici kira sözleşmesi olarak adlandırılması da mümkündür.

Çalışmada Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrası, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeyle karşılaştırılmalı olarak ayrıntılı bir şekilde ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kira sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu, taşınır eşya, fesih

* Makale gönderim tarihi: 02.10.2021. Makale kabul tarihi:4.11.2021. Hakkı Mert Doğu, "Meslekî Faaliyet Gereği Kiraya Verilen ve Kiracının Özel Kullanımına Yarayan Taşınır Eşyalara İlişkin Kira Sözleşmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2021, s. 521-533; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.02.10>

** Dr. Öğr. Üyesi, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı. İletişim; Akabe, Alaaddin Kap Cd. No:130, 42020 Karatay/Konya, mert.dogu@karatay.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-4695-9623>

ABSTRACT

Rental contract is a contract that allows people to use or benefit from a movable or immovable property without being the owner of that property. The lease agreement, which is regulated in detail in the Turkish Code of Obligations from its establishment to its termination, also has an important place in terms of the law of contracts.

One of the rents that can be evaluated in the lease contract and the related lease law is movable lease contracts and their termination. An issue that needs to be addressed in this context is the second paragraph of Article 330 of the Turkish Code of Obligations, which is regarding the movable goods that the lessor rents due to his professional activity. This article includes the terms and procedures for the termination of the rental contracts.

The second paragraph of article 330 of the Turkish Code of Obligations is a regulation that takes its source from article 266k of the Swiss Code of Obligations. It is also possible to call the regulations in the second paragraph of article 330 of the Turkish Code of Obligations and article 266k of the Swiss Code of Obligations as consumer rental contract.

In the study, the second paragraph of Article 330 of the Turkish Code of Obligations is discussed in detail in comparison with the regulation in the Swiss Code of Obligations.

Keywords: Rental contract, Turkish code of Obligations, Swiss code of Obligations, movable property, termination.

Giriş

Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen kira sözleşmesi, uygulamada sıkça karşılaşılan ve özellikle kişilerin barınma veya iş yeri ihtiyacını karşılamak amacıyla yapmış oldukları bir sözleşme olarak kabul edilebilir.

Kira sözleşmesinin konusunu taşınmaz eşyalar oluşturabildiği gibi taşınır eşyalar da oluşturmaktadır. Taşınırlara ilişkin kira sözleşmelerinden bir tanesi de kiraya verenin meslekî faaliyet gereği kiraladığı ve kiracının da özel kullanımına yarayan taşınır eşyaların kiralınmasına ilişkin sözleşmedir.

Çalışmada kiraya verenin meslekî faaliyet gereği kiraladığı ve kiracının özel kullanımına yarayan taşınır eşyalara ilişkin kira sözleşmeleri değerlendirilmekte ve bazı tespitler yapılmaktadır. Bu çerçevede öncelikle kira sözleşmesine ilişkin genel bilgiler verilmektedir. Ardından Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeden hareketle kiracının özel kullanımına yarayan ve kiraya verenin de mesleki faaliyeti gereği kiraladığı ta-

şınır kiralarna ilişkin sözleşme üzerinde durulmaktadır. Konuya ilişkin doktrindeki görüşler dikkate alınmakta; birtakım tespitler yapılmaktadır.

I. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmeleri

Kira sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 299 vd. maddelerinde “Genel Hükümler”, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları” ve “Ürün Kirası” olmak üzere üç kategoride düzenlenmektedir¹. Genel hükümler, taşınır kira sözleşmeleri ile konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesi kapsamına girmeyen ve ürün kirası sayılmayan kira sözleşmeleri bakımından uygulanacak hükümleri içermektedir. Bunun yanı sıra genel hükümler, konut ve çatılı işyeri kiraları ile ürün kirasında hakkında hüküm bulunmayan hâllerde de uygulama alanı bulmaktadır².

Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin hükümleri, İsviçre Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin hükümleri dikkate alınarak hazırlanmış; konut ve çatılı işyeri kiralarında da aynı sistem takip edilmiş fakat burada İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki hükümler Türk Borçlar Kanunu'na aynen aktarılmamıştır³.

Kira sözleşmesi özellikle barınma ve iş yeri ihtiyaçları dikkate alındığında taşınmazlarda kendisini göstermektedir. Kişilerin hem hayatlarının devamı hem de ekonomik anlamda faaliyetlerini yürütebilmeleri, konut veya işyeri kiralarının önemini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte taşınırlara ilişkin kira sözleşmesinin yapılması da mümkündür. Taşınmazlar kadar olmasa da taşınır eşyaların kiralanması da söz konusu olmakta ve TBK'da taşınır kiralarna ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır. Bütün bunlar dikkate alındığında kira sözleşmesinin her anlamda (sosyal, ekonomik, hukuki) son derece önemli bir yere sahip olduğunu söylemek yanlış olmaz.

1 Nevran, Suiçmez, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kiracının ve Kiraya Verenin Yükümlülükleri” *Şeref Ertaş'a Armağan-Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 1599; Elif, Aydın Özdemir, “Türk Borçlar Kanunu'na Göre Niteliği Gereği Geçici Kullanıma Özgülmüş Taşınmazların Kiralanması”, *Şeref Ertaş'a Armağan-Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 1525.

2 Bkz., Fikret, Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 312; Aydın Özdemir, s. 1525.

3 Bkz., Emre, Gökyayla, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK. m. 339)”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Aydın Zevkliler'e Armağan-Cilt II*, İzmir, 2013, s. 1206.

II. Kiracının Özel Kullanımına Yarayan Taşınır Eşya Kirası

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrasında kiraya verenin mesleki faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının özel kullanımına yarayan taşınır eşyaların kirası ve bu kira sözleşmesinin feshine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. TBK'nin 330. maddesinin ikinci fıkrası "*Kiraya verenin meslekî faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının da özel kullanımına yarayan taşınır bir malın kiracısı, kira sözleşmesini, üç aylık kira dönemi sonu için en az bir ay önceden yapacağı bir fesih bildiriyle sona erdirebilir. Bu durumda kiraya verenin, zararının giderilmesini isteme hakkı yoktur.*" şeklindedir.

Kaynağını İsviçre Borçlar Kanunu (OR) 266k maddesinden (Art. 266k) alan TBK'nın 330. maddesinin ikinci fıkrası Türk Borçlar Kanunu açısından yeni bir düzenlemedir⁴. Hükümde kiraya verenin ticari faaliyetlerinin bir parçası olarak kişilere özel kullanım amacıyla kiraya verdiği taşınır eşyaya ilişkin kira sözleşmesinin sona ermesi düzenlenmektedir ve bu kira sözleşmesi, tüketici kira sözleşmesi olarak adlandırılabilir⁵. Söz konusu düzenlemeyle birlikte tüketici sıfatına sahip olan kiracıların özel olarak korunması amaçlanmaktadır⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrası ile OR 266k maddesinin, ilgili kanunlardaki düzenleme yerleri açısından bir değerlendirme yapmak ve farkı ortaya koymak yerinde olur. TBK'nın 330. maddesinin ikinci fıkrası, belirsiz süreli kira sözleşmelerinin fesih bildiri yoluyla sona erdirilmesine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı hükümler arasındadır. OR 266k ise kira sözleşmesinin olağanüstü feshine sebep olabilecek durumlar arasın-

4 Bkz., M. Murat, İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt II*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 296; Gülşah Sinem, Aydın, *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 100; Nevzat, Koç, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2014, s. 20; Nihat, Yavuz, *Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 441, (Kira); Erden, Kuntalp/Nami, Barlas/Ahu, Ayanoğlu Morali/Pelin Çavuşoğlu Işıntan, Mehtap, İpek/Mert, Yaşar/Sedef, Koç, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 180.

5 Bkz., Peter, Higi, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht- Teilband V2b Die Miete, Zweite Lieferung (Art. 266-268b OR)*, 4. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1994, Art. 266k, Rn. 3, s. 206; SVIT Kommentar, *Das Schweizerische Mietrecht*, Kommentar, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf, 2008, Art. 266k, Rn. 2-3, s. 461; Melania Lupi, Thomann, *Die Anwendung des Konsumkreditgesetzes auf Miet-, Miet-Kauf- und Leasingverträge*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2003, s. 52.

6 Bkz., Richard, Permann, *Kommentar zum Mietrecht*, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2007, Art 266k, Rn. 1, s. 217; Maja L., Blumer, *Kurzkommentar OR*, (Kommentierung zu Art. 266k OR), Hrsg: Heinrich, Honsell, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, Art. 266k, Rn. 1, s. 932, (KUKO OR/Blumer, Art 266k); Higi, Art. 266k, Rn. 6, s. 206.

da düzenlenmektedir⁷. Doktrinde TBK'nın 330. maddesinin ikinci fıkrasının kanunda düzenlendiği yer dikkate alınarak, hükmün kiraya vereni koruyucu bir niteliğe sahip olduğuna yönelik bir izlenimin oluşacağı belirtilmekte⁸ ancak bunun mümkün olmayacağına ilişkin değerlendirmeler de yapılmaktadır⁹. Kanunumuzda de söz konusu hükmün kiraya vereni değil; aksine kiracıyı koruyucu etkisi daha fazladır. Özel kullanıma yarayan taşınır bir malı, bu tür mesleki faaliyette bulunan bir kiraya verenden kiralayan kiracı, tüketici sıfatına sahip olmakta ve onun korunması ihtiyacı kendini daha fazla hissettirmektedir. Ayrıca TBK'nın 330. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi de kiracının korunmasına ilişkin açık bir hükmü içermektedir.

Doktrinde TBK'nın 330. maddesinin ikinci fıkrasının kaldırılması gerektiğini savunan bir görüş bulunmaktadır¹⁰. Bu görüşe göre fıkra bu hâliyle belirsiz süreli kira sözleşmelerinde kiracının sözleşmeyi feshedebilmesi için daha uzun fesih ihbar sürelerine uyması sonucunu doğurmakta; ancak kiracıyı koruma amacı güden kanun koyucunun hükmü bu şekilde uygulamak istemediği ve hükmün uygulanmasının kiracı aleyhine istenmeyen sonuçlar doğuracağına aşıkâr olduğu belirtilmektedir. Ayrıca bir diğer görüşe göre ise OR'de yer almayan bir ifadeyle, TBK'daki düzenlemeyle gereksiz yere fesih dönemi ve süresi uzatılmaktadır¹¹.

B. Şartları

1. Kira Sözleşmesinin Konusunun Taşınır Eşya Olması

Kira sözleşmesinin konusunu taşınır veya taşınmaz eşyalar oluşturmaktadır¹². Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin bir kira sözleşmesinin konusunu taşınır eşyalar oluşturmalıdır¹³. Taşınır eşya, özüne

7 Bkz., Claire, Huguenin, *Obligationenrecht-Besonderer Teil*, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2008, Rn. 514, s. 78.

8 Bkz., Ash, Makaracı Başak, "Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi (m. 327-338)", *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Cilt 2*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, m. 330, Pr. 10, s. 1894; Aydın, s. 101.

9 Ayrıntılı bilgi için bkz., İnceoğlu, s. 296.

10 Makaracı Başak, m. 330, Pr. 10, s. 1895.

11 Bkz., Murat, Aydoğdu/Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 595, (Özel Borç İlişkileri).

12 Bkz., Klaus, Lützenkirchen, *Mietrecht Kommentar*, 2. Aufl., Verlag Otto Schmidt, Köln, 2015, Vor § 535 BGB, Rn. 1, s. 2; Dietrich, Harke, *Mietrecht*, R. Oldenbourg Verlag, München-Wien, 1997, s. 4; Eren, s. 315.

13 "...Dava konusu yer kira sözleşmesinde "...park içindeki kafeterya..." olarak nitelenmiş olup kiralananın TBK'nin 330. maddesinde düzenlenen taşınır kirası hükümlerine mi yoksa çatılı işyeri kirası hükümlerine mi tabi olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılamamaktadır. Bu nedenle mahkemece, öncelikle kiralanın yerin (park içindeki kafeterya) nitelik ve vasfının araştırılarak (gerektiğinde yerinde keşif yapılarak) ile TBK'nin taşınır kirası hükümlerine mi yoksa çatılı işyeri hükümlerine mi tabi olup olmadığının tespiti, daha sonra hasıl olacak sonuca göre davalının kira süresi dolmadan akdi feshinin haklı olup olmadığı belirlenmelidir." Yargıtay 6. HD, E:2013/11011-K:2014/4128-T:1.4.2014, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 4.11.2021.

zarar gelmeksizin bir yerden başka bir yere taşınması mümkün olan ve taşınmazlar dışında kalan eşyalardır¹⁴. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 762. maddesinde de “*Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir.*” ifadelerine yer verilmektedir.

Maddenin lafzında açıkça taşınır eşyalardan bahsedildiği için taşınmazların bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle kanun koyucu, meslekî faaliyet gereği kiraya verilen ve kiracının özel kullanımına yarayan eşyaların kirasının sadece taşınır olarak açısından yapılabileceğini belirtmektedir.

Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kullanımı kiracıya bırakılan taşınır eşyalar açısından TBK'nın 330. maddesinin ikinci fıkrası uygulama alanı bulmaz¹⁵. Söz konusu taşınır eşyalar için TBK'nın 339. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde “*Konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümler, bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanır.*” şeklinde bir düzenlemeye gidilmiştir.

2. Kira Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması

Kira sözleşmesi, belirli süreli kira sözleşmesi ve belirsiz süreli kira sözleşmesi olarak ikiye ayrılmaktadır. Nitekim söz konusu ayırım TBK'nın 300. maddesinin birinci fıkrasında “*Kira sözleşmesi, belirli ve belirli olmayan bir süre için yapılabilir.*” şeklinde ifade edilmektedir. Belirli süreli kira sözleşmesinde taraflar, kira sözleşmesinin süresini ya belirlemiştirler ya da sözleşmenin amacından sürenin belirli olduğu anlaşılabilir¹⁶. Belirsiz süreli kira sözleşmesinde ise taraflarca sözleşmesinin süresine ilişkin herhangi bir belirleme söz konusu olmamaktadır¹⁷.

14 Bkz., M. Kemal, Oğuzman/Özer, Seliçi/Saibe, Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, Pr. 40, s. 14; Rona, Serozan, *Eşya Hukuku I*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 252; Turhan, Esener/Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 44; Mehmet Serkan, Ergüne, *Taşınır Mülkiyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, N. 28, s. 15; Mehmet, Demir, *Taşınır Mülkiyeti (TMK m. 762-778 Şerhi)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 7.

15 Bkz., Aydın, s. 101; İnceoğlu, s. 297. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Emel, Badur, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kullanımı Kiracıya Bırakılan Eşya”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 7, Sayı 27, 2016, s. 157 vd.

16 Bkz., Aydın Zevkiler/K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 204; Cevdet, Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2014, s. 385, (Borçlar); Faruk, Acar, *Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326)*, 3. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2016, s. 96 vd.

17 Bkz., Mustafa Alper, Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler-Cilt-I*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 237, (Özel Hükümler); Acar, s. 100; Yavuz, *Borçlar*, s. 389.

Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrasına göre kiracının özel kullanımına yönelik yapılacak bir kira sözleşmesinin belirsiz süreli olması gerekmektedir¹⁸. Bu durum düzenlemede açıkça belirtilmiyor olsa da ilgili maddenin “*Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde fesih bildirim*” başlığı altında düzenleniyor olması bu sonuca ulaştırmaktadır.

3. Kiraya Veren Taşınır Eşyayı Mesleki Faaliyeti Gereği Kiraya Vermiş Olması

Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrası açısından aranan bir diğer şart, kiraya verenin taşınır eşyayı mesleki faaliyeti gereği kiraya vermiş olmasıdır. Bir başka ifadeyle kiraya veren, kiralama faaliyetini bir meslek olarak yerine getirmelidir¹⁹. Doktrinde otomobil kiralama şirketleri bu kapsamda değerlendirilmektedir²⁰.

Kiraya veren, mesleki olarak bir kiralama işi içerisinde olduğu için tacir sıfatına sahip olmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre tacirin yapmış olduğu her türlü kira sözleşmesinin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir²¹. Kanaatimizce burada mesleki faaliyet kavramının yorumu, söz konusu sınırın çizilmesi bakımından son derece önemlidir. Yapılan faaliyetin, ilgili meslek kolunun faaliyeti olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği belirlenmelidir. Şayet yapılan faaliyet ile meslek kolunun faaliyetleri arasında bir ilişki varsa, bu kapsamda kiraya verenin mesleki faaliyeti gereği yaptığı kira sözleşmesinden bahsedilebilir.

4. Kira Sözleşmesinin Kiracının Özel Kullanımına Yönelik Olması

Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrası açısından aranan son şart, kira sözleşmesinin konusunu oluşturan taşınır eşyanın kiracının özel kullanımına yönelik olmasıdır. Burada kiracının, taşınır malı mesleki veya ticari amaçla kullanmamış olması aranmalıdır²².

Kiracının özel kullanımına yönelik ve kiraya verenin de mesleki faaliyeti gereği eşyayı kir alıyor olması taraf sıfatları da dikkate alındığında kira sözleşmesini 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) kapsamına dahil etmektedir²³. Örneğin otomobil kiralama işi, hizmet kavramı içerisinde

18 Bkz., Mustafa Alper Gümüş, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 260, (Kira).

19 Bkz., Hığı, Art. 266k, Rn. 10, s. 207; İnceoğlu, s. 297.

20 Bkz., Aydoğdu/ Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 595; Aydın, s. 101; Gümüş, *Kira*, s. 259-260.

21 Bkz., İnceoğlu, s. 297-298.

22 Bkz., KUKO OR/Blumer, Art 266k, Rn. 1, s. 932; Engin, Daşlı, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Kira Sözleşmesinin Feshi*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 121.

23 Bkz., Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, *Tüketici Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 129, (Tüketici); İ. Yılmaz, Aslan, *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015, s. 23.

değerlendirildiğinden, tüketici sıfatıyla hareket edilmesi durumunda TKHK devreye girmelidir²⁴.

Kira sözleşmesinin kiracının özel kullanımına yönelik olması şartının varlığı tespit edilirken, taraf sıfatlarına dikkat edilmesi gerekir. Bu açıdan hem kiraya veren hem de kiracının taraf sıfatlarının tespiti önem arz etmektedir. Kiraya verenin taşınır eşyayı mesleki faaliyeti kapsamı dışında kiralaması durumunda, kiracı da buna bağlı olarak tüketici sıfatına sahip olamaz. Ayrıca kiracının kullanım amacı da bu tespit bakımından dikkate alınmalıdır. Kullanım amacı sözleşmede öngörülebileceği gibi kişinin kullanımına bakılarak da bir belirleme yapmak mümkündür. Gerçek kişi tacirler ve diğer serbest meslek sahiplerinin sözleşmede belirlenen kullanım amaçları dikkate alınmalıdır²⁵. Örneğin Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 19. maddesinin birinci fıkrasına göre gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adı sayılır.

Kiracının malı hem kişisel ihtiyaçları hem de mesleki ya da ticari faaliyetleri kapsamında kullanıyor olması hâlinde doktrinde bir görüş, kira sözleşmesi için bu hükmün uygulanmasının mümkün olmayacağı yönündedir. Kanaatimizce bu tür karma amaçlı kullanımlarda, baskın amaca bakmak gerekir. Baskın amaç, kişisel ihtiyaçlar için eşyanın kullanımıysa ve diğer şartlar da mevcutsa, artık TBK'nın 330. maddesinin ikinci fıkrası uygulama alanı bulmalıdır.

C. Hükmün Uygulama Alanı ve Amacı

1. Hükmün Uygulama Alanı

Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrası, araba kiralama şirketleri veya kiraya veren tarafından kendi işleri bağlamında özel kullanım için kiralanmaları koşuluyla, otomobiller, televizyon setleri, müzik setleri, ev aletleri, bilgisayarlar ve benzerleri dahil olmak üzere tüketim malları olarak adlandırılan ürünler için uygulanmaktadır²⁶. Hükmü, sadece konut veya iş yerinden bağımsız olarak kiralanan taşınır mallar için söz konusu olur²⁷. Dokt-

24 Ayrıca bkz., Ece, Baş Süzel, "Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, 2018, s. 974-975.

25 Bkz., İnceoğlu, s. 298.

26 Bkz., Peter, Heinrich, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR*, (Kommentierung zu Art. 253-274g OR), Hrsg: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin/Daniel Girsberger, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2012, Art. 266k, s. 441; SVIT Kommentar, Art. 266k, Rn. 2-3, s. 461-462; Aydın, s. 100.

27 Bkz., David, Lachat/Giacomo Roncoroni, *Mietrecht für die Praxis*, 9. Aufl., Stämpfli AG, Bern, 2016, s. 76.

rindeki bir görüşe göre TBK'nın 330. maddesinin ikinci fıkrasının Türkiye'de uygulama alanına sadece otomobil kiralari örnek verilebilmekte; ev aletleri veya diğer taşınır eşyalar bakımından böyle bir kira sözleşmesi yapılmamaktadır²⁸. Kanaatimizce özellikle Covid-19 salgınıyla birlikte bu tür şartları taşıyan bir kira sözleşmesi yapılabilir. Covid-19 salgınının ne kadar daha devam edeceği bilinmediği için, örneğin uzaktan eğitim alan kişinin bir bilgisayar veya kamera, mikrofon gibi bir donanımları kiralaması mümkündür. Ayrıca bahçe bakım malzemeleri ve çim biçme makineleri de bu kapsamda değerlendirilebilir. Benzer şekilde bisiklet, elektrikli scooter veya peruk kirası da hükmün konusuna dahil olabilir.

Kiralanan taşınır malın, kiraya verenin işi kapsamında veya bir kişiye özel kullanım için kiraya verilmemesi halinde, TBK'nın 330. maddesinin birinci fıkrası (OR 266f) kapsamında değerlendirilecek olup TBK'nın 330. maddesinin ikinci fıkrası gündeme gelmez²⁹.

2. Hükmün Amacı

Hükmün amacı, tüketici sıfatına sahip olan kiracının korunması ve taşınır kirasına ilişkin sözleşmeyi fesih sürelerine uyarak feshetmesi imkânını sağlamaktır. Bir başka ifadeyle tüketici sıfatına sahip kiracıya, “*tüketim çılgınlığından geri dönebilme fırsatı*” sağlanmaktadır³⁰.

Doktrindeki bir görüşe göre TBK'nın 330. maddesinin ikinci fıkrasıyla ulaşılmak istenen amacın tıpkı OR 266k maddesinde olduğu gibi kiracıya belirli süreli bir kira sözleşmesi açısından olağanüstü bir fesih imkânı tanımaktır³¹. Kanaatimizce her ne kadar OR 266k maddesi, kira sözleşmesini olağanüstü fesih hakkı tanıyor olsa da TBK'daki düzenleme açısından bunu açıkça dile getirmek mümkün değildir. Ayrıca her özel fesih düzenlemesinin, olağanüstü bir nitelik taşıdığını söylemek de doğru olmayacaktır³².

D. Sözleşmenin Feshi ve Sonuçları

Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrasına göre sözleşmenin feshi için kiracının üç aylık kira dönemi sonu için en az bir ay önceden bir fesih bildirimini yapması gerekmektedir. Düzenleme değerlendirildiğinde kiracının sadece üç aylık fesih dönemlerine uyması değil; aynı zamanda fesih

28 Bkz., Aydın, s. 101.

29 Bkz., Permann, Art. 266k, Rn. 1, s. 217; SVIT Kommentar, Art. 266k, Rn. 3, s. 462; Aydın, s. 101.

30 Bkz., Thomann, s. 53.

31 Bkz., İnceoğlu, s. 211-212.

32 Ayrıca bkz., Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu Moralı/Çavuşoğlu Işıntan/İpek/Yaşar/Koç, s. 180.

bildirim süresine de uygun hareket etmesi aranmalıdır³³. Fesih dönemlerinin hesabı yapılırken TBK'nın 328. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinden hareketle kira sözleşmesinin başlangıç tarihi esas alınmalıdır. TBK'nın 330. maddesinin ikinci fıkrası kiracı lehine nisbi emredici bir düzenleme olduğundan söz konusu süreler uzatılabilir; ancak kısaltılması mümkün değildir³⁴.

Kiracının fesih dönemi veya fesih bildirim sürelerine uymaması durumunda kira sözleşmesinin feshi, TBK'nın 328. maddesinin ikinci fıkrasının kıyasen uygulanmasıyla bir sonraki fesih dönemi için geçerli olmalıdır³⁵. Bir sonraki fesih dönemi için kira sözleşmesinin sona erdirilmesinin kabulü, tüketici sıfatına sahip olan kiracı açısından da hükmün koruyucu özelliğini ortaya koyar.

Kiracı tarafından yapılacak fesih bildirimini şekli konusunda kanun koyucu bir belirlemede bulunmamıştır³⁶. Kanaatimizce ispat güçlükleri dikkate alındığında bu bildirim en azından yazılı bir şekilde yapılması uygun olacaktır. Bunun yanı sıra birden fazla kiracının varlığı hâlinde fesih bildirimini bütün kiracıların birlikte yapması gerekir³⁷.

Sonuç

Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrası kiraya verenin meslekî faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının da özel kullanımına yarayan taşınır eşyaların kirasına ilişkin şartları ve bu sözleşmenin feshini düzenlemektedir. Söz konusu düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu'nun 266k maddesine karşılık gelmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrası, belirsiz süreli kira sözleşmelerinin fesih bildirim yoluyla sona erdirilmesine ilişkin düzenlemelerin arasında yer almaktayken; OR 266k kira sözleşmesinin olağanüstü feshine sebep olabilecek durumlar arasında düzenlenmektedir. Doktrinde bu durumun kiraya vereni koruyucu bir etki doğuracağı yönünde görüş bildirilse de kanaatimizce böyle bir sonuca ulaşmak mümkün değildir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrasının söz konusu olabilmesi için bazı şartların varlığı aranmaktadır. Bunlardan ilki kira konusunun taşınır eşya olmasıdır. Taşınmazlar açısından hüküm uygulama alanı bulamaz. Bununla birlikte yapılan kira sözleşmesinin belirsiz süreli bir kira sözleşmesi olması gerekmektedir. Ayrıca kiraya verenin meslekî faaliyet gereği kira konu-

33 Bkz., İnceoğlu, s. 299.

34 Bkz., Makaracı Başak, m. 330, Pr. 11, s. 1895; Zevkililer/Gökyayla, s. 345; Heinrich, Art. 266k, s. 441.

35 Bkz., İnceoğlu, s. 299-300.

36 Ayrıca bkz., Higi, Art. 266k, Rn. 17, s. 209.

37 Ayrıca bkz., Aziz Erman, Bayram, "Birlikte Kira", *Ankara Barosu Dergisi*, 2019/1, s. 138 vd.

sunun kiraya verilmiş ve son şart olarak da kira konusu taşınırın kiracının özel kullanımına yarayan bir eşya olması aranmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 330. maddesinin ikinci fıkrasıyla ulaşılmak istenen amaç, tüketici sıfatına sahip olan kiracının korunması ve taşınır kirasının maddede öngörülen sürelerle uygun şekilde feshetme imkânını sağlamaktır. Doktrinde ilgili hükmün uygulama alanının son derece sınırlı olduğu belirtilse de kanaatimizce özellikle Covid-19 salgınının yaşandığı şu günlerde hükmün uygulama alanı genişlemiştir.

Kiraya verenin meslekî faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının özel kullanımına yarayan taşınır eşyalara ilişkin kira sözleşmesi kiracının üç aylık kira dönemi sonu için en az bir ay önceden yapacağı bir fesih bildiriyle birlikte sona ermektedir. Hüküm kiracı lehine nisbi emredici bir düzenleme olduğundan dolayı süreler uzatılabilir; ancak kısaltılamaz.

KAYNAKLAR***

- Acar, Faruk, *Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326)*, 3. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2016.
- Aslan, İ. Yılmaz, *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015.
- Aydın, Gülşah Sinem, *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Aydın Özdemir, Elif, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Niteliği Gereği Geçici Kullanıma Özgülenmiş Taşınmazların Kiralanması”, *Şeref Ertas’a Armağan-Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 1523-1547.
- Aydoğdu, Murat; Kahveci, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, (Özel Borç İlişkileri).
- Aydoğdu, Murat; Kahveci, Nalan, *Tüketici Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, (Tüketici).
- Badur, Emel, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kullanımı Kiracıya Bırakılan Eşya”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 7, Sayı 27, 2016, s. 155-179.
- Baş Süzel, Ece, “Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, 2018, s. 966-998.
- Bayram, Aziz Erman, “Birlikte Kira”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2019/1, s. 89-154.
- Blumer, Maja L., *Kurzkommentar OR, (Kommentierung zu Art. 266k OR)*, Hrsg: Heinrich, Honsell, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, (KUKO OR/Blumer, Art 266k).
- Daşlı, Engin, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Kira Sözleşmesinin Feshi*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Demir, Mehmet, *Taşınır Mülkiyeti (TMK m. 762-778 Şerhi)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Ergüne, Mehmet Serkan, *Taşınır Mülkiyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Esener, Turhan; Güven, Kudret, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Gökyayla, Emre, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK. m. 339)”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Aydın Zevkliler’e Armağan-Cilt II*, İzmir, 2013, s. 1203-1251.
- Gümüş, Mustafa Alper, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, (Kira).
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler-Cilt-I*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, (Özel Hükümler).
- Harke, Dietrich, *Mietrecht*, R. Oldenbourg Verlag, München-Wien, 1997.
- Heinrich, Peter, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR, (Kommentierung zu Art. 253-274g OR)*, Hrsg: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin/Daniel Girsberger, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2012.

- Higi, Peter, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht-Teilband V2b Die Miete, Zweite Lieferung (Art. 266-268b OR)*, 4. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1994.
- Huguenin, Claire, *Obligationenrecht-Besonderer Teil*, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2008.
- İnceoğlu, M. Murat, *Kira Hukuku Cilt II*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Koç, Nevzat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2014, s. 7-35.
- Kuntalp, Erden; Barlas, Nami; Ayanoğlu Morali, Ahu; Çavuşoğlu Işıntan, Pelin; İpek, Mehtap; Yaşar, Mert; Koç, Sedef, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.
- Lachat, David; Roncoroni, Giacomo, *Mietrecht für die Praxis*, 9. Aufl., Stämpfli AG, Bern, 2016.
- Lützenkirchen, Klaus, *Mietrecht Kommentar*, 2. Aufl., Verlag Otto Schmidt, Köln, 2015.
- Makaracı Başak, Aslı, “Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi (m. 327-338)”, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Cilt 2*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Permann, Richard, *Kommentar zum Mietrecht*, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2007.
- Serozan, Rona, *Eşya Hukuku I*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Suiçmez, Nevran, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kiracının ve Kiraya Verenin Yükümlülükleri” *Şeref Ertas'a Armağan-Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 1597-1622.
- *SVIT Kommentar, Das Schweizerische Mietrecht*, 3. Aufl., Kommentar, Zürich-Basel-Genf, 2008.
- Thomann, Melania Lupi, *Die Anwendung des Konsumkreditgesetzes auf Miet-, Miet-Kauf- und Leasingverträge*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2003.
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2014, (Borçlar).
- Yavuz, Nihat, *Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, (Kira).
- Zevkililer, Aydın; Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Türk Hukukunda Merkezi Karşı Taraf Kuruluşlarının Temerrüt Haline İlişkin Düzenleme İhtiyacı ve Örnekler Işığında Öneriler*

Regulatory Necessitate regarding Default of Central Counterparties in Turkish Law and Proposals in the Light of Samples

Harun ERYİĞİT**

ÖZ

Merkezi karşı taraf kuruluşları piyasalardaki işlevleri gereği modern finansal sistemin en önemli yapı taşlarından birini oluşturmaktadır. Ancak finansal piyasalarda yaşanan büyük krizler bu kuruluşların da sorgulanmasına neden olmuştur. Bu kapsamda özellikle merkezi karşı taraf kuruluşlarının ödeme gücü yeterliliği ve bu yeterliliğin kaybı nedeni ile ortaya çıkacak temerrüt durumu yasa yapıcıların dikkatini çekmiş, konu özel olarak düzenleme altına alınmıştır. Ülkemizde merkezi karşı taraf kuruluşlarına ilişkin temel düzenlemelerin yapıldığı kanun ve ikincil mevzuatta bu yönde bir hükme yer verilmediği görülmüş, bu kapsamda ESMA bünyesinden seçilen merkezi karşı taraf kuruluşlarının prosedürleri incelenerek öneriler getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Merkezi Karşı Taraf Kuruluşu, Merkezi Takas Kuruluşu, Karşı Taraf Riski, Merkezi Karşı Taraf Kuruluşu'nun Temerrüdü, Merkezi Karşı Taraf Kuruluşu'nun İflası, ESMA, EMIR.

ABSTRACT

By virtue of their functions in markets, central counterparties have been considered as an integrant part of modern financial system. Though major financial crises gave rise to questions about structure of these institutions. Based on this questions, the solvency of central counterparties and default situation which arises due to the

* Makale gönderim tarihi: 06.05.2021. Makale kabul tarihi: 26.07.2021. Harun Eryiğit, "Türk Hukukunda Merkezi Karşı Taraf Kuruluşlarının Temerrüt Haline İlişkin Düzenleme İhtiyacı ve Örnekler Işığında Öneriler", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2021, s. 535-555; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.02.04>.

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul. heryigit@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-6066-1287>.

loss of solvency has drawn the attention of lawmakers and the issue has been particularly regulated. However it is perceived that not such provisions have been took place in the law and secondary legislation in which the basic regulations regarding central counterparty organizations in Turkish legal system. In this framework the default situation of central counterparties is assessed in the light of central counterparty institutions selected from ESMA.

Keywords: Central Counterparty Institutions, Central Clearing Institutions, Counterparty Credit Risk, Default of Central Counterparty Institutions, Insolvency of Central Counterparty Institutions, ESMA, EMIR.

Giriş

Karşılıklı olarak borçların ifasını üstlendikleri sözleşmesel ilişkilerde taraflar, karşı tarafın sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi olasılığı nedeniyle her daim karşı taraf riski ile yüz yüze kalmış, ortaya çıkan bu risk süreç içerisinde merkezi takas mekanizması yoluyla yönetilmeye çalışılmıştır.

Finansal piyasalarda da aynı anlayış benimsenmiş, merkezi takas sistemi içerisinde işlem taraflarının maruz kaldığı karşı taraf riskini azaltmak ve finansal piyasalarda şeffaflığı artırabilmek adına Merkezi Karşı Taraf (MKT) kuruluşlarının teşekkülü sağlanmıştır. Tarafların akdetmek istedikleri sözleşmelerde araya girerek tarafların tüm hak ve yükümlülüklerini üstelenen MKT'ler, tarafların temerrüt nedeniyle maruz kaldığı riskleri ortadan kaldırarak tüm riski kendi üzerinde toplamıştır¹.

Bu işlevleri sayesinde tezgah üstü piyasalarda² menkul kıymetlerin devredilmesine, türev araçların işlem görmesine sermayenin dolaşımına olanak sağlayan takas kuruluşları ve MKT'ler, geçtiğimiz iki yüzyıl boyunca modern finansal piyasaların en temel yapı taşlarından biri olarak karşımıza çıkmıştır³.

Ancak 2008 yılında yaşanan kriz, finansal piyasaların tüm alanlarında olduğu gibi, MKT'lerin de mevcut yapılarının sorgulanmasına neden olmuş, tezgah üstü piyasalarda gerçekleştirilen işlemlerin yarattığı riskleri azaltan bu kuru-

1 MKT'lere ilişkin genel bilgi için bkz: I no'lu bölüm.

2 Organize piyasalar, alıcı ile satıcıyı belirli bir fiziksel alanda buluşturan ve işlemlerini gerçekleştirmesi için belirli kural ve düzenlemeler içeren piyasalar olarak tanımlanırken, tezgah üstü piyasalar ise, düzenli bir borsa dışında yapılan işlemleri kapsayan, işlem kurallarının taraflar arasında serbestçe belirlendiği, ödeme ve teslimatın genellikle ileriki bir tarihte belirli şartlara bağlı olarak yapıldığı piyasalar olarak tanımlanmıştır. (Erkan Eren, *Türk Hukukunda Merkezi Takas Kuruluşları, Merkezi Karşı Taraf Uygulaması ve Tezgâh Üstü Türev Araçların Merkezi Takası*, Onikilevha, İstanbul, 2019, s. 234).

3 Ruben Lee, *Running The World's Markets: The Governance Of Financial Infrastructure*, Princeton University Press, 2011, s. 13; Paolo, Saguato, "The Unfinished Business of Regulating Clearinghouses", *Columbia Business Law Review*, C.2020, S. 2, 2020, s. 455.

luşların temerrüde düşmesi durumunda ortaya çıkabilecek olan etkiler yoğun bir şekilde tartışılmıştır⁴.

Bu tartışmalar neticesinde MKT'lere ilişkin hükümlere yer verilen pek çok ulusal ve uluslararası düzenlemede değişikliğe gidilmiş, MKT'lerin temerrüdüne ve mevcut sözleşmeler üzerindeki etkilerine ilişkin özel ve detaylı hükümlere yer verilmiştir⁵.

MKT'lere ilişkin hukukumuzdaki temel düzenlemeler 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) ile yapılmış bu düzenlemeleri "30 Mayıs 2013 tarihli ve 28662 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Merkezi Takas Kuruluşlarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Genel Yönetmelik" ve "14 Ağustos 2013 tarihli ve 28735 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İstanbul Takas ve Saklama Bankası Anonim Şirketi Merkezi Karşı Taraf Yönetmeliği" takip etmiştir. Ancak söz konusu mevzuat hükümlerinin hiçbirinde muadil kuruluş hükümlerinde yapılan değişikliklere benzer bir şekilde MKT'lerin temerrüdüne ve özellikle temerrüt halinin tespitine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu amaçla kaleme alınan çalışmamızda öncelikle MKT'lerin temerrüde düşmesinin piyasalarda yaratacağı risklere dikkat çekilmiş, devamında MKT işlevi gören kuruluşların temerrüdü halinde hukukumuzda uygulama alanı bulacak olan temel düzenlemelere değinilmiştir. Sonrasında MKT'lerin temerrüt halinin tespitine ilişkin olarak örnek düzenlemeler incelenmiş, bu incelemelere bağlı olarak konuya yer verilen mevzuat hükümlerinde yapılması önerilen değişiklikler okuyucuların dikkatine sunulmuştur.

I. Merkezi Karşı Taraf Kuruluşlarının Temerrüdü ve Mevcut Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri

Finansal sistemin işleyişinde önemli görevler üstlenen MKT'ler ilgili piyasada gerçekleştirilen işlemlerde "her alıcıya karşı satıcı, her satıcıya karşı alıcı" sıfatını üstlenmekte, sözleşme taraflarının arasında yer alarak işlem güvenliği ve aynı zamanda şeffaflığını temin etmektedir⁶.

Normal şartlarda sözleşmesel risklerin yönetilebilmesi ve teminat sağlanabilmesi adına sözleşme konusu edimlerin yönetimini ve zilyetliğini üçüncü kişilere bırakması gereken işlem tarafları, MKT ile girişilen hukuki ilişkilere

4 Tartışmalar için bkz: I no'lu bölüm.

5 Düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz: III no'lu bölüm.

6 Angus Armstrong , "EU Membership, Financial Services And Stability", *National Institute Economic Review*, S. 236, 2016, s. 34

dayalı olarak yenileme⁷ yoluna gitmekte ve işlemleri merkezileştirmektedir⁸.

Bu yöntemle yenilenen sözleşmelerden doğan riskler MKT tarafından üstlenilmekte ve üyelerden birinin temerrüdü durumunda ortaya çıkan karşı taraf riski⁹ MKT tarafından ortadan kaldırılmaktadır¹⁰. Söz konusu riskin bertaraf edilmesi yalnızca sözleşmenin tarafı olan üye açısından değil, aynı zamanda piyasalar bakımından da büyük önem arz etmektedir. Finansal piyasalarda faaliyet gösteren işlemciler arasındaki bağlantı diğer piyasalara nazaran çok daha girift olup, başlangıçta yalnızca sınırlı sayıda işlemci bakımından sorun teşkil eden kayıplar sonrasında tüm sistemi tehdit eden sistemsel riskleri¹¹ de beraberinde getirebilmektedir¹². MKT'ler tarafından üstlenilen bu rol ise olası kayıpların tüm piyasaya yayılmasını önlemesi bakımından önem arz etmektedir¹³. Özellikle piyasada faaliyet gösteren işlemcilerin sistemsel risklere karşı tedbir almada gösterdiği isteksizlik göz önüne alındığında, MKT'lerin sahip olduğu önem daha da artmaktadır¹⁴.

Bu yönü ile önemli bir görev üstlenen MKT kuruluşları, piyasalarda zincirleme reaksiyona yol açma riski bulunan temerrüt tehlikelerini bertaraf ederek piyasanın karşı karşıya kaldığı riskleri azaltırken, diğer taraftan tüm riski kendi üzerinde toplayarak finansal sistemdeki olası bir çöküşün de merkez üssü haline gelmektedirler¹⁵. Böylesi bir risk ile baş edebilmek içinse MKT'ler pi-

7 Yenileme aracılığıyla, alıcı ve satıcı arasındaki esas sözleşme sona ermekte ve yerini birisi MKT ile alıcı, diğeri MKT ile satıcı arasında olan iki yeni sözleşme almaktadır. (Erkan Eren, s. 5)

8 Sean J., Griffith, "Clearinghouse Hope Or Hype: Why Mandatory Clearing May Fail to Contain Systemic Risk" *Harvard Business Law Review*, Online 160, 2012-2013, s. 161

9 Karşı taraf riski, bir sözleşmenin her bir tarafı için diğer tarafının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirememesi nedeni ile maruz kalacağı risktir. (Bruno, Biais/Florian, Heider/Marie, Hoerova, "Clearing, Counterparty Risk and Aggregate Risk", *IMF Economic Review*, C.60, S. 2, 2012, s. 194.

10 Saguato, s. 471.

11 Sistemsel riskler piyasalarda ortaya çıkan ekonomik şokun sermaye maliyetinde artışlara ulaşılabilirliğinde azalmalara yol açarak mali piyasalarda oluşan dalgalanma şeklinde tanımlanmaktadır. (Steven L. Schwarcz, "Systemic Risk", *The Georgetown Law Journal*, C.93:193, 2008, s. 197).

12 Griffith, s. 161.

13 Saguato, s. 457.

14 Robert O, Keohane, "After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy", Princeton University Press, New Jersey, 1984, s. 65-69; Griffith, s. 164; Bruno, Biais/Florian, Heider/Marie, Hoerova, s. 198. Merkezi karşı taraf uygulamasının piyasada faaliyet gösteren işlemcilerin hissedarlarının karlılığını artırabilmek adına daha riskli işlemlere yöneltebileceği hususunda bkz: Richard Squire, "Shareholder Opportunism in a World of Risky Debt", *Harvard Law Review*, C.123, 2009-2010, s. 1153.

15 Norman, s9; Griffith, s. 164; Christian, Chamorro-Courtland, "Brexit Scenarios: The Future of Clearing in Europe", *Columbia Journal of European Law*, C. 25, S. 2, 2019, s. 174. MKT tarafından karşılanması taahhüt edilen bu risklerin 2008 yılında yaşanan krizin özü olduğu hususunda bkz: Mark J., Roe, "Clearinghouse Overconfidence", *California Law Review*, C.101, S. 6, 2013, s. 1688.

yasadaki diğer aktörlere nazaran daha yüksek sermaye ve rezerve ihtiyaç duymaktadır¹⁶. Nitekim MKT'ler tarafından üstlenilen risklerin tamamı MKT'nin sermayesi ve fonlarından karşılanmaktadır¹⁷.

İlgili fonların ve sermayenin yeterli olmaması durumunda ise MKT'nin temerrüdü ve iflası gündeme gelmektedir. MKT'ler diğer sermaye şirketleri ve finansal kurumlardan farklı olarak doğrudan likidite problemi ile karşı karşıya kalmamaktadır. MKT'nin her türlü ödeme gücü yeterliliği, temerrüt durumunun varlığı ile birlikte kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Bu kuruluşlar bakımından iflas öncesi "likidite eksikliği" aşaması hiçbir zaman gündeme gelmemektedir¹⁸.

Bu yönü ile diğer finansal kuruluşlardan ayrılan MKT'ler, Lehman Brothers'ın 15 Kasım 2008 tarihinde çöküşü ile birlikte tarihindeki en büyük temerrüt riski ile karşı karşıya kalmış, bu durum tüm finansal kuruluşlar gibi MKT'lerin mevcut yapısının ve özellikle büyük işlem hacmine sahip üyelerin temerrüdü durumunda MKT'lerin süreci yönetme kabiliyetlerinin sorgulanmasına ve iflas risklerinin yoğun bir şekilde tartışılmasına neden olmuştur¹⁹.

16 Bruno, Biais/Florian, Heider/Marie, Hoerova, s. 198. MKT'ler kendi giderlerini iki ana yolla karşılarlar. Bunlardan ilki yapılan her işlem başına tahakkuk ettirilen ücretlerdir. Üyelerden alınan ücretler bu savunma hattının ilk ayağını oluşturur. Yine menkul kıymet hesapları ile garanti fonuna üyeler tarafından yatırılan değerlerden elde edilen faiz gelirleri bir diğer ayağını teşkil eder (Christian, Chamorro-Courtland, "The Trillion Dollar Question: Can a Central Bank Bail Out a Central Counterparty Clearing House Which Is Too Big to Fail", *Brooklyn Journal of Corporate, Financial, & Commercial Law*, S. 6, C. 2, 2012, s. 443; Norman, s. 10). Herhangi bir üyenin temerrüde düşmesi durumunda ilgili MKT'nin temerrüt prosedürleri devreye girmektedir. Bu prosedürlere uygun olarak ilgili üyenin açık pozisyonlarının tamamı MKT tarafından kapatılır. Bu prosedürler temerrüt halini öğrenen MKT'nin açık pozisyonları kapatabilmek adına emrinde olan tüm mali kaynaklara erişim sürecini içermektedir. Söz konusu prosedürler takas üyeleri tarafından MKT ile imzalanan sözleşmede yer almakta ve MKT'den MKT'ye farklılık arz etmektedir. Ancak her halükarda MKT'nin temerrüt pozisyonlarını tasfiye edebilmek adına gerekli takas mekanizmasını oluşturması beklenmektedir (Joseph, Tanega/Andrea, Savi, "Central Clearing Counterparties for OTC-Users: A Theoretical Framework", *New York University Journal Of Law & Business*, C.13, S. 3, 2017, s. 869.

17 Chamorro-Courtland, Too Big to Fail, s. 443. Öte yandan vurgulamak gerekir ki, söz konusu riskler fonlar aracılığı ile diğer üyelere bölüştürülerek azaltılmaktadır (Griffith, s. 164). Bunun nedeni, MKT'lar açısından birleşik bir üye portföyü riskinin, portföyü oluşturan üyelerin ayrı ayrı hesaplanan riskinden daha az olmasıdır (Lee, s. 62.). Öte yandan bu risklerin düşürülmesi adına BASEL kriterleri çerçevesinde ek bir takım kaynakların da bulundurulması gerektiği savunulmaktadır (Clifford Chance, "EU Regulatory Developments", *Law and Financial Markets Review*, C.7, S. 1, 2013, s. 65). BASEL kriterlerinin MKT'lar kapsamında değerlendirilmesi hususunda bkz: Hasan Yaşar, Şababoğlu, "2008 Küresel Finansal Krizi Sonrası Tezgaah Üstü Türev Piyasalara Yönelik Düzenlemeler", *Bankacılar Dergisi*, Türkiye Bankalar Birliği, C.24, S. 84, 2013, s. 108 vd.

18 Chamorro-Courtland, Too Big to Fail, s. 457.

19 Chamorro-Courtland, Too Big to Fail, s. 438; Sean J. Griffith, "Substituted Compliance and Systemic Risk: How to Make a Global Market in Derivatives Regulation", *Minnesota Law Review*, C.98, 2014, s. 1346.

Yapılan tartışmalar neticesinde MKT'lerin süreci yönetme kabiliyetini geliştirmesi, likidite yönetimini sağlayabilmesi ve böylece kendi temerrüdünü önleyebilmesi için üyeleri ile arasında standart ücret ilişkisinin ötesine geçen bir işbirliği ve sorumluluk paylaşımı yoluna gitmesi gerektiği kanaatine varılmış, özellikle merkez bankalarının bu süreçlerde aktif rol oynaması gerektiği belirtilmiştir²⁰. Aynı şekilde MKT kuruluşlarının gerçek anlamda düzenlenme

20 Norman, s. 10. 2008 küresel mali krizinden sonra yapılan değerlendirmelerde merkez bankalarının iflas edemeyecek kadar büyük MKT'leri kurtarmak için müdahale etmek zorunda oldukları, likidite ve ödeme gücü sorunları yaşayan MKT'lerin iflasını engellemek ve sistemsel risklerin daha geniş bir alana yayılımını durdurabilmek adına MKT'lerin merkez bankası likiditesine erişimine olanak sağlanması gerektiği dile getirilmiştir. Buna istinaden merkez bankalarının, başarısızlığı halinde bütün finansal piyasaları zincirleme bir reaksiyon ile sarsacak kadar büyük olduğu düşünülen MKT'lere bir acil durum kredisi sağlamak için yasal yetkiye sahip olup olmayacağı sorusu gündeme gelmiştir (Chamorro-Courtland, Too Big to Fail, s. 451). Likidite sorunları yaşayan MKT'lere gereken likitin sağlanabilmesi için yenilikçi yolların tartışıldığı bu dönemde merkez bankaları ile işbirliğinin kaçınılmaz olduğu kabul edilmiş, bunu müteakip Almanya ve Fransa'da MKT'lerin merkez bankası rezervlerine erişimine imkan tanınmıştır. Fransa'da Monetary & Financial Code Art. L442-1 ile MKT'lerin kredi kuruluşu olması zorunluluğu getirilmiş ve bu yolla merkez bankası likiditesine erişim imkanı tanınmıştır. Almanya'da ise Federal Bankacılık Kanunu m.32 ile sınırlı bir amaçla faaliyet göstermesi maksadı ile bankacılık lisansı sahibi olmalarına izin verilmiştir (Chamorro-Courtland, Too Big to Fail, s. 472). Konu Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 1095/2010 no'lu direktifi ile kurulan Avrupa Birliği Sermaye Piyasası Otoritesi (ESMA)'nın da gündeminde önemli bir yer teşkil etmiş, AB içerisinde MKT hizmeti sunmak isteyen tüm kurumların Avrupa Piyasa Altyapılarına İlişkin Tüzük (EMIR) kapsamında merkez bankası rezervlerine ulaşabilmesinin önü açılmıştır. Bu düzenlemeler ile her ne kadar bir MKT'nin temerrüt riski ile karşı karşıya kalması halinde mali sorumluluğun ve dolayısı ile denetim yükümlülüğünün üye devlette olduğu belirtilmişse de, aynı düzenleme ile bir başka üye devlet sınırları içerisinde kurulan MKT'nin temerrüdünün diğer üye devletlerde bulunan üyeleri de etkileyeceği belirtilerek üye devletlerdeki yetkili makamların yetkilendirme ve denetim süreçlerinde kaçınılmaz olarak işbirliği içerisinde bulunması gerektiği vurgulanmıştır (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52010PC0484&cookies=disabled>) (05.05.2021). ESMA tüm bu süreçlerin yürütülmesinde merkez kurum olarak hareket etmektedir. Konuya ilişkin olarak çıkarılan 20 Mayıs 2019 tarihli ve 2019/834 sayılı tüzükte ise ESMA'nın tüm bu süreçlerdeki yegane yetkili merci olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019R0834&cookies=disabled>)(05.05.2021).

Diğer taraftan öğretilerde MKT'lerin temerrüdünü önlemek adına doğrudan merkez bankası rezervlerine erişim sağlanması yerine, rezervlerin doğrudan temerrüt nedeni ile alacaklı konuma geçen üyelerin erişimine açılması ve böylece MKT'lere dolaylı olarak borç verilmesi yönetiminin de kullanılabilmesi dile getirilmiştir (Jeremy C. Kress, "Credit Default Swap Clearinghouses and Systemic Risk: Why Centralized Counterparties Must Have Access to Central Bank Liquidity", *Harvard Journal on Legislation*, C.48, 2011, s. 78. Fakat bu yaklaşımın MKT'nin temel işleyişine ve alıcıya karşı satıcı, satıcıya karşı alıcı sıfatına aykırı düşeceği yönünde açıklamalar için bkz: Christian Chamorro-Courtland, "Counterparty Substitution in Central Counterparty (CCP) Systems", *Banking & Finance Law Review*, C.26, S. 3, 2011, s. 517. Bu işlemler esnasında konuya ilişkin olarak yapılacak tüm düzenlemelerin finansal piyasaların yanı sıra vergi mükelleflerinin menfaatlerini koruması ve kurtarılan MKT'nin yarattığı maliyetin en az şekilde bu gruba yansıtılması da ayrıca önemli bir hedef olarak belirlenmiştir. (Chamorro-Courtland, Too Big to Fail, s. 451). Tartışmaların çıkış noktası olan 2008 krizinde vergi mükelleflerinin durumuna dikkat çeken Graeber 2008 krizinin temel olarak aşırı ölçüde sorumsuzca borç veren finansal kuruluşların hatası olduğunu ve bu şirketlerin vergi ödeyenlerin parasıyla kurtarıldığını dile getirmiştir (David, Graeber, "Borç İlk 5000 Yıl", Çeviri: Muammer Pehlivan, Everest Yayınları, İstanbul, 2015, s. 22).

amacına hizmet edebilmesi ve yekûn olarak finansal piyasalardaki güvenin korunabilmesi için bu kuruluşların temerrüdüne dair tüm şüphelerin ortadan kaldırılması gerektiğine dikkat çekilmiş; bu gerekliliğe istinaden MKT'lerin temerrüdüne ilişkin detaylı tanımlamalara yer verilmesi ihtiyacına vurgu yapılmıştır²¹.

Yine bu tartışmalar esnasında MKT'lerin temerrüdü hakkında yeterli hukuki düzenlemenin bulunmaması yahut ilgili düzenlemelerin ihtiyaç duyulan açıklıkta olmaması durumunda MKT sistemine duyulan güven azaldığı, bu durumun üyelerin, MKT'lerin ve daha geniş perspektifte finansal sistemin temerrüt riskini artırdığı dile getirilmiştir²². Bu riskin azaltılabilmesi adına başta ESMA bünyesinde faaliyet gösteren MKT'ler olmak üzere pek çok ülkede MKT temerrüdüne ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir.

II. Ülkemizdeki Mevcut Düzenlemeler Kapsamında MKT'lerin Temerrüt Halinin ve Temerrüdün Mevcut Sözleşmelere Etkisinin Tespiti

SerPK uyarınca Merkezî Takas Kuruluşları (MTK), borsalarda ve teşkilatlanmış diğer pazar yerlerinde işlem gören sermaye piyasası araçlarının teslimi, bedellerinin ödenmesi ve bu işlemlere ilişkin teminat yükümlülüklerinin ifası ile ilgili işlemleri yürüten anonim ortaklık şeklindeki özel hukuk tüzel kişiliğini haiz kurumlar olarak tanımlanmış olup, bu bağlamda ülkemizde tek yetkili MTK olarak kabul edilen Takasbank'ın ana görevi, takas öncesi işlemler de dahil, Borsa İstanbul Anonim Şirketi'nin (BİST) ilgili piyasalarında ve yine hizmet sunduğu diğer OTC piyasalarında gerçekleşen pay senedi, borçlanma araçları, yurt dışı sermaye piyasası araçları, türev araçlar ve kıymetli madenler ile ilgili işlemler ve diğer piyasalarda sunulan hizmetler kapsamında merkezi takas sistemini işletmek ve takas sisteminin denetim-gözetimini sağlamaktır.

Ana hatları ile SerPK m.77 vd. hükümleri ile düzenlenen MTK tarafından gerçekleştirilen merkezi takas uygulaması, finansal piyasalarda takas işlemlerinin tek bir takas kurumu tarafından gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir. Merkezi takasın uygulanmadığı piyasalarda işlem yapan taraflar, söz

21 Norman, s. 10; Griffith, s. 164. Tüm finansal sistemin çöküşüne neden olabilecek tek bir noktayı temsil eden MKT'lerin kurşun geçirmez olması gerekmektedir. (Andrew, Haldane, "Small Lessons from a Big Crisis", *Remarks at the Federal Reserve Bank of Chicago 45th Annual Conference*, Chicago, 2009. (www.bis.org/review/r090710e.pdf))(05.05.2021).

22 Christian Chamorro-Courtland, "Central Counterparties (CCP) and the New Transnational Lex Mercatoria", *Florida State University Business Review*, C.10, 2011, s. 62-63. İngiltere Hazine Bakanlığı tarafından yapılan bir araştırma neticesinde Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, İsveç, Almanya, Fransa ve AB'de konuya ilişkin olarak getirilen düzenlemelerin MKT'lerin görev ve yetkilerinin yanı sıra temerrüt hali de dahil olmak üzere pek çok konuda yasal boşluk olduğu kanaatine ulaşılmıştır (Chamorro-Courtland, *Too Big to Fail*, s. 484).

konusu işlemde kaynaklanan hak ve yükümlülükleri doğrudan işlemin karşı tarafına iletmekte ve bu hak ve yükümlülüklerin karşılıklı olarak değişimini sağlamaktadır. İşte bu değişimin sağlanmasında rol oynayan MTK, sunmuş olduğu bu hizmet karşılığında işlemin taraflarından ve piyasada işlem yapan tüm üyelere belirli bir komisyon/ücret alacağı kazanmakta, tüm bu alacaklar temel olarak ilgili üyenin/katılımcının piyasada işlem yapabilmesi için sunulan hizmetler karşılığında MTK'ya taahhüt edilmektedir..

MTK'lardan farklı olarak MKT'ler ise işlemin tarafları ile ayrıca sözleşme akdetmekte ve tarafların piyasada gerçekleştirdikleri işlemler esnasında karşı karşıya kaldıkları temerrüt riskini doğrudan üzerine almaktadır. Bu bağlamda taraflardan birinin sözleşmelerden/işlemlerden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda MKT bahsi geçen yükümlülüğü bizzat kendi kaynaklarıyla yerine getirmekte, böylece MKT piyasaya söz konusu takas işleminin gerçekleştirileceği ve işlemin her durumda nihayete ereceği noktasında bir taahhüt vermekte, bu durum ise MKT'nin en temel riski olan karşı taraf riskini yaratmaktadır²³.

Asıl olarak işlemin tarafı olan üçüncü kişilere ait olan bu risklerin tümü, MKT uygulaması kapsamında Takasbank tarafından üstlenilmekte, üstlenilen bu risklerin gerçekleşmesi sonucunda ise Takasbank ödeme yapma yükümlülüğü altına girmektedir. Özellikle finansal piyasalarda temerrüt riskinin yoğunlaştığı kriz dönemlerinde, MKT'nin karşı taraf olarak üstlendiği edimleri ifa edebilmesi için yeterli ve likit güvenceye, yine likit öz varlıklara ve yükümlülüğün farklı para birimleri üzerinden gerçekleşmesi halinde, farklı birimlerden nakde ihtiyaç duyması söz konusu olmaktadır²⁴. Bu ihtiyacın karşılanamaması halinde ise MKT'nin temerrüdü gündeme gelmektedir. Ancak gerek SerPK gerekse ilgili MKT Yönetmeliği kapsamında Takasbank'ın temerrüdüne yahut bu durumda üyelerin sahip olduğu haklara ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir²⁵.

23 Karşı taraf riskinin ise anapara riski ve yerine koyma riski olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir. (<https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/1010>) (05.05.2021). Yerine koyma riski, kurulan sözleşme nedeniyle kıymet veya menkul kıymet teslim etme yükümlülüğü bulunan üyenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle takas kurumunun söz konusu varlığı temin edip alacaklıya teslim etmesine kadar geçen sürede yaşanabilecek değer kazancının, MKT'yi zarara uğratması riskidir. Taraflardan birinin işlemin karşı tarafından alacağını almadan kendi yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, işlemin karşı tarafının temerrüde düşmesi ve yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucunda oluşan risk ise karşı taraf riskinin bir diğer görünümü olan anapara riskini oluşturmaktadır.

24 Erkan, Eren, "Merkezi Karşı Taraf Uygulaması ve Merkezi Karşı Taraf Üyelik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C.5, S. 2, 2019, s. 172.

25 Üyelerin temerrüdüne ilişkin olarak ise pek çok detaylı düzenlemenin mevcut olduğu görülmektedir. Takasbank'ın, gerek Merkezi Takas gerekse de MKT hizmeti sunduğu piyasalarda te-

Bu tarz özel düzenlemelerin yer almamasının bir sonucu olarak MKT'nin temerrüdü halinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.117 vd. hükümleri ve yine üyeler ile imzalanan sözleşmelerde yer alan düzenlemeler uygulama alanı bulmaktadır²⁶. Bu hükümlerin uygulama alanı bulmasının bir sonucu olarak ise, MKT tarafından düşülecek olan temerrüt hali her üye bakımından ayrı ayrı sonuç doğurmakta, henüz muaccel olmayan yükümlülükler belirsiz hale gelmekte, temerrüdün gerçekleşme anı, şartları ve koşulları bakımından ise TBK'nın genel hükümleri tatbik edilmektedir. Halbuki şu ana kadar detaylı olarak izah edildiği üzere, temerrüt durumunda MKT'nin başvurabileceği güvenceler, öz kaynaklar veya borçlanma kaynakları, MKT'nin üstlendiği riskleri karşılamaya yetecek kapsamda olmalı ve MKT uygulamasının güvenli işleyebilmesi, üyelerin varlıklarının ve güvencelerin hukuki koruma altına alınması ve diğer finansal kuruluşlardan farklı olarak temerrüdü ile birlikte iflas durumu ortaya çıkan MKT'nin temerrüt halinin tespitinde ve sonrasında kullanacağı kaynaklara erişimde genel hükümlerden farklı düzenlemelerin mevcut olması gerekmektedir. MKT'nin tek bir üyeye karşı temerrüde düşmesi halinde bu durumda kaçınılmaz olarak MKT vasfını üstlendiği tüm sözleşme ilişkilerini etkileyeceği düşünüldüğünde temerrüt halinin tespitine ilişkin düzenlemelere duyulan ihtiyaç kendisini daha fazla hissettirmektedir²⁷.

mel vazifelerinden biri de üye teminatlarının yeterlilik düzeyini izlemektir. İşlem teminatlarının piyasada gerçekleştirilen işlemler, teminat değerlerinde gerçekleşen değişiklikler, teminat kompozisyonunun değişmesi veya diğer nedenlerle Takasbank tarafından belirlenen tutarın altına düşmesi durumunda, Takasbank tarafından teminat tamamlama çağrısı yapılır. Teminat tamamlama yükümlülüğünün, ilgili piyasalar itibarıyla belirlenecek sürede yerine getirilmemesi durumunda üyenin temerrüde düştüğü kabul edilecektir. Bu durumda, Takasbank, Üye'nin yükümlülüklerini kısmen veya tamamen ifa etmemesinden dolayı temerrüt faizini aşan bir zarara uğramışsa, Üye bu zararları da karşılamakla yükümlüdür. Takasbank, Üye'nin muaccel hale gelen borçları, bu borçtan kaynaklanan her türlü faiz ve diğer masraflar ve temerrüt faizini aşan zararları için Üye'nin Takasbank nezdindeki varlıkları ile diğer her türlü hak ve alacakları üzerinde takas, mahsup ve hapis hakkına sahiptir. (MKT Temerrüt Yönetimi Genel Uygulama Esasları)(<https://www.takasbank.com.tr/tr/hizmetler/verilen-hizmetler/merkezi-karsi-taraf-mkt>)(son erişim tarihi:05.05.2021)

- 26 Doktrinde MKT ile üyeleri arasında imzalanan sözleşmeler tam iki tarafa borç yükleyen, kendine özgü (sui generis) ve genel işlem şartlarına dayalı bir çerçeve sözleşme olarak nitelendirilmekte, bu kapsamda özel hükümler dışında kalan hallerde TBK hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. (Eren, Makale, s. 189.)
- 27 Öğretide bazı yazarlarca MKT'nin kendisinin temerrüde düşmesi durumunda MKT üyesinin müşterisine karşı ödeme yapmakla sorumlu tutulup tutulmayacağı konusunda hukuki belirliliğin sağlanması amacıyla yönetmeliklerle veya MTK düzenlemelerinde açıklığa kavuşturulması gerektiği ileri sürülmüştür (Bliss, Robert/ Paphanassiou, Chryssa, "Derivatives Clearing, Central Counterparties And Novation: The Economic Implications", *Conference on Issues Related To Central Counterparty Clearing*, 2006. (<https://www.ecb.europa.eu/pub/conferences/shared/pdf/ccp/BlissPaphanassiou2.pdf>) (05.05.2021). Bu düşüncenin ülkemiz uygulaması bakımından savunulabilir olmadığını dile getiren Eren, konuya ilişkin tüm düzenlemelerde, MKT'nin muhatabının sadece üyeleri olarak tespit edildiğini ve üyelerin müşterilerine

III. ESMA Bünyesindeki Örnek MKT Uygulamaları Çerçevesinde Temerrüt Halinin ve Mevcut Sözleşmelere Etkisinin Tespiti

ESMA, kendi bünyesi ve AB içerisinde MKT hizmeti sunmak isteyen tüm kurumların EMIR kapsamında yetkilendirilmesini bir şart olarak tespit etmiş, ulusal mercilerin bu yetkilendirme için gerekli düzenlemeleri yapması gerektiğine işaret etmiştir²⁸. ESMA bünyesinde ve AB içerisinde faaliyet gösteren en yüksek hacimli MKT'ler olan LCH. Clarnet SA, EUREX Clearing AG, BME Clearing SA ve CC&G'nin temerrüt, tasfiye ve iflasa ilişkin düzenlemeleri kısaca aşağıdaki şekildedir:

A. LCH. Clarnet SA

Finans tarihinin en büyük ve karmaşık iflası olarak nitelendirilen Lehman Brothers'ın iflası sürecinde, bu şirketin tarafı olduğu sözleşmelerde MKT görevini üstlenen LCH Clarnet toplam büyüklüğü 10 trilyon USD'ye varan açık pozisyonun kapatılmasını sağlamak zorunda kalmıştır. İngiltere ayakta kökeni Londra kahve ve şeker pazarlarında vadeli işlemlerde garantörlük görevini üstlenmek üzere 1888'de kurulan Londra Produce Clearing House kadar uzanan bu şirket, 2003'te Birleşik Krallık'taki Londra Takas Dairesi ile Fransa'daki Clearnet SA'nın birleşmesi sonucu teşekkül etmiştir²⁹. Mevcut yapısı ve işlem hacmi ile Avrupa'nın en büyük MKT'si sıfatını haizdir³⁰.

