

VOLUME + CİLT: 27 + ISSUE + SAYI: 2 DECEMBER ARALIK 2021 ISSN: 2529-0142

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
ARAŞTIRMALARI
DERGİSİ
MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

6 Aylık Hakemli Akademik Dergi / Biannual Peer-Reviewed Academic Journal

Volume • Cilt: 27 / Issue • Sayı: 2 / DECEMBER / ARALIK • 2021

ISSN: 2529-0142

Marmara Üniversitesi Rektörlüğü Adına İmtiyaz Sahibi • Owner: Prof. Dr. MUSTAFA KURT (Rektör • Rector)

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına İmtiyaz Sahibi • Owner of the Journal

Prof. Dr. Mehmet AKMAN

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Baş Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Zafer İÇER (Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Canan ÜNAL (Editör)

Arş. Gör. Can YÖNEY

Arş. Gör. Büşra ŞENERDOĞAN

Arş. Gör. Cihat ŞAYLAN

Arş. Gör. Ümit Barış BAYINDIR

Yönetim Yeri ve Yazışma Adresi / Address

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Göztepe Kampüsü B. Blok 118/2 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel: 0216-777 2200 **Fax:** 0216-777 2223

E-Posta: hukukdergi@marmara.edu.tr

Marmara Üniversitesi Yayınevi / Marmara University Press

Adres: Göztepe Kampüsü 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel/Faks: +90 216 777 1400

E-posta: yayinevi@marmara.edu.tr

Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ULUSAL HAKEMLİ bir dergidir.

İçindekiler / Contents

İngiltere’de Parlamenter Monarşinin Erken Dönemi

Early Period of Parliamentary Monarchy in England

Bihlerin Dinçkol.....877

Ceza Muhakemesinde Hakim ve Mahkeme Kararlarının İlgilisine Bildirilmesi

Notification the Relevant Persons of the Judge’s or Court’s Decisions in Criminal Procedure

Faruk Turhan.....898

Türkiye’de Hukuk Eğitimi, Mevzuat ve Uygulamada Toplumsal Cinsiyete Duyarlılık

Gender Sensitivity in Legal Education, Legislation and Practice in Turkey

Özlem Yenerer Çakmut, Özge Yücel Dericiler, Sendi Yakuppur, Işık Özer, Ferhat Yıldırım ...933

Seçme Hakkının Yaş Bakımından Sınırlanması ve Osmanlı-Türkiye Anayasacılığındaki Evrimi

(Restriction of the Right to Vote in Terms of Age and Its Evolution in Ottoman-Turkey Constitutionalism)

Abdullah Sezer983

Türk-Yunan İlişkileri Kapsamında Kıta Sahanelığı Uyuşmazlığının Çözüm Yeri Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Olabilir mi?

Can the United Nations International Court of Justice be the Solution Place for the Continental Shelf Dispute Within the Scope of Turkish-Greek Relations?

Hakkı Hakan Erkiner, Mehmet Emin Büyük 1013

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yükseköğretim Öğrencileri Disiplin Rejiminin Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of the University Disciplinary Regime in the Light of the Constitutional Court Decisions in terms of the Principle of Legality

İlhami Öztürk, Arif Emre Sümer..... 1039

6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapılarda Pay (Hisse) Satışı

Share Sale in Hazardous Structures Under Law No. 6306

Hüseyin Melih Çakır, Barış Ülker..... 1066

İcrai Olmayan İşlem Türlerinden Yol Gösterici İşlemin Hukuki Değeri

The Legal Value of the Guiding Administrative Act Types of Non-Executive Administrative Acts

Hulüsi Alphan Dinçkol 1107

Yumuşak Hukuk Tartışmaları Çerçevesinde BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin Değerlendirilmesi

Analyzing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) in the Context of Soft Law Debates

Cansu Atılgan Pazvantoğlu 1131

Merkeziyetsiz Finans (Defi) Faaliyetlerinin İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu Bakımından Değerlendirilmesi

Considerations on Decentralized Financial (Defi) Activities in Terms of Unauthorized Banking Crime

Serkan Meraklı 1156

Büyük Doğu Japonya Depremi Sonrası Japon Mevzuatında Görülen Eksikliklerin Düzeltilmesi Bağlamında Deprem ve Hukuk

Earthquake and Law in the Context of Correcting the Deficiencies in Japanese Legislation After the Great East Japan Earthquake

Ersin Bayra 1191

Sermaye Piyasası Kanunu'nda Piyasa Dolandırıcılığı ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları İçin Öngörülen Etkin Pişmanlık Düzenlemesi ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar

Effective Repentance Regulation For Market Manipulation And Abuse Of Confidence Crimes in Capital Market Law and Problems Encountered in Practice

Ahmet Tok 1207

Orman Alanlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi* Konusunda Turizmi Teşvik Kanunu'nda Öngörülen Değişiklikler

The Amendments of the Law for the Encouragement of Tourism Regarding the Allocation of Forest to Tourism Investments

Nuray Sümer, Gül Üstün 1232

Vergi Usul Kanununun 359'uncu Maddesinin b Fıkrasında Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu

Tax Evasion Crime Regulated In Article 359 Paragraph b of Tax Procedure Code

Ertuğrul Ünal 1260

Changing Notion Of Object And Targeting Data Under The Law Of Armed Conflict Değişen Nesne Kavramı Ve Silahlı Çatışma Hukukunda Verilerin Hedef Alınması Yunus Emre Gül	1298
Tarihsel Süreç İçerisinde Fransız Temyiz Mahkemesinin Gelişimi* The Evolution of The French Court of Cassation in The Historical Process M. Kâmil Yıldırım, Ozan Tok	1314
“Küçük Uyuşmazlıkların (Small Claims)” Kendine Özgü Bir Prosedür Dâhilinde Çözümlemesine İlişkin Düşünceler Considerations for the Resolution of “Small Claims” in a Sui Generis Procedure M. Kâmil Yıldırım, Mehmet Akif Gül.....	1334
İslam Hukukunun Uygulanacak Hukuk Olarak Seçilmesi ve İngiliz Yüksek Mahkemesinin <i>Shamil Bank of Bahrain v. Beximco</i> Kararının Bu Çerçeve Değerlendirilmesi The Choice of Sharia and An Assessment of English Court of Appeal’s <i>Shamil Bank of Bahrain v. Beximco</i> Decision Sibel Özel, Kazım Çınar	1352
Haklı Yahut Geçerli Fesih Nedeni Olarak İşyerinde Yaşanan Duygusal İlişkiler – Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Değerlendirmeler Emotional Relationships in the Workplace As a Justified or Valid Reason for Termination-Evaluations in the Framework of the Constitutional Court and Supreme Court Decisions Mustafa Alp, Dilek Dulay Yangın	1380
Ortak Yetkili Mahkemenin Kesin Yetkili Olup Olmadığına İlişkin Bir Değerlendirme (HMK m. 7) An Evaluation of Whether Joint Jurisdiction is Exclusive Jurisdiction Murat Yavaş, Ömer Faruk Saçar	1416
Avrupa Birliği’nin Yeni Göç ve İltica Paktı ve Pakt’ın Göçmen Çocuklar Konusundaki Düzenlemelerine İlişkin Değerlendirmeler Assessments on the European Union’s New Migration and Asylum Pact and Its Regulations on Migrant Children Cahit Ağaoglu.....	1424

İcra ve İflâs Hukukunda Covid-19 Sebebiyle Sürelerin Durmasına İlişkin Düzenlemelerin Kıymet Takdiri Süresine Etkisi

Suspension of Limitation Periods under Covid-19 Regulations and Its Effects on Property Appraisal Periods in Turkish Enforcement and Bankruptcy Law

Birce Arslandoğan..... 1447

İnternet Alan Adı (Domain) Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler: UDRP, URS ve TRABİS Karşılaştırması

Alternative Methods for Resolving Internet Domain Name Disputes: A Comparative Review of the UDRP, the URS and the TRABIS

Mehmet Bedii Kaya 1462

Karayoluyla Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının TTK m. 886 Kapsamında Pervasızca ve Zararın Muhtemelen Meydana Geleceği Bilinciyle Davranışı

The Carrier's Behaviour Recklessly and with Knowledge that Damage Would Probably Result within the Scope of Art. 886 TCC in Carriage of Goods by Road

Esra Kaşak 1487

Birleşme Amaçlı Ortaklıklar ve Hedef Şirketle Birleşmesine İlişkin Özellik Arz Eden Durumlar

Special Purpose Acquisition Companies and Specific Circumstances Regarding Their Merger with Target Companies

Nevin Meral 1516

Karşılaştırmalı Hukuk Araştırmalarında Yöntem

Methodology of Comparative Legal Research

Çişil Durgun Arslan 1540

Haksız Rekabette İhtiyati Tedbir Uygulamaları ve Özellik Arz Eden Durumlar (TTK m. 61)

Precautionary Measures in Unfair Competition and Special Situations (TCC art. 61)

Abdüsamet Yılmaz..... 1565

Medenî Usûl Hukukunda Hükümden Sonra Feragat ve Davanın Feragat Sebebiyle Sona Erdiğini Ortaya Koyacak Olan Mercî: 7251 Sayılı Kanun Değişikliği Kapsamında Değerlendirmeler

The Authority that will Establish the Waiver and Termination of the Lawsuit due to Waiver after the Verdict in Code of Civil Procedure: Considerations within the Scope of Law No. 7251

Serpil Işık..... 1576

Stock Buybacks in Public Companies: A Necessity or a Trap?

Halka Açık Şirketlerin Kendi Paylarını Edinimi: Bir Gereklilik Mi Yoksa Tuzak Mı?

Fatih Buğra Erdem 1623

İngiltere’de Parlamenter Monarşinin Erken Dönemi

Early Period of Parliamentary Monarchy in England

Bihterin Dinçkol* 

ÖZ

İngiltere’de parlamenter monarşinin kaynağını feodal meclisler oluşturmaktadır. Parlamento, feodal meclislerin yetkilerinin kral karşısında artmasıyla ortaya çıkmıştır. Bu süreç evrim şeklinde gelişmiştir ve Kıta Avrupası’ndan farklılık göstermiştir. Erken dönemde İngiltere’de birliğin oluşturulması ve feodal merkezleşme “egemen mülk sahiplerinin ortak amacı” olarak ortaya çıkmıştır. Kraliyet ve parlamento ise modern devlet sürecinde ulus-devletin kurumlarını belirlemiş ve güvenceye kavuşturmuştur. Başlangıçta politika sadece kralın işi olarak görülürken, parlamento giderek kraliyeti sınırlama ve denetleme konusunda güçlenmiştir. Bu süreç çağdaş parlamentoların temelini oluşturmuştur. Sosyal farklılıkların etkisi ile gerçekleşen gruplaşma sonucunda iki meclis meydana gelmiştir. Parlamentonun iki kamaraya bölünmesinin hangi yılda gerçekleştiği tam bilinmemekle birlikte XIV. yüzyıl, bu kurumun geliştiği bir dönemdir. Çağdaş parlamenter sistemin kurumlarından özellikle çift meclis, parlamenter bağımsızlığı ve parlamento içi grupların ilk izlerine erken dönemde rastlanmaktadır. Bu çalışmada özellikle İngiltere’de parlamenter sistemin erken dönemde gelişim süreci ve Kıta Avrupası’ndan farklı yönleri üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Parlamento, Lordlar kamarası, Avam Kamarası, Whig’ler, Tory’ler, Parlamenter Bağımsızlığı, Magna Carta, Bill of Rights, Cromwell.

ABSTRACT

Feudal assemblies are the source of parliamentary monarchy in England. Once the feudal assemblies gained power against the King, the parliament founded. This process developed in evolution and differed from Continental Europe. Unity in England and feudal centralization in early England arose as “the common purpose of the sovereign property owners”. The monarchy and the parliament, on the other hand, determined and secured the institutions of the nation-state in the modern state process. In the beginning, while politics was seen only as the business of the king, the parliament gradually became stronger in restraining and controlling the monarchy. This process formed the basis of contemporary parliaments. As a result of grouping that took place with the effect of social differences, two assemblies were formed. Although it is not fully known in which year the parliament was split into two houses, XIV. century is a period in which the institution improved. The first traces of the institutions of the contemporary parliamentary system, especially the bicameral system, parliamentary immunity and intra-parliamentary groups can be found in the early period. In this study, especially the development process of the parliamentary system in the early period in England and its different aspects from Continental Europe are emphasized.

Keywords: Parliament, House of Lords, House of Commons, Whigs, Tories, Parliamentary Immunity, Magna Carta, Bill of Rights, Cromwell.

* Prof. Dr, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, , ORCID: 0000-0001-5578-3610

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Bihterin Dinçkol

E-posta/E-mail: bihterin.dinckol@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 15.09.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 01.11.2021

“Yasaya itaat yasa koyucuların ve siyasal sistemin değerine bağlıdır.”

Emile Durkheim

GENEL OLARAK

Montesquieu’nun ifadesiyle; “İngilizler hürriyeti tam manasıyla geliştirmek için, saltanat yönetiminde bulunan kuvvetlerin hepsini ortadan kaldırdılar”¹. Voltaire ise *Feylesofça Konuşmalar ve Fıkralar* adlı eserinde bu görüşün eleştirisini şöyle yapar; “İngilizlerin bunun aksini yaptıklarını, Avam Kamarası’nı, Lordlar Kamarası ile denge sağlayan bir ara kuvvet haline getirdiklerini bilmeyen yoktur. Yalnız bir ara kuvveti, o da görevi, tapınmak, ahlaki yükseltmek, insanları ruh bakımından yönetmek olan kiliseyi baltalamakla yetindiler”². Her iki bakış açısı da çeşitli nedenlerle eleştirilebilir; bunun için de sürecin köklerine inmek gerekir. İngiliz siyasal sisteminde feodalitenin vassal meclislerinin giderek kral karşısında yetkilerini genişleten parlamentoya evrilmesiyle şekillendiğini ifade etmek ve bu gelişmeyi izlemek, sistem ile ilgili değerlendirme yapmanın yolunu açacaktır.

Bir ulusun siyasal gelişiminde, coğrafyasının, ekonomisinin ve siyasete yön veren kişilerin niteliğinin yani siyasal gücü elinde bulunduran iktidar sahiplerinin etkisi söz konusudur. Siyaset iktidar, sahiplerinin olduğu kadar ayrıca “sokaktaki kalabalıklar”ın etkisi ile de yönünü seçer³. İngiltere’nin Kıta Avrupası’ndan bazı farklılıklar gösteren siyasal sistemi de çeşitli etkileşimlerle ortaya çıkmıştır.