LCH'nin temerrüdüne ilişkin temel düzenleme LCH Takas Yönetmeliği'nin 1.4.1.1. numaralı hükmünde yer almakta ve mevzuatta öngörülen istisnalar saklı olmak üzere; (i) karşı taraf ediminin muaccel olduğu tarihten itibaren 30 gün içinde ifa edilmemesi ya da (ii) LCH'nin, ACPR (French Prudential Control Authority) tarafından usulüne uygun olarak onaylanan iflas prosedürüne tabi tutulması hallerinde temerrüde düştüğü kabul edilmiştir. İlgili usul ise Fransız

karşı MKT olarak Takasbank'ın hiçbir sorumluluğunun bulunmadığını açık bir şekilde hükme bağlandığını ve yine MKT sistemine dâhil olan üyelerin müşterilerinin sistemin üyesi olan kuruluşlar ile imzaladıkları çerçeve sözleşmelerde bu konuya ilişkin (Takasbank'tan herhangi bir konuda hak ve talep etme yetkilerinin bulunmadığına ve muhataplarının sadece üyeler olduğuna ilişkin) açık hükümlere yer verdiğini belirtmiştir. (Eren, Makale, s. 176).

28 Çalışma kapsamında ESMA bünyesindeki örnek MKT'ler incelenmiştir. Bunun sebebi mevcut sermaye piyasalarımızın hem mevzuatsal olarak hem de ekonomik olarak bu aktörlerle birlikte hareket ediyor olmasıdır. Bu husus Sermaye Piyasası Kurulu tarafından ESMA'ya iletilen uyum değerlendirme talebi ile de açıkça dile getirilmiştir. (<https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-assesses-turkish-laws-and-regulations-prospectuses?cookies=disabled>) (05.05.2021). Öte yandan belirtmek gerekir ki, bugüne kadar Avrupa'da faaliyet gösteren hiçbir MKT süreçlerin yürütülmesinde başarısız olmamış ve temerrüt haline düşmemiştir (Amelie, Labbe, "Failure Is Not an Option", *International Financial Law Review*, C.36, S. 3, 2017, s. 12). Dolayısıyla ile uygulamada başarı sağlayan bu düzenlemelerin örnek alınması pek tabidir.

29 Norman, s. 26;

30 Chamorro-Courtland, Brexit Scenarios, s. 173.

Finans ve Para Piyasaları Kanunu'na tabi tutulmuştur³¹.

Bu kanunun L.613-18 no'lu maddesinde Fransız Bankacılık Komisyonu'nun kredi kuruluşuna yönetici tayin edebileceği; tayin olunan bu yöneticiler eliyle yürütülecek olan tasfiye sürecinde kurumun mevcut ve yakın gelecekteki borçlarını ifa edecek miktarda aktife sahip olmaması durumunda Fransız Ticaret Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin istisnası olarak müflis kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir (L.613-26/1)³². Bu kurumlara karşı yürütülecek olan adli tasfiye süreci ise söz konusu kurumun ACPR tarafından liste dışı bırakılmış olması halinde gündeme gelmektedir (L.613-26/1).

Yukarıda öngörülen temerrüt hallerinin MKT için ortaya çıkması halinde, temerrüde düşmemiş olan üyelerden her biri açık olan tüm pozisyonların kapatılmasını talep edebilmekte, LCH ise tüm bu pozisyonları kapatarak bu durumu derhal internet sitesinde ilan etmektedir³³.

B. EUREX Clearing AG

ESMA bünyesinde faaliyet gösteren bir diğer önemli MKT ise EUREX'tir. Avrupa Piyasa Altyapılarına İlişkin Tüzük hükümleri uyarınca MKT olarak yetkilendirilmiş olup, tabi olduğu düzenlemelerde yine bu Tüzüğe atf yapılmıştır.

Söz konusu atfın yapıldığı EMIR'in açıklamalar kısmında bir MKT'nin iflas ile karşı karşıya kalması durumunda mali sorumluluğun büyük oranda üye devlete ait olduğu vurgulanmış, bu bağlamda yetkilendirilme ve denetim görevinin yetkili idarelerce yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak, piyasaların birbiri ile olan ilişkisi göz önüne alındığında diğer üye devletlerin yanı sıra ESMA'nın da bu yetkilendirme ve denetim sürecinin bir parçası haline getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Avrupa Merkez Bankaları Sistemi'nin (ESCB) ise üye devletler nezdinde tanımlanan bu yetkili idareler arasında koordinasyonu sağlaması arzulanmıştır. Yine aynı tüzüğün 49. maddesinde ise bir MKT'nin tüm üyelerin anlayabileceği ve gerekli önlemleri alabileceği detaylı bir temerrüt prosedürü hazırlaması gerektiği açıkça hüküm altına alınmıştır.

Bu kapsamda tanzim edilen EUREX Takas Prosedürü Genel Hükümleri ile iflas yahut ifanın gerçekleşmemesi halinde bazı özel hükümler öngörülmüş, iflas yahut ifanın gerçekleşmemesi durumlarında temerrüdün ortaya çıkacağı kabul edilmiştir (EUREX Takas Prosedürü, m.11.3 vd.). Temerrüt halinde taraflarca imzalanan sözleşmelerden doğan edimlerin bir kısmı temerrüt halinin

31 <https://www.anti-moneylaundering.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=695614ED-8FoE-426E-8B38-17ECBC19B9Co> (05.05.2021).

32 Mahkemelerce verilen ve Ticaret Kanunu'nda öngörülen tasfiye prosedürü ancak ACPR tarafından verilen onayı müteakip uygulanabilecektir (L.613-27).

33 LCH Takas Yönetmeliği m.1.4.1.3

vukuu ile kendiliğinden sona ermekte, geri kalan bir kısım borç ise genel hükümlerde öngörülen şartlar ile muaccel hale gelmektedir³⁴.

Düzenlemeler kapsamında temerrüt halinin ortaya çıkmasına neden olan ilk hal iflastır. MKT'nin, Alman Federal Finansman Gözetim Makamı (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) tarafından başlatılacak olan iflas prosedürü sonucunda iflas etmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. İkinci temerrüt hali olan ifanın gerçekleştirilmemesi hali ise; (i) Ödemede Temerrüt, (ii) Teslimde Temerrütü Müteakip Nakit Ödemenin Gerçekleştirilmemesi, (iii) Yeniden Teslimde Temerrüt olmak üzere 3 ana başlık altında düzenlenmiş, her bir başlık detaylı olarak izah edilmiştir.

C. BME Clearing SA

ESMA bünyesinde faaliyet gösteren bir diğer MKT, İspanyol Menkul Kıymetler Kanunu'nun 103. maddesi vd. ve yine EMIR hükümlerine dayanılarak kurulmuş olan BME Clearing SA'dır (Merkezi Karşı Taraf Düzenlemesi³⁵, m.1). Merkezi Karşı Taraf Düzenlemesi uyarınca Ulusal Menkul Kıymetler Piyasası Komisyonu (CNMV-Comisión Nacional del Mercado de Valores), İspanya'da teşkil eden MKT'lerin kuruluş, yetkilendirilmesi ve denetimi noktasında yetkili kurum olarak tayin edilmiştir.

BME Clearing'in temerrütü hali tarafımız ile paylaşılan düzenlemenin 53. maddesinde tanımlanmış; (i)teslimi gerçekleşmesine rağmen işlemde doğan nakit ödeme yükümlülüğünün beş iş günü içerisinde yerine getirilmemesi, (ii) ilgili mevzuat kapsamında öngörülen koşullara uygun olarak marjin iadelerinin gerçekleşmemesi ve son olarak (iii) MKT'nin açık pozisyonlara ilişkin takas işlemine dair yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmediği hallerde temerrüt durumunun ortaya çıkacağı belirtilmiştir. Böylesi bir halin vukuu halinde temerrüde düşmemiş olan üyelere her biri, hesaplarda yer alan tüm üye pozisyonlarının vadesinden önce kapatılmasını talep edebilmektedir.

Temerrüt haline ilişkin bir diğer düzenleme BME'nin iflası halini konu alan 52. maddedir. Buna göre, BME'nin iflasının açıklanması yahut 575/2013 sayılı ve 26.06.2013 tarihli EMIR uyarınca öngörülen iflas hallerinden birinin gerçekleşmesi durumunda BME iflas durumu ilan etmekle yükümlüdür ve bu durumda, temerrüde düşmemiş üyelere her biri üyelere ait tüm pozisyonların vadesinden önce kapatılmasını talep edilebilmektedir³⁶.

34 <https://www.eurex.com/resource/blob/1394272/8187117088a058816180f7fc112b4b4/data/20201230-fcm-regulation-kapitel-1.pdf> (05.05.2021).

35 https://www.bmeclearing.es/docs/ing/normativa/circulares/2018/180522_-_Rule_Book_BME_CLEARING.pdf (05.05.2021).

36 İspanyol Menkul Kıymetler Kanunu'nun 163. maddesinde, Ulusal Menkul Kıymetler Piyasası

Bu talebi alan BME, tüm pozisyonları düzenlemede öngörülen kurallara uygun olarak kapatmak ile yükümlü tutulmuştur. Bu noktadan sonra BME'nin tüm faaliyetleri yalnızca ilgili pozisyonların kapatılması ile sınırlı olarak devam edecektir. Kapanış hesabının yapılmasının ardından üyelere yapılacak olan ödemelerin takvimi noktasında BME'nin "İflas İdaresini" bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

D. CC&G

CC&G(Cassa di Compensazione e Garanzia)'ye ait olan ve MKT olarak yükümlülüklerin belirlendiği düzenleme³⁷ "Avrupa Piyasa Altyapılarına İlişkin Tüzük (EMIR- European Market Infrastructure Regulation)", "Finansal Araç Piyasaları Tüzüğü (MiFIR- Markets in Financial Instruments Regulations)" ve "Konsolide Finansal Aracılık Kanunu (CLF- Consolidated Law on Financial Intermediation)" mevzuatları esas alınarak çıkartılmıştır (Article A.1.1.2- 1). Söz konusu düzenleme incelendiğinde, İtalyan Finans Piyasaları'nın regülasyonu noktasında yetkinin İtalyan Merkez Bankası ve Ulusal Borsa ve Şirketler Komisyonu'nda (CONSOB) olduğu görülmektedir.

Düzenlemenin B.6.1.3 hükmü ile MKT'nin temerrüt hali düzenlenmiş, herhangi bir mücbir sebep olmaksızın karşı taraf yükümlülüğünü 30 gün içerisinde kısmen ya da tamamen ifa etmemesi durumunda CC&G'nin mütemerrit kabul edileceği belirtilmiştir. Devamında ise CLF m.83/p.2 hükmü uyarınca zorunlu olarak tasfiye sürecine girilmesi halinde de yine temerrüt durumunun ortaya çıkacağı hüküm altına alınmıştır.

Zorunlu tasfiye sürecinin düzenlendiği İtalyan Konsolide Finansal Aracılık Kanunu (CLF) m.79/11-1 kapsamında ise; CONSOB ve İtalya Merkez Bankası'nın kuruluşunda, yetkilendirilmesinde ve denetiminde yetkili ulusal merciler olduğu dile getirilmiş, yönetmelik ile atıf yapılan m.83/p.2 düzenlemesinin yerini alan 79/20-1 hükmü ile önemli bir hukuka aykırılık halinde CONSOB veya İtalyan Merkez Bankası'nın teklifi üzerine Ekonomi ve Finans Bakanlığı'nın kurumun yönetimine el koyacağını ve iflase bağlı olarak zorunlu idari tasfiyeye karar vereceği belirtilmiştir³⁸.

Komisyonu'nun yatırım kuruluşlarının iflası istemeye yetkili olduğu belirtilmiştir. Ancak, bu durum mahkemelerce iflas kararının verilmesini engellemekte, mahkemelerce verilecek olan karar aynı kanununun 160. maddesi uyarınca yatırım kuruluşunun yetkilerinin sınırlandırılması için bir neden olarak zikredilmektedir.

37 https://www.lseg.com/sites/default/files/content/documents/03%20Regulations%20CCG_22032021_with%20evidence.pdf (05.05.2021).

38 Aynı kanununun 59. maddesinde ise CONSOB'a danıştıktan sonra İtalya Merkez Bankası'nın zorunlu idari tasfiye sürecinde gerekli tazmin prosedürlerini hazırlamaya yetkili olduğu düzenlenmiştir.

Bu süreçte iflas prosedürü aynen uygulanmayacak, uygun düştüğü ölçüde ve CLF'de belirtilen kapsamda gündeme gelmektedir. CLF m. 79/7 uyarınca ise garanti fonlarının yalnızca EMIR düzenlemeleri doğrultusunda kullanılabilmektedir.

E. Örnek Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Yukarıda zikredilen örnek düzenlemeler ve EMIR tüzüğü birlikte değerlendirildiğinde özetle; (i) EMIR'in tüm üye devletler açısından bağlayıcı olduğu, (ii) MKT'lerin denetim ve yetkilendirilmesi noktasında farklı anlayışların benimsendiği, bazı üye devletlerde birden çok kurumun sistemin içerisine dahil edildiği, (iii) incelenen tüm örneklerde MKT'nin temerrüdü halinin ayrıca ve detaylı olarak düzenlendiği, (iv) temerrüde ilişkin düzenlemeler kapsamında farklı yaklaşımların benimsendiği ancak MKT'nin iflası halinin her bir üye devlet uygulamasında açıkça bir temerrüt hali olarak öngörüldüğü ve yine temerrüt halinde temerrüde düşmeyen üyelerden her birinin tüm pozisyonların kapatılmasını talep etme yetkisini haiz olduğu, (v) MKT'nin iflasını isteme ve tasfiyeyi yürütme hususunda yetkili makamın olağan iflas sürecinden ayrı olarak düzenlendiği ve olağan iflas sürecine nazaran prosedürde farklılıklara gidildiği, (vi) buna bağlı olarak iflas eden ya da temerrüde düşen MKT'nin işlem yapma yetkisinin ilgili hesapların kapatılması ile sınırlı olarak devam edeceği ve varlıkların öncelikle bu hesapların kapatılması amacı ile kullanılması gerektiği görülmüştür.

IV. Ülkemizdeki MKT'lerin Temerrüt Halinin Tespitine ve Mevcut Sözleşmelere Etkisine İlişkin Değişiklik Önerileri

A. Genel Temerrüt Prosedürünün Düzenlenmesi

Bir önceki bölümde incelenen düzenlemeler ile ülkemiz mevzuat hükümleri mukayese edildiğinde bu düzenlemelerin hiçbir şekilde işlemin tarafı olmayan üyelere erken fesih yahut tüm pozisyonların netleştirilmesi³⁹ gibi haklar tanımadığı açıktır. Diğer taraftan, Takasbank'ın temerrüde düşülmesi halinde, işlemin karşı tarafı olan üyenin temerrüde konu işlem ile bağlantılı olmasa

39 Taahhütlü İşlemler Pazarı ve Uluslararası Tahvil Pazarındaki işlemler hariç Piyasa'da gerçekleştirilen işlemlerde net borç veya alacak tutarının hesaplanmasında, menkul kıymet bazında müşteri/portföy ayrımı da gözetilerek üyelerin Piyasada gerçekleştirdikleri işlemlerden kaynaklanan alacak ve borçlarının karşılıklı mahsup edilerek tek bir alacak veya borca dönüştürülmesi işlemidir. Netleştirme sonucunda oluşan net menkul kıymet borç veya alacakları karşılığında nakit alacak veya borçlar oluşturulur. (İstanbul Takas ve Saklama Bankası AŞ Borsa İstanbul A.Ş. Borçlanma Araçları Piyasası Takas ve Merkezi Karşı Taraf Hizmeti Esasları Prosedürü, m.22 vd.). Netleştirme süreci, MKT'nin temerrüde düşen üyeye ait tüm pozisyonları kapatabilmesi için gereklidir. Ayrıca bu işlem MKT'nin karşı karşıya kalacağı riskleri önleyebilmesi adına atılacak ilk adımı teşkil etmektedir. Bu bağlamda ilgili prosedürler önem arz etmektedir (Chamorro-Courtland, Too Big to Fail, s. 442).

dahi tüm pozisyonlarının kapatılmasını talep etme imkanı da açık bir şekilde öngörülmemiştir.

Ülkemiz mevzuatında oluşan bu durum, yukarıda zikredilen örnek MKT prosedürlerine ve EMIR düzenlemelerine kıyasen önemli bir boşluk yaratmaktadır. Nitekim EMIR düzenlemeleri uyarınca gerek üyelerin gerekse de MKT'nin temerrüdüne ilişkin prosedürün açık, detaylı ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir (m.52)⁴⁰.

Kanaatimizce bu düzenlemenin yapılması için herhangi bir kanuni değişikliğe ihtiyaç bulunmamaktadır. Nitekim SerPK m. 78/9 hükmü ile temerrüt yönetimine ilişkin usul ve esasların takas kuruluşunun önerisi üzerine Kurul tarafından belirleneceği belirtilmiştir⁴¹. Düzenleme bu haliyle her bir MKT'nin üstlendiği yükümlülükleri uygun gördüğü araç ve prosedürler vasıtası ile yerine getirebilmesi için mümkün olduğunca esnek ve diğer potansiyel çözümlere açık bir şekilde kaleme alınmıştır⁴².

Buna göre, özü itibarı ile temerrüt yönetimine ilişkin olan bu hususun SPK tarafından çıkarılacak olan ayrı bir yönetmelik ile belirlenmesi mümkün olduğu gibi, tıpkı diğer örneklerde olduğu üzere bu yöntemin MKT'nin genel esaslarına ilişkin düzenlemeler içerisine derç edilmesi de mümkündür. Bu doğrultuda, eklenmesi gereken olan prosedürün, MKT Yönetmeliği m.34 vd. hükümlerine ek olarak tespit edilmesi ve ayrı bir madde olarak kaleme alınması yerinde olacaktır. Düzenleme yapılırken özellikle, MKT'nin temerrüt halinin açık bir şekilde tanımlanması, şartlarının ve istisnalarının açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Yine bu durumun vukuu halinde gerek temerrüdün gerçekleştiği işlemin karşı tarafı olan üyenin gerekse diğer üyelerin hakları ile, açık pozisyonların akıbeti yine detaylı olarak ve yukarıda zikredilen düzenlemelere uygun olarak ele alınmalıdır.

B. İflas ve Tasfiye Prosedürünün Düzenlenmesi

MKT'nin temerrüdü ile birlikte kaçınılmaz olarak gündeme gelecek olan bir diğer prosedür hiç şüphesiz ilgili MKT'nin iflas ve tasfiyesidir⁴³. MKT'ler

40 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0648&from=EN> (05.05.2021).

41 SerPK m.78/9: "Bu madde kapsamında yürütülecek temerrüt yönetimine ilişkin usul ve esaslar ile takas kuruluşlarının merkezi karşı taraf hizmeti nedeniyle üyelerinden alacağı teminatlar ve bünyelerinde yer alacak garanti fonlarına ilişkin usul ve esaslar takas kuruluşunun önerisi üzerine Kurul tarafından belirlenir."

42 MKT uygulamasının yukarıdan aşağıya dayatılan tek düze kurallar yerine daha esnek hükümler ile düzenlenmesi gerektiği hususunda genel olarak bkz: David, Felsenthal/ Lily, Chu, "Regulation Of Cross-Border Swaps", *Harvard Business Law Review Online*, C.3, 2013; Chamorro-Courtland, Too Big to Fail, s. 485.

43 Chamorro-Courtland, Too Big to Fail, s. 457.

bakımından bu süreçte sermaye piyasaları ve iflas hukukuna ilişkin düzenlemelere uygun ancak MKT'nin amacı ile örtüşen bir prosedür benimsenmesi gerekmektedir⁴⁴.

MTK'lar ve MKT'ler borsalarda ve teşkilatlanmış diğer pazar yerlerinde işlem gören sermaye piyasası araçlarının teslimi, bedellerinin ödenmesi ve bu işlemlere ilişkin teminat yükümlülüklerinin ifası ile ilgili işlemleri yürüten anonim ortaklık şeklindeki özel hukuk tüzel kişiliğini haiz kurumlardır. Bu kuruluşlarının kuruluşuna SPK'nın teklifi üzerine ilgili Bakan tarafından izin verilmektedir⁴⁵.

Bu kuruluşların sermayesine, SerPK kapsamındaki faaliyetleri ile faaliyetlerinin geçici ve sürekli durdurulmasına, denetimine, gözetimine, finansal raporlama standartlarına, finansal tablolarının bağımsız denetimine ve diğer kurum ve kuruluşlarla iş birliğine ilişkin usul ve esaslar SPK tarafından belirlenmektedir. Takasbank'ın MKT hizmetine ilişkin faaliyetleri fiilin önem ve mahiyeti dikkate alınarak SPK tarafından kısmen veya tamamen geçici veya sürekli olarak durdurabilir (SerPK m.77/1). Ancak, söz konusu durdurma kararı teknik anlamda iflas yahut tasfiye anlamına gelmemekte olup, kuruluşun SerPK kapsamındaki ilgili faaliyetlerine ilişkindir.

Ülkemizdeki tek MKT olan Takasbank'ın tabi olduğu tasfiye ve iflas düzenlemeleri ise esas olarak Bankacılık Kanunu'nda kendisine yer bulmaktadır. BanKK m.71e göre denetlemeler sonucunda bir bankayla ilgili olarak; i) yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi, ii) yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması, hâllerinden bir veya birkaçının varlığı durumunda Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararlar bankanın faaliyet iznini kaldırmaya ya da kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF)'na devretmeye yetkilidir⁴⁶.

Yine aynı kanununun 106. maddesi uyarınca bir bankanın BanKK hükümle-

44 Chamorro-Courtland, *Lex Mercatoria*, s. 101.

45 İlgili Bakan, Cumhurbaşkanı tarafından görevlendirilen Cumhurbaşkanı yardımcısı veya Bakanı ifade etmektedir (SerPK m.3/1-1).

46 Bankaların finansal yapılarında meydana gelen bozulma sonucunda atılması gereken adımlara ilişkin detaylı bilgi için bkz: Seza, Reğisoğlu, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Yaklaşım Yayınları, C.2, Ankara, 2015, s. 1456 vd.; Asli, Yüksel/ Ülkü, Yüksel/ Ali Sait, Yüksel, *Bankacılık Hukuku ve İşletmesi*, Beta, 9. Bası, İstanbul, 2002, s. 175 vd. İlgili halin bir doğrudan iflas hali olup olmadığı noktasındaki tartışma için bkz: Hamdi, Yasaman, *Banka Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 129.

rine göre faaliyet izninin kaldırılması hâlinde yönetim ve denetimi TMSF'ye intikal etmektedir. İzin kaldırılmasına ilişkin BDDK kararının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren, banka hakkındaki ihtiyatî tedbir dahil her türlü icra ve iflas takibatı durur ve yeni icra ve iflas takibi yapılamaz. Banka hakkında TMSF haricinde üçüncü kişiler tarafından açılmış tüm dava, icra ve iflas takipleri mahkeme, icra ve iflas dairesi tarafından derhal TMSF bildirilir.

Yönetim ve denetimi TMSF'ye intikal eden banka hakkında iflas kararı verilmesi hâlinde Fon, iflas masasına 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 206 ncı maddesinde yer alan üçüncü sıradaki tüm imtiyazlı alacaklılardan önce, ancak devletin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının 6183 sayılı Kanun kapsamındaki alacaklarından sonra gelmek üzere imtiyazlı alacaklı sıfatıyla iştirak eder. Fon, bu Kanunun uygulanması ile sınırlı olmak üzere 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 166 ncı, 218 inci, 219 uncu, 223 üncü, 234 üncü, 236 ncı, 249 uncu, 251 inci ve 254 üncü maddelerindeki yetki ve görevler hariç olmak üzere iflas dairesi, alacaklılar toplantısı ve iflas idaresi görev ve yetkilerine sahip olarak bankayı tasfiye eder. İflas kararı verilmeyen hallerde bankanın iradi tasfiyesi, banka genel kurul kararı aranmaksızın ve Türk Ticaret Kanununun anonim şirketlerin infisah ve tasfiyeye ilişkin hükümlerine tâbi olmaksızın tasfiye kurulu üyelerinin TMSF tarafından atanması suretiyle gerçekleştirilir.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, ülkemizde MKT görevini üstlenen Takasbank'ın iflasına ilişkin yetkili makamın TMSF olarak tespit edildiği, bu yetkinin gündeme gelmesine dayanak olan işlemlerin ise BDDK tarafından icra edilmesi gerektiği görülmektedir. Örnek sistemlerde olduğu gibi MKT sıfatını haiz kuruluşun iflası hali ayrı bir idare tarafından ve gözetiminde gerçekleştirilmektedir.

Ancak bu noktada dikkat çekilmesi gereken ilk nokta, MKT'nin iflası halinde SerPK ve BanKK arasında çıkabilecek yetki çatışmalarıdır. Her ne kadar BanKK kapsamında MKT'nin iflası noktasında yetkili idari mercilerin BDDK ve TMSF olduğu sonucuna ulaşılmışsa da, SerPK tarafından faaliyetlerinin durdurulması halinin iflas durumu yahut benzeri bir temerrüt hali olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunun diğer örneklerde olduğu gibi açıkça belirtilmesi daha doğru olacaktır. Mevcut düzenlemeler dikkate alındığında bu hususun ilgili kanunlara ve MKT Yönetmeliğine derç edilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, bu noktada dikkat çekilmesi gereken bir diğer konu ise tasfiye esnasında alacakların durumudur. Nitekim iflas ile birlikte yalnızca vadesi gelmemiş olan alacaklar değil, tüm alacaklar muaccel hale geleceğinden MKT'nin tüm alacaklıları bakımından bir sıra cetveli oluşturulmaktadır. İlgili sıra cetvelinde ise BanKK m. 106 hükmü uyarınca devlet ve sosyal güvenlik kuruluşları,

TMSF ve sonrasında imtiyazlı alacaklılar gelmektedir. MKT hizmeti sunulan piyasalardaki alacaklıların durumuna ilişkinse özel bir düzenleme BanKK'da yer almamaktadır. Fakat SerPK konuya ilişkin özel düzenlemeler içermektedir. SerPK m.73/2 uyarınca borsalar ve takas kuruluşları nezdinde Kurulca yapılan düzenlemeler uyarınca takas risklerinin önlenmesi amacıyla tutulan teminatlar ile oluşturulan garanti fonundaki varlıklar, amaçları dışında kullanılamaz, kamu alacakları için olsa dahi haczedilemez, rehnedilemez, idari mercilerin tasfiye kararlarından etkilenmez, iflas masasına dâhil edilemez ve üzerlerine ihtiyati tedbir konulamaz. Aynı Kanun'un 78/10. maddesine göre ise MKT'ler tarafından MKT hizmeti sundukları her bir piyasa için tahsis edilen sermaye veya sermaye benzeri kaynaklar, alınan teminatlar ve oluşturulan garanti fonları amaçları dışında kullanılamaz.

Tüm bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, iflas durumunda olsa dahi, TMSF tarafından tasfiye edilecek olan malvarlığında yer alan ve MKT işlemleri kapsamında alınan teminatlar ile garanti fonunun yalnızca temel amacı olan pozisyonların kapatılması için kullanılması gerekmektedir. Bu kapsamda teminatlar ve garanti fonu ile sınırlı olmak kaydıyla, TMSF tarafından icra edilecek tasfiye işleminde SerPK ilgili hükümlerinin dikkate alınması ve MKT hizmeti alan üyelerin öncelikli alacaklı olarak nitelendirilmesi bir zaruret olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, konunun önemi ve örnek uygulamalardaki açık düzenlemeler dikkate alındığında, MKT yönetmeliğine iflas prosedürüne ilişkin açık bir hüküm eklenmesi yine BanKK 106 maddesine MKT hizmeti sunan kurumlar yahut benzer SerPK kurumları için açık bir istisna getirilmesi ve İİK/TTK kapsamında tanınan muafiyetlerin bu düzenleme uyarınca yeniden gözden geçirilmesi daha doğru bir düzenleme şekli olacaktır.

Son olarak yine vurgulamak gerekir ki, SerPK ile getirilen istisna, kural olarak yalnızca MKT işlemleri kapsamında elde edilen teminat ile garanti fonunu kapsamakta olup, MKT kuruluşunun bu miktarı aşan varlıklarının olası bir iflas durumunda MKT hizmeti alan üyelere tahsisi mümkün olmayacaktır. Bunun için SerPK m.73/2 ile öngörülen istisnanın MKT'nin bu miktarı aşan varlıklarını kapsayacak şekilde genişletilmesi ve yine bu değişikliklerin SerPK, BanKK ve MKT Yönetmeliği hükümlerine yansıtılması gerekmektedir.

Sonuç

Son dönemde dünyada yaşanan küresel finans krizleri, piyasaların tüm alanlarında olduğu gibi MKT'lerin de mevcut yapılarının sorgulanmasına ve temel olarak piyasadaki riskleri azaltmak için teşekkül eden bu kuruluşların beraberinde getirdiği risklerin daha ön plana çıkmasına neden olmuştur.

Tüm riski kendi üzerinde toplayarak finansal sistemdeki olası bir çöküşün

de merkez üssü haline MKT'lerin temerrüdü diğer finansal kuruluşlardan farklı olarak gerçekleşmekte, MKT'nin her türlü ödeme gücü yeterliliği temerrüt ortadan kalkmakta ve iflas öncesi "likidite eksikliği" aşaması bu kurumlar bakımından hiçbir zaman gündeme gelmemektedir.

Buna bağlı olarak MKT kuruluşlarının gerçek anlamda düzenlenme amacına hizmet edebilmesi ve yekûn olarak finansal piyasalardaki güvenin korunabilmesi için bu kuruluşların temerrüdüne ilişkin tüm şüphelerin ortadan kaldırılması ve MKT'lerin temerrüdüne ilişkin detaylı tanımlamalara yer verilmesi gerekmektedir.

Bu gerekliliğe uygun olarak ESMA bünyesinde ve AB içerisinde faaliyet gösteren tüm MTK'lerin temerrüt prosedürlerinde ilgili MTK'lerin temerrüdü halinin ne zaman ortaya çıkacağı ve bu durumun mevcut üyeler ile akdedilmiş olan sözleşmeler üzerindeki etkilerinin ayrıca düzenlendiği, yine iflas ve tasfiye işlerinin ise bu kapsamda MKT'nin yapısına uygun şekilde müstakil düzenlemelere konu edildiği görülmüştür.

Yapılan genel açıklamalar ve mukayeseli değerlendirmeler neticesinde MKT kuruluşunun temerrüdüne ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmadığı ülkemizde, MKT kuruluşlarının temerrüdü haline ve bu durumun sözleşmeler üzerindeki etkilerine ilişkin MKT Yönetmeliği m.34 vd. hükümlerine ek olacak şekilde ayrı bir maddeye yer verilmesi gerektiği tespit edilmiştir.

Temerrüt haline bağlı olarak gündeme gelecek olan iflas ve tasfiye prosedürü bakımından ise BDDK, TMSF ve SPK arasında yetki ihtilaflarının gündeme gelebileceği, bu ihtilafların giderilmesi adına açık hükümlere yer verilmesi gerektiği, yine diğer finansal kuruluşlardan farklı olarak sahip olduğu tüm sermayeyi açık pozisyonların kapatılması için kullanması gereken MKT'lerin sahip oldukları kaynakları bu yönde kullanabilmesi adına SerPK'da ve BanKK'da açık düzenlemelere gidilmesinin bu kuruluşlara olan güveni arttıracak kanaatine ulaşılmıştır.

KAYNAKLAR

- Amelie, Labbe, “Failure Is Not an Option”, *International Financial Law Review*, C.36, S. 3, 2017, s. 12-13.
- Angus Armstrong, “EU Membership, Financial Services And Stability”, *National Institute Economic Review*, S. 236, 2016, s. 31-38.
- Aşlı, Yüksel/ Ülkü, Yüksel/ Ali Sait, Yüksel, *Bankacılık Hukuku ve İşletmesi*, Beta, 9. Bası, İstanbul, 2002.
- Bruno, Biais/Florian, Heider/Marie, Hoerova, “Clearing, Counterparty Risk and Aggregate Risk”, *IMF Economic Review*, C.60, S. 2, 2012, s. 193-222.
- Bliss, Robert/ Papathanassiou, Chryssa, “Derivatives Clearing, Central Counterparties And Novation: The Economic Implications”, *Conference on Issues Related To Central Counterparty Clearing*, 2006.
- Christian, Chamorro-Courtland, “Brexit Scenarios: The Future of Clearing in Europe”, *Columbia Journal of European Law*, C. 25, S. 2, 2019, s. 169-221.
- Christian, Chamorro-Courtland, “The Trillion Dollar Question: Can a Central Bank Bail Out a Central Counterparty Clearing House Which Is Too Big to Fail”, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial, & Commercial Law*, S. 6, C. 2, 2012, s. 433-486.
- Christian Chamorro-Courtland, “Counterparty Substitution in Central Counterparty (CCP) Systems”, *Banking & Finance Law Review*, C.26, S. 3, 2011, s. 517-538.
- Christian Chamorro-Courtland, “Central Counterparties (CCP) and the New Transnational Lex Mercatoria”, *Florida State University Business Review*, C.10, 2011, s. 57-116.
- Clifford Chance, “EU Regulatory Developments”, *Law and Financial Markets Review*, C.7, S. 1, 2013, s. 61-66.
- David, Felsenthal/ Lily, Chu, “Regulation Of Cross-Border Swaps”, *Harvard Business Law Review Online*, C.3, 2013, s. 142-151.
- David, Graeber, “Borç İlk 5000 Yıl”, Çeviri: Muammer Pehlivan, Everest Yayınları, İstanbul, 2015.
- Erkan, Eren, “Merkezi Karşı Taraf Uygulaması ve Merkezi Karşı Taraf Üyelik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C.5, S. 2, 2019, s. 171-191.
- Erkan, Eren, *Türk Hukukunda Merkezi Takas Kuruluşları, Merkezi Karşı Taraf Uygulaması Ve Tezgâh Üstü Türev Araçların Merkezi Takası*, Onikilevha, İstanbul, 2019.
- Hamdi, Yasaman, *Banka Hukuku ile ilgili Makaleler, Mütalaalar, Birlikli Raporları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- Hasan Yaşar, Şababoğlu, “2008 Küresel Finansal Krizi Sonrası Tezgah Üstü Türev Piyasalara Yönelik Düzenlemeler”, *Bankacılar Dergisi*, Türkiye Bankalar Birliği, C.24, S. 84, 2013, s.95-114.
- Jeremy C. Kress, “Credit Default Swap Clearinghouses and Systemic Risk: Why Centralized Counterparties Must Have Access to Central Bank Liquidity”, *Harvard Journal on Legislation*, C.48, 2011, s.49-93.
- Joseph, Tanega/Andrea, Savi, “Central Clearing Counterparties for OTC-Users: A Theoretical Framework”, *New York University Journal Of Law & Business*, C.13, S. 3, 2017, s. 825-883.

- Mark J. Roe, “Clearinghouse Overconfidence”, *California Law Review*, C.101, S. 6, 2013, s. 1641-1704.
- Paolo Saguato, “*The Unfinished Business of Regulating Clearinghouses*”, *Columbia Business Law Review*, C.2020, S. 2, 2020, s.449-531.
- Richard Squire, “Shareholder Opportunism in a World of Risky Debt”, *Harvard Law Review*, C.123, 2009-2010, s. 1151-1213.
- Robert O. Keohane, “*After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*”, Princeton University Press, New Jersey, 1984.
- Ruben Lee, *Running The World’s Markets: The Governance Of Financial Infrastructure*, Princeton University Press, 2011.
- Sean J. Griffith, “Substituted Compliance and Systemic Risk: How to Make a Global Market in Derivatives Regulation”, *Minnesota Law Review*, C.98, 2014, s. 1291-1373.
- Sean J., Griffith, “Clearinghouse Hope Or Hype: Why Mandatory Clearing May Fail to Contain Systemic Risk” *Harvard Business Law Review*, Online 160, 2012-2013, s. 160-168.
- Seza, Reğisoğlu, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Yaklaşım Yayınları, C.2, Ankara, 2015.
- Steven L. Schwarcz, “Systemic Risk”, *The Georgetown Law Journal*, C.93, 2008, s. 193-249.

Hükmün Tamamlanması*

Supplement to the Judgment

Erol Karaaslan**, Varol Karaaslan***

ÖZ

Bu çalışmada medeni yargulamada yeni bir müessese olan hükmün tamamlanması mercek altına alınmıştır. Söz konusu müessese bir kısım yararlar ihtiva etmekle birlikte müessesenin uygulanmaya başlanmasından bu yana bazı sorunlar da gün yüzüne çıkmıştır. Bu çalışmada söz konusu sorunlar tespit edilmeye çalışılmış ve çözüm önerileri geliştirilmeye gayret edilmiştir.

Hükmün tamamlanması usule veya esasa ilişkin olması fark etmeksizin nihai kararlara karşı başvurulabilecek bir yöntemdir. Kanımızca geçici hukuki koruma talepleri bakımından da hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilir. Hükmün tamamlanması hükümde bulunan hataların düzeltilmesi için öngörülmüş bir müessese değildir. Hükümde yapılan maddi hatalar HMK m. 304 çerçevesinde giderilebilecek; diğer hatalar içinse kanun yollarına başvurmak gerekecektir.

Anahtar Kelimeler: Nihai karar, hükmün tamamlanması, maddi hata, kanun yolu, geçici hukuki koruma.

ABSTRACT

In this article, the new legal institution of the supplement to the judgment is examined carefully. This institute has definitely brought some advantages. But at the same time new problems have emerged. With this essay we try to name the problems and suggest solutions. The first decisions of the Higher Regional Court in particular are dealt with critically. Supplement to the judgment is a method that can be used against final decisions, regardless of whether it is procedural or substantive. In our opinion, it is possible to apply for the supplement to the judgment in terms of temporary legal protection requests. It should be noted that the completion of the provision is not an institution intended for the correction of mistakes in the judgment. Material mistakes made in the judgment can be resolved within the framework of Art. 304 of Turkish Civil Procedure Law; for other mistakes, it will be necessary to resort to legal remedies.

* Makale gönderim tarihi: 16.09.2021. Makale kabul tarihi: 28.09.2021. Erol Karaaslan, Varol Karaaslan, "Hükmün Tamamlanması", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2021, s. 557-578; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.02.06>

** Kocaeli Hâkimi. İletişim; Körfez, Hafız Binbaşı Cd. No:5, 41000 İzmit/Kocaeli, erolkaraaslan@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-6074-2992>.

*** Prof. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, İletişim; Kabaoğlu, Baki Komsuoğlu bulvarı No:515, Umuttepe, 41001 İzmit/Kocaeli, varol.karaaslan@kocaeli.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-9139-5786>.

Key Words: Final desicions, supplement to the judgment, material mistakes, legal remedies, temporary legal protection.

Giriş

7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹ ile HMK'ya eklenen “*hükümün tamamlanması*” kenar başlıklı m. 305/A'ya göre “tarafardan her biri, nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde, yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda, ek karar verilmesini isteyebilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir.”

Bu maddenin kabul edilip yürürlüğe girmesinden önce sadece tahkim yargılaması bakımından hükümün tamamlanması mümkündü. Söz konusu hususta ilk düzenleme Milletlerarası Tahkim Kanunu'yla yapılmış, bunu HMK'nın tahkime ilişkin hükümlerinde yer alan düzenleme takip etmiştir. Her iki kurala kısaca değinmek gerekirse, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 14. maddesine göre “tarafardan her biri, hakem kararının kendilerine bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir. Hakem veya hakem kurulu, istemi haklı bulursa, tamamlayıcı hakem kararını altmış gün içinde verir.” HMK m. 437/4'e göre de taraflar, hakem kararının kendilerine bildirilmesinden itibaren bir ay içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini talep edebilmekte; hakem veya hakem kurulu da talebi haklı bulursa, tamamlayıcı hakem kararını kural olarak bir ay içinde verebilmektedir.

Devlet mahkemelerinde yapılan yargılamalarda ise 7251 sayılı kanunla yapılan değişikliğe kadar tarafların talepleri arasında yer almakla birlikte hakkında karar verilmeyen hususlar ancak kanun yolu aşamasında dikkate alınabilmekteydi. Çünkü kural olarak mahkemenin bir dava hakkında karar vermekle o davadan elini çektiği ve artık uyuşmazlık hakkında -dosyanın istinaf veya temyiz denetiminden dönmesi durumu bir kenara bırakılacak olursa- farklı bir karar veremeyeceği kabul edilmektedir ki, bu kararın nispi kesin hüküm teşkil ettiği söylenir².

Bu düzenlemeyle, nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde tarafların başvurması şartıyla yargılamada ileri sürülen veya mahkemece kendiliğinden

1 RG 28.07.2020, S.31199.

2 Bkz., Ali Cem Budak, Varol, Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2021, § 16, kn. 20.

hükme geçirilmesi gereken ancak hüküm verilmeyen talepler hakkında mahkemece ek karar verilmesi mümkün kılınmıştır.³ Böylece nihai kararın verilmesinden sonra, herhangi bir nedenle taraflarca talep edilmiş veya re'sen nihai kararda olması gereken bir husus hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemesi hâlinde, usul ekonomisine uygun olarak bu eksikliğin tamamlanması arzulanmıştır. İlk bakışta düşünüleceğinin aksine hükmün tamamlanmasına ilişkin HMK m. 305/A düzenlemesi birçok sorun barındırmaktadır. Bu çalışmada hükmün tamamlanmasına ilişkin söz konusu düzenleme ve ortaya çıkan sorunlar ele alınacaktır.

Belirtmek isteriz ki, söz konusu kanun değişikliğinden sonra taleplerin tümü hakkında karar verilmemiş olması durumunda hükmün tamamlanması yoluna başvurmak mümkün hâle getirilmiş olsa da tarafların bu yola başvurmaması hâlinde -karara karşı kanun yolu açıksa- kanun yolu aşamasında bu durum dikkate alınacaktır. Nitekim 7251 sayılı kanunla HMK m. 353/1-a-6'da yapılan değişiklikle talebin *önemli bir kısmı* hakkında karar verilmemiş olması ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak dosyanın geri gönderilmesine karar verilmesi nedenlerinden biri olarak kabul edilmiştir. Bu noktada talebin önemli bir kısmının ne anlama geldiğinin tespiti ise hâkimin takdir yetkisinin kapsamındadır.

I. Hükümün Tamamlanması ve Benzeri Müesseseler

Öncelikle bu düzenlemenin yürürlüğü hakkında kısa bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 62. maddesi kanunun yürürlük tarihini yayım tarihi olarak belirtmiştir. 28.07.2020 tarihli Resmi Gazete'nin 31199 sayısı ile yayımlanmakla, kanun 28.07.2020 tarihinde yürürlüğe girdiğine göre bir defa bu tarihten itibaren verilmiş olan nihai kararlar bakımından hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilecektir. Ayrıca usul kuralları derhal uygulanacağı ve her bir usul işlemi, usul ilişkisinin ne zaman kurulduğuna, özellikle davanın ne zaman açıldığına bakılmaksızın, işlemin yapıldığı zaman yürürlükte olan kanun hükmüne tâbi olacağı için⁴ 28.07.2020 tarihinden önce karar verilmiş ve bu tarihte gerekçeli kararın tebliğinden itibaren henüz bir ay geçmemişse yine hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilmesi gerekecektir. Çünkü henüz bu aşamada tamamlanmış bir işlemden bahsedilemez. Ancak bölge adliye mahkemesi kararlarında hüküm tarihine

3 Bkz. HMK m. 305/A'ya ilişkin kanun değişikliği gerekçesi.

4 Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2020, s. 64; Budak, Karaaslan, § 1, kn. 24 vd., 32.

göre değerlendirme yapıldığı ve 28.07.2020 tarihinden önce verilmiş olan kararlar için hükümün tamamlanmasının istenemeyeceği görüşünün ağırlık kazandığı dikkat çekmektedir⁵.

Hükümdeki maddi hatalar sebebiyle hükümün tamamlanması yoluna gidilemez. Hükümdeki yazı ve hesap hataları ile diğer benzeri açık hatalar, mahkemece resen veya taraflardan birinin talebi üzerine düzeltilebilir (HMK m. 304/1). Hükümdeki yazı⁶ ve hesap hataları⁷ ile diğer benzeri açık hataların⁸ varlığı hâlinde, mahkemece hükümün tamamlanması yoluna değil, *hükümün tashihi* yoluna gidilmelidir.

Hüküm yeterince açık değilse veya icrasında tereddüt uyandırıyor yahut birbirine aykırı fıkralar içeriyorsa, icrası tamamlanmıncaya kadar taraflardan her biri hükümün açıklanmasını veya tereddüt ya da aykırılığın giderilmesini isteyebilir (HMK m. 305/1). Buna göre açık olmayan veya icrasında tereddüt oluşturan⁹ veyahut birbirine aykırı fıkralar içeren bir hükümün bulunması durumunda, *hükümün tavgizi* yoluyla sonuca gidilebileceğinden, bu kapsamda kalan nihai hükümlerin hükümün tamamlanmasına konu olamayacağı görülmektedir.

Hâkim, tavgiz yoluyla hükümde unutmuş olduğu talepler hakkında karar verip bunu kararına ekleyemez¹⁰. Tavgiz, kural olarak sadece hüküm fıkrası

5 “28.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sy. HMK 305/A. maddesine göre taraflardan her biri nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda ek karar verilmesini isteyebilirse de bu hüküm 28.07.2020 tarihi sonrası geçerlidir. Bu kanun değişikliği öncesindeki mevzuatımıza göre hüküm verirken unutmuş olduğu vekâlet ücreti veya faiz hakkında tavgiz yolu ile bir karar verip, bunu hükümüne dahil edemez.” (Yargıtay 3. HD 03.02.2021 T. 2020/9695 E. 2021/825 K.). “Karar tarihi itibarıyla, 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6100 sayılı HMK’ya eklenen “Hükümün Tamamlanması” başlıklı 305/A maddesi de yürürlükte değildir. Bu nedenle ilk derece mahkemesince vekâlet ücreti miktarının düzeltilmesine yönelik talebin reddine dair 14/10/2019 tarihli ek kararında isabetlilik görülmemiştir.” (Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 7. HD 04.12.2020 T. 2020/73 E. 2020/1605 K.). Bu çalışmadaki mahkeme kararları aksi belirtilmedikçe UYAP bilişim sisteminden alınmıştır.

6 “Davalı mirasçılarının karar başlığında yazılmaması maddi hata olup, mahallinde her zaman düzeltilmesinin mümkün bulunmasına göre ...” (Yargıtay 3. HD 28.01.2021 T. 2020/3921 E. 2021/594 K.).

7 “Bozma ilamının ikinci sayfasındaki 2 nolu bozma gerekçesinin ikinci paragrafında “300.000 USD” yerine “30.000 USD” yazılmasının maddi hata niteliğinde olduğu...” (Yargıtay 11. HD 20.09.2019 T. 2017/4586 E. 2019/4655 K.).

8 “İcra takip numarasının yanlış yazılması maddi hata olup mahallinde her zaman düzeltilebilir.” (Yargıtay 3. HD 16.09.2020 T. 2020/4001 E. 2020/4163 K.).

9 “Karara dayanak alınan 08.08.2012 tarihli fen bilirkişi rapor ve krokisinde B3 ile gösterilen 303,84 m², B1 ile gösterilen 1,39 m², B2 ile gösterilen 4,13 m²sinin kamulaştırılan kısımlar olmasına rağmen, mahkemece dava konusu taşınmazın kamulaştırılan kısımları ayrı ayrı belirtilmeden toplam yüzölçümü olan 309,36 TL m²sinin idare adına tesciline karar verildiği, karara esas alınan 22.02.2013 fen raporunun infaza elverişli olduğu anlaşıldığından, mahkemece karara dayanak fen bilirkişi raporuna atf yapmak suretiyle hükümün infaz edilebilecek şekilde tavgiz edilmesi gerekir.” (Yargıtay 5. HD 15.02.2021 T. 2020/3766 E. 2021/1428 K.).

10 Yargıtay 16. HD 08.03.2021 T. 2021/1425 E. 2021/2146 K.

hakkında olur. Hükümün gerekçesinin açıklanması için ise tavzih yoluna başvurulamaz. Ancak, hüküm fıkrası ile gerekçe arasında bir çelişki varsa, bu çelişkinin giderilmesi için tavzih yoluna başvurulabilir¹¹.

II. Hükümün Tamamlanmasının Koşulları

A. Hükümün Tamamlanması Yoluna Başvurulabilecek Kararlar

HMK m. 305/A taraflardan her birinin, nihai kararın tebliğinden itibaren hükümün tamamlanması yoluna gidebileceğini açıkça düzenlemiştir. Burada maddede geçen *hüküm* kelimesi üzerinde durmakta yarar vardır. HMK m. 294/1'e göre yargılama sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karar hükümdür. Meseleye bu düzenleme çerçevesinde bakılacak olursa sadece uyuşmazlığın esası hakkında verilmiş bulunan nihai kararlar bakımından hükümün tamamlanması yoluna başvurulabileceği sonucuna varılabilir. Ancak kanımızca HMK m. 305/A'da kullanılan hüküm kelimesi bilinçli bir tercih olmayıp nihai karar şeklinde anlaşılmalıdır¹². Nihai karar mahkemenin davadan el çekmesini gerektiren ve yargılamaya son veren esasa ve usule ilişkin tüm kararlardır¹³. Başka bir deyişle kararın uyuşmazlığın esasına ilişkin olup olmaması hükümün tamamlanması yoluna başvuru bakımından önem arz etmemelidir. Aşağıda da görüleceği üzere mahkemenin yargılama giderleri hakkında karar vermemiş olması ya da bir kısım yargılama giderlerini dikkate almamış olması hükümün tamamlanması yoluyla giderilebilecek eksikliklerden biri ve belki de uygulama bakımından en önemlilerindedir. Bu hâlde mahkeme kararının uyuşmazlığın esası hakkında verilmiş olmasıyla sözgelimi dava şartları eksikliği nedeniyle davanın usulden reddi gibi usule ilişkin nihai bir karar verilmiş olması arasında bir fark olmasını haklı gösterecek bir sebep olmadığını düşünceyiz.

İlk derece mahkemesi kararlarında olduğu gibi bölge adliye mahkemesi¹⁴ kararlarına karşı da hükümün tamamlanması yoluna başvurulabilir. Bir derece mahkemesi olmayan Yargıtayın verdiği kararlara karşı kural olarak hükümün tamamlanması yoluna başvurulamayacağı, ancak harç ve yargılama giderlerine ilişkin istisnai hâllerde Yargıtay kararlarına karşı da hükümün tamamlanması yoluna gidilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz¹⁵.

11 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.06.1967 T. 1967/462 E. 1967/300 K. Ayrıca bkz Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 10.04.1992 T. 1991/7 E. 1992/4 K.; RG 10.06.1992, S. 21254.

12 Benzer şekilde Derya Belgin Güneş, "Medeni Usul Hukukunda Hükümün Tamamlanması (HMK m. 305/A)", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1, 2021, s. 317.

13 Nilüfer Boran Güneysu, *Medeni Usul Hukukunda Karar*, Ankara 2014, s. 106.

14 Örnek karar için bkz. Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 2. HD 12.11.2020 T. 2020/904 E. 2020/933 K.

15 Karş. Tolga Akkaya, "Medeni Usul Hukukunda Hükümün (Nihai Kararların) Tamamlanması", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi HFD*, C. XXV, 2021, S. 1, s. 37-38.

Hükümün tamamlanması nihai kararlara karşı başvurulmuş bir yol olduğu için yargılamanın çeşitli aşamalarında ortaya çıkan sorunların çözümü için verilen ve hâkimin dosyadan elini çekmesi sonucunu doğurmayan kararlar olan ara kararlara¹⁶ karşı bu yola gidilemez.

Bazı bölge adliye mahkemesi kararlarına göre gerekçeli kararın yazılması beklenmeden de hükümün tamamlanması talep edilebilir¹⁷. Kanımızca hükümün tamamlanmasının talep edilebilmesi için gerekçeli kararın taraflara tebliğ edilmiş olması gereklidir. Nitekim kanuni düzenleme de bu şekildedir.

Geçici hukuki koruma talepleri bakımından hükümün tamamlanması yoluna başvurulup başvurulamayacağı ise tartışmalıdır. Müessesenin yürürlüğe girmesinden bu yana henüz çok kısa bir süre geçmesine rağmen doktrinde bunun hukukumuz bakımından mümkün olmadığı görüşü ağırlık kazanmıştır. Ancak bu görüşün gerekçeleri farklılık göstermektedir. Bir görüşe göre medeni usul hukukunda kıyas mümkün olamayacağı ve HMK'da geçici hukuki korumaya ilişkin usul kuralları özel olarak düzenlendiği ve genel hükümlere atıf yapılmadığı için hükümün tamamlanmasına ilişkin düzenleme geçici hukuki korumalarda uygulanamaz¹⁸. Sonuç itibarıyla benzer bir diğer görüşe göre ise geçici hukuki koruma kararlarının değiştirilmesine ilişkin özel hükümler bulunması ve bu kararların nihai karar niteliğinde olmaması nedeniyle geçici hukuki koruma kararlarına karşı hükümün tamamlanması yoluna başvurulamaz¹⁹.

Bu görüşlere katılmıyoruz. Bir defa medeni usul hukukunda kıyasın mümkün ve gerekli olduğu kanısındayız²⁰. Örneğin davaya bakması yasak olan ve talep olmasa dahi davaya bakmaktan çekinmesi gereken hâkimin taraflardan birinin talebine rağmen çekinmemesi hâlinde bu kararın tek başına kanun yoluna götürülebileceğine ilişkin bir hüküm HMK'da bulunmamaktadır. Kanımızca hâkimin reddinde olduğu gibi HMK m. 43 ve 44 hükümleri kıyasen uygulanmalı ve hâkimin çekinmeye daveti ret kararına karşı nihai karar beklenmeden istinaf veya temyize gidilebilmelidir. Yine mahkemenin verdiği kısa kararla gerekçeli kararın birbirine uygun olmaması temyizde bozma sebebi oluştururken (HMK m. 371-ç bendi) aynı konuda istinafta açık bir hüküm yoktur. Kanımızca temyize ilişkin hüküm istinafta da kıyasen uygulanmalı ve bu hâlde ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak dosya ilk derece mahkemesine

16 Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, s. 481 vd.; Budak, Karaaslan, § 16, kn. 8.

17 Örneğin Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 1. HD 02.12.2020 T. 2020/554 E. 2020/556 K.

18 Nesibe Kurt Konca, *Güven Veren ve Erişilebilir Adalet Vizyonunda Üçüncü Yargı Paketi*, Seta Rapor, İstanbul 2020, s. 37.

19 Akkaya, s. 36; benzer şekilde Belgin Güneş, s. 317.

20 Bkz. Ali Cem Budak, *Medeni Usul Hukukunda Kavram İctihadı ve Menfaat İctihadı*, İstanbul 2021, s. 30, 95.

geri gönderilmelidir²¹.

İkinci olarak da geçici hukuki korumaya ilişkin kararların değiştirilebilmesi veya bu konuda mahkemeden yeni bir karar verilmesinin talep edilmesiyle hükmün tamamlanması farklı amaçlara hizmet etmektedir. Konuyu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, mesela davalının iki taşınmazı üzerine ihtiyati tedbir konarak satışlarının önlenmesi talebiyle mahkemeye başvurulmuş ve mahkeme taşınmazlardan biri hakkında tedbir kararı vermeyi unutmuşsa bu durumda söz konusu karara karşı hükmün tamamlanması yoluna başvurulmasının mümkün olması gerekir.

Mahkeme tarafından verilmiş olan kararda maddi hukuk ya da usul hukuku bakımından hatalar varsa bu hataların giderilmesi amacıyla kanun yoluna başvurulmalıdır. Hükmün tamamlanması ise mahkemeden talep edildiği hâlde hakkında karar verilmeyen talepler ya da mahkemenin re'sen karar vermesi gerektiği hâlde karar verilmeyen hususlarda söz konusu olabilir²². Dilekçelerdeki talepler veya hükmünde bulunması gerekli unsurlar bakımından hükmünde bir eksikliğin bulunması hâlinde bu hatanın düzeltilmesi hükmün tamamlanması yoluyla istenemez. Bu hatanın giderilmesi kanun yoluna başvuru konusu olabilir²³.

Örneğin ilk derece mahkemesi taraf/araflar lehine vekâlet ücreti takdirine yer olmadığına karar vermişse bu noktada hükmün tamamlanması yoluyla düzeltme yapılamaz²⁴. Bununla birlikte bir bölge adliye mahkemesi kararına göre hükmünde eksik hesaplanmış olan vekâlet ücreti hükmün tamamlanması yoluyla tamamlanabilir²⁵. Kanımızca vekâlet ücretinin eksik hesaplanması hâlinde hükmün tamamlanması yoluyla doğru vekâlet ücretine hükmedilmesi mümkün değildir. Çünkü bu müessese isminden de anlaşılacağı üzere hükmünde yapılan

21 Budak, Karaaslan, § 2, kn. 21; § 16, kn. 9.

22 HMK'nın 294-298. maddelerine göre hâkim hükmü vermekle o davadan elini çekmiş olur ve yargılamanın iadesine karar verilmedikçe veya hükmün temyiz edilip bozulmadıkça/istinaf edilip kaldırılmadıkça daha önce verilen kararın dışına çıkılacak biçimde, taraflardan birinin sorumluluğunu azaltamaz veya artıramaz. Hükmümlerin tashihi, tavzihi veya tamamlanması bu kuralın dışında değildir (Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi 2. HD 17.03.2021 T. 2021/445 E. 2021/368 K. ve İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 21. HD 09.03.2021 T. 2020/1585 E. 2021/373 K.).

23 Aynı yönde bir karar için bkz. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 10. HD 05.03.2021 T. 2021/417 E. 2021/410 K.

24 Van Bölge Adliye Mahkemesi 1. HD 04.03.2021 T. 2021/289 E. 2021/283 K.

25 Konya Bölge Adliye Mahkemesi 3. HD 16.12.2020 T. 2020/1233 E. 2020/1227 K.: "Verilen karardan sonra davacı tarafta, davanın reddine karar verildiği eksik vekâlet ücretine hükmedildiği belirtilerek düzeltilmesini istemiş, mahkemece hükmün tamamlanmasına ve davacı lehine dava değeri olan 64.000,31 TL üzerinden vekâlet ücretine hükmedilmiştir...İşbu hükmün 28.07.2020 tarih ve 31199 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 7251 sayılı kanunla yürürlüğe girmiş olup mahkemenin verildiği tarihte yürürlükte olduğundan ve bir ay içinde talepte bulunulduğundan vekâlet ücretindeki eksikliğin tamamlanması sonuç itibarıyla doğru olduğundan itiraz yersizdir."

yanlışlıkların düzeltilmesi için ihdas edilmemiştir. Vekâlet ücreti hesabında maddi bir hata yapılmış olması hâlinde bu hata hükmün tashihi yoluyla düzeltilerabilir. Bunun haricindeki hatalar ise kanun yolu denetimine tâbi olmalıdır.

Yine taraflar arasında görülmekte olan boşanma davasında verilen kısa veya gerekçeli kararda, tedbir nafakasına (TMK m. 169) dava tarihinden değil, karar tarihinden itibaren hükmedilmesi hatalı olmakla birlikte, bu hata hükmün tamamlanması yoluyla giderilemez. Bu durum da istinaf veya temyize konu olabilir.

Uygulamada, boşanma davalarında boşanmanın eki sayılan maddi ve manevi tazminat (TMK m. 174) istemlerinde dava tarihinden itibaren faiz talep edildiği görülmektedir. Halbuki söz konusu tazminatlar boşanmanın fer'i niteliğinde olduğundan boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren faize hükmedilmesi gerekir. Mahkeme, dava veya karar tarihinden itibaren faize hükmetmişse karara karşı hükmün tamamlanması yoluna değil kanun yollarına başvurmak gerekir. Buna karşılık davacı, boşanma ile birlikte boşanmanın fer'i niteliğindeki tazminatları faiziyle birlikte talep etmiş ve mahkemece nihai kararda, boşanma ve tazminatlara ilişkin faiz konusunda bir hüküm kurulmamışsa, bu eksiklik ek karar ile giderilebilir.

Bir görüşe göre nafakanın artırılması ile ilgili hükmün hangi tarihten itibaren geçerli olduğunun yazılmamış olması ek kararla tamamlanabilir²⁶. Kanımızca bu hâlde başvurulması gereken müessese hükmün tamamlanması değil hükmün tavzihi olmalıdır.

Kısmi davada ıslah veya belirsiz alacak davasında bedel artırımı dilekçesi verilmiş ve bu yönde hüküm kurulmuş, istinaf incelemesinde de ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilmişse, yeniden görülen davada oluşan fark sebebiyle hükmün tamamlanması yoluna başvurulurken bu farkın ek kararlarla hüküm altına alınması istenemez²⁷.

B. Talep Edilen Hususlarda veya Hükmün Zorunlu Unsurlarında Karar Verilmemiş Olması

Kanuni düzenlemeye göre, yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda ek karar verilmesi talep edilebilir.

26 Belgin Güneş, s. 320.

27 “Dava, kıdem tazminatı ve diğer işçilik alacaklarına ilişkindir, davacı vekilinin kaldırma kararından önce yapılan ilk yargılama sırasında kıdem tazminatı talebi açısından bedel artırımı dilekçesi verdiği, kaldırma kararından sonra yapılan yargılama ilk yargılamanın devamı niteliğinde olduğundan bu yargılamada tekrar bedel artırımı dilekçesi veremeyeceği, verse de dikkate alınmayacağı kararda bu açıdan hukuka aykırılık bulunmadığı, yine ek kararla istem konusu hakkında karar verilemeyeceği, karar ve sonuç itibarıyla ek kararda hata olmadığı ...” (Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 8. HD 24.12.2020 T. 2020/1942 E. 2020/2122 K.).