Bu çalışmada sistemin erken dönemdeki köklerine, Avrupadan farklılık gösteren yönlerine ve çağdaş parlamentarizmin kurumlarının ilk izlerine değinmek hedeflenmiştir. Bu noktada Kant’ın şu görüşünü hatırlamak yerinde olacaktır; tarih, özgürlük idealinin gerçekleşme sürecidir. Tarih, Kant’a göre doğanın vasiliğinden kurtulup, özgürlüğe kavuşmaktır⁴. Gerçekten de tarihsel yaklaşım ve çözümlemeler, geçmiş kalıpların ve yörüngelerin bugünkü tercihler bakımından uygun olup olmayacağını anlamamıza olanak verirler. Bu yüzden yetkin tarihsel çözümlemeler, gerçek yaşamın konularını dar ampirist incelemelere odaklanan yaklaşımlardan daha anlamlı bir şekilde dile getirebilecektir⁵.

Fransa’da 1789 Devrimi ile sonuçları yankı bulan aydınlanma süreci ilk olarak Katolik Kilisesi’nden koparak kendi kilisesini oluşturan ve Avrupa’ya nazaran erken benimsenen parlamenter sistemiyle öne çıkan İngiltere’de başlamıştır. Aslında tek bir Aydınlanmadan söz edilemez. “İngiliz Aydınlanması daha çok sakin bir bilimsel araştırma havası içinde gelişmesine karşılık, Fransız Aydınlanması ihtirash bir savaş felsefesidir”⁶. İngiliz Aydınlanmasının iki önemli ismi Hobbes ve Locke kuramları ile Aydınlanmanın önemli unsuru olan siyasetin dinden ayrılmasına katkıda bulunmuştur. İngiltere’de dinsel ve siyasal gelişim birbirine koşut gelişme gösterirken, Protestanlık ve özellikle de Püritencilik

1 **Montesquieu**, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev Fehmi Baldaş, (Hiperlink 2011) 56.

2 **Fehmi Baldaş**, ‘Çevirmenin Önsözü’, *Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev Fehmi Baldaş, (Hiperlink 2011) 21, 56.

3 **Simon Jenkins**, *İngiltere’nin Kısa Tarihi, A Short History of England*, Çev U. Kocabaşoğlu, (İletişim 2020) 12.

4 **Kasım Şulul**, ‘Batı Tarih Felsefesine Giriş’, (2001) 6(6), Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 111, 126.

5 **Theda Skocpol**, ‘Sosyolojinin Tarihsel İmgelemi’, iç Theda Skocpol (ed), Çev Ahmet Fethi, *Tarihsel Sosyoloji*, (Tarih Vakfı Yurt Yayınları 1999) 7.

6 **Macit Gökberk**, *Felsefe Tarihi*, (İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayinevi 1961) 366.

Aydınlanma filozofları üzerinde etkili olmuştur. Püriten mezhebi, kanaatkâr yaşam sürmeyi bir ahlâk kuralı olarak benimser, aşırılıklardan kaçınmayı tavsiye eder. Püritenlerin isteği Anglikan Kilisesini “papacı putperestlikten” arındırmaktır⁷.

İskoçya ve İngiltere'nin “Birlik Andlaşması” ile birleşmesinden sonra (1707) İskoçya, İngiltere'nin sanayileşme sürecinden ve parlamentonun üstünlüğüne dayanan siyasal sisteminden yararlanmıştır. İngiliz aydınlanmasından etkilenmekle birlikte farklı özellik gösteren İskoç aydınlanması ise 1730-1780 yılları arasında, Adam Smith ve David Hume'un da aralarında bulunduğu teorisyenlerin ahlak felsefesi, tarih ve ekonomi alanlarına katkıları ile ortaya çıkmıştır.

Aydınlanma sürecinde Avrupa'ya göre farklı özellik gösteren İngiltere'de yine farklı özelliklerle gelişen parlamento kurumu hem kurumsal açıdan hem de görev ve yetkileri açısından başta Avrupa parlamentoları olmak üzere tüm parlamentoları etkilemiştir.

Kökleri İngiltere'nin siyasal evrimine dayanan parlamenter rejim, güçler ayrılığı ilkesine dayanır ve yalnızca parlamentosu olan bir sistemden öte meclis önünde sorumlu bir kabinenin olduğu rejimdir. İngiltere'de başlangıçta mutlak monarşik yapı gereği tek başına iktidar sahibi olan kralın giderek yetkilerinin sınırlanmasıyla sınırlı monarşiye ve sonrasında parlamenter monarşiye geçilmiştir.

Kilise ile kraliyet arasında yaşanan mücadelenin kraliyet lehine sonuçlanması sonrasında mücadelenin tarafları değişmiş ve çatışma kraliyet ile parlamento arasında yaşanmıştır. Bu mücadele sürecinde parlamentonun yetkisi arttıkça kralın yetkisi azalmıştır.

Aydınlanma düşünürü Hobbes “Leviathan”da, mutlak monarşiyi savunarak iktidarın parçalanmaması ve ulusal bütünlük, birlik için çaba göstermiştir. Ancak mutlak monarşiyi sonlandıracak olan ilk darbe İngiltere'de indirilmiş ve birliğin başka kurumlar – parlamento – aracılığı ile korunacağı gösterilmiştir. Sonuç 19. yüzyılda “parlamentonun üstünlüğü”dür.

Erken dönemde İngiltere'de birliğin oluşturulması ve feodal merkezileşme “egemen mülk sahiplerinin ortak amacı” olarak ortaya çıkmıştır⁸. Kraliyet ve parlamento ise modern devlet sürecinde ulus-devletin kurumlarını belirlemiş ve güvenceye kavuşturmuştur.

İngiltere'de siyasal sistemin bu değişimi teorik temellere dayanmaktan ziyade tarihsel süreçte ekonomik ve sosyal değişime bağlı olarak yavaş yavaş gerçekleşmiştir⁹.

I. BRİTANYA ADASININ FARKLI KAVİMLERCE ELE GEÇİRİLMESİNİN SİYASAL SONUÇLARI

Milattan önceki devirlerde Kelt ırkına mensup kavimlerin yaşadığı Britanya adası, MS 43 yılında Romalılarca işgal edilmiş ve 441 yılında Roma ordularının tamamen terk etmesine kadar Roma

7 **Server Tanilli**, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, C III, (Adam Yayınevi 2004) 120.

8 **Ellen Meiksins Wood**, *Kapitalizmin Arkaik Kültürü, Eski Rejimler ve Modern devletler Üstüne Tarihsel Bir Deneme*, Çev O. Köymen, (İkinci Basım, Yordam Kitap 2012) 47.

9 **Esat Çam**, *Siyaset Bilimine Giriş*, (Der 2000) 537.

İmparatorluğu'nun egemenliği altında kalmıştır¹⁰. Romalılar Britanya'nın fethine İmparator Claudius döneminde başlamış ancak adayı tümüyle ele geçirememişler, adanın kuzeyi bağımsız kalmaya devam etmiştir.

Romalı askerler geri çağrıldıklarında Büyük Britanya, İskoçya'dan gelen Kuzey Barbarlarına karşı savunmayı sağlamak için Cermen kavmi olan Angel'lerle Sakson'lardan yardım isterler. Yardım için gelen Angel'lerle Sakson'lar, ülkeyi işgal ederek bir kısım yerli halkı İskoçya'ya sürer, bir kısmını da Fransız Bretanyasına göç etmek zorunda bırakırlar¹¹. Almanya'dan gelen Saksonlar ve sonra Angel kabilelerinin adaya göç etmesinin ardından Anglo-Sakson krallığı kurulur¹². Bu gelişme bir dönüm noktası olur ve İngiltere'nin ulusal tarihi esasen Anglo-Sakson dönemiyle başlar.

Anglo-Sakson dönemi siyasal özelliklerin yanı sıra Hristiyanlık açısından da bazı özellikler taşımaktadır. Roma egemenliği sırasında yerli halk tarafından adada Hristiyanlık benimsenmiş ancak sonraları Cermen hâkimiyeti bu dinsel yapıdan uzaklaşılmasına neden olmuştur. 596 yılında Britanya adasına Papa Gregory'nin gönderdiği misyon grubunun başında olan St Augustine'in etkisi ile Kelt kilisesi Roma kilisesi ile uyumlu hale getirilerek, Hristiyanlığın yayılmasına çalışılmıştır¹³. Halkın hristiyanlığı kabulü konusundaki eğilimi, siyasal sonuçlar doğurmuştur. Özellikle Tarsus'lu Theodore'nin etkisiyle çeşitli krallıklar, aynı kiliseye bağlanmışlar ve böylece krallıkların üstünde ruhani birlik kurulmuştur. Hatta bu durum ileride ulusal birliğin sağlanmasında etkili olmuştur¹⁴.

İlk dönemlerden itibaren İngiltere'de kralı sınırlayan bazı sistemsel özellikler mevcuttu. Bunlardan biri kralın Kilise tarafından yapılan tören ile taç giymesi iken, diğeri kralın ülkenin önde gelen kişilerine danışması usulüdür. XIII. yüzyıldan itibaren İngiliz teologları ve hukukçuları taç giyme töreninde kralın Tanrıya karşı sorumlu olduğunu ifade etmesi ile kralın iktidarına dinsel nitelik kazandırdığını ancak bu durumun kralın tahttan indirilmesine engel oluşturmadığını ifade ederler¹⁵.

Angeller ve Saksonlar'ın kurduğu yedi krallık, IX. yüzyıl ortalarında birleşirler¹⁶. Bu dönemde toplumsal yapı içinde üç sınıfın varlığı söz konusudur; soylular, özgür köylüler ve kentliler, köleler¹⁷. Anglo-Saksonlar İngiltere'ye geldiklerinde araziler üç türdü: köylülerin ortaklaşa kullandıkları alanlar – tarla, otlak ve orman-, özel mülkiyet konusu olan arazi ve devlete ait olanlar. Anglo-Sakson

10 **Charles Crozat**, *Amme Hukuku Dersleri*, C 2, K 1 (Orta zamanlar), (Kenan Matbaası 1944) 58-59; **Recai Galip Okandan**, *Umumi Amme Hukuku*, (Fakülteler Matbaası 1976) 184.

11 **Gaetano Mosca**, *Siyaset Biliminin Temelleri*, Çev H. İlhan, (Alter 2013) 155.

12 **Sadri Maksudi Arsal**, 'İngiliz Amme Hukukunun İnkişafı Safahaları', (1940) 6(1-3), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 3, 5.

13 **Edward King and Joseph Hawley**, 'İngiliz (Common Law)unun Gelişmesi', Çev İ. Lütem, (1959) 16(1-4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 178, 182.

14 **Crozat**, *Amme Hukuku Dersleri* (n10) 61.

15 **İbid** 68.

16 **Mosca**, *Siyaset Biliminin Temelleri* (n11) 155.

17 Özgür köylüler, feodalitede mevcut serfler gibi toprağa bağlı değildir. **Arsal**, (n12) 11. "12. Yüzyıl ortalarından itibaren insanların farklı bir örgütlenme tarzı, yatay tabakalar şeklinde örgütlenme ortaya çıkar... Hiyerarşik sınıflar ... oluşup güçlenmeye başlar... Eşitler arasında karşılıklı destek ahtı, eski bağımlının efendisine itaat yemininin yerini alır. Her yerde insanlar arasındaki bağ duygusu gücünü yitirir." **Daniel Chirot**, 'Marc Bloch'un Toplumsal ve Tarihsel Manzarası', iç Theda Skocpol (ed), Çev Ahmet Fethi, *Tarihsel Sosyoloji*, (Tarih Vakfı Yurt Yayınları 1999) 41.

kralları köylülerin ortaklaşa kullandıkları alanlara dokunmazken, özel mülkiyet konusu araziye el koyarak, krala yakın olanlara ya da askeri, yargısal, ruhani alanda krallığa hizmet edenlere dağıtırlar. Bu dönemde soyluluk, bir kast oluşturmaz ve her bir özgür Anglosakson bir miktar araziye sahip olup, üzerine malikane ve kilise yapmaya gücü yettiğinde soylular sınıfına geçebilirdi¹⁸. Böylece Anglo-Saksonlar döneminde mülkiyet, soyluluğun ön koşulu olmuştur.

Anglo-Saksonlar yönetim tarzını krallık olarak benimsemekle birlikte, özgür kişilerin yönetime katılabilmesi mümkündü. Kralın yanında Witans'lardan oluşan giderek "Witanegemot" ismini alan ve kralın yetkisini kullanırken onayı alınan meclis mevcuttu. Ancak bu mecliste halkın temsili söz konusu değildi, meclis üyeleri kralın güvenini sağlayan sadık tebaadan oluşuyordu. Ehil olmayan krallar bu meclis tarafından azledilebilirdi¹⁹. Bu meclisin yetki alanı ise yasamanın yanı sıra idari, yargısal, askeri ve dini alana ilişkindir²⁰.

Krallar söz konusu meclisin kararları ile bağlı olduğundan, mutlak yetkili değillerdir. Kral çok önemli durumlarda ise bütün savaşçılardan meydana gelen ve "Folkmoot" adı verilen kurula danışıyordu. Mosca'nın ifadesiyle aslında henüz devlet aşamasına geçmemiş olan tüm kavimlerde bu tür kurullara rastlanılmaktadır²¹.

Magna Carta'nın kabulüne kadar olan süreçte saray divanı (Royal Council) veya Curia Regis adını alan bu meclisler, kralın kararlarını onaylayarak aslında kralın iktidarını güçlendirmeye yarıyordu²².

Kralın iktidarını sınırlayan bir başka husus da kralların mevcut hukuk kurallarına uygun davranacaklarına dair söz vermeleriydi²³. Dönemin hukuku, örf-adet hukuku olarak ortaya çıkmaktadır²⁴. Nitekim 1070 yılında Guillaume (I. William), kadim örf ve adeti, Anglo-Sakson kanunlarını muhafaza edeceğine dair vaadini teyit etti²⁵.

II. NORMANLARIN İNGİLTERE'YE GEÇİŞİ

Fransa'nın kuzeyinde, Manş denizi kıyısında X. yüzyılda İskandinav korsanları bir dukalık kurmuşlardı. Normandiya ismi de bu korsanlardan gelmektedir. Dukalıkta yaşayan İskandinavlar yerel hakla kaynaşarak, Fransız dilini, törelerini ve feodal yapıyı benimsediler²⁶.

18 **Arsal**, (n12) 11.

19 **Crozat**, *Amme Hukuku Dersleri* (n10) 62.

20 Arsal bu meclisin her şeyden evvel millet meclisi olduğunu ve Germenlerin "consilumlarının halefi, diğer taraftan bu günkü parlamentonun selefi" olduğunu söyler. **Arsal**, (n12) 9.

21 **Mosca**, *Siyaset Biliminin Temelleri* (n11) 156.