Örneğin talep edildiği hâlde faiz ya da itirazın iptali davasında icra inkâr tazminatı hakkında bir karar verilmemiş olması gibi hâllerde, bir başka deyişle davanın fer'i niteliğindeki talepler konusunda bir hüküm kurulmamış olması durumunda bu eksiklikler bakımından hükmün tamamlanması istenebilir.

Belirtmek gerekir ki, kararda bu hususlar bakımından olumlu veya olumsuz bir hüküm kurulmamışsa hükmün tamamlanması yoluyla eksik giderilebilir²⁸. Ancak mahkeme bu konularda bir hüküm kurmuşsa, talep edilmiş olsa dahi artık ek karar vererek yeniden hüküm kuramaz, verdiği hükmü değiştiremez veya kaldıramaz. Bu ancak kanun yolu denetiminin konusu olabilir. Örneğin kanuni faiz yerine temerrüt faizine hükmedilmesi veya faiz oranındaki değişiklik ya da faizin başlangıç tarihinin değiştirilmesi hükmün tamamlanmasına konu olamaz. Bu hâller kanun yoluna başvuru konusu olabilir.

Kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olan hususlar denince ise akla ilk olarak yargılama masrafları gelmektedir. Tasarruf ve taleple bağlılık ilkelerinin bir istisnası olarak talep bulunmasa dahi mahkeme yargılama masraflarına re'sen hükmeder (HMK m. 332/1). Yargılama masrafları yargı harçları, mahkeme tarafından başvuru delillere ilişkin giderler ve tebligat gibi yargılamaya ilişkin diğer masraflarla vekil aracılığıyla takip edilen davalarda vekâlet ücretinden oluşmaktadır. Örneğin vekâlet ücreti konusunda karar verilmemişse bu konuda karar verilmesi hükmün tamamlanması yoluyla istenebilir²⁹.

Kamusal bir menfaatin söz konusu olduğu bazı hâllerde mahkeme bir talep olmadan karar verir. Örneğin boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır (TMK m. 169). Buna göre ortak çocuk hakkında

28 “Davacı-karşı davalı vekilinin talebi konu 07/10/2020 havale tarihli dilekçesi ile karşı davanın lehlerine sonuçlanarak reddedildiğini, ancak bu dava yönünden taraflarına vekâlet ücretine hükmedilmediğini belirterek eksikliğin HMK'nın 305/A-1 maddesi uyarınca ek karar ile tamamlanmasını, gerekçeli kararın verilecek olan ek karar ile birlikte tebliğe çıkartulmasını talep etmiştir. İlk derece mahkemesi 13/10/2020 tarihli ek karar ile mahkemenin 30/09/2020 tarihli gerekçeli kararında asıl dava ile karşı davada vekâlet ücreti dışında kalan hususlar hakkında karar verildiğinden, yeniden karar verilmesine yer olmadığına, karşı dava yönünden 6100 sayılı HMK'nın 329. maddesi, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu 169. maddesi ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre taktiren 3.400 TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalıya davalıya verilmesine hükmedilmiştir...İlk derece mahkemesince davalı-karşı davacının aleyhine ek karar ile vekâlet ücretine hükmedilmesinde ve vekâlet ücretinin miktarlarında isabetsizlik bulunmamaktadır.” (Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 2. HD 03.12.2020 T. 2020/1007 E. 2020/1007 K.).

29 “Davacı vekili ek karar ile müvekkili aleyhine vekâlet ücretine hükmedilemeyeceğini belirterek ilk derece mahkemesi kararını istinaf etmiş ise de, 7251 sayılı Kanun ile değişik “Hükmün Tamamlanması” başlıklı, HMK 305/A maddesi buna imkân tanıdığından, davacı vekilinin istinaf başvurusunun, 6100 sayılı HMK'nın 353/(1)-b-1. esastan reddine karar verilmesi kanaatine ulaşılmıştır.” (İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14. HD 13.11.2020 T. 2020/1534 E. 2020/1312 K.).

velayet ve kişisel ilişki konusunda hâkim talep olmasa bile karar verebilecektir. Yine velayet altında bulunan çocuğun korunması için gerekli önlemlerin alınması ya da çocuğun ana babadan alınarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi (TMK m. 346, 347) hâkimin re'sen karar verebileceği hususlardır. Paylaşmalı mal ayrılığında boşanma veya evliliğin iptali hâlinde aile konutu ve ev eşyasını hangi eşin kullanmaya devam edeceği hakkında da hâkim re'sen karar verir (TMK m. 254/2). Hâkimin re'sen karar verebileceği bu gibi hâllerde de taraf veya ilgililer tarafından hükümün tamamlanması talep edilebilir.

Doktrinde ifade edilen bir görüşe göre hükümde, karara karşı kanun yolunun açık olup olmadığı ve başvuru süresinin ne olduğu belirtilmemişse bu eksiklik hükümün tamamlanması yoluyla giderilebilir³⁰. Kanımızca bu durum hükümün tamamlanmasıyla ilgili değildir. Çünkü hükümün tamamlanması, hakkında karar verilmeyen hususlarda mahkemenin kararının tamamlanması anlamına gelmekte olup burada söz konusu olan ise kanunda açıkça düzenlenmiş olan hususlardır (bkz. HMK m. 341, 345; İş Mahkemeleri Kanunu m. 7/3; İİK m. 363/1). Mahkemenin bu hususlara kararında yer vermemesi kararın kanun yoluna tâbi olup olmadığını veya kanun yolu süresini etkilemeyecektir. Aksinin kabulü HMK m. 297'ye göre hükümde yer alması gereken ancak eksik kalmış diğer unsurların da ek karar ile tamamlanabileceği anlamına gelir. Oysa burada mahkeme tarafından hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen bir husus yoktur. Bu nedenle tamamlanacak bir hüküm parçası da bulunmamaktadır.

III. Özellik Arz Eden Bazı Durumlarda Hükümün Tamamlanması

Bu kısımda bazı dava türleri ve özellik arz eden durumlarda hükümün tamamlanması yoluna başvuru incelenecektir.

A. Davaların Yığılması

Davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır (HMK m. 110). Davacı, davaların yığılmasında, davalıya karşı açtığı tek bir dava ile birden fazla talepte bulunabilir. Davaların yığılmasında verilecek kararda hâkim her bir talep konusunda ayrı ayrı hüküm kurmalıdır. Örneğin aile mahkemesinde boşanma ve ziynet alacağı talepleriyle açılan bir davada sadece boşanma ve eklerine ilişkin karar verilmiş olup ziynet alacağı yönünden olumlu veya

30 Belgin Güneş, s. 321.

olumsuz bir hüküm kurulmamışsa bu konuda karar verilmesi için hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilecektir. Yine kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti ile bayram ve genel tatil ücret alacaklarının ödemesi talebiyle açılan iş hukukuna ilişkin bir davada mahkemenin diğer talepler hakkında karar verip kıdem tazminatıyla ilgili olumlu ya da olumsuz bir karar vermemiş olması hâlinde bu eksiklik taraflardan birinin talebi üzerine ek karar verilmesiyle giderilebilir. Davaların yığılması hâlinde hükümde yargılama giderleri bakımından bulunan eksiklikler de hükmün tamamlanması yoluyla giderilebilir³¹.

B. Terditli Davalar

Terditli davada davacı öncelikle asıl talebi bakımından karar verilmesini arzular, ancak asıl talebin reddedilmesi olasılığını düşünerek fer'i istemde de bulunur³². Mahkemece toplanan delillerle öncelikle asıl talep konusunda olumlu veya olumsuz bir hüküm kurulması gerekmektedir³³. Mahkeme, asıl talep konusunda kabul yönünde bir karar vermişse artık fer'i talep konusunda bir hüküm kurması gerekmez. Mahkeme tarafından asıl talebin reddine karar verilecek olursa fer'i talep konusunda olumlu veya olumsuz bir hüküm kurulması gerekecektir (HMK m. 111).

Terditli davada, asıl istemin reddine dair karar vermek gerekirken sehven bir karar verilmemiş ve fer'i istek bakımından bir karar verilmişse bu durum hükmün tamamlanması yoluyla düzeltilebilir. Örneğin muvazaa sebebine dayanarak açılan ve öncelikle tapu iptali ve tescilin talep edildiği bir davada terditli olarak belli bir meblağ paranın faiziyle birlikte kendisine ödenmesi talebinde bulunulmuşsa mahkemenin öncelikle tapu iptali ve tescil konusunda bir karar vermesi gerekir. Mahkeme burada asıl talep konusunda bir karar vermeden alacak talebi hakkında olumlu veya olumsuz bir karar vermişse bu durum zımnen asıl talebin reddi şeklinde yorumlanabileceği gibi kanaatimizce burada asıl talep konusunda bir karar verilmesine ihtiyaç vardır³⁴. Bu nedenle mahkemenin sadece yardımcı talep konusunda karar verdiği bir terditli davada asıl talep konusunda karar verilmesi hükmün tamamlanması yoluyla talep edilebilir.

31 Davaların yığılması hâlinde yargılama giderleri bakımından ayrıntılı açıklamalar ve tartışmalar için bkz. Uğur Bulut, *Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*, Ankara 2017, s. 422 vd.

32 Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, C. 1, Ankara 2020, s. 414 vd.

33 Terditli davalarda asıl talep ve yardımcı talep konusunda verilebilecek kararlarla ilgili açıklamalar için bkz. Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*, 2. Bası, Ankara 2009, s. 186 vd.

34 Cumhur Rüzgaresen, "Medeni Usul Hukukunda Terditli Taleplerin İncelenmesi", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 18, S. 212, 2020, s. 3534.

Burada şu olasılığın da değerlendirilmesi gerekir: Davacının terditli açılan davada asıl veya fer'î istemlerine ilişkin ikincil talepleri hakkında olumlu veya olumsuz bir hüküm kurulmaması da hükmün tamamlanması ile giderilebilir. Yukarıdaki örnekte, davacının tapu iptal ve tescil yönündeki talebinin reddedildiği ve alacak talebinin kabul edildiği ancak faiz konusunda bir karar verilmediği varsayımında, bu konudaki eksikliğin giderilmesi için hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilecektir.

C. Asli Müdahale

Bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişi, hüküm verinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabilir. Asli müdahale davası ile asıl yargılama birlikte yürütülür ve karara bağlanır (HMK m. 65/2). Asıl dava bakımından, asli müdahil taraf değildir. Bu kişi yalnızca açtığı dava bakımından taraf sıfatına sahiptir.

Asli müdahilin yer aldığı davada hem asıl davadaki talep hem de asli müdahilin asıl davanın taraflarına karşı açtığı davadaki talep karara bağlanacaktır. Mahkeme hükmünde taleplerden biri hakkında karar vermemişse bu eksiklik hükmün tamamlanması yoluyla giderilebilir.

D. Davaların Birleştirilmesi ve Karşı Dava

Aralarında bağlantı bulunan davaların tahkikat aşamasının birlikte yürütülmesi davaların birleştirilmesi yoluyla olur (HMK m. 166). Bu sayede aynı usul işlemleri tekraren yapılmaz ve mahkemelerin kararları arasında çelişki olması önlenir. Ancak davaların birleştirilmesi ile davalar tek bir dava hâlini almaz; bu nedenle her bir dava bakımından ayrı ayrı karar verilir; yargılama giderleri ve vekâlet ücreti de birleştirilen davalar için ayrı ayrı hesaplanır³⁵. Davaların birleştirilmesine karar verildikten sonra birleştirilen davalardan biri hakkında karar verilmemiş ise mahkemeden hükmün tamamlanması yoluyla ek karar verilmesi talep edilebilir.

Görülmekte olan bir davada (asıl dava), davalı cevap süresi içinde davacıya karşı yeni bir dava (karşı dava) açabilir. Karşı davada ileri sürülecek olan talep ile asıl davada ileri sürülen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması yahut bu davalar arasında bağlantının mevcut olması gereklidir (HMK m. 132/1-b). Birleştirilen davalara benzer şekilde karşı dava hakkında ayrı bir karar verilmemiş olması hâlinde de hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilecektir³⁶.

35 Budak, Karaaslan, § 14, kn. 31-32.

36 Karşı dava hakkında karar verilmemiş olmasının bozma nedeni sayıldığı bir Yargıtay kararı için bkz. 6. HD 12.02.2015 T. 2014/12504 E. 2015/1282 K., e-uyar.

E. Dava Arkadaşlığı

Aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı (HMK m. 57) bulunan davacılar veya davalıların bulunduğu davada mahkemece tüm taraflar bakımından hüküm kurulması gerekir. Mahkeme, birden çok davalıya karşı açılmış davada davalılardan biri hakkında karar vermeyi unutmuşsa talep üzerine ek karar vererek hakkında karar verilmeyen davalı bakımından hükmü tamamlayabilir. Aynı şekilde mahkeme, birden çok davacının açtığı davada davacılarından biri hakkında karar vermemişse ek karar vererek bu davacı bakımından hükmü tamamlayabilir.

Örneğin motorlu aracın katıldığı bir kazada, üçüncü kişinin uğradığı zardan dolayı birden fazla kişi tazminatla yükümlü bulunuyorsa, bunlar müteselsil olarak sorumludur (KTK m. 88/1). Davacı, bir trafik kazası sebebiyle işleten, sürücü ve sigorta şirketi hakkında maddi ve manevi tazminat davası açmışsa her bir davalı bakımından hüküm kurması gerekir. Burada davalılardan biri hakkında hüküm kurulmamışsa bu eksiklik hükmün tamamlanması yoluyla giderilebilir.

İş mahkemesinde açılan işçi alacağı davasında asıl işveren ve alt işveren bakımından hüküm kurulması gerekir. Yine birden fazla mirasçı tarafından açılan mal rejiminin ölüm sebebiyle sona ermesine dayalı katılma alacağı davasında, mahkemece tüm davacılar bakımından hüküm kurulması gerekir.

Herhangi bir sebeple bir veya birden fazla davacı hakkında olumlu veya olumsuz bir hüküm kurulmamışsa bu eksiklik diğer yasal koşulların bulunması hâlinde, hükmün tamamlanmasına konu olabilecektir. Ancak mahkeme davacılar bakımından olumlu veya olumsuz bir hüküm kurmuşsa, talep edilmiş olsa dahi ek karar vererek hakkında hüküm verdiği taraf bakımından yeniden hüküm kuramaz, verdiği hükmü değiştiremez veya kaldıramaz.

Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığında ise (HMK m. 59) ortada tek bir dava olduğu için verilecek kararda tüm dava arkadaşlarının isimlerinin mahkemenin nihai kararında yer alması gerekir. Bu konuda yapılacak bir yanlışlık özellikle cebri icra aşamasında problemlere sebebiyet verebilir³⁷. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığında ortada tek bir dava olduğu ve dava arkadaşları bakımından ortak bir karar verilmesi gerektiği için yargılama sürecinde dava arkadaşı olan gerçek veya tüzel kişilerin bir kısmına hükümde yer verilmemiş olması durumunda mahkemenin kararı HMK m. 304 gereği hükmün tashihi yoluyla düzeltilebilecek, burada hükmün tamamlanması yoluna başvurulamayacaktır³⁸.

37 Bkz. Taner Emre Yardımcı, *Hukuk Davalarında Mecburi Dava Arkadaşlığı*, Ankara 2021, s. 354.

38 Aynı yönde Yardımcı, s. 355.

IV. Hükümün Tamamlanması Usulü

Taraflardan birinin hükümün tamamlanması talebini içeren dilekçesinin bir örneği, cevap süresi mahkemece belirlenerek karşı tarafa tebliğ edilir (HMK m. 306/1). Buradaki süre hâkim tarafından belirlenecek bir süre olup sürenin hükümün tamamlanmasına ilişkin işin mahiyeti dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Söz konusu süre, savunma hakkını sınırlayacak kadar kısa olmamalı ancak hükümdeki eksiklik sebebiyle hakka ulaşılmamasını geciktirecek kadar uzun da olmamalı; tarafların menfaatleri arasında denge kurulmalıdır. Hâkim, duruma göre bir veya iki hafta gibi bir süre vererek bunun tebligat mazbatasına yazılmasını sağlamalıdır. Karşı tarafça verilecek cevap, tamamlama talebinde bulunan tarafa tebliğ olunur³⁹. Mahkeme, cevap verilmemiş olsa bile dosya üzerinde inceleme yaparak hükümün tamamlanması hakkında bir karar verir; ancak gerekli görürse iki tarafı sözlü açıklamalarını yapabilmeleri için davet edebilir. Bu konuda kural olarak dosya üzerinden, ancak hâkim tarafından gerekli görülmesi hâlinde duruşma yapılarak karar verilir⁴⁰.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre eksikliğin tamamlanması tahkikatın devamını gerektiriyorsa, mahkeme duruşma veya duruşmalar yaptıktan sonra hükümü tamamlayabilecektir⁴¹. Bu görüşe katılmıyoruz. Kanımızca bu aşamada tahkikat tamamlanmış olacağı için artık delil de ikame edilemez. Çünkü HMK m. 184'e göre mahkeme, tarafları dinleyerek tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığını tespit ederse tahkikatın bittiğini taraflara bildirir. Tarafların bu aşamada tahkikatın devam etmesine ilişkin talepleri olursa mahkeme tahkikatı sürdürecektir, aksi hâlde tahkikatın bittiğini tefhim ederek sözlü yargılamaya geçecektir. Tüm bunlardan, hatta hüküm verilmesinden sonra hükümün tamamlanması yoluyla yeniden tahkikat yapılmasına kapı aralamak kanımızca HMK'nın öngördüğü yargılama sistemiyle bağdaşmadığı gibi yargılamayı gereksiz bir şekilde uzatabilecek ve hükümün tamamlanması müessesesinin amacı dışında kulla-

39 "HMK'nın 306. maddesinde açıklandığı şekilde usulüne uygun işlem yapılarak sonucuna göre karar vermek gerekirken, bu husus gözetilmeden karar verilmesinin hukuki dinlenilme hakkının kısıtlanmasına neden olduğu belirgindir." (İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 19. HD 03.03.2021 T. 2020/3466 E. 2021/425 K.).

40 Aynı yönde Akkaya, s. 50; Belgin Güneş, s. 323; Selçuk Öztekin, Sema Taşpınar Ayvaz, Serdar Kale, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi", *TBB*, S. 149, 2020, s. 137. Duruşma yapılamayacağına ilişkin aksi görüş için bkz. Tutumlu, s. 413. Yargılamada ileri sürülmüş ve uyumsuzluğun esasına ilişkin önemli konular bakımından duruşma yapılması, buna karşın yargılama giderleri gibi mahkemenin kendiliğinden karar vermesi gerekli eksiklikler bakımından dosya üzerinden yapılacak inceleme sonucu ek karar verilmesi gerektiği görüşü için bkz Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, s. 724.

41 Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme*, s. 282.

nılmasına sebebiyet verebilecektir. Kanun koyucunun hükmün tamamlanması usulünü hükmün tanzihî usulüne tâbi kılması ve mahkemenin “gerekli görürse iki tarafı sözlü açıklamalarını yapabilmeleri için davet edebileceği” şeklindeki düzenleme de (HMK m. 306) bu kurumun karar verme olgunluğuna erişmiş eksikliklerin giderilmesi amacına matuf olduğunu göstermektedir.

Mahkeme tamamlama talebini yerinde gördüğü takdirde HMK m. 304 uyarınca işlem yapar (HMK m. 306/3). Uygulamada hükmün tamamlanmasına karar verildiği takdirde, düzeltilen hususlarla ilgili ek karar mahkemede bulunan nüshalar ile verilmiş olan suretlere eklenmektedir.

Hükmün tamamlanmasını isteyen tarafın başvurusunun süresi içinde olmaması, başvuranın taraf sıfatı taşınamaması (fer’î müdahil gibi), maddî hata, hükmün tanzihî veya açıklanması gibi durumlar söz konusuysa istemin reddine karar verilmesi gerekir.

Belirtmek isteriz ki, tarafların dilekçelerinde bildirdikleri talepler ve hükmün tamamlanması dilekçesinde işaret olunan taleplerle bağlı kalınarak hüküm fıkrasındaki eksiklik tamamlanabilir⁴².

A. Talepte Bulunulması

Mahkemece hükmün tamamlanması yoluna gidilebilmesi için taraflardan birinin talepte bulunmuş olması zorunludur. Taraflardan birince mahkemeye bir başvuru yapılmışsa mahkemece talep hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerekir. Talebe ilişkin dilekçeye derkenar yapılarak⁴³ karar verilmesi veya bir karar verilmeksizin istinaf incelemesi için dosyanın doğrudan bölge adliye mahkemesine gönderilmesi⁴⁴ doğru değildir.

Verilen hükümde yukarıda belirtilen ve hükmün tamamlanması yoluyla giderilebilecek bir eksiklik bulunduğu mahkeme tarafından karar verildikten sonra fark edilse dahi re’sen hükmün tamamlanması yoluna gidilemez. Kısa kararın verilmesinden sonra, örneğin gerekçeli kararın yazılması sırasında eksikliğin fark edilmesi durumunda da bu eksiklik giderilemez, bu durumda kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki meydana geleceğinden bu durum istinafta ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi, temyizde ise bozma sebebi oluşturacaktır (HMK

42 “Mahkemece verilen ek kararlar önceki kararın değiştirilmediği, hükmün eksik oluşturulduğu dikkate alındığında HMK’nın 305/A maddesi uyarınca tamamlanması ve tanzihî yoluna gidilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmadığı, davalı vekilinin istinaf sebeplerinin yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.” (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. HD 16.03.2021 T. 2020/1023 E. 2021/435 K.).

43 Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 3. HD 30.10.2020 T. 2020/1249 E. 2020/780 K.

44 Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 3. HD 03.02.2021 T. 2020/2519 E. 2021/300 K.

m. 298/2; m. 353/1-a kıyasen, m. 371/1-ç)⁴⁵.

Hükümün tamamlanması için taraflardan birinin dilekçe ile talepte bulunması zorunludur⁴⁶. Yukarıda değinildiği gibi, hukuki yararı bulunan, asıl davanın veya karşı davanın veyahut birleşen davanın davacısı veya davalısı ya da asli müdahil talepte bulunarak hükümün tamamlanmasını isteyebilir. Başvuran taraf davacı olabileceği gibi davalı da olabilir. Yukarıda iş hukukuna ilişkin dava örneğinde kıdem tazminatı konusunda bir karar verilmemesi hâlini ele almıştık⁴⁷. Bu durumda davalı da bu konuda mahkemenin bir karar vermesini talep ederek hukuki durumunun netleşmesini isteyebilir. Çünkü HMK m. 303/2'ye göre hüküm, davada sadece hükme bağlanmış talepler hakkında kesin hüküm teşkil edecek ve kararın bu hâliyle kesinleşmesi ihtimalinde davalıya karşı aynı taleple yeni bir dava açılması mümkün olacaktır. Bu nedenle davalının da bu konuda bir karar verilmesini talep etmekte hukuki menfaati bulunmaktadır.

Talepte bulunanın hukuki yararı bulunmuyorsa diğer usuli işlemler tamamlanarak, hükümün tamamlanması talebinin reddine karar verilmesi gerekir. Karardaki eksikliğin istinaf kanun yoluna götürülmesinden önce veya sonra kanun yoluna başvuran tarafın hükümün tamamlanması yoluna başvurmasına engel bir hâl yoktur; burada tarafın hukuki yararı bulunmaktadır.

Görülmekte olan bir davada verilecek hükümün dava dışı üçüncü kişiyi etkileyecek olması ve üçüncü kişinin taraflardan birine usul hükümlerinin verdiği yetki ile sınırlı olarak yardımcı olmasına fer'i müdahale denir⁴⁸. Fer'i müdahilin yer aldığı asıl davada hüküm, taraflar hakkında verilir (HMK m. 69/1). Bu nedenle fer'i müdahil -uygulamada sık bir kullanımı bulunmayan- HMK m. 328 hükümünün kapsamı dışında olan hususlarda hükümün tamamlanması yoluna başvuramaz⁴⁹. Hükümde fer'i müdahil hakkında karar verilmiş olması hâlinde başvurulacak yol ise kanun yolu olabilir.

45 İBK E. 1991/7 K. 1992/4 T. 10.4.1992, RG 10.06.1992, S. 21254.

46 "Mahkeme 25/08/2020 tarihli ek kararında HMK'nın 305/A maddesi uyarınca hüküm kurmuş ise de somut olayda nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde talepte bulunulmadığından hükümün bu düzenleme uyarınca tamamlanması mümkün olmamakla birlikte, kanunun açık hükmü gereğince mahkemece talep olmadan verilen ek karar hukuki sonuç doğurmayacaktır." (Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 10. HD 05.11.2020 T. 2020/1194 E. 2020/749 K.). "Mahkemece taraflardan herhangi birinin talebi olmaksızın gerekçeli kararın yazım aşamasında kısa kararda kabul edilen ücret alacağına ilişkin gerekçe silindiğinden bu alacak kalemine yönelik gerekçeli kararın tanzih mahiyetinde ücret alacağına ilişkin gerekçe eklenmek suretiyle ek gerekçe yazılarak 6100 sayılı HMK'nın 305/A maddesine aykırı olarak tanzih kararı verilmesi hatalıdır." (Van Bölge Adliye Mahkemesi 3. HD 18.03.2021 T. 2020/1228 E. 2021/464 K.)

47 Bkz. yuk. III-A.

48 Budak, Karaaslan, § 6, kn. 17; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, s. 505.

49 Karş. Mehmet Akif Tutumlu, *Hukuk Davalarında Hükümün Tamamlanması Kurum ve Uygulanma Koşulları*, ABD, 2020/3, s. 410, 412; Akkaya, s. 44.

Olması gereken hukuk bakımından hâkimin re'sen karar verebileceği hâllerde talep şartı aranmaksızın hükmün tamamlanmasına karar verebilmesinin uygun olacağı görüşünderiz. Çünkü yukarıda da gösterildiği üzere, çeşitli kanunlarda sınırlı olarak sayılan bu hâllerde zaten yargılama sürecinde hâkime verilen bir vazife söz konusudur. Kanımızca bu hususlarda ek karar verilmesi tıpkı yargılamada olduğu gibi talebe bağlı kılınmamalıdır.

B. Talepte Bulunma Süresi

Taraflardan her biri, nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde hükmün tamamlanması yoluna başvurabilir⁵⁰.

Hükmün tamamlanması için başvuru süresinin istinaf süresine göre daha uzun olmasına rağmen hükmün tamamlanması talebi kural olarak istinafa göre daha erken karara bağlanacaktır. Çünkü hükmün tamamlanmasına, kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde başvurulması ile mahkemece duruşma açılacaksa duruşma günü de belirlenerek, diğer tarafa verilecek süre ile duruşma günü taraflar dinlenerek karar verilecektir. Mahkemece dosya üzerinde karar verilecekse, ki kural budur, diğer tarafa süre verilerek sürenin sonunda talebin kabulüne veya reddine ilişkin verilecek karar taraflara tebliğ edilecektir. Taraflar ek kararın tebliğinden itibaren iki hafta içinde istinaf yoluna başvurabilecektir.

Buna karşın, asıl (gerekçeli) kararın tebliği ile taraflar iki hafta içinde istinaf kanun yoluna başvurabilecek, karşı tarafa istinaf dilekçesinin bir örneği tebliğ edilerek iki hafta içinde cevap vermesi (HMK m. 347/2), katılma yoluyla istinaf başvurusunda (HMK m. 348/2) bulunulması durumunda bunun bir örneği ilk tarafa tebliğ edilerek iki hafta içinde (HMK m. 348/1) cevap vermesi beklenecektir. Bu aşamalardan sonra, mahkeme yazı işleri müdürü tarafından UYAP üzerinde istinaf gönderme formu doldurularak hâkim iş listesine gönderilecek mahkemenin hâkimi tarafından istinaf incelemesinde görevli bölge adliye mahkemesinin ilgili dairesi seçilecektir. Mahkeme yazı işleri müdürü tarafından, dosya hazırlanarak fiziki olarak ve UYAP üzerinden dosyanın seçilen bölge adliye mahkemesi ilgili dairesine gönderilmesi sağlanacaktır. Anlatılan bu sebeplerle, ilk derece mahkemesince hükmün tamamlanması kararı, neredeyse her durumda, asıl kararın istinaf incelemesinden önce karara bağlanacaktır.

50 "Somut olayda nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde talepte bulunulmadığından hükmün bu düzenleme uyarınca tamamlanması mümkün değildir." (Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD 05.11.2020 T. 2020/1333 E. 2020/1175 K.; benzer şekilde Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. HD 04.03.2021 T. 2021/183 E. 2021/387 K.).

V. Kanun Yolu

Hükümün tamamlanmasına ilişkin talebin reddine veya kabulüne dair verilen ek karara karşı kanun yoluna başvurulabilir. Maddede ayrı bir durum bildirilmediği için kanun yoluna ilişkin genel hükümler verilen ek karar için de geçerli olacaktır⁵¹. Ancak istinaf ve temyiz bakımından geçerli olan parasal sınırların ek hüküm için de geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Bazı bölge adliye mahkemesi kararlarına göre esas karar kanun yoluna tâbi değilse hükümün tamamlanmasına ilişkin ek karara karşı da istinaf yoluna başvurulamaz⁵². Kayseri Bölge Adliye Mahkemesinin bir kararına göreyse ek karara karşı değere bakılmaksızın istinaf yolu açıktır.⁵³

Kanımızca bu konuda ikili bir ayırım yapılmalıdır. Bir defa esas karara karşı istinaf yolunun açık olduğu hâllerde verilen ek karar da istinaf denetimine tâbi olmalıdır.⁵⁴ Esas kararla hükmedilen meblağ istinaf sınırının altında kalıyor ancak verilen ek karardaki hususlar (yargılama masrafları, icra inkâr tazminatı ve faiz gibi) istinaf sınırının üzerindeyse ek karara karşı kanun yolunun açık olması daha doğru olacaktır. Çünkü kanun yollarına başvurmak hak arama hürriyetinin bir unsurudur ve Anayasa m. 13 gereği ancak kanunla sınırlanabilir.

51 “Daha önce temyiz kanun yoluna başvurulmuş dosyalarda istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün olmadığı, temyizde onama nedeniyle kesinleşen kararlara ilişkin, hükümün tamamlanması talebi üzerine verilen karara karşı başvurulacak kanun yolunun, yine temyiz olduğundan bu husustaki ek karar yönünden dava dosyasının, Yargıtayın ilgili dairesine gönderilmesi gerektiği...” (Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 1. HD 12.12.2020 T. 2020/1197 E. 2020/1131 K.).

52 “İcra dosyasında dava konusu edilen miktar 494,90 TL’dir. Buna göre belirlenen dava değeri 4.400 TL’lik istinaf sınırının altında kaldığından HMK’nın 341/2. maddesi uyarınca kararın verildiği anda kesin olduğu ve istinaf kanun yoluna başvurulamayacağı anlaşılmaktadır. Öte yandan davalı vekili istinaf dilekçesinde dava reddedildiği hâlde kendileri lehine vekâlet ücreti verilmemesini istinaf ile dairesine önüne getirmiştir. Ancak üstte açıklandığı üzere miktar itibarıyla kesin olan karara karşı istinaf yasa yolu kapalı ise de 22/7/2020 tarihinde 7251 Sayılı Kanununun 27. maddesi ile HMK’ya eklenen 305/A maddesi hükmünde vekâlet ücreti konusunda bir karar verilmiş olması hâlinde ek karar ile hükümün tamamlanmasına imkân sağlamaktadır.” (Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD 05.10.2020 T. 2020/23 E. 2020/1053 K.). “7251 Sayılı Kanununun 27. maddesi ile eklenen HMK’nın 305/A maddesi uyarınca talebin değerlendirilmemiş olması yerinde görülmemiştir. Ancak, istinaf incelemesine konu edilen miktarın kesin olması nedeniyle, yanlışlıkla işaret etmekle yetinmek gerekmiştir.” (İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 8. HD 09.02.2021 T. 2021/257 E. 2021/214 K.). “Somut olayda, istinaf başvurusuna konu edilen ve bölge adliye mahkemesince incelenmesi istenilen kısmın miktar itibarıyla, İİK’nın 363. maddesinde belirlenen miktarı geçmediği, bu hâli ile istinaf yoluna başvurulabilecek kararlardan olmadığı ve kesin nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.” (Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 6. HD 15.04.2021 T. 2021/1018 E. 2021/569 K.).

53 “... Bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir” hükmü düzenlendiğinden bu maddeye göre verilen ek karara karşı değere bakılmaksızın istinaf yolu açıktır. Ancak bu durumda istinaf incelemesinin asıl hükümdeki hususları da kapsayıp kapsamayacağı tartışılmaktadır. HMK’nın bahsedilen 305/A maddesindeki yasal düzenlemede mahkemece kurulan ek karara karşı, yasa yolu açıldığına göre, ek kararla hüküm altına alınan her hususun istinaf yolu ile incelenmesi mümkündür.” (Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 1. HD 19.03.2021 T. 2021/158 E. 2021/225 K.).

54 Karş. Belgin Güneş, s. 326.

Bu nedenle Kanunda açıklık bulunmayan hâllerde kanun yoluna başvuracak taraf lehine yorum tarzı tercih edilmelidir.⁵⁵

Örneğin 50.000 TL'lik bir itirazın iptali davasında mahkeme davayı kabul etmekle beraber icra inkâr tazminatı talebi hakkında bir karar vermemiş, davacı hükmün tamamlanmasını talep etmiş ve mahkeme ek kararlar talebi reddetmişse burada ek karara karşı istinaf yoluna başvurunun mümkün olması gerekir.

Bu hâlde ek karara ilişkin usul tamamlanarak, gerekçeli karar ve ek karar ayrı ayrı yazılarak kararların birlikte (tebligat zarfında belirtilmek suretiyle) tebliğ edilmesine bir engel yoktur.⁵⁶

Doktrinde savunulan bir görüşe göre ilk derece yargılamasında hükümdeki eksikliğin giderilmesi ihtimali karşısında istinaf incelemesinin hükmün tamamlanması hakkında bir karar verilene kadar ertelenmesi uygun olacaktır. Bu görüş, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulünün bölge adliye mahkemesinde de uygulanacağına ilişkin HMK m. 360 düzenlemesi ile gerekçelendirilmektedir.⁵⁷ Kanımızca da bölge adliye mahkemesinin çelişkili kararların ortaya çıkmaması için hükmün tamamlanması hakkında bir karar verilene kadar yargılamayı ertelemesi doğru olacaktır. Ancak hatırdta tutmak gerekir ki, hükmün tamamlanması için yapılacak başvuru süresi istinaf için öngörülen süreden daha uzun olduğu için istinaf başvurusu yapıldıktan sonra da hükmün tamamlanması talep edilmiş olabilir. Uygulamada istinafta inceleme süresi daha uzun olduğu için bu durumun bir problem teşkil etmeyeceği söylenebilirse de hem sürelerin yeknesaklaştırılması hem de hükmün tamamlanması talebi hakkında karar verilmesinin istinaf incelemesi bakımından bekletici sorun sayılması için açık bir kanuni düzenleme yapılması daha doğru olacaktır.⁵⁸

Burada karşımıza çıkabilecek bir diğer sorun ise ilk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı istinafa başvurulmamış ancak verilen ek karara karşı istinaf yoluna gidilmiş olması hâlinde bölge adliye mahkemesinin esas kararda da re'sen dikkate alması gereken bir hukuka aykırılık tespit etmesi durumunda nasıl bir karar verileceğidir. Başka bir anlatımla bu durumda mah-

55 Bkz. Budak, Karaaslan, § 22, kn. 24; Varol Karaaslan, "Kanun Yolları Sistemine Eleştirel Bir Bakış", *MİHDER*, C. 15, S. 43, 2019, s. 450. Karş. Belgin Güneş, s. 326. İstinaf sınırı hesaplanırken asıl alacağın dikkate alınacağı yönündeki görüş için bkz. Kuru, C. 2, s. 1342; Selçuk, Öztekin, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341-m. 373 Şerhi)*, Ankara 2021, kn. 63, 348b; Yargıtay 9. HD 14.04.2015 T. 2015/6602 E. 2015/14362 K., *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 89, S. 5, 2015, s. 297; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. HD 28.03.2019 T. 2019/309 E. 2019/511 K.

56 Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 2. HD 03.12.2020 T. 2020/1007 E. 2020/1007 K.

57 Belgin Güneş, s. 325.

58 Karş. Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 281 vd.

kemece verilen ilk karar şekli anlamda kesinleşmiş sayılacak mıdır? Kanımızca verilen ilk karar ve ek karar nihayetinde tek bir karar teşkil etmektedir⁵⁹ ve aynı anda kesinleşecektir. Bu nedenle örneğin HMK m. 353'te yer alan ağır usul hatalarının varlığını tespit eden bölge adliye mahkemesi ek karara karşı başvurulan istinaf incelemesinde bunu re'sen gözetmelidir⁶⁰. Her hâlde konuyla ilgili açık bir kanuni düzenleme yapılması yararlı olacaktır.

Taraf, karardaki eksiklik sebebiyle istinaf kanun yoluna başvurmuş ve daha sonra hükümün tamamlanması yoluyla bu eksikliğin giderilmesini istemişse mahkemece ek karar verilerek eksiklik tamamlanabilir. Bu durumda bölge adliye mahkemesi, istinaf talebi konusuz kaldığından istinaf talebinin reddine karar verecektir⁶¹.

İlk derece mahkemesi ek karar talebinin reddine karar verirse bu karara karşı istinaf yoluna gidilebilir. Bu hâlde ilgili bölge adliye mahkemesi ek karar ve asıl karar bakımından incelemesini yapacaktır. UYAP, bir dosyaya ilişkin tüm istinaf veya temyiz dairesini aynı daire olarak belirlemekte olduğundan, birden fazla dairenin incelemesine gidilmesi önlenmiş olacağı gibi birden fazla esas numarası da alınmamış olacaktır⁶².

Sonuç

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen 305/A maddesi, usul ekonomisi ve hak arama hürriyeti bakımından yerinde bir düzenleme olmuş; uygulamada önemli bir eksikliğin tamamlanmasını sağlamıştır. Buna göre, taraflarca dilekçelerde bulunulan taleplere veya hükümde olması gerekli unsurların unutulması hâlinde, nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde hükmü veren mahkemeden ek karar verilmesi istenerek eksikliğin giderilmesi yolu açılmıştır. Düzenlemeden önce bu eksiklik ancak kanun yoluna başvuruya sağlanabilmekte, bu husus zaman kaybına sebebiyet vermekteydi. Özellikle istinaf ve temyiz yolu açık olan davalarda süreç daha da uzamaktaydı.

Taraflar verilen nihai karardaki eksiklik için hükümün tamamlanması yoluna başvurabilecekleri gibi, kanun yolu açık olan kararlar bakımından bu eksikliğin giderilmesini kanun yolu mahkemesinden de isteyebilirler. Kanun yolu için öngörülen süre, hükümün tamamlanması için düzenlenen süreden bağımsız olarak işleyecektir.

59 Öztekin, Taşpınar Ayyavaz, Kale, s. 137.

60 Karş. yuk. dn. 59'da yer alan Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi kararı.

61 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. HD 10.03.2021 T. 2021/295 E. 2021/481 K.

62 Asıl karara ve ek karara karşı ayrı ayrı kanun yoluna başvurulması durumunda kanun yolu mahkemesinin bunları birleştirerek incelemesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Akkaya, s. 54.

Hükmün tamamlanması usule veya esasa ilişkin olması fark etmeksizin nihai kararlara karşı başvurulabilecek bir yöntemdir. Kanımızca geçici hukuki koruma talepleri bakımından da hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilir.

Belirtmek gerekir ki, hükmün tamamlanması hükümde bulunan hataların düzeltilmesi için öngörülmuş bir müessese değildir. Hükümde yapılan maddi hatalar HMK m. 304 çerçevesinde giderilebilecek; diğer hatalar içinse kanun yollarına başvurmak gerekecektir. Davada talep edildiği hâlde hakkında karar verilmeyen ya da re'sen karar verilmesi gerektiği karar verilmeyen yani eksik kalan hususlar hükmün tamamlanması yoluyla tamamlanabilir.

İlk derece mahkemesi kararına karşı istinaf, bölge adliye mahkemesi kararına karşı da temyiz için öngörülen süre hükmün tamamlanması için öngörülen süreden daha kısadır. İstinaf, temyiz ve ek karar talep etme sürelerinin birbirleriyle örtüşmemesi karışıklıklara sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle hükmün tamamlanması süresinin istinaf ve temyiz süresiyle uyumlu hâle getirilmesinin uygun olacağı görüşündeyiz.

Süreler uyumlu hâle getirilse bile taraflardan biri istinafa ya da temyize başvurduktan sonra gerekçeli hüküm kendisine geç tebliğ edilen diğer tarafın hükmün tamamlanmasına başvuru imkânı bulunmaktadır. Bu durumda istinaf incelemesi yapan bölge adliye mahkemesinin ya da Yargıtayın söz konusu hususu bekletici mesele yapması uygun olacaktır.

İlk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı istinafa başvurulmamış ancak verilen ek karara karşı istinaf yoluna gidilmiş olması hâlinde bölge adliye mahkemesinin esas kararda re'sen dikkate alması gereken bir hukuka aykırılık tespit etmesi durumunda bölge adliye mahkemesinin bunu dikkate almasının gerekli olduğu ancak konuyla ilgili açık bir kanuni düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Olması gereken hukuk bakımından hâkimin re'sen karar verebileceği hâllerde talep şartı aranmaksızın hükmün tamamlanmasına karar verebilmesi uygun olacaktır. Çeşitli kanunlarda sınırlı olarak sayılan bu hâllerde zaten yargılama sürecinde hâkime verilen bir vazife söz konusudur. Kanımızca bu hususlarda ek karar verilmesi tıpkı yargılamada olduğu gibi talebe bağlı kılınmamalıdır.

KAYNAKLAR

- Akkaya, Tolga, “Medeni Usul Hukukunda Hükümün (Nihai Kararların) Tamamlanması”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi HFD*, C. XXV, 2021, S. 1, s. 19 vd.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2020.
- Belgin Güneş, Derya, “Medeni Usul Hukukunda Hükümün Tamamlanması (HMK m. 305/A)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1, 2021, s. 313 vd.
- Boran Güneysu, Nilüfer, *Medeni Usul Hukukunda Karar*, Ankara 2014.
- Budak, Ali Cem, *Medeni Usul Hukukunda Kavram İçtihadı ve Menfaat İçtihadı*, İstanbul 2021.
- Budak, Ali Cem/Karaaslan,Varol, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2021.
- Bulut, Uğur, *Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*, Ankara 2017.
- Karaaslan, Varol, “Kanun Yolları Sistemine Eleştirel Bir Bakış”, *MİHDER*, C. 15, S. 43, 2019, s. 813 vd.
- Kurt Konca, Nesibe, Güven Veren ve Erişilebilir Adalet Vizyonunda Üçüncü Yargı Paketi, Seta Rapor, İstanbul 2020.
- Kuru, Baki, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Ankara 2020
- Muşul, Timuçin, *Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*, 2. Bası, Ankara 2009.
- Öztekin, Selçuk, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341-m. 373 Şerhi)*, Ankara 2021
- Öztekin, Selçuk/Taşpınar Ayvaz, Sema/Kale, Serdar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, *TBBĐ*, S. 149, 2020, s. 77 vd.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, *TBBĐ*, S. 150, 2020, s. 247 vd.
- Rüzgaresen, Cumhuriyet, “Medeni Usul Hukukunda Terditli Taleplerin İncelenmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 18, S. 212, 2020, s. 3527 vd.
- Tutumlu, Mehmet Akif, “Hukuk Davalarında Hükümün Tamamlanması Kurum ve Uygulanma Koşulları”, *ABĐ*, 2020/3, s. 403 vd.
- Yardımcı, Taner Emre, *Hukuk Davalarında Mecburi Dava Arkadaşlığı*, Ankara 2021.

İşyeri Sendika Temsilcilerinin İşe İade Davasını Kazanması Sonucu Doğacak Haklar*

Rights That Will Arise as a Result of Trade Union Representatives' Winning the Re-Employment Lawsuit

Hasan KAYIRGAN**

ÖZ

İşyerinde sendikal faaliyetlere öncülük eden ve işverenle karşı karşıya gelen kişiler işyeri sendika temsilcileridir. Kanun koyucu bu durumu nazara alarak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile birtakım güvenceler getirmiştir. Bu güvencelerin başında feshe karşı koruma gelmektedir. 6356 sayılı Kanununun 24. maddesi uyarınca işyeri sendika temsilcileri ve amatör sendika yöneticilerinin iş sözleşmelerinin ancak haklı nedene dayanılarak feshedilebileceği öngörülmüştür. Ayrıca feshin yazılı şekilde yapılması ve fesih sebebinin de açık ve kesin şekilde bildirilmesi aranmıştır.

İşe iade davası sonucunda mahkemece işe iade edilmesine karar verilmesi halinde boşta geçen süreye ilişkin tüm haklarına hükmedilmekte, ayrıca işe iade edilmesi de zorunlu kılınmaktadır. İşe iade davasını kazanan işyeri sendika temsilcisinin fesih tarihi ile kararın kesinleşmesi tarihine kadar ücret ve diğer hakları ödenir. Ayrıca işe başlatma başvurusu sonucunda iş sözleşmesinin devam ettiği kabul edilerek, iş sözleşmesinden kaynaklanan hakların ödenmesine devam olunur. Söz konusu hakların ise temsilcilik süresince ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan, başka bir temsilci atanması, sendikanın yetkiyi kaybetmesi veya sendika tüzel kişiliğinin sona ermesi gibi nedenlerle temsilcilik görevi son bulursa, ücret ve diğer haklar bu tarihe kadar ödenecektir. Dava devam ederken temsilcilik görevi sona erdiğinde bu tarih dikkate alınarak hüküm kurulmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İşyeri sendika temsilcisi, işe iade davası, amatör sendika yöneticisi, tazminat, ücret.

ABSTRACT

The people who lead the union activities in the workplace and conflict with the employer are the workplace union representatives. Considering this situation, the legislator brought some assurances with the Law No. 6356. The foremost of these guaran-

* Makale gönderim tarihi: 30.09.2021. Makale kabul tarihi: 26.10.2021. Hasan Kayırgan, "İşyeri Sendika Temsilcilerinin İşe İade Davasını Kazanması Sonucu Doğacak Haklar", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2021, s. 579-602; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.02.09>

** Dr. Öğr. Üyesi, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: kayirgan@gantep.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-6819-7725>

tees is protection against termination of employment contract. Article 24 of Law No. 6356 stipulates that the employment contracts of workplace union representatives and amateur union managers can only be terminated on the basis of a just cause. In addition, it is sought that the termination would be made in writing and that the reason for the termination is clearly and definitively stated.

In the event that the court decides to reemployment of the worker, all rights regarding the idle time would be ruled, and reemployment of the worker would also be obligatory. The wage and other rights of the workplace union representative who wins the reemployment lawsuit are paid until the date of termination and the date of finalisation of the decision. In addition, as a result of the application if reemployment, it is accepted that the employment contract continues, and the payment of the rights arising from the employment contract continues. It is stipulated that these rights will be paid during the representation period. In this regard, if the agency ends due to the appointment of another representative, loss of authority of the union or termination of the union's legal personality, wages and other rights will be paid until this date. When the duty of representation ends while the case is pending, a judgment should be made by taking this date into account.

Keywords: Trade union representative, re-employment lawsuit, amateur trade union official, compensation, wage.

Giriş

Ülkemizde bazı işverenler sendikal faaliyetlere karşı olumsuz bir tavır içerisinde bulunmuştur. Bu itibarla, işverenlerin mümkün olduğu sürece işyerinde sendikal faaliyetleri engelleme eğiliminde olduğunu söylemek mümkündür. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yayınlanan istatistiklerde de görüldüğü üzere; 2021 yılı ocak ayındaki sendikal işçi sayısının toplam işçi sayısına göre oranının % 14,13¹, 2021 yılı temmuz ayında sendikal işçi sayısı oranının ise % 14,4² olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda ülkemizdeki sendikal faaliyetlere bakış açısının oldukça sınırlı olduğunu belirtmek gerekir.

İşyerinde sendikal faaliyetlere öncülük eden ve işverenle muhatap olanların en başında işyeri sendika temsilcileri gelir. Kanun koyucu, bu durumu nazara alarak işyeri sendika temsilcileri için 6356 sayılı Kanun ile birtakım güvenceler getirmiştir. Bu güvencelerin başında bu kişilerin feshe karşı korunması gelmektedir. 6356 sayılı Kanun'un 24. maddesi uyarınca işyeri sendika temsilcilerinin (aynı zamanda amatör sendika yöneticilerinin) iş sözleşmelerinin ancak haklı nedene dayanılarak feshedilebileceği öngörülmüştür.

1 Toplam işçi sayısı: 15.027.910; Sendikal işçi sayısı: 2.123.685, www.csgb.gov.tr/istatistikler/calisma-hayati-istatistikleri/sendikal-istatistikler/isci-sayilari-ve-sendikalarin-uye-sayilari-hakkinda-tebligler/ (20.09.2021).

2 Toplam işçi sayısı: 14.371.096 sendikal işçi sayısı: 2.069.476, www.csgb.gov.tr/istatistikler/calisma-hayati-istatistikleri/sendikal-istatistikler/isci-sayilari-ve-sendikalarin-uye-sayilari-hakkinda-tebligler/, (20.09.2021).

İşe iade davası sonucunda, mahkemece işe iade edilmesine karar verilmesi halinde boшта geçen süreye ilişkin tüm haklarına hükmedilmekte, ayrıca işe iade edilmesi de zorunlu kılınmaktadır. Bu haklar belirlenirken kanun tarafından aranan kıstas ise yöneticilik veya temsilcilik süresidir. Çalışmamızda öncelikle işe iade davası ile bahsi geçen kişilerin hangi haklara kavuşacağı ve bununla birlikte bu hakların nasıl hesaplanacağı ifade edilecektir. İşyeri sendika temsilcilik güvencesinden amatör sendika yöneticileri de faydalandığından amatör yönetici kavramına da kısaca yer verilecektir.

I. İşyeri Sendika Temsilcisinin Feshe Karşı İş Güvencesi

İşyeri sendika temsilcilerinin sendikal faaliyetlerde öncülük etmesinin işverenleri genellikle rahatsız etmesi ihtimali bulunduğu belirtilmişti. Nitekim işyeri sendika temsilcisi, sendikalı olsun olmasın işçilerin sorunlarıyla ilgilenmekte ve işverene karşı işçilerin hak ve menfaatlerini savunmaktadır³. Bu nedenle de en çok risk altında olan kişiler arasında yer alır⁴. Sendikal özgürlüklerin hayata geçirilmesi, o işyerindeki sendikal faaliyetlerin de sağlıklı bir şekilde sürdürülmesini gerektirir. Sendikal faaliyetlerin etkin bir şekilde yürütülebilmesi için işyeri sendika temsilcilerinin özel olarak korunmaları bir zorunluluk olarak karşımıza çıkar⁵. Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından hazırlanan 135 sayılı İşçi Temsilcileri Sözleşmesi'nde de sendika temsilcilerine güvence sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır⁶. Sağlanacak etkili koruma ile işyeri sendika tem-

-
- 3 Nizamettin Aktay, *Toplu İş Hukuku*, 2. Bası, Lykeion Yayınları, Ankara, 2019, s. 60; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları*, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 531; Ercan Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 302.
 - 4 Aydın Başbuğ, Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku*, 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 257; Ercüment Özkaraca, "Güncel Gelişmeler Işığında Sendikal Güvenceler ve Uygulama Sorunları", *Türk Hukukunda Sendikal Haklar Sempozyumu*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 14 Ocak 2019, Ankara, s. 44-45 (Güncel Gelişmeler); Muhittin Astarlı, "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1-2, Ankara, 2013, s. 154.
 - 5 Aziz Can Tuncay, Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 151; Fevzi Şahlanan, "İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl 8, Sayı 29, İstanbul, 2013, s. 145 (Güvence); Öner Eyrenci; Savaş Taşkent; Devrim Ulucan; Esra Baskan, *Bireysel İş Hukuku*, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 539; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, "İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi (Karar İncelemesi)", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt 1, Sayı 52, İstanbul, 2017, s. 114; Seracettin Göktaş, "İşyeri Sendika Temsilcilerinin Teminatı", *Osman Güven Çankaya'ya Armağan*, Kamu İşletmeleri ve İşverenleri Sendikası (Kamu-İş), Ankara, 2010, s. 307; Aktay, s. 59.
 - 6 Sözleşme'nin 1. maddesine göre, "İşletmelerdeki işçi temsilcileri, kanunlara toplu sözleşmelere veya yürürlükteki sözleşmelere dayalı diğer düzenlemelere uygun hareket etmeleri koşulu ile işten çıkarma dahil kendilerine zarar verebilecek ve işçi temsilcisi sıfatını taşımalarından veya bu sıfatla faaliyetlerde bulunmalarından, sendika üyesi olmalarından veya sendika faaliyetlerine katılmalarından ileri gelecek her nevi işleme karşı etkili bir korumadan yararlanırlar; Turhan Esener; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Sendika Hukuku*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 258; Melda Sur, "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısın-

silcileri işini kaybetme korkusu bulunmaksızın faaliyetlerine devam edebilir⁷. Bu doğrultuda 6356 sayılı Kanunda feshe karşı güvence sağlanmış ve mutlak işe iade imkânı tanınarak işyeri sendika temsilcileri ve amatör sendika yöneticilerine koruyucu haklar verilmiştir (m. 24)⁸. Buna göre; işveren, 6356 sayılı Kanun'a uygun şekilde atanmış işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemeyecektir⁹. Ayrıca iş sözleşmesinin feshine ilişkin getirilen güvencenin (İŞK. m. 18 vd.) yanında korumanın boyutu genişletilmiş ve çalışma koşullarında değişiklik yapılamayacağı, işyerinin değiştirilemeyeceği de kabul edilmiştir¹⁰.

İfade edilen bu haklardan faydalanılabilmesi için öncelikle 6356 sayılı Kanun'a uygun şekilde atanmış bir işyeri sendika temsilcisi ya da amatör sendika yöneticisi sıfatını taşımak gerekir¹¹. Bunun yanında, temsilciler için öngörülen feshe karşı güvenceden faydalanabilmek için iş sözleşmesinin türünün önemi olmadığı gibi belirli bir süre çalışmak gibi asgari bir kıdem şartı da aranmamaktadır¹². Bahsi geçen bu güvence işyeri sendika temsilciliğine özgü olarak tanınmıştır¹³. Sonuç olarak bu güvenceden faydalanabilmek için kanundaki şartlara uygun bir işyeri sendika temsilciliği ya da amatör sendika yöneticisi niteliğine sahip olmak gerekli ve yeterlidir. İşverenin işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini feshedebilmesi için haklı nedene dayanması zorunluluğu getirilerek işverenin fesih hakkı işyeri sendika temsilcisi lehine daraltılmıştır¹⁴. Görülmekte olan işe iade davasında feshin haklı nedene dayanmadığı ya da kanunda öngörülen şekle aykırı olarak yapıldığının tespit edilmesi halinde mahkemece işe iade kararı verilecektir. Mahkeme bunun yanın-

dan Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2013/4, S. 39, s. 337; Mustafa Kılıçoğlu, *6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu*, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 192-193; Astarlı, s. 154; Sözleşme metni için ayrıca bkz.: www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377285/lang--tr/index.htm (18.10.2021).

7 Esener, Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 258.

8 Tuncay, Savaş Kutsal, s. 157; Başbuğ; Yücel Bodur, s. 258; 2821 sayılı Kanunun ilk halinde de işyeri sendika temsilcisine mutlak işe iade hakkı tanındığı ve fesih güvencesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Metin Kutal, "Sendika Temsilcileri ve Yöneticilerinin Hukuki Durumu, Hukuki Gelişmeler ve Sorunlar", *İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri*, TÜHİS, 9-12 Aralık 1997, s. 513; Sur, Temsilci, s. 186-187; Astarlı, s. 155; Özkaraca, *Güncel Gelişmeler*, s. 45; Göktaş, s. 315.

9 Esener, Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 260.

10 Aktay, s. 60.

11 Esener, Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 259.

12 Seracettin Göktaş; Gökhan Yılmaz, *6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 520-523; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Başkan, s. 540.

13 Göktaş, Yılmaz, s. 520.

14 Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 262.

da feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığını araştırmaz¹⁵. Bu nedenle, kısaca işyeri sendika temsilcisi ve amatör sendika yöneticisi olma şartlarından bahsedilecektir.

A. İşyeri Sendika Temsilcisi

Bir sendika tarafından bir işçi sendika temsilcisi olarak atanabilir. Ancak salt sendika tarafından atanmış olmak doğrudan temsilcilik güvencesinden faydalanılacağı anlamına gelmez. Temsilci, 6356 sayılı Kanunun aradığı şartlar doğrultusunda işyeri sendika temsilcisi olarak atanmalıdır¹⁶. Sendikanın da toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin kesinleşmesi gereklidir¹⁷. İşyerinde yetkisi bulunmayan bir sendika tarafından atanan işyeri sendika temsilcisi ise bu güvenceden faydalanamaz¹⁸. Ayrıca yetkili sendika tarafından kanunda öngörülen temsilci sayısından daha fazla temsilci atanması halinde de fazladan atanan temsilcilerin teminattan yararlanamayacağı belirtilmelidir¹⁹.

Temsilci mutlaka işyerinde çalışan işçiler arasından atanır²⁰. İşyerinde fiilen çalışmayan bir kişinin işyeri sendika temsilcisi olarak atanması işlemine geçerlilik tanınmaz. Aynı şekilde işyeri sendika temsilcisi iken profesyonel sendika yöneticisi olarak atanması durumunda da yöneticiliğe atanma tarihine kadar temsilcilik güvencesi söz konusu olabilir²¹. Temsilcilik görevi sona erdikten sonra gerçekleştirilen fesihlere karşı -fesih tarihinde temsilcilik sıfatı bulun-

15 Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Başkan, s. 541.

16 Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 663; Esener, Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 259; Astarlı, s. 155.

17 Melda Sur, "İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi", *Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, 28-30 Nisan 2016, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 183 (Temsilci); Fatih Uşan; Canan Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 258; Göktaş, s. 310.

18 Ender Demir, *Çözümü İş Hukuku Pratik Çalışma Kitabı*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 173; Sümer, s. 538; Akyiğit, s. 306.

19 Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu; Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 33. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 879; Göktaş, s. 311.

20 Sur, Temsilci, s. 184; Uşan, Erdoğan, s. 259; Temsilcilik süresi bitir bitmez temsilcilik güvencesinin ortadan kalkması önemli bir eksiklik olduğu ve en azından hakkaniyete uygun bir süre tespit edilerek, temsilciliğe dayalı sebeplerin nispeten ortadan kalkmasına kadar temsilcinin iş sözleşmesinin feshinin haklı nedenle sınırlandırılmasının yerinde olacağı görüşü için bkz.: Esener, Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 260; aynı görüş için bkz.: Süzek, s. 664-665.

21 "Sendika temsilcisi olarak 6356 sayılı Yasanın 24.maddesinde düzenlenen güvenceden yararlanmakta iken profesyonel yönetici olarak atanan davacı açısından aynı zamanda 23.maddede düzenlenen yönetici güvencesi hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır... İşe iade kararı ile sendika temsilcilik süresini aşmamak üzere kesinleşme tarihine kadar doğan ücret ve sosyal hakların ödenmesine karar verilmiştir. Davacının 01/05/2015 tarihinde profesyonel sendika yöneticisi olarak atanması nedeniyle sendika temsilcilik görevi sona ermiştir. Bu durumda davacının fesih tarihinden sendika temsilcilik süresinin sona erdiği 01/05/2015 tarihine kadar doğan ücret ve sosyal hakları hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir" (Y9HD., 19.01.2021, E. 2018/569, K. 2021/1580) [https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay/BilgiBankasi/IstemciWeb/\(15.09.2021\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay/BilgiBankasi/IstemciWeb/(15.09.2021)).

madığından- bu güvencenin tanınması mümkün olmaz²².

İşyeri sendika temsilciliği görevi sendika yetkisinin devam etmesine bağlıdır (STİSK. M. 27/1). 2821 sayılı Kanun'un ilk halinde toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendika ifadesi ile işyeri sendika temsilcisinin görevi toplu iş sözleşmesinin devamı ile sınırlı iken -1988 yılında “*temsilcilerin görevi sendikannın yetkisi süresince devam eder*” cümlesi eklenerek- temsilcinin görevinin sendikannın yetki aldığı sürece devam edeceği anlaşılmaktadır²³. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinin sona ermesine karşılık sendikannın yeniden yetki alması halinde işyeri sendika temsilcisi görevine devam eder²⁴. Bu hüküm haklı olarak işyeri sendika temsilcisinin işe iade davası esnasında halihazırda işyerinde çalışmadığından dolayı yeniden atanmasının mümkün olmadığı yönünden eleştirilmiştir²⁵. Yeniden atanma halinin olsa olsa işe iade kararının kesinleşmesinden sonra -başvuru şartını yerine getirmesi koşuluyla- - iş sözleşmesinin kendiliğinden devam edeceği yönündeki hüküm bakımından uygulanabilir olacağı düşünülebilir.

İşyeri sendika temsilcisinin temsilcilik süresince bu haklardan yararlanması mümkün olduğundan atama kararının geçmişe etkili olarak uygulanması mümkün değildir²⁶. İşçiler tarafından seçilen işçi temsilcisi de -6356 sayılı Ka-

22 Esener, Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 259; Süzek, s. 664; Akyiğit, s. 309; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 116; “*davacı işçinin sendika temsilciliği görevine fesihden bir gün önce dava dışı yetkili sendika tarafından alınan kararlar son verilmiş olup davalı işveren, temsilciliği sona eren davacıyı sendika temsilciliğinden önceki işi olan montaj operatörlüğü içinde varlığa düşüşü sebebiyle çalıştırmayacağını bildirerek iş akdini feshetmiştir. Davalı işveren davacının yaptığı işe ihtiyaç kalmadığını ve feshin son çare olması ilkesine uygun davrandığını ispatlayamadığından mahkemece ve bölge adliye mahkemesince işe iade kararı verilmesi ve feshin sendikal nedene dayandığı iddiasının davacı işçi tarafından ispat edilemediği anlaşıldığından sendikal tazminat talebinin reddine karar verilmesi doğru ise de davacının 11/04/2011-06.12.2016 tarihleri arasında davalı iş yerinde montaj operatörü olarak çalıştığı ve fesih tarihinde sendika temsilcisi olmadığı da gözetildiğinde, davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak taktiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesi gerekmiştir” (Y9HD., 09.09.2019, E. 2019/1967, K. 2019/15320) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (15.09.2021).*

23 Sur, Temsilci, s. 183.

24 Uşan, Erdoğan, s. 259.

25 Narmanhoğlu, s. 276; Şahlanan, Güvence, s. 148.

26 “*İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştiremez. Davacı davalı idarenin atama karar tarihinde işyeri sendika temsilcisi değil ise de, atama kararının davacıya bildirildiği 31/01/2014 tarihinden önce Sendika Kanununa uygun olarak atama yetkisini kullanarak davacıyı 29/01/2014 tarihinde işyeri sendika temsilcisi olarak tayin etmiştir. Davacı bu tarihten itibaren artık işyeri sendika temsilciliğinin güvencesinden faydalanacağından, 6356 sayılı yasanın 24.maddesi gereğince işyeri değişikliğine muvafakati olmayan davacı açısından işyeri değişikliği işlemi geçersizdir” (Y22HD., 11.06.2019, E. 2016/15004, K. 2019/12657) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (15.09.2021).*

nun anlamında işyeri sendika temsilcisi sayılması mümkün olmadığından- söz konusu hükümlerden faydalanamaz²⁷.

B. Amatör Sendika Yöneticisi

Uygulamada sendika yöneticiliğine seçilmiş bir işçi, iş sözleşmesini askıya almakta ve sadece yöneticilik görevini icra etmektedir. Profesyonel yönetici olarak adlandırılan bu kişilerin işverene karşı iş güvenceleri 6356 sayılı Kanun'un 23. maddesinde düzenlenmiştir. Bunun yanında iş sözleşmesi devam ederken ayrıca sendika yöneticilik görevini üstlenen işçiler de bulunmaktadır ki; bu yöneticiler amatör sendika yöneticisi olarak adlandırılır²⁸. İşyeri sendika temsilciliği güvencesine ilişkin hükümlerin amatör sendika yöneticileri için de uygulanacağı hüküm altına alınmıştır²⁹. Bu nedenle amatör sendika yöneticileri de aşağıda bahsi geçen hak ve durumlardan faydalanır³⁰.

Çalışırken sendika yöneticiliği yapmak yeterli olup, Yargıtay'a göre yönetim kurulunun yedek üyesi olarak görev yapmış olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

27 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 879; "6356 sayılı Kanun'un 24. ve 27. maddeleri ve 135 sayılı ILO sözleşmesinin 1, 3 ve 4. maddeleri değerlendirildiğinde ulusal mevzuatımız 6356 sayılı Kanun, ILO sözleşmesinin 4. maddesinde yer alan düzenleme kapsamında korumadan yararlanacak temsilcileri yetkili sendika tarafından atanmış işyeri temsilcileri olarak belirlemiştir. 6356 sayılı Kanun 24. madde hükmünün davacı gibi işçiler tarafından seçilen işçi temsilcisine uygulanması imkânı bulunmamaktadır. 6356 sayılı Kanun 24. maddesinde korumadan temsilcilik süresince yararlanılacağı kabul edilmiştir. Davacının ise ne kadar süreliğine işçi temsilcisi seçtiği belli olmadığı gibi, bu seçime hangi işçilerin katıldığı seçime ilişkin somut bir tutanak vs. de bulunmamaktadır. Ayrıca davacının üyesi olduğu sendika tüzüğü'nün 18. maddesinin 27. bendinde de sendika temsilcisinin sendika genel yönetim kurulunca veya bu konuda yetki verilmesi halinde şube yönetim kurulunca atanacağı düzenlenmiştir. Davacı yetkili sendikanın değil yetkili sendika dışında örgütlenen sendika üyesi işçilerin temsilcisi olduğunu iddia etmektedir. Davacı 6356 sayılı Kanun kapsamında sendika temsilcisi değildir" (Y9HD., 22.03.2018, E. 2018/2402, K. 2018/6034); kararı isabetli bulan görüş için bkz.: Zeki Okur, "Toplu İş İlişkileri", Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 306-309; İşyerinde sendika temsilcisi bulunmaması durumunda bu güvencenin işçi temsilcilerine tanınması yönünde bkz.: Nuri Çelik, "İşyeri İşçi Temsilciliği", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, Cilt 55, Sayı 1, İstanbul, 2006, s. 411.

28 Uşan, Erdoğan, s. 258.

29 Özkaraca, Güncel Gelişmeler, s. 51 vd.; "Somut uyumsuzlukta, davacı geri çevirme kararı sonrası gelen evraklara göre kararda da belirtildiği üzere 30.04.2012-30.08.2015 tarihleri arası Sendika Disiplin Kurulu Yedek Üyesidir. Davacı 6356 sayılı Kanununun 24. maddesi kapsamında yönetici sıfatında olup, islahla talep edilen 6356 sayılı Kanununun 24/3. maddesinden faydalanacak durumdadır. Bu nedenle mahkemece davacının yönetici olmadığı gerekçesiyle, 6356 sayılı Kanununun 24/3. maddesinden faydalanma talebinin reddine karar verilmesi hata değildir. Yukarıda belirtildiği üzere, yöneticinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak yöneticilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir. Kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde yöneticinin işe başvurması şartıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması hâlinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer haklarının ödenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmelidir" (Y9HD., 20.09.2017, E. 2017/23403, K. 2017/13769) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> [15.09.2021].

30 Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 3. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 198.

Yargıtay kararında belirtildiği üzere 6356 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin i bendinde, kanundaki "yönetici" tabiri ile ifade edilmek istenilenin "kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyeleri" olduğu belirtilmiştir ve tanımda asil-yedek üye ayrımı da yapılmamıştır. Buna göre; fesih tarihinde yönetim kurulu yedek üyesi olması halinde dahi temsilcilik güvencesinden yararlanabilir³¹. Ancak doktrinde yedek üyenin fiili anlamda bir yöneticilik sıfatına sahip olmadığı yönünden bahsi geçen karar eleştirilmiştir³².

Yargıtay, ayrıca amatör sendika yöneticisi güvencesinin sadece yetkisi kesinleşen sendikanın yöneticilerine uygulanabileceği yönünde karar vermiştir³³. Dolayısıyla salt yönetici olmak yeterli olmayacak, bunun yanında sendikanın yetkili olması da gerekecektir. Ancak kanımızca hükümde amatör sendika yöneticiliği güvencesinden sadece yetkili sendikanın yöneticilerinin faydalanabileceği şeklinde bir sınırlamaya gidilmemiştir³⁴. Diğer bir deyişle, işyeri sendika temsilcisindekinin aksine amatör yöneticinin illa ki yetkisi kesinleşen sendikanın yöneticisi olup olmasının bir önemi bulunmadığı belirtilmelidir.

31 "Somut olayda; davacı vekili, 08.12.2015 tarihli dilekçe ile harcını yatırarak davasını ıslah etmiş olup 28.04.2012-30.08.2015 tarihleri arasında sendika yönetim kurulu yedek üyesi olduğunu iddia ettiği davacının işe iadesine karar verilmesi halinde hükmün 6356 sayılı Yasa'nın 24.maddesine uygun olarak kurulmasını talep etmiştir. Mahkemece davacının yedek üye olması ve fiilen yöneticilik yaptığını ispatlayamaması nedeniyle talebin reddine karar verilmiş ise de, 6356 sayılı Yasa'nın "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin i bendinde, Yasadaki "yönetici" tabiri ile ifade edilmek istenilenin "kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyeleri" olduğu belirtilmiş olup, tanımda asil-yedek üye ayrımı da yapılmadığı dikkate alındığında fesih tarihinde işyeri sendika yönetim kurulu yedek üyesi olduğunu ispatlayacak davacının 6356 sayılı Yasa'nın 24. maddesinden yararlanmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Davacı vekili tarafından sunulan belgeden, davacının 28.04.2012 tarihinde Tüm Özel Güvenlik ve Hizmet İşçileri Sendikası Yönetim Kurulu yedek üyeliğine seçildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece (Güvenlik ve Savunma İşçileri Sendikası) Sendikası'ndan davacının sendika yönetim kurulu yedek üyesi olup olmadığı ve yedek üye olduğu tarih aralığı sorularak açıklığa kavuşturulmalı davacının sendika yönetim kurulu yedek üyesi olduğunun tespiti halinde 6356 sayılı Yasa'nın 24.maddesine göre hüküm kurulmalıdır" (Y7HD., 24.03.2016, E. 2016/6678, K. 2016/7148) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (15.09.2021).

32 Ercüment Özkaraca, "6356 Sayılı Kanun m. 24 Anlamında Amatör Yönetici Kavramı", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 765-767 (Amatör Yönetici).

33 "Davacı ise, Tüm Otomobil Metal İşçileri Sendika'nın kurucu üyesi ve yönetim kurulu asil üyesi olup, davalı işyerindeki yetkili sendika ise Türk Metal Sendikasıdır. Davacı 6356 sayılı Kanun'un 27. maddesi kapsamında işyerindeki yetkili sendikasının temsilcisi olarak atanmamıştır. Başka bir deyişle davacı 6356 sayılı Kanun kapsamında sendika temsilcisi olmadığından anılan Kanun'un 24.maddesi ile sağlanan güvenceden yararlanmak için gerekli koşula sahip değildir" (Y9HD., 21.11.2018, E. 2018/8455, K. 2018/21083); Kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz.: Özkaraca, Amatör Yönetici, s. 753-780.

34 Özkaraca, Amatör Yönetici, s.769-770; Okur, s. 318.

II. İşyeri Sendika Temsilcisinin İşe İade Davası Kazanması ile Sağlanan Haklar

A. Genel Olarak

6356 sayılı Kanun uyarınca temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak -temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla- fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir. Kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde temsilcinin işe başvurması şartıyla ve işverenin altı iş günü içinde işe başlatmaması hâlinde, iş ilişkisinin devam ettiği nazara alınarak ücreti ve diğer haklarının ödenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmelidir. Bu şekilde feshe karşı güvence sağlanmış ve mutlak işe iade hakkı tanınmıştır.

Görülmekte olan davada işyeri sendika temsilcisinin işe iade talebinin bulunması yeterlidir. Ücret ve diğer haklarının ödenmesi ikincil nitelikte bir haktır³⁵. Bunun sonucu olarak işe iade davasında ayrıca ücret ve diğer hakların talep edilmesine gerek olmadığı belirtilmelidir³⁶. Mahkemece talep olmaksızın ücret ve diğer hakların ödenmesine hükmedilmesi taleple bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Bahsi geçen ücret ve diğer haklar, temsilcilik süresi dikkate alınarak belirlenir. İşyeri sendika temsilcisinin süresinin bitmesi ve tekrar seçilmesi durumunda da aynen ücret ve diğer hakların ödenmesine devam edileceği anlaşılmaktadır³⁷. Bu kapsamda işe iade davasını kazanan işyeri sendika temsilcisinin ücret ve diğer haklarının tespiti bakımından, fesih tarihi ile mahkeme kararının kesinleşmesine kadar olan süre ve kararın kesinleşmesinden sonraki süre bakımından ayırım yapılmalıdır³⁸.

35 Başak Güneş, *Türk İş Hukukunda Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 169; 4857 sayılı İş Kanunu m. 21 uyarınca da işe iadeye karar veren mahkemenin feshin geçersizliğine bağlı ikincil sonuçları talep olmadan hükmedebileceğine ilişkin karar için bkz.: “Somut olayda davacının kesinleşen işe iade kararı sonucunda işe başlamak üzere davalı şirkete başvuruda bulunduğu, bunun üzerine davalı şirket tarafından işe başlatılmadığı sabittir. Fesihden sonra davacının başka bir işyerinde çalışmaya başlaması feshin geçersizliğine bağlı ikincil sonuçları ortadan kaldırmaz. Kesinleşen işe iade ilamında boşta geçen süre 4 ay olarak tespit edildiğinden 4 aylık ücret ve diğer hakların ödenmesi gerekir” (Y22HD., 17.12.2019, E. 2016/25330, K. 2019/23459) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> [15.09.2021]; Aynı bir dava ile kararın kesinleşmesi anına kadar geçen süre için ücret ve diğer alacakları hakkında bir eda davası da açabileceği yönünde aksi görüş için bkz.: Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 123.

36 “Temsilcinin iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verildiğinde, kanunun düzenlemesi gereği feshin sonucuna bağlandığı için talep olsun veya olmasın, boşta geçen süre için ücret ve diğer hakların ödenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesi gerekir. Bu düzenleme taleple bağlılık kuralının istisnasıdır” (Y22HD., 14.02.2018, E. 2018/792, K. 2018/3263) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> [15.09.2021].

37 Başbuğ; Yücel Bodur, s. 258.

38 Ekmekçi, s. 192.

Mahkemece haklı nedenin bulunmadığı yönündeki tespit yukarıda ifade edilen hakların tesisi için yeterli olup, ayrıca feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı noktasında araştırma yapılması gerekmez³⁹. Son olarak ücret ve diğer hakların ödenmesine ilişkin hükümlerin emredici olduğunu ve bu hükümlerin aksine yapılan anlaşmaların geçersiz olduğunu belirtmek gerekir⁴⁰.

1. Fesih Tarihi ile Kararın Kesinleşmesi Tarihine Kadar Geçen Ücret ve Diğer Hakları

Temsilcinin işe iadesine karar verildiğinde fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarının ödeneceği öngörülmüştür (6356 sayılı Kanun m. 24/3). 4857 sayılı İş Kanunu m. 21 uyarınca feshin geçersizliğindeki gibi boşta geçen sürenin 4 ayla sınırlandırılmaması yönünden düzenleme isabetli bulunmuştur⁴¹.

Mahkemenin feshin haksız olduğunu tespit etmesi yeterlidir. İşyeri sendika temsilcisi, kararın kesinleşmesinden sonra işe başlamak için başvurmasa dahi geçersiz sayılan fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarını alacaktır⁴². Temsilcilik veya yöneticilik süresini aşmayacak boşta geçen süre için ödenecek ücret ve diğer haklar, İş Kanunu m. 21’de yer alan düzenlemenin aksine işe başvuru şartına da bağlı değildir⁴³. İşe iade davası sonucunda işe başlatma başvurusunda bulunmaması halinde bu durumun ileriye etkili olacağı, kararın kesinleşmesine kadar olan süre içerisindeki haklarını

39 Ekmekçi, s. 192; Akyiğit, s. 313; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 120.

40 Centel, s. 297; Aktay, s. 61; Akyiğit, s. 314.

41 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 887; Tuncay, Savaş Kutsal, s. 156; Centel, s. 297.

42 Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 264 (Toplu İş Hukuku); Şahlanan, Güvence, s. 147; Tuncay, Savaş Kutsal, s. 156; Sümer, s. 533; Astarlı, s. 158; Özkaraca, Güncel Gelişmeler, s. 47; “24. maddenin 3. fıkrasında temsilcinin işe iadesine karar verildiğinde feshin geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve haklarının ödeneceği öngörülmüştür. İşyeri sendika temsilcisi kararın kesinleşmesinden sonra işe başlamak için başvurmasa dahi geçersiz sayılan fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarını alacaktır. Ayrıca 4857 sayılı ... Kanunu’nun 21. maddesinin 3. fıkrasına göre boşta geçen süre alacağına hükmedilemeyecektir” (Y9HD., 22.10.2018, E. 2018/13823, K. 2018/22787) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> [15.09.2021].

43 Tuncay, Savaş Kutsal, s. 156; Süzek, s. 667; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Baskan, s. 542; Centel, s. 297; Ekmekçi, s. 192; “6356 Sayılı Kanunun 24. maddesine göre sendika temsilcileri için boşta geçen süre için 4857 İş Kanunu’ndaki 4 aylık azami süre sınırlaması kaldırılmış ve temsilcilik süresini, aşmamak kaydı ile fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarının ödeneceği belirtilmiştir. Temsilcilik veya yöneticilik süresini aşmayacak boşta geçen süre için ödenecek ücret ve haklar İş Kanunundaki düzenlemenin aksine işe başvuru şartına da bağlı değildir” (Y9HD., 12.12.2018, E. 2018/4212, K. 2018/22823); aynı yönde karar için bkz.: Y9HD., 19.06.2017, E. 2017/22039, K. 2017/10893 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> [15.09.2021].

temsilcinin muhafaza ettiği belirtilmektedir⁴⁴. Aynı şekilde söz konusu hakların talep edilebilmesi için işverenin işe başlatıp başlatmaması da önem taşımaz⁴⁵. Burada hakların doğması için mahkemenin işe iade kararı vermesi yeterlidir⁴⁶.

İfade edilen haklardan yukarıda da bahsedildiği üzere amatör sendika yöneticisi de faydalanır⁴⁷. Bu hakların belirlenmesinde temsilcilik veya yöneticilik süresi dikkate alınacaktır⁴⁸. Ancak mahkeme tarafından kurulacak hükümde temsilcilik süresinin ne kadar daha süreceğinin bilinebilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde kararın kesinleşme tarihi de önceden tespit edilemez. Bu yönden mahkemece verilen hüküm tahsile yönelik kurulamayacak, ancak tespit niteliğinde olacaktır⁴⁹. Dava devam ederken temsilcilik süresinin bir nedenle sona ermesi halinde ise hükmedilebilecek süre ve tutar belirli olacağından mahkemenin alacakların tahsiline yönelik olarak eda şeklinde hüküm kurması da mümkün hale gelir⁵⁰.

Doktrinde, ücret ve diğer haklara ilişkin ödemeler kararın kesinleşmesine kadar iş sözleşmesinin kendiliğinden devam etmesinden kaynaklanır ve temsilcilik süresi boyunca sınırlıdır⁵¹. Bu nedenle de ücret ve diğer haklara ilişkin ödemelerin haklı olarak ücret niteliğinde olduğu savunulmaktadır⁵². Gerçekten kanunun ifadesi ücret ve diğer haklar şeklinde olduğundan ve iş sözleş-

44 Seracettin Göktaş, Gökhan Yılmaz, *6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 521.

45 Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, s. 264; Güneş, s. 170.

46 Centel, s. 298.

47 “Amatör sendika yöneticisi olan davacının iş sözleşmesi haklı neden olmadan feshedildiğinden, mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi, 6356 sayılı kanunun 24. maddesi uyarınca isabetlidir. Ancak boşta geçen süre ücret ve işe başlatmama tazminatı yönünden anılan madde hükümleri yerine, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 21. madde hükümlerinin dikkate alınarak hüküm kurulması hatalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi anılan madde uyarınca temsilcilik süresini, aşamamak kaydı ile fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarının ödenmesine, başvuru ile temsilcilik veya yöneticilik süresi devam ettiği takdirde iş ilişkisi devam edeceğinden işe başlatmama sonuca etkili olmadığından işe başlatmama tazminatına karar verilmesine yer olmadığına, bunun yerine madde uyarınca ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesi gerekir. Ancak talep aşulamayacağından ve davacı vekili boşta geçen süre ücretinde kendisini 4 ay ile sınırladığından temsilcilik ve yöneticilik süresi devam ettiği takdirde fesih tarihi ile kesinleşme tarihi arasında 4 aya kadar ücret ve diğer hakların ödenmesi şeklinde hüküm kurulmuştur” (Y9HD., 29.09.2014, E. 2014/10657, K. 2014/28362) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> [15.09.2021].

48 “Davacının temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarının, davalılarca müştereken ve müteselselen ödenmesi gerektiği” (Y22HD., 02.10.2018, E. 2018/12743, K. 2018/20819) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> [15.09.2021].

49 Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, s. 265; Centel, s. 297; Ekmekçi, s. 193; Güneş, s. 169.

50 Centel, s. 297; Güneş, s. 169.

51 Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, s. 265.

52 Sur, *Temsilci*, s. 190; Özkaraca, *Güncel Gelişmeler*, s. 49; Göktaş, Yılmaz, s. 521.

mesinin devam ettiği kabul edilerek bu alacaklar ele alındığından bu hakların ücret niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

2. Kararın Kesinleşmesinden Sonra Doğacak Haklar

Kararın kesinleşmesinden sonra iş sözleşmesinin devamı işyeri sendika temsilcisinin başvuru şartına bağlanmıştır⁵³. Burada, mutlak bir işe iade söz konusu olduğundan altı iş günü içinde⁵⁴ başvuru şartının yerine getirilmesi ile iş sözleşmesinin devam ettiği kabul edilmektedir⁵⁵. Bu kapsamda işverenin işe başlatmama gibi bir tercih hakkı yoktur. İşe başlatılmama halinde iş sözleşmesi herhangi bir kesintiye uğramamış gibi devam eder⁵⁶. Belirtilen nedenlerle işverenin işe başlatmaması durumunu fesih olarak değerlendirmek de mümkün değildir⁵⁷. Başvuru şartına bağlı olarak sözleşmenin devam ettiğinin kabulü gerektiğinden işverenin işe başlatmaması halinde dahi iş sözleşmesinden doğan ücret ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam eder^{58,59}. Ayrıca işveren, temsilcilik faaliyetinin yürütülmesine de engel olamaz⁶⁰. İş sözleşmesinin devamı temsilcilik süresince sınırlı olduğundan temsilcinin işe alınmaması halinde iş sözleşmesi temsilcilik süresinin sonunda feshedilmiş sayılır⁶¹.

Mahkemenin feshe ilişkin kararı ile feshin askıya alındığı, işverenin ücret

53 Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Baskan, s. 543; Ekmekçi, s. 193; İşe başvurma ifadesinin boş olan bir yere talip olma anlamına geldiği ve iş ilişkisinin bulunmadığı bir döneme ilişkin olduğundan bahisle işe başvurma ifadesinin kullanılmasının yerinde olmadığı yönünde bkz.: Centel, s. 299.

54 Bu sürenin hak düşürücü süre olduğu yönünde bkz.: Narmanhoğlu, s. 278; Akyiğit, s. 315; İşveren için öngörülen altı iş günlük sürenin ise hak düşürücü olmadığı işyeri sendika temsilcisinin bu süre geçtikten sonra da işverenin çağrısına uyması gerektiği yönünde bkz.: Centel, s. 300.

55 135 sayılı ILO sözleşmesinde belirtilen “etkin koruma”nın işyeri sendika temsilcisine sağlandığı yönünde ayrıca bkz.: Tuncay, Savaş Kutsal, s. 157.

56 Narmanhoğlu, s. 274; Şahlanan, Toplu İş Hukuku, s. 265; Şahlanan, Güvence, s. 148; Astarlı, s. 157; Göktaş, Yılmaz, s. 523.

57 Akyiğit, s. 316.

58 Esener, Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 262.

59 “Mahkemece feshin haklılığı kanıtlanmadığından feshin geçersizliğine karar verilmesi yerindeyse de, yalnızca temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakların ödenmesi gerektiğine karar verilmiştir. Halbuki 6356 sayılı Kanun’un 24. Maddesinin 3. Fıkrasının ikinci cümlesinde kararın kesinleşmesinden sonra işçi altı iş günü içinde başvurması halinde altı iş günü içinde başlatılmaması halinde iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer haklarının da temsilcilik süresince ödenmeye devam edeceği hükme bağlanmıştır. Mahkeme ise bu konuda karar vermemiştir. Bu husus hatalı olup bozma nedenidir” (Y9HD., 07.05.2015, E. 2015/6762, K. 2015/16717) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> [15.09.2021].

60 Esener, Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 262; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 888.

61 Esener, Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 262; Şahlanan, Toplu İş Hukuku, s. 266; Özellikle temsilcilik süresinin bitimine çok kısa bir süre kala gerçekleşebilecek fesihler açısından ortaya çıkabilecek sorunlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gülsevil Alpagut, “6356 sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar - 3*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 127-128.

ödemeye başlaması ile de feshin ortadan kalktığı belirtilmektedir⁶². Ancak işçinin başvuru şartının, feshi ortadan kaldırması bakımından kurucu etkiye sahip olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla işyeri sendika temsilcisinin işe başlatılmaması halinde temsilcilik süresinin sonunda fesih gerçekleşmiş sayılacak ve bu tarihteki emsal ücret üzerinden feshe bağlı haklar belirlenecektir⁶³. Son olarak, kanunda iş sözleşmesinin temsilcilik süresince devam edeceğine ilişkin hükmün bulunmadığından temsilcilik süresinin sonunda iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği görüşünün kanuni dayanağı olmadığı ve bu durumun kanunun amacına da aykırı olduğu ifade edilmektedir⁶⁴. Ancak kararın kesinleşmesinin ardından da iş sözleşmesinin devam ettiği ve ücret ve diğer haklarının ödenmesinin sınırının temsilcilik süresi olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle, sendikanın temsilciyi yeniden temsilci olarak atamak istemesi halinde, temsilcilik süresi dolmadan -az bir süre kala- bu atamayı yapması tavsiye edilmektedir⁶⁵.

B. Ücret ve Diğer Hakların Belirlenmesinde Başka Bir Yerde Çalışması Durumu

İşyeri sendika temsilcisinin görev süresinde başka bir yerde çalışması halinde ücret ve diğer hakların nasıl belirleneceğine ilişkin açık bir hüküm yoktur. Ancak temsilcilik görevinin başka bir yerde çalışmaya başlaması ile sona ereceği de belirtilmektedir⁶⁶. Gerçekten işyeri sendika temsilcisi ancak o işyerinde çalışan işçiler arasından seçilebilir. Bu halde temsilcilik görevi sona ereceğinden ücret ve diğer haklarını da ancak bu tarihe kadar talep edebilir⁶⁷.

Mahkemece feshin haksız olduğu yönündeki karar feshin mutlak geçersiz olduğu anlamına gelir⁶⁸. Verilen karar ile işverence yapılan fesih işleminin hiçbir etkisi kalmaz. Mahkeme feshin haksız olduğunu tespit ederek, fesih ortadan kalkmakta ve işyeri sendika temsilcisinin eski işyerinde de çalışmalarının devam ettiği kabul edilmektedir. Bu nedenle temsilcinin başka bir işyerinde çalışıyor olmasının temsilciliği ortadan kaldırdığı düşünülebilir ise de mahkemenin fesih kararını askıya alması ile birlikte temsilcilik görevine tekrar kavuştuğu görülmektedir. Bu doğrultuda diğer bir görüş ise başka bir yerde çalışma durumunun temsilcilik görevini sona erdirip erdirmediği ile ilgilenme-

62 Narmanhoğlu, s. 275.

63 Şahlanan, Toplu İş Hukuku, s. 267.

64 Narmanhoğlu, s. 276.

65 Şahlanan, Toplu İş Hukuku, s. 266.

66 Ekmekçi, s. 195.

67 Farklı bir işkolunda çalışması halinde sendika üyeliğinin kesin olarak sona ereceği ve temsilci sıfatı ortadan kalacağı yönünde ayrıca bkz.: Ekmekçi, s. 195-196.

68 Süzek, s. 667; Astarlı, s. 157; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 123.

miş ve bu hakların niteliğine göre Türk Borçlar Kanunu m. 408 uyarınca indirim yapıp yapılmayacağını gündeme geleceğini savunmuştur⁶⁹. Temsilcilik güvencesi bakımından mahkemece hüküm altına alınan ücret ve diğer haklar geniş anlamda ücret kavramı içerisinde değerlendirilmelidir⁷⁰. İş Kanunu m. 18 vd. uyarınca görülen işe iade davasında öngörülen boşta geçen sürenin dört ay olarak belirlenmesindeki amaç, bilindiği üzere kanunda öngörülen bir aylık dava açma süresi ile yargılama aşamasında geçmesi gereken toplam üç aylık süre dikkate alınarak işçinin yargılama sürecindeki yoksun kaldığı ücretin telafi edilmesiydi. İşyeri sendika temsilcisinin de yargılama aşamasında yoksun kaldığı tüm ücret ve diğer haklarına kavuşması amaçlanmıştır. Burada kanun koyucu işverenin temerrüdü durumunu nazara almıştır⁷¹. Buna göre; işyeri sendika temsilcisinin başka bir iş bulması halinde bu işten elde ettiği gelirler indirim konusu yapılmalıdır. Ancak ücret ve diğer hakları ifadesinin medeni ceza mahiyetinde olduğunun esas alınması halinde ise başka bir işten elde ettiği gelirin indirilemeyeceği de ayrıca ifade edilmektedir⁷². Bunun yanında her ne kadar işveren temerrüdü söz konusu olsa da burada TBK. m. 408'in uygulanamayacağı ve dolayısıyla bir indirimin yapılamayacağı da savunulmaktadır⁷³.

C. Sendikal Tazminatın Ayrıca İstenip İstenemeyeceği

Sendikal faaliyetlerden ötürü yapılan fesihlerin sendikal nedene dayandığı aşikârdır⁷⁴. Dolayısıyla işyeri sendika temsilcisinin 25. madde anlamında sendikal tazminat talep edip edemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Doktrinde genel olarak bu hakkın seçimlik olduğu ve işyeri sendika temsilcisi ile amatör sendika yöneticisinin dava hakkını kullanırken ya m. 24 uyarınca sağlanan haklardan ya da m. 25 uyarınca öngörülen süreçten faydalanma hakkının bulunduğu belirtilmektedir⁷⁵. Diğer bir deyişle, işyeri sendika temsilcisi ya temsilcilik güvencesinden (m. 24) yararlanmalıdır ya da üyelik güvencesinin (m. 25) sağladığı haklara başvurmalıdır⁷⁶.

Yargıtay kararlarında ise aynı anda hem m. 25 hem de m. 24 uyarınca hak talep edilemeyeceği, davaların karma talepli açılmayacağı ve her iki hükmün

69 Centel, s. 300; Akyiğit, s. 313.

70 Şahlanan, Güvence, s. 148; Göktaş, Yılmaz, s. 521.

71 Temerrüdün söz konusu olması halinde indirimin yapılması gerektiği yönünde bkz.: Centel, s. 300.

72 Centel, s. 300.

73 Astarlı, s. 160.

74 Esener, Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 260.

75 Esener, Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 263; Süzek, s. 668; Sümer, s. 535; Okur, s. 311.

76 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 888; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, s. 268; Tuncay, Savaş Kutsal, s. 157-158; Centel, s. 294; Ekmekçi, s. 194.

davalarda karma uygulanamayacağı vurgulanmaktadır^{77,78}. Sendika temsilcisi bu konuda seçimlik hakka sahiptir⁷⁹.

Daha önce de değinildiği üzere madde 24 uyarınca işyeri sendika temsil-

- 77 Y9HD., 26.04.2018, E. 2018/3859, K. 2018/9332; aynı yönde görüş için bkz.: Göktaş, Yılmaz, s. 522.
- 78 “Sendika temsilcilerine dair bu özel düzenleme gereğince davacının 4 aylık ücreti tutarı olarak boştaki geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatına karar verilmesi hatalı olmuştur” (Y22HD., 14.04.2016, E. 2016/5858, K. 2016/10890) [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/\[15.09.2021\]](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/[15.09.2021]).
- 79 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi iki madde arasındaki farkları şu şekilde ifade etmiştir: 24. maddenin 1. fıkrasında işverenin işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemeyeceği, feshin bildirimiminin tebliğinden itibaren bir ay içinde temsilcinin veya üyesi olduğu sendikanın dava açabileceği hükme bağlanmıştır. 24. madde herhangi bir sınırlama getirmeksizin işyeri sendika temsilcilerine güvence sağlamaktadır. Farklı bir anlatımla temsilci, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu veya Borçlar Kanunu kapsamında çalışsa, iş güvencesi hükümlerine tabi olsa veya olmasa da getirilen güvenceden faydalanacaktır. 24. maddeye dayanılarak açılan feshin geçersizliği ve işe iade davasında iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı, feshin yazılı olarak açık ve kesin şekilde yapıp yapılmadığı değerlendirilecektir. Salt geçerli bir nedene dayanılarak yapılan feshin, feshin geçersizliğini doğuracağı gibi haklı neden bulunsa bile feshin yazılı yapılmamışsa feshin geçersiz sayılacaktır. Oysa 25. maddeye göre iş sözleşmesinin sendikal bir nedenle feshi iddiasıyla açılan işe iade davasında feshin haklı nedene dayanmaktaysa bunun yazılı yapılmış olup olmaması feshin geçersizliğini doğurmayacaktır. Feshin sendikal nedene dayandığını da işçi ispat etmekle yükümlü olacaktır (25. maddenin 6. fıkrası). 24. maddenin 3. fıkrasında temsilcinin işe iadesine karar verildiğinde feshin geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla feshin tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve haklarının ödeneceği öngörülmüştür. İşyeri sendika temsilcisi kararın kesinleşmesinden sonra işe başlamak için başvurmasa dahi geçersiz sayılan feshin tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarını alacaktır. Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu’nun 21. maddesinin 3. fıkrasına göre boştaki geçen süre alacağına hükmedilemeyecektir. 25. maddeye göre sendika özgürlüğünün güvencesine dayanılarak açılan feshin geçersizliği ve işe iade davasında ise feshin geçersizliğine karar verildiğinde boştaki geçen süre alacağı 4857 sayılı İş Kanunu’nun 21. maddesinin 3. fıkrası uyarınca 4 ayla sınırlı olarak hüküm altına alınacaktır. 24. maddenin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde temsilcinin işe başvurması şartıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması hâlinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer haklarının temsilcilik süresince ödenmeye devam edeceği hükme bağlanmıştır. Bir başka anlatımla süresinde yapılan başvuru üzerine işveren temsilciyi işe başlatmadığında iş ilişkisi devam etmiş kabul edilip temsilci çalışmasa bile ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenecek, yeniden temsilcilğe atandığında da bu uygulanacaktır. 25. maddeye göre açılan işe iade davasında ise işçinin başvurusu, işverenin işe başlatıp başlatmama şartına bağlı olmaksızın işçiye 1 yıllık brüt ücretinden az olmamak kaydıyla tazminat ödenmesi gerektiğine hükmedilecektir. 24. maddeden farklı olarak burada iş ilişkisi devam etmiş kabul edilmemekte, işçiye tazminat alma imkânı verilmektedir. İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş akitlerinin geçersiz veya haksız feshinde yargı organı tarafından verilen karar gerçek (mutlak) bir geçersizlik olmayıp, taşıdığı özellikler nedeniyle (başvuru ve işe davet) kendine özgü bir geçersizlik niteliği taşır. Buna karşılık temsilcilerin iş akitlerinin haklı bir neden olmaksızın feshedilmesi halinde yargı organı tarafından verilen karar, kesinleşmesiyle hemen devreye giren, mutlak anlamda ve genel hükümlere uygun bir geçersizliktir. Zira kesinleşme ile işveren feshi ortadan kalkar ve işveren boştaki geçen tüm süre için ücret ve diğer hakları öder (Y9HD., 02.10.2017, E. 2016/18436, K. 2017/14666); kararı isabetli bulan görüş için bkz.: Öner Eyrenci, “Toplu İş İlişkileri”, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 424.

cisine sırf bu sıfatı taşımasından kaynaklı olarak feshe karşı bir güvence sağlanmıştır. Dolayısıyla işyeri sendika temsilcisinin sendikal nedenle fesih söz konusu olmadan dahi haklı neden dışında iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği görülmektedir. İşveren halihazırda geçerli bir nedeni bulursa dahi bu fesih haklı neden niteliğinde görülmediği takdirde madde 24'te yer alan prosedürün işletilmesi gerekir. Örneğin; ücretlerine devamlı haciz gelmesi durumu bir geçerli neden teşkil etmekte iken haklı neden ağırlığında olmadığından işe iade davası sonucu sağlanan haklar devreye girmelidir.

Sendikal tazminatın temelinde ise sendikal ayrımcılık iddiası bulunmaktadır. Nitekim 6356 sayılı Kanunda sendikal tazminatın işe iade talebi bulunmasa dahi istenebileceği hüküm altına alınmıştır (m. 25). Dolayısıyla sendikal tazminat hakkının işe iade davasından bağımsız bir hak olduğu görülmektedir. Diğer taraftan sendikal ayırım yapmasına karşılık bir tazminat müeyyidesi ile karşılaşmayan işveren bu görüş uyarınca bir bakıma ödüllendirilmektedir⁸⁰. Gerçekten yukarıda da bahsedildiği üzere iş sözleşmesinin sık sık ücretlerine haciz gelmesi nedeniyle feshedilmesi ile sendikal nedenle fesih arasında herhangi bir ayırım yapılmamış olması ve aynı sonuçların hükmedileceği düşüncesi hakkaniyete dayanmayan sonuçları beraberinde getirir. Bu sebeple, işyeri sendika temsilcisinin ya da amatör sendika yöneticisinin ayrı bir davada sendikal tazminat talep edebileceği de dikkate alınarak davaların yığılması suretiyle aynı davada madde 24'ten doğan haklar ile birlikte sendikal ayırım nedeniyle sendikal tazminatın talep edilebilmesi de düşünülmelidir⁸¹. Burada ücret niteliğindeki haklar için madde 24 uyarınca bir talep söz konusudur. Madde 24'te sendikal ayırımın bir yaptırımı öngörülmemiştir. İşverenin sendikal ayırma ilişkin hareketinin yaptırımı ise madde 25 uyarınca sendikal tazminatı gerektirir. Bununla beraber temsilciyi işe başlatmayarak iş sözleşmesini eylemli olarak fesheden işverene karşı temsilcilik süresinin sonunda madde 25 uyarınca feshe bağlı tazminat talep edilebileceği de ayrıca ileri sürülmüştür⁸². Bu görüş de birlikte değerlendirildiğinde sendikal tazminatın ayrıca istenebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

D. Ücret ve Diğer Hakların Tespiti ve Ödenmesi

Ücret ve diğer hakların nelerden ibaret olduğu ve nasıl hesaplanacağı noktasında kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. İş Kanunu m. 21 uyarınca

80 Ercüment Özkaraca, "Sendika Yöneticileri ve İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi ve Uygulanması Sorunları, İş Hukukunda Güncel Sorunlar-4 Semineri, 22 Şubat 2014, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 191 (Temsilci); 2821 sayılı Kanun'un ilk halinde işyeri sendika temsilciliği güvencesi uygulanırken sendikal tazminat istenebileceği yönünde bkz.: Göktaş, s. 319.

81 Aynı yöndeki görüş için bkz.: Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 128.

82 Süzek, s. 668; Sur, Temsilci, s. 191; Özkaraca, Güncel Gelişmeler, s. 49.

hükmedilen boşta geçen süre ücreti Yargıtay'a göre net ücret üzerinden hesaplanamaz⁸³. Dolayısıyla ücret ve diğer hakları için de aynı görüş benimsenmeli ve vergi ve prim kesintisi yapılmadan brüt tutarlar dikkate alınarak hesaplama yapılmalıdır. Ücret ve diğer hakların brütten nete çevrilmesi sırasında ise gelir vergisi ve damga vergisi yanında %14 oranında SGK işçi payı ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu uyarınca %1 oranında işsizlik sigortası priminin de düşülmesi gerektiği belirtilmelidir⁸⁴.

Diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı gibi para ile ölçülebilen haklar dahil edilmelidir⁸⁵. Fiili çalışmaya bağlı ödemeler işçinin bizzat çalışması sonucu işveren tarafından yapılan ödemelerdir. Örneğin, hedefin gerçekleşmesine istinaden ödenen primler, fiili çalışmaya bağlı ödemeler kapsamındadır⁸⁶. Temsilci yargılama sürecinde fiilen çalışmadığından söz konusu hesaplamalarda fiili çalışmasına bağlı alacaklar hesaplama dışında tutulmalıdır. Buna göre; ciro primleri, belirli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı primler; aynı olarak sağlanan yol yardımları da hesaplama dahil edilmemelidir⁸⁷. Ancak aynı olarak sağlanan yemek yardımının hesaplamada dikkate alınması gerektiği yönünde karar verilmiştir. İşçinin bu süreçte

83 “Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı brüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir. 16.06.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5904 sayılı Yasa ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununda değişiklik yapılmış ve işe başlatmama tazminatı gelir vergisi istisnaları arasında gösterilmiştir. Buna göre işe başlatmama tazminatından sadece damga vergisi kesilmesiyle yetinilmelidir. Somut uyuşmazlıkta; davacının boşta geçen süre ücreti yönünden aylık brüt ücreti yerine net ücreti üzerinden hesap edilmesi hatalıdır” (Y9HD., 04.11.2020, E. 2016/30346, K. 2020/14722) [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/\[15.09.2021\]](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/[15.09.2021]).

84 Y9HD., 15.05.2019, E. 2016/1382, K. 2019/11159 [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/\[15.09.2021\]](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/[15.09.2021]).

85 “Somut olayda; hükme esas alınan bilirkişi raporunda boşta geçen süre ücret hesaplamasına esas alınan ücret tespitinde bordrolarda mevcut olan lojman yardımı ile yılda iki kez Ocak ve Temmuz aylarında yapılan ikramiye ödemesinin eklenmemesi hatalı olmuştur. (Y22HD., 09.12.2019, E. 2017/25836, K. 2019/22761) [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/\[15.09.2021\]](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/[15.09.2021]); Geçersiz sayılan fesih tarihinden sonra boşta geçen en çok dört aylık sürede işçinin çalışması devam ediyormuş gibi ücret ve diğer haklar belirlenmelidir. Boşta geçen sürenin en çok dört aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis hizmeti gibi para ile ölçülebilen haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamalarda işçinin fiili çalışmasına bağlı alacakların dikkate alınması doğru olmaz” (Ankara B.A.M., 7HD., 25.01.2016, E. 2017/160, K. 2017/134) (Haluk Hadi Sümer; Hasan Kayırgan, İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 372); “Hükme esas alınan bilirkişi raporunda boşta geçen süre ücreti hesabında esas alınan ücrete, tanık beyanları ile ispatlanan yol ücreti, yemek ücreti ve prim tutarlarının dahil edilmemesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir” (Y9HD., 25.02.2019, E. 2015/32309, K. 2019/4507) [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/\[15.09.2021\]](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/[15.09.2021]).

86 Şahin Çil, İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, Yetkin Yayınları, 2020, s. 222 (Yargıtay Uygulamaları); Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 8. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2021 (İlke Kararları), s. 616.

87 Çil, İlke Kararları, s. 616.

yemek ihtiyacını kendisinin karşılamak zorunda kalacağı belirtilmiştir⁸⁸. Bahsi geçen karar nazara alınarak işyeri sendika temsilcisinin de ücret ve diğer hakları belirlenirken aynı olarak sağlanmış bile olsa yemek yardımının dikkate alınması sonucuna ulaşılabacaktır.

Yargıtay'a göre de, İş Kanunu m. 21 uyarınca hükmedilen boşta geçen sürenin en çok dört aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yakacak ve yol yardımı gibi para ile ölçülebilen haklar dahil edilmelidir⁸⁹. Söz konusu hesaplamaların, işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışmış gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte, işçinin ancak fiili çalışması ile ortaya çıkabilecek olan fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerinin, en çok dört ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz⁹⁰. Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin bu görüşü ücret ve diğer hakların tespiti bakımından da sürdüreceği söylenebilir.

Ücret ve diğer haklar kavramını giydirilmiş ücret ile de karşılaştırmamak gerekir. Zira asgari geçim indirimi giydirilmiş brüt ücret hesabında dikkate alınmazken, ücret ve diğer haklar belirlenirken işyeri sendika temsilcisinin

88 "İşverence işçilere servis tahsis edildiği anlaşılmakta olup, mahkemece bu servis yardımının parasal değeri boşta geçen süre ücretine ilave edilmiştir. Ancak işçinin fiilen çalışmadığı dört aylık dönemde servis ile işe götürülüp getirilmesi söz konusu olmayacağından bu halde işçinin pozitif manada bir gelir kaybı olmadığı gibi, tasarruf edemediği yahut malvarlığından eksilen bir miktar da bulunmamaktadır. Bir örnek vermek gerekirse, aynı durum yemek yardımı için söz konusu değildir. İşverence işyerinde işçilere yemek verilmesi halinde, işçinin dört aylık boşta geçirdiği süre içinde bu yemek yardımından yararlanması mümkün olmayacaktır. Bu durumda işçi, dört aylık zaman dilimindeki yemek ihtiyacını kendi maddi imkânları ile sağlamak, yemek yardımının eksilmesi ile oluşan boşluğu kendisi ikame etmek zorundadır. Oysa işçi fiilen işe gitmediği takdirde, herhangi bir gelir kaybı olmadığı gibi, yararlanamadığı yol yardımını ikame edecek bir harcama yapmak zorunda da değildir. Bu itibarla somut olayda, işverence sağlanan servis yardımının parasal karşılığının boşta geçen süre ücretine ilave edilmesi isabetli olmayıp, kararın bu sebeple de bozulması gerekmiştir (Y9HD., 18.05.2021, E. 2021/5110, K. 2021/9118) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (15.09.2021).

89 Y9HD., 27.04.2021, E. 2021/4642, K. 2021/8534 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> [15.09.2021].

90 "İşçinin işe iade kararı üzerine çalıştırılmadığı dört aya kadar boşta geçen süreye ait yasadaki geçen "diğer haklar" kavramına primler de dahildir. Başka bir anlatımla işçinin 4857 sayılı Yasanın 21'inci maddesinin üçüncü fıkrasında sözü edilen çalışmadığı en çok 4 aya kadar süre için bu dönemde çalışmış gibi prim talep hakkı vardır. Hesaplama işçinin çalıştığı sıradaki ortalama mal veya hizmet üretimine verilerine göre yapılabilir" (Y9HD., 29.02.2016, E. 2015/34917, K. 2016/4298); "Satış müdürü olarak çalıştığı ve hedefini gerçekleştirmesi halinde prim aldığı, ancak boşta geçen sürede fiili çalışmanın olmadığı dikkate alındığında, boşta geçen süre ücretinin hesaplanmasına esas alınan ücrete primin eklenmesi hatalıdır" (Y22HD., 04.07.2019, E. 2016/507, K. 2019/15015) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> [15.09.2021].

yoksun kaldığı asgari geçim indirimi de dikkate alınmalıdır⁹¹.

Ücret ve diğer haklar, ücret niteliğinde olduğundan İş Kanunu m. 34 uyarınca mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanmalıdır⁹². Mahkemece tespit niteliğinde hüküm kurulduğundan faizin işlemeye başlaması için işverenin temerrüde düşürülmesi aranmalıdır. Bu nedenle, faiz başlangıcı ihtar veya dava tarihi olarak dikkate alınmalıdır⁹³.

Yargılama süresince ve iş sözleşmesinin devam ettiği sayılan süre içerisinde tüm hakların ödenmesi gerektiğinden bu hakların miktar olarak belirlenebilmesi için temsilci fiilen çalışmadığından bu döneme ilişkin ücretin tespit edilmesi gereklidir. İşyerinde halihazırda bir toplu iş sözleşmesi var ve bu sözleşmede ücret zamlarına ilişkin hüküm bulunmakta ise sözleşme hükümleri uyarınca tespit yapılacaktır. Aksi takdirde fesih tarihinden itibaren çalışan emsal işçinin ücretleri tespit edilerek hesaplama yapılmalıdır. Fesih tarihindeki ücretin asgari ücrete oranlanması suretiyle hakların tespit edilmesi ise mümkün değildir. Yargıtay'a göre feshin geçersizliğine hükmedildiği tarihteki ücretin asgari ücrete oranlanmak suretiyle sonraki yıllarda değişen asgari ücretler ve bu oran dikkate alınarak ücretler tespit edilemez. Örneğin; fesih tarihinde asgari ücretin 1,5 katı ile çalışan bir işyeri sendika temsilcisinin ücret ve diğer hakları ile feshe bağlı alacakların hesabında asgari ücretin 1,5 katı alınmaz. Burada ücretin ispat edilmesi gerekir. Bu doğrultuda da emsal olabilecek işçi bildirilmeli ve bu işçinin ücretine göre değerlendirme yapılmalıdır⁹⁴.

91 Çil, İlke Kararları, s. 617; İşe iade davalarında örnek hesaplama için bkz.: Sümer/Kayırgan, s. 391-393.

92 "Somut olayda Mahkemece, davacının boşta geçen süre ücreti alacağına en yüksek işletme kredisi faizi işletilmesine karar verilmiştir. Oysa 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinin ilk fıkrasının son cümlesinde "Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır." hükmü düzenlenmiş olup buna göre boşta geçen süre ücreti alacağına mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanmalıdır" (Y22HD., 01.10.2018, E. 2017/14579, K. 2018/20485) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (15.09.2021).

93 İşK. m. 21 uyarınca hükmedilen boşta geçen süre ücreti için de ihtar veya dava tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerektiğine ilişkin karar için bkz.: "Boşta geçen süre ücretine, işe iade başvurusunda talep edildiyse bu tarihten, talep edilmediyse dava-icra takip tarihinden itibaren faiz işletilmelidir. Somut uyuşmazlıkta, davacı işçi işe iade talebini 22.01.2015 tarihinde tebliğ edilen ihtarnamesi ile işverene bildirmiş, aynı ihtarname içerisinde işe başlatılmaması halinde boşta geçen süre ücretinin ödenmesini de talep etmiştir. Bu durumda Mahkemece hesaplanacak faiz başlangıcının ihtarnamenin tebliğ tarihi olan 22.01.2015 tarihi olması gerekirken, işe iade kararının Yagıtayca onanma tarihi olan 01.12.2014 tarihinin esas alınması da hatalıdır" (Y9HD., 11.12.2019, E. 2016/10791, K. 2019/22179) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (15.09.2021).

94 "Aynı hatalı hesaplama yöntemi başlatmama suretiyle fesih tarihindeki geniş anlamda ücretin belirlenmesinde de söz konusu olup, başlatmama suretiyle fesih tarihindeki yol, yemek ve barınma yardımının belirlenmesinde asgari ücret ile orantı kurularak sonuca gidilmesi isabetsizdir. Davacının başlatmama suretiyle fesih tarihinde bu yardımlardan yararlanabileceği sonucuna varıldığı takdirde, o tarihteki yol, yemek ve barınma gibi yardımların parasal karşılığı ilgili kurum ve kuruluşlardan araştırılmalı, yapılacak araştırmanın sonucuna göre davacının ge-

E. Feshe Bağlı Hakların Belirlenmesinde İşe İade Davasının Etkisi

Yukarıda da ifade edildiği üzere işe iade davasında mutlak bir işe iade söz konusudur. İşverenin işe başlatıp başlatmama konusunda bir tercih hakkı yoktur. İşveren işyeri sendika temsilcisini işe başlatmak zorundadır. Bu itibarla temsilcilik süresince işe başlatılmayan işçinin feshe bağlı hakları talep etmesi de söz konusu olmaz⁹⁵. Bununla beraber feshin temsilcilik süresinin sonunda feshedileceğinin kabul edileceği de belirtilmişti. Feshe bağlı alacaklara ilişkin ücretin tespitinde temsilcilik süresinin sona erdiği tarih -işveren tarafından eylemli olarak feshedildiği tarih- nazara alınmalıdır⁹⁶. İş sözleşmesi devam etmiş gibi kabul edildiğinden fesih tarihine kadar geçen tüm süre temsilcinin kıdemine dahil edilmelidir. İş Kanunu madde 18 vd. uyarınca açılan işe iade davalarında işçinin işe başlatılmaması halinde Yargıtay feshe bağlı alacakların hesabında işçinin boşta geçen sürenin sadece dört aylık kısmının dikkate

niş anlamda ücreti belirlenmelidir” (Y9HD., 01.07.2021, E. 2021/6690, K. 2021/11313); “Somut uyumsuzlukta; Davacı aylık 3.000,00 TL ücret ödendiğini iddia etmiş, davacı tanıkları da davacı iddiasını doğrulamıştır. Karara dayanak alınan raporda davacı ve tanık beyanlarının yanı sıra davacının banka hesabına 1.600,00 TL maaşa ödemesine ek olarak işveren temsilcisi tarafından 900,00 TL yatırılmış olması da gözetilerek davacının geçersiz fesih tarihindeki aylık ücretinin net 2.500,00 TL kabul edilmesi esastir. Ne var ki davacının işe başlatılmayarak iş akdinin feshedildiği 26/01/2016 tarihi itibarıyla davacının alması gerektiği ücretin başka bir araştırma yapmadan asgari ücret artışına uygun şekilde güncellenmek suretiyle çıkan sonuç olduğunun kabul edilmesi doğru değildir. Feshin kesinleştiği tarihte alması gereken ücreti ispatla yükümlü olan işçidir. Davacı, delil listesinde davalı işyeri kayıtlarına ve emsal ücret araştırması deliline dayanmıştır. Davacının feshin kesinleştiği tarihte ücretinin tespiti bakımından kendisine emsal olabilecek işçiyi bildirmesi, bu işçilerin geçersiz fesih tarihinden sonra ücretlerinde meydana gelen artış oranı işyerinde bir zam yapıldığı anlamına geleceğinden bildirilen işçilerin geçersiz fesih tarihinden sonra ücretlerinde bir artış olup olmadığı varsa oranı belirlenerek bu zam oranına uygun tespit edilecek ücrete göre ve usuli kazanılmış haklar da gözetilerek dava konusu işe başlatmama tazminatı, kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti alacaklarının hesaplanması gerekirken, afaki olarak asgari ücrete gelen zam oranları yansıtılarak geçersiz feshin kesinleştiği tarihteki ücretin belirlenmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” (Y9HD., 13.04.2021, E. 2021/3881, K. 2021/8029); “Belirtilmesi gereken bir diğer yön ise, işe başlatmama tarihindeki ücret ile kıdem ve ihbar tazminatı hesabına esas ücretin belirlenmesinde uygulanan hesaplama yöntemi ile ilgilidir. İlk Derece Mahkemesince hükme esas alınan raporda, geçersiz fesih tarihindeki ücret ile kıdem ve ihbar tazminatına esas ücretin ayrı ayrı asgari ücrete oranı bulunmak suretiyle, bu oran üzerinden başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretin ve kıdem ve ihbar tazminatına esas ücretin hesaplanması hatalıdır. İşe başlatmama tarihindeki ücret miktarının ispatı işçiye aittir. Ayrıca, geçersiz fesih tarihinde işçiye yapıldığı bildirilen (tahsil tazminatı, giyim dahil sosyal yardım, ağır ve tehlikeli işler primi, üçlü vardiya primi, ikramiye vb gibi) ödemelerin de asgari ücrete oranlanması suretiyle, bu ödemelerin başlatmama tarihindeki miktarına ulaşılması bir başka hatalı yön olup, kararın bu yönüyle de hatalıdır” (Y9HD., 27.04.2021, E. 2021/4640, K. 2021/8532) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (15.09.2021).

95 Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, s. 266.

96 Süzek, s. 668; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, s. 267; Şahlanan, Güvence, s. 148; Sur, Temsilci, s. 190-191; Alpagut, s. 128; Karşı görüş için bkz.: Eyrenci, s. 424-425.

alınması gerektiği görüşündedir⁹⁷. Temsilcinin iş ilişkisinin devam ettiği kabul edildiğinden sanki temsilci sıfatı bulunan işçi hiç ara vermemiş gibi tüm süre dikkate alınarak yıllık izin hakkı ve diğer kıdeme bağlı haklar belirlenmelidir. Durum böyle olmakla birlikte çalışmadığı sürede ücretleri ödendiğinden o yıla ilişkin halihazırda izin hakkını kullandığı varsayılmalıdır. Bu nedenle çalışmadığı döneme ilişkin izin alacağı bulunduğu yönündeki talebin reddedilmesi gerekir.

Sonuç

İşyerinde sendikal faaliyetlere öncülük eden ve işverenle karşı karşıya gelen kişilerin başında işyeri sendika temsilcileri gelir. Dolayısıyla işyeri sendika temsilcilerinin sendikal faaliyetleri sağlıklı bir şekilde yürütebilmesi için fesih tehdidi altında olmaması gerekir. Kanun koyucu bu durumu nazara alarak 6356 sayılı Kanun ile birtakım güvenceler getirmiştir. Bu güvencelerin başında feshe karşı koruma gelmektedir. 6356 sayılı Kanun'un 24. maddesi uyarınca, işyeri sendika temsilcileri ve amatör sendika yöneticilerinin iş sözleşmelerinin ancak haklı nedene dayanılarak feshedilebileceği öngörülmüştür.

İşe iade davası sonucunda mahkemece işe iade edilmesine karar verilmesi halinde ücret ve diğer haklarına hükmedilmekte, ayrıca işe iade edilmesi de zorunlu kılınmaktadır. İşe iade davasını kazanan işyeri sendika temsilcisinin yoksun kaldığı tüm ücret ve diğer hakları ödenir. Ayrıca işe başlatma başvurusu sonucunda iş sözleşmesinin devam ettiği kabul edilerek, iş sözleşmesinden kaynaklanan hakların ödenmesine devam olunur. Söz konusu hakların ise temsilcilik süresince ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan başka bir temsilci atanması, sendikanın yetkiyi kaybetmesi veya sendika tüzel kişi-

97 Çil, Yargıtay Uygulamaları, s. 230; "Dosya kapsamına göre davacının daha önce medikal bölümde çalıştığı sürede kendisine araç tahsis edildiği ve bu araçla müşteri ziyaretlerini yaptığı, işveren tarafından bilgisayar verildiği ancak yeni görevinde bu şartların sağlanmadığı anlaşılmakta olup, esasen bu husus mahkemenin de kabulündedir. Mahkemece çalışma koşullarının işçi aleyhine esaslı şekilde değiştirildiği kabul edilmiş durumdadır. Kesinleşen işe iade kararı sonrasında davacının başvurusu üzerine eski işine başlatılması asıl olup, aksi halde davacı işverence işe başlatılmaması sayılır. Böyle olunca davacının iş sözleşmesinin işveren tarafından ve işe başlatılmaması suretiyle feshedildiğinin kabulü ile işe başlatmama tazminatı, boşta geçen süre ücreti ve dört aylık sürenin ilavesi ile ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazandığının kabulü gerekir" (Y9HD., 10.11.2020, E. 2017/18389, K. 2020/15521); "Davacı işçinin kıdeminin 4 aylık boşta geçen süre ilave edildiğinde 3 yıl, 3 ay, 20 gün olduğunu açıkladıktan sonra ilave 4 ay nedeniyle yeni bir izne hak kazandıklarını belirtip Toplu İş Sözleşmesinin 29. maddesine atf yaparak 20 gün ücretli izin alacağı talebinde bulunmuştur. Bahsi geçen Toplu İş Sözleşmesi maddesine göre 20 günlük izin hakkı, kademi 5-10 yıl arası olan işçiler içindir. Davacının kıdemine göre hak ettiği izin süresi aynı maddeye göre 16 gündür. Buna göre davacının ücretli izin alacağı hesabının 16 gün üzerinden yapılması gerekirken 20 gün üzerinden yapılması ayrıca hatalıdır" (Y9HD., 05.11.2020, E. 2016/27113, K. 2020/15061) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemci-Web/> (15.09.2021).

liğinin sona ermesi gibi nedenlerle temsilcilik görevi son bulursa, ücret ve diğer haklar bu tarihe kadar ödenecektir. Dava devam ederken temsilcilik görevi sona erdiğinde de sona erme tarihi dikkate alınarak hüküm kurulmalıdır.

Ücret ve diğer haklar kavramına geniş anlamda ücrete ilişkin haklar girse de fiilen çalışmaya bağlı olarak ödenmesi gereken haklar dışlanmalıdır. Temsilcinin dava sürecinde başka bir işyerinde çalışması halinde TBK. m. 408 uyarınca indirim uygulanmalıdır. Bunun yanında mahkemece hüküm altına alınan ücret ve diğer hakların tespit niteliğinde olduğu belirtilmelidir. Bu nedenle eda talepli bir icra takibinde veya davada faiz başlangıcı için ihtar veya dava tarihi nazara alınmalıdır.

KAYNAKLAR

- Aktay, Nizamettin, *Toplu İş Hukuku*, 2. Bası, Lykeion Yayınları, Ankara, 2019.
- Akyiğit, Ercan, *Toplu İş Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Alpagut, Gülsevil, “6356 sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar – 3*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 113-184.
- Astarlı, Muhittin, “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1-2, Ankara, 2013, s. 141-183.
- Başbuğ, Aydın; Yücel Bodur, Mehtap, *İş Hukuku*, 6. Bası, Beta Yayınları, 2021.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, “İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi (Karar İncelemesi)”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt 1, Sayı 52, İstanbul, 2017, s. 107-134.
- Centel, Tankut, *İş Güvencesi*, 2. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Çelik, Nuri, “İşyeri İşçi Temsilciliği”, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, Cilt 55, Sayı 1, İstanbul, 2006, s. 407-414.
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu Nurşen; Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, 33. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Çil, Şahin, *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020 (Yargıtay Uygulamaları).
- Çil, Şahin, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları*, 8. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021 (İlke Kararları).
- Demir, Ender, *Çözümlü İş Hukuku Pratik Çalışma Kitabı*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Ekmekçi, Ömer, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 3. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Esener, Turhan; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, *Sendika Hukuku*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Eyrenci, Öner, “Toplu İş İlişkileri”, *Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 399-461.
- Eyrenci, Öner; Taşkent, Savaş; Ulucan, Devrim; Baskan Esra, *Bireysel İş Hukuku*, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Göktaş, Seracettin, “İşyeri Sendika Temsilcilerinin Teminatı”, *Osman Güven Çankaya’ya Armağan*, Kamu İşletmeleri ve İşverenleri Sendikası (Kamu-İş), İstanbul, 2010, s. 307-325.
- Göktaş, Seracettin; Yılmaz, Gökhan, *6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Güneş, Başak, *Türk İş Hukukunda Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Kılıçoğlu, Mustafa, *6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kutal, Metin, “Sendika Temsilcileri ve Yöneticilerinin Hukuki Durumu, Hukuki Gelişmeler ve Sorunlar”, *İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri*, 9-12 Aralık 1997, TÜHİS, s. 511-524.

- Narmanhoğlu, Ünal, İş Hukuku II, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Okur, Zeki, “Toplu İş İlişkileri”, *Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 245-383.
- Özkara, Ercüment, “6356 Sayılı Kanun m. 24 Anlamında Amatör Yönetici Kavramı”, *Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 753-780 (Yönetici).
- Özkara, Ercüment, “Sendika Yöneticileri ve İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvenesi ve Uygulaması Sorunları”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar-4 Semineri, 22 Şubat 2014, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 167-199 (Temsilci).
- Özkara, Ercüment, “Güncel Gelişmeler Işığında Sendikal Güvenceler Ve Uygulama Sorunları”, *Türk Hukukunda Sendikal Haklar Sempozyumu*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 14 Ocak 2019, Ankara, s. 35-61 (Güncel Gelişmeler).
- Sur, Melda, “İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi”, *Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, 28-30 Nisan 2016, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 181-202 (Temsilci).
- Sur, Melda, “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, 2013/4, S. 39, s. (Uluslararası Normlar).
- Sümer, Haluk Hadi, *İş Hukuku Uygulamaları*, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Sümer, Haluk Hadi; Kayırgan, Hasan, *İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Şahlanan, Fevzi, “İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Cilt 8, Sayı 29, İstanbul, 2013, s. 145-150 (Güvence).
- Şahlanan, Fevzi, *Toplu İş Hukuku*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Toplu İş Hukuku).
- Tuncay, Aziz Can; Savaş Kutsal, Burcu, *Toplu İş Hukuku*, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Tunçomağ, Kenan; Centel, Tankut, *İş Hukukunun Esasları*, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Uşan, Fatih; Erdoğan, Canan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Yargı Kararları Işığında Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Türkiye’de Miras Yoluyla Taşınmaz Edinmesi*

Acquisition of Immovable Property of Real Persons, Who Have Foreign Nationality, in Turkey by Inheritance in Consideration of Judicial Decisions

Murat ORUÇ** - Emrah KULAKLI***

ÖZ

Türk Medeni Kanunu m. 577 vd. hükümleri, bir kimsenin mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilmesi için gerekli şartları belirlemektedir. Bununla birlikte, yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz edinebilmelerine ilişkin Tapu Kanunu m. 35’te özel bir düzenleme mevcuttur. Bu hükümde yapılan 2003 tarihli değişiklik sonrası yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz edinebilmelerine ilişkin şartlar köklü değişikliklere uğramıştır.

Bu bağlamda çalışmamızda öncelikle TMK hükümleri çerçevesinde mirasa ehil olmanın şartları genel olarak açıklanacaktır. Sonrasında, konumuzun esasını teşkil eden yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz mal edinebilmelerini düzenleyen Tapu Kanunu m. 35 hükmü, 2003 yılı değişikliği öncesi ve sonrası olacak şekilde ele alınacak, mülkiyet ve miras hakkı bağlamında hukukî sorun ortaya koyulacaktır. Konuya ilişkin Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde yapılacak değerlendirmelerin ardından sonuç kısmında birtakım tespit ve kanaatlerimize yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Miras yoluyla taşınmaz edinme, yabancı uyruklu gerçek kişi, mülkiyet hakkı, temel haklar, karşılıklılık (mütekabiliyet).

ABSTRACT

Article 577 and the subsequent provisions of the Turkish Civil Code set forth the

* Makale gönderim tarihi: 16.10.2021. Makale kabul tarihi: 15.11.2021. Murat Oruç, Emrah Kulaklı, “Yargı Kararları Işığında Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Türkiye’de Miras Yoluyla Taşınmaz Edinmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2021, s. 603-616; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.02.12>

** Doç. Dr., Medeni Hukuk Anabilim Dalı, av.muratoruc@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1969-6875>.

*** Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16, 34815 Beykoz, İstanbul, ekulakli@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-4867-2629>.

requirements, which are required for a person to be an inheritor or a receiver due to testament. In the meantime, there is a private regulation under Article 35 of the Land Registry Law with regards to the acquisition of immovable property of the real persons, who are the foreign national, in Turkey. The requirements for the acquisition of the immovable property of the foreign real persons in Turkey have undergone to a fundamental changes after the amendment, which was made in 2003 under the mentioned provision.

In this regard, the requirements for the capacity of succeeding will initially be presented in a general frame within the scope of the related provisions of the Turkish Civil Code in this paper. Afterwards, Article 35 of the Land Registry Law, which sets forth the acquisition requirements of the immovable property of the foreign real persons in Turkey constituting the basis of our subject, will be taken up with all details including the circumstance before and after the amendment dated 2003; the legal question will be put down to the fact in the context of the right of property and the right of succession. Following to the submission of our legal evaluations within the scope of the precedent decisions of the Supreme Court, the Constitutional Court and European Court of Human Rights relating to the matter; some of our determinations and legal opinions will be presented at the part of conclusion.

Key Words: Acquisition of the immovable property by inheritance, real person who has foreign nationality, right of property, fundamental rights, reciprocity.