22 **Crozat**, *Amme Hukuku Dersleri* (n10) 68.

23 **Okandan**, (n10) 184; **Ersan İlal**, 'Magna Carta', (1968) 34(1-4), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 210, 211.

24 **Arsal**, (n12) 8.

25 **Andre Maurois**, *İngiltere Tarihi*, Çev Hüseyin Cahit Yalçın, (Kanaat 1938) 184; **Crozat**, *Amme Hukuku Dersleri* (n10) 72.

26 **Mosca**, *Siyaset Biliminin Temelleri* (n11) 156.

Anglo-Saksonlar ve Danimarkalıların istilaları sonrasında Normanlar XI. yüzyılda İngiltere’nin büyük bir kısmını ele geçirdiler. Normanların istilası, İngiliz Kamu Hukuku’nun oluşumunda büyük öneme sahiptir. Norman istilasına kadar siyasi birliğin gerçekleştirilemediği İngiltere’de Normanlarla birlikte günümüz İngiltere’sinin temellerini oluşturan siyasi birlik kuruldu²⁷.

Normanların başında büyük bir siyasi dahi olduğu ileri sürülen ve Anglo-Sakson hâkimiyetine son vererek adada Norman egemenliği kuran I. William (Fransızların ifadesi ile I. Guillaume)²⁸ öncelikle bütün topraklara kralın sahip olduğunu ilan etti. I. William değerli olan toprak parçalarını kendisine ayırdıktan sonra kraliyetteki arazi parçalarını kendisi ile birlikte savaşan baron ve şövalyeler arasında paylaştırarak²⁹, “*bir ağacın kökleri gibi bütün arazi parçalarına dal budak saran*”³⁰ sıkı bir feodal sistem kurdu³¹.

İngiltere’ye Norman istilasıyla zorla kabul ettirilen feodalite, aslında Avrupadan getirilen bir sistem olmasına karşın Fransa uygulamasından farklılık gösteriyordu.

III. İNGİLTERE’DE FEODALİTE VE MONARŞİ

William tarafından feodalite, ele geçirilen topraklarda azınlıkta olan Normanların hâkimiyetini güçlendirmek için kullanılmıştır. William, Norman aristokratlarının üzerinde kendisinin ve sülalesinin hâkimiyetini güçlendirmek için ele geçirilen toprakları Anglosaksonların elinden alarak, Norman baronlarına tahsis etmiştir³². Feodalite, hâkimiyetin güçlenmesini sağlamanın yanı sıra feodal beylerin krala tâbiyet ve sadakatini sağlamak için de yararlı bir sistem olarak uygulanmıştır³³. Feodal beyler, kralın iktidarının güçlenmesine neden olmuştur. Böylece toprak üzerindeki mülkiyet, kralın hâkimiyetini bir aracı olacak şekilde kullanılacaktır.

Fransa’da feodalite Karolenj İmparatorluğu’nun çöküşünün bir sonucu olup, iktidarın bölünmesini ifade etmiştir ve bu bölünmüş siyasal yapıda kral “Prima inter pares” olarak güçlü bir konumda değildi³⁴. İngiltere’de feodalite ise Norman prensinin zorla kabul ettirmesi sonucu Britanyada Norman hâkimiyetini kurmak amacına hizmet etmiştir.

İngiltere’de kurulan feodalitede, bütün Norman senyörleri krala sadakat yemini ile bağlanmıştır³⁵. Bu nedenle William bütün fief alanları kendine sadakat yemini ile bağlamıştır. Oysa Fransa’da feodalite,

27 Crozat, *Amme Hukuku Dersleri* (n10) 60; Okandan, (n10) 184.

28 Noelde Westminster’da taç giymiş ve “fatih” ünvanını almıştır. Pınar Ülgen, ‘Fatih William tarafından Avrupa’nın Yeniden Dizaynı’, (Yaz 2017) 12(1), Gaziosman Paşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, 67, 69.

29 Cem Eroğul, *Anatüzeeye Giriş*, “Anayasa Hukukuna Giriş”, (İmaj 1996) 33.

30 King – Hawley, (n13) 184.

31 “1066 yılından önce İngiltere “Earls” denilen savaşçı aristokratların egemenliğinde parçalanma ile tehdit edilmekteydi.” William bunu yerine feodal sistemi yerleştirdi. Ülgen, (n28) 70. Arsal’a göre Normanlar Fransa’da mevcut feodaliteyi zorla uyguladıklarından “suni bir surette feodal rejim” kurmuştur. Arsal, (n12) 12.

32 Arsal, (n12) 13.

33 Crozat, *Amme Hukuku Dersleri* (n10) 65,66; Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, (13. Bası, Beta 2011) 457.

34 Crozat, *Amme Hukuku Dersleri* (n10) 65.

35 Arsal, (n12) 3.

her kiracının bir üstteki malike karşı yükümlülüğünü yani vassalın bir üstteki senyöre (süzeren) sadakat yemini ile bağlanmasını gerektirmekteydi³⁶. “Adamımın adamı benim adamım değildir” kuralı gereği Fransa’da ikinci derecedeki vassallar süzerene sadakat yemini ile bağlı değildi³⁷.

İngiltere’de ise Fransa’nın tersine, çok sayıda küçük senyör doğrudan krala bağlıdır³⁸. Bu suretle merkezileşme İngiltere’de Avrupa’dan önce sağlanmıştır.

Bir başka fark ise feodal beylerin sahip olduğu yetkilere ilişkindir. İngiltere’de Lordların büyük çoğunluğu Fransa’daki Baronlardan farklı olarak yargısal yetkilere sahip olmaksızın topraklar üzerinde denetim hakkına sahipti, toprağı verimli hale getirmede birbirleriyle rekabet halindeydiler. Servet biriktirme amacına yönelik Lordlar, ekonomik faaliyetlerin siyasi ve askeri faaliyetlerden ayrılmasına neden olmuşlardır³⁹.

Yaklaşık altı yüz baronluk ve altı bin şövalyelikten oluşan bu sistemde kraliyetin gücünü korumak amacıyla senyörlerin sayısı yüksek tutulmuş ve senyörlerin toprakları ülkenin farklı yerlerinden seçmek suretiyle fazla güçlenmelerinin önüne geçilmiştir⁴⁰.

Ancak kral lehine olan güç dengesi, XIII. yüzyıl başlarında feodal beylerin lehine bozulmuş ve Magna Carta Libertatum bu şartlar altında kabul edilmiştir⁴¹.

İngiltere kralları Magna Carta ile başlayan süreçte yönetimde baronların önemli etkisini ve onları göz ardı edemeyeceklerini anlarken, 1381 yılında halkın ve köylülerin de dikkate alınmasını sağlayan “köylü ayaklanması” gerçekleşmiştir. Bu ayaklanma, efendilerin yani yönetici ve toprak sahiplerinin veba saldırısı sonrası sayısı azalan işçi ve köylüleri önceki ücretlerle çalıştırmak istenmelerinden kaynaklanmıştır. İsyan krala karşı olmaktan ziyade feodal düzene karşıydı. Kentlerdeki yoksulların da katıldığı isyan hızla yayılmış ve sonuçta kral II. Richard’ın isyanın bastırılmasında şiddete başvurması, çok sayıda idam ve tutuklama yapılması ile sonuçlanmıştır. Her ne kadar isyan köylülerin amaçları doğrultusunda sonuçlanmamışsa da, köylüler ve yoksullar taleplerini dile getirmişlerdir⁴².

IV. MAGNA CARTA İLE BAŞLAYAN YENİ DÖNEM – FEODAL MECLİSTEN PARLAMENTOYA

XIII. yüzyılla birlikte kralın iktidarının sınırlandırılması yönünde yapılan mücadelelerin fermanlarla somutlaştığı bir dönem başlamaktadır. Magna Carta, aristokrasinin, kilisenin ve tacirlerin kralı zorlamasıyla hazırlanan bir feodal manifesto olarak ortaya çıkmıştır. Kral ve feodal beylerin karşılıklı

36 King-Hawley, (n13) 184.

37 Muvaffak Akbay, *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, (Birinci Cilt, Ankara Ar Basımevi, 1948) 121.

38 Mosca, *Siyaset Biliminin Temelleri* (n11) 156.

39 Wood, (n8) 48.

40 Eroğul, (n29) 33; Arsal, (n12) 13.

41 Göze, (n33) 458.

42 İbrahim Çağrı Erkul, ‘İngiliz Parlamentosu’nun Mutlak Monarşiye karşı Güç Kazanma Sürecinin Analizi’, (2015) XXXIV(2), Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 131, 139-140; Halil Yavaş, ‘Geç Ortaçağ İngiltere’sinde Bir devrimci Hareket: 1381 Köylü İsyanları’, (Haziran 2020) 3(1), Ortaçağ Araştırmaları Dergisi, 11, 11-21.

görev ve yetkilerini de belirleyen özelliği nedeniyle siyasal sözleşme niteliği taşıyan Magna Carta Libertatum, Kral Yurtsuz John zamanında 1215 yılında yapılmıştır⁴³.

Bu belge kralın yetkilerini sınırlarken krallığı zorbalıktan ayırmaya yönelik, yeni hak ve özgürlükler getirmek yerine İngilizlerin geleneksel özgürlük anlayışını yansıtan ve hukuka bağlı devlet ilkesini “tespit ve teyit eden” bir belgedir⁴⁴.

Ancak uzun süre “Magna Carta”nın Kral Yurtsuz John’un ilan ettiği bir belge olduğu değil, Kral III. Henry’nin 1225 tarihli fermanı olduğu düşünülmüştür. Nedeni ise Kral Yurtsuz John’un kabul etmek zorunda kaldığı belge için Papa III. Innocent’den hükümsüz olduğuna dair yazı almasıdır (1215). Fakat Yurtsuz John’un ölümü üzerine Baronlar 1217 yılında acele ile bazı konuların yer almadığı bir fermanı çıkarmışlardır⁴⁵. Ardından tamamlayıcı olarak Charter Of Liberties ve Charter Of Forest kabul edilmiştir⁴⁶. Netice olarak III. Henry’nin son halini verdiği Magna Carta, günümüze kadar etkisini sürdürmüştür⁴⁷.

Magna Carta, her ne kadar ayrıcalıklı sınıfların etkisi ile yapılsa da krallıktaki tüm özgür kişilerin hak ve özgürlüklerini konu almıştır. Ayrıca kralın bu özgürlüklere bağlı olduğunu kabul etmesi de hukuk devleti alanında önemli bir gelişmedir. Kral bu “siyasi sözleşme” ile siyasal iktidarını sınırlamış; keyfi otorite, özgürlüklerle sınırlandırılmış ve hukukla bağlanmıştır.

Aslında bu durum Britanya’ya yerleşen Cermenlerin Roma Hukukunun etkisi dışında kalarak, kral ile halk arasında karşılıklı mükellefiyetlerini içeren örf ve adetlerine sadık olmaları ile başlamış ve “common law” un temelini oluşturmuştur⁴⁸. Normanların gelişi de bu durumu değiştirmemiş ve hatta William, İngiltere’nin tüm kanunlarına bağlı kalacağına söz vermiştir. Böylece kurulan feodal düzen, hukukun üstünlüğü ve özgürlüklerin korunmasına engel teşkil etmemiştir⁴⁹.

Feodal bir manifesto niteliğinde olan Magna Carta, kralın iktidarını feodal beyler lehine sınırlayan içeriği ile İngiltere’de hukuk devletinin gelişimi açısından da önem taşımaktadır. Zira Magna Carta, kralın yasalara riayet etmesi yükümlülüğünü içermekteydi⁵⁰. Bu durum, “büyük ferman bir devri kapayarak, onun yerine diğer bir devri açmış oluyordu” şeklinde yorumlanmıştır⁵¹. Ancak Magna

43 **David Carpenter**, ‘Magna Carta and The Development Of Parliament’, <<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/Magna-Carta-and-Parliament-Booklet.pdf>> 17 Accessed 11 October 2021.

44 **House of Commons**, <<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/Magna-Carta-and-Parliament-Booklet.pdf>> Accessed 10 October 2021; **İlal**, (n23) 211.

45 1215 tarihli belgenin 1216, 1217 ve 1225 olmak üzere dört versiyonu olduğu, son şeklini 1217’de aldığı, ancak gelecek dönemlerde kabul edilen Magna Carta’nın 1225 tarihli olduğu ifade edilmektedir. **Frederic William Maitland**, *The Constitutional History Of England*, (Cambridge University Press 1965) 15.

46 **İlal**, (n13) 225, 226, dn 9.

47 **Carpenter**, (n43) 17.

48 “Britanya’nın hukuk alanındaki alamet-i farikası, Magna Carta gibi belgeler yanında hukukun üstünlüğü (rule of law) anlayışını da içeren common law sistemi yani örf adet hukukudur.” **Oya Boyar**, Anayasal Yorum Giriş, (Onikilevha 2021) 60.

49 **İlal**, (n13) 212.

50 **Crozat**, *Amme Hukuku Dersleri* (n10) 76; **Göze**, (n33) 461; **İlal**, (n13) 211.

51 W. Stubbs, *Constitutional History of England*, Oxford, 1921, s.336’den aktaran **Crozat**, *Amme Hukuku Dersleri* (n10) 76.

Carta egemene itaat ile vassalların güvenliğini uzlaştıran, çatışmayı sona erdiren nihai anlaşma değildir. Bu çatışma yüzyıllarca devam edecektir⁵².

Her ne kadar Yurtsuz John'un tüm halefleri Magna Carta'nın hükümlerine saygı göstermediyse de hukukun üstünlüğü düşüncesinin temellerinin bulunduğu çoğunlukla kabul gören Şart'ın özellikle sonraki zayıf krallar tarafından da onaylanması, kralın hukukla bağlı olduğu görüşünün sürmesi anlamını taşımaktadır⁵³.

Magna Carta ile kralın belgeye uygun davranıp davranmadığını kontrol etmek üzere yirmi beş barondan oluşan bir Konsey kurulmuştur⁵⁴. Magna Carta ile öngörülen bu Konsey Lordlar Kamarası'nın temelini oluşturmuştur.

İngiltere'de hukukun üstünlüğü yani "rule of law" ilkesi de, Magna Carta'ya dayanmaktadır. Keyfiligi önleyen bu ilke Bracton tarafından şöyle açıklanmaktadır; "*kral insanların üstünde ancak Tanrının ve yasanın altındadır, çünkü yasa kralı belirler*"⁵⁵.

Magna Carta'nın hükümleri arasında, kralın hükümlere sadık kalmasını sağlamak için baronlardan oluşan konseyin krala silahla karşı koyma kararı alma yetkisinin olması da vardır. Bu durum "meşru isyan hakkının müstesna bir örneği" olarak yorumlanmıştır⁵⁶. Baronların aralarından seçtikleri yirmi beş kişi barışı ve özgürlükleri garanti etmek ve Magna Carta hükümlerinin uygulandığından emin olmak üzere yetkilendirilmiştir⁵⁷.

Bu düzenlemeden yola çıkarak, XVII. yüzyılda J. Locke'un liberal fikirlerini desteklemek üzere silahlı olmasa da hak ve özgürlüklerin korunması için ileri sürdüğü "direnme hakkı", erken dönemde Magna Carta'da mevcuttu diyebiliriz.

Eşitlik ve hakkaniyete uygun hareketle adaleti tesis edeceğini ve kanunlara, örf adete uygun hareket edeceğini ifade ederek tahta geçen Kral Edward (1272-1307) döneminde ise "*kral hata yapmaz*" (King can do no wrong) ilkesi benimsenmiştir⁵⁸. Kralın sorumsuzluğunu ifade eden bu ilke parlamenter sistemde devlet başkanının sorumsuzluğu ilkesinin köklerini oluşturmaktadır. Erken Stuart'lar döneminde kralların keyfi eylemlerini meşru kılmak için kullanılan bu kabul biçimi, sonraları hata

52 **Lepold Von Ranke**, *A History Of England, Principally In The Seventeenth Century*, Volume I, <<https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/ranke/HistEnglandv1.pdf>> 57 Accessed 25 September 2021.

53 **Nergis Kulaksızoğlu Mercan**, *Hukukun Üstünlüğü Kavramının Felsefi Temelleri*, (Onikilevha 2021) 56.

54 **Sezen Kama**, 'Parlamenter Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme', (2016) 22(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 161, 165.

55 Henri de Bracton, *Bracton On The Laws and Customs of England*, Ed By S. E. Thorne, Cambridge: MA:Belnap Press, 4. C, ii, 1968, s.33'den aktaran **Kulaksızoğlu Mercan**, (n53) 105.

56 **H. V. Wiseman**, 'The Myth of Magna Carta', (Magna Carta Efsanesi), Çev Munci Kapani, Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (1966 No 210), 455-462. (Türkçe çevirisi 469).

57 **Houses of Parliament**, *Parliamentary Archives*, <<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/Magna-Carta-and-Parliament-Booklet.pdf>> Accessed 11 October 2021.

58 **Crozat**, *Amme Hukuku Dersleri* (n10) 80.

yapılsa bile bunun krala değil bakanlara ait olacağı şeklinde yorumlanmış ve bakanların yapılan yanlışlardan sorumlu olması sonucunu doğurmuştu⁵⁹.

V. PARLAMENTO

İngiltere'de parlamentonun köklerinin belirlenmesi kolay olmamakla birlikte, gelişmelerin parlamenter yapıları teşvik ettiği söylenebilir⁶⁰. Parlamento'nun tarihsel köklerini eski dönem Norman Meclisinde bulmak mümkündür⁶¹.

Parlamentonun üstünlüğünü benimsemesiyle dikkat çeken İngiltere'de demokrasi tarihinin ilk dönemlerinden beri iktidar, yalnızca kral tarafından kullanılmamıştır. Başlangıçta feodal beylerin oluşturduğu konsey (Concilium)⁶², danışılan bir meclisten, XII. yüzyılda belirli zamanlarda düzenli olarak toplanan, kralın düzenleyici tasarruflarının sunulduğu bir meclis durumuna gelmiştir⁶³.

Magna Carta'nın 14. maddesinde "earl"lerin, baronların ve ruhbanın katıldığı meclis, konsey ya da "Great Council" olarak adlandırılmıştır. Bu meclis büyük ölçüde lordlardan oluşuyordu, bir avam meclisi ise söz konusu değildi⁶⁴.

Magna Carta sonrasında 1254 yılında doğrudan krala bağlı senyörler ve "sıradan şövalyeler", sonradan parlamentoya dönüşecek meclise (Magnum Concilium Regis) katılmadıklarından, her bölge şövalyelerinin ikisine temsilci görevi vermeleri kabul edildi⁶⁵. Feodal niteliği ile halkı temsil etmekten uzak olan bu meclis, feodal niteliğini bir süre daha korumakla birlikte giderek parlamentoya dönüşmüştür⁶⁶.

İlk defa "*Parliamentum*" – Parlamento sözü, III. Henry tarafından Magnum Concilium'u ifade etmek için kullanılmıştır. XIII. yüzyılda biçimlenmeye başlayan parlamento, baronların lideri Simon de Montfort (1265) ve I. Edward'ın etkisi ile "Magnum Concilium" dan daha farklı görev ve yapıya sahip olmuştur⁶⁷.

Simon de Monfort döneminde parlamentoya piskoposların, baron ve kontların yanı sıra her "Shire" dan iki şövalye gönderilmesi istenmiştir⁶⁸.

59 **Christopher Hill**, *İngiltere'de Devrim Çağı, 1603-1714*, Çev U. Kocabaşoğlu, (İletişim 2016) 352.

60 **John Oackland**, *British Civilizations An Introduction*, (Fifth Edition, Routledge, 2002) 60 vd.

61 "*Norman hükümdarlarının Büyük Şurası vardı ki bugün bile hayaleti Westminster sarayında dolaşır.*", **Maurois**, (n25) 189.

62 Zaman içinde Magnum Concilium Regis adını almıştır. **Okandan**, (n10) 184.

63 **İbid**, 184.

64 **Carpenter**, (n43) 17.

65 **Mosca**, *Siyaset Biliminin Temelleri* (n11) 159, 160.

66 **Okandan**, (n10) 186.

67 **Leslie Lipson**, *Politika Biliminin Temel Sorunları*, Çev T. Karamustafaoğlu, (İkinci Basılış, Sevinç 1978) 287.

68 **Crozat**, *Amme Hukuku Dersleri* (n10) 83.

Önceleri feodal nitelik taşıyan Magnum Concilium, giderek daha geniş bir temsile kavuşmuş, 1295 yılında feodal niteliğinden uzaklaşarak ruhban, baronlar ve komünlerin (shire temsilci şövalyeler) katıldığı bir yapıya sahip olmuştur⁶⁹.

Parlamentonun ortaya çıkışına etki eden nedenler hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre parlamento, vergiler için halkın onayının alınması ve kanun ve nizamlara uygun olması gereğinden kaynaklanmıştır⁷⁰. Bir diğer görüşe göre ise bölgelerden gelen şikâyetlerin ortadan kaldırılarak yönetim üzerinde denetimin sağlanmak istenmesi, nedenler arasındadır⁷¹.

Farklı bir görüşe göre ise parlamento feodal hukukun sonucudur. Kral Edward'ın merkezi iktidarı desteklemek için parlamentoyu rejimin bir organı yapmak istediğini nedenler arasında sayanlar da vardır. Bir diğeri ise tam tersini söyleyerek, parlamentonun kralın arzusu ile değil uzun zamandan beri süregelen gelişimin normal sonucu olarak ortaya çıktığını iddia eder⁷².

Lipson ise birden fazla nedeni bir arada ele alarak, başlangıçta Parlamentonun iki ana görevi yapmak üzere ortaya çıktığını ifade eder. Bu görevler; mali yetkilerin kullanılması onayının yanı sıra dilek ve şikâyetlerin görüşülüp, açıklanmasıydı⁷³.

VI. LORDLAR VE AVAM AYRIŞMASI

XIII. yüzyıldan itibaren burjuva temsilcilerinin de katıldığı “Magnum Concilium” un Parlamento adını almasının ardından parlamento içinde birbirinden farklı sosyal sınıflar, zaman içinde ayrılmıştır. Sosyal farklılıkların etkisi ile gerçekleşen gruplaşma sonucunda iki meclis oluşmuştur⁷⁴. Parlamentonun iki kamaraya bölünmesinin hangi yılda gerçekleştiği tam bilinmemekle birlikte XIV. yüzyıl, bu kurumun geliştiği bir dönemdir⁷⁵.

Savaşçı olmaktan daha çok zirai ve ticari bir zümre görüntüsünde olan şövalyeler – küçük soylular, burjuvalara yakın olduklarından, burjuvalarla alt mecliste yani Avam Kamarasında toplanıyorlardı. Yüksek kamarada ise baronlar-büyük soylular ve yüksek rütbeli din adamları bulunuyordu⁷⁶. İki kamara üyelerinin sosyal şartlarının farklılığının bu ayrılığa neden olduğu ileri sürülmektedir⁷⁷. Ancak her iki meclis krala karşı birlikte hareket etmiştir.

69 **Okandan**, (n10) 186; **Crozat**, *Amme Hukuku Dersleri* (n10) 84.

70 Gneist'in görüşü için bkz. **Crozat**, *Amme Hukuku Dersleri* (n10) 84, dn.24; “(...) kralın amacı, uyruklarından para toplamaktır.” **Lipson**, (n67) 287.

71 Riess'in görüşü için bkz. **Crozat**, *Amme Hukuku Dersleri* (n10) 84, dn.24.

72 **İbid**, 84, dn.24. Bu iki görüş bir arada da ifade edilmektedir bkz. **Maurois**, (n25) 190.

73 **Lipson**, (n67) 288.

74 **Esat Çam**, *Devlet Sistemleri*, (Güray 1976), 18; **Okandan**, (n10) 186.

75 **Mosca**, *Siyaset Biliminin Temelleri* (n11) 160.

76 **Çam**, *Devlet Sistemleri*, (n74) 18.

77 **Mosca**, *Siyaset Biliminin Temelleri* (n11) 160.

XIV. yüzyıl ortalarında birbirlerine karşı üstünlük mücadelesi içinde olan iki meclis arasında giderek yetkiler eşitlenecektir, ortak amaçları ise kralın iktidarını sınırlamaktır⁷⁸.

Başlangıçta politika sadece kralın işi olarak görülürken⁷⁹, parlamento giderek kraliyeti sınırlama ve denetleme konusunda güçlenmiş ve faaliyetleri ile çağdaş parlamentoların temelini oluşturmuştur.

XV. yüzyıla kadar en büyük otoriteyi ve itibarı elinde tutan Lordlar Kamarası, yasama faaliyetine önemli ölçüde katılmıştır⁸⁰. Lordlar Kamarası üyeleri çeşitli şekillerde atanan soylulardan (Lordlar) oluşmaktadır ve temel fonksiyonu Avam Kamarası ile birlikte yasama fonksiyonunu yerine getirmektir. Lordlar Kamarasının üyeleri “ruhani (spirital)” ve “dünyevi (temporal)” Lordlardan oluşur. Lordlar Kamarasının bir başka fonksiyonu da ikinci derecede başvurulmuş bir yargı mercii olarak bir çeşit temyiz yargılamasıdır⁸¹. Bu yetkinin kaynağı parlamentonun kaynağı olan ve erken Orta çağda (XII. yy) krala danışma organı olarak görev yapmanın yanı sıra yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını bir arada toplayan Curia Regiše, yani XII. yüzyıla kadar uzanır.

XVI. yüzyılda Papalıktan ayrılarak bağımsız Anglikan Kilisesini kuran Tudor hanedanından VIII. Henry'nin ardından İngiltere parlamento-kral mücadelesinin yanı sıra dinsel mücadelelere de sahne olmuştur. Roma Kilisesi ile bağlarını koparan VIII. Henry'nin, Anglikan Kilisesini kurarak, kendisini “Act of Supremacy” ile İngiliz Kilisesinin başı ilan etmesinin ardından mezhep mücadeleleri yaşanmıştır⁸².

Tudor hanedanı döneminde krallar parlamentoyu kontrol altında tutmuş ve sadece vergi arttırmak için parlamentoya ihtiyaç duymuşlardır. Tudor kralları, İngiltere ve Galler'i idari, siyasi ve yasal olarak birleştirirken İrlanda ile de mücadele ettiler⁸³.

Tudor Hanedanı sonrasında tahta geçen katolik Stuartlar ile çoğunluğu protestan olan parlamento arasında mücadele şiddetlenmiştir⁸⁴. Parlamento bu dönemde mali kontrol gücünü kullanarak krala karşı direnç göstermiştir⁸⁵. Kralın maddi taleplerini reddeden parlamento, Stuart I. Charles'ın “Haklar Dilekçesi-Petition of Rights”ı (1628) imzalamaya zorlamıştır.

XVII. yüzyılda parlamentonun yetkilerini kralınkiler aleyhine genişleten belgelerden ilki olan “Haklar Dilekçesi-Petition of Rights”, daha önce tanınan haklara yer vermenin yanı sıra vergi konusunda da parlamentonun onayının aranması gerekliliğini içermektedir.

78 Göze, (n33) 464.

79 Maurois, (n25) 194.

80 Mosca, *Siyaset Biliminin Temelleri* (n11) 160.

81 Crozat, *Amme Hukuku Dersleri* (n10) 108.

82 David G. Newcombe, *Henry VIII and The English Reformation, London* 1995, s.28'den aktaran Yaşar Salihpaşaoğlu, *Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği*, (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2017) 136.

83 Oackland, (n60) 61.

84 Göze, (n33) 467.

85 Oackland, (n60) 62.

I. Charles, bu siyasal gelişmeleri görmezden gelerek Avam Kamarası'nın bazı önde gelen üyelerini tutuklama girişiminde bulunmuş ancak başarısız olmuştur⁸⁶. Charles'ın parlamentonun ideallerini reddetmesi ve kraliyet gücünü parlamentonun muhalefetinden soyutlayarak kullanma isteğine karşı parlamentoda gelişen tepki 1642'de iç savaşa neden olmuştur⁸⁷.

VII. CROMWELL – PROTECTORATE

1642 yılından önce siyasetteki yeri tam olarak anlaşılabilen parlamento, egemenliğin kullanılması mücadelesinin yapıldığı bir yer olmaktan ziyade kraliyet aleyhine müzakerelerin yapıldığı bir yerdi⁸⁸.

Petition of Rights hükümlerine karşın I. Charles birkaç defa parlamentoyu feshetti. Ancak İskoç işgalinde (1640) görüşmelerin parlamento olmaksızın sürdürülemeyeceğini düşünerek Parlamenti tekrar toplantıya çağırdı⁸⁹. Yeniden toplanan parlamento tarafından krala karşı "Büyük Uyarı" belgesi hazırlandı.

Büyük Uyarı (The Great Remonstrance) adlı belgede kralın iktidarı parlamento lehine sınırlandırılmış ve kralın parlamentonun onayı olmadan parlamenti dağıtamayacağını yanı sıra parlamentonun toplanması için kralın davetinin aranmayacağı ve kendiliğinden sık sık toplanacağı düzenlenmiştir⁹⁰.

1653 yılına kadar 13 yıl süreyle dağılmadan çalışan bu Parlamento, "Long Parliament" adıyla anılır.