I. Takdim ve Konunun Sınırlandırılması

Yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de bulunan taşınmazları miras yoluyla edinmesi genel çerçeve olarak miras hukukunun konusunu teşkil etmekle birlikte, yabancılık unsuru da içerdiğinden, konunun değerlendirilmesinde milletlerarası hukuka ilişkin düzenlemelerin de dikkate alınması gerekir. Bu yönüyle, yabancılık unsurunun mevcut olduğu hallerde mirasbırakanın teranesinde bulunan Türkiye’deki taşınmazlar üzerindeki mirasçılık hakları birtakım sınırlamalara tabidir. Aynı zamanda mevzuatımızda ve ulusalüstü düzenlemelerde kabul edilen temel hakların başında gelen mülkiyet hakkına ilişkin bir yönünün mevcut olduğu da kuşkusuzdur.

Tapu Kanunu m. 35, yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hak edinmelerine ilişkin şartları belirleyen bir düzenlemedir. Bu kişilerin Türkiye’de bulunan taşınmazları miras yoluyla edinmeleri söz konusu olduğu takdirde ise Tapu Kanunu m. 35’te sayılan şartların varlığı, TMK’da yer alan mirasa ehil olma şartlarına ilaveten gözetilecektir.

Diğer yandan, konunun mülkiyet hakkına ilişkin yönüne bakılacak olursa, Anayasa başta olmak üzere gerek mevzuatımızda gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya İlişkin Ek.1 Nolu Protokol” (Protokol) ile mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır.

Ayrıca miras hakkı, meşru beklenti (legitimate expectation) olarak ikinci kategori mülkiyet hakkı kapsamında ele alınması gereken bir niteliğe sahiptir¹. Anayasal olarak ele alındığında ise miras hakkının m. 35'te temel haklar arasında yer aldığına kuşku yoktur.

Tapu Kanunu m. 35'te 2003 yılında yapılan köklü değişiklik sonrası, ülke menfaatlerine aykırı olmamak kaydıyla yabancı uyruklu gerçek kişiler ile Türk vatandaşları arasında miras yoluyla taşınmaz edinmeleri bakımından 2003 yılı öncesinde yer alan farkların ortadan kaldırıldığı; aynı şartlara tabi kıldığı ifade edilebilir. Ancak, mirasçılık ve mirasın geçişinin, mirasbırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirleneceği gözetildiğinde, Tapu Kanunu m. 35'in 2003 değişikliği öncesinde mirasçı veya vasiyet alacaklısı olan yabancı uyruklu gerçek kişinin Türkiye'de bulunan taşınmaz üzerinde doğan mirasçılık hakkı karşısında hem mevzuata hem de mülkiyet hakkına uygun hareket etmenin nasıl mümkün olabileceği, üzerinde durulması gereken bir husustur. Çalışmamız bu bağlamda; yabancı uyruklu gerçek kişilerin, Tapu Kanunu m. 35'in 2003 yılı öncesindeki hukukî rejimde Türkiye'de bulunan taşınmazlar üzerindeki mirasçılık haklarına ilişkindir. Bu kapsamda mevzuatımız ve ulusal üstü sözleşmeler ile yargı kararlarında konunun ele alınışına değinilecek ve birtakım tespitler ışığında Tapu Kanunu m. 35'te yapılan 2003 değişikliği öncesi mirasçılık hakkı kazanan yabancı uyruklu gerçek kişilerin miras yoluyla taşınmaz edinmelerine ilişkin çözüm önerilerine yer verilecektir. Taşınmazlar dışında terekede yer alan taşınır mallar ile diğer alacak hakları ise konumuz dışındadır. Zira bu konuda yabancı uyruklu gerçek kişiler ile Türk vatandaşlar arasında fark bulunmadığından, teorik ve uygulamadan kaynaklanan bir hukukî sorundan bahsetmek de mümkün değildir.

II. Sorunun Ortaya Konulması

Bir kişinin mirasçı olabilmesi, mirasbırakanın ölümü anında TMK. m. 577 vd. hükümlerinde yer alan birtakım şartları taşımasına bağlıdır. Buna göre mirasçılık, ilk olarak mirasbırakanın ölümü anında kişinin sağ olmasını gerektirir (TMK. m. 580/I). Mirasbırakandan önce veya onunla aynı anda ölen kimseler mirasçı olamazlar. Zira mirasçılık sıfatına bağlı hukukî sonuçlar ancak mirasbırakanın ölümü ile birlikte hüküm doğurur². Mirasın açıldığı anda hayatta olmayan kişinin TMK. m. 28/I hükmü uyarınca kişiliği de sona ereceğinden, mirasçılık sıfatını da kazanamayacaktır. Ayrıca TMK., sağ olarak dünyaya gel-

1 Meşru beklenti kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz.: H. Burak, Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6*, Avrupa Konseyi, 2018, s. 50 vd..
2 Halil, Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 27.

mesi şartıyla ileride doğacak çocuğun da mirasçı olabileceğini kabul etmiştir (TMK. m. 582). Bu da çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren sağ doğmak koşuluyla hak ehliyetini elde edeceğinin hüküm altına alan TMK. m. 28/II'nin doğal bir sonucudur. Her ilgilinin hak ehliyetine sahip olup olmadığı, MÖHUK m. 9/I hükmü gereği kendi millî hukukuna göre belirlenir.

Mirasçı olabilmek için gerekli olan ikinci şart ise, kişinin hak ehliyetine sahip olmasıdır (TMK. m. 580/I). Bu şart, mirasçılık ehliyeti olarak ifade edilmektedir. Mirasçılık ehliyeti, hak ehliyetinin miras hukukundaki görünümüdür³. Dolayısıyla denilebilir ki mirasbırakanın ölümünde sağ olan kişi, mirasçılık ehliyetine de sahiptir.

Mirasçı olabilmek için gözetilen son şart ise, sağ ve mirasa ehil olan kişinin mirastan yoksunluk sebeplerinden birisi sebebiyle bu sıfatını kaybetmemiş olmasıdır. Buna göre, TMK. m. 578'de sayılan sebeplerin varlığı halinde kişi, mirasbırakanın herhangi bir iradesine bağlı olmaksızın ve hangi ülke vatandaşlığına tabi olduğuna bakılmaksızın kendiliğinden mirasçı sıfatını kaybeder. Tekrar mirasçı olabilmesi ise ancak bizzat mirasbırakanın açık ya da örtülü affına bağlıdır.

Her ne kadar yukarıda mirasçı olabilmenin şartları olarak ifade edilmiş olsa da belirtmek gerekir ki bir kişinin vasiyet alacaklısı olabilmesi de aynı şartların varlığına bağlıdır. Nitekim TMK. m. 577 ve m. 581 hükümlerinde bu husus açıkça ifade edilmiştir.

Yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye'de bulunan taşınmazlar bakımından mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilmesi de aynı şartlara tabidir. Zira konuya ilişkin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 20/I'de kural olarak miras ölenin millî hukukuna tabi kılınmakla birlikte, Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk Hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, mirasbırakanın ölümü ile birlikte terekede yer alan malvarlığı hakları üzerinde kendiliğinden pay sahibi olan yasal veya atanmış mirasçılar ile ölüme bağlı tasarrufla lehine alacak hakkı sağlanan yabancı uyruklu gerçek kişinin mirasçılardan veya vasiyeti yerine getirme görevlisinden alacağını talep etmesi, TMK. m. 577 vd. hükümlerinde yer alan şartları taşıması halinde mümkündür.

Bununla birlikte, yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye'de taşınmaz edinmesi söz konusu olduğunda, yukarıda yer alan şartlara ilaveten Tapu Kanunu m. 35'te yer alan özel düzenlemeyi de gözönüne almak gerekir. Zira mirasçının

3 Mustafa Dural, Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku – Miras Hukuku*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 354.

veya vasiyet alacaklısının yabancı uyruklu gerçek kişi olduğu hallerde mirasçılık hakkı, bu hükümle mirasbırakanın terekesindeki taşınmazlar bakımından birtakım kısıtlamalara tabi tutulmaktadır. 1934 yılından bu yana yürürlükte olan 2664 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesi zaman içerisinde birçok defa değişikliğe uğramış olmakla birlikte, konumuz bakımından 2003 yılındaki değişiklik önem taşımaktadır. Zira 2003 yılında hükmün içeriği, yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye'de taşınmaz mal edinmelerine ilişkin köklü bir değişikliğe uğramıştır. Çalışmamızdaki hukukî sorunu ortaya çıkarmak için, söz konusu hükmün 2003 yılı öncesi ve sonrası düzenlemesine ayrı ayrı yer vermek gerekecektir.

2003 yılı öncesinde yürürlükte olduğu haliyle Tapu Kanunu m. 35 hükmü aynen şöyledir: *“Tahdidi mutazammın kanuni hükümler yerinde kalmak ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı hakikî şahıslar Türkiye’de gayrimenkul mallara temellük ve tevarüs edebilirler.”* Anılan hüküm kapsamında, yabancı uyruklu gerçek kişilerin ülkemizde miras yoluyla taşınmaz edinebilmeleri için iki şart birlikte aranmaktadır. Bunlardan ilki kanuni kısıtlamalara uyulmuş olması, diğeri ise karşılıklılık (mütekabiliyet) ilkesinin gerçekleşmesidir. Gerek yargı kararlarında gerekse de öğretide, mütekabiliyette anlaşılması gerekenin hukuki ve fiili (tam mütekabiliyet) mütekabiliyet olduğu ittifakla kabul edilmekteydi⁴. Şu halde, yabancı uyruklu bir gerçek kişinin ülkemizde taşınmaz edinebilmesi için, hem o ülkenin mevzuatında Türk vatandaşlarının taşınmaz edinmesine ilişkin bir yasaklayıcı bir düzenleme olmaması hem de fiilen bu edinime engel olunmaması gerekmektedir. Şayet bunlardan her ikisi de aynı anda bulunmuyorsa, yabancı gerçek kişinin ülkemizde taşınmaz edinmesi mümkün değildir⁵.

-
- 4 Mahmut Kamacı, “Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Türkiye’de Kanuni Miras yoluyla Taşınmaz Edinmelerine Getirilen Koşul ve Sınırlamaların, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS) ve Eki 1 Nolu Protokole Aykırılığı Sorunu”, *Yargıtay Dergisi*, Yıl 34, Sayı 1-2, Ocak – Nisan 2008, s. 52; Aydanur Gürzumar, “Türk Yabancılar Hukukunda Gerçek Kişilerin Miras Hakkı Var mıdır?”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 19-20, Sayı 1-2, 1999 – 2000, s. 392. Ayrıca bu husustaki yargı kararları ve öğretideki görüşler için bkz. Günseli Öztekin Gelgel, “Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet ve Sınırlı Aynı Haklardan Yararlanmasında Mütekabiliyet İlkesi”, *Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 23, Sayı 1-2, 2003, s. 408 vd..
- 5 YHGK., 16.4.1997, E. 1997/2-129, K. 1997/360 sayılı kararından: “... *“Taraflar arasındaki ihtilaf Türk vatandaşı olarak ölen kişiye, mirasın açıldığı tarihte Bulgar vatandaşı olan kızlarının mirasçı olup olamayacağı noktasındadır. ... Miras ölüm ile açılır. Mirasın açıldığı anda mirasçı olmayan kimsenin sonradan statüsünün değişmesi mirası iktisap eden diğer mirasçıların haklarını etkilemez. Türk vatandaşı olarak ölen murisin, mirasın açıldığı tarihte Bulgaristan vatandaşı olan çocuklarına miras intikal etmez, çocuklarının sonradan Türk Vatandaşlığını kazanması durumunu değiştirmez.”* Aynı yönde kararlar için bkz.: YHGK., 28.12.1994, E. 1994/625, K. 1994/904; Yarg. 2. HD, 26.12.1996, E. 1996/12081, K. 1996/13959; Yarg. 2. HD, 22.11.1983, E. 1983/7465, K. 1983/9051. Kararlar için bkz. Kazancı Bilişim ve İçtihat Bankası.

Hükümün önceki metninde yer alan “*tahdidî mutazammın kanuni hükümler*” ile kastedilen ise, yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz edinmesine ilişkin çeşitli kanunlarda yer alan kısıtlamalardır. Bunlardan biri olan ve yabancı uyruklu gerçek kişilerin köylerde taşınmaz edinme hakkını ortadan kaldıran 442 sayılı Köy Kanunu m. 87, Tapu Kanunu m. 35’te yapılan 2003 yılı değişikliği ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır⁶. Aynı şekilde, “1062 sayılı Kanun” veya “Mukabele-i Bilmisil Kanunu”⁷ olarak anılan ve yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de mülk edinmesini sınırlama yetkisi tanıyan 1927 tarihli kanun günümüzde uygulanmamakta, kanuna istinaden uygulamada yer alan tek istisna olarak Suriye uyruklu gerçek kişiler 1939 yılından bu yana Türkiye’de taşınmaz mal edinmemektedirler⁸. Bunlara karşın 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu’nda düzenlenen yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz edinmelerine ilişkin yer alan kısıtlamalar halen yürürlüktedir⁹.

Tapu Kanunu m. 35/1’in konumuzla ilgili kısmı, 03.07.2003 tarih ve 4916 sayılı değişiklik kanunu ile değiştirilmiştir. Bu değişikliğin Anayasa Mahkemesi tarafından 14.03.2005 tarih ve E. 2003/70 – K. 2005/14 sayılı kararı ile iptali üzerine kanun koyucu, 29.12.2005 tarih ve 5444 sayılı kanun ile, 26.07.2005 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere hükme son halini vermiştir. Hüküm şu şekildedir: “*Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinebilirler.*” Görüldüğü üzere, hüküm ile Türkiye’de bulunan taşınmazların miras yoluyla edinilmesi bakımından yabancı uyruklu gerçek kişiler ile Türk vatandaşları arasında bir fark kalmadığı ifade edilebilir. Zira söz konusu değişiklik ile hükümün önceki halinde yer alan karşılıklılık ve diğer kanunlara ilişkin sınırlamalar yürürlükten kaldırılmıştır. Diğer yandan hüküm, yabancı uyruklu gerçek kişilerin mirasçılık hakkına ilişkin bir ifadeye yer vermemektedir. Bu durumda yabancı uyruklu gerçek kişilerin mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilmesi, yalnızca TMK. m. 577 vd. hükümlerine göre belirlenecektir.

6 4916 sayılı Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (m. 38) (19.07.2003 tarih ve 25173 sayılı RG).

7 1062 sayılı Hudutları Dahilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet Eden Devletlerin Türkiye’deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabelei Bilmisil Tedabiri İttihazı Hakkında Kanun (15.06.1927 tarih ve 608 sayılı RG).

8 Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 285; Kamacı, s. 59 vd..

9 Ekşi, s. 280 vd.; Kamacı, s. 63.

Ancak, mirasbırakanın Tapu Kanunu m. 35'in 2003 yılı değişikliği öncesinde öldüğü hallerde hükmün eski haliyle uygulama alanı bulacağı gözden kaçırılmamalıdır. Bu, Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (TMKYUK) m. 17 ile "mirasçılık ve mirasın geçişinin, mirasbırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirleneceğini" içeren hükmün gereğidir.

Tapu Kanunu m. 35'te yapılan 2003 yılı değişikliği öncesinde ortaya çıkan hukukî sonuç, yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye'de bulunan taşınmazlar bakımından bazı hallerde mirasçı olamamasıdır. Ancak bu durumun mülkiyet hakkına aykırılık teşkil edip etmediği tartışma konusudur. Zira miras hakkı, gerek mevzuatımızda gerekse Türkiye'nin taraf olduğu ulusal üstü sözleşmelerde mülkiyet hakkı ile birlikte güvence altına alınan temel haklar arasındadır. Özellikle TMKYUK m. 17 gözüne alındığında, mirasbırakanın Tapu Kanunu m. 35 değişikliği öncesinde öldüğü hallerde yabancı uyruklu gerçek kişilerin mirasçılık hakkını kazanıp kazanmayacağı, kazanması halinde ise tereke paylaşımının ne şekilde etki edeceği halen önem taşıyan hususlardır. Ancak bu konuya ilişkin verilmiş birbirinden oldukça farklı yargı kararları yol göstericilikten uzaktır. Çalışmamızda, bu kararlara da kısaca yer vermenin elzem olduğu kanaatindeyiz.

II. Yargı Mercilerinin Meseleye Bakış Açısı

A. Yargıtay 4 ve 14. Hukuk Daireleri'nin Kararları

Yargıtay 4. ve 14. Hukuk Daireleri, istikrar kazanmış içtihatlarında, ölüm anında müteakiliyet ilkesinin bulunup bulunmadığına göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmektedir. Anılan kararlar uyarınca, ölüm anında müteakiliyet ilkesi karşılanmıyor ise yabancı uyrukluların ülkemizde taşınmaz edinemeyeceği görüşü kabul görmektedir. Nitekim 14. HD bir kararında bu hususu aynen şu şekilde ifade etmiştir¹⁰:

"Mahkemece ilk olarak davanın kabulüne karar verilmiş, davalı vekilinin temyizi üzerine, Dairemizin 14.03.2016 tarihli, 2015/9476 Esas, 2016/3220 Karar sayılı ilamında; "müris ... kızı ...'nın ve davacının ... vatandaşı olduğu, miras bırakan ... kızı... 'nın 1940 yılında vefat ettiği anlaşıldığından, terekenin miras bırakanın ölüm günü itibariyle açıldığı tarihte taşınmazların iktisabı yönünden karşılıklı aranacaktır. O halde 1940 yılında Türkiye ile

¹⁰ Yarg. 14. HD, 21.5.2019, E. 2018/5752, K. 2019/4591. Bu yönde diğer kararlar için bkz. Yarg. 4. HD, 27.12.2018, E. 2018/3312, K. 2018/8504; Yarg. 14. HD, 18.04.2019, E. 2018/3859, K. 2019/3585; Yarg. 14. HD, 29.04.2019, E. 2017/5597, K. 2019/377. Kararlar için bkz. Kazancı Bilişim ve İctihat Bankası.

... arasında taşınmaz iktisabı yönünden karşılıklılık olup olmadığı ilgili makamlardan sorulmak suretiyle sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.”

B. AİHM'in Kararları

Bu konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları da bulunmaktadır. Bunlardan birisi olan *Apostolidi ve diğerleri v. Türkiye* davasında AİHM¹¹, Türk mahkemesinin, miras hakkını belirleyen veraset ilamının karşılıklılık ilkesine atıfta bulunarak iptaline ilişkin kararını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek.1 No'lu Protokolünün 1. maddesine aykırı bulmuştur. Zira mülkiyet hakkını düzenleyen Ek.1 No'lu Protokolün 1. maddesi “miras hakkı”nı “mülkiyet hakkı”nın kapsamına dâhil ederek miras hakkının da mülkiyet hakkı gibi evrensel bir hak olduğunu ve bu nedenle devletler arasındaki karşılıklılık çerçevesini aştığını ifade etmiştir. Belirtelim ki, AİHM'in bu yönde verdiği başka kararlara da rastlamak mümkündür¹².

C. Yargıtay 1, 2 ve 8. Hukuk Daireleri'nin Kararları

AİHM'nin bu kararlarının etkisiyle Yargıtay 1, 2¹³ ve 8.¹⁴ Hukuk Daireleri, her ne kadar uygulamada ölüm anında yürürlükte bulunan mevzuat uyarınca işlem yapılması gerekse ve ilgili tarihte karşılıklılık şartının sağlanmaması halinde taşınmazın tasfiyesi miras hakkının bedel üzerinde devam ettirilmesi yönündeki düzenleme yürürlüğe girmemiş olsa dahi bu yönde bir uygulamanın tercih edilmesi gerektiği yönde kararlar vermeye başlamışlardır. 1. Hukuk Dairesi'nin 18.11.2019 tarihinde verdiği bir kararının ilgili kısmına burada aynen yer vermek istiyoruz¹⁵:

“*Bu durumda, yukarıdaki kanunî düzenlemeler ve kararlar uyarınca karşılıklılık ilkesinin uygulanmasında veraseten intikallere bir engel olmadığı açıktır. Hal böyle olunca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları ile yukarıda değinilen düzenlemeler uyarınca karşılıklılık ilkesinin veraseten intikallere engel oluşturmadığı gözetilerek davanın reddine karar*

11 *Apostolidi and others v. Turkey*, App. No. 45628/99, Judgement of 27 March 2007.

12 *Nacaryan and Deryan v. Turkey*, App. No. 19558/02 and 27904/02, Judgement of 8 January 2008; *Fokas v. Turkey*, App. No. 31206/02, Judgement of 29 September 2009; *Ağnidis v. Turkey*, App. No. 21668/02, Judgement of 24 May 2011; *Yianopulu v. Turkey*, App. No. 12030/03, Judgement of 14 January 2014.

13 Yarg. 2. HD, 16.02.2011, E. 2011/204, K. 2011/2519. Kararın anıldığı yer için bkz. Kazancı Bilişim ve İçtihat Bankası.

14 Yarg. 8. HD, 12.05.2014, E. 2013/12374, K. 2014/9431. Kararın anıldığı yer için bkz. Kazancı Bilişim ve İçtihat Bankası.

15 Yarg. 1. HD, 18.11.2019, E. 2016/13307, K. 2019/5882. Kararın anıldığı yer için bkz. Kazancı Bilişim ve İçtihat Bankası.

verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme ile yetinilerek yazılı olduğu üzere hüküm tesisi isabetsizdir.”

Yargıtay'ın bu kararlarının öğreti tarafından da desteklendiği belirtelim. Gerçekten de, konuyu çalışmasında ele alan *Esen*¹⁶, bu kararları son derece isabetli bulduğunu ifade etmiş ve AİHM kararlarıyla uyumlu olduğunu vurgulamıştır.

D. Anayasa Mahkemesi Kararı

Anayasa Mahkemesi (AYM), bireysel başvuru yoluyla önüne gelen ve somut ihtilafla oldukça benzer olan bir dosyada, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁷. Karara konu ihtilaf, ülkeler arası karşılıklı bulunmadığı gerekçesine dayalı olarak başvuru-cunun mirasçı olarak kabul edilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Kararın somut uyumsuzluk bakımından da önem arz etmesi nedeniyle, ilgili kısma burada aynen yer vermeyi faydalı görüyoruz:

“48. Somut olayda uyumsuzluk konusu taşınmazın mülkiyet hakkı kapsamına giren önemli bir mal varlığı değeri ifade ettiği açıktır. Bu taşınmazın ayrı ayrı 1/12 payları Frenike ve Tanaş Maditinos adına kayıtlı iken kayıt maliklerinden Frenike Maditinos 31/7/1978 tarihinde, Tanaş Maditinos ise 21/10/1996 tarihinde ölmüştür. Beyoğlu 1. Sulh Hukuk Mahkemesi 17/3/1998 tarihinde Frenike Maditinos'un mirasının Hazineye intikal ettiğine karar vermiş, başvuru-cunun itirazını da 14/6/2000 tarihinde reddetmiştir. Beyoğlu 4. Sulh Hukuk Mahkemesi de 9/6/1997 tarihinde başvuru-cunun mirasçılık talebini taşınmazlar yönünden koşullu olarak kabul etmiş ancak Hazinesinin talebiyle bu mirasçılık belgesi 28/12/2001 tarihinde iptal edilmiştir. Başvuru-cu ise bireysel başvuru öncesinde 28/12/2011 tarihli bu karar ile Hazineye verilen mirasçılık belgesinin iptali istemiyle İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmıştır. Davanın reddi kararının kesinleşmesi üzerine başvuru-cu mülkiyet hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür.

...

61. Diğer taraftan somut olayda derece mahkemeleri Yunanistan ile karşılıklı bulunmadığı gerekçesiyle başvuru-cunun miras bırakanın taşınmazı yönünden mirasçısı olamayacağına karar vermiştir. Derece mahkemeleri bu sonuca varırken Genel Müdürlüğün ülkeler arasındaki karşılıklı ilişkin

16 Emre, Esen “Türkiye’de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanuni Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler”, *İKÜHFD*, Cilt 15, Sayı 2, 2016, Prof. Dr. M. İlhan Uluslan’a Armağan, s. 692.

17 AYM, 08.05.2019, Başvuru Numarası: 2015/9880. Yayınlandığı yer için bkz. R.G. Tarih ve Sayı: 19/6/2019-30806.

yazularına dayanmıştır. Ancak söz konusu yazılar incelendiğinde murisin vefat ettiği tarihte veya yargılama sırasında Yunanistan'da Türk uyrukluların -çeşitli kısıtlamaların söz konusu olduğu bölgeler de dâhil olmak üzere- miras yoluyla mal edinemediklerine dair herhangi bir tespitin bulunmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Bu yazılara göre Yunanistan'da ülkenin %55'ini kapsayan çeşitli bölgelerde alım ve satım gibi hukuki işlemler için izin koşulu getirilmiş olmakla birlikte bu iznin miras yoluyla mal edinimini de kapsadığına dair somut bir bilgiye yer verilmemiştir. Nitekim AİHM Nacaryan ve Deryan/Türkiye ile Apostolidi ve diğerleri/Türkiye kararlarında, Bakanlığın ve Dışişleri Bakanlığının yazılarında buna dair bir bilgiye yer verilmediğine işaret ederek bunun aksine Yunanistan'da Türk vatandaşlarının 1990 tarihli Kanun ile getirilen kısıtlamaya konu bölgede bulunan taşınmazları miras yoluyla edinebildiği yönünde belgeler bulunduğunu belirtmiştir (bkz. §§ 34-37).

62. Ayrıca 2644 sayılı Kanun'un 35. maddesinde 29/12/2005 ve 3/5/2012 tarihlerinde yapılan kanuni düzenlemeler ile miras yoluyla mal ediniminde karşılıklılık esasının kaldırıldığına da dikkat çekilmelidir. Buna göre miras yoluyla edinilen taşınmazların ve sınırlı ayni hakların bu maddenin birinci fıkrasında öngörülen koşullara uygun edinilmediğinin tespiti hâlinde Hazine ve Maliye Bakanlığınca verilecek, bir yılı geçmeyen süre içinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilmesi ve bedelinin hak sahibine ödenmesi öngörülmüştür.

63. Sonuç olarak somut olay bağlamında derece mahkemelerinin olay tarihi itibarıyla yürürlükte olan kanun hükümleri çerçevesinde karşılıklılık ilkesi yönünden Yunanistan'da Türk vatandaşlarının miras yoluyla mal edinemedikleri yönünde açık bir tespit olmamasına rağmen mirasçılık belgesinin iptal edilmesinin kanuni dayanağını makul ve yeterli bir gerekçe ile ortaya koymadıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda 2644 sayılı Kanun'un 35. maddesinin somut olayda yeterince öngörülebilen biçimde uygulanmadığı dikkate alındığında başvurunun mirasçılığının tanınmaması suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin öngörülebilen bir kanuni dayanağının bulunmadığı değerlendirilmiştir. Varılan sonuca göre müdahalenin meşru bir amacının veya ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

64. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."

Anayasa Mahkemesi, yukarıda gerekçeler çerçevesinde vermiş olduğu ihlal kararıyla birlikte, mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyayı kararı veren mahkemeye göndermiştir.

III. Değerlendirme

A. Mülkiyet Hakkının Tamamlayıcı Unsuru Olarak Miras Hakkı

Mülkiyet hakkını teminat altına alan Anayasa m. 35, “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” hükmünü içermektedir. Anayasa m. 13 ise, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını*” düzenlemektedir. Buna göre temel hak ve özgürlükler, hakkın özüne dokunulmaksızın, Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebepler çerçevesinde ve ancak kanunla sınırlanabilecektir.

Türkiye’nin de taraf devletler arasında yer aldığı AİHS ise mülkiyet hakkını, Ek.1 Nolu Protokol m. 1 ile güvence altına almaktadır. Buna göre “*her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*”

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka harçların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

Yukarıdaki açıklamalar bağlamında, yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de miras yoluyla taşınmaz edinmelerine ilişkin Tapu Kanunu m. 35’in önceki düzenlemesi temel haklar bağlamında değerlendirildiğinde, Anayasa ve AİHS’ye aykırılık taşıdığı sonucuna varılabilecektir¹⁸. Zira miras hakkı yönüyle ele alındığında, mirasçı olmaya ilişkin beklentinin hem yasal hem de içtihat hukuku temelinde meşru bir dayanağa sahip olduğu ifade edilebilir¹⁹. Diğer yandan vatandaşlık bağı, kuşkusuz sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin korunması için bir önkoşul değildir²⁰.

Gerek Anayasa ve gerekse Ek.1 Nolu Protokolde mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesi için ortaya koyulan yegâne gerekçe olarak “*kamu yararı ilkesi*” ise ancak belirli sınırlar çerçevesinde kullanılabilir. Buna göre devlet, mülkiyet

18 Aynı yönde bkz. Kamacı, s. 93.

19 H. Burak Gemalmaz, *Aurupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı (Mülkiyet)*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 399.

20 Kamacı, s. 69.

hakkının sağladığı hak ve yetkilerin kısmen veya tamamen kullanılamaz hale geldiği hallerde “orantılılık” ve “ölçülülük” ilkeleri çerçevesinde toplum ile birey arasındaki adil dengeyi sağlayacak mekanizmaları da ortaya koymalıdır²¹. Bu, devletin, mülkiyet hakkının korunması ile ilgili olarak pozitif tedbirler alma yükümlülüğünü ifade eder²². Nitekim İlascu ve Diğerleri v. Moldova ve Rusya (2004) kararında AİHM., devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğunu vurgulamış, devletin önceliklerini ve mevcut kaynaklarını dikkate alarak bireysel yarar ile kamu yararı arasında yapılacak politik tercihlerde adil dengenin sağlanması gerektiğini ifade etmiştir²³.

B. Kanaatimiz

Mülkiyet hakkının bir görünümü olarak mirasçılık hakkı, 2003 yılında yapılan değişikliğe kadar Tapu Kanunu m. 35 ile yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de bulunan taşınmazlar bakımından engellenmektedir. Diğer yandan bu hukukî durum, AİHS Ek.1 Nolu Protokol m. 1’e ve Anayasa m. 35 ile güvence altına alınan mülkiyet hakkını ihlal ettiği açıktır. Bu husus, yukarıda AİHM ve AYM kararlarıyla da tespit olunmuş vaziyettedir. Yargıtay 1, 2 ve 8. Hukuk Daireleri de, bu kabulün mülkiyet hakkını ihlal ettiği yönünde kararlar vermekte; bu kararlar da öğreti tarafından desteklenmektedir²⁴.

Mülkiyet hakkı ile birlikte miras hakkı da temel haklar kategorisinde yer almaktadır. Bu haklar, kural olarak yabancı uyruklu ve vatandaş ayırımı yapılmaksızın herkese tanınmış ve ancak kamu yararı amacıyla, sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Bu sınırlamanın ise “orantılı” ve “ölçülü” olması, hak sahibi ile toplum arasında adil dengeyi sağlayacak şekilde yapılması gerekir. Bu itibarla kanunda yer alan hükümler yorumlanırken, hakların daraltılmasından ziyade korunmasına özen gösterilmeli, kamu yararı ölçütü ile birtakım kısıtlamalara tabi tutulması gerektiği hallerde dahi mümkün olduğunca alternatif hukukî yollarla korunmaya geyret edilmelidir.

Bu itibarla, miras hakkının mülkiyet hakkı ile birlikte temel haklar arasında yer aldığı gözönüne alındığında, yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de bulunan taşınmazlar bakımından mirasçı olmalarını engelleyen Tapu Ka-

21 Gemalmaz, Mülkiyet, s. 419.

22 Sadık, Kocabaş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 22; Suat Şimşek, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 84 / Ocak-Mart 2012, s. 4; Metin Yüksel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlıkın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt 7, Sayı 27, (Güz 2010), s. 119.

23 İlascu and others v. Moldova and Russia, App. No. 48787/99, Judgement of 08 July 2004.

24 Esen, s. 169.

nunu m. 35 hükmünün 2003 yılı öncesinde yer alan düzenlemesini, yabancı uyruklu olup olmadığına bakılmaksızın mirasçılık hakkının herkes için ve hiçbir malvarlığı değerini dışarıda bırakmayacak şekilde mevcut olduğu²⁵, yabancı uyruklu gerçek kişilerin karşılıklılık veya diğer yasal sınırlamalar gereği Türkiye’de bulunan taşınmazın mülkiyetini miras yoluyla *aynen* edinmesinde sakınca olduğu hallerde dahi mirasçılık haklarının devam edeceği, ancak bu durumda mirasçılıktan doğan haklarının taşınmazın nakdî değeri üzerinden devam etmesi gerektiğini, bu şekilde yapılacak bir yorumun hem Tapu Kanunu m. 35’in 2003 yılı öncesindeki düzenlemesine aykırılık teşkil etmeyeceği, hem de mirasçılık hakkı yönünden toplum ile hak sahibi arasında adil dengeyi sağlayacak bir çözüm yolu olduğu kanaatindeyiz.

Sonuç

Mevzuatımıza göre, Türkiye’de bulunan taşınmazları miras yoluyla edinmesine ilişkin Tapu Kanunu m. 35’te yapılan 2003 yılındaki değişiklik öncesinde yabancı uyruklu gerçek kişilerin mirasçılık ehliyetleri bulunmamaktadır. Söz konusu hükmün öznesi yabancı uyruklu gerçek kişiler, süjesi ise yalnızca Türkiye’de bulunan taşınmazlardır. Dolayısıyla, Türkiye’de bulunan taşınmazlar dışındaki malvarlığı değerleri bakımından yabancı uyruklu gerçek kişiler ile Türk vatandaşları arasında mirasçılık hakkı yönünden hiçbir zaman fark olmamıştır.

Tapu Kanunu m. 35’te yapılan 2003 yılındaki değişiklik ile, yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de bulunan taşınmazları miras yoluyla edinmesi için mevcut kısıtlamalar kaldırılmıştır.

Tapu Kanunu m. 35 hükmünün 2003 yılı değişikliğinden önceki hali ve yargının konuya yaklaşımı, yabancı uyruklu gerçek kişilerin mirasçılık haklarını ihlal eder niteliktedir. Buna katılmak mümkün değildir. Zira miras hakkı, mülkiyet hakkı kapsamında ve onunla birlikte Anayasamız ve Türkiye’nin taraf olduğu ulusal üstü sözleşmelerde temel hakların başında sayılmakta ve güvence altına alınmaktadır. Dolayısıyla, Tapu Kanunu m. 35’in 2003 yılı öncesinde yer alan hükmüne rağmen, -mülkiyet ve miras hakkını koruyan bir şekilde- yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de bulunan taşınmazlar bakımından da mirasçılık haklarının bulunduğu, ancak kamu yararı ilkesinin gerektirdiği karşılıklılık ve diğer kanunlardaki kısıtlamalar gereği bu taşınmazları *aynen* mülk edinemeyecekleri, buna karşılık taşınmazın *nakdî değeri* üzerinde mirasçılık haklarının devam edeceğini, miras paylaşımının veya vasiyet alacağının bu çerçevede gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Aynı zamanda bu çözüm yolu, kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki adil dengeyi “orantılı” ve “ölçülü” olacak şekilde sağlayacak bir çözüm yoludur.

25 Aynı yönde bkz.: Gürzümar, s. 390 vd..

KAYNAKLAR

- Akkanat, Halil, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Dural, Mustafa; Öz, Turgut, *Türk Özel Hukuku – Miras Hukuku*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.
- Ekşi, Nuray, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Emre, Esen “Türkiye’de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanuni Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler”, *İKÜHFD*, Cilt 15, Sayı 2, 2016, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan, s. 669-698.
- Gemalmaz, H. Burak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı (Mülkiyet)*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Gemalmaz, H. Burak, *Mülkiyet Hakkı – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6*, Avrupa Konseyi 2018
- Gürzumar, Aydanur, “Türk Yabancılar Hukukunda Gerçek Kişilerin Miras Hakkı Var mıdır?”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 19-20, Sayı 1-2, 1999 – 2000, s. 383-396.
- Kamacı, Mahmut “Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Türkiye’de Kanunî Miras yoluyla Taşınmaz Edinmelerine Getirilen Koşul ve Sınırlamaların, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS) ve Eki 1 Nolu Protokole Aykırılığı Sorunu”, *Yargıtay Dergisi*, Yıl 34, Sayı1-2, Ocak – Nisan 2008, s. 41-96.
- Kocabaş, Sadık, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Taraf Devletlere Yükllediği Pozitif Yükümlülükler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- Metin, Yüksel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yükllediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt 7, Sayı 27, (Güz 2010), s. 111-132.
- Öztekin Gelgel, Günseli, “Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmasında Mütekebbiyet İlkesi”, *Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 23, Sayı 1-2, 2003, s. 405-422.
- Şimşek, Suat, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 84 / Ocak-Mart 2012, s. 1-24.

Medenî Usûl Hukukunda Tanığın Hazır Bulunma Yükümlülüğü*

The Obligation of Attendance of the Witness

Fatih TAHİROĞLU**

Öz

Tanık, bir yargılamada uyuşmazlığın çözümü bakımından önem taşıyan bir vakıa hakkında yargılama dışında, duyu organları vasıtasıyla edindiği bilgileri mahkemeye aktaran üçüncü kişidir. Sadece gerçek kişiler tanık olabilir. Vakıaları algılayabilecek ve algıladıklarını hafızada tutup mahkemeye aktarabilecek akli olgunluğa sahip olan herkes tanık olabilir. Dolayısıyla tanık olabilmek için bir yaş sınırlaması yoktur. Bu nedenle çocukların da tanık olarak dinlenebilmeleri mümkündür. Öte yandan tanıklık yapmak kural olarak zorunlu tutulmuştur. Nitekim tanıklık yapmak aynı zamanda kamusal bir yükümlülüktür. Ancak bu yükümlülük tanığın mahkeme tarafından usûlüne uygun olarak davet edilmesi ile doğar. Tanıklık yapma yükümlülüğü; hazır bulunma yükümlülüğü, yemin etme yükümlülüğü ve bildiklerini anlatma yükümlülüğü olmak üzere üç unsurdan oluşur. Bu çalışmada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinde düzenlenen tanığın hazır bulunma yükümlülüğü konusu incelenmiştir. Bu bağlamda, öncelikle bu yükümlülüğün kapsamı, yani kimlerin tanık olarak hazır bulunma yükümlülüğü altında olduğu ele alınmıştır. Daha sonra ise, tanığın hazır bulunma yükümlülüğünün ihlâl edilmesi üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda söz konusu ihlâlin şartları ve sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Delil, tanık, tanıklık yapma yükümlülüğü, medenî usûl hukuku, mazeret.

ABSTRACT

The witness is the third person who has information about the fact that is important for the settlement of dispute and transfers the information in a trial. Only real persons can be witness. Anyone who has the mental maturity to perceive the facts and to keep what they perceived in memory and transfer them to the court can be a witness. Therefore, there is no age limit to be a witness. For this reason, it is possible for minors to be heard as a witness. On the other hand, as a rule, it is compulsory

* Makale gönderim tarihi: 06.07.2021 Makale kabul tarihi: 07.10.2021 Fatih Tahiroğlu, "Medenî Usûl Hukukunda Tanığın Hazır Bulunma Yükümlülüğü", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2021, s. 617-644; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.02.07>

** Araş. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İletişim: fatiht@istanbul.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-6382-4942>.

to testify. As a matter of fact, it is also a public obligation to testify. However, for this obligation to arise, the witness must be duly invited by the court. Obligation to testify consists of three elements: the obligation to attend, the obligation to take an oath, and the obligation to tell what he or she knows. In this study, the issue of the obligation of attendance of the witness regulated in Article 245 of the Code of Civil Procedure is examined. In this context, first of all, the scope of this obligation, that is, who is under the obligation to be present as witness, has been discussed. Subsequently, the violation of the obligation to attend was discussed. In this context, the conditions and consequences of the violation in question were examined.

Keywords: Evidence, the witness, the obligation to testify, law of civil procedure, excuse.

Giriş

Tanık, bir yargılamada uyumsuzluğun çözümünü bakımından önem taşıyan bir vakıa hakkında yargılama dışında, duyu organları vasıtasıyla edindiği bilgileri mahkemeye aktaran üçüncü kişidir¹. Sadece gerçek kişiler tanık olabilir². Ni-

- 1 Benzer tanımlar için bkz. Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1940, s. 120; Namık Kemal Eğilmez, "Şahadet ve Şahidin Psikolojisi", *Ankara Barosu Dergisi*, 1955/6, s. 400; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960, s. 266; Saim Üstündağ, *Medenî Yargılama Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, 2000, s. 731; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. III, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 2567, (Usul, C. III); Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 757, (El Kitabı, C. I); Necip Bilge, Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, s. 522; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 449; Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, Tıpkı 8. Bası, Beta, İstanbul, 2011, s. 352; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, *Medenî Usul Hukuku*, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 764; Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 1887, (Pekcanitez Usul); Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 3, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 4032; Meral Sungurtekin Özkan, *Türk Medenî Yargılama Hukuku*, Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2013, s. 289; Oğuz Atalay, "Delil Kavramı Üzerine", *Hâluk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 135; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 517; Mesut Ertanhan, *Medenî Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, Seçkin, Ankara, 2005, s. 48; Fatih Tahiroğlu, *Medenî Usul Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 130, (Re'sen Araştırma).
- 2 Hans-Jürgen Ahrens, in: Bernhard Wiecek, Rolf A. Schütze, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar*, Band 6 §§ 355-510c, 4. Auflage, De Gruyter, 2014, Vor § 373 Rdn. 15; Michael Huber, in Hans-Joachim Musielak, Wolfgang Voit, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 18. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2021, § 373 Rdn. 2; Silke Scheuch, in: Volkert Vorwerk, Christian Wolf, *BeckOK ZPO*, 40. Edition Stand: 01.03.2021, Verlag C. H. Beck, München, 2021, § 373 Rdn. 27; Hans-Jürgen Ahrens, *Der Beweis im Zivilprozess*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2015, Kap. 31 Rz. 1, (Beweis); Thomas Weibel; Claudia Walz, in: Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2016, Art. 169 N. 1; Heinrich Andreas Müller, in: Alexander Brunner, Dominik Gasser, Ivo Schwander, *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar*, 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2016, Art. 169 N. 2; Ansay, s. 269; Bilge, Önen, s. 525; Ertanhan, s. 49; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 517.

tekim vakıaları algılayabilecek ve algıladıklarını hafızada tutup mahkemeye aktarabilecek akli olgunluğa sahip olan herkes tanık olabilir³. Dolayısıyla tanık olabilmek için bir yaş sınırlaması yoktur⁴. Bu nedenle çocukların da tanık olarak dinlenebilmeleri mümkündür⁵.

Tanığın yerine bir başkasını ikame etmek mümkün değildir⁶. Bu nedenle tanıklık yapmak kural olarak zorunlu tutulmuştur⁷. Nitekim tanıklık yapmak aynı zamanda kamusal bir yükümlülüktür⁸. Tanıklık yapma yükümlülüğü; hazır bulunma yükümlülüğü, yemin etme yükümlülüğü ve bildiklerini anlatma yükümlülüğü olmak üzere üç unsurdan oluşur⁹.

- 3 Christian Berger, in: Friedrich Stein, Martin Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 5 §§ 328-510c, 23. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, Vor § 373 Rdn. 3; Jürgen Damrau, Alexander Weinland, in: Wolfgang Krüger, Thomas Rauscher, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 2 §§ 355-945b, 6. Auflage, C. H. Beck, München, 2020, § 373 Rdn. 8; Huber, Musielak/Voit ZPO, § 373 Rdn. 2; Oliver Siebert, in: Ingo Saenger, *Zivilprozessordnung Handkommentar*, 9. Auflage, Nomos, 2021, § 373 Rdn. 2; Scheuch, BeckOK ZPO, § 373 Rdn. 27; Hans-Joachim Musielak, Max Stadler, *Grundfragen des Beweisrechts*, C. H. Beck, München, 1984, Rdn. 60.
- 4 Huber, Musielak/Voit ZPO, § 373 Rdn. 2; Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 373 Rdn. 8; Scheuch, BeckOK ZPO, § 373 Rdn. 27; Siebert, Hk-ZPO, § 373 Rdn. 2; Reinhard Greger, in : Richard Zöllner, *Zöllner Zivilprozessordnung*, 30. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2014, § 373 Rdn. 3; Wolfgang Grunsky, *Zivilprozessrecht*, 13. überarbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2008, Rdn. 187; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 765; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1887; Yılmaz, Şerh, C. 3, s. 4032; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 518; Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman, Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 535.
- 5 Wolfgang Bernhardt, *Das Zivilprozessrecht*, 3. Auflage, Walter De Gruyter & Co., Berlin, 1968, s. 233; Siebert, Hk-ZPO, § 373 Rdn. 2; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 765; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1887; Ertanhan, s. 57-58; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 518. Bu konu hakkında geniş bilgi için ayrıca bkz. Andreas Findeisen, *Der minderjährige Zeuge im Zivilprozeß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, s. 19 vd.
- 6 Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2018, § 121 Rdn. 2; Huber, Musielak/Voit ZPO, Rdn. 3; Scheuch, BeckOK ZPO, § 373 Rdn. 14; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 352; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 767; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1897; Murat Atalı, "Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsî) Bilgisini Kullanması", *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 160; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 520.
- 7 Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 767; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1897; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 520. Bu zorunluluğun kabul edilmesinin bir diğer gerekçesinin maddî gerçeğin bulunabilmesi olduğu yönünde bkz. Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 767; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1897.
- 8 İsmail Hakkı Karafakih, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952, s. 199; Ansay, s. 268; Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 29 ve 101; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 768; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1898; Ertanhan, s. 71; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 520. Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" hükmünün tanıklık yapma yükümlülüğünün anayasal temeli olduğu yönünde bkz. Feyzioğlu, s. 30; Ertanhan, s. 71.
- 9 Arwed Blomeyer, *Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren*, 2. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, s. 415; Othmar Jauernig, Burkhard Hess, *Zivilprozessrecht*, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011, § 53 Rdn. 7; Rosenberg, Schwab, Gottwald, § 121 Rdn. 11; Eberhard Schilken, *Zivilprozessrecht*, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, Rdn. 521; Grunsky, Rdn. 187; Kurt Schellhammer, *Zivilprozess Gesetz-Praxis-Fälle*, 13. Auflage, C. F. Müller, 2010, Rdn. 603; Walter H.

Tanığın hazır bulunma yükümlülüğü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun¹⁰ (HMK) 245. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “*Kanunda gösterilen hükümler saklı kalmak üzere, tanıklık için çağrılan herkes gelmek zorundadır. Usulüne uygun olarak çağrıldığı hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmolunur. Zorla getirilen tanık, evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse, aleyhine hükmedilen giderler ve disiplin para cezası kaldırılır*”.

Tanığın hazır bulunma yükümlülüğünü konu edinen bu çalışmada, öncelikle bu yükümlülüğün kapsamı ele alınmıştır. Daha sonra ise, tanığın hazır bulunma yükümlülüğünün ihlâl edilmesi üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda söz konusu ihlâlin şartları ve sonuçları incelenmiştir.

I. Tanığın Hazır Bulunma Yükümlülüğünün Kapsamı

Tanığın hazır bulunma yükümlülüğü, Türk yargısına tabî olan kimseler için söz konusudur. Zira Türk yargısına tâbi olan herkes kural olarak tanıklık yapmak zorundadır¹¹. Buna karşılık, Türk yargısına tâbi olmayan kişilerin tanıklık yapma yükümlülüğü bulunmadığından¹², bu kişilerin hazır bulunma yükümlülükleri yoktur. Örneğin, diplomatik ajanlar¹³ tanıklık yapmak zorunda değildir (1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi m. 31/2)¹⁴.

Rechberger, in: Walter H. Rechberger, *ZPO Zivilprozessordnung Kommentar*, 3. Auflage, Springer Verlag, Wien, 2006, vor § 320 Rdn. 4; Ansay, s. 268; Kuru, Usul, C. III, s. 2572; İlhan E. Postacıoğlu, *Medenî Usul Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1986, İstanbul, 1975, s. 647-648; Üstündağ, s. 732; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, s. 451; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 767; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1897; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 883; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 520; karş. “[...] *Kural olarak herkes (Türk yargısına tabi olmak şartı ile) tanıklık etmek zorundadır. Bu zorunluluk tanık olarak yapılan davet üzerine mahkemeye gelmeyi tanıklık etmeyi kapsar (HUMK. md. 253 ve 271) [...]*” Yargıtay 2. HD, 12.03.2001, E. 2001/2269, K. 2001/3659 (www.lexpera.com.tr, erişim: 13.04.2020).

10 RG, 04.02.2011, S. 27836.

11 Ansay, s. 268; Kuru, Usul, C. III, s. 2572; Kuru, El Kitabı, C. I, s. 758; Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, s. 214; Üstündağ, s. 732; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, s. 451; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 768; Ertanhan, s. 71; Tanrıver, s. 882; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1898; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 518; Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 297; İlhan E. Postacıoğlu, Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 721; Fatih Karamercan, “Medenî Usûl Hukukunda Tanık ve Tanıklık”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2018/3, s. 170; Yargıtay 2. HD, 17.10.2000, E. 2000/9050, K. 2000/12427 (www.lexpera.com.tr, erişim: 13.04.2020.).

12 Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 768; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1898; Ertanhan, s. 71; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 518.

13 Sözleşmenin birinci maddesine göre, “*diplomatik ajan, misyon şefi veya misyonun diplomatik kadrosunun bir üyesidir.*” (m. 1/c).

14 Bkz. R.G., 24.12.1984, S. 18615.

Dolayısıyla söz konusu kişiler, usûle uygun davet edilmiş olsalar dahi, onların çağrıldıkları yerde hazır bulunma yükümlülüğünden bahsedilemez. Ancak söz konusu kişilerin kendi istekleriyle gelip tanıklık yapabilmeleri mümkündür¹⁵.

Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar bakımından da tanıklık yapma yükümlülüğü yoktur¹⁶. Ancak bu durum, söz konusu kimseler için her zaman hazır bulunma yükümlülüğünün olmadığı anlamına gelmez. Şöyle ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 247. maddesinin birinci fıkrasına göre, tanık olarak davet edilen kimse, Kanun'da açıkça düzenlenmiş olan hâllerde¹⁷ tanıklık yapmaktan çekinebilir. Tanıklıktan çekinen kimsenin, çekinme sebebini ve bu sebebini haklı gösterecek delilini, dinleneceği duruşmadan önce yazılı olarak veya duruşma sırasında sözlü olarak bildirmesi zorunludur (HMK m. 252/1). Çekinme sebebini ve bunun dayanaklarını önceden bildiren tanığın, hazır bulunma yükümlülüğü yoktur (HMK m. 252/2). Buna karşılık, mahkeme, çekinmenin haklı olmadığına karar verirse (HMK m. 253/3), tanık çağrıldığı yere gelmek zorundadır¹⁸. Aynı şekilde, çekinme sebebini ve bunun dayanaklarını önceden bildirmeyen tanığın da dinleneceği yerde hazır bulunması gerekir.

Son olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesine göre, mahkeme gerekli görülen hâllerde, sözlü olarak dinlenmesi yerine, tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verebilir¹⁹. Bu durumda tanık, belirlenecek süre içinde cevaplarını yazılı olarak mahkemeye bildirir. Kendisine soru kâğıdı gönderilen tanığın, hazır bulunma yükümlülüğü yoktur²⁰. Bir başka deyişle, söz konusu tanık hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesi uygulama alanı bulmaz²¹. Zira burada tanığa bir davetiye gönderilmesi söz konusu değildir. Bununla

15 Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 1355; Kuru, El Kitabı, C. I, s. 380; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, s. 312; Tanrıver, s. 883; Ertanhan, s. 71; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 518.

16 Kuru, C. III, s. 2573; Kuru, El Kitabı, C. I, s. 759; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, s. 452; “[...] Yasal olarak tanıklıktan çekinme hakkı olanlar (HMK. 247 ve devamı) ve bu haklarını kullanarak tanıklık yapmak istemeyenler dışında tanıklık yapmak zorunludur [...]” Yargıtay 2. HD, 3.2.2014, E. 2013/20217, K. 2014/1788 (www.lexpera.com.tr, erişim: 17.04.2020); aynı yönde bkz. Yargıtay 2. HD, 5.3.2013, E. 2012/3740, K. 2013/5680 (www.lexpera.com.tr, erişim: 04.05.2020).

17 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tanıklıktan çekinme hakkı; kişisel nedenlerle (m. 248), sır nedeniyle (m. 249) ve menfaat ihlâli tehlikesi nedeniyle (m. 250) olmak üzere üç ayrı kategoride düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Kanun'un 251. maddesinde de tanıklıktan çekinme hakkının istisnaları yer almaktadır.

18 Ertanhan, s. 106; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, s. 542.

19 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Mine Akkan, “Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kağıdı Gönderilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 555 vd..

20 Bruno Bergerfurth, “Das Ausbleiben des Zeugen im Zivilprozeß”, *JZ*, Nr. 3, 1971, s. 85; Blomeyer, s. 415; Johann Braun, *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, s. 797.

21 Alman hukuku açısından bkz. Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 380 Rdn. 2, 4; Ahrens, Wiczorek/Schütze ZPO, § 380 Rdn. 3, 20; Scheuch, BeckOK ZPO, § 380 Rdn. 1.

birlikte, verilen yazılı cevapların yetersiz olması nedeniyle²² hâkim, kendisine soru kağıdı gönderilen tanığı dinlemek üzere çağırabilir (HMK m. 246/ c. 3). Böyle bir durumda usûlüne uygun davet edilen tanık mahkemeye gelmek zorundadır.

II. Tanığın Hazır Bulunma Yükümlülüğünün İhlâli

A. İhlâlin Şartları

1. Usûlüne Uygun Davet

Tanığın hazır bulunma yükümlülüğünün ihlâlinden bahsedebilmek için öncelikle tanığın usûlüne uygun olarak davet edilmiş olması gerekir (HMK m. 245). Çünkü usûlüne uygun olarak davet edilmeyen kimse bakımından tanıklık yapma yükümlülüğü doğmaz²³.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 243. maddesinin birinci fıkrasına göre, tanık davetiye²⁴ ile çağrılır. Davetiye Tebligat Kanunu'nun²⁵ 9. maddesinde ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 244. maddesinde belirtilen unsurları taşımalıdır²⁶. Söz konusu davetiye, meşruhatlı davetiyedir²⁷. Gerekli unsurları içermeyen (eksik meşruhatlı) davetiye ise geçerli olmaz²⁸. Dolayısıyla çağrılan yerde hazır bulunmamanın sonuçları davetiyede belirtilmemişse, tanık hakkında Kanun'da öngörülen yaptırımlara karar verilemez²⁹.

Tanığa gönderilecek olan davetiyenin, Tebligat Kanunu hükümleri çerçevesinde tebliğ edilmesi gerekir³⁰. Duruşma sırasında hazır bulunan tanığın yeniden

22 Zira "bu şekilde işlem yapılması, tanığın vereceği cevabın hükme yeterli olup olmadığı hususunu hâkimin takdir etmesine engel olamaz." (HMK m. 246, c. 2).

23 Rosenberg, Schwab, Gottwald, § 121 Rdn. 11; Rechberger, Rechberger ZPO, § 329 Rdn. 1; Ansay, s. 268; Pekcanitez, Atalay, Özeker, s. 768; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1897; Ertanhan, s. 73.

24 Bir kişinin mahkeme tarafından çağrılmasına davet, davetin yazılı şekilde yapılmasına ise davetiye denir (Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. V, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 5570; Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1686; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, S. Hilal Üçüncü, *Tebligat Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 111; İbrahim Özbay, Taner Emre Yardımcı, *Tebligat Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 75).

25 RG, 19.02.1959, S. 10139.

26 Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in (TebK. Yön.) 14. maddesine göre, Tebligat Kanunu'nun 9. maddesinde yazılı unsurları içermek üzere düzenlenen davetiyeler, ek-1'de yer alan (1) numaralı örnekte gösterildiği şekilde hazırlanır.

27 Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1896.

28 Timuçin Muşul, *Tebligat Hukuku*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 93; Ertanhan, s. 212; ayrıca bkz. Ömer Ulukapı, *Medenî Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi*, Mimoza Yayınları, Konya, 1997, s. 44.

29 Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1896.

30 Kuru, Usul, C. III, s. 2597. Taraf, tanığın adresini tespit edemezse, tanıklara ilânen tebligat yapılabileceği yönünde bkz. Kuru, Usul, C. III, s. 2586; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 768-769; Muşul, s. 160. Böyle bir durumda, davete rağmen gelmemeye bağlanan yaptırımların uygulanmayacağı yönünde bkz. Umar, s. 769.

dinlenmesi gerekirse, mahkeme tanığa doğrudan tebliğ yapabilir³¹. Nitekim Tebligat Kanunu'nun 36. maddesine göre, duruşma esnasında veya kalemde davaya ait bir evrakın, taraflara, ilgili üçüncü kişilere, katılana veya vekillerine tutanağa geçirilmek suretiyle veya imza karşılığında tebliğ konusu belirtilerek tevdi, tebliğ hükmündedir (TebK. Yön. m. 58). Dolayısıyla yargılamada üçüncü kişi konumunda bulunan tanığa da duruşma sırasında veya kalemde tebligat yapılabilir³².

Burada, tanığa elektronik yolla tebligat yapılıp yapılamayacağı meselesi üzerinde de durulmalıdır. Tebligat Kanunu'nun 7a maddesinin birinci fıkrasında ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin³³ (ETeb. Yön.) beşinci maddesinin birinci fıkrasında, elektronik yolla tebligat yapılması zorunlu olanlar sayılmıştır. Ancak bu hükümde sayılan gerçek kişilere, kendi şahsî işleri ilgili konularda değil, sadece meslekî faaliyetleri ile ilgili konularda elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur³⁴. O hâlde, söz konusu gerçek kişilerin tanık olarak çağrılması gerektiğinde de gönderilecek olan davetiyenin elektronik yolla tebliğ edilmesi zorunlu değildir. Örneğin, avukat bir yargılamada tanık olarak dinlenecekse³⁵, tebligatın avukata elektronik yolla yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Tebligat Kanunu'nun 7a maddesinin birinci fıkrasında ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin beşinci maddesinin birinci fıkrasında sayılanların dışında kalan gerçek ve tüzel kişilere talep etmeleri üzerine elektronik tebligat adresi verilmişse, bu kişilere de tebligatın elektronik yolla yapılması zorunludur (TebK m. 7a/2; ETeB. Yön. m. 5/2). Böyle bir durumda, tebligat çıkarmaya yetkili bütün mercilerin³⁶ söz konusu kişilere

31 Karş. Ertanhan, s. 211.

32 Karş. İbrahim Çatalkaya, *Tebligat Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 43.

33 RG, 06.12.2018, S. 30617.

34 Mine Akkan, "Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat", *Medenî Usûl ve İcra ve İflâs Hukuku Dergisi*, S. 39, 2018, s. 69-70; Mine Akkan, "7101 sayılı Kanunla Elektronik Tebligat Konusunda Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Değerlendirilmesi", *7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, (Ed. Muhammet Özkes), On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 163, (7101 sayılı Kanun); Taner Emre Yardımcı, "Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat", *Ankara Barosu Dergisi*, 2019/3, s. 9-10; Levent Börü, "Elektronik Tebligat", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2020, s. 201. Elektronik tebligat adresi almak zorunda olan gerçek kişilere meslekî faaliyetleri dışında kalan konularda da elektronik yolla tebligat yapılmasının zorunlu olması gerektiği yönünde bkz. Hakan Albayrak, "Mukayeseli Hukuk Ve Yargı Kararları Işığında Elektronik Tebligatın Yapılmış Sayıldığı Tarih", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2418 dn. 6.

35 Avukatın tanık olarak dinlenebilmesi mümkündür. Bununla birlikte, avukat görevi gereği öğrendiği sırları açıklayamaz (AvK m. 36/1). Söz konusu hususlar hakkında avukatın tanıklık edebilmesi için iş sahibinin izin vermiş olması gerekir. Ancak bu durumda dahi avukatın tanıklıktan çekinebilmesi mümkündür (AvK m. 36/2).

36 Bu merciler hakkında geniş bilgi için bkz. Fatih Tahiroğlu, "Tebligat Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Tebligat Çıkarmaya Yetkili Merciler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, S. 1, 2016, s. 389 vd..

elektronik yolla tebligat yapması gerekir³⁷. Öyleyse talep üzerine kendisine elektronik tebligat adresi verilen bir gerçek kişi tanık olarak davet edilecekse, kendisine elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur.

Bu bağlamda, tanığın, gerektiğinde telefon, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle davet edilebilmesi de mümkündür (HMK m. 243/1, c. 1). Ancak böyle bir durumda, davete rağmen gelmemeye bağlanan sonuçların uygulanması söz konusu olmaz (HMK m. 243/1, c. 2). Bir başka deyişle, telefon, faks, elektronik posta gibi araçlardan biriyle davet edilen tanığın hazır bulunma yükümlülüğü doğmaz.

Davetiye, tanığın dinleneceği günden en az bir hafta önce tebliğ edilmiş olmalıdır (HMK m. 243/2, c. 1). Bu düzenleme ile amaçlanan, tanığa, çağrıldığı yerde zamanında hazır bulunabilmesini sağlayacak kadar bir süre vermektir³⁸. Yine söz konusu süre içinde, tanık, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olup olmadığını inceleyebilme imkânına da sahip olur³⁹.

Son olarak, tanık olarak dinlenecek kişinin çocuk olması hâlinde, tebligatın çocuğun kanunî temsilcisine, yani velisine yapılması gerekir⁴⁰. Şöyle ki, tebligatın muhataba yapılabilmesi için muhatabın fiil ehliyetinin bulunması gerekir⁴¹. Bir başka deyişle, fiil ehliyeti olmayan kişilere tebligat yapılamaz⁴². Böyle bir durumda, tebligat muhatap adına kanunî temsilcisine yapılır. Nitekim Tebligat Kanunu'nun 11. maddesinin son fıkrasında, kanunî temsilcisi bulunanlara veya bulunması gerekenlere⁴³ yapılacak tebligatın, kanunlara göre bizzat kendilerine yapılması gerekmedikçe⁴⁴, kanunî temsilciye yapılacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, söz konusu hükmün uygulama alanı sadece davanın tarafları ile sınırlı değildir. Madde metninde de yalnızca kanunî temsilcisi bulunanlar

37 Akkan, 7101 sayılı Kanun, s. 159; Yardımcı, s. 10; Börü, s. 202.

38 Ertanhan, s. 214.

39 Karş. Ansay, s. 273; Ertanhan, s. 214.

40 Ertanhan, s. 213.

41 Muşul, s. 169; Recep Akcan, Hakan Albayrak, *Tebliğat Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2016, s. 109; Atalı, Ermenek, Üçüncü, s. 146 ve 153; Hakan Albayrak, *Tebliğat Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2021, s. 90, (Tebliğat); Güray Erdönmez, *Pekantez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 503; Özbay, Yardımcı, s. 53; Yargıtay 9. HD, 5.10.2020, E. 2017/16674, K. 2020/10403 (www.lexpera.com.tr, erişim: 24.09.2021).

42 Muşul, s. 169; Akcan, Albayrak, s. 109; Atalı, Ermenek, Üçüncü, s. 153; Albayrak, Tebligat, s. 90; Özbay, Yardımcı, s. 53.

43 Söz konusu kişilere henüz kanunî temsilci atanmamışsa öncelikle usûlüne uygun olarak kanunî temsilci atanması sağlanır (TebK. Yön. m. 19/3).

44 Örneğin, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasına ile ilgili davalarında tebligatın küçüğün ya da kısıtlının kendisine yapılması gerekir (Bu konu hakkında bkz. Atalı, Ermenek, Üçüncü, s. 155; Özbay, Yardımcı, s. 53; Albayrak, Tebligat, s. 90).

ya da bulunması gerekenlerden bahsedilmiştir. O hâlde, çocuğun tanık olarak davet edilmesi gerektiğinde de, tanığın fiil ehliyeti bulunmadığından, tebligat tanığın kanunî temsilcisine yapılmalıdır. Ayrıca tanıklığın çocuk tarafından bizzat icra edilecek olması da bu durumu değiştirmez. Çünkü çocuğun bizzat tanık olabilmesi, çocuğun tanıklık ehliyetine sahip olduğunu gösterir, yoksa fiil ehliyetine sahip olduğunu göstermez.

2. Hazır Bulunmama

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesine göre, usûlüne uygun olarak çağrıldığı hâlde gelmeyen tanık hakkında yaptırım kararı verilir. O hâlde, tanığın hazır bulunma yükümlülüğünün ihlâlinden bahsedebilmek için gerçekleşmesi gereken bir diğer şart, tanığın davet edildiği gün ve saatte, dinleneceği yerde hazır bulunmamasıdır (HMK m. 245).