Ancak I Charles'ın parlamentonun muhalefetine karşı durması, Avam Kamarası'nı muhafızları ile basması ve muhalif liderlerini tutuklama girişimi üzerine isyan başladı⁹¹. İç savaş olarak anılan birkaç yıl süren mücadele, parlamentocu püritenlerden oluşan ordusunun sayesinde Cromwell'in zaferi ile sonuçlandı⁹².

Britanya, katolik kraliyet yanlılarına karşı askeri mücadeleyi kazanan Cromwell ve oğlu Richard (1653-60) tarafından bir protectorate⁹³ olarak yönetildi. Bu süreçte parlamento, Avam Kamarası'ndan oluşuyordu⁹⁴.

İngiltere tarihinde kral-parlamento çatışması XVII. yüzyılda en üst seviyeye çıkmış ve I. Charles'ın idamının ardından, iç savaşın komutanı Cromwell Avam Kamarası ile Lordlar Kamarasını ilga

86 **İbid**, 62.

87 **İbid**, 62.

88 **Geoff Baldwin**, 'Reason Of State and English Parliaments', (Winter 2004) 25(4) History of Political Thought 620, 625.

89 **Conrad Russell**, 'Why Did Charles I Call the Long Parliament?', (1984) 69(227), <<https://www.jstor.org/stable/24419688>> 375, 375.

90 **Göze**, (n33) 469.

91 I. Charles'ın politikası, parlamentosuz bir yönetimdi. **Baldwin**, (n88) 634.

92 **David L. Smith**, 'Oliver Cromwell & Parliaments', (September 2003) 46, History Today, <<https://www.historytoday.com/archive/history-review/issue-46-september-2003>> 3 Accessed 20 September 2021; **Gaetano Mosca**, 'Magna Carta'dan 20nci Asra Kadar İngiliz Anayasa Hareketleri', Çev M. Özyörük, (1948) 5(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 34, 46-47.

93 "İngiliz Cumhuriyetinin Koruyucu Lordu" **Mosca**, 'Magna Carta'dan 20nci Asra...', (n92) 47.

94 **Oackland**, (n60) 62.

ederek cumhuriyeti kurmuştur (1649-1653). Ancak Cromwell 1653 yılında General John Lambert’e hazırlattığı “Instrument of Government” adını taşıyan 42 maddelik bir anayasa ile “Protectorate” adını verdiği ve “cumhuriyetten başka her şeye benzeyen despotik bir idare sistemi”ni oluşturdu⁹⁵.

Lipson bu durumu yorumlarken; başlangıçta I. Charles’a karşı başkaldıran ve Cromwell’in yanında yer alan Avam Kamarası’nın ve parlamentonun, ancak savaşın bitiminde “ülkeyi parlamentosuz yönetmeyi uygun bulan yeni bir efendiye uşak olduğunu” anladığını belirtir⁹⁶.

Cromwell, parlamentoyu 1653 Eylülü’nde tekrar toplantıya çağırdı. Ancak kısa süre sonra Cromwell ile parlamento arasında başlayan çatışma, 1655 yılında Cromwell’in parlamentoyu feshetmesiyle sonuçlanmıştır.

Cromwell dönemi halkın desteğinden yoksundu, çoğunluk monarşiye dönüşü arzuluyordu. Zira bir nevi askeri diktatörlük olan Cromwell yönetimi, İngilizlerin o güne kadar deneyimlemediği bir yönetimdi⁹⁷.

Cromwell’in ölümünün ardından Stuartların tekrar tahta getirilmesi ve 1688’de tahttan uzaklaştırılmasının ardından parlamentonun siyasal üstünlüğü sağlanmıştır⁹⁸.

Cromwell dönemi 1660’da Stuart Charles II’nin tahta çıkarılması ile sona erdi. Başlangıçta parlamento ile işbirliği yapan II. Charles’ın kraliyetin otoritesini güçlendirmekten yana olması ve Katolik inancını üstün tutması parlamentonun desteğini kaybetmesine neden olmuştur⁹⁹. Gene de halkın karşısında hoş görünmek için hükümlerini süresinde modern ceza hukukunun önemli ilkesi olan “kişi güvenliği ilkesi”ni içeren “Habeas Corpus Act” (1679), II. Charles tarafından onaylandı¹⁰⁰.

1688 yılı sonrası aristokratik yapıya dayalı monarşi, parlamento yetkilerinin artması ve siyasal partilerin güçlenmesi ile anayasal monarşiye evrilmiştir. Dönemin önemli filozofu John Locke, yasama gücünün en üst güç olduğunu yani parlamentonun üstünlüğünü siyasal kuramıyla desteklemiştir¹⁰¹.

Akılcı doğal yasadan yana Newton’un dostu olan Locke’un siyasal düşüncesinde akılcı nitelik öne çıkar. Aynı zamanda bir siyasetçi kimliği ile de dikkat çeken Locke, siyasî mülteci olarak kaldığı Hollanda’da, II. James’in tahttan indirilmesiyle İngiltere’de mutlak krallığın sona erdiğini gözlemlemiştir. John Locke da kralların kutsal haklarının reddedilmesiyle sonuçlanan “kansız devrim”in içinde bulunmaktaydı.

Bu sürecin sonunda İngiltere, Avrupa devletlerinden önce “liberal” ve temsile dayanan sisteme geçiyordu¹⁰². Bu çalkantılı dönemde Locke, “Second Treatise on Civil Government: “Sivil Hükümet

95 İlhán Arsel, *Anayasa Hukuku (Demokrasi)*, (Doğuş Matbaacılık 1964) 102.

96 Lipson, (n67) 337.

97 Mosca, ‘*Magna Carta’dan 20nci Asra...*’, (n92) 48.

98 Lipson, (n67) 337.

99 Oackland, (n60) 62.

100 Mehmet Akad, *Bihterin Vural Dinçkol ve Nihat Bulut, Genel Kamu Hukuku*, (17. Basım, Der 2021) 274.

101 Akad, *Vural Dinçkol ve Bulut*, (n100) 135.

102 George Sabine, *Siyasal Düşünceler Tarihi, C II Yeni Çağ*, Çev A. Öktem, (Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını: 17 1969) 203.

üzerine iki Deneme” adlı eserini yazarak 1688’de İngiltere’de izlenen “anayasal idealler”in kuramsal temellendirmesini sağladı. Eserinde halka karşı sorumlu kral, parlamento ve siyasi kurumların varlığını, sınırlı ve geri alınabilir bir sözleşme ile kurulmuş meşrutî krallık çerçevesinde ele almıştır¹⁰³.

VIII. BILL OF RIGHTS – YASAMA SORUMSUZLUĞU

II. Charles’ın Katolik kardeşi II. James’in mutlak monarşiye dönme çabası, Birleşik Krallıkta anayasal araçlardan biri olan 1689 tarihli “Haklar Bildirisi”nin (Bill of Rights) ilanının koşullarını hazırlamıştır¹⁰⁴. Kraliyet ile parlamento arasındaki uzun üstünlük mücadelesinin sonucunda ortaya çıkan Bildiri’de; kralın sadece yasaların uygulayıcısı olduğu, parlamentoya seçilme özgürlüğü, parlamentoda ifade özgürlüğü ve parlamentoların sık sık yenilenmemesi gibi konuların uyrukların hakkı olduğu yer alıyordu¹⁰⁵.

Bildirinin 9. maddesi ile düzenlenen parlamenter dokunulmazlığı¹⁰⁶, parlamentoda Lordlar Kamarası ve Avam Kamarası üyelerinin istedikleri konuda düşüncelerini herhangi bir hukuki sorumluluk riski olmadan, suçlanmadan açıklayabileceklerine ilişkindir¹⁰⁷. Bu konu ile ilgili mücadele XIV ve XV. yüzyıldan beri sürmektedir. 1523 yılında Avam kamarası başkanı seçilen Sir Thomas Moore da bazı ayrıcalıklar için krala dilekçe vermiştir¹⁰⁸.

Bu prensibin kabul edilmesine kadar aksi örnekler yaşanmıştır. I. Charles döneminde Sir John Eliot davasında (1629), parlamentoda kışkırtıcı konuşmalar yaptığı iddiası ile üç parlamenter yargılanmıştır. Yargılama sırasında parlamenterler, mahkemenin bu konuda yargı yetkisi olmadığını ileri sürdülerse de mahkeme iddialarını reddederek hapis kararı vermiştir. Karar gereğince parlamenterler Londra kulesine hapsedilmişlerdir¹⁰⁹.

XVII. yüzyılda, monarşiye karşı parlamento tarafından öne sürülen, siyasi taleplerin merkezinde yer alan parlamentoda ifade özgürlüğü, “Bill of Rights”ın 9. maddesinde düzenlenerek hukuki bir çerçeve kazanmıştır. Halen yürürlükte olan bu düzenleme, İngiltere’de “parlamenter bağımsızlığı” kurumunun, hem demokrasinin ve parlamentonun evrimsel gelişimi bağlamında, hem de “rule of law” ruhuyla ortaya çıktığını göstermektedir.

103 **İbid**, 211, 218.

104 **Akad, Vural Dinçkol ve Bulut**, (n100), 275.

105 **Hill**, (n59) 338.

106 **Enid Mona Campbell**, *Parliamentary Privilege*, (Federation Press, 2003) 10.

107 **Campbell**, (n107) 10.

108 J. E. Neale, ‘*The Commons’ Privilege of Free Speech in Parliament*’, Historical Studies of the English Parliament, vol. 2, ed. E. B. Fryde and Edward Miller (Cambridge: Cambridge University Press, 1970), pp. 157–158’den aktaran **Parliament of Canada** <https://www.ourcommons.ca/About/ProcedureAndPractice3rdEdition/ch_03_2-e.html> Accessed 11 October 2021.

109 May, ‘*Erskine May’s Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*’, 24th ed., pp. 208–9’den aktaran **Parliament of Canada** <https://www.ourcommons.ca/About/ProcedureAndPractice3rdEdition/ch_03_2-e.html> Accessed 11 October 2021.

Parlamentelere tanınan muafiyetler – bağışlıklar-, ilk olarak İngiltere’de parlamenterlerin parlamento içinde serbestçe faaliyet göstermelerini sağlamak için parlamenter demokrasinin esaslı parçası olarak benimsenmiş ve “Parliamentary Privileges” olarak adlandırılarak kurumsallaşmıştır.

Bu kurumun tarihi, parlamento tarihi ile birlikte başlamış ve ulusal egemenlik ve temsil fikrinin koruyucusu olarak değerlendirilmiştir. Şüphesiz bu kurum, demokratiklik ve kuvvetler ayrılığı kavramlarıyla birlikte okunmalıdır. Parlamenterlerin özellikle yürütme karşısında korunması amacını taşıyan bu kurum demokrasilerin yaşaması açısından önem taşımaktadır.

Osmanlıca karşılığı “teşrii masuniyet” olan bu kavram, günümüzde “parlamenter bağışlılığı” ya da “parlamenter muafiyeti”, “yasama muafiyeti – bağışlılığı” olarak karşılık bulmaktadır. Parlamenter bağışlılığı iki görünümde ortaya çıkmaktadır; bunlardan ilki sorumsuzluk, ikincisi ise dokunulmazlıktır.

Parlamenter bağışlılığının başlangıç noktası Birleşik Krallık’taki bu gelişmedir. Westminster Parlamentosu, sadece parlamentoların anası olmasının yanı sıra parlamenter bağışlılığı (privileges) sistemi de Orta Çağ İngiltere’sinin yasama organının kurumsal kökeninden kaynaklanmaktadır. İngiltere’deki parlamenter ayrıcalık sistemi, dünyadaki en önemli parlamento dokunulmazlığı sistemlerinden biridir¹¹⁰.

Kuvvetler ayrılığı konusunda önemli bir diğer belge ise 1701 tarihli 1701 tarihli “Act of Settlement”, kralın yetkilerini sınırlayıp, parlamentonun yetkilerini arttırma amacına yönelik bir belge olup, protestanlara dinsel özgürlük de getirmiştir¹¹¹.

XVII. yüzyılda yargıçların kral ve parlamento karşısındaki durumları tartışma konusu olmuş ancak kral karşısında güçlenen parlamentonun üstünlüğü, yargı organına güvence sağlayan, yargıyı yürütmeden ayıran Act Of Settlement (1701) ile bile değişmemiştir¹¹². Taca veraset usulünü düzenleyen bu belgenin ana amacı İngiliz tahtına protestan bir halefiyet sağlamaktı. Bu belge ile tahta kadınların da çıkması yolu da açılıyordu¹¹³. Protestanlık şartı şüphesiz modern devletlerde kabul edilemeyecek şekilde din temelli bir ayırmacılık olsa da o tarihlerde taht kavgalarının ve dinsel çatışmaların ortaya çıkardığı bir durumdur.

Bu gelişmeler kralın sadece yasaların uygulayıcısı olduğunu göstererek Montesquieu’nun kuramını oluştururken temel aldığı “güçler ayrılığı” uygulamasını yaratmıştır¹¹⁴. İngilizce bilmeyen Hanover’li George I’in İngiliz siyasetine ilgi göstermemesinin de etkisiyle 18. yüzyılın başlarında parlamentonun etkisi artmıştır.

110 **Sascha Hardt**, *Parliamentary Immunity: A Comprehensive Study of the Systems of Parliamentary Immunity of the United Kingdom, France, and The Netherlands in A European Context* (Maastricht University 2013) 1, 2.

111 **Oackland**, (n60) 63.

112 **Lipson**, (n67) 337.

113 **Erol Bilik**, ‘İngilterede 18. Ve 19uncu Yüzyıllarda Parlamento Hükümeti ve Anayasa Islahatı’, (1951) 8(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 439, 440-441.

114 **Akad, Vural Dinçkol ve Bulut**, (n100) 273.

IX. SİYASAL PARTİLERİN ORTAYA ÇIKIŞI

XVII. yüzyılda parlamento krala karşı güç kazanırken, parlamento içinde örgütlü siyasal oluşumlar ortaya çıkmıştır. Bu ayrışma dinsel ve ideolojik çatışmaları yansıtıyordu. Bu çatışmanın ortaya çıkardığı iki grup; “Whig”ler ve “Tory”lerdir. Tory ve Whig gruplarının parlamento içinde zayıf bir örgütlenmeleri varken parlamento dışında da örgütleri söz konusu değildi. Bu grupların önde gelen unsuru parti içinde disiplin ve düzeni sağlamakla görevli olan “Whip”leriydi. Whiplerin görevi, Avam Kamarası’ndaki oylamalarda kendi gruplarındaki parlamenterlerin, liderlerinin isteğine uygun oy kullanılmalarını sağlamaktı¹¹⁵. Bu parlamento içi gruplar, siyasal parti niteliğinde olmamakla birlikte, İngiltere’de sonraları yaşanan liberal-muhafazakâr çatışmasının köklerini oluşturdular.

Ayrıca bu durum İngiliz demokrasisinde siyasal yarışın genellikle iki ana parti arasında sürmesinin de temelini oluşturmuştur. Whig’ler özellikle Cromwell Protestanları olup, II. Charles’ın halefi olan Katolik II. James’i kabul etmeyen ve Protestanlar için dini özgürlük isteyenlerdir. Tory’ler ise muhafazakar kralcıları ve II. James’in tahtını destekliyorlardı¹¹⁶. Ancak II. James’in parlamento olmadan yönetme girişimi, Tory’leri Whig’lere yaklaştırdı ve Protestan William’ın İngiltere’ye gelmesi üzerine II. James İngiltere’den kaçtı (1688).

I. George (1714), İngiliz siyasetine ilgi duymadığından Katoliklere güvenmediğinden Robert Walpole gibi Whig’leri Danışma Meclisi’ne (Privy Council) atadı. 1721 yılında başbakan olan Walpole, toprak ve mülk sahiplerinden oluşan çoğunluğu Whig olan Avam Kamarası’nı yönetti ve ilk başbakan olarak anıldı, parlamentonun önemini arttırdı. Ancak sonraki krallar kendi güçlerini arttırmak için çalıştılar¹¹⁷.

18. Yüzyıl başlarında Whig’ler yeni zenginleşen tüccarın, muhalif çıkarların ve kentli kesimin desteğini alırken, Tory’ler eski toprak sahibi soylular ve Anglikan kilisesinin ayrıcalıklarını savunanlarla ilişkilendiriliyorlardı¹¹⁸. 18. Yüzyıl sonunda bu tanımlamalar değişti ve Tory’ler muhafazakâr olup, ayrıcalıkları ve statükoyu savunanlar olarak ifade ediliyordu. Whig’ler ise devlet sistemini modernleştirme düşüncesinde olanları anlatıyordu. Liberal ya da reformcular Whig’lerdi. Giderek Tory terimi muhafazakâr görüşü ifade eder hale geldi. Whig terimi ise yerini “liberal” tanımlamasına bıraktı¹¹⁹.

1832 tarihli Reform Kanunu’na değin İngiltere’de siyasal yaşamda siyasal partiler değil siyasal gruplar “hizipler” söz konusuydu. Bu kanunla seçmen sayısının orta sınıfın varlıklı kesimini de kapsayacak şekilde artırılması ve seçmenlerin kütüklere kaydedilmesinin kabul edilmesi, siyasal parti örgütlerinin doğmasında etkili oldu¹²⁰.

115 Ergun Özbudun, *Siyasal Partiler*, (İkinci Bası, Sevinç matbaası 1977) 31.

116 Oackland, (n60) 62.

117 İbid, 62.

118 Alok Yadav, ‘Whig and Tory’, Historical Outline of Restoration and 18th-Century British Literature, <<https://mason.gmu.edu/~ayadav/historical%20outline/whig%20and%20tory.htm>> Accessed 21 September 2021.

119 İbid.

120 Özbudun, *Siyasal Partiler*, (n115) 32, 33.

SONUÇ

İngilizlerin psikolojik olarak teorilerden ziyade vakıalar üzerinde durmaları, siyaset felsefelerine de yansımıştır¹²¹. Werdel İngiltere’deki gelişmelerin temelini şöyle ortaya koyuyor; “(...) *bugünkü İngiliz siyasi sistemi bir takım merhalelerin aşılması neticesinde ortaya çıkmıştır ve bu merhalelerin aşılması da ancak bir Krala – Kral (Yurtsuz) John’a – karşı isyan bayrağının açılması, başka bir Kralın kafasının kesilmesi ve gene bir başka Kralın da memleketten kovulması neticesinde mümkün olmuştur.*”¹²²

İngiltere özelinde görüldüğü gibi siyasal gelişmeler, toplumların genel tarihi gelişmelerinin etki ve katkısı ile ortaya çıkar¹²³. Parlamentonun çağdaş dönemdeki durumu tarihi gelişmelerden olduğu kadar, eşitlik ve özgürlük fikirlerinin sınıfsal yapıyı değiştirmesinden de kaynaklanmaktadır.

Aydınlanma sürecinin İngiltere’de Kıta Avrupası’ndan önce başlaması gibi kapitalizm de İngiltere’de doğmuştur ancak “Batı” dünyasından farklı olarak, İngiltere’de kapitalist ekonominin kaynağı burjuva değil aristokrasinin egemen olduğu kırsal kesimdir¹²⁴. İngiltere’de tarım kapitalizmi, aristokrasi ile burjuva çatışmasının olmaması ve aristokratların ticaretle uğraşması bu farklılığı ortaya çıkarmıştır¹²⁵. Nitekim liberalizm kuramcısı J. Locke da bu nedenle mülkiyeti açıklarken üretken olan ile olmayanı ve “pasif rantçı” mülkiyet ile “tarımsal verimliliği arttıran mülkiyeti” ayırmıştır¹²⁶.

1642 yılından önce parlamento, egemenlik iddiasında olmaktan ziyade yerel çıkarların birbirine ve taca karşı tartışmalara sahne oluyordu¹²⁷. Stuartların tahttan uzaklaşmasının ardından krala ait olan egemenlik, siyaseten parlamentoya geçmiştir.

Britanya’nın siyasal gelişiminde demokratik nitelik taşımayan monarşik yapının ve monarşi içinde güçlü durumda olan aristokrasinin gücünün zamanla zayıflaması, yasama gücünün parlamenter yapıya ve güçlü bir başbakana terk edilmesine neden olmuştur. Sosyal gelişim giderek siyasal partilerin güçlenmesine ve tüm yetişkinlerin oy hakkına sahip olması ile sonuçlanmıştır. Bu gelişmeler, siyasal, sosyal ve dini çatışmalar sonucunda anayasal uzlaşmayla sonuçlanmıştır¹²⁸.

XVII. yüzyılda Avrupa’da siyasal alanda kavramsal olarak “devlet” ön plana çıkarken, İngiltere’de “İmparatorluk”, “siyasi toplum” öne çıkmıştır¹²⁹. İngiltere’de Fransa’da olduğu gibi burjuvazi bir devrimle aristokrasiyi alt etmemiştir.

121 **Charles Crozat**, ‘XIX uncu Asırdan Zamanımıza Değın İngiliz Âmme Hukukunda Egemenlik Kavramı’, (1945) 11(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 23, 25.

122 **Wiseman**, (n56) 464.

123 Tıpkı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, hukuk, tarih, siyaset birbiriyle ilişkilidir. “*Hukuk sistemlerinin inkişafı tarihi o hukuku yaratan milletin umumi tarihi ile elbet sıkı bir surette bağlıdır.*” **Arsal**, (n12) 4.

124 **Wood**, (n8) 17.

125 **İbid**, 20.

126 **İbid**, 21.

127 **Baldwin**, (n88) 625.

128 **Oackland**, (n60) 60 vd.

129 “...hatta “*sivil toplum öne çıkmıştı.*” **Wood**, (n8) 49.

İngiliz kamu hukukunun temellerinden biri parlamentonun üstünlüğü diğeri ise hukukun üstünlüğüdür. Demokratik rejimler, kuramsal olarak anayasanın üstünlüğü ilkesi temeline dayanmaktayken, İngiltere’de parlamentonun üstünlüğü benimsenmiştir¹³⁰.

Nitekim İngiliz Anayasa Hukuku’nda değerlendirmeleriyle önemli yer tutan Dicey’ye göre İngiltere anayasal düzeni iki temelden hareket eder; parlamentonun üstünlüğü ve hukuk devleti (rule of law).

Modern temsili demokrasilerde parlamenterleri, çevreden gelecek gereksiz etkilerden koruma konusunda geniş bir uzlaşa bulunmaktadır. Temsilcilerin parlamentoda serbestçe tartışabilmeleri, halkın iradesini kolektif olarak yansıtan yasaları yapmak için gereklidir. Parlamenterler yasama fonksiyonlarını gerçekleştirirken siyaseten her hangi bir korku duymamalıdır¹³¹. Bu kurumsal yapı da İngiltere’de parlamenter sistemle birlikte ortaya çıkmıştır.

KAYNAKÇA

Akad M, Dinçkol B V ve Bulut N, *Genel Kamu Hukuku* (17. Basım, Der 2021).

Akbay M, *Umumi Amme Hukuku Dersleri* (Birinci Cilt, Ankara Ar Basımevi 1948).

Arsal S M, ‘İngiliz Âme Hukukunun İnkışafı Safhaları’ (1940) 6(1-3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 3-22.

Arsel İ, *Anayasa Hukuku (Demokrasi)* (Doğuş Matbaacılık 1964).

Baldaş F, ‘Çevirmenin Önsözü’, *Montesquieu, Kanunların Ruhunu Üzerine*, Çev Fehmi Baldaş (Hiperlink 2011).

Baldwin G, ‘Reason of State and English Parliaments’ (Winter 2004) 25(4) History of Political Thought 620-640.

Bilik E, ‘İngilterede 18. ve 19uncu Yüzyıllarda Parlamento Hükümeti ve Anayasa İslahatı’ (1951) 8(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 439-453.

Boyar O, *Anayasal Yoruma Giriş*, (Onikilevha 2021).

Campbell E M, *Parliamentary Privilege*, (Federation Press 2003).

Carpenter D, ‘Magna Carta and The Development Of Parliament’ <<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/Magna-Carta-and-Parliament-Booklet.pdf>> 17 Accessed 11 October 2021.

Chirot, D, ‘Marc Bloch’un Toplumsal ve Tarihsel Manzarası’ iç Theda Skocpol (ed), Çev Ahmet Fethi, *Tarihsel Sosyoloji*, (Tarih Vakfı Yurt Yayınları 1999) 22-47.

Crozat C, *Amme Hukuku Dersleri C 2 K 1* (Orta zamanlar) (Kenan Matbaası 1944).

Crozat, C, ‘XIX uncu Asırdan Zamanımıza Değın İngiliz Âme Hukukunda Egemenlik Kavramı’ (1945) 11(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 23 – 97.

Çam E, *Siyaset Bilimine Giriş* (Der 2000).

Çam E, *Devlet Sistemleri* (Güray 1976).

Erkul İ Ç, ‘İngiliz Parlamentosu’nun Mutlak Monarşiye karşı Güç Kazanma Sürecinin Analizi’ (2015) XXXIV(2) Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 131-151.

Eroğul C, *Anatüzeve Giriş “Anayasa Hukukuna Giriş”* (İmaj 1996).

Gökberk M, *Felsefe Tarihi* (İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınevi 1961).

Göze A, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler* (13. Bası, Beta 2011).

130 **Ergun Özbudun**, ‘İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi’, (1968) 25(1-2), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59, 59.

131 **Hardt**, (n110) 1, 2.

- Hardt S**, *Parliamentary Immunity: A Comprehensive Study of the Systems of Parliamentary Immunity of the United Kingdom, France, and The Netherlands in A European Context* (Maastricht University 2013).
- Hill C**, *İngiltere'de Devrim Çağı, 1603-1714*, Çev U. Kocabaşoğlu, (İletişim 2016).
- House of Commons**, <<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/Magna-Carta-and-Parliament-Booklet.pdf>> Accessed 11 October 2021.
- Houses of Parliament**, *Parliamentary Archives* <<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/Magna-Carta-and-Parliament-Booklet.pdf>> Accessed 11 October 2021.
- İlal E**, 'Magna Carta' (1968) 34(1-4) İstanbul üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 210-241.
- Jenkins S**, *İngiltere'nin Kısa Tarihi, A Short History of England*, Çev U. Kocabaşoğlu, (İletişim 2020).
- Kama S**, 'Parlamenter Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme' (2016) 22(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 161-197.
- King E and Hawley J**, 'İngiliz (Common Law)unun Gelişmesi', Çev İ. Lüttem, (1959) 16(1-4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 178-222.
- Lipson L**, *Politika Biliminin Temel Sorunları*, çev T. Karamustafaoğlu, (İkinci Basılış, Sevinç 1978).
- Maitland F W**, *The Constitutional History Of England*, (Cambridge University Press 1965).
- Maurois, A**, *İngiltere Tarihi*, Çev Hüseyin Cahit Yalçın, (Kanaat 1938).
- Mercan N K**, *Hukukun Üstünlüğü Kavramının Felsefi Temelleri*, (Onikilevha 2021).
- Montesquieu**, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev Fehmi Baldaş, (Hiperlink 2011).
- Mosca G**, *Siyaset Biliminin Temelleri*, Çev H. İlhan, (Alter 2013).
- Mosca G**, 'Magna Carta'dan 20nci Asra Kadar İngiliz Anayasa Hareketleri', Çev M. Özyörük, (1948) 5(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 34-58.
- Oackland J**, *British Civilizations An Introduction*, (Fifth Edition, Routledge 2002).
- Okandan R G**, *Umumi Amme Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1976).
- Özbudun E**, *Siyasal Partiler*, (İkinci Bası, Sevinç Matbaası 1977).
- Özbudun E**, 'İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi', (1968) 25(1-2), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59-79.
- Parliament of Canada** <https://www.ourcommons.ca/About/ProcedureAndPractice3rdEdition/ch_03_2-e.html> Accessed 11 October 2021.
- Russel C**, 'Why Did Charles I Call the Long Parliament?', (1984) 69(227), <<https://www.jstor.org/stable/24419688>> 375-383.
- Sabine G**, *Siyasal Düşünceler Tarihi, C II Yeni Çağ*, Çev A. Öktem (Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını:17 1969).
- Salihpaşaoğlu Y**, *Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği*, (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2017).
- Skocpol T**, 'Sosyolojinin Tarihsel İmgelemi', iç Theda Skocpol (ed), Çev Ahmet Fethi, *Tarihsel Sosyoloji*, (Tarih Vakfı Yurt Yayınları 1999) 1-22.
- Smith D L**, 'Oliver Cronwell& Parliaments', (September 2003) 46, History Today, <<https://www.historytoday.com/archive/history-review/issue-46-september-2003>>. Accessed 20 September 2021.
- Şulul K**, 'Batı Tarih Felsefesine Giriş', (2001) 6(6), Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 111-132.
- Tanilli S**, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, C. III, (Adam Yayınevi 2004).
- Ülgen P**, 'Fatih William tarafından Avrupa'nın Yeniden Dizaynı', (Yaz 2017) 12(1), Gaziosman Paşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, 67-80.
- Wiseman H V**, 'The Myth of Magna Carta', (Magna Carta Efsanesi), Çev Munci Kapani, Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (1966 No.210) 463-471.