Tanığın hazır bulunması gereken yer esasen davaya bakan mahkemedir. Zira tanık, davaya bakan mahkeme tarafından dinlenir (HMK m. 259/1). Ancak bazen tanığın davaya bakan mahkeme dışında bir yerde dinlenmesine karar verilebilir. Böyle bir durumda tanığın söz konusu yerde hazır bulunması gerekir. Örneğin, tanığın keşif sırasında dinlenilmesine karar verilmişse (HMK m. 290/2), tanık keşif yerinde hazır bulunmalıdır⁴⁵.

Bu bağlamda, tanık olarak dinlenecek kişinin çocuk olması hâlinde, mahkeme, gerekli görürse, tanığın duruşma salonu dışında dinlenmesine karar verebilmelidir. Şöyle ki, çocuğun duruşma salonunda dinlenmesi bazen çocuğun (heyecan, korku gibi nedenlerle) vakıaları mahkemeye doğru bir şekilde aktarabilmesini engelleyebilir⁴⁶. Bir başka deyişle, çocuğun duruşma salonu dışında dinlenmesi bazen daha güvenilir tanık beyanı elde edilmesini sağlayabilir⁴⁷. Çocukların tanık olarak dinlenmesi konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda mağdur çocukların dinlenmesi ile ilgili bazı özel düzenlemeler mevcuttur. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 236. maddesinin dördüncü fıkrası-

45 “[...] Mahkemeye yapılması gereken iş; yukarıda yapılan açıklamalar gözönünde bulundularak, dava konusu taşınmaz başında yeniden keşif yapılarak taraf tanıklarının HMK'nun 259 ve 290/2. maddeleri gereğince keşif yerinde dinlenmelerinin sağlanması, davaya konu muhdesatların kim tarafından ve ne zaman meydana getirildiğinin duraksamaya yer vermeyecek şekilde tespiti ile davacının muhdesatı meydana getirenlerin bayii konumunda olup olmadığının tanıklardan sorulmak suretiyle açıklığa kavuşturulması, beyanlar arasında çelişki bulunduğu takdirde HMK'nın 261. maddesi gereğince aykırılığın giderilmesi, oluşacak sonuca, toplanmış ve toplanacak delillere göre hüküm tesisi gerekirken, eksik inceleme ve araştırmayla ve yanlış gerekçelerle karar verilmesi doğru görülmemiştir [...]” Yargıtay 8. HD, 18.04.2017 E. 2014/25243, K. 2017/5713 (www.lexpera.com.tr, erişim: 26.06.2021).

46 Bu konuda bkz. Ertanhan, s. 246-247.

47 Bu konuda bkz. Ertanhan, s. 246-247.

na göre, “cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından ifade ve beyanının özel ortamda alınması gerektiği ya da şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen çocuk veya mağdurların ifade ve beyanları özel ortamda⁴⁸ uzmanlar aracılığıyla alınır”. Kanaatimizce söz konusu hüküm kıyasen hukuk yargılamasında da uygulanabilir⁴⁹. Örneğin, tanık olduğu olayın etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan çocuğun ifadesi özel ortamda uzmanlar aracılığıyla alınabilir.

Tanık, davet edildiği yerde vaktinde hazır bulunmalıdır⁵⁰. Bununla birlikte, tanık geç kalmış olmasına rağmen, henüz duruşma sona ermemiş ve tanığın dinlenebilmesi mümkünse, tanık hakkında yaptırım kararı verilmez⁵¹. Buna karşılık, tanık, vaktinde gelmiş olsa dahi, davet edildiği yeri dinlenmeden terk ederse, hazır bulunmamış kabul edilir⁵². Keza tanık, duruşma düzenini bozduğu için duruşma salonundan çıkarılmışsa (HMK m. 151), hazır bulunmamış sayılır⁵³. Bu bağlamda, çağrıldığı yere vaktinde gelen tanığın dinlenmek için ne kadar süre beklemesi gerektiği sorusu akla gelebilir. Türk hukukunda doktrinde bir görüşe göre, davetiyede tanığın dinleneceği saatin gösterilmiş olması, tanığın söz konusu saatte dinlenmesini gerektirir⁵⁴. Bu bakımdan tanık, daha fazla beklemek zorunda değildir ve beklememesi sebebiyle tanığa yaptırım uygulanamaz⁵⁵. Doktrinde bir diğer görüş, öğleden sonra dinlenecek bir tanığın, sabah saatlerinde dinlenecekmiş gibi davet edilmesi hâlinde, tanığın beklemek zorunda olmadığını ifade etmektedir⁵⁶. Alman hukukunda ise, bu konuda doktrinde, “kırk beş dakika”⁵⁷, “bir saat”⁵⁸, “bir buçuk saat”⁵⁹ gibi farklı sürelerin savunulduğu görülmektedir⁶⁰.

48 Maddede bahsedilen özel ortam ile kastedilenin adli görüşme odaları olduğu belirtilmektedir (Fahri Gökçen Taner, “Kırılğan Mağdurun Beyanının CMK'nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması Ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021 (153), s. 21).

49 Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan çocuk tanıkların dinlenmesine ilişkin hükümlerin hukuk yargılamasında da uygulanabileceği yönünde bkz. Ertanhan, s. 249-250.

50 Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 380 Rdn. 2; Huber, Musielak/Voit ZPO, § 380 Rdn. 2.

51 Ahrens, Wiczorek/Schütze ZPO, § 380 Rdn. 23; Scheuch, BeckOK ZPO, § 380 Rdn. 4.

52 Ahrens, Wiczorek/Schütze ZPO, § 380 Rdn. 24; Berger, Stein/Jonas ZPO, § 380 Rdn. 3; Scheuch, BeckOK ZPO, § 380 Rdn. 4.

53 Greger, Zöllner ZPO, § 380 Rdn. 2; Siebert, Hk-ZPO, § 380 Rdn. 2; Bergerfurth, s. 85; Berger, Stein/Jonas ZPO, § 380 Rdn. 3.

54 Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler*, C. 3, İsbat Teorisi, 3. Bası, Şaka Matbaası, İstanbul, 1950, s. 106, (İsbat Teorisi).

55 Belgesay, İsbat Teorisi, s. 106.

56 Ertanhan, s. 211 dn. 241.

57 Damrau, MüKoZPO, § 380 Rdn. 2.

58 Egon Schneider, “Wartepflichten bei der Zeugenvernehmung”, *MDR*, 1998, s. 1207.

59 OLG Köln, *JR*, 1969, s. 264.

60 Tamamı için bkz. Siebert, Hk-ZPO, § 380 Rdn. 2.

Son olarak, tanığın hazır bulunma yükümlülüğü, tanığın ifade verebilecek bir hâlde olmasını da gerektirir. Bir başka deyişle, tanık çağrıldığı yere tam zamanında gelse bile, dinlenebilecek bir durumda değilse, tanığın hazır bulunduğu söylenemez⁶¹. Örneğin, davet edildiği yere sarhoş bir şekilde gelen tanık bakımından böyle bir durum söz konusudur⁶².

3. Mazeretin Bulunmaması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesine göre, mazeret bildirmesizin gelmeyen tanık hakkında yaptırım kararı verilir. Tanığın mazeret bildirmesi durumunda ise, bildirilen mazeretin geçerli bir mazeret olması gerekir⁶³. Nitekim bu husus 245. maddenin son cümlesinde de açıkça vurgulanmıştır. Söz konusu hükümde, zorla getirilen tanığın, evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirmesi hâlinde, aleyhine hükmedilen giderler ile disiplin para cezasının kaldırılacağı belirtilmiştir. O hâlde, tanığın hazır bulunma yükümlülüğünün ihlâlinden bahsedebilmek için gerçekleşmesi gereken bir diğer şart da tanığın geçerli bir mazeretinin bulunmamasıdır. Burada öncelikle, hangi hâllerin geçerli mazeret sayılabileceği incelenmelidir.

Hastalık⁶⁴, kaza⁶⁵, yakın akrabalarından birinin ölmesi⁶⁶, dini bayram günleri⁶⁷, trafikte yaşanan öngörülemeyen problemler⁶⁸, doğal afetler⁶⁹ gibi sebepler geçerli mazeret olarak sayılabilir. Buna karşılık, tanığın seyahat etmesini

-
- 61 Bergerfurth, s. 85; Berger, Stein/Jonas ZPO, § 380 Rdn. 3; Huber, Musielak/Voit ZPO, § 380 Rdn. 2; Ahrens, Wiczorek/Schütze ZPO, § 380 Rdn. 25; Thomas Trautwein, in: Hanns Prütting, Markus Gehrlein, *Zivilprozessordnung Kommentar*, 8. Auflage, Luchterhand Verlag, 2016, § 380 Rdn. 5; Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 380 Rdn. 2; Scheuch, BeckOK ZPO, § 380 Rdn. 4.
- 62 Berger, Stein/Jonas ZPO, § 380 Rdn. 3; Ahrens, Wiczorek/Schütze ZPO, § 380 Rdn. 25; Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 380 Rdn. 2; Huber, Musielak/Voit ZPO, § 380 Rdn. 2; Greger, Zöllner ZPO, § 380 Rdn. 2; Scheuch, BeckOK ZPO, § 380 Rdn. 4.
- 63 Alman hukuku açısından bkz. Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 380 Rdn. 4; Huber, Musielak/Voit ZPO, § 380 Rdn. 2; Scheuch, BeckOK ZPO, § 380 Rdn. 6.
- 64 Rosenberg, Schwab, Gottwald, § 121 Rdn. 15; Berger, Stein/Jonas ZPO, § 381 Rdn. 8; Huber, Musielak/Voit ZPO, § 381 Rdn. 6; Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 381 Rdn. 5; Scheuch, BeckOK ZPO, § 381 Rdn. 1.2; Siebert, Hk-ZPO, § 381 Rdn. 4; Schellhammer, Rdn. 605; Christian Balzer, *Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess*, 3. Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2011, Rdn. 114.
- 65 Berger, Stein/Jonas ZPO, § 381 Rdn. 8; Huber, Musielak/Voit ZPO, § 381 Rdn. 6; Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 381 Rdn. 5; Scheuch, BeckOK ZPO, § 381 Rdn. 1.5; Ertanhan, s. 103.
- 66 Huber, Musielak/Voit ZPO, § 381 Rdn. 6; Siebert, Hk-ZPO, § 381 Rdn. 4; Scheuch, BeckOK ZPO, § 381 Rdn. 1.4; Greger, Zöllner ZPO, § 381 Rdn. 3; Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers, Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen*, 74. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2016, § 381 Rdn. 8; OLG München, Beschluß vom 12. 11. 1956 - 1 W 1548/56 (NJW-RR, Heft 8, 1957, s. 306); Ertanhan, s. 103.
- 67 Berger, Stein/Jonas ZPO, § 381 Rdn. 8; Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 381 Rdn. 4; Scheuch, BeckOK ZPO, § 381 Rdn. 1.6
- 68 Scheuch, BeckOK ZPO, § 381 Rdn. 1.5; Ahrens, Wiczorek/Schütze ZPO, § 381 Rdn. 23; Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann, § 381 Rdn. 8.
- 69 Ertanhan, s. 104.

ve/veya duruşmada dinlenmesini engelleyecek nitelikte olmayan hastalık⁷⁰ ya da iş göremezlik⁷¹ mazeret teşkil etmez. Keza duruşmanın unutulması⁷² veya duruşma gününün karıştırılması⁷³ da esasen geçerli bir mazeret olarak kabul edilemez. Ancak bu durumlara önemli bir olay (örneğin, yakın bir akrabanın ölümü) sebep olmuşsa, söz konusu durumlarda da geçerli bir mazeretin varlığından bahsedilebilir⁷⁴.

Mazeret, tanığın kendisi tarafından bildirilebileceği gibi, üçüncü bir kişi tarafından da bildirilebilir⁷⁵. Bir başka deyişle, mahkeme sadece tanığın değil, üçüncü bir kişinin bildirdiği mazereti de dikkate almalıdır⁷⁶. Bu bağlamda, çocuğun tanık olarak davet edildiği hâllerde de mazereti çocuğun kendisi veya kanunî temsilcisi bildirebilir.

Mazeretin ne zamana kadar mahkemeye bildirilebileceği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinde açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Kanun'da, mahkemenin, mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık hakkında yaptırımlara karar vereceği belirtilmiştir (HMK m. 245, c. 2). Bu hükümden hareketle, mazeretin esasen tanığın dinleneceği duruşmadan önce veya duruşma esnasında mahkemeye bildirilmiş olması gerektiği sonucuna varılabilir⁷⁷. Bununla birlikte, mazeretin duruşmadan sonra bildirilmesine de bir engel yoktur⁷⁸. Zira zorla getirilen tanık dahi mazeretini bildirerek aleyhine hükmedilen giderleri ve disiplin para cezasını kaldırtabildiğinden (HMK m. 245, c. 3), zorla getirilmeden

70 Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 381 Rdn. 6; Ahrens, Wieczorek/Schütze ZPO, § 381 Rdn. 24.

71 Huber, Musielak/Voit ZPO, § 381 Rdn. 6; Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 381 Rdn. 6; Berger, Stein/Jonas ZPO, § 381 Rdn. 9; Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann, § 381 Rdn. 6.

72 Ahrens, Wieczorek/Schütze ZPO, § 381 Rdn. 27; Ahrens, Beweis, Kap. 31 Rz. 31; Huber, Musielak/Voit ZPO, § 381 Rdn. 6; Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 381 Rdn. 6; Berger, Stein/Jonas ZPO, § 381 Rdn. 9; Trautwein, Prütting/Gehrlein ZPO, § 381 Rdn. 8; Greger, Zöllner ZPO, § 381 Rdn. 3; Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann, § 381 Rdn. 8; OLG München, Beschluß vom 12. 11. 1956 - 1 W 1548/56 (NJW-RR, 1957, Heft 8, s. 306-307).

73 Ahrens, Wieczorek/Schütze ZPO, § 381 Rdn. 27; Ahrens, Beweis, Kap. 31 Rz. 31; Berger, Stein/Jonas ZPO, § 381 Rdn. 9; Huber, Musielak/Voit ZPO, § 381 Rdn. 6; Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 381 Rdn. 6; Siebert, Hk-ZPO, § 381 Rdn. 4; Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann, § 381 Rdn. 6; OLG München, Beschluß vom 12. 11. 1956 - 1 W 1548/56 (NJW-RR, 1957, Heft 8, s. 306-307).

74 OLG München, Beschluß vom 12. 11. 1956 - 1 W 1548/56 (NJW-RR, 1957, s. 306-307).

75 Markus Bader, in: Rolf Hannich, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: mit GVG, EGGVG, EMRK*, 8. Auflage, C. H. Beck, München, 2019, StPO § 51 Rdn. 15; Marcus Percic, in: Hans Kudlich, *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Band 1 §§ 1-150 StPO, 1. Auflage, C. H. Beck, München, 2014, StPO § 51 Rdn. 12; Tahir Muratoğlu, "Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları Ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 30-31, 2014, s. 95-96.

76 Berger, Stein/Jonas ZPO, § 381 Rdn. 9.

77 Aynı yönde bkz. Umar, s. 771.

78 Umar, s. 771.

kendisi mahkemeye başvuran tanık da şüphesiz mazeretini bildirebilir⁷⁹.

Bu başlık altında son olarak, mazeretin ne şekilde bildirileceğine değinmek gerekir. Bu konuda da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman hukukunda mazeret, yazılı olarak veya kalemde tutulacak tutanakla veyahut da dinlenmek üzere belirlenen yeni günde sözlü olarak bildirilebilir (ZPO § 381/2). Türk hukukunda ise, doktrin- de, mazeretin dilekçeyle veya kaleme telefon edilerek ya da başka bir yoldan bildirilebileceği ifade edilmiştir⁸⁰. Kanaatimizce burada, tanıklıktan çekin- me sebeplerinin ne şekilde bildirileceğini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 252. maddesinin birinci fıkrası kıyasen uygulanabilir. Söz konusu hükme göre, tanıklıktan çekinme sebebi yazılı veya duruşmada sözlü olarak bildirilmelidir. Öyleyse usûlüne uygun davet edilen tanığın hazır bulunama- masına ilişkin mazeret de yazılı olarak veya duruşmada sözlü olarak bildirile- bilir. Bununla birlikte, telefon, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanı- larak davet edilen tanık (HMK m. 243/3), mazeretini bu araçlardan biriyle bildirebilir. Nitekim bu tanığın hiçbir mazeret bildirmemesinin dahi bir yaptırımı olmayacağından, bu şekilde mazeretini bildirmesine de bir engel yok- tur. Örneğin, telefonla davet edilen bir tanık, bu telefon görüşmesi sırasında, çağrıldığı günde gelemeceğini ve bunun mazeretini pekâlâ bildirebilir.

B. İhlâlin Sonuçları

1. Genel Olarak

Tanığın hazır bulunma yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle yaptırım kararı verecek olan mahkeme esasen yargılamaya bakan, yani tanığı dinleyecek olan mahkemedir. Bununla birlikte, tanık istinabe suretiyle ya da naip hâkim ta- rafından dinlenecekse, tanık hakkında yaptırım kararını da istinabe olunan mahkeme ya da naip hâkim verecektir⁸¹. Çünkü istinabe ve naip tayini⁸², doğal olarak ilgili işlemin gerçekleştirilebilmesini sağlayacak olan yaptırımların uy- gulanmasına ilişkin yetkiyi de bünyesinde barındırır.

Tanığın hazır bulunma yükümlülüğünün ihlâl edilmesinin sonuçları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinde belirtilmiştir. Bunlar; zorla getirtil- me, disiplin para cezası ve gelmemenin sebep olduğu giderlere karar verilmesidir.

79 Umar, s. 771

80 Umar, s. 771.

81 Nitekim Alman Hukukunda, tanığın, hazır bulunma yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde, is- tinabe olunan veya naip hâkimin ilgili yaptırımlara karar verebileceği açıkça hüküm altına alınmıştır (ZPO § 400).

82 İstinabe ve naip tayini hakkında geniş bilgi için bkz. Recep Akcan, "Hukuk Mahkemelerinde Hukuki Yardım (İstinabe) ve Naip Tayini (Atanması)", *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan*, Al- kım, İstanbul, 2003, s. 77.

2. Zorla Getirtilme

Tarafların, tanıkları çağrıldıkları yerde bizzat hazır bulundurma gibi bir yükümlülükleri yoktur⁸³. Mahkeme, usûlüne uygun çağrıldığı hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanığın zorla getirtilmesine karar verir (HMK m. 245).

Ancak hazır bulunma yükümlülüğünü ihlâl eden tanığın dinlenilmesine artık gerek kalmamışsa, tanığın zorla getirtilmesine karar verilmez. Örneğin, tanık gösteren taraf, söz konusu tanığın dinlenilmesinden vazgeçer ve karşı taraf da izin verirse (HMK m. 196)⁸⁴, hâkim tanığın zorla getirtilmesine karar veremez⁸⁵. Yine tanık deliliyle ispatlanmak istenen vakianın tanığın mazeretsiz olarak hazır bulunmadığı duruşmada ikrar edilmesi hâlinde de tanığın zorla getirtilmesine karar verilmez. Keza yemin teklif edilen taraf yemini eda ederse, yemin konusu vakianın doğru olmadığı ispat edilmiş olur⁸⁶. Bundan sonra söz

83 Necmeddin M. Berkin, *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, 1981, s. 833; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 766 dn. 45; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1896; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 520.

84 Tanık delilinden vazgeçme hakkında geniş bilgi için bkz. Anıl Köroğlu, Fatih Tahiroğlu, "Medenî Usûl Hukukunda Tanık Delilinden Vazgeçme", *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, Haziran 2020, s. 221 vd..

85 Ertanhan, s. 219; "[...] Hâl böyle olunca; mahkemece tanıkların dinlenilmesinden açıkça vazgeçmediği gözetilerek yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler çerçevesinde hareket edilmesi, tebligat yapılmasına rağmen gelmeyen tanıkların zorla getirtilmesi, tebligat yapılmayan tanıklara da usulince tebligat yapılması, toplanan ve toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek varılacak sonuç çerçevesinde bir hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile yetinilerek yazılı olduğu şekilde karar verilmiş olması doğru değildir [...]" Yarg. 1. HD, 5.12.2018, E. 2016/1013, K. 2018/15250, (www.lexpera.com.tr, erişim: 24.06.2020); "[...] Tanık olarak bildirilen ... ise davetiye tebliğine rağmen duruşmaya katılmamış, 19.07.2012 tarihli oturumda zorla getirtilmesine karar verilmiş ancak davalı tanıklarının dinlenildiği 08.11.2012 tarihli oturumda adresinde bulunamaması sebebiyle duruşmaya getirilmemesi üzerine, aynı oturumda davacı vekili tanığın dinlenilmesinden vazgeçtiklerini, davalı vekili ise tanıkların aleyhe olan beyanlarını kabul etmediklerini beyan etmiştir. Açıklanan bu maddi ve hukuki olgulara göre, mahkemece dinlenen tanık beyanları davacının iş yerinde uyuşturucu madde kullandığını kanıtlar nitelikte değildir. Bununla birlikte davalı işveren tarafından alınan yazılı ifadesinde davacının iş yerinde uyuşturucu madde kullandığını belirten ... mahkemece dinlenilmemiştir. Yargılama sırasında davacı vekili, anılan tanığın dinlenilmesinden vazgeçtiğini beyan ettiğinden, mahkemece davalı tarafa 6100 sayılı HMK'nın 196'ncı maddesi uyarınca tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmesine açıkça izin verip vermediği sorulmalı, vazgeçmeyi kabul etmediği takdirde 6100 sayılı HMK'nın 243 ve devamı maddeleri uyarınca anılan tanık dinlendikten sonra tüm dosya içeriği birlikte değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmeli, vazgeçmeyi kabul etmesi hâlinde ise mevcut delil durumuna göre sonuca gidilmelidir [...]" Yargıtay HGK, 17.9.2019, E. 2016/325, K. 2019/883, (www.lexpera.com.tr, erişim: 24.06.2020); "[...] Mahkemece ara kararıyla davacı tanık K16'nın davetiye çıkarılmasına rağmen gelmemesi nedeniyle dinlenilmesinden vazgeçilmesine karar verilmiş ise de, davacının dinlenilmesinden açıkça vazgeçmediği, usulüne uygun olarak çağrıldığı halde duruşmaya gelmeyen tanığın zorla getirtilmesine (HMK.m.253; HMK.m.245) karar verilmesi ve dinlenmesi gereklidir [...]" Yargıtay 8. HD, 18.04.2017, E. 2014/25243, K. 2017/5713 (www.lexpera.com.tr, erişim: 26.06.2021).

86 Ejder Yılmaz, *(Medenî Yargılamaya Hukukunda) Yemin*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 215; Kuru, El Kitabı, C. I, s. 745; Bilge/Önen, s. 597; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s.

konusu vakıya ilişkin karşı tarafın yeni delil getirebilmesi veya hâkimin başka bir araştırma yapabilmesi mümkün değildir⁸⁷. O hâlde, tanığın mazeretsiz olarak hazır bulunmadığı duruşmada tanıkla ispat edilmek istenen vakıa hakkında yemin eda edilirse, tanığın zorla getirilmesine karar verilmemelidir⁸⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 241. maddesine göre, "*Mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir*"⁸⁹. Öyleyse birden fazla tanığın davet edildiği duruşmaya tanıkların bir kısmı gelmemiş olsa da, mahkeme, duruşmaya gelen diğer tanıkların tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeterli derecede bilgi edinmiş olabilir. Böyle bir durumda, duruşmaya gelmeyen tanık veya tanıkların da dinlenilmemesine karar verilebilir. Bu hâlde ise, söz konusu tanıkların zorla getirilmesine karar verilmez.

Tanığa soru kâğıdı gönderilmesi hâlinde, tanığın hazır bulunma yükümlülüğünün olmadığı yukarıda ifade edilmişti. Bu nedenle kendisine gönderilen soru kâğıdına yazılı olarak cevap vermeyen tanığın zorla getirilmesine karar verilemez. Ancak verilen yazılı cevapların yetersiz olması hâlinde, hâkim, tanığı dinlemek üzere davet edebilir (HMK m. 246). Böyle bir durumda, usûlüne uygun davet edilen tanık mazeret bildirmeksizin gelmezse, tanığın zorla getirilmesine karar verilir.

1884; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 512; Nur Bolayır, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması ve Hâkimin Rolü*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 389, Tahiroğlu, Re'sen Araştırma, s. 129.

87 Yılmaz, Yemin, s. 215; Bolayır, s. 390; Tahiroğlu, Re'sen Araştırma, s. 130.

88 Karş. "[...] *Davalı vekilinin temyizine gelince; Davalı, taşınmazı davacıya haricen satmadığına dair davacının teklif ettiği yemini eda etmiştir. 6100 Sayılı HMK'nun 200. maddesi gereğince, alacak miktarı nazara alındığında davacının sözlü satış ilişkisini tanıkla kanıtlanma olanağı bulunmamaktadır. Mahkemece, satış bedeli olarak kabul edilen 10.000 TL'nin davacı tarafından davalıya verildiği de yazılı delil veya delil başlangıcı ile kanıtlanmadığı gibi, 6100 Sayılı HMK'nun 227/2 maddesi uyarınca teklif edilen yemin eda edildikten sonra tanık dinlenmesi ve tanık beyanlarının hükme esas alınması mümkün değildir. Bu sebeplerle yanülgü değerlendirilmeyle satış bedelinin tahsiline karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulmasına karar vermek gerektirir [...]*" Yargıtay 14. HD, 4.10.2016, E. 2016/1968, K. 2016/7819 (www.kazanci.com.tr , erişim: 16.09.2021)

89 "[...] *Tanıklar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 241. maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşmiş olması durumu hariç olmak üzere açıkça vazgeçme ve karşı tarafın açık izni olmadıkça dinlenmek zorundadır. Başka bir anlatımla, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edinildiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verilebilir. Buna göre, adı geçen tanıkların dinlenilmemeleri için, dinlenen tanıklarla ispat edilmek istenen hususun yeter derecede aydınlanmış olması gerekir. Böyle değilse bu hükme dayanılarak mahkeme tanığı dinlemekten kaçınmaz. Davalı kadın tanıklarının dinlenilmesinden vazgeçmediği gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 241. maddesi koşulları da oluşmamıştır. Davalı kadının diğer tanıkları dinlenilmeden hüküm kurulmuş olması hukuki dinlenilme hakkına aykırı olup, önemli bir usul hatasıdır. Açıklanan sebeple davalı tanıklarının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 243. vd maddeleri uyarınca usûlüne uygun şekilde dinlenip, tüm deliller birlikte değerlendirilerek, gerçekleştirilecek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, davalı kadının tanıkları ve dinlenilmeden, eksik incelemeyle karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir [...]*" Yargıtay 2. HD, 19.12.2018, E. 2018/2203, K. 2018/14836 (www.lexpera.com.tr, erişim: 26.06.2021).

Usûlüne uygun davet edildiği hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanığın çocuk olması hâlinde de, zorla getirtilme kararı verilebilir⁹⁰. Çünkü burada söz konusu olan, tanığın cezalandırılması değil⁹¹, tanığın çağrıldığı yerde hazır bulunmasının sağlanmasıdır⁹².

Son olarak belirtmek gerekir ki, mahkemenin, zorla getirtilmesi gereken tanık hakkında zorla getirtilme kararı vermeyip, gösterilen tanığı dinlemeden hüküm kurması hukukî dinlenme hakkının ihlâl edilmesine neden olur⁹³. Nitekim gösterilen deliller incelenmeden karar verilmesi hukukî dinlenme hakkını ihlâl eder⁹⁴. Hukukî dinlenme hakkının ihlâl edilmesi ise istinaf kanun yolu açısından mutlak istinaf sebebi⁹⁵, temyiz kanun yolu açısından mutlak temyiz

90 Ahrens, Wiczorek/Schütze ZPO, § 380 Rdn. 16; Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 380 Rdn. 16; Scheuch, BeckOK ZPO, § 380 Rdn. 7; OLG Düsseldorf (*FamRZ* 1973, 547); Alexander Ignor, Camilla Bertheau, in: Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Band 2 §§ 48-93, 27. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2017, § 51 Rdn. 16; Bader, KK-StPO, StPO § 51 Rdn. 22; Percic, MüKoStPO, § 51 Rdn. 33.

91 Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 380 Rdn. 16.

92 Ignor, Bertheau, Löwe/Rosenberg StPO, § 51 Rdn. 16; Percic, MüKoStPO, § 51 Rdn. 33.

93 Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 876; “[...] Davalının bildirdiği tanıklardan E.U.’a çıkarılan davetiye adres yetersizliğinden iade edilmiş, davalı vekiline yeni adres bildirmesi için süre verilmesine rağmen, bildirilmediğinden; bu tanığın dinlenmesinin gerekmez ise de; davalının diğer tanığı Y.A.un dinlenmesi için çıkarılan ihzar müzakeresinin sonucu beklenmeden davaya ilişkin nihai karar verilmiştir. Davalı; tanığı Y.A.’un dinlenmesinden açıkça vazgeçilmiş değildir. Bu durumda; mahkemece davalı tanığı Y. A.’un Hukuk Muhakemeleri Kanununun 240. ve devamı maddeleri uyarınca dinlenmesine ilişkin işlemler tamamlanmadan karara bağlanması eksik inceleme sonucunu doğurmuş olup, bu durum davalının hukuki dinlenme haklarına (HMK m. 27) aykırı olduğundan bozmayı gerektirmiştir [...]” Yargıtay 2. HD, 10.7.2012, E. 2012/592, K. 2012/19400, (www.kazanci.com.tr, erişim: 16.09.2021); benzer kararlar için bkz. Yargıtay 2. HD, 4.10.2018, E. 2016/23713, K. 2018/10648, (www.lexpera.com.tr, erişim: 24.09.2021); Yargıtay 2. HD, 3.7.2018, E. 2016/17581, K. 2018/8148, (www.lexpera.com.tr, erişim: 24.09.2021); Yargıtay 2. HD, 14.9.2017, E. 2016/3632, K. 2017/9507, (www.lexpera.com.tr, erişim: 24.09.2021); İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 26. HD, 7.2.2020, E. 2019/2330, K. 2020/238, (www.lexpera.com.tr, erişim: 14.09.2021).

94 Hakan Pekcanitez, “Hukuki Dinlenme Hakkı”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, İzmir, 2000, s. 777-778; Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 126, (Hukuki Dinlenme).

95 Tolga Akkaya, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 201. Böyle bir durumda, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırır ve yeniden yargılama yaparsa, söz konusu yargılamada, daha önce dinlenmeyen tanığı dinler (Melis Taşpolat Tuğsavul, “İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018 (134), s. 338 dn. 68). Ancak istinaf mahkemesi, ilgili tanığın zorla getirtilerek dinlenmemesini uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli bir delilin toplanmaması olarak değerlendirirse, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırır ve dosyayı ilk derece mahkemesine gönderir (HMK m. 353/1-a-6). Bu yönde bkz. “[...] Davacı karşı davalı erkek, yargılama sırasında dinlenmeyen tanığı K4’in dinlenmesinden vazgeçmemiştir. Yasal sebep bulunmadıkça gösterilen tanığın dinlenmemiş olması savunma hakkını kısıtlayan önemli bir usul hatasıdır. Mahkemece, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edinildiği takdirde, geri kalanların dinlenilmesine karar verilebilir (HMK m. 241). Davacı-karşı davalı erkeğin , ilk derece mahkemesince ağır

sebebi⁹⁶ teşkil eder.

3. Disiplin Para Cezası

Mahkeme, usûlüne uygun çağrıldığı hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık hakkında beş yüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmeder (HMK m. 245). Tanığın, hazır bulunma yükümlülüğünü ihlâl ettiğini tespit eden mahkeme, taraflar talep etmese dahi disiplin para cezasına kendiliğinden karar verir⁹⁷.

Bununla birlikte, tanığın dinlenilmesine artık gerek kalmamışsa, tanık aleyhine disiplin para cezasına karar verilmemelidir⁹⁸. Şöyle ki, söz konusu disiplin para cezasının asıl amacı tanığın, hazır bulunma yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamaktır⁹⁹. Bunun yanında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 446. maddesinin birinci fıkrasında da belirtildiği üzere, disiplin para cezaları, yargılamanın düzenli bir biçimde yürütülmesine hizmet eder. Gerçekten de disiplin para cezaları esasen yargılama faaliyetinin etkili ve verimli bir şekilde

kusurlu kabul edildiği dikkate alındığında, dinlenilmesinden açıkça vazgeçilmeyen tanığı K4'ün de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 243. ve devamı maddeleri gereğince usulüne uygun olarak çağırılıp dinlenilmesi, toplanan tüm delillerin birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm tesisi de doğru görülmemiştir. Mahkemece yapılacak iş, davacı karşı davalı erkek tanığı K4'ün 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 243. ve devamı maddeleri gereğince usulüne uygun olarak çağırılıp dinlenilmesi, davacı karşı davalı erkeğin dayandığı dosyalar ve satış senetlerinin, diğer tüm deliller ile birlikte değerlendirilip, sonucuna göre, olumlu olumsuz bir karar verilmesinden ibarettir. Mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmaması veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması halinde bölge adliye mahkemesi, esası incelemeyen kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar verir.(6100 sayılı HMK m.353/1-a-6) Gösterilen sebeplerle, davacı karşı davalı erkeğin istinaf itirazının kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, kaldırma sebebine göre, kadının tüm istinaf itirazlarının, erkeğin diğer istinaf itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmiştir [...]” İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2. HD, 5.10.2020, E. 2019/368, K. 2020/1123 , (www.lexpera.com.tr, erişim: 14.09.2021).

96 Özkes, Hukuki Dinlenilme, s. 323; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 946; Muhammet Özkes, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 2355; Abdurrahim Karşlı, Medenî Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, Filiz Kıtabevi, İstanbul, 2020, s. 844; Akkaya, s. 201 dn. 244.

97 Nedim Meriç, Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 122; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 794; Tanrıver, s. 421; Osman Duran, Medenî Usûl Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi, Seçkin, Ankara, 2020, s. 314.

98 Huber, Musielak/Voit ZPO, § 380 Rdn. 4; Siebert, Hk-ZPO, § 380 Rdn. 3; Klaus Reichold, in: Heinz Thomas, Hans Putzo, Zivilprozessordnung, 36. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2015, § 380 Rdn. 9; OLG Hamm, Beschl. v. 10. 8. 2012 – I-20 W 27/12 (NJW-RR, 2013, s. 384). Aksi yönde bkz. Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann, § 380 Rdn. 8; Greger, Zöllner ZPO, § 380 Rdn. 3; Berger, Stein/Jonas ZPO, § 380 Rdn. 7.

99 Karş. Siebert, Hk-ZPO, § 380 Rdn. 1; karşı. Scheuch, BeckOK ZPO, § 380 Rdn. 1.

gerçekleştirilmesini sağlamaya yöneliktir¹⁰⁰. O hâlde, bir tanığın dinlenmesi gerekmiyorsa, o tanık hakkında disiplin para cezasının uygulanmasına da gerek yoktur. Zira böyle bir durumda uygulanacak disiplin para cezası ne tanığın hazır bulunma yükümlülüğünün gerçekleştirilmesine ne de yargılamanın düzenli ve etkili bir şekilde yürütülmesine hizmet edecektir. Örneğin, mazeretsiz olarak duruşmaya gelmeyen tanığı gösteren taraf, bu tanığın dinlenilmesinden vazgeçer ve karşı taraf da buna izin verirse (HMK m. 196), söz konusu tanık hakkında disiplin para cezasına hükmedilmemelidir¹⁰¹. Keza tanığın mazeretsiz olarak gelmediği duruşmada taraflar sulh yoluyla davayı sona erdirmişlerse, tanık hakkında disiplin para cezasına karar verilmemelidir¹⁰².

Tanığın dinleneceği vakianın ispata muhtaç olmaktan çıkması hâlinde de aynı durum geçerli olmalıdır. Örneğin, tanığın mazeretsiz olarak hazır bulunmadığı duruşmada, tanığın dinleneceği vakıa ikrar edilmişse, bu vakianın ispatı gerekmez (HMK m. 188/1). Böyle bir durumda, artık tanığın dinlenilmesi gerekmeyeceğinden tanık aleyhine disiplin para cezasına da karar verilmemelidir. Yine, yukarıda belirtildiği üzere, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ilgili vakıa hakkında diğer tanıklardan yeterli derece bilgi edinen mahkeme, duruşmaya gelmeyen tanığın dinlenilmemesine karar vermiş olabilir (karş. HMK m. 241). Söz konusu durumda da tanık disiplin para cezasına mahkûm edilmemelidir.

Usûlüne uygun çağrıldığı hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanığın çocuk olması hâlinde, söz konusu tanık hakkında disiplin para cezası uygulanıp uygulanmayacağı meselesi üzerinde de durulmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, disiplin para cezası, gerçek bir ceza niteliğine sahip değildir¹⁰³. Nitekim tanığın hazır bulunma yükümlülüğünü ihlâl etmesi de gerçek anlamda bir suç değildir¹⁰⁴. Bununla birlikte, söz konusu yükümlülüğü ihlâl eden tanık aleyhine disiplin para cezasına karar verilebilmesi için tanığın kusur yeteneğinin bulunması gerekir¹⁰⁵. Bu nedenle kusur yeteneği bulunmayan çocuklar

100 Murat Atalı, *Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 152; Duran, s. 314.

101 Huber, Musielak/Voit ZPO, § 380 Rdn. 4; Bergerfurth, s. 86; Siebert, Hk-ZPO, § 380 Rdn. 3; Trautwein, Prütting/Gehrlein ZPO, § 380 Rdn. 8. Aksi yönde bkz. Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann, § 380 Rdn. 8; Greger, Zöller ZPO, § 380 Rdn. 3.

102 Trautwein, Prütting/Gehrlein ZPO, § 380 Rdn. 8; Siebert, Hk-ZPO, § 380 Rdn. 3.

103 Hakkı Uma, "Para Cezalarının Mahiyeti Hakkında İnceleme", *Adliye Ceridesi*, 1941/12, s. 1103; Süheyl Donay, "Para Cezalarını Artıran Yasanın Uygulama Alanı Hakkında Düşünceler", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 1, S. 2, 1979, s. 27; Haluk Çolak, Uğurtan Altun, "Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori Ve Uygulamadaki Analizi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, 2007, s. 280.

104 Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s. 68.

105 Bader, KK-StPO, StPO § 51 Rdn. 22; Percic, MüKoStPO, § 51 Rdn. 33; Findeisen, s. 50.

hakkında disiplin para cezasına hükmedilemez¹⁰⁶. Türk Ceza Kanunu'nun 31. maddesinin birinci fıkrasına göre, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olan çocukların ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. O hâlde, çağrıldığı yere gelmediği sırada on iki yaşını bitirmemiş olan tanıklar hakkında disiplin para cezasına karar verilmemelidir. Türk Ceza Kanunu'nun 31. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, "*fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur*". Öyleyse çağrıldığı yere gelmediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmuş olan tanığın, hazır bulunmamanın anlam ve sonuçlarını algılayamaması hâlinde aleyhine disiplin para cezasına hükmedilemez. Türk Ceza Kanunu'nun 31. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, indirim uygulanmakla birlikte, fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin ceza sorumluluğu bulunmaktadır. Bu bakımdan, çağrıldığı yere gelmediği sırada on beş yaşını doldurmuş olan tanık hakkında da kanaatimizce disiplin para cezası uygulanabilir. Bu bağlamda, çocuklar hakkında disiplin para cezasına hükmedilip hükmedilemeyeceği meselesinin kanunla düzenlenmesi de düşünülebilir. Örneğin, Kabahatler Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasında, fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış çocuk aleyhine idarî para cezasına hükmedilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Benzer bir hüküm, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun disiplin para cezasını düzenleyen 446. maddesine eklenebilir.

Öte yandan disiplin para cezasının, çocuğun kanunî temsilcisi aleyhine uygulanabilmesi de mümkün değildir¹⁰⁷. Zira bunun için kanunî bir dayanak bulunmamaktadır¹⁰⁸ ¹⁰⁹. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 245. mad-

106 Berger, Stein/Jonas ZPO, § 380 Rdn. 14; Findeisen, s. 51; Ignor, Bertheau, Löwe/Rosenberg StPO, § 51 Rdn. 16; Bader, KK-StPO, StPO § 51 Rdn. 22; Percic, MüKoStPO, § 51 Rdn. 33; Bernd-Dieter Meier, "Zwischen Opferschutz und Wahrheitssuche - Überlegungen zur Rechtstellung von kindlichen Zeugen im Strafprozeß", *JZ*, 1991, s. 640; Cumhuriyet Şahin, "Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1-2, 2002, s. 175.

107 Berger, Stein/Jonas ZPO, § 380 Rdn. 14; Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 380 Rdn. 16; Huber, Musielak/Voit ZPO, § 380 Rn. 3b; Greger, Zöller ZPO, § 380 Rdn. 7; Scheuch, BeckOK ZPO, § 380 Rdn. 7.

108 Alman hukuku için bkz. Berger, Stein/Jonas ZPO, § 380 Rdn. 14; Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 380 Rdn. 16; Huber, Musielak/Voit ZPO, § 380 Rn. 3b; Greger, Zöller ZPO, § 380 Rdn. 7; Scheuch, BeckOK ZPO, § 380 Rdn. 7; Findeisen, s. 53.

109 Oysa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda vekil hakkında disiplin para cezasına hükmedilebilmesi hususunu açıkça hüküm altına alan bir düzenleme mevcuttur. Nitekim Kanun'un 329. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: "*Kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, bundan başka beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar*

desi sadece tanığa karşı yaptırım uygulanmasını öngörmüştür¹¹⁰. Dolayısıyla çocuğun kanunî temsilcisi çocuğun duruşmaya gelmesini bilerek engellese dahi, kanunî temsilci aleyhine disiplin para cezasına hükümlenemez¹¹¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesine göre, mazeret bildirmeksizin gelmediği için zorla getirilen tanık geçerli bir mazeret sebebi bildirirse, aleyhine verilen disiplin para cezası kaldırılır (HMK m. 245 c. 3). Zorla getirilmeden kendisi gelerek geçerli bir mazeret sebebi bildiren tanık açısından da aynı durum geçerli olmalıdır¹¹². Söz konusu durumlarda, mahkeme, disiplin para cezasına hükmedilmesinde olduğu gibi, talep olmasa bile disiplin para cezasını kendiliğinden kaldırır¹¹³.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda disiplin para cezalarına karşı başvurulabilecek hukukî bir imkân öngörülmemiştir^{114 115}. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 446. maddesinin birinci fıkrasına göre, disiplin para cezaları verildiği anda kesindir (c. 1). Bu bağlamda, disiplin para cezasının, seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve adli sicil kayıtlarında yer alması söz konusu değildir (HMK m. 446/1, c. 2). Disiplin para cezası, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilir (HMK m. 446/2).

disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin para cezası vekil hakkında uygulanır”.

110 Alman hukukunda tanığın hazır bulunma yükümlülüğünü düzenleyen § ZPO 380 açısından aynı yönde bkz. Findeisen, s. 53.

111 Percic, MüKoStPO, § 51 Rdn. 3;

112 Umar, s. 771.

113 Muratoğlu, s. 95.

114 Muratoğlu, s. 139; “[...] Somut olayda; Bölge Adliye Mahkemesinin kararına ilişkin Dairemizin onama kararının tebliği üzerine davacı vekili tarafından karar düzeltme talebinde bulunulduğu, Dairemizin 20/01/2020 tarih ve 2020/501 E.- 2020/417 K. sayılı ilamı ile karar düzeltme dilekçesinin reddedildiği ve HMK'nun 368. maddesi yollamasıyla aynı Kanununun 329/2. maddesi uyarınca karar düzeltme talebinde bulunan davacı vekili Av. ...'un takdiren 3.000,00 TL disiplin para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, Av. ... tarafından disiplin para cezasına ilişkin itiraz dilekçesi sunulduğu anlaşılmaktadır. Dairemizce, HMK'nun 368. maddesi yollaması ile aynı kanununun 329/2. maddesi uyarınca hükmedilen 3.000,00 TL disiplin para cezasına ilişkin verilen karar HMK'nın 446/1. maddesi uyarınca, verildiği anda kesin olduğundan, davacı vekilinin itiraz dilekçesinin reddi gerekmiştir [...]” Yargıtay 12. HD, E. 2020/2402 K. 2020/2308 T. 9.3.2020 (www.lexpera.com.tr, erişim: 07.06.2021).

115 Doktrinde, olması gereken hukuk açısından, tanığa kendisi hakkında verilen bu cezaya itiraz edebilme imkânı tanınması gerektiği belirtilmektedir (Erdal Tercan, *Medenî Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 127). Yine doktrinde, mahkemelerce verilen disiplin cezalarının idarî nitelikte olduğu ve bu cezaların yargı denetimi dışında tutulmasının Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ifade edilmektedir (Muratoğlu, s. 123 vd.).

4. Giderler

Hazır bulunma yükümlülüğünü ihlâl eden tanık, gelmemesinin sebep olduğu giderlere de mahkûm edilir (HMK m. 245). Mahkeme, disiplin para cezasında olduğu gibi, söz konusu giderlere de taraflar talep etmese dahi kendiliğinden karar verir.

Tanığın gelmemesinin sebep olduğu giderler, tanığın dinlenmek için yeniden davet edilmesi ve yeniden duruşma yapılması nedeniyle ortaya çıkan tüm giderlerdir¹¹⁶. Örneğin, celse harcı (Harçlar Kanunu¹¹⁷ m. 12) bu giderlerden biridir¹¹⁸. Yine tarafların ya da yeniden gelmesi gereken diğer tanıkların¹¹⁹ yol giderleri¹²⁰ de böyledir¹²¹. Keza keşif sırasında dinlenecek tanığın gelmemesi nedeniyle yeniden keşif yapılmasına karar verilmişse, söz konusu keşif giderinden de tanık sorumlu olmalıdır.

Hazır bulunma yükümlülüğünü ihlâl eden tanığın çocuk olması hâlinde, tanığın sebep olduğu giderlerden sorumlu olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Bu konuda da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak disiplin para cezasında olduğu gibi, söz konusu giderler açısından da çocuğun kusur yeteneğinin bulunması gerekir¹²². Bu bakımdan kusur yeteneği bulunmayan çocuklar, gelmemesinin sebep olduğu giderlere de mahkûm edilmezler¹²³. Dolayısıyla çağrıldığı yere gelmediği sırada on iki yaşını bitirmemiş olan tanığın aleyhine giderlere hükmedilmez (karş. TCK m. 31/1)¹²⁴. Keza davet edildiği yere gelmediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olan tanığın, hazır bulunmamanın anlam ve sonuçlarını algılayamaması hâlinde aleyhine giderlere hükmedilemez (TCK m. 31/2). Öte yandan disiplin para cezasında olduğu gibi, söz konusu giderlerden kanunî temsilcinin sorumlu tutulabilmesi de mümkün değildir¹²⁵. Şöyle ki,

116 Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 380 Rdn. 6; Berger, Stein/Jonas ZPO, § 380 Rdn. 10; karşı. Kuru, Usul, C. III, s. 2572; karşı. Üstündağ, s. 733; karşı. Ertanhan, s. 394..

117 RG, 17.7.1964, S. 11756.

118 Umar, s. 771; Ertanhan, s. 394.

119 Nitekim bazı durumlarda tanıkların yüzleştirilmesi gerekebilir (HMK m. 261/1, c. 2).

120 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tanık Ücret Tarifesi'nin 4. maddesine göre, "*tanık, hazır olmak için seyahat etmek zorunda kalmışsa yol giderleriyle tanıklığa çağrıldığı yerdeki konaklama ve beslenme giderleri de karşılanır*" (Tarife için bkz. RG, 24.09.2020, S. 31254).

121 Ahrens, Wieczorek/Schütze ZPO, § 380 Rdn. 32; Damrau, Weinland, MüKoZPO, § 380 Rdn. 6; Berger, Stein/Jonas ZPO, § 380 Rdn. 10.

122 Percic, MüKoStPO, § 51 Rdn. 33; Meier, s. 640.

123 Meier, s. 640; Percic, MüKoStPO, § 51 Rdn. 33.

124 Alman hukukunda on dört yaşın altındaki tanığın giderlere mahkûm edilmeyeceği yönünde bkz. Scheuch, BeckOK ZPO, § 380 Rdn. 7.

125 Berger, Stein/Jonas ZPO, § 380 Rdn. 14; Scheuch, BeckOK ZPO, § 380 Rdn. 7; Meier, s. 640; Damrau/Weinland, MüKoZPO § 380 Rdn. 16; Bader, KK-StPO, StPO § 51 Rdn. 22.

bunun için kanunî bir dayanak bulunmamaktadır¹²⁶. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesine göre, giderlere mahkûm edilecek olan kişi tanıktır. Burada ise, tanıklık yapma yükümlülüğü altında olan kişi çocuğun kanunî temsilcisi değil, çocuğun kendisidir¹²⁷.

Sonuç

Tanığın hazır bulunma yükümlülüğü, Türk yargısına tabî olan kimseler için söz konusudur. Zira Türk yargısına tâbi olan herkes kural olarak tanıklık yapmak zorundadır. Tanıklıktan çekinen kimsenin, çekinme sebebini ve bu sebebini haklı gösterecek delilini, dinleneceği duruşmadan önce yazılı olarak veya duruşma sırasında sözlü olarak bildirmesi zorunludur (HMK m. 252/1). Çekinme sebebini ve bunun dayanaklarını önceden bildiren tanığın, hazır bulunma yükümlülüğü yoktur (HMK m. 252/2). Kendisine soru kâğıdı gönderilen tanığın da hazır bulunma yükümlülüğü yoktur.

Tanığın hazır bulunma yükümlülüğünün ihlâlinden bahsedebilmek için öncelikle tanığın usûlüne uygun olarak davet edilmiş olması gerekir (HMK m. 245). Çünkü usûlüne uygun olarak davet edilmeyen kimse bakımından tanıklık yapma yükümlülüğü doğmaz. Bu bağlamda, tanığın çocuk olması durumunda, davetiyenin onun kanunî temsilcisine, yani velisine yapılması gerekir. Tanığın hazır bulunma yükümlülüğünün ihlâli için gerçekleşmesi gereken bir diğer şart, tanığın davet edildiği gün ve saatte, dinleneceği yerde hazır bulunmasıdır. Ancak tanık geç kalmış olma dahi henüz duruşma sona ermemiş ve tanığın dinlenebilmesi mümkünse, tanık hakkında yaptırım kararı verilmez. Tanığın hazır bulunma yükümlülüğü, tanığın çağrıldığı yerde ifade verebilecek bir hâlde bulunmasını da gerektirir. Hazır bulunma yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle tanık hakkında yaptırım kararı verilebilmesi için gerçekleşmesi gereken bir diğer şart ise, tanığın geçerli bir mazeretinin bulunmamasıdır. Tanık, mazeretini esasen duruşmadan önce veya en geç duruşma esnasında mahkemeye bildirmiş olmalıdır. Bununla birlikte, mazeretin duruşmadan sonra bildirilmesine de bir engel yoktur. Zira zorla getirtilen tanık dahi mazeretini bildirerek aleyhine hükmedilen giderleri ve disiplin para cezasını kaldırabilirdiğinden, zorla getirilmeden kendisi mahkemeye başvuran tanık da şüphesiz mazeretini bildirebilir.

Tarafların, tanıkları çağrıldıkları yerde bizzat hazır bulundurma gibi bir yükümlülükleri yoktur. Mahkeme, usûlüne uygun çağrıldığı hâlde mazeret bil-

126 Alman hukuku için bkz. Berger, Stein/Jonas ZPO, § 380 Rdn. 14; Scheuch, BeckOK ZPO, § 380 Rdn. 7; Damrau/Weinland, MüKoZPO § 380 Rdn. 16.

127 Meier, s. 640.

dirmeksizin gelmeyen tanığın zorla getirilmesine karar verir (HMK m. 245). Ancak hazır bulunma yükümlülüğünü ihlâl eden tanığın dinlenilmesine artık gerek kalmamışsa, tanığın zorla getirilmesine karar verilmez. Usûlüne uygun davet edildiği hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanığın çocuk olması hâlinde de, zorla getirilme kararı verilebilmesi mümkündür. Zira burada söz konusu olan, tanığın cezalandırılması değil, tanığın çağrıldığı yerde hazır bulunmasının sağlanmasıdır.

Mahkeme, usûlüne uygun çağrıldığı hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık hakkında beş yüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmeder (HMK m. 245). Tanığın, hazır bulunma yükümlülüğünü ihlâl ettiğini tespit eden mahkeme, taraflar talep etmese dahi disiplin para cezasına kendiliğinden karar verir. Bununla birlikte, tanığın dinlenilmesine artık gerek kalmamışsa, tanık aleyhine disiplin para cezasına karar verilmemelidir. Tanığın dinleneceği vakıanın ispata muhtaç olmaktan çıkması hâlinde de aynı durum geçerli olmalıdır. Öte yandan tanık aleyhine disiplin para cezasına karar verilebilmesi için tanığın kusur yeteneğinin bulunması gerekir. Dolayısıyla kusur yeteneği bulunmayan çocuklar hakkında disiplin para cezasına hükmedilemez.

Hazır bulunma yükümlülüğünü ihlâl eden tanık, gelmemesinin sebep olduğu giderlere de mâhkum edilir (HMK m. 245). Mahkeme, disiplin para cezasında olduğu gibi, söz konusu giderlere de taraflar talep etmese dahi kendiliğinden karar verir. Yine disiplin para cezasında olduğu gibi, kusur yeteneği bulunmayan çocuklar, gelmemesinin sebep olduğu giderlere de mahkûm edilmezler.

KAYNAKLAR

- Ahrens, Hans-Jürgen, *Der Beweis im Zivilprozess*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2015 (Beweis).
- Akcan, Recep, “Hukuk Mahkemelerinde Hukuki Yardım (İstinabe) ve Naip Tayini (Atanması)”, *Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan*, Alkım, İstanbul, 2003, s. 3-81.
- Akcan, Recep; Albayrak, Hakan, *Tebliğat Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2016
- Akkan, Mine, “Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kağıdı Gönderilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 555-609.
- Akkan, Mine, “Tebliğat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebliğat”, *Medenî Usûl ve İcra ve İflâs Hukuku Dergisi*, S. 39, 2018, s. 23-89.
- Akkan, Mine, “7101 sayılı Kanunla Elektronik Tebliğat Konusunda Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Değerlendirilmesi”, *7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebliğat Konularında Getirilen Yenilikler*, (Ed. Muhammet Özkes), On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 149-167 (7101 sayılı Kanun).
- Akkaya, Tolga, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Alangoya, Yavuz; Yıldırım, M. Kâmil; Deren-Yıldırım, Nevhis, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, Tıpkı 8. Bası, Beta, İstanbul, 2011.
- Albayrak, Hakan, *Tebliğat Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2021 (Tebliğat).
- Albayrak, Hakan, “Mukayeseli Hukuk Ve Yargı Kararları Işığında Elektronik Tebliğatın Yapılmış Sayıldığı Tarih”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2414-2453
- Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960.
- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema; Hanağası, Emel, *Medenî Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Atalay, Oğuz, “Delil Kavramı Üzerine”, *Hâlûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 129-138.
- Atalay, Oğuz, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usûl).
- Atalı, Murat, “Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsî) Bilgisini Kullanması”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 139-161.
- Atalı, Murat, *Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim; Erdoğan, Ersin, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim; Üçüncü, S. Hilal, *Tebliğat Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.
- Balzer, Christian, *Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess*, 3. Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2011.
- Baumbach, Adolf; Lauterbach, Wolfgang; Albers, Jan; Hartmann, Peter, *Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen*, 74. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2016.

- Belgesay, Mustafa Reşit, *Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1940.
- Belgesay, Mustafa Reşit, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler*, C. 3, İsbat Teorisi, 3. Bası, Şaka Matbaası, İstanbul, 1950 (İsbat Teorisi).
- Bergerfurth, Bruno, “Das Ausbleiben des Zeugen im Zivilprozeß”, *JZ*, Nr. 3, 1971, s. 84-87.
- Berkin, Necmeddin M., *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, 1981.
- Bernhardt, Wolfgang, *Das Zivilprozeßrecht*, 3. Auflage, Walter De Gruyter & Co., Berlin, 1968.
- Bilge, Necip; Önen, Ergun, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- Blomeyer, Arwed, *Zivilprozeßrecht Erkenntnisverfahren*, 2. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.
- Bolayır, Nur, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Börü, Levent, “Elektronik Tebligat”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2020, s. 183-225.
- Braun, Johann, *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.
- Brunner, Alexander; Gasser, Dominik; Schwander, Ivo, *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar*, 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2016.
- Budak, Ali Cem; Karaaslan, Varol, *Medenî Usul Hukuku*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Çatalkaya, İbrahim, *Tebligat Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Çolak, Haluk; Altun, Uğurtan, “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori Ve Uygulamadaki Analizi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, 2007, s. 241-338
- Donay, Süheyl, “Para Cezalarını Artıran Yasanın Uygulama Alanı Hakkında Düşünceler”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 1, S. 2, 1979, s. 23-28.
- Duran, Osman, *Medenî Usûl Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi*, Seçkin, Ankara, 2020.
- Eğilmez, Namık Kemal, “Şahadet ve Şahidin Psikolojisi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1955/6, s. 396-403.
- Erdönmez, Güray, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usûl).
- Ertanhan, Mesut, *Medenî Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, Seçkin, Ankara, 2005.
- Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.
- Findeisen, Andreas, *Der minderjährige Zeuge im Zivilprozeß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.
- Görgün, Şanal; Börü, Levent; Toraman, Barış; Kodakoğlu, Mehmet, *Medenî Usûl Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Grunsky, Wolfgang, *Zivilprozessrecht*, 13. überarbeitete Auflage, Carl Heymanns

Verlag, Köln-München, 2008.

- Hannich, Rolf, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: mit GVG, EGGVG, EMRK*, 8. Auflage, C. H. Beck, München, 2019 (KK-StPO).
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2021.
- Jauernig, Othmar; Hess, Burkhard, *Zivilprozessrecht*, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011.
- Karafakih, İsmail Hakkı, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952.
- Karamercan, Fatih, “Medenî Usûl Hukukunda Tanık ve Tanıklık”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2018/3, s. 151-191.
- Karşlı, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kİtabevi, İstanbul, 2020.
- Köroğlu, Anıl; Tahiroğlu, Fatih, “Medenî Usûl Hukukunda Tanık Delilinden Vazgeçme”, *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, Haziran 2020, s. 221-247.
- Krüger, Wolfgang; Rauscher, Thomas, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 2 §§ 355-945b, 6. Auflage, C. H. Beck, München, 2020 (MüKoZPO).
- Kudlich, Hans, *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Band 1 §§ 1-150 StPO, 1. Auflage, C. H. Beck, München, 2014 (MüKoStPO).
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 6. Baskı, İstanbul, 2001.
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. III, 6. Baskı, İstanbul, 2001 (Usul, C. III).
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. V, 6. Baskı, İstanbul, 2001.
- Kuru, Baki, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (El Kitabı, C. I).
- Kuru, Baki, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Band 2 §§ 48-93, 27. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2017 (Löwe/Rosenberg StPO).
- Meier, Bernd-Dieter, “Zwischen Opferschutz und Wahrheitssuche - Überlegungen zur Rechtsstellung von kindlichen Zeugen im Strafprozeß”, *JZ*, 1991, s. 638-645.
- Meriç, Nedim, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Muratoğlu, Tahir, “Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları Ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 30-31, 2014, s. 77-147.
- Musielak, Hans-Joachim; Stadler, Max, *Grundfragen des Beweisrechts*, C. H. Beck, München, 1984.
- Musielak, Hans-Joachim; Voit, Wolfgang, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 18. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2021 (Musielak/Voit ZPO).
- Muşul, Timuçin, *Tebliğat Hukuku*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 (Tebliğat).
- Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979.

- Özbay, İbrahim; Yardımcı, Taner Emre, *Tebliğat Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Özkes, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 (Hukuki Dinlenme).
- Özkes, Muhammet, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- Pekcanitez, Hakan, “Hukuki Dinlenme Hakkı”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, İzmir, 2000, s. 753-791.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özkes, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Postacıoğlu, İlhan E., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1986, İstanbul, 1975.
- Postacıoğlu, İlhan E.; Altay, Sümer, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Prütting, Hanns/ Gehrlein, Markus, *Zivilprozessordnung Kommentar*, 8. Auflage, Luchterhand Verlag, 2016 (Prütting/Gehrlein ZPO).
- Rechberger, Walter H., *ZPO Zivilprozessordnung Kommentar*, 3. Auflage, Springer Verlag, Wien, 2006 (Rechberger ZPO).
- Rosenberg, Leo; Schwab, Karl Heinz; Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2018.
- Saenger, Ingo, *Zivilprozessordnung Handkommentar*, 9. Auflage, Nomos, 2021 (HK-ZPO).
- Schellhammer, Kurt, *Zivilprozess Gesetz-Praxis-Fälle*, 13. Auflage, C. F. Müller, 2010.
- Schilken, Eberhard, *Zivilprozessrecht*, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010.
- Schneider, Egon, “Wartepflichten bei der Zeugenvernehmung”, *MDR*, 1998, s. 1205-1207.
- Stein, Friedrich; Jonas, Martin, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 5 §§ 328-510c, 23. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015 (Stein/Jonas ZPO).
- Sungurtekin Özkan, Meral, *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2013.
- Sutter-Somm, Thomas; Hasenböhler, Franz; Leuenberger, Christoph; *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2016.
- Şahin, Cumhur, “Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1-2, 2002, s. 155-188.
- Tahiroğlu, Fatih, “Tebliğat Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Tebliğat Çıkarmaya Yetkili Merciler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, S. 1, 2016, s. 389-396.
- Tahiroğlu, Fatih, *Medenî Usûl Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi*, On İki Levha, İstanbul, 2021 (Re’sen Araştırma).
- Taner, Fahri Gökçen, “Kırılğan Mağdurun Beyanının CMK’nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması Ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021 (153), s. 1-38.

- Tanrıver, Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis, “İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018 (134), s. 313-354.
- Tercan, Erdal, *Medenî Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Thomas, Heinz; Putzo, Hans, *Zivilprozessordnung*, 36. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2015 (Thomas/Putzo ZPO).
- Ulukapı, Ömer, *Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi*, Mimoza Yayınları, Konya, 1997.
- Uma, Hakkı, “Para Cezalarının Mahiyeti Hakkında İnceleme”, *Adliye Ceridesi*, 1941/12, s. 1082-1109.
- Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, 2000.
- Vorwerk, Volkert; Wolf, Christian, *BeckOK ZPO*, 40. Edition Stand: 01.03.2021, Verlag C. H. Beck, München, 2021 (BeckOK ZPO).
- Wiczorek, Bernhard; Schütze, Rolf A., *Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar*, Band 6 §§ 355-510c, 4. Auflage, De Gruyter, 2014 (Wiczorek/Schütze ZPO).
- Yardımcı, Taner Emre, “Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2019/3, s. 1-38.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 3, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Şerh, C. 3).
- Yılmaz, Ejder, *(Medeni Yargılama Hukukunda) Yemin*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Yemin).
- Zöllner, Richard, *Zöllner Zivilprozessordnung*, 30. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2014 (Zöllner ZPO).

FCA Terimiyle ve Varma Yerinde Muayene Şartıyla Akdedilen Uluslararası Satım Sözleşmesinin Taşıma Sigortasına Etkisi*

The Effect of the International Sale Contract Concluded with FCA Term and Inspection in Destination on Transport Insurance

Ecehan Yeşilova Aras**

Öz

Satım hukukunda, satıcının ve alıcının sorumluluk sahası dışında oluşan bir olgu anlamında risk ve bu riskin alıcıya geçişi çalışmanın esasını oluşturmaktadır. Satım konusu malın, karayolu ile taşınması esnasında, henüz alıcının zilyetliğine geçirilememiş iken oluşan trafik kazası neticesinde zarara uğramasına rağmen satıcının satım bedelini alıcıdan talep edebilmesinin koşulları incelenirken uluslararası satım hukuku ve FCA tipi INCOTERMS model alınmıştır. Buna ek olarak, satım sözleşmesinde satım bedelinin muacceliyeti muayene koşuluna bağlanmış ise FCA'nın anlamının ve satım konusunun da cins borcu oluşunun, riskin alıcıya geçmesine etkisi sorgulanmıştır. Alıcının sigorta sözleşmesinin tarafı olarak, riskin kendisine geçmemesinden nasıl etkileneceği çalışmanın varmak istediği hedef olarak görülmüş ve CISG hükümleri ile FCA ve muayene şartının bir arada bulunması durumunda sigortalı alıcının sigortalanabilir menfaatinin bulunup bulunmadığı tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: FCA, riskin geçişi, CISG, taşıma sigortası, sigortalanabilir menfaat.