- Wood E M**, *Kapitalizmin Arkaik Kültürü, Eski Rejimler ve Modern devletler Üstüne Tarihsel Bir Deneme*, çev O. Köymen, (İkinci Basım, Yordam Kitap 2012).
- Von Ranke L**, *A History Of England, Principally In The Seventeenth Century*, Volume I, <<https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/ranke/HistEnglandv1.pdf>> Accessed 25 September 2021.
- Yadav A**, 'Whig and Tory', Historical Outline of Restoration and 18th-Century British Literature, <<https://mason.gmu.edu/~ayadav/historical%20outline/whig%20and%20tory.htm>> Accessed 21 September 2021.
- Yavaş H**, 'Geç Ortaçağ İngiltere'sinde Bir devrimci Hareket: 1381 Köylü İsyanları', (Haziran 2020) 3(1) Ortaçağ Araştırmaları Dergisi 11-21.

Ceza Muhakemesinde Hakim ve Mahkeme Kararlarının İlgilisine Bildirilmesi

Notification the Relevant Persons of the Judge's or Court's Decisions in Criminal Procedure

Faruk Turhan* 

ÖZ

Hakim ve mahkeme kararlarının önemine binaen bu kararların ilgisine bildirilmesi Ceza Muhakemesi Kanunu md. 35'te özel olarak düzenlenmiştir. Bu temel düzenlemeye göre, mahkeme ve hakim kararlarının ilgisine bildirilmesi esas itibarıyla üç şekilde söz konusu olmaktadır: İlgili tarafın yüzüne karşı verilen kararlar kendisine açıklanarak bildirilecektir. Eğer kararın verildiği sırada ilgili taraf hazır değilse karar kendisine tebliğ edilerek bildirilecektir. Kararın verildiği sırada hazır olmayan kişi serbest olmayan bir kişi veya tutuklu ise karar, hem tebliğ edilerek hem de okunup anlatılarak bildirilecektir. Çalışmada, bu bildirim şekillerinin kapsam ve koşulları ile bildirimle ilişkin diğer hususlar kaynak Alman Kanunu ve doktrinindeki görüşler ışığında eleştirel bir bakış açısıyla incelenmiştir. Ayrıca Cumhuriyet Başsavcılığına tebligatın nasıl yapılacağı ve Tebligat Kanunu karşısında Ceza Muhakemesi Kanununun tebligata ilişkin hükümlerinin uygulanabilirliği konuları da çalışma kapsamında ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hakim ve Mahkeme Kararlarını Bildirilmesi, İnfazı Gereken Kararlar, Hukuki Dinlenme Hakkı, Cumhuriyet Başsavcılığına Tebligat, İnfazı Gereken Kararların Başsavcılığa Verilmesi, Ceza Muhakemesinde Elektronik İşlemler

ABSTRACT

Due to the importance of judge and court decisions, notification of these decisions to the person concerned is specifically regulated in Code of Criminal Procedure Article 35 and the following articles. According to this provision, notification of court and judge decisions to the person concerned is basically in three ways: Decisions made against the face of the relevant party will be announced and notified to him/her. If the relevant party is not ready at the time of the decision, the decision will be serve upon to him/her. If the person who was not present at the time of the decision is a person who is not released or under arrest, the decision will be notified both by notification and by reading and explaining. In the study, the scope and conditions of these notification forms and other issues related to notification are examined with a critical perspective in the light of the views in the source German law and doctrine. In addition, the subject of the procedure for the notification to be made to the Office of the Chief Public Prosecutor and the applicability of the provisions of the Criminal Procedure Code against the Notification Law are also examined within the scope of the study.

Keywords: Notification of Judge and Court Decisions, Decisions to be Executed, Right to be Heard, Notification to the Office of the Chief Public Prosecutor, Submission of Decisions to be Executed to the Office of the Chief Prosecutor, Electronic Processes in Criminal Procedure Law

* Prof. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0002-4250-4675.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Faruk Turhan

E-posta/E-mail: farukturhan@sdu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 15.09.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 08.11.2021

GİRİŞ

Hakimler ve mahkemelerce verilen kararların sonuç doğurabilmeleri için kural olarak ilgisine bildirilmesi ve bu bildirimde de mevzuatta belirtilen usule uygun olarak yapılması gerekir. Çünkü bu kararlardan doğan hakların kullanılabilmesi işlemde haberdar olma ile mümkündür.¹ Özellikle kararlara karşı kanun yoluna başvurma imkanının olup olmadığının bilinmesi ve devam eden muhakeme sürecinde nasıl bir yol izleyeceğinin değerlendirilebilmesi için kararların ilgisine bildirilmesi gerekir.

Kararların ilgili kişilere bildirilmesi ise ya doğrudan doğruya bildirme ya da dolaylı bildirme şeklinde olur. Doğrudan doğruya bildirmede, kararı veren kişi ya da makam araya herhangi bir vasıta koymaksızın işlemi doğrudan ilgiliye bildirmektedir. Bu bildirimde tefhim denilmektedir.² Bildirilecek yazılı belgenin ilgiliye elden verilmesi (Tebliğat Kanunu (TK) md. 36), celse esnasında avukat katip ve stajyerlerine bir sonraki celse ve gün saatinin bildirilmesi bildirilmesi (TK md. 37) halinde de doğrudan doğruya bildirme söz konusudur.³ Dolaylı ya da vasıtalı bildirmede ise işlemi yapan kişi ya da makam araya bir vasıta koyarak işlemi ilgisine bildirmektedir. Bu şekildeki bildirimler tebliğ olarak adlandırılmaktadır.⁴ Tebliğ, bildirimde dolaylı şekli olduğu için bütün bildirimleri ifade etmek üzere kullanılması yerinde değildir.⁵ Teknolojik gelişmelerin ceza muhakemesinde yoğun olarak kullanılması ile birlikte bildirimlerin elektronik yollarla yapılması usulü de kabul edilmiştir. Elektronik ortamda yapılan tebliğat da dolaylı bildirimde yeni bir şekildir.⁶

Ceza muhakemesi işlemlerinin ilgisine bildirilmesine ilişkin, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve TK'da çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Ceza muhakemesinin en önemli muhakeme işlemlerinden olan hakim ve mahkeme kararlarının ilgisine bildirilmesine ilişkin temel düzenlemeler CMK'nın İkinci Kısım, Birinci Bölümü altında yer alan md. 35-38'de yapılmıştır. Bu maddeler dışında, tutuklama kararının şüpheli veya sanığa bildirilmesi (md. 101/2), tutuklunun yabancı olması halinde durumunun vatandaşı olduğu konsolosluğuna bildirilmesi (md. 107/3), duruşma gün ve

- 1 Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Bası, Beta 2020) 474; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II* (11. Bası, Seçkin 2021), 240; Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Bası, Adalet 2021) 267; Vahit Bıçak, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Bası, Seçkin 2018) 745.
- 2 Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Bası, Seçkin 2019) 130; Centel ve Zafer (n 1) 747 vd; Şahin ve Göktürk (n 1) 241; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. Bası, Adalet 2020) 147; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özyayın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (13. Bası, Seçkin 2019) 286-287; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Bası, Savaş 2020) 189.
- 3 Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın, Tütüncü, Villemin ve Tok (n 2) 286; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Bası, Seçkin 2020) 136; TK md. 37'de, "Celse esnasında kazai merci tarafından sıfatları tesbit edilen avukat katiplerine ve stajyerlerine mütaakip celse gün ve saatinin bildirilmesi avukata tebliğ hükmündedir." denilmekte ise de burada usul açısından bir tebliğ değil, doğrudan bildirme söz konusudur.
- 4 Yenisey ve Nuhoglu (n 2) 131; Centel ve Zafer (n 1) 748; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın, Tütüncü, Villemin ve Tok (n 2) 286; Şahin ve Göktürk (n 1) 241; Ünver ve Hakeri (n 2) 148.
- 5 Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Bası, 2006) 519.
- 6 Centel ve Zafer (n 1) 748.

saatinin sanığın kanuni temsilcisine bildirilmesi (md. 155/1), iddianamenin sanığa tebliği (md. 176) ve hükmün açıklanmasında (md. 231) olduğu gibi CMK'da, hakim ve mahkeme kararlarının ilgisine bildirilmesine ilişkin özel düzenlemelere de yer verilmiştir. Diğer taraftan gözaltı süresinin uzatılması emrinin gözüaltına alınana derhâl tebliğ edilmesi (md. 91/3), elkoyma işleminin, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilmesi (md. 127/5) gibi başka mercilerin yaptığı muhakeme işlemlerinin ilgisine bildirilmesine ilişkin CMK'nın çeşitli maddelerinde düzenlemelere de yer verilmiştir. Söz konusu bu hükümler md. 35'e göre özel hüküm niteliğinde olduğu için öncelikle uygulama alanı bulacaktır.

Md. 37/1'e göre, CMK'daki özel hükümler saklı kalmak üzere, tebligat işlemleri ilgili kanun hükümlerine göre yapılacaktır. Burada söz konusu olan kanun 7201 sayılı Tebligat Kanunudur.

Kararların bildirilmesine ilişkin CMK'nın 35-38. maddeleri ile ilgili olarak doktrinde şimdiye kadar detaylı bir çalışma yapılmadığı görülmektedir. Halbuki bu düzenlemeler adil yargılanma hakkı açısından önemli olduğu gibi, düzenlemelerden bazıları da sorunludur. Çalışmada söz konusu hükümler kaynak Alman CMK'daki düzenlemeler, doktrin ve Yargıtay kararları ışığında eleştirel bir incelemeye tabi tutulacaktır. Aşağıda önce hakim ve mahkeme kararlarının bildirilmesinin adil yargılanma hakkı açısından önemi, arkasından da CMK md. 35-36'ya göre hakim ve mahkeme kararların ilgisine bildirilmesi ve 38. madde uyarınca Cumhuriyet başsavcılığına tebligatın yapılması konuları açıklanacak, son olarak da tebligat usulüne ilişkin TK hükümleri karşısında CMK hükümlerinin uygulanabilirliği üzerinde durulacaktır. Tebliğ usullerinin detaylı olarak düzenlendiği TK hükümleri ile CMK'nın diğer maddelerinde yer alan bildirimlere ilişkin düzenlemeler çalışmanın kapsamını genişletmemek için zorunlu olmadıkça ele alınmayacaktır.

I. KARARLARIN BİLDİRİLMESİNİN ADİL YARGILANMA HAKKI İLE İLİŞKİSİ VE AMACI

Anayasa ve kanunlarla güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi için devlet işlemlerinin kişilere usulüne uygun olarak bildirilmesi gerekir. Bu nedenle verildiği oturumda hazır bulunmayan ilgiliye hakim ve mahkeme kararları usulüne göre bildirilmelidir.⁷ Hakim ve mahkeme kararların bildirilmesine ilişkin kanundaki düzenlemeler adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan hukuki dinlenme hakkının sağlanmasına ve güvence altına alınmasına da hizmet etmektedir.⁸

7 “Kişilerin hak arama hürriyetlerinin Anayasa ve diğer kanunlarla güvence altına alındığı ve bu hakkın kullanılabilmesi için devlet işlemlerinin kişilere usulüne uygun olarak bildirilmesi gerektiği, bu bağlamda itiraza konu hükümlerin kurulduğu 19.01.2016 tarihli oturuma katılmayan katılan ... vekilinin yokluğunda verilen kararın katılan vekili Av. ...'ya tebliğe çıkarıldığı, ancak muhatabın adreste tanınmadığı gerekçesiyle tebligat mazbatasının iade edildiği anlaşıldığından 5271 Sayılı CMK'nın 35 ve 260. maddelerine göre hükümlerin katılan kuruma usulince tebliğ edilmesi gerekmektedir.”: Yargıtay CGK, E 2019/9-355 K 2019/596, 10.10.2019: aksi belirtilmediği sürece Yargıtay kararları <https://lib.kazanci.com.tr> veri tabanından alınmıştır; aynı yönde bkz. Yargıtay CGK, E 2016/23-1344 K 2020/218, 21.05.2020.

8 Edda Wesslau, *StPO* § 35 Kenar no (Kn.) 1, in: Jürgen Wolter (Ed), *SK-StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK* Cilt I, §§ 1-93 (4. Bası 2013); Heinrich Maul, *StPO* § 36 Kn. 10, in: Rolf Hannich (Ed) *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mti GVG, EGGVG und EMRK* (8. Bası 2019).

Alman hukukunda “das Recht auf rechtliches Gehör” olarak ifade edilen hukuki dinlenilme hakkı⁹ için Türk hukukunda farklı ifadeler kullanılmakla birlikte ceza muhakemesi hukukuna ilişkin yayınlarda genellikle meramını anlatma veya anlatabilme terimi kullanılmaktadır. Meramını anlatabilme, kişinin söylemek istediklerini anlatabilmesi hakkını ortaya koymakla birlikte, hukuki dinlenilme hakkının kapsamına giren bütün hakları ifade etmekte yeterli olmadığı için doktrinde hukuki dinlenilme hakkı terimi tercih edilmektedir.¹⁰ Çünkü hukuki dinlenilme hakkı sadece muhakemeye katılanların tek taraflı olarak meramını anlatabilmesi imkanı değil, ayrıca ilgili merciin yapılan açıklamayı dikkate alması ve kararlar hakkında bilgilendirilme ve kararın ilgisine bildirilmesi yükümlülüğünü de içermektedir.¹¹

Hukuki dinlenilme hakkı AİHS’de açıkça düzenlenmemekle birlikte bu hakkın unsurları olan bilgilendirilme hakkı, açıklamada bulunabilme hakkı ve açıklamaların dikkate alınması yükümlüğüne ilişkin düzenlemeler farklı kavramlar altında Sözleşmenin 6. maddesinde güvence altına alınmaktadır.¹²

Hukuki dinlenilme hakkının temel unsuru bilgilendirilme hakkıdır. Muhakemeye katılanların muhakeme sürecinde sahip olduğu haklarını etkin bir şekilde kullanabilmesi haklarındaki isnadın ve verilen kararların bildirilmesine bağlıdır. Bilgilendirme çeşitli şekillerde olabilmekle birlikte inceleme konumuz bakımından verilen kararların hazır bulunan ilgisine açıklanması, hazır bulunmayan ilgisine ise usulüne göre bildirilmesi ile gerçekleşir.