ABSTRACT

This study is based on the risk in the sense of a phenomenon that occurs outside the responsibility of the seller and the buyer in the law of sale and the passing of this risk. The international law of sale and FCA-type INCOTERMS were considered as model while examining the conditions for the seller to claim the price of the sale from the buyer, despite the damage caused by the traffic accident that occurred during the transportation of the goods subject to sale by road before it is passed to the possession of the buyer. Furthermore, the effect of the fact that subject of sale is

* Makale gönderim tarihi: 07.07.2020. Makale kabul tarihi: 19.07.2021. Ecehan Yeşilova Aras, “FCA Terimiyle ve Varma Yerinde Muayene Şartıyla Akdedilen Uluslararası Satım Sözleşmesinin Taşıma Sigortasına Etkisi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2021, s. 645-661; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.02.02>

** Doç. Dr., İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticaret Hukuku ABD, İzmir-Türkiye. İletişim: ecehan.aras@idu.edu.tr, orcid.org/0000-0001-8009-2723.

a generic obligation along with the FCA's meaning on the risk's passing to the buyer was investigated if the acceleration of the sale value is bound to the inspection condition in the sale contract. The main target of the study was considered as how the buyer, as a party of insurance contract, will be affected when the risk is not passed to himself/herself, and it was detected whether the insured buyer has insurable interest in case of CISG provisions and FCA and inspection condition existing at the same time.

Keywords: FCA, passing of risk, CISG, transport insurance, insurable interest.

Giriş ve Terminoloji

Çalışmanın amacı, FCA tipi INCOTERMS terimi ve varma yerinde “muayene” şartıyla akdedilen, CISG¹ kapsamındaki bir uluslararası satım sözleşmesi kapsamında satılan malın, karayolu ile taşınması esnasında oluşan kaza neticesinde zarara uğraması ihtimalinde, alıcı tarafından akdedilmiş bir taşıma (yük) sigortasının varlığı söz konusu ise kaza anı itibarıyla alıcının sigortalanabilir bir menfaatinin olup olmadığını tespit etmektir. CISG kapsamındaki bir satım sözleşmesinde FCA teriminin de değerlendirilmesi sonucunda², uluslararası satım hukukunda risk ve riskin alıcıya geçişinin ne olduğu öncelikle açıklanacak ve sonrasında sigortalı konumundaki alıcının, sigorta tazminatı talep hakkına sahip olabilmesi için başka bir deyişle sigortacıya karşı açılacak davada aktif husumeti için riskin geçişinden başka bir de satılan malın mülkiyetini devralmış olmasının gerekli bir unsur olup olmadığı tespit edilecektir.

Türk Borçlar Hukuku terminolojisi açısından kanun koyucu, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, sözleşmeyi sadece satıcı yönünden vurgulayan “satım” yerine alıcı ve satıcıyı birlikte düşündüren “satış” terimini tercih etse de, CISG'in Türkçe tercümesinde “satım” ifadesinin kullanılması sebebiyle çalışmada da bu yönde bir tercihte bulunulmuştur.

Satım hukukunda “risk” ve bu riskin satıcıdan alıcıya geçişi olarak çalışmada anılan konu için Türk Borçlar Kanunu, “hasar” ve hasarın alıcıya geçmesi

1 Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması; yaygın ismiyle Viyana Satım Antlaşması (*United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods, 1980*).

2 CISG madde 6 uyarınca, satım sözleşmesinin tarafları kural olarak antlaşma hükümlerinin aksini düzenleme konusunda sözleşme özgürlüğü içerisindedirler. Bu anlamda, tarafların uluslararası satım sözleşmesine satıcının teslim edimini nerede ve nasıl ifa etmiş kabul edileceğine ilişkin INCOTERMS'in FCA terimini eklemeleri halinde, bu sonuç CISG'in riskin geçişine ilişkin hükümlerini değiştirici bir etkiye bulunursa, taraf iradesinin önceliği olacaktır. Bu anlamda CISG madde 67-69 yedek hukuk kurallarıdır. Satım sözleşmesinin önceliği ilkesi için bkz. Ayrıca Ercüment Erdem, “Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı”, (Ed.) Şükran Şıpka ve Ahmet Cemil Yıldırım, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri*, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 124-128.

şeklinde bir kavram tercihi bulunmuştur. Hukukumuzda kanun koyucunun tercihi doğrultusunda öğretilerde de “hasarın geçişi” olarak görülen yaygın kullanım³, uluslararası literatürde ve CISG’in İngilizce orijinal metni ile Almanca tercümesinde “*passing of risk*” (İng.); “*Übergang der Gefahr*” (Alm.) olarak anılmaktadır. Uluslararası satım hukukunun ve CISG’in esas alındığı bu çalışmada, uluslararası terminolojiye uygun olarak, “risk” kavramı tercih edilmiş ve fakat bununla Türk Borçlar Kanunu madde 208 hükmünde kullanılan “hasar” kastedilmiştir. Bunun sonucu olarak da, öğretilerde “bedel hasarı” olarak nitelendirilen durum çalışmaya konu edilmiştir.

Tarafların sorumlu olmadığı bir sebep dolayısı ile edim konusunun sözleşmeye uygun şekilde ifası mümkün olmaması ve satıcının da ifa yükümlülüğünün sona erdiğinin kabul edildiği bir durumda (yani “edim hasarı”nın alıcıya geçmiş olması halinde), alıcının satım bedelinin ödemek durumunda olup olmadığı (“bedel hasarı”nın alıcıya geçip geçmediği) ve bunun taşıma sigortasına etkisinin nasıl gözükeceği bu çalışmanın esas çerçevesini oluşturmaktadır.

I. Satım Hukukunda Risk ve Riskin Geçişinin Anlamı

Satım hukukunda risk⁴, satıcının ve alıcının sorumluluk sahası dışında oluşan bir olgudur⁵. Riskin alıcıya geçişi ise satım konusu malın sözleşmeye uygun

3 Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesi (818 sayılı Borçlar Kanunu m.183) kapsamında yapılan çalışmalarda ağırlıklı olarak “hasarın geçişi” kavramı kullanılsa da hem hasar hem de risk kavramını birlikte kullanan yayınlar da bulunmaktadır. Örn. bkz. Sabah Altay, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçişi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2013, s. 184, dn.2, s.186.

4 Taşınır satımı bakımından Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesi hükmü, kenar başlığında ifade edildiği üzere “yarar ve hasarın” geçişini, önceki Borçlar Kanunu’nun 183. maddesinden farklı ilkelere düzenlemiştir. Bu yeni düzenlemede Alman Medeni Kanunu’ndaki ilgili düzenleme kadar CISG madde 69 hükmünün de etkisi olmuştur. Öncekinden farklı olarak, yeni düzenlemede parça ve cins borcu ayırımı yapılmamıştır. Yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu’nun 183. maddesi, cins borcunda hasarın ve yararın alıcıya geçebilmesi için *ayırt edilmiş olması* ve ilaveten satım konusu mal başka bir yere gönderilecekse de satıcının bu ayırt ettiği mal üzerindeki zilyetliğini (taşıyıcıya) devretmesi de gerekmekteydi. Türk Borçlar Kanunu’nun 208/III. maddesinde ise gönderilecek satım konusu malın cins borcu olması halinde ayırt etmeden bahsedilmediği sadece satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderilecek olması halinde satılanın taşıyıcıya *teslimi* ile birlikte hasarın alıcıya geçeceği düzenlenmiştir. Ancak, hükmün mehaza uygun yorumlanması ile varılacak sonuç, maddenin 1. fıkrasındaki “zilyetliğin devri” veya 3. fıkradaki “teslim” olgusunun zaten en geç bu anda fiilen satıcı tarafından doğal olarak bir ayırt etmeyi beraberinde getireceği yönündedir. Başka bir deyişle, Türk Borçlar Kanunu’nun yeni düzenlemesinin, cins borçlarında ayırt etme koşulunu kaldırdığı söylenecektir (Bilgehan Çetiner, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayrıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, (Ed.) Şükran Şıpka ve Ahmet Cemil Yıldırım, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri*, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 18-24; Aziz Erman Bayram, *Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişi*, Yetkin, Ankara, 2017, s. 109-115.

5 Çetiner, s.18.

biçimde alıcının zilyetliğine geçirilememiş olmasına rağmen, satıcının semeni talep edebilme hakkına kavuşması yani kendi edimini yerine getirmiş kabul edilen satıcının karşı edime hak kazandığının ifade edilmesidir⁶. Satıcı ve alıcı arasındaki riskin geçişi konusu, satılan malın alıcıya fiilen teslimi sürecinde, her ikisinin de sorumluluğunu doğurmayacak bir nedenden zarara uğraması halinde, satım sözleşmesinden doğan haklarının ne olduğunu belirlemeye yöneliktir⁷.

Borcun doğumu yani satım sözleşmesinin yapılması anı ile alıcının satılan şeyin mülkiyetini kazanma anı arasında geçecek sürede, satıcıdan kaynaklanmayan ve sözleşmeye uygun olarak satıcının ediminin ifasının imkânsız hale gelmesi durumunda satıcının edimini ifa etmiş sayılması yani satıcının teslim borcundan kurtulması, alıcıyı sözleşmeye göre teslim edilmesi gereken şeyi tekrar talep etme hakkından mahrum bırakır (TBK m.136; ayrıca bkz. CISG m.46,79). “Edim hasarı”nın alıcıya geçmesi ile kastedilen durum budur. Synallagmatik sözleşmelerde, “edim hasarı”nın alıcıya geçmesinden sonra alıcı kararlaştırılan bedelin tamamını ödeyecek midir sorusunun cevabı, “bedel hasarı”nın da alıcıya geçip geçmediğine kanun koyucunun verdiği cevap ile ilgilidir⁸. Bu anlamda, “Yarar ve Hasar” kenar başlıklı TBK m. 208 “bedel hasarı”nın alıcıya geçişini düzenleyen bir hükümdür⁹. Aynı konuyu düzenleyen CISG m.66-70 hükümleri de tıpkı TBK m. 208 gibi yedek hukuk kurallarıdır¹⁰. Çalışma konusunun esas aldığı uluslararası satım sözleşmesi, satılan malın karayolu ile yurt dışından Türkiye’ye gelişini model aldığından INCOTERMS arasından seçilmiş FCA terimi ve anlamının sözleşmeye kattığı anlam, CISG’in ilgili hükümlerine göre öncelikli olarak göz önünde tutulmuştur.

Alıcının, taşınan malın mülkiyetini kazanması sadece riski üzerine alması ile değil semeni de ödemesi ile mümkün olabilir. Daha açık bir ifadeyle, alıcının mülkiyet hakkını kazanabilmesi için öncelikle satıcının *mülkiyeti devir iradesi ile* satılanın zilyetliğini alıcıya devretmesi gerekir. Bu anlamda örneğin semenin satıcı tarafından peşinen kabul ve tahsil edilmesi, taşınmak üzere taşıyıcıya teslim ettiği malın mülkiyetini alıcıya devretme iradesinde olduğunun da göstergesidir. Bu anlamda, satıcının zilyetliği devir sırasındaki iradesinin sorgulanmasında semenin ödenme anı önemlidir. Çalışma konusu bakımın-

6 Türk hukuku açısından ayrıntılı çalışma ve öğretici için bkz. Bayram, s. 32 vd.

7 Michael Bridge, *The International Sale of Goods: Law and Practice*, 2nd Edition, Oxford, 2007, s. 336.

8 “Edim hasarı” ve “bedel hasarı” kavramları için bkz. Andreas Schwarz (Çev.: Kudret Ayiter), “Satış Akdinde Hasarın İntikali”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4 S.1, 1947, s. 160 vd.; Altay, s. 184 vd.

9 Altay, CISG, s. 194.

10 Altay, s. 202; Ashhan Sevinç Kuyucu, *Incoterms (Uluslararası Ticari Terimler)*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011, s. 2 vd.

dan, riskin geçiş anı ile mülkiyetin devrini gerek gerçekleşmesi gerekse sonuçları bakımından birbirinden ayrı düşünmek zaruridir¹¹. Muayene şartlı akdedilen bir satım sözleşmesi bu anlamda satıcının malı, alıcıya ulaştırılması için taşıyıcıya teslim ettiği anda mülkiyeti devir iradesinde olmadığını gösteren bir kayıttır. Öyle ki, alıcı sözleşmede, muayene sonucu beğenme koşulu ile mülkiyeti devralmayı ve bunun karşılığı olan edimi ifa etmeyi (semeni ödemeyi) üstlenmiştir.

Riskin satıcıdan alıcıya geçmiş olması ile aslında kısaca, satım sözleşmesi uyarınca satıcının sattığı malın zilyetliğini alıcıya devretme borcunu yerine getirmiş kabul edildiği ve böylelikle de o andan itibaren alıcıdan karşı edimin (semenin) talep edilmesine hak kazandığı anlatılmaktadır. Riskin alıcıya geçmiş kabul edildiği durumlarda, şayet yük (taşınmakta olan satım konusu mal) seferde iken zarara uğramış ve alıcı satım konusu mala kavuşamamışsa, bundan dolayı satıcının satım sözleşmesinden kaynaklanan bir sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilerek; zararın karşılığı olan tazminatın, alıcının hukuki durumuna göre ya sigortacıdan ya da kusurlu ise taşıyıcıdan karşılanması gerekecektir¹².

II. Sigortalanabilir Menfaat Kavramı ve Satım Hukukundaki Riskin Geçiş İlişkisi

Mal sigortalarında menfaat, sigorta himayesinden faydalanacak kişi ile mal arasında parayla ifade edilen ekonomik değer ilişkisidir. Bu anlamda, bir zarar sigortası türü olarak mal sigortaları bakımından “*sigortalının menfaati*” denildiğinde, malın değeri değil; aksine sigortalı kişi ile o mal arasındaki ekonomik ilişki anlaşılır ki bu sebeple sigorta edilen bizzat mal değil; sigortalının onun üzerindeki menfaatidir¹³. Bu anlamda, örneğin madden değerli bir eşya üzerinde sadece duygusal ve anısal olarak menfaat sahibi bir kişinin, bu menfaatini sigorta himayesi altına aldırması mümkün değildir¹⁴.

Taşıma sigortası ile koruma altına alınan menfaat, gerçekleşmesi olasılık dahilinde bulunan taşıma rizikosuna satım hukuku ilişkisinde katlanmakla yükümlü olan kişinin (satıcının veya alıcının) ekonomik menfaatidir. Bu kişi mutlaka malın maliki olmak zorunda değildir; önemli olan, satım hukuku bakımından riskin

11 Riskin alıcıya geçmiş olması, mülkiyetin de devredildiği anlamına gelmemektedir Bkz. Süleyman Yılmaz “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 100, Cilt 9, 2014, s. 136.

12 Charles Debattista, *The Sale of Goods by Sea*, 2nd Ed., Butterworths, 4.02, 1998.

13 Şeker Zehra, *Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 86-88.

14 Kemal Şenocak, *Çifte Sigorta*, Turhan Kitapevi, Ankara 2002, s.24.

kimde olduğunu yani satım sözleşmesi uyarınca, satılan malın taşıma riskine katlanma yükümlülüğünün kime ait olduğunu bulmaktır. İşte bu kişi aynı zamanda, taşıma sigortası bakımından sigortalanabilir menfaate sahip olan kişidir¹⁵.

Sigorta hukukunda menfaat, hukuki değil ekonomik bir kavramdır, bir şahsın sigorta himayesi altında bulunmasını istediği mal ile arasında mülkiyet gibi bir hukuki ilişki bulunmasa da başka bir ekonomik ilişki, menfaat sahibi olarak kabul edilmesi için yeterlidir¹⁶. Öyle ki Türk Ticaret Kanunu'nun m. 1453/1 hükmü, "*Rizikonun gerçekleşmemesinde menfaati bulunanlar, bu menfaatlerini mal sigortası ile teminat altına alabilirler*" diyerek, örneğin sigortalının malik veya rehin hakkı sahibi olmasını şart koşmamıştır.

Satılan ve taşınan mal üzerindeki sigortalanabilir menfaatin ne zaman kimde olduğu konusu ise Milletlerarası Ticaret Odası tarafından hazırlanan ve taraflarca satım sözleşmesinin bir parçası haline getirilen ticari terimlerden hangisinin satım sözleşmesinde tercih edildiği ile doğrudan ilgilidir. Çünkü bu terimler aynı zamanda satım sözleşmesinin tarafları arasında satılan mal üzerindeki riskin hangi an el değiştireceğini de tayin eder. Lakin INCOTERMS olarak anılan bu terimler, uluslararası satım sözleşmesine ilişkin bütün hukuki sorunlara yanıt verebilecek düzenlemeler değildir. Örneğin, satım sözleşmesinin ana sorunlarından biri olan mülkiyetin el değiştirmesine ilişkin bir cevap INCOTERMS'de bulunmamaktadır. Mülkiyetin el değiştirmesi, satım sözleşmesine uygulanacak hukuka göre çözümlenecektir.

III. FCA Terimi ve Satım Hukukunda Riskin Geçişi

Satılan malın riskinin alıcıya geçişi, taraflarca sözleşmeye kabul edilen INCOTERMS çeşidinin sözleşmeye kattığı anlama göre belirlenirken; satılan malın mülkiyetinin ne zaman alıcıya geçtiği, şayet sözleşmeye uygulanacak hukuk Türk Hukuku ise CISG'in 30. maddesi ışığında belirlenir. Buna göre, satım sözleşmesinin sadece borçlandırıcı bir işlem olması; "*satıcının alıcıya mülkiyeti geçirmekle yükümlü olduğu*" hükmüyle CISG'de de ifade edilmiştir. Ancak, satım sözleşmesinin her iki tarafa -aynı anda- karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olduğu göz önünde tutulduğunda, alıcının semenin ödenmesi karşılığında yahut genel bir ifade ile mülkiyetin kazanılması iradesi ile malın zilyetliğini devraldığı an, mülkiyet hakkını da kazanmış kabul edilecektir. Bu sebeple örneğin muayene etmek için taşıyıcıdan yükün zilyetliğini devralmış olması, şüphesiz ki kendiliğinden ve -karşılıksız- olarak alıcıyı malik yapmayacaktır.

15 Samim Ünan, *Ticaret Kanunu Şerhi 6.Kitap Sigorta Hukuku Cilt II*, On İki Levha, İstanbul, 2016, s.9.

16 Şenocak, s. 25.

Her INCOTERMS’de olduğu gibi FCA türünde de, esas mesele, satıcının, sattığı malı alıcıya teslim edimini nerede nasıl gerçekleştirmiş sayılacağına kararlaştırılmasıdır. Ne var ki, uygulamada bu “teslim” kavramı, taşıyıcının “teslim” edimi ile karıştırılmakta ve taşıma sözleşmelerinde örneğin “*Taşıma FCA esasıyla yapılmaktadır*” gibi ifadelerle FCA’nın taşıyıcının taşıdığı yükü gönderilene teslim etme edimine yönelik bir anlaşma olduğu zannedilmektedir.

FCA, “*Free Carrier*” ibaresinin kısaltması olarak, satıcının satım konusu malı taşıyıcıya teslim etmesi ile birlikte satım sözleşmesindeki teslim edimini ifa ettiğinin kabul edilmesidir. Yani, satıcının, sattığı malın zilyetliğini taşıyıcıya devretmesi, satıcı tarafından zilyetliğin alıcıya devredilmesinin hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Kısaltmanın başındaki F (Free), taşıma sözleşmesinden doğan masrafın alıcıya ait olduğunu da anlatmaktadır. Bu vesileyle taşıma sözleşmelerinin içine de kayan bu terim, taşıma hukuku anlamında, taşıyıcının taşıma ücretini satıcıdan değil; alıcıdan talep edeceği anlamından başka bir değere sahip değildir.

Satıcı ve alıcının, uluslararası satım sözleşmesini FCA terimi üzerine inşa etmeleri, sadece satıcının teslim ediminin ifa zamanını ve yerini değil; aynı zamanda satıcı ve alıcının risk alanını tayin etmeleri bakımından da önemlidir. Diğer bir ifadeyle, sadece borçlandırıcı bir işlem olan satım sözleşmesinin akdinden itibaren, *mülkiyetin nakline kadar* satım konusu mal üzerinde oluşacak hasar veya yarar kime aittir sorusu tamamen FCA teriminin riskin geçişini an itibariyle tayin ettiği tanım ile çözümlenebilecek bir meseledir.

FCA terimli bir satım sözleşmesinde, satıcı malı taşıyıcıya teslim edinceye kadar geçen sürede riski taşır. Sadece hasarın değil yararın da bu zaman zarfına kadar satıcıda olması, sigorta tekniği bakımından da satım konusu mal üzerinde hala satıcının menfaat sahibi olması anlamına gelir. Satılan mal, yüklenmek üzere taşıyıcıya teslim edilmesiyle birlikte risk de satıcı üzerinden alıcıya geçecek ve bu kural alıcı semeni daha önce ödemiş olsa da olmasa da değişmeyecektir. Başka bir deyişle, satım sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte semeni ödemiş olan bir alıcıya hasar, her halükarda satıcının malı taşıyıcıya teslim ettiği an geçecektir¹⁷. Alıcıya riskin geçmesi, FCA bakımından, alıcının ne zaman semeni ödediği hususuna göre değil; taşıyıcıya malın teslim edildiği ana göre tespit edilebilecek bir konudur¹⁸. Ne var ki, sigorta tekniği bakımından alıcının hangi andan itibaren sigortalanabilir bir menfaatin sahibi olduğu

17 Şeker, s. 94.

18 Satım sözleşmesinde hiçbir Incoterms üzerinde anlaşılmamış olsaydı da CISG m.67/I hükmü gereği risk alıcıya, satıcının malı ilk taşıyıcıya vermesi ile birlikte geçecektir. CISG’in bu hükmü bakımından da riskin geçiş anı açısından malın mülkiyetinin kimde olduğu ve taşıma ile sigorta sözleşmelerinin kim tarafından yapıldığı göz önüne alınmamaktadır: Yılmaz, s. 138-139.

meselesi, alıcının o mal ile arasındaki ekonomik ilişkinin de kurulmasına bağlı olduğundan, salt riskin alıcıya geçmiş olması (malın taşıyıcıya teslim edilmiş olması), taşınan mal (yük) üzerinde kaza anında da alıcının sigortalanabilir menfaatin sahibi olduğu anlamına gelemez.

Riskin geçişi, satılan mal ile kurulacak ekonomik ilişkiye bağlı olarak doğan ve değişen bir durum değildir. Öyle ki, riskin geçişi tamamen satım hukukuna ait bir kavramdır ve tarafların edimlerinin ifası ile ilintilidir. Satıcının, sattığı malı yani mülkiyetini devretmeyi borçlandığı malın zilyetliğini (doğrudan veya dolaylı olarak) alıcıya devrederek ne zaman bu borcunu ifa etmiş kabul edileceği, satım sözleşmesinde kararlaştırılan teslim modeline göre değişen bir cevaba sahiptir. Buna karşın, satılan ve taşınmakta olan malın üzerinde kimin sigortalanabilir menfaatinin bulunduğu sorusunun cevabı, satılan mal üzerinde kimin ekonomik menfaate sahip olduğuna bağlıdır. FCA teslim modelinin satım sözleşmesinde kararlaştırılmış olması, sigorta sözleşmesinin kuruluşu anında alıcıyı müstakbel bir ekonomik menfaatin sahibi olarak görmemize olanak verse de Türk Ticaret Kanunu'nun 1408 inci maddesinin¹⁹, menfaatin varlığını sigorta sözleşmesi boyunca ve özellikle rizikonun gerçekleştiği anda da aradığı unutulmamalıdır.

Sigorta sözleşmesinin kurulması esnasında sigorta ettiren, satım sözleşmesindeki “alıcı” sıfatı sebebiyle henüz mülkiyetini edinmediği mal üzerinde “müstakbel menfaat sahibi” olarak kabul edilse bile, buradaki en önemli husus, kaza meydana geldiğinde, menfaat sahibinin kim olduğunu tekrar sorgulamak ve poliçede “sigortalı” olarak gözüken yani sigorta tazminatının alacaklısı olarak belirlenen kişinin, zarar anında da taşınan mal üzerinde ekonomik menfaatin sahibi olup olmadığını tespit etmektir. Birbiri ardı sıra değişen menfaat sahiplerinin menfaatlerinin, riziko anında kimin menfaat sahibi olacağı önceden bilinemiyorsa, “*kimin olacaksa onun lehine*” şeklinde sigortalanması (TTK m.1454/3) mümkün iken sigorta sözleşmesinden yararlanacak kişi ola-

19 Türk Ticaret Kanunu'nun 1408. maddesinin, menfaatin sözleşmenin başlangıcında da var olmasını araması ve dolayısıyla müstakbel menfaatin sigortalanmasına geçit vermemesi öğretide eleştirilmiştir. Özellikle, abonman sigorta sözleşmesi ilişkisinde, taşıma konusu olan yük üzerindeki müstakbel menfaatini sigortalatmak istemesi sigorta ettiren açısından, söz konusu yükün mevcut malvarlığının bir kalemi haline dönüşüp dönüşmeyeceğinin belli olmaması nedeniyle ortaya çıkan bir ihtiyaçtır. Bu açıdan, sözleşmenin kurulması sırasında değil rizikonun gerçekleştiği anda menfaatin varlığını yeterli kabul etmek, abonman sigortasının varlığını mümkün kılacak, Türk Ticaret Kanunu'nun 1408. maddesi hükmünün mevcut hali ve geçersizlik yaptırımı, abonman sigortasını imkansız hale sokacaktır (Serap Amasya, *Yük Sigortasında Abonman Sözleşmesi*, Der Yayınları, İstanbul, 2010, s. 91-94; hükmün aynı yönde eleştirisi için ayrıca bkz. Birgül Sopacı Öztuna, “Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi”, *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, (Ed.) Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 113-114.) .

rak (sigortalı) satım sözleşmesinin alıcısı gösterilmişse, sigortacı için öncelikli sorgulanacak konu, kaza itibariyle taşınan yük üzerinde sigortalı-alıcının sigortalanabilir menfaatinin bulunup bulunmadığıdır. Bu noktada sorulacak soru, alıcının sigorta ettiren sıfatıyla kendisini poliçede aynı zamanda sigortalı olarak da tayin etmesi halinde, kaza anı itibariyle taşınmakta olan malın maliki olup olmadığı veya mal üzerinde ne gibi bir “ekonomik menfaate” sahip olduğudur. Bu konuda, satılan malın ne olduğu ve satıcının taşıyıcıya ne teslim ettiğinin de tespiti ayrıca önemlidir.

IV. Satılan Malın Cins Borcu Niteliği ve Riskin Geçişine Etkisi

FCA satımda, riskin satıcıdan alıcıya geçmesi bakımından ana kriter, satıcının satılan malı yüklenmek üzere taşıyıcıya teslim etmesi olsa da, bu kuralın doğasından kaynaklanan bir ön koşul da, cins (nev'i) borçlarında satılan malın belirlenmiş ve ayırt edilmiş olmasıdır. INCOTERMS kitapçığında yer alan FCA teriminin lafzî tanımında açıkça cins borcu ile ilgili bir ayırım zikredilmemektedir. Keza CISG de ilgili hükümlerinde parça borcu-cins borcu ayırımında bulunmamıştır. Ne var ki, CISG'in riskin geçişine ilişkin temel ilkesi, doğrudan veya dolaylı olarak satılan şey üzerinde fiili hakimiyete sahip kişinin riske katlanmasıdır²⁰. Bu noktada taşıyıcıya teslimin yeterli olmadığını, satılan şeyin satım sözleşmesine de özgülenmiş halde taşıyıcıya teslim edilmesi gerektiğini ifade eden 67(2) inci maddesinde cins borcuna etkili bir kural şu şekilde yer almaktadır: “*Taşınan malların ayırt edici işaretler, taşıma belgesindeki kayıtlar, alıcıya yapılacak bildirim veya herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez*”.

Bu düzenlemedeki “*malların sözleşmeye tahsis edilmesi*”yle kastedilen, cins borcunun alıcı için ayırt edilmesi ve satım sözleşmesindeki taahhüde özgülenmesidir²¹. Bu anlamda, malın paket veya ambalajının üzerindeki satıcı-alıcı bilgileri bir nev'i “ayırt edici işaret” olarak; taşıma aracına yüklenen malın teslim-tesellüm tutanağı veya taşıma senedine yazılmış dökümü “taşımaya ait belgelerde yer alan kayıtlar” olarak ya da malın taşıyıcıya teslimini müteakip taşıma belgelerinin alıcıya gönderilmesi de “bildirim” suretiyle satıcının malı sözleşmeye tahsis ettiğinin veya *belirlenmiş ve ayırt edilmiş cins borcunu* ifaya başladığının göstergesi olarak kabul edilebilir. Sözleşmeye tahsis ve satıcının taahhüdüne özgü hale getirmek, taşıma belgelerinden veya ambalajların üzerin-

²⁰ Altay, CISG, s. 203.

²¹ Satıcı bu özgülemeyi gerçekleştirmediği sürece, sözleşmenin konusu olan “çeşidi” (cinsi) tekrar tedarik etmek ve alıcıya teslim etmekle yükümlüdür; edim hasarı alıcıya geçmeyecektir. Bu sebeple, bedel hasarının da alıcıya geçmesi mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Altay, CISG, s. 203.

deki etiketlerden ya da alıcıya yapılan bildirimlerden bu malın alıcıya gittiğinin anlaşılmasıdır. Bu noktada, satılan mal cins borcu olduğunda, taşıyıcı tarafından “*tesellüm alınan mal*”ın ne olduğu önem arz eder. Çünkü satıcının taşıyıcıya malı teslim ettiği an alıcıya, taşıyıcıya teslim edilen malın değil; teslim edilip de satım sözleşmesine özgülenmiş malın riski geçecektir. Buradaki ana fikir, satıcının taşınmakta olan malı (yükü) taşıyıcıya teslim etmesindeki amacın, satım sözleşmesinde cins borcu olarak belirlenen malın “ifaya konu edildiği”nin de anlaşılmasıdır. Başka bir deyişle, cins borcunu ayırt ederek bireyselleştirme ve parça borcu halinde dönüştürme, aslında satıcının *kendi edimini ifaya başladığının* göstergesidir. Buna ilaveten, satıcının (ayırt edilmiş) eşyayı taşınması ve alıcıya ulaştırılması için taşıyıcıya teslim etmesi de, riskin alıcıya geçebilmesi için satıcının kendi edimine yönelik ifa hareketlerine geçtiğinin göstergesi olarak gerek FCA’nın gerekse CISG’in aradığı somut koşuldur²².

Taşıyıcının zilyetliğinde bulunan ve alıcıya götürülmesi için “*belirli hale getirilerek alıcıya özgülenmiş mal*” üzerinde zilyetlik anından itibaren oluşacak tüm tehlike, alıcının risk sahasında kabul edilecektir²³. Bu noktada taşıyıcının ne teslim aldığı, sefer esnasında oluşacak kazada yüke ilişkin sigorta tazminatına esas zararın tespiti bakımından çok önemlidir. Bu hususun ispatı, uluslararası karayolu taşımacılığı söz konusu olduğu için, özellikle CMR-taşıma senedi ile yapılır. Çünkü, CMR-taşıma senedi, CMR Konvansiyonu’nun 9.1 inci maddesi uyarınca taşıyıcının tesellüm makbuzu olarak da ispat fonksiyonu görür²⁴. Fakat CMR-taşıma senedinde veya sair bir taşıma-yükleme-tesellüm belgesinde, kaç koli, kaç adet ne tür ürünün alıcıya ulaştırılmak üzere taşıyıcıya teslim edildiği belli değilse, taşıma aracındaki yükün satım hukuku anlamıyla “*belirlenmiş ve ayırt edilmiş cins borcu*” teşkil etmeyeceği düşünülmelidir. Örneğin, CMR-taşıma senedinin “işaretlemeler, paket sayısı, paket türü” başlıklı kısımları boş bırakılmış ve yükün sadece kaç kilogram olduğu beyan edilmişse, yükün ne olduğu da sadece cins olarak “elektronik alet” gibi nev’i olarak yazılmışsa, taşıyıcının imzasını haiz her hangi bir belge ile de neyin teslim alındığının dökümü (koli/paket sayısı, içeriğindeki ürünün ismi ve adet miktarı, ağır-

22 Riskin geçişi bakımından CISG’de satıcının teslim yükümlülüğüne yönelik ifa eylemlerine geçtiğinin merkez alındığı bu modern anlayışın Türk Borçlar Kanunu’nda da takip edildiği hakkında bkz. Yeşim Atamer “Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı-Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk açısından BK m.183’ün Farklı Okunması Gerekliği”, (Ed.) Abuzer Kendigelen ve Nami Barlas, *Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul, Beta, 2000, s. 131-167.

23 Sabah Altay, *Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 133-135.

24 CMR-taşıma senedinin, yükün taşıyıcı tarafından teslim alınması vakasının ispatına yönelik delil niteliği (*prima facie evidence*) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ecehan Yeşilova, “CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.1, 2005, s. 251-261.

lığı gibi) yapılmamışsa, satıcının taşıyıcıya teslim ettiği malın “belirlenmiş ve ayırt edilmiş cins borcu” olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Taşıma aracının içine paket ve koli olarak yerleştirilen mal açısından CMR-taşıma senesinde kaç paket (veya koli/çuval/sandık) olarak yüklendiği belirtilmemişse, bunların içeriğinde hangi üründen kaç adet olduğuna dair etiketleme veya sair bir ayırt edici işaret de kullanılmamışsa, paketlerin üzerinde de satım sözleşmesine özgülenme emaresi olabilecek etiket ve benzeri bilgiler bulunmuyor ya da bu bilgileri içerecek bir teslim-tesellüm makbuzu düzenlenmemişse, CMR-taşıma senesinde de sadece ağırlık ölçüsü ile cins bilgisi yer alıyorsa, taşınan mala ilişkin riskin taşıyıcının tesellümünden itibaren alıcıya geçmesinden söz edilemez. Taşınmakta iken zarara uğrayan satım konusu mal, cins borcu niteliğinde olmasına rağmen, taşıyıcıya bu şekilde yani satım sözleşmesine ve alıcıya özgülenmeden veya cins borcunun bireyselleştirildiğinin bir yazılı delili bulunmadan teslim edilmişse satım hukukuna göre risk hala satıcıdadır.

Böyle bir durumda da, sigorta poliçesinde “alıcının” sigortalı olarak tayin edilmiş olması halinde, satılan (ve taşınmakta olan) mal üzerinde kaza anı itibariyle riskin hala satıcıda bulunması sebebiyle, sigortalının “sigortalanabilir menfaatinin” bulunmaması nedeniyle *sigorta tazminatı üzerinde talep hakkının bulunmadığını* belirlemek kaçınılmazdır. Lakin, taşıyıcının tesellüm aldığı mal belirlenmiş, satım sözleşmesine özgülenmiş olsaydı ve bu hususta CMR-taşıma senedi ya da bir teslim-tesellüm belgesi ile nelerin alıcıya ulaştırılmak üzere taşıyıcıya teslim edildiği ispatlanabilseydi yani *riskin alıcıya geçtiği kabul edilebilseydi* yine de “muayene şartlı” bir satım sözleşmesinde, sigortalı alıcının sigorta sözleşmesinin alacaklısı olamayacağını açıklayabilmek için bir hususa daha dikkat çekmek gerekecektir.

Sigorta hukuku bakımından alıcının riziko anı itibariyle “sigortalanabilir menfaatinin” bulunması sadece satım sözleşmesi uyarınca riskin satıcıdan alıcıya geçmiş olmasına değil; bununla birlikte zarara uğrayan mal ile sigortalının arasında ekonomik bir ilişkinin de olmasına da bağlıdır. Bunun anlamı, taşıma aracının trafik kazası neticesinde taşınan malda olduğu iddia edilen zarar, sigortalının malvarlığında bir eksilme yaratmalıdır. Taşıma (yük) sigortasının, mal sigortası olarak “zarar sigortası” türü olduğu düşünüldüğünde, “zarar sigortası” kavramında yer alan “zarar” kelimesi, malın bizatihi kendisinin zıya veya hasar şeklinde zarara uğramasını değil; teminat altına alınan rizikoların oluşumunun, sigortalının malvarlığını bir suretle etkilemesini anlatır²⁵. Taşınan mal,

25 Rayegan Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, On İki Levha, 10. Baskı, İstanbul, 2011, s. 198; Emine Yazıcıoğlu, Zehra Şeker Ögüz, *Sigorta Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2020, s. 83.

kaza neticesinde yer yüzünden tamamen yok olmuş olsa bile (tam zıya), bu durum sigortalının malvarlığını azaltmamışsa, ortada sigortacının tazmin edeceği bir zarar da yok demektir. O sebeple, riziko günü itibariyle bakıldığında, sigortalı-alıcının, bu mal karşılığı malvarlığının aktifinden bir ödeme (semen) çıktığı sabit ise teknik olarak sigortalının malvarlığının azalmasından ve sigortalının kaza sebebiyle zarara uğramasından bahsedilecektir. Çünkü malvarlığının aktifinden ödeme çıkmış ve fakat bunun karşılığı olarak satın alınan mal aktife girememişse, sigortalının malvarlığı oluşan riziko sebebiyle olumsuz etkilenmiş kabul edilir.

Bu açıdan satım sözleşmesinde alıcının ediminin ifa zamanı (semeni ödeme yükümlülüğünün doğumu) ile ilgili hüküm incelenmelidir. Şayet, sözleşmede muayene şartı yer almakta ve alıcının ediminin muacceliyeti, varma yerinde gerçekleştirilecek muayene sonucu malın kalitesinin beğenilmesiyle birlikte gerçekleşeceği düzenlenmekte ise taşıma rizikosunun olduğu gün (kaza) itibariyle muayene henüz gerçekleşmediğinden, alıcının malvarlığından da bu malların ekonomik karşılığı (semen) henüz eksilmemiş olacaktır. Taşınan mal zarara uğramış olsa da sigortalı alıcının malvarlığı bu kaza sebebiyle eksilmiş değildir. Zarara uğramamış bir sigortalının, sigorta tazminatı talep etmesi de salt malın kendisinin zarara uğradığını ileri sürerek mümkün olmayacaktır.

V. Malların Uygun Olmamasının Riskin Geçişine Etkisi

Satılan malların sözleşmeye uygunluğu, CISG madde 35 hükmünde iki bölümde incelenmiştir. Hükmün 1. fıkrasında, taraflar arasında akdedilen satım sözleşmesinde satılanın miktarı, kalitesi, türü ve paketlenmesi yahut muhafazası bakımından özel getirilen koşullara uyulması gerekliliği (*subjektif uygunluğu*) üzerinde durulmuştur. Hükmün 2. fıkrasında ise şayet sözleşmede uygunluk kriteri düzenlenmemişse, bu fıkra dört bent halinde düzenlenen asgari uygunluk kriterlerinin (*objektif uygunluk kriterlerinin*) sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Tür ve kalite bakımından malın mutad kullanım amacına uygun olması; malın -belirtilen- özel kullanım amacına uygun olması; malın alıcı tarafından önceden verilen numuneye veya modele uygun olması ve nihayetinde de malın muhafazası ve korunmasına yönelik mutad şekilde paketlenmiş olması taraflarca sözleşmeye yazılmamış olsa da CISG'in kendisinin belirlediği asgari uygunluk ölçütleridir²⁶.

Satım konusu malın ayrıca taşıma sözleşmesine de konu olması durumunda

26 Malın sözleşmeye uygunluğu açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Pelin Baysal, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayrıntı Sorumluluğu", (Ed.) Şükran Şıpka ve Ahmet Cemil Yıldırım, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri*, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 222-248.

satıcının özellikle paketleme ve muhafaza tercihi sefer sırasında oluşan riskin sonucu olan zararın doğumuna katkısı bakımından ön plana çıkmaktadır. CISG m.35(2)-d hükmünde kullanılan “mutad” paketlemeden neyin kastedildiği taraflar arasında açık değilse Konvansiyonun 9. maddesi bu hususun taraflar arasındaki teamüllere ve uluslararası teamüllere göre belirleneceğini ifade etmiştir. Satılan malın uygun paketlenmesi ve onu olağan risklerden koruyacak nitelikte bir muhafazaya sahip olması, alıcının malı sağlam teslim alabilmesi için CISG’de satıcının yan yükümlülüğü olarak düzenlenmiştir. Bu mal hele ki bir başka yere gönderilecekse bu yolculuğa uygun muhafazası “mutad”lık kriteri içerisinde kalmak şartıyla satıcının yükümlülüğüdür. Ne var ki, CISG bu konuda uygun olmayan paketleme ve muhafaza seçimini, riskin alıcıya geçişinin önünde bir eşik olarak değil; bilakis satıcının tazminat sorumluluğu olarak 35-36. maddelerinde düzenlemiştir. Böylelikle, sözleşmeye eklenen INCOTERMS terimi veya bunun yokluğunda CISG m.67-69 hükümleri gereği, yükün içinde bulunduğu özelliklerin sübjektif veya objektif açıdan sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi halinde satıcının sorumluluğu gündeme gelse de, şartları gerçekleşmişse risk yine de alıcıya geçecek ve dolayısıyla da satıcının semeni talep hakkı doğacaktır. Ne var ki, bu durumda dahi alıcı, satıcıya düşen yükümlülüklerin ihali ve sözleşmeye esash aykırılık durumları için CISG m. 48-50 hükümlerinde düzenlenen sözleşmeden dönme, tazminat veya bedelden indirim haklarından birini kullanabilecektir. Alıcının bedelden indirim hakkını kullanması halinde, satıcıya indirilmiş bedel üzerinden semeni ödemesi gerekecektir²⁷. CISG m. 70 hükmünde, riskin alıcıya geçmesinin, satıcının edimi bakımından satım sözleşmesine aykırılığın hukuki neticelerini alıcının satıcıdan talep etme hakkını haleldar etmeyeceğinin düzenlenmesi açıkça riskin geçişinde edimin ne şekilde ifa edildiğinin öneminin olmadığını düzenlemektedir²⁸. Satıcının, edimin ifası yolunda hazırlık çalışmalarına başlamış olması (ayırt etmesi, taşıyıcıya teslim etmesi, tesellüme ve içeriğine ilişkin taşıma belgelerinin tanzimi) riskin alıcıya geçişi için yeterli kabul edilmiştir.

Satılan ve taşınmak üzere taşıyıcıya teslim edilen malın satım sözleşmesine aykırılık teşkil etmesi halinde alıcının satıcıya karşı sahip olduğu tazminat hakkının, CISG m.67-69 arasında düzenlenen riskin (hasarın) geçişine ilişkin kurallardan etkilenmediğinin CISG m.70 hükmünde düzenlenmiş olması da riskin geçişi kuralında taşıyıcıya teslim edilen malın vasfının sözleşme şartlarını taşımamasının etkili olmayacağını ortaya koymaktadır²⁹.

27 Altay, CISG, s. 219, 220.

28 Yılmaz, s. 143-144.

29 Bayram, s. 179.

VI. Varma Yerinde Muayene Şartlı FCA

Geleneksel bir FCA terimli satım sözleşmesinde, satıcının cins borcu taşıyıcıya teslim edilirken “belirli ve ayırt edilmiş” olması koşuluyla (1 koli 325 adet 90 kg şalter gibi), taşıyıcının bu malı teslim alması anından itibaren risk alıcıya geçecek ve sefer sırasında mal zıya olsa bile alıcı satıcıdan aynı edimi tekrar ifa etmesini isteyemeyecek buna karşılık semeni ödeme yükümlülüğü altında olacaktır. Buna karşılık, “muayene şartlı” ve FCA terimli bir satım sözleşmesinde, FCA’nın anlamı, satıcının belirlenmiş ve ayırt edilmiş cins borcunu taşıyıcıya teslim ettiği andan itibaren riskin satıcıdan alıcıya geçmesi değildir. Çünkü, alıcının beğenip beğenmeyeceği belli olmayan bir malın taşıma süresince oluşacak riskini, yüklenme zamanından itibaren üzerine alması hayatın olağan akışına aykırıdır. Muayene şartlı FCA’nın anlamı, riskin geçiş anını taşıyıcının teslimine bağlamak değil; bilakis taşıma sözleşmesinin ve sigorta sözleşmesinin akdinin ve masraflarının alıcıya ait olduğunu belirlemektir. Böyle bir satım sözleşmesinde FCA teriminin, riskin geçişine yönelik sonucu kullanım dışıdır.

Muayene şartlı FCA teriminin sadece, muayene bitip malların kalite bakımından kabul edildiği beyanına kadar mal üzerinde oluşabilecek tüm riskin satıcıya ait olduğu ve fakat muayene anına kadar gerekli taşıma ve sigorta akitlerinin masraflarına alıcının katlanacağı sonucu sözleşmede kullanım alanı bulabilir. Böylelikle, alıcı taşıma ücretini ve sigorta primini üstlenmişse de, muayenenin olumlu rapor ile bitmesine kadar risk satıcıda kalacak, satıcı ancak bu bildirimle “malın alıcıya teslimi” edimini ifa etmiş sayılacaktır.

Bu şartlar altında da, sigortalı-alıcının sefer esnasında rizikonun oluşması sebebiyle kendisine ulaşmayan (dolayısıyla da muayene edemediği) sevkiyat içeriği mallar bakımından malvarlığının bu kazadan olumsuz etkilendiğini söyleyerek sigorta tazminatı istemesi mümkün olmayacaktır. Zarar sigortaları bakımından, sigortalının malvarlığının zarara uğradığının kabul edilebilmesi bakımından, sigorta konusu malın maddesel varlığının ihlal edilmesi (eksilmesi, bozulması, yok olması) gerekli ise de yeterli değildir. Taşıma sigortasında zarardan söz edebilmek için, yükün maddesel varlığının ihlal edilmesi sonucunda sigortalının malvarlığının da kötüleşmiş olması yani malvarlığının aktifin eksilmesi gerekmektedir³⁰

Sonuç

Satım konusu cins borcunun, belirli hale getirilip satım sözleşmesine özgülenmemiş olması halinde CISG madde 67(2) hükmü uyarınca, mal taşıyıcıya

30 Ünan, s. 91.

teslim edilmiş olsa da, alıcıya özel bir ayırma ve tahsis olmadığı için risk alıcıya geçmeyecektir. Teslim-tesellüm belgesi, yükleme listesi gibi taşıyıcının satıcıdan, alıcıya ulaştırılmak üzere ne (hangi üründen kaç adet) teslim aldığını ispatlayan bir belge veya CMR-taşıma senedinde taşıma aracına hangi üründen kaç paket ve kaç adet yüklendiğini gösteren bir beyan bulunmadıkça sözleşmede yer alan FCA kaydına rağmen satılan mal üzerindeki risk hala satıcı üzerinde kalacaktır. Böyle bir durumda da alıcının, sigorta poliçesinde “sigortalı” olarak gösterilmiş olmasına rağmen, riski taşıyan taraf olmadığı için sigortalanabilir bir menfaatinin olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

Taşınan malın içeriği belirlenmiş ve ayırt edilmiş olarak satım sözleşmesine ve alıcıya özgülenmiş olup da bu durum satıcı veya taşıyıcı tarafından belgelenmiş olsaydı risk, FCA teslim modeli gereği, malın taşıyıcıya teslimi ile birlikte alıcıya geçmiş olacaktı. Ancak muayene şartlı FCA terimli satım sözleşmesinde, muayene imkânı oluşmadan yük seferdeyken riziko oluşur ve alıcının muayene imkânı ortadan kalkarsa, alıcının muayene ve beğenme koşulu gerçekleşmediği için semeni ödeme edimi muaccel olmayacaktır. Bunun anlamı, alıcı-sigortalı riziko itibarıyla söz konusu malın karşılığı olarak malvarlığının aktifinden bir ödeme gerçekleştirmeyeceği için, mal tamamen taşıma esnasında yok olmuş olsa bile, sigortalı zarara uğramış kabul edilemeyeceğinden sigorta tazminatı talep hakkı olmayacaktır.

KAYNAKLAR

- Altay, Sabah, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçişi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2013 (Anılış: *Altay, CISG*)
- Altay, Sabah, *Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Amasya, Serap, *Yük Sigortasında Abonman Sözleşmesi*, Der Yayınları, İstanbul, 2010.
- Atamer, Yeşim, “Satım sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı-Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk açısından BK m.183’ün Farklı Okunması Gerekliği”, (Ed.) Abuzer Kendigelen ve Nami Barlas, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, Beta, İstanbul, 2000.
- Bayram, Aziz Erman, *Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişi*, Yetkin, Ankara, 2017.
- Baysal, Pelin, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu”, (Ed.) Şükran Şıpka ve Ahmet Cemil Yıldırım, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri*, On İki Levha, İstanbul, 2012.
- Bridge, Michael, *The International Sale of Goods: Law and Practice*, 2nd Edition, Oxford, 2007.
- Çetiner, Bilgehan, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, (Ed.) Şükran Şıpka ve Ahmet Cemil, Yıldırım, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri*, On İki Levha, İstanbul, 2012.
- Debattista, Charles, *The Sale of Goods by Sea*, 2nd Ed., Butterworths, 1998.
- Erdem, Ercüment, “Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı” (Ed.) Şükran Şıpka ve Ahmet Cemil Yıldırım, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri*, On İki Levha, İstanbul, 2012.
- Kender, Rayegan, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, On İki Levha, İstanbul 2011.
- Kuyucu, Ashhan Sevinç, *Incoterms (Uluslararası Ticari Terimler)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.
- Schwarz, Andreas, (Çev.: Kudret Ayiter), ‘Satış Akdinde Hasarın İntikali’, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.1, 1947.
- Sopacı Öztuna, Birgül, “Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi”, *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, (Ed.) Samim Ünan, Emine Yazıcıoğlu, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- Şeker, Zehra, *Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001.
- Şenocak, Kemal, *Çifte Sigorta*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Ünan, Samim, *Ticaret Kanunu Şerhi 6.Kitap Sigorta Hukuku Cilt II*, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- Yazıcıoğlu, Emine ve Şeker-Öğüz, Zehra, *Sigorta Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- Yeşilova, Ecehan, “CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti”, *Dokuz Eylül Üniversitesi*

Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, 2005.

- Yılmaz, Süleyman, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 100, C. 9, 2014.

Sigorta Sözleşmesinden Doğan Alacağın Devri ve Konkordato*

Assignment of the Receivable Incurring from Insurance Contract and Ordinary Debt Restructuring Agreement

Ecehan Yeşilova Aras**

ÖZ

İcra ve İflas Kanunu'nun madde 294/VI. hükmü uyarınca, konkordatoya tabi borçlunun, kesin mühletinin verilmesinden önce akdettiği *-müstakbel bir alacağı-* ilişkin devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, devre konu alacağın mühletinin verilmesinden önce doğması gerekmektedir. Borçlunun mühlet öncesi akdettiği alacağın devri sözleşmesi şayet sigorta sözleşmesinden doğan alacağına ilişkin ise sigorta hukuku anlamıyla "müstakbel" alacak ve "alacağın doğması" kavramlarının açıklanması hükmün uygulaması bakımından önemlidir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1401, 1421 ve 1427.maddelerini borçlar hukuku genel ilkeleri altında doğru bir şekilde tasnif etmek ve öncelikle sigortacının aslî borcunun ne olduğunu ve bunun doğum anını ardından da sigortacının bu borcu ifa zamanını birbirinden ayırmak; çalışma konumuz olan İcra İflas Kanunu'nun 294/VI. maddesi hükmü bakımından önemlidir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1401 ve 1421.maddeleri birlikte yorumlandığında, prim ödeme borcunun karşı ediminin yani sigortacının borcunun, rizikoyu taşımak ve rizikoya karşı himaye sunmak olduğu görülmektedir. Sigorta tazminatının ödenmesi, bu himayenin sunuluşudur, yani ifasıdır. İcra ve İflas Kanunu'nun konkordato hükümleri içerisinde yer alan ve çalışma konusu yapılan hükmü ise alacağın ifası ile değil; alacağın doğumu ile ilgilidir.

Anahtar Kelimeler: Sigorta tazminatı, konkordato, alacağın devri, konkordato mühleti, müstakbel alacak.

ABSTRACT

In order for the assignment *-regarding a future receivable-* of the debtor subject to ordinary debt restructuring agreement to be valid before the definite moratorium is given, the assignment (transfer agreement) must be created before definite moratorium is given pursuant to provision VI of Article 294 of Enforcement and Bank-

* Makale gönderim tarihi: 07.07.2020. Makale kabul tarihi: 19.07.2021. Ecehan Yeşilova Aras, "Sigorta Sözleşmesinden Doğan Alacağın Devri ve Konkordato", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2021, s. 663-682; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.02.03>.

** Doç. Dr., İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticaret Hukuku ABD, İzmir-Türkiye. İletişim: ecehan.aras@idu.edu.tr, orcid.org/0000-0001-8009-2723.

ruptcy Code. If the agreement on the transfer of the receivable which the debtor contracted before the definite moratorium is about the receivable incurring due to an insurance agreement, it is important to explain the concepts “future” receivable and “emergence of the receivable” in terms of insurance law. It is also important to classify the Articles 1401, 1421 and 1427 of the Turkish Commercial Code under the general principles of the obligations law and to distinguish between the actual debt of the insurer and the time of its emergence and then the due date of the insurer’s debt in terms of provision VI of Article 294 of Enforcement and Bankruptcy Code which is the subject of our study.

When the Articles 1401 and 1421 of the Turkish Commercial Code are evaluated together, it is seen that the counter action of the premium payment debt, that is, the debt of the insurer, is to carry the risk and provide protection against it. The payment of insurance indemnity claim is the realization, or in other words, the execution of this protection. The provision that is the subject of this study and is included in the ordinary debt restructuring agreement provisions of the Enforcement and Bankruptcy Code is not about the execution of the debt but it is related to the emergence of the debt.

Keywords: Paymnet of indemnity claim, ordinary dept restructuring agreement, assignment of receivables, definite moratorium, future receivable.

Giriş

İcra ve İflas Kanunu’nun 294. maddesinin VI. fıkrası, konkordato alacaklılarının müracaat edebileceği borçluya ait malvarlığını korumak için getirilen bir hükümdür. Konkordatoya tabi borçlunun, kesin mühletin verilmesinden önce, alacakları üzerinde yaptığı “*devir sözleşmesi*” şeklindeki tasarrufunun geçerliliği ile ilgili bu düzenlemenin, sigorta sözleşmesinden doğan alacak özelinde incelenmesi ve hükümde kullanılan “*müstakbel alacak*” ve “*alacağın doğması*” kavramlarının sigorta hukuku bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anılan hükme göre, borçlunun kesin mühletin verilmesinden önce akdettiği -*müstakbel bir alacağa*- ilişkin devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, devre konu alacağın mühletin verilmesinden önce doğması gerekmektedir. Başka bir deyişle, mühletin verilmesinden önce akdedilmiş ve müstakbel bir alacağa ilişkin devir sözleşmesi, alacağın mühletten sonra doğması halinde hükümsüz olacaktır. Devir sözleşmesinin konusu olan alacak, sigorta sözleşmesi ile ilişkilendirilmiş ise konkordato mühleti içerisindeki tacirin (sigorta ettiren veya sigortalı sıfatıyla) sigortacı karşısındaki devre konu edilmiş alacağının *doğacağı anı* yani devir esnasında “*müstakbel alacak*” niteliğinde olup olmadığını ve sigortacı tarafından ödenme zamanını (ifa zamanını) birbirinden doğru şekilde ayırmak, İcra İflas Kanunu’nun söz konusu hükmünün uygulama alanını belirleyebilmek için bir zorunluluktur.

Çalışmanın amacı, sigorta ettirenin (ve aynı zamanda sigortalının) sigorta sözleşmesinden doğan alacağının, uygulamada ve doktrinde sıklıkla görüldüğü üzere “sigorta tazminatı alacağı” olarak zikredilmesinin teorik olarak doğruluğunu sorgulamak; buradan hareketle sigortacının borcunun doğduğu an ile ifa zamanını Türk Ticaret Kanunu’nun 6. kitabı hükümleri doğrultusunda tespit etmek ve bu sonuçları İcra ve İflas Kanunu’nun 294/VI. maddesine tatbik etmektir.

I- Sigortacının Aslı Edim Yükümlülüğü

A. Genel Olarak

Sigortacının aslı edim yükümlülüğünün ne olduğu, üzerinde hem fikir olmayan bir mesele değildir. Farklı görüşler, ana iki teori altında birleşmiş ve kanun koyucuların hangi teoriyi benimsediği ile ilişkili olarak da o ülkenin sigorta hukuku hükümlerinde, sigortacının aslı borcu da ona uygun olarak şekillenmiştir.

Tehlikeyi taşıma teorisi olarak Möller tarafından savunulan görüşe¹ göre, sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan aslı borcu, sözleşmede riziko olarak benimsenen tehlikeyi sözleşme süresince taşımaktır. Rizikonun gerçekleşip gerçekleşmemesi, bu teoriye göre sigortacının aslı borcunu etkileyen bir unsur değildir. Bilakis, rizikonun gerçekleşmesi ile birlikte, sigortacının tehlikeyi taşıma borcunun, bu oluşan tehlikeyi bertaraf edebilmek için “ödeme yapma” şekline büründüğü kabul edilmektedir. Bu anlamda, sigorta ettirenin (ve aynı zamanda sigortalı konumundaki kişinin) beklentisi, rizikonun gerçekleşmesi halinde, zararın “ödeme” ile telafi edileceği taahhüdünün ifasıdır. Lakin sigortacı tarafından ödeme yapılması, sigortacının rizikoyu taşıma borcunun sadece evrilmiş halidir. Bu teoriye göre, sözleşme süresince, rizikoyu taşıma anlamında sigortacının gerekenleri yapmaması (reasürans sözleşmesi akdetmemesi, ödeme için rezerv ayırmaması gibi), sigortacının borca aykırı davranması anlamına geleceğinden, sigorta ettirenin borçlar hukuku hükümlerine² göre tazminat talep edebilmesine yol açacaktır.

Bu teorinin karşısında bulunan ve ağırlıklı görüşü ifade eden *parasal edim teorisine*³ göre ise sigortacı, sigorta sözleşmesi uyarınca rizikonun gerçekleş-

1 “Gefahrtragungstheorie” bkz. Horst Baumann, Bruck/Möller, *Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar*, Erster Band, 9. Auflage Berlin 2008, §1 Rn.27, 28; Hans-Peter Schwintowski, *Berliner Kommentar Zum Versicherungsvertragsgesetz*, (Honsell H. Hrsg.), Springer, 1998, § 1 Rn.27.

2 Aslı edim yükümlülüğü, borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu asıl borçtur; alacaklının da alacak hakkının nedenini oluşturur. Bu nedenle, alacaklı tarafından doğrudan ifası dava edilebilir veya Türk Borçlar Kanunu madde 125 hükmüne göre hareket edebilir (Ayrıntısı için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, Beta, Ankara, 2018 s.31-32).

3 *Geldleistungstheorie* : Baumann, Bruck/Möller § 1 Rn.29; Schwintowski, Berliner Kommentar, § 1 Rn.27.

mesi ile oluşan zararı giderecek belirli (poliçe koşullarındaki) ödemeyi gerçekleştirmeyi borçlanmıştır. Riziko anına kadar geçecek sürede tehlikeyi taşımak, sigortacı bakımından aslı bir edim değil; bilakis aslı borcu olan ödemeyi gerçekleştirebilmesi için alması gereken tedbirler olarak sadece yan yüküm şeklinde düşünülebilir. Bu anlamda, ödemeyi gerçekleştirebilecek güce borçlunun (sigortacının) sahip olabilmesi için alınması gereken tedbirler, birer –ifaya yardımcı yan yüküm- olarak edim sonucunun borçlanıldığı her sözleşmede mevcuttur⁴, sigorta sözleşmesine has bir özellik değildir.

Her iki teorinin de eksik ve eleştiriye hak eden yönlerinin bulunması sebebiyle, Alman kanun koyucusu, 1.1.2008’de yürürlüğe giren Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (VVG)⁵ ile getirdiği yeni tanım maddesinde, teorileri birleştirmiş gibi gözükerek yeni bir cümle kurmuştur⁶. Bu yeni hükümde⁷, sigortacının edim yükümlülüğünün, sigortalıyı belirli bir rizikoya karşı, o riziko gerçekleştiğinde ödeme yapmak suretiyle himaye altına almak olduğu ifade edilmiştir. Sigortacının aslı edimi “himaye sağlama ve ödeme yapma” şeklinde⁸ kombine halde düzenlenirken, riziko olarak belirlenen olayın gerçekleşmesiyle birlikte, sigortacının “himaye” veya ilk teoride “rizikoyu taşıma” olarak adlandırılan edimi, bu sefer “parasal telafi etme” edimine dönüşmektedir⁹. Sigortacının da sigorta ettirenden “karşı edim” olarak beklentisi, primin ödemesidir. Böylelikle, sigortacının “himaye ve parasal telafi” olarak kombine hale getirilmiş borcu ile sigorta ettirenin prim ödeme borcu, sigorta sözleşmesine karakterini veren karşılıklı aslı edim yükümlülükleri olarak düzenlenmiştir¹⁰.

4 İfaya yardımcı yan yükümlülüklerin, aslı borca bağlı olduğu bu nedenle ondan ayrı olarak ifasının talep edilemeyeceği hakkında bkz. Eren, 37-39.

5 *Gesetz über den Versicherungsvertrag*, 23.11.2007 (BGB1. I S. 2631).

6 Türk Ticaret Kanunu’nun 6. kitabının büyük ölçüde mehzasını teşkil eden Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu ise (2008 yılı itibarıyla) yürürlükten kalkan 1908 tarihli Kanundur.

7 VVG 2008 § 1: *Der Versicherer verpflichtet sich mit dem Versicherungsvertrag, ein bestimmtes Risiko des Versicherungsnehmers oder eines Dritten durch eine Leistung abzusichern, die er bei Eintritt des vereinbarten Versicherungsfalles zu erbringen hat. Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, an den Versicherer die vereinbarte Zahlung (Prämie) zu leisten.*

8 Ayrıca bkz. Carsten Veenker, *Die Fälligkeit von Geldleistungen des Versicherers Nach § 11 ABS. 1 VVG*, Hamburg 2008, s. 7; Erwin Deutsch, *Das Neue Versicherungsvertragsrecht*, 6. Auflage, Verlag, 2008, s. 7, § 5.

9 Sigortacının rizikoyu taşıması veya rizikoya karşı himaye sunması ile kastedilen, sigortacının rizikoyu üstlenmesi veya üzerine alması değildir. Riziko hala sigortalının üzerindedir ancak rizikonun oluşması ile menfaatin zarara uğraması neticesinde ortaya çıkacak ekonomik sonuçlar sigortacı tarafından telafi edilmektedir (Dirk, Looschelders, Langheid/Wandt, *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, Band 1, C.H Beck, München 2010, §1 Rn. 23).

10 Baumann, Bruck/Möller, §1 Rn. 30-34, 38.

Mehazımızı teşkil eden ve şu an için yürürlükte bulunmayan Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'ndaki tanım maddesinde¹¹ ise zarar sigortalarında sigortacının aslî edim yükümlülüğü, rizikonun gerçekleşmesinden sonra sigortalının malvarlığı zararının sözleşme hükümleri ölçüsünde tazmin edilmesi olarak belirlenmişti. Rizikoyu taşıma teorisinden hiç iz taşımayan bu hüküm, sigorta sözleşmesinin tanımı ve tarafların borçları anlamında, Türk Ticaret Kanunu'muzun 1401(1). maddesi hükmünde aynen yer almaktadır. Sigortacının, sigorta sözleşmesi ile üstlendiği aslî edim yükümlülüğünü genel bir ifadeyle, “*Sigorta sözleşmesi, sigortacının prim karşılığında, rizikonun meydana gelmesi halinde bunu tazmin etmeyi yükümlendiği sözleşmedir*” şeklinde tarif eden 1401. madde hükmünü; yine Türk Ticaret Kanunu'nun “*Rizikoyu Taşıma Yükümlülüğü*” kenar başlığı ile düzenlenmiş 1421. maddesi ve “*Tazminat Ödeme Borcu*” kenar başlığı ile kaleme alınmış 1427. maddesi ile birlikte değerlendirmek gerekecektir. Bu üç hükmün birlikte okunmaması ve sadece 1401. madde hükmünün lafzı ile sigortacının aslî edim yükümlülüğünün ne olduğuna karar verilmesi *isabetli olmayacaktır*.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1421. maddesi, *sigortacının sorumluluğunu* taşıma işlerine ilişkin sigortalarda sözleşmenin yapılmasıyla; diğer sigortalarda da primin (ilk taksidinin) ödenmesi ile *başlayacağını* düzenlerken, 1452(3) hükmü de bu düzenlemenin, sigortacının sorumluluğunun başlangıcını daha ileri bir tarihe ötelenmesi anlamına gelecek şekilde taraflarca değiştirilemeyeceğine hükmetmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1421. maddesi sebebiyledir ki, kanun koyucunun, rizikoyu taşıma teorisini takip ettiği düşünülmüştür¹². Bu hükmün birebir karşılığı, mehaz olarak takip edilen Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda bulunmamaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1427. maddesi ise sigorta tazminatının (veya can sigortaları bakımından sigorta bedelinin) ödenmesine ilişkin sigortacının borcunun muaccel olacağı anı düzenleyen bir hükümdür.

O halde, 1401, 1421 ve 1427. maddelerini borçlar hukuku genel ilkeleri altında doğru bir şekilde tasnif etmek ve öncelikle sigortacının aslî borcunun ne olduğunu ve bunun doğum anını ardından da sigortacının bu borcu ifa zamanını birbirinden ayırmak; çalışma konumuz olan İcra İflas Kanunu'nun 294/VI. maddesi hükmü bakımından önemlidir.

11 VVG 1908 §1: *Bei der Schadensversicherung ist der Versicherer verpflichtet, nach dem Eintritt des Versicherungsfalls dem Versicherungsnehmer den dadurch verursachten Vermögensschaden nach Maßgabe des Vertrags zu ersetzen.*

12 Zehra, Şeker- Öğüz; Aslıhan, Sevinç-Kuyucu, *Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011, s.21.

B. Sigortacının Asli Edim Borcu “Tazminat/Bedel” Ödemek midir?

Bir borç ilişkisinde “borçlu”, bir edimi yerine getirme borcu altına girerken; “alacaklı” da borçlunun borcunu ifa etmesini isteme hakkına sahip olur¹³. Borçlunun borcunun konusu; “edim”dir¹⁴. Borçlanılmış olan edimin yerine getirilmesinin “ifa”¹⁵ olarak adlandırılması sebebiyle, ifanın konusu, borçlanılan edimdir de denilebilir¹⁶. Alacaklının “alacak hakkı” ile “talep yetkisi”nin kavramsal olarak bulunduğu veya kesiştiği an, muacceliyet anıdır. Başka bir deyişle, muacceliyetten önce, alacak doğmuş ancak talep yetkisine kavuşulmamıştır¹⁷. Bu sebeple, sigortalının alacağını veya sigortacının borcunu değerlendirirken, hakkın doğumu ile ifasının talebini birbirinden ayrı düşünmek gerekir. Alacak hakkı, her durumda ve koşulda, doğduğu an sahibine talep yetkisini bahşetmeyebilir. Borç, doğduğu an ifa kabiliyetine veya ifasının talep edilebilirliğine sahip olabileceği gibi; bu anlar farklı zamanlara da denk düşebilir (Türk Borçlar Kanunu m.90-96).

Sigorta sözleşmesi bakımından, sigorta ettirenin edimi olan “prim ödeme”nin karşılığını (synallagmasını) teşkil eden edimin ne olduğu konusundaki kanun koyucunun tercihini anlayabilmek için Türk Ticaret Kanunu’nun 1401. ve 1421. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Öyle ki, 1401. madde, sigortacının sadece tazminat/bedel ödeme yükümlülüğünden bahsederken ve bunu da “rizikonun gerçekleşmesi halinde” olacağını düzenlerken; 1421. madde hükmü bu sefer rizikonun gerçekleşip gerçekleşmemesinden bağımsız olarak sigortacının, primin (ilk taksidinin) ödendiği andan itibaren (taşıma sigortalarında ise sözleşmenin yapıldığı andan itibaren) sorumlu olacağını ifade etmiştir.

Bu ikili düzenlemeyi, yeni Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu § 1 hükmündeki gibi, rizikoyu taşıma ve parasal edim teorilerinin birleştirilmesi amacını mı taşıdığı sorusuna *olumsuz* yanıt vermek gerekir. Öyle ki, kanun koyucunun böyle bilinçli bir tercihte bulunduğu izlenimi, madde gerekçelerinde yer almış değildir. Türk Ticaret Kanunu’nun 1421. maddesi, sigortacının aslî edim yükümlülüğünü rizikoyu taşımak başka bir deyişle sözleşmede belirlenmiş riziko-

13 S.Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993, s. 7; Kemal Oğuzman, M.Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-1, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s 3, § 10.

14 Eren, s. 96 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 8; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Birinci Cilt, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014, s. 34; Oğuzman,Öz, s. 6, §20-21.

15 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 759; Oğuzman, Öz, s.251, §785.

16 İfa ve edim için bkz. Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, Beta, İstanbul, 1999, s. 225 vd.

17 Eren, s. 77 vd.

lara karşı himaye sunmak şeklinde –*zımnen*- tespit etmiştir. Bu hüküm dikkate alındığında, sigorta ettirenin edimi olan “prim”in karşılığını, sigortacının da himaye sunma edimi teşkil edeceği söylenmelidir. Sigortacının bu edim borcu, dikkat edilirse bir şarta da bağlı tutulmamıştır. Rizikoya karşı himaye sunma (rizikoyu taşıma) olarak şekillenen bu edimin konusu ve kapsamı ise 1401. maddede yer almaktadır. Daha doğru bir ifade ile, 1401. maddeyi bu şekilde yorumlamak gerekir. Bu hükümde, sigortacının borçlandığı edimin (himaye sunma) “ifa zamanı” için rizikonun meydana gelmesinin beklenmesi; “ifanın içeriği” olarak da zarara uğrayan ekonomik menfaatin tazmin edilmesi (can sigortalarında ise bedel ödenmesi) düzenlenmiştir. Şu ana kadar yaptığımız tespit; sigortacının aslî edim yükümlüğünün yani edim borcunun, sözleşmede belirlenmiş rizikolara karşı himaye sunmak olduğu; bu borcun taşıma sigortası söz konusu ise sözleşmenin yapıldığı an; diğer sigortalarda ise primin (ilk taksidinin) ödendiği an “doğduğu”dur. Borcun konusunu (aslî edimi) rizikoya karşı himaye sunmak oluştururken (TTK m.1421); sigorta tazminatı/bedeli ödenmesi *ifanın içeriğini*; rizikonun gerçekleşmesi ise *ifanın zamanını* işaret etmektedir (TTK m.1401(1)). Borcun doğumu ile ifası farklı kavramlardır. Öte yandan, borcun konusu yani edimin nasıl ve ne şekilde ifa edileceği (içerik ve kapsam olarak) taraflarca veya kanun koyucu tarafından belirlenmesi icap eden bir husustur. “Borcun gereği gibi ifası” veya “edime uygun ifa” ilkesinden de açıkça anlaşılabilceği üzere, borç ve ifa¹⁸ kavramlarını özenle ve yerinde kullanmak ve bunu yaparken de kanun koyucunun farklı maddelerdeki düzenlemelerini borçlar hukuku terminolojisi içinde uygun yere yerleştirmek gerekir.

Bir sonraki başlık altında açıklanacak ve şimdilik genel hatları ile çizilen bu ilk tespitlerin ardından, doktrinde bugüne kadar sigortacının aslî edim yükümlülüğünün ne olduğu ve sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan bu borcunun doğumu ile ilgili fikirleri zikretmek ve değerlendirmek gerekir.

ATABEK¹⁹, sigorta sözleşmesinin esaslı unsurlarını, prim ödenmesi ve tehlikenin oluşması halinde hasarı tazmin veya belirli bir meblağı ödemeyi taahhüt olarak tespit etmiştir. Tehlikenin oluşmasının bir şart olarak düşünülmemesi gerektiğini, aksi takdirde şart oluşmazsa sözleşmenin yok hükmünde olup sigortacının aldığı primi iade etmek zorunda kalacağı şeklinde isabetsiz bir sonucun çıkacağını belirtmiştir. Ancak sigortacının borcunun doğum anına ilişkin bir saptama yapılmamıştır.

18 İfa, borçlanılan edimin konu, zaman ve yer olarak tam ve doğru şekilde yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesidir; borçlu borcunu edime uygun olarak ifa etmek zorundadır (Eren, s. 932).

19 Reşat, Atabek, *Sigorta Hukuku*, Duygu Matbaası, İstanbul 1950, s 11.

BOZER²⁰, sigorta ettirenin primi ödeme borcunun karşılığını sigorta tazminatını veya bedelini “isteme hakkı” teşkil edeceğini; sigortacının borcunun da sigorta tazminatı/bedeli ödeme borcu olduğunu dolayısıyla sigorta sözleşmesinin karşılıklı ve her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu ve fakat sigortacının ödeme borcunun, tehlikenin gerçekleşmesi şartına bağlandığını ifade etmiştir. Bu sebeple, sigortacının “ödeme borcu”nun *doğacağı*nın şüpheli olduğunu, bu borcun tehlike gerçekleşmediği takdirde vücut bulmayacağını da görüşüne eklerken, bir başka paragrafta *“Borç doğmuştur, fakat borcun ödenmesi kanuni bir şartın gerçekleşmesine bağlanmıştır. Sözleşmenin vücut bulması ile birlikte edaların değişimi söz konusu olmaktadır. Bu yönden nakıs iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak telakki edilemez”* denilmiş olması, Bozer tarafından, sigortacının aslı edim yükümlülüğünün ne olarak kabul edildiğini anlaşılamaz hale sokmuştur. Tazminat/bedel ödeme borcu sigortacının aslı borcu olarak kabul ediliyorsa (parasal edim teorisi) sözleşmenin yapılması ile bu borcun doğduğu; ancak ödemenin kanuni şarta bağlandığı fikrini savunduğu düşünülürken, *“sigortacı için sigorta bedelini veya tazminatını ödeme borcunun doğacağı şüphelidir. Gerçekten bu borç, tehlike gerçekleşmediği takdirde vücut bulmaz”* ifadesi ile anlamda çelişki yaşanmaktadır. Bununla birlikte, sigorta sözleşmesinin *teknik anlamda* şarta bağlı olmadığını, çünkü *“sigortacıya düşen vecibenin tehlikenin gerçekleşmesine bağlanması”* durumunun taraf iradeleri ile kararlaştırılmadığını, sigorta sözleşmesinde teknik anlamda şarttan ziyade kanuni şarttan söz edilmesinin uygun olduğunu belirtirken, *“Sigorta sözleşmesi mevcut ve geçerli olmakla beraber, bazı hükümlerini ancak tehlikenin gerçekleşmesi ile meydana getirmektedir; tehlike gerçekleşinceye kadar sözleşmenin bazı hükümleri askıdadır”* denilmesi; Yazar’ın sigortacının aslı edim yükümünün kanuni şartın gerçekleşmesi ile birlikte doğduğu fikrini benimsediğini bize düşündürürken, *“borç doğmuştur, fakat borcun ödenmesi kanuni şartın gerçekleşmesine bağlanmıştır”* cümlesi ile sigortacının aslı borcunun ne olduğu ve bunun ne zaman doğduğu hususu hakkında tekrar bulanıklık içine düşülmektedir.

ARSEVEN²¹, sigortacının sigorta sözleşmesi ile *“tehlikeyi sigorta müddeti içinde taşıma yükümlülüğü”* altına gireceğini; *“riziko gerçekleşirse sigortalının zararını veya kararlaştırılan bir meblağı”* öder diyerek de ödeme yapmanın, sigortacının hukuki sorumluluğunun “ekonomik sonucu” olduğunu vurgulamıştır. Yazar’ın bu ifadesiyle, sigortacının aslı edim yükümlülüğünü “rizikoya karşı himaye sunmak” olarak kabul ettiğini düşünürken; sigortacının borç ve

20 Ali Bozer, *Sigorta Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No 137, Ankara, 1981, s. 21-22, 25, 28, 29.

21 Arseven Haydar, *Sigorta Hukuku*, İstanbul 1987, s. 15, 127, 128, 141.

yükümlülükleri başlığı altında ise bu sefer rizikoyu taşıma borcundan hiç bahsetmeyip (ve dolayısıyla bu borcun doğum anından) sadece sigorta tazminatı/bedeli ödeme borcu incelenmiş ve bu borcun da muacceliyet ile birlikte doğacağını ifade etmiştir. Öncesinde ödeme olgusu sadece “hukuki yükümlülüğün ekonomik sonucu” olarak değerlendirilirken bu sefer sigortacının akdî yükümlülüğü olarak ele alınması, akıllara yine sigortacının borcu nedir ve ne zaman doğar sorularının “ifa” ile karıştırıldığı şüphesini getirmektedir. Öyle ki, Yazar “*Sigortacının ödeme borcu, borcun muaccel olduğu tarihte başlar. Borcun muaccel olması için evvela bir borcun bulunduğu ispatı gerekir. Bunun için de sigortacının üstlendiği rizikonun kısmen veya tamamen gerçekleşmiş olması gerekir. Alacak doğmuş fakat muaccel hale gelmemişse, sigorta şirketi ödeme zorunda değildir. Muaccel olmanın birinci şartı rizikonun gerçekleştiğinin bildirilmesidir.*” ifadeleriyle, rizikonun gerçekleşmesi ile alacağın doğduğu; (o gün yürürlükte bulunan hükümlere göre de) ihbar ile alacağın muaccel olacağını kabul etmiş fakat bu durumda da, en başta belirttiği sigortacının hukuki yükümlülüğünün “sigortalının üstündeki tehlikeyi sigorta müddeti içinde taşıma yükümlülüğü altına girmesi” olduğu tespiti ile çelişmiştir. Öyle ki, sigorta alacağının devri başlığı altında da, “*Riziko henüz gerçekleşmeden yapılan devirlerde, doğumu şarta bağlı olan, gelecekteki bir alacak devredilmiş olur. Riziko gerçekleşirse bir alacak devredilmiş olur. Riziko gerçekleşirse bir alacak doğacaktır.*” denilmesi ile, Yazar’ın riziko gerçekleşmediği müddetçe sigortacının edimsel borcunun olmadığını kabul ettiği pekişmiştir. O halde, sigorta akdinin tanımını verirken, Yazar’ın “*Bir taraf prim denen bir ücret ödeme borcu altına girer, diğer taraf sigortalının üstündeki tehlikeyi sigorta müddeti içinde taşıma yükümlülüğü altına girer, riziko gerçekleşirse sigortalının zararını veya kararlaştırılan meblağı öder. Rizikoyu taşıma sigortacının hukuki yükümlülüğüdür. Zararı veya sigorta bedelini ödeme bunun ekonomik sonucudur*” ifadelerini kullanmasına rağmen; sigortacının, prim ödeme ediminin karşılığını oluşturacak aslî edim yükümlülüğünü saptayan teorilerden “rizikoyu taşıma teorisi”ni benimsediğini düşünmek hata olacaktır.

KENDER²² ise sigorta ettirenin edimine karşılık olarak, sigortacının tehlikeyi taşıma yükümlülüğü altında olduğunu; kanun koyucunun sigorta sözleşmesine ilişkin tanımının²³ (eTTK m.1263) sigortacının borcunun doğması için

22 Rayegan Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 10. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2011, s. 158-163; 224.

23 eTTK m.1263/I: “*Sigorta bir akitir ki, bununla sigortacı bir prim karşılığında diğer bir kimsenin para ile ölçülebilir bir menfaatini halele uğratan bir tehlikenin (bir rizikonun) meydana gelmesi halinde tazminat vermeyi yahut bir veya birkaç kimsenin hayat müddetleri sebebiyle veya hayatlarında meydana gelen belli bir takım hadiseler dolayısıyla bir para ödemeyi veya sair edalarda bulunmayı üzerine alır*”.

rizikonun gerçekleşmesi gerektiğine işaret ettiği ama bu haliyle sigortacının rizikoya kadar hiçbir akdî yükümlülüğünün olmayacağı bunun da sigortanın mahiyetine aykırı olduğunu ifade ederek, sigorta sözleşmesinin hiçbir şarta tabi olmadan akit anından itibaren her iki tarafa borç yüklediğini; sigortacının taahhüt ettiği sigorta tazminatını/bedelini riziko gerçekleştiği zaman ödeyebilmek için baştan itibaren belirli bir şekilde hareket etmekle yükümlü olduğu (gerekli ihtiyatların teşkili, primlerin faizlendirilmesi vs); sigortacının sadece rizikonun gerçekleşmesi ile para ödeme borcunu (parasal edim teorisi) değil; sigorta himayesi veya riziko taşıma yükümlülüğünü (tehlike taşıma teorisi) de üzerine aldığı; kanundaki tanımının sigortanın mahiyetine uygun olmadığını ifade etmiştir.

YAZICIOĞLU ve ŞEKER-ÖĞÜZ²⁴ ortak eserlerinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesindeki sigortacının edim yükümlülüğüne yönelik *“..tazmin etmeyi ... bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı”* şeklindeki cümleyi eleştirmiş ve sigorta sözleşmesinin en yalın ve doğru şekliyle *“sigortacının sigorta himayesi sağlamayı, sigorta ettirenin ise prim ödemeyi taahhüt ettiği bir sözleşme”* olarak tanımlanabileceğini ifade ederken sigorta prim borcunun karşılığının sigorta tazminatı ödenmesi değil; sigorta himayesinin taahhüt edilmesi olarak kabul etmiştir.

ÜNAN²⁵ da yasadaki tanım –yalın- olmaması bakımından uygun görmemiş ve sigortacının edim yükümlülüğü açısından önceki Ticaret Kanunu'ndan (eTTK m.1263/1) hiçbir fark taşımayan yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesi yerine *“Sigorta sözleşmesi, taraflardan birinin (sigortacının), diğer tarafa, bir prim karşılığında belirli bir rizikoya karşı sigorta koruması (sigorta teminatı) sağladığı sözleşmedir”* şeklindeki bir tanımın yeterli olacağını ifade ederken aslında, sigortacının asli edim yükümlülüğünün “para ödeme” değil; “himaye sunma” olduğunu zımnen vurgulamış, devamında da sigortacının edimini rizikonun gerçekleşmesi üzerine yerine getirebileceğini ancak o ana kadar da –ödeme yapabilmek için- lazım gelen bütün önlemleri almış durumda olmasının gerekliliğini belirtmiştir. Yazar, *“Sigortacının edimi kural olarak para ödeme biçiminde yerine getirilecektir”* diyerek, para ödemeyi sigortacının ediminin kendisi değil; edimin ifa biçimi olarak ele almış ve hatta kanun koyucunun tanım maddesinde *“veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir”* ifadesiyle kastedilenin, sözleşmelerde yer

24 Emine Yazıcıoğlu ve Zehra Şeker-Öğüz, *Sigorta Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Filiz, İstanbul 2020, s.72,73.

25 Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 6. Kitap *Sigorta Hukuku*, Cilt 1, İstanbul 2016, On İki Levha, s.13-15, 166.

alan asistans ve destek hizmetleri, onarım hizmetinin verilmesi gibi sair edim biçimlerinin işaret edildiğini eklemiştir. Ünan, önceki Yazarlardan farklı olarak, sigortacının aslı edimini tespit ederken, konuyu Türk Ticaret Kanunu'nun 1421.maddesi (eTTK m.1295/III) ile de ilişkilendirmiş ve karşılıklı temel edimlerin ifası bakımından sigorta ettirenin öncelikli âkid olduğunu, bu kişinin kısmen dahi olsa (taksitlendirilmiş prim bakımından ilk primin ödenmesi şeklinde) kendi üzerine düşen borcu yerine getirmemesi halinde sigortacının borcunun doğmayacağını “sigortacının karşı edimi (rizikoyu taşıma) devreye girmeyecektir” ifadesiyle kanımca anlatmıştır.

CAN²⁶, ise sigortacının aslı ediminin “sigorta tazminatı/bedeli ödeme” olduğunu ifade eden ve böylelikle de parasal edim teorisini takip eden Türk hukuk öğretisine dahil olurken, bu yöndeki öğretinin mevcut saptamalarına ek olarak borcun doğumu ve onun ifasına ilişkin yükümlülük arasındaki farka dikkat edilmesi gerektiğini vurgulayarak, sigorta tazminatı veya sigorta bedelini ödeme borcunun ilk primin ödenmesi ile (taşıma sigortası söz konusu ise akdin kurulmasıyla) doğacağını; riskin gerçekleşmesi ile de ifa yükümlülüğünün doğacağını belirtmiştir. Başka bir deyişle, sigortacının borcunun, “ifası şarta bağlı bir borç” olarak nitelendirmiştir. Ne var ki, Yazar²⁷, sigortacının borç ve yükümlülükleri başlığı altında yer alan “rizikoyu taşıma borcu” alt başlığında bu sefer, “Sigortacının rizikoyu taşıma borcu, bütün sigorta türlerinde sözleşmenin akdedildiği anda doğar. Ancak, daha önce de işaret ettiğimiz gibi sigortacının mezkur borcunun doğduğu an ile borcuna ilişkin sorumluluğun başladığı an farklı olabilir” diyerek sigortacının aslı ediminin ne olduğu konusunda (rizikoyu taşımak mı ödeme yapmak mı) çelişmiştir veya anlatmaya çalıştığı, anlaşılamamıştır.

ÇEKER²⁸, Türk Ticaret Kanunu'nun 1421. maddesini referans göstererek, sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan temel borcunun rizikoyu taşımak olduğunu ifade etmiş ise de tazminat ödeme borcu başlığı altında “Sigorta sözleşmesinde, tazminatın ödenmesine ilişkin esaslar gösterilir. Bu borcun doğabilmesi için aşağıdaki şartların yerine getirilmesi gerekir...” diyerek, tazminat ödemeyi de sigortacının “borcu” olarak anmıştır. Rizikoyu taşımak Yazar'ın ifadesiyle “temel borç” ise sigorta tazminatını/bedelini ödemek nasıl bir borçtur, açıklanmamıştır.

Görüldüğü üzere doktrinde sigortacının aslı edim yükümlülüğünün ne oldu-

26 Mertol Can, *Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı)*, Adalet, Ankara, 2009; s. 273, 278.

27 Can, s. 311-312.

28 Mustafa Çeker, *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku*, Karahan, Adana, 2011, s. 63.

ğunu belirlemeye ve bu borcun doğduğu ana ilişkin görüşler ve ifadeler karışıktır. Çalışma konumuz açısından bu hususun önemi, sigorta sözleşmesinden doğan alacağın devrini konu alan sözleşmedeki alacağın ne olduğunu kavramsal olarak tespit etmek ve bu alacağın doğduğu anı bulmaktır. Öyle ki, İcra ve iflas Kanunu'nun madde 294/VI hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için, konkordato mühleti öncesi akdedilen devir sözleşmesinin *müstakbel bir alacağa* ilişkin olması ve bu devrin geçerli olabilmesi için de alacağın mühlet öncesi doğması gerekmektedir.

C. Sigortacının Aslı Borcuna ve Borcun Doğum Anına İlişkin Değerlendirmeler

Kaynağını yabancı hukuk öğretisinde gördüğümüz edim teorileri (rizikoyu taşıma veya parasal edim teorisi) bir yana, hukukumuz açısından önemli olan kanun koyucunun edimi nasıl tespit ettiği. Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. ve 1421. maddeleri ışığı altında, borçlar hukukumuzun terminolojisi ile konu şu şekilde aydınlatılabilir:

Sigorta sözleşmesinin akdi ile birlikte, sigortacı ve sigorta ettiren arasında borç ilişkisi kurulur. Ancak kural olarak bu ilişki, kurulduğu anda tam iki taraflı borç yükleyen bir sözleşme değildir²⁹. Kanun koyucu, 1421. maddede, kural olarak³⁰, sigorta ettirenin aslı edim yükümlülüğü olan prim ödeme borcunu ifa etmesinden sonra sigortacının rizikoya karşı himaye sunmaya başlayacağını ifade ederken, aslında sigortacının aslı edim yükümünün (borcunun) *doğabilmesi* için öncelikle kısmen dahi olsa (primin ilk taksidi şeklinde) karşı âkidin kendi edimini ifa etmesi istenmiştir. Başka bir ifadeyle, önce sigorta ettirenin prim ödeme borcu doğar. Bu borcun muacceliyeti için Türk Ticaret Kanunu'nun 1431. maddesi, akdin yapılmasını yeterli görmemiş poliçenin de sigortacı tarafından tanzim edilmiş ve sigorta ettirene teslim edilmiş olmasını aramıştır. Poliçe düzenlemek, sigortacının yan edim yükümlülüğüdür³¹. Yani,

29 Aksi görüş için bkz. Bozer, 22. Yazar, akit ile birlikte sigortacının da borcunun doğacağını ifade ederken o gün için yürürlükte bulunan eTTK m.1295/III maddesindeki "*Sigortacının sorumluluğu primin veya ilk taksidinin ödendiği tarihten başlar*" hükmünü sigortacının aslı borcu bakımından yorumlamamış, sigortanın "*nakıs iki tarafa borç yükleyen sözleşme dahi telakki edilemez*" ifadesini kullanarak sigortacının borcunun sadece ifa bakımından şarta bağlandığını gerekçe olarak sunmuştur. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından bkz. Oğuzman, Öz, s. 333, § 1072-1074; Eren, s. 211,212.

30 Hüküm, sigorta ettiren/sigortalı/lehdar lehine değiştirilebilen bir emredicilik vasfı taşımaktadır (TTK m. 1452(3)). Ayrıca, taşıma işlerine ilişkin sigortalar bakımından, hükme istisna getirilmiş ve borç ilişkisi kurulduğu anda kanunen tam iki taraf borç yükleyen bir sözleşme oluşturulmuştur.

31 Oysa, KANER prim ödeme borcunun muacceliyetine ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 1431. maddesini, "*karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifa sırasını düzenleyen bir hükümdür*" şeklinde yorumlayarak, "*sigortacının rizikoyu taşıma taahhüdü ve prim borcu arasındaki ifa sırasını (karşılıklı ifa olarak) tayin eden bir hükümdür*" ifadesinde bulunmuştur (İnci Deniz-

primin ödenmesi ve poliçenin teslimi birbirinin karşılığı olan edimler değildir. Ne zaman ki, sigorta ettiren edimini ifa eder, primi (hiç olmazsa ilk taksidini) öder; o zaman *kanunen* sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline gelecek ve sigortacının rizikoyu taşıma yani rizikoya karşı himaye sunma borcu *doğacaktır*. Hükmün nisbi emredici vasfı sebebiyle, taraflar akdin kurulduğu andan itibaren de sözleşmeyi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme yapısına sokabilir ve akdin kurulması ile birlikte gerek prim ödeme gerekse rizikoyu taşıma edimi aynı anda, *birbirinin karşılığını teşkil ederek*, doğabilir. Lakin böyle bir anlaşma yok ise, taşıma işlerine ilişkin bir sigorta da söz konusu değilse; sigortacın asli borcunun doğumu *kanunen* ötelenmiştir.

Sigorta ettirenin primi ödemesi ile birlikte sigortacının da asli edim yükümü doğmasına rağmen, doğduğu anda ifa edilebilen veya ifası talep edilebilen bir borç olarak düzenlenmediği başka bir deyişle rizikonun gerçekleşmesi anına kadar sigortacının ne kendisinin ifa yetkisine sahip ne de alacaklının ifayı talep etmesine yetkili olduğu 1401 ve 1427. madde hükümlerinden görülecektir. İfa zamanı, bir sonraki başlık altında incelenecekse de; burada değinilmesi gereken husus, edimin (ifanın konusunun; rizikoya karşı himaye sunma) ne şekilde ifa edileceğinin tespitidir. Kanun koyucu, sigortacının borcunun doğduğu anı (1421. maddede) tespit ederken; ne şekilde ifa edileceğini de 1401. maddede “*tazmin etme; para ödeme; diğer edimlerde bulunma*” şeklinde tahdidi olmayan bir sayım usulüyle belirlemiştir. Hükmün yazılışından, zarar sigortalı bakımından “sigorta tazminatının ödenmesi”; can sigortalı bakımından “kararlaştırılan meblağın ödenmesi” ve sözleşmede parasal edimin ikamesi (kırılan camın aynen yenisinin temini) veya ona ilave himaye yöntemlerinin de (asistans destek hizmeti gibi) kanun koyucu tarafından “ifa” olarak kabul edilebileceği anlatılmaktadır.

Çalışma konumuzla ilgili ve sınırlı olarak, Türk Ticaret Kanunu’nun 1401 (1). maddesi mercek altına alındığında, kanun koyucunun hükmü kaleme alırken 2 hatasının olduğu tespit edilmiştir. Öncelikle, cümlelerin sonundaki “diğer edimler” ifadesindeki “edim” kavramı yanlış kullanılmıştır. Edim, borcun konusudur. Farklı edimler sunmak, seçimli borçlarda söz konusu olabilir. Para-

Kaner, *Sigorta Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016, s.14). Kanımca, edimleri ifa sırasına koyabilmek için öncelikle karşılıklı her iki asli borcun da doğmuş olması gerekir. Lakin, taşıma sigortalı dışındaki sigortalı bakımından, sigortacının asli borcu (rizikoyu taşıma, rizikoya karşı himaye sunma) sözleşmenin kurulması anında doğmamıştır. Sigorta ettirenin prim ödeme borcu akit anında doğmuş fakat ifa zamanı (muacceliyeti bakımından) poliçenin kendisine teslimine bağlanmıştır. Prim borcu muacceliyetten önce (hazırlar arası sözlü kurulan sözleşme anında) veya muacceliyet ile (poliçenin teslimi) birlikte ödenmesi ile sigortacının borcu doğacaktır. O sebeple, bu silsileyi “ifa sırası” olarak yorumlamak kanımca isabetli değildir.

sal veya aynı ödeme gibi alternatifler, “farklı edimler” değil; borçlunun –aynı ve tek- ediminin farklı ifa yöntemleridir. Sigorta sözleşmesinde sigortacının aslî edimi 1421. madde hükmünde, rizikoyu taşımak, ona karşı himaye sunmak şeklinde *zwmnen* belirlenmiş; rizikoyu taşıma teorisini takip edilmiştir. Bu tercihin sonucu, maalesef sigorta sözleşmesinin tanımını yapan 1401(1). madde hükmüne yansıtılmamıştır. Kanun koyucunun ikinci hatası da budur. Oysaki, kanun koyucunun, sigortacının aslî edim yükümlülüğü bakımından 1421. maddede yaptığı tercihi, sigorta sözleşmesinin tanımını maddesine (1401. maddeye) yansıtılabilmek için;

“*Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan rizikonun meydana gelmesi ile bunu tazmin ederek ya da hayat süresi veya hayatında gerçekleşen bazı olaylar sebebiyle bir para ödeyerek yahut diğer bir şekilde himaye sağlamayı üstlendiği sözleşmedir.*” gibi bir düzenlemenin olması gerekir³². Böylelikle, sigortacının aslî borcunun “rizikoyu taşımak” olduğu vurgulanırken; ifanın ne şekilde yapılabileceği belirtilmesi suretiyle de, “para ödemenin”, aslî borcun ifasına yarayan bir araç olduğu ortaya çıkarılacaktır. Hükmün mevcut halinde ise, kanun koyucunun para ödeme teorisini kabul ettiği ve synallagma ilişkisi içindeki edimlerin prim ve ödeme olduğu aksettirilmiştir. Lakin, bu yanlışlık, 1401. madde hükmünün 1421. madde ile birlikte okunması ile aşılabilir.

D. Sigortacının Edim Borcunu İfa Zamanı

İfa zamanının iki anlamı vardır³³: i- Alacaklının, borçludan edimin ifasını isteyebileceği, gerektiğinde bu uğurda dava açabileceği; borçlunun da edimi ifa zorunda olduğu zamanki buna “*borcun muaccel olduğu zaman*” denir; ii- Borcun borçlu tarafından ifa edilebileceği an ki buna da “*borcun ifa edilebilirliği*” denilir ve borçlunun, edimini yerine getirme yetkisine kavuştuğu andır. Buna göre, borcun muaccel olacağı zamana kadar, borçlunun dilerse edimi ifa edebilmesi anlatılırken, vadenin borçlu yararına konulmasından hareketle, vade gelmeden de (vaktinden evvel ifa) borçlu ifaya hazırsa, edimini sunabilmesi, bu hususta yetkili olması, borcun ifa edilebilirliğidir.

Türk Ticaret Kanunu’nun 1401. maddesinde yer alan “*rizikonun meydana gelmesi halinde*” ifadesi, doktrinde³⁴ her ne kadar *kanuni* “ifa şartı” ola-

32 2008 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’nda akdî yükümlülükleri tanıtan birinci paragraf hükmü (§1), tüm sigorta türleri için genel bir ifade kullanarak, “*Der Versicherer verpflichtet sichdurch eine Leistung abzuschichern.....*” ödeme yapmanın, rizikoya karşı sigortalıya himaye sağlamanın bir vasıtası olduğu esasen ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. Looschelders, Langheid/Wandt, §1 Rn.8.

33 Eren, s. 973; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 800 vd; Oğuzman, Öz, s. 251, § 785.

34 Bozer, s. 22 ayrıca karşılaştırmız 29; Can, s. 273.

rak yorumlanmış olsa da şart kavramı, bir hukuki işlemin etkisinin doğumu veya sona ermesine yönelik bir kavram olduğundan ve sigorta sözleşmesinin de karşılıklı ve her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması yönüyle eleştirilmiştir³⁵.

“Rizikonun meydana gelmesi”ni kanunen belirlenmiş ifa zamanı olarak düşünmek gerekir. Kanun koyucunun bu ifadesi, önce 1401. madde hükmünde “ifa edilebilirlik” için tayin edilmiştir. 1421. maddede ise “rizikonun gerçekleşmesini *müteakip*” şeklindeki lafız ile de, muacceliyetin gerçekleşebilmesi için öncelikle edimin “ifa edilebilirlik” kıstasından geçmiş olması aranmıştır. Örneğin, zarar sigortaları bakımından rizikonun gerçekleşmesi ile birlikte sigortacı poliçede sunduğu himayeyi –poliçe limitlerinde sigorta tazminatı ödeme şeklinde- ifa edebilmesi hukuken mümkündür (örneğin, medyatik bir deniz kazası neticesinde boğazdaki yalının yerle bir olup sulara gömülmesi halinde) . Bu ödemeyi alacaklının kabul etmemesi, alacaklının temerrüdünü oluşturur³⁶. Halbuki, Türk Ticaret Kanunu’nun 1427. maddesi, sigorta tazminatının muacceliyetini, rizikoya ilişkin bilgi ve belgelerin sunumunun tamamlanması, sigortacının bu belgeler üzerinde rizikonun oluşumu ve zararın tespitine yönelik araştırmalarının sonuçlanması ile birlikte ve fakat her halde rizikonun ihbarından 45 gün sonra sigorta borcunun muaccel olacağını düzenlemiştir. Bunun anlamı, tüm bilgi ve belgelerin sunulmasına; rizikonun ihbarından itibaren de 45 gün geçmesine rağmen sigortacı edimini ifa etmemiş ise alacaklı, borçlu sigortacıyı edimini ifaya hukuken zorlamaya yetkilidir.

Teminat amacıyla yapılan sair sözleşmelerde de (garanti, kefalet gibi) aslında borçlu yönünden bir belirsizlik taşıyan olgu vardır³⁷. Fakat bu belirsizlik, borcun doğumuna yönelik değil; borcun kapsamına veya ifa zamanına ilişkindir³⁸. Garanti veren veya kefil, sözleşmeyi akdettiği an, asıl borçlu tarafından borcun ödenmemesi halinde ifanın kendisi tarafından yapılacağını taahhüdünü vererek, borç altına girmektedir. Akit anı ile birlikte borç doğmuş olsa da, garanti verenin veya kefilin borcuna yönelik ifası, oluşup oluşmayacağı bilinmeyen bir olaya bağlanmıştır, bu durum ifa şartı değil; ifa zamanıdır. Zira, borç doğmuş ise (yani borcun varlığı bir şarta bağlanmamış ise) ifasının şarta bağlanması borçlar hukukumuzda var olan bir müessese değildir. İfaya ilişkin olup

35 Doğmuş bir borcun ödenmesinin kanuni şarta bağlanmasının Borçlar Hukuku bakımından izahının mümkün olmadığı eleştirisi için bkz. Kender, s. 162; ayrıca *bakınız* Sirmen, s. 40, dn.101

36 İfa edilebilir nitelikteki bir edimin, ifa amacıyla alacaklıya sunulması ve fakat alacaklının ödemeyi haklı bir sebep yokken kabulden kaçınması alacaklının temerrüdüdür (Eren, s. 974) .

37 Oğuzman, Öz, 47, § 165,166.

38 Sirmen, s. 40.

da taraf iradeleri veya kanun koyucu tarafından öne sürülmüş gerçekleşmesi şüpheli olan olay, ifanın kapsamına, konusuna veya zamanına ilişkin olabilir³⁹.

Sigorta sözleşmeleri bakımından da rizikonun oluşması, Türk Ticaret Kanunu'nun 1401 ve 1427. maddelerinde, ifaya yönelik “şart” olarak değil; kanunen belirlenmiş “ifa zamanı”na ilişkin bir belirlemedir. Rizikonun gerçekleşmesi, sigortacının borcunun doğumu ile ilgili olmayıp; doğmuş borcun sigortacı tarafından en erken hangi an ifa edilebileceğinin (*ifa edilebilirlik*) ve sigorta ettiren/sigortalı tarafından da en erken ne zaman talep edilebileceğinin (*muacceliyet*) tespitine yöneliktir.

II-Sigorta Sözleşmesinden Doğan Alacağın Devrinin Konkordatodaki Etkisi

Sigorta sözleşmesinden doğan alacak hakkı, sigorta ettirenin (veya sigortalının) rizikoya karşı himaye talep hakkıdır. Bu alacak hakkı, rizikonun gerçekleşmesinden bağımsız şekilde doğar. Zarar sigortalı açısından sigorta tazminatı, sigortacının borcunun “ifa”sidir. Rizikonun gerçekleşmesi, sigorta tazminatı olarak yapılacak ifanın zamanının belirleyicisidir. Başka bir ifadeyle, sigorta tazminatı sigortacının aslî edim yükümlülüğünü ifa etme şeklindedir. Sigortacı, tazminat ödeyerek, haleldar olan menfaatin ekonomik sonuçlarını telafi etme şeklinde himaye sunmuş yani rizikoyu taşıma borcunu gerçekleştirmiş olur. Ne var ki, borç - edim - aslî edim- ifa- ifa konusu- ifa edilebilirlik- muacceliyet gibi borçlar hukuku terminolojisinin zenginliği ile Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesi ile 1421. maddesi arasındaki kopukluk ve ifade zaafiyetleri birleşince, sigorta hukuku doktrinindeki tespitlerde anlam kaymalarının veya bulanıklığın yaşandığı yukarıda gösterilmeye çalışılmıştır.

Bu nedenle, sigortacının aslî borcunun “sigorta tazminatının ödenmesi” olmadığı; tazminat ödemenin sadece borcun ifa şekli olduğu yani sigortacının himaye (rizikoyu taşıma) borcunun yerine getirilmesi anlamına geldiği, İcra ve İflas Kanunu'nun 294/VI. maddesinin lafzındaki “müstakbel alacak” bakımından tekrar değerlendirilmedir.

Bu maddeyi kendi lehine kullanmak isteyen kişi, devraldığı alacağın (sigorta sözleşmesi ile ilişkilendirilen alacağın) konkordato hükümlerine tabi olmadığını; devir sözleşmesinin geçerli olduğunu bu nedenle de sigortacının kendisine ödeme yapması gerektiğini iddia eden -yeni- alacaklı olacaktır. Bir kişinin, konusu sigorta tazminatı olan bir devir sözleşmesinin (devralan konumunda) tarafı olabilmesi için, hayatın olağan akışı gereği, poliçe kapsamındaki rizikonun gerçekleşmiş olması, korunan menfaatin zarara uğramış olması ve

39 Bakınız, Sirmen, s. 40.

(alacağını devreden konumundaki) sigortalının da (konkordatoya tabi borçlunun) kendisine sigorta tazminatı ödenmesi konusunda beklentisinin bulunması gerekir. Bunlar hukuki zorunluluk değil ama alacağı devir sözleşmesinin ekonomik anlamının ve karşılığının olabilmesi için deneyimlenen dinamiklerdir.

“Müstakbel alacak” olarak hükümde zikredilen durumun, borçlar hukuku açısından anlamı, alacağın henüz doğmamış olmasıdır. İfa zamanı hatta kapsamı henüz belirsiz bile olsa, doğmuş bir alacak, müstakbel kabul edilemez. Bu ifadeyi sigorta hukukuna geçirdiğimizde, sigorta sözleşmesinden doğan alacağın (sigortacının asli borcunun) müstakbel olabilmesi için, taşıma sigortaları bakımından sigorta sözleşmesinin dahi henüz akdedilmemiş olması; diğer sigortalar bakımından da akit tamam olmakla birlikte ilk primin henüz ödenmemiş olması gerekir. Sigorta sözleşmesi henüz akdetmemiş veya ilk primini bile ödememiş bir tacir (bugünün konkordato borçlusu), sigorta tazminatı bakımından kendisinde –müstakbel bir alacak hakkı- olduğu inancıyla bu alacağı devretme bakımından bir sözleşme ilişkisine girmesi ticari hayat bakımından mümkün olabilir mi?

İcra ve İflas Kanunu’ndaki hüküm ifa ile değil, borcun doğumu ile ilgilenmiştir. Müaccel bir alacak değil; müstakbel bir alacak ifadesi kullanılmıştır. Devir sözleşmesinde büyük bir olasılıkla “*sigorta tazminatı alacağı*” şeklinde ifade edilen sigorta sözleşmesinden doğan alacak bakımından, devir esnasında henüz rizikonun doğmamış olması onu “müstakbel” yapan bir durum değildir. Riziko doğduktan sonra yapılan devirler bakımından da, sigorta tazminatının henüz muaccel olmaması veya muaccel olmasına rağmen henüz ödemenin fiilen gerçekleşmemesi söz konusu alacağı yine “müstakbel” yapacak bir durum değildir.

Örneğin, yangın sigortası ile himaye altındaki evi 1 Şubat’ta yanmış olan tacir, yangın ile ilgili sigorta sözleşmesinden doğan görevlerini (ihbar, bilgi ve belgeleri sunma gibi) yerine getirdikten sonra 10 Şubat’ta tahsil etme yönünde beklentisinin bulunduğu - yaygın ifade ile- “sigorta tazminatı alacağı”nı üçüncü kişiye devretse ve 1 hafta sonra da konkordato bakımından mühlet kararı almış olsa, sigortacı kime ödeme yapacaktır? Sigorta ettiren ve aynı zamanda sigortalı konumundaki konkordatoya tabi tacir, alacağın devri sözleşmesi günü aslında –sigorta hukuku teknik kavramları bakımından- “rizikoya karşı himaye talep hakkı”nın sahibidir, sigortacı karşısında “alacaklı” sıfatına sahiptir. Yangın sigortasına ilişkin poliçenin ilk priminin ödendiği gün itibarıyla sigortacının, evin maliki olan tacire (sigorta ettirene) karşı himaye borcu doğmuştur (TTK m.1421). Sigortacının bu borcunun ifası bakımından “talep hakkı”na sahip alacaklı tacir, ifayı talep hakkını, alacağın devri sözleşmesiyle rizikodan sonra ve konkordato mühletinin verilmesinden önce devretmiştir. Sigortacıdan bu alacağın talep edilebilmesi için

gereken ön koşul; ifa zamanının (muacceliyetin) gelmesidir (TTK m.1427). Rizikonun gerçekleşmesi, sigortacı açısından edimi “ifa edilebilir” kılmaya yeterken (TTK m.1401/I); alacaklının ifayı talep edebilmesi ve ifaya zorlayabilmesi için sigorta tazminatının muaccel hale getirilmesi (TTK m.1427 hükmünün gerekliliğinin oluşması) gerekecektir. O halde, devir esnasında, sigorta ettiren tacir bakımından, “ifa edilebilir” ama henüz “muaccel olmayan” bir alacak hakkı bulunmaktadır. Böyle bir alacak, “müstakbel” alacak değildir o sebeple de İcra ve İflas Kanunu’nun 294/VI hükmünün kapsamında bir devir değildir; bilakis borçlu tacirin konkordatoya tabi olmadan önce gerçekleştirdiği ve o gün itibarıyla mevcut bir alacağı üzerindeki tasarruf işlemi olarak geçerli sayılmalıdır.

Sonuç

İcra ve İflas Kanunu’nun 294/VI. madde hükmünün, mühlet öncesi yapılan alacağın devri sözleşmesinin “müstakbel” bir alacağa ilişkin olmasını araması sebebiyle, devrin konusunun sigorta sözleşmesinden doğan alacak olması halinde, ticari hayatın olağan akışı düşünüldüğünde, hükmün atıl olduğu sonucuna varılmıştır. Sigorta sözleşmesinden doğan bir alacağın “müstakbel” alacak olarak nitelendirilebildiği dönem yani alacağın henüz doğmadığı dönem, taşıma sigortaları bakımından sigorta sözleşmesinin dahi daha yapılmadığı; diğer sigortalar bakımından ise sözleşmenin yapılmasına rağmen henüz ilk primin ödenmediği ana denk gelmektedir.

Kanun koyucu Türk Ticaret Kanunu’nun 1421. maddesinde, sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan aslı edim yükümlülüğünü “rizikoya karşı himaye sunmak” olarak *zımnen* belirlemiş ve bu borçtan sorumluluğunu da taşıma sigortaları bakımından akit anında; diğer sigortalar açısından da ilk primin ödendiği an başlatmıştır. Sigorta alacağının bugün için var olduğunu veya istikbalde var olacağını belirleyen çizgi, Türk Ticaret Kanunu’nun 1421. maddesidir. Rizikonun gerçekleşmesi, sigortacının borcunu doğuran değil; doğmuş borcunun ifa zamanını getiren bir aşamadır. Rizikonun gerçekleşmesi ile sigortacının edimi “ifa edilebilir” hale gelirken; ifanın alacaklı tarafından talep edilebilmesi için muacceliyetin koşullarının gerçekleşmesi beklenecektir.

Türk Ticaret Kanunu’nun 1401. maddesi, sigorta tazminatının ödenmesini primin synallagması olarak “karşı edim” şeklinde tanıtmaya rağmen, bu hükmü 1421. maddeden ayrı yorumlamak mümkün değildir. Prim ödeme borcunun karşı edimi yani sigortacının aslı edim yükümlülüğü (sigortacının borcu), rizikoyu taşımak, rizikoya karşı himaye sunmaktır. Sigorta tazminatının ödenmesi, bu himayenin sunulmasıdır, yani ifasıdır. İcra ve İflas Kanunu’nun konkordato hükümleri içerisinde yer alan ve çalışma konusu yapılan hükmü ise alacağın ifası ile değil; alacağın doğumu ile ilgilidir.

Ticari hayatın olağan akışı gereği, sigorta tazminatının ödenmesi bakımından kendisini alacak hakkı sahibi olarak düşünen bir tacirin, bu alacağını bir devir sözleşmesine konu etmesi rizikonun gerçekleşmesini müteakip olacaktır. Rizikonun gerçekleşmesinden sonraki ticari hayatın içerisinde geçen tazminatın ödenmesine (sigortacının borcunu ifasına) yönelik bekleyiş süreci bu alacağa “müstakbel” sıfatını veren bir unsur değildir. Bu nedenle, İcra ve İflas Kanunu’nun anılan hükmünün lafzı hayatın gerçeklerine uyumlu değildir.

Sigortalı tacirin konkordato mühletine tabi olmadan önce sigorta tazminatının ödenmesi için sigorta şirketine gerekli müracaatını yapmış olduğu bir dönemde müeccel sigorta tazminatını alacağın devri sözleşmesine konu etmişse yeni alacaklı mühlete rağmen sigorta şirketi karşısında hak sahibi olacaktır. Mühletten önce akdedilen alacağın devri sözleşmesi, İcra ve İflas Kanunu’nun 264. maddesinin VI. fıkrasının uygulama alanına girmeksizin, konkordatoya tabi borçlunun mühlet öncesi geçerli bir tasarruf işlemi olarak kabul edilmelidir.

KAYNAKLAR

- Arseven, Haydar, *Sigorta Hukuku*, Beta, İstanbul 1987.
- Atabek, Reşat., *Sigorta Hukuku*, Duygu Matbaası, İstanbul 1950.
- Berliner Kommentar, (Honsell H. Hrsg) *Berliner Kommentar Zum Versicherungsvertragsgesetz*, Springer 1998 (Anılış: Bölüm Yazarı, Berliner Kommentar).
- Bozer, Ali, *Sigorta Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No 137, Ankara 1981.
- Bruck /Möller, *Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar*, Erster Band, 9. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2008 (Anılış: Bölüm Yazarı, Bruck/Möller).
- Can, Mertol, *Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı)*, Adalet, Ankara, 2009.
- Çeker, Mustafa, *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku*, Karahan, Adana, 2011.
- Deutsch, Erwin, *Das Neue Versicherungsvertragsrecht*, 6.Auflage, Verlag 2007.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, Beta, Ankara, 2018.
- Kaner-Deniz, İnci, *Sigorta Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016.
- Kender Rayegan, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 10. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2011.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I. Cilt, İstanbul 2014.
- Langheid/Wandt, *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, Band 1, C.H Beck, München 2010 (Anılış: Bölüm Yazarı, Langheid/Wandt).
- Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Öğüz- Şeker, Zehra; Kuyucu, Ashhan, *Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011.
- Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, Beta, İstanbul, 1999.
- Sirmen, Lale, *Türk Özel Hukukunda Şart*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1982.
- Tekinay S. Sulhi, Akman Sermet, Burcuoğlu Haluk, Altop Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 7. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993.
- Ünan, Samim., *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 6. Kitap Sigorta Hukuku, Cilt 1, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- Veenker, Carsten., *Die Fälligkeit von Geldleistungen des Versicherers Nach § 11 ABS. 1 VVG*, Hamburg, 2008.
- Yazıcıoğlu, Emine; Şeker-Öğüz, Zehra, *Sigorta Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Filiz, İstanbul 2020.

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

- A. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMÜHFD) hakemli dergi statüsünde yılda iki sayı olarak (Haziran, Aralık) olarak yayımlanmakta ve **TR Dizin (ULAKBİM)**, **SOBİAD** ve **Index Copernicus International dizinleri** ile **HeinOnline**, **ICI World of Journals** ve **EBSCO veri tabanları** tarafından taranmaktadır. Eserlerin değerlendirilmesi çift kör hakem sürecine uygun olarak yapılır.
- B. Dergiye Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde makale, karar incelemesi ve mevzuat değerlendirmesi şeklindeki akademik çalışmalar kabul edilmektedir.
- C. Dergiye gönderilen eserler, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar, eser göndererek bu hususu taahhüt etmiş sayılır. Eser, DergiPark (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd>) üzerinden veya “hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr” adresine Word formatında (.doc, .docx) gönderilebilir.
- D. Dergiye değerlendirilmek üzere gönderilen bütün çalışmalarda eser sahiplerinin ORCID numarası (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası) alması ve çalışmalarında ORCID numaralarını belirtmeleri gerekir.
- E. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Editör Kurulu herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
- F. Eserlerin dergiye gönderilmesinden sonra eser değerlendirme süreci, ön inceleme aşaması, hakem değerlendirme aşaması ve gerekli olduğu takdirde düzeltme aşaması şeklinde gerçekleşir. Dergide yayımlanmak üzere gönderilecek tüm akademik çalışmalar aşağıda verilen şekil şartlarına göre hazırlanmalıdır.
1. Gönderilen makaleler Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
 2. Gönderilen makalelerin başlıkları Türkçe ve İngilizce olarak yazılmalıdır. Makale başka bir dilde yazılmış ise makalenin yazıldığı dildeki başlığı da eklenmelidir. Başlıklar, 12 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanır.
 3. Başlık numaralandırmaları **I. – A. – 1. – a.** sistemini takip etmelidir. Giriş ve Sonuç/Değerlendirme bölümlerinde numaralandırma yapılmamalıdır.

Ayrıca, makale içi başlıklandırmalar dahil olmak üzere paragraf başlarında herhangi bir girinti olmamalıdır.

4. Başlık kısmının altında iki yana yaslı olarak yazarın ismi ve büyük harflerle soy ismi yer almalıdır. Soy ismin sonuna “*” koyularak dipnotta yazarın unvanı, görevi, ORCID numarası ve iletişim bilgileri yazılmalıdır.
5. Yazarın bilgilerinin altında “Öz” (Türkçe özet) yazılmalıdır. “Abstract” (İngilizce özet) ise Öz kısmından sonra yer almalıdır. Makalenin dili Fransızca veya Almanca ise Abstract kısmından sonra “Résumé” (Fransızca özet) veya “Zusammenfassung” (Almanca özet) yazılmalıdır. Bu kısımlar, 150-200 kelime arasında ve makaleyi özetler mahiyette olmalıdır. Öz kısmının sonunda “Anahtar kelimeler” kısmı yer almalıdır. “Keywords” ise Abstract kısmının sonuna yazılmalıdır. Fransızca veya Almanca özet yazılması halinde sonuna “Mots-clés” veya “Schlüsselwörter” eklenmelidir. Makalelerde en az 5 farklı anahtar kelimeye yer verilmelidir.
6. Yazı içerisinde kullanılan kısaltmalar, ilk kullanımlarında açık şekilde yazılmalı ve sonunda kısaltma parantez içinde belirtilmelidir. Yazının sonuna ayrıca bir kısaltmalar cetveli eklenmemelidir.
7. Referans ve ek açıklamalar için dipnotlar tek satır aralığı ile 10 punto ile metin içinde ilgili yerde satır üstüne küçük rakamla (1,2,3...) sıra numarası konarak verilir. Dipnotları sayfa altında gösterilir.
8. Makale boyunca soy isimlerin yalnızca ilk harfi büyük yazılmalıdır. Yazarın birden fazla soy ismi bulunması halinde soy isimleri arasına “-” koyulmalıdır.
9. Dipnotlarda kitaplara atıf için [yazarın adı soyadı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevini adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 45.

10. Dipnotlarda kitap bölümlerine atıf için [yazarın adı soyadı, “bölüm adı”, Ed. editör adı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevini adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Andrea Atteriano, Maria Beatrice Deli, “An Overview of International Sanctions’ Impact on Treaties and Contracts”, Ed. Natalino Ronzitti, Coercive Diplomacy, *Sanctions and International Law*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2016, s. 210.

11. Dipnotlarda makalelere atıf için [yazarın adı soyadı, “makale adı”, *dergi adı*, cilt no., sayı no., yayım yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önallım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üni-*

versitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110.

12. Dipnotlarda online kaynaklara atıf için [(varsa) yazarın adı soyadı, (varsa) *sayfa başlığı*, açık adres parantez içinde erişim tarihi.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Chris McGreal, *70 Years and Half a Trillion Dollars Later: What Has the UN Achieved?*, <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/07/what-has-the-un-achieved-united-nations> (01.12.2019).

13. Dipnotlarda ansiklopedi maddelerine atıf için [yazarın adı soyadı, “madde başlığı”, *ansiklopedi adı*, (varsa) cilt no., (varsa) eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: F.V. Garcia-Amador, “Organization of American States”, *Encyclopedia of Public International Law*, Cilt 6, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam, 1983, s. 277.

14. Dipnotlarda teze atıf için [yazarın adı soyadı, *tezin adı*, tezin niteliği, üniversite enstitü” ve anabilim dalı bilgileri, yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Halit Eyüp Özdemir, *Kamu İhale Kanununda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü” Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005, s. 73.

15. Tercüme eserlerde mütercimın adı yazarın adının hemen ardından parantez içinde (Terc. mütercim adı ve soy adı) şeklinde yazılır.

Ör.: Klaus Tiedemann (Terc. Ayşe Nuhoglu), *Ekonomi Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 89.

16. Aynı esere yapılacak atıflarda [yazarın soyadı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Aydın, s. 95.

17. Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda [yazarın soyadı, eserin kısaltması, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110, (Görüşler).

Ör.-2: Yavuz, Görüşler, s. 110.

18. Eserlerin ilk basılarına atıf yapılması halinde bası bilgisi belirtilmeyecektir.

Ör.: Ergun Özbudun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 50.

19. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “,” kullanılmalıdır.

20. Bir dipnot içerisinde birden fazla kaynağa atıf yapılması halinde kaynaklar

arasında “;” kullanılmalıdır.

21. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Bu kısım; Türkçe makalelerde “Kaynaklar”, İngilizce makalelerde “Bibliography”, Fransızca makalelerde “Bibliographie”, Almanca makalelerde “Literatur” başlığını taşımaktadır. Faydalanılan kaynaklar soy isimlerine göre sıralanmalıdır.
22. Kaynakçada yer alan eserlerde önce yazar(lar)ın soy ismi sonrasında ise ismi yazılır. Soy isim ile isim arasına virgül koyulmalıdır. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “;” kullanılmalıdır. Diğer hususlarda dipnotlar için belirtilen kurallar kaynakça için de geçerlidir.

Etik İlkeler

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - İMÜHFD, hukuk ve bağlantılı alanlarda nitelikli bilimsel eserleri yayımlamak amacıyla aşağıda belirtilen etik ilkeler ve kurallara bağlı olarak yayımlanan hakemli bir dergidir. İMÜHFD yayım süreçlerinde en yüksek standartlara bağlıdır ve TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin, SOBİAD ve Index Copernicus International dizinleri ile HeinOnline, ICI World of Journals ve EBSCO veri tabanlarında taranmaktadır.

Gönderilen tüm eser orijinal, yayımlanmamış ve başka bir dergide değerlendirme sürecinde olmamalıdır. Her bir eser editörlerden biri ve en az iki hakem tarafından çift kör değerlendirilmeden geçirilir. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkar edilen yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayım, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir.

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisine çalışma gönderen yazarların belirtilen etik sorumluluklara uyması gerekmektedir;

- Dergiye gönderilen makalelerin hukuk ve bağlantılı alanlarda özgün çalışmalar olması gerekmektedir. Yazar, başka yerde yayımladığı veya yayımlanmak üzere gönderdiği çalışmalarını İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne göndermemelidir.
- Çalışmaların bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. Yazar, çalışmasını dergiye göndererek; çalışmanın orijinal olduğunu, daha önce başka bir yerde yayımlanmadığını ve başka bir yerde, başka bir dilde yayımlanmak üzere değerlendirmede olmadığını taahhüt etmiş sayılır.
- Çalışmalara katkıda bulunan başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmalarını ya da yararlandıkları kaynakları uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir. Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan ancak çalışmaya katkısı olan tüm bireyler “teşekkür / bilgiler” kısmında sıralanmalıdır. Bunlara örnek olarak ise sadece teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler verilebilir.
- Değerlendirme süreci başlamış bir çalışmanın yazar sorumluluklarının değiştirilmesi (yazar ekleme, yazar sırası değiştirme, yazar çıkartma gibi) teklif edilmemelidir.
- Gönderilen eserlerde tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır. Yazarların isim sıralaması ortak verilen bir karar olmalıdır.
- Yazar, çalışma yazımı sırasında yararlandıkları kaynaklara etik ilkeler doğrultusunda doğru biçimde atıf yapmalıdır.

- İMÜHFD, yazarlardan değerlendirme süreçleri çerçevesinde eserlerine ilişkin bilgi veya ham veri talep edilebilir, böyle bir durumda yazar beklenen veri ve bilgileri sunmaya hazır olmalıdır.
- Yazar, değerlendirme ve erken görünüm aşamasındaki ya da elektronik ortamda yayımlanmış eseriyle ilgili hatayı fark ettiğinde bilgi vermek, düzeltmek ya da geri çekmek için editör kurulu ile iletişime geçmelidir.

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editör Kurulu aşağıda belirtilen etik sorumluluklara uymayı taahhüt eder;

- Editör Kurulu, yayım, kör hakemlik, değerlendirme süreci, etik ilkeler gibi dergi politikalarının belirlenmesi ve uygulanmasını sağlar.
- Editör Kurulu derginin niteliğinin artırılması ve gelişimine katkıda bulunmak için çaba sarf etmekle yükümlüdür.
- Editör Kurulunun, yazarların ifade özgürlüğünü desteklemesi gerekmektedir.
- Editör Kurulu, intihal ve atıf çeteciliği gibi bilimsel ve etik olmayan davranışları engellemek amacıyla önlemler almalıdır.
- Editör Kurulu, dergiye gönderilen bir akademik çalışmanın yayımlanması hususunda nihai söz hakkı sahibidir. Editör Kurulu, çalışmalar ile ilgili herhangi bir karar verirken, çalışmaların özgün değeri, alana katkısı, araştırma yönteminin geçerli ve güvenilirliği, anlatımın açıklığı ile derginin amaç ve kapsamını göz önünde tutmalıdır. Editör Kurulu, hiçbir gerekçeyle eser sahiplerinin ırkını, etnik kökenini, cinsiyetini, cinsel yönelimlerini, düşünce ve inançlarını dikkate alamaz.
- Editör Kurulu, dergide yayımlanması için gönderilen tüm eserlerin yayım sürecinin sağlıklı şekilde yürütülmesinden sorumludur. Bu çerçevede Editör Kurulu, kamu yararını gözeterek ve bağımsız olarak karar vermelidir.
- Editör Kurulu, gönderilen çalışmalara ilişkin tüm bilginin, çalışma yayımlanana kadar gizli kalacağını garanti eder.
- Editör Kurulu, yayımlanan tüm çalışmaların fikri mülkiyet hakkını korumakla, olası ihlallerde derginin ve yazarların haklarını savunmakla yükümlüdür. Editör Kurulu yayımlanan tüm çalışmaların, başka yayımların fikri mülkiyet haklarını ihlal etmemesi adına gerekli önlemleri almakla ve bu kapsamda özgünlük denetimi yapmakla yükümlüdür.
- Editör Kurulu, dergide yayımlanması için gönderilen çalışmaları dergi yazım kuralları bakımından değerlendirmelidir.
- Editör Kurulu, yazarlara açıklayıcı ve bilgilendirici şekilde bildirim ve dönüş sağlanmalıdır.

- Editör Kurulu, hakem değerlendirme sürecinin çift taraflı kör hakemlik ile sürdürüldüğünden emin olmalı ve yazarlara hakemleri, hakemlere de yazarları ifşa etmemelidir.
- Editör Kurulu, hakemlerin bilgi ve uzmanlıklarına uygun eserleri değerlendirmelerini istemelidir. Böylece çalışmaların alanında uzman kişilerce uygun bir şekilde değerlendirilmesi sağlanmalıdır. Bu süreçte hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir.

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemleri aşağıda belirtilen etik değerlere uymayı taahhüt eder;

- Hakemler yalnız uzmanlık alanı ile ilgili çalışmalarını değerlendirmeyi kabul etmelidir. Hakem, çalışma konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, Editör Kuruluna bu durumu en kısa sürede bildirmelidir.
- Hakemler, değerlendirmelerine sunulan akademik çalışmalara ilişkin olarak sundukları kanaatleri ile Kurul tarafından verilecek kararları destekler ve gerekli görülmesi halinde çalışmanın geliştirilmesi için yazarla Kurul aracılığıyla iletişime geçer. Bu süreçte hakemin kimliğinin gizli tutulması esastır.
- Hakemler çalışmaları tarafsızlık ve gizlilik içerisinde değerlendirmekle yükümlüdürler. Bu çerçevede çalışmada yer alan bilgileri yazarın açık izni olmaksızın, yayımlanmadan önce başkalarıyla paylaşamazlar ve kullanamazlar.
- Hakemler değerlendirilmek üzere gönderilmiş esere ilişkin herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederse ya da daha önce yayımlanmış herhangi bir çalışma ya da bilgiyle benzerliği fark ederse en kısa sürede Editör Kurulunu bilgilendirmelidir.
- Değerlendirme süreci sonunda hakemler “Hakem Değerlendirme Formu” aracılığı ile görüşlerini bilimsel kriterlere uygun şekilde iletmelidir. Bu koşullara uygun olmayan Hakem Değerlendirme Formu tespit edildiğinde, yenden gözden geçirme ve düzeltme için Editör Kurulu tarafından kendileriyle iletişime geçilebilir.
- Hakemlerin, değerlendirmelerini kendilerine tanınan süre içinde tamamlamaları gerekmektedir.