Kararların ilgisine bildirilmesinin amacı, kişiyi, verilen kararın sonuçları ve gerekçeleri hakkında bilgilendirilmesi suretiyle özellikle karara karşı kanun yoluna başvurulması gerekip gerekmediği sorununu tartmasını ve değerlendirmesini sağlayabilecek bir duruma getirmektir.¹³

Diğer taraftan ceza muhakemesinde kararların ilgisine bildirilmesine ilişkin düzenlemeler muhakeme sürecinin usulüne uygun şekilde gerçekleştiğini, özellikle de kişiye hukuki dinlenilme hakkının sağlandığını ispata hizmet ettiği için, ilgili kişinin kararın bildirilmesinden feragati geçerli değildir.¹⁴

II. HAKİM VE MAHKEME KARARLARININ İLGİLİSİNE BİLDİRİLMESİ

Ceza muhakemesinde hakim ve mahkeme kararlarının önemine binaen bu kararların ilgisine bildirilmesi CMK md. 35’te özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre, ilgili tarafın yüzüne karşı verilen karar kendisine açıklanır ve isterse kararın bir örneği de verilir. Koruma tedbirlerine

9 Hukuki dinlenilme hakkına ilişkin Alman hukukundaki düzenlemeler hakkında bkz. Abdullah Batuhan Baytaz, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Dinlenilme Hakkı*, (On İki Levha 2021) 53 vd.

10 Baytaz (n 9) 10 vd.

11 ibid 12, 34.

12 Baytaz (n 9) 82.

13 Wesslau (n 8), StPO § 35 Kn. 1; Maul (n 8) StPO § 35 Kn. 1; Brian Valerius StPO § 35 Kn. 1, in: Hans Kudlich (Ed), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, StPO, Cilt 1: §§ 1-150*, (1. Bası, 2014); ayrıca bkz. ibid 169.

14 Wesslau (n 8) StPO § 35 Kn. 2.

ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hakim veya mahkeme kararları, hazır bulunamayan ilgisine tebliğ edilir. İlgili taraf serbest olmayan bir kişi veya tutuklu ise tebliğ edilen karar, kendisine okunup anlatılır. Bu hükme göre, mahkeme ve hakim kararlarının ilgisine bildirilmesi esas itibarıyla üç şekilde söz konusu olmaktadır: İlgili tarafın yüzüne karşı verilen kararlar kendisine açıklanarak bildirilecektir. Eğer kararın verildiği sırada ilgili taraf hazır değilse karar kendisine tebliğ edilerek bildirilecektir. Kararın verildiği sırada hazır olmayan ilgili kişi serbest olmayan bir kişi veya tutuklu ise karar, hem tebliği edilerek hem de okunup anlatılarak bildirilecektir.

Söz konusu bu üç usul incelenmeden önce bildirilmesi gereken hakim veya mahkeme kararları ile ilgili kişi veya taraftan ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulması gerekmektedir

A. BİLDİRİLMESİ GEREKEN HAKİM VE MAHKEME KARARLARI

Md. 35'in madde başlığı genel bir ifade olarak "kararların açıklanması ve tebliği" adını taşımakla birlikte, maddenin düzenleniş yeri, md. 33 ve 34'ün konusu ve md. 35/2'nin ifade şekli dikkate alındığında savcılık kararlarının bildirilmesinin madde kapsamında düzenlenmediği anlaşılmaktadır.¹⁵ Çünkü birbirleri ile bağlantılı olan md. 33 hakim ve mahkeme kararlarının verilme usulünü, md. 34 bu kararların gerekçeli olmasını ve md. 35 ise söz konusu kararların bildirilmesini düzenlemektedir. CMK md. 35'in kaynağını oluşturan Alman CMK § 35'te de sadece "kararlardan" (Entscheidungen) bahsedilmekle birlikte, doktrinde Alman CMK § 33 – § 35a hükümlerinin savcılık kararlarını kapsamadığı kabul edilmektedir.¹⁶ Nitekim § 33 – § 35a hükümleri, Kanunda, mahkeme kararları alt başlığı altında düzenlenmiştir.

Md. 35 fik. 1 ve fik. 3'te sadece "karar"dan, md. 35/2'de ise "hakim veya mahkeme kararları"ndan bahsedilmektedir. Kanun koyucunun niçin farklı ifadeler kullandığı madde gerekçesinde açıklanmamıştır. Kanaatimizce maddenin 2. fıkrasında olduğu gibi 1. ve 3. fıkralarında da kastedilenin yine hakim veya mahkeme kararlarıdır. Yukarıda belirtildiği üzere savcılık kararları madde kapsamında düzenlenmemiştir.

Bilindiği üzere ceza muhakemesinde yargılama yapan makamlar hakimlik ve mahkeme olmak üzere bir ayrıma tabi tutulmakta, buna uygun olarak verdikleri kararlar da hakimlik kararları ve mahkeme kararları olarak iki ayrı kategoride değerlendirilmektedir. Mahkeme kural olarak kovuşturma evresinde, özellikle de duruşma ve son karar aşamalarında yargılama görevi yapan makam iken, hakimlik ise mahkemenin görevi dışında kalan yargılama faaliyetlerini yapmakla görevlendirilen

15 Doktrinde Baytaş (n 9) 195, 35. maddenin 1. fıkrasının savcılık kararları bakımından da uygulanmasının önünde bir engel söz konusu olmadığını ancak Cumhuriyet savcısının şüphelinin yüzüne karşı aldığı bir kararın bulunmaması sebebiyle bu düzenlemenin uygulanması imkânı olmadığını belirtmektedir. Diğer taraftan seri muhakeme usulü kapsamında yer alan suçlar hakkında Cumhuriyet savcısı tarafından yaptırım belirlenmesi kararı verilmesine ilişkin CMK md. 250 ve Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliğinde detaylı düzenlemeler yapılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. Muhammed Emre Tulay, 'Seri Muhakeme Usulü (CMK m. 250)', (2020) (2), İzmir Barosu Dergisi 117, 132 vd.

16 Maul (n 8) StPO § 35 Kn. 2; Hanns Larcher, *StPO* § 35 Kn. 1, in: Jürgen Graf (ed), BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra (39. Edition, Stand: 01.01.2021).

makamdır. Hakimliğin, naip hakim, istinabe olunan hakim, sulh ceza hakimi, asliye ceza hakimi, ağır ceza mahkemesi başkanı gibi çeşitleri vardır. Bunların verdikleri kararlar “hakimlik kararı” olarak ifade edilmektedir.¹⁷ Md. 35’te yer alan “hakim kararı” ile kastedilen “hakimlik kararı”dır. Bu açıdan soruşturma evresinde sulh ceza hakimi tarafından verilen kararların bildirilmesi madde kapsamında olduğu gibi, istinabe olunan hakimin verdiği kararlar yanında naib hakim veya mahkeme başkanı tarafından verilen kararlar da hakimlik kararı olup, madde 35 kapsamında ilgisine bildirilmesi gerekir.

B. KARARLARIN BİLDİRİLECEĞİ İLGİLİ KİŞİ

Kararların, açıklanması veya tebliği suretiyle bildirileceği ilgili kişi kapsamına söz konusu karardan hakları veya hukuki statüleri etkilenecek her muhakeme katılanı dahildir. Ancak ilgili kişinin karardan dolayı zarar görmesi veya görecektir olması gerekmez.¹⁸ Şahsi dava kaldırıldığı ve şikayete bağlı suçlarda şikayet şartının gerçekleşmesi halinde savcının soruşturma yapmak, kamu davası açmak ve davaya katılmak görevi olduğu için bütün soruşturma ve kovuşturmalarda savcılık ilgili kapsamındadır.¹⁹

Kararların bildirileceği ilgili kişi için md. 35’te “ilgili taraf”tan söz edilmektedir (fık. 1 ve 3). Madde metnindeki bu ifadeyi muhakemeye katılan ve verilen karardan hakları etkilenen ilgili kişiler ve savcılık olarak anlamak gerekir. Bu nedenle ilgili tarafı sadece kanun yoluna başvuru hakkı bulunanlarla sınırlı olarak anlamamak gerekir.²⁰

Diğer taraftan ceza muhakemesi gerçek anlamda bir taraf muhakemesi olmadığı için Cumhuriyet savcısını da taraf olarak nitelendirmek yerinde değildir. Muhakemenin tarafı olmadığı halde verilen kararların Cumhuriyet savcılığına da bildirilmesi gerektiği konusunda bir tereddüt yoktur. Yine muhakemede tanık veya bilirkişi olarak görev yapanlar da muhakemenin tarafı olmadıkları halde haklarındaki kararların (örneğin, gelmemesinin neden olduğu zararların tazminine ilişkin kararların) kendilerine bildirilmesi gerekir. Bu nedenlerle madde metninde “taraf” ifadesinin kullanılması isabetli olmamıştır. Nitekim kaynak Alman CMK § 35/1’te kararların “ilgili kişiye” bildirilmesinden söz edilmektedir.²¹

17 Hakimlik ve mahkeme kararları ayrımı ve bu ayrıma bağlanan sonuçlar hakkında bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (n 2) 238; Fahrettin Demirağ, *Örneklerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar*, (2. Bası, Seçkin 2020) 52 vd.; Şahin ve Göktürk (n 1) 232; Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Derleri*, (3. Bası, Adalet 2018) 187 vd.

18 Valerius (n 13) StPO § 35 Kn. 4; Wesslau (n 8) StPO § 35 Kn. 4.

19 Alman hukukunda re’sen soruşturulup kovuşturulan suçlar açısından savcılığın daima ilgili kişi kapsamında olduğu, ancak şahsi davalarda savcının kovuşturmayı üstlenmediği sürece ilgili kişi kapsamına girmediği belirtilmektedir: Bkz. Larher (n 16) StPO § 35 Kn. 2; ayrıca bkz. Wesslau (n 8) StPO § 35 Kn. 4.

20 İlgili taraftan kastın CMK md. 260’da sayılan kanun yollarına başvurmaya hakkı bulunan kişiler olduğu görüşü için bkz. Ali Parlar, *CMK Şerhi* (3. Bası, Bilge 2017) 9’dan aktaran Yenisey ve Nuhoğlu (n 2) 130.

21 “İlgilinin huzurunda verilen kararlar, o kişiye açıklanmak suretiyle o kişiye bildirilir.” Madde metninin Türkçe çevirisi için Alman CMK’nın Türkçe çevirisi için bkz. Feridun Yenisey ve Salih Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu/ Strafprozessordnung (StPO)* (2. Bası, Beta 2015) 20.

Kararların bildirileceği ilgili kişi öncelikle şüpheli veya sanıktır. Bu nedenle müdafî yanında şüpheli veya sanığa da kararların bildirilmesi gerekir. Aşağıda açıklanacağı üzere, Yargıtay'ın TK md. 11 hükmüne dayanarak, vekilin ceza muhakemesindeki karşılığının müdafî olduğu ve müdafie yapılan tefhim veya tebligattan sonra ayrıca sanığa da tebligat yapılmasının gerekli olmadığı yönündeki görüşü isabetli değildir.

Mağdur ve suçtan zarar görenler de madde kapsamında ilgili kavramına dahildir. Bu nedenle verilen kararlardan etkilenen mağdur, şikayetçi veya suçtan zarar gören ve katılana da kararın bildirilmesi gerekir.²² Yargıtay istikrarlı ve isabetli bir şekilde duruşmadan haberdar olmayan mağdura, şikayetçiye veya suçtan zarar görene gerekçeli karar tebliğ edilmemiş ise temyiz aşamasında bu eksiklik giderilmeden temyiz incelemesi yapılamayacağına karar vermektedir.²³

C. İLGİLİNİN YÜZÜNE KARŞI VERİLEN KARARLARIN AÇIKLANMASI VE BİR ÖRNEĞİNİN VERİLMESİ

1. KARARIN İLGİLİSİNE AÇIKLANMASI

Madde metninde yer alan “kararın açıklanmasından” maksat, verilen kararın hazır olan ilgisine sözlü olarak bildirilmesi, yani duyurulmasıdır.²⁴ Kararın hazır olan ilgisine açıklanması, heyet halinde çalışan mahkemelerde mahkeme başkanı, diğer mahkemelerde ve hakimliklerde ise hakim tarafından yapılmalıdır. Kararın ilgisine açıklandığının duruşma tutanağına geçirilmesi (md. 221/1-h), duruşma dışında verilen kararlarda ise bu hususun yazılı olarak tespit edilmesi gerekir.²⁵

22 Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 1) 268.

23 Yargıtay CGK, E 2016/15-228 K 2020/46, 20.01.2020; “Temyiz mahkemesince bir temyiz davasının görülebilmesi için, temyiz kanun yoluna başvuru hakkı bulunanların tamamının kararı tefhim veya tebliğ yoluyla öğrenmelerinin sağlanması kanuni bir zorunluluktur. Nitekim 5271 Sayılı CMK'nın “Kararların açıklanması ve tebliği” başlıklı 35. maddesinin ikinci fıkrasında; “Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur” hükmü yer almaktadır.// Yerel Mahkemece katılana gerekçeli karar tebliğ olunmamış ise temyiz aşamasında bu eksikliğin Özel Dairece 2797 Sayılı Yargıtay Kanunu'nun 40. maddesi uyarınca verilecek, uygulamada “tevdî kararı” adı verilen kararla mahallinde mahkemesince giderilmesinin istenilmesi gerekir; yoksa temyiz incelemesine geçilerek bozma kararı verilmek suretiyle bu eksiklik giderilemez. Aksi hâlde temyiz kanun yoluna başvuru hakkı bulunan bir tarafın kararı öğrenmesi sağlanmadan temyiz incelemesi yapılmış olur ve aleyhe temyiz bulunmayan hâllerde bozulan hükümdeki ceza miktarı sanık lehine kazanılmış hak teşkil eder.// Kişilerin hak arama hürriyetlerinin Anayasa ve diğer kanunlarla güvence altına alındığı ve bu hakkın kullanılabilmesi için devlet işlemlerinin kişilere usulüne uygun olarak bildirilmesi gerektiği, bu bağlamda itiraza konu hükümlerin kurulduğu 01.10.2014 tarihli oturuma katılmayan katılan ...'in yokluğunda verilen kararın adı geçen katılana tebliğ edilmediği anlaşıldığından, 5271 Sayılı CMK'nın 35 ve 260. maddelerine göre hükümlerin Beşiktaş 15. Noterliğinin 15.12.2008 tarihli ve 13192 yevmiye numaralı vekaletnamesi ile katılan ...'in vekilliğini üstlenen ve soruşturma evresinde görev yapan Av. ...'in vekilliğinin devam edip etmediğinin araştırılarak vekilliğinin devam ettiğinin belirlenmesi hâlinde Av. ...'a, devam etmediğinin belirlenmesi hâlinde ise katılan ...'e usulünce tebliğ edilmesi gerekmektedir.” Aynı yönde bkz. CGK, E 2016/23-1344 K 2020/218, 21.05.2020; CGK, E 2017/1-177 K 2019/486, 20.06.2019; CGK, E 2017/6-619 K 2018/674, 25.12.2018.

24 Nitekim aynı hükmün karşılığı olan CMUK md. 33/1'de, “Alakadar tarafın yüzüne karşı ittihaz edilen kararlar kendisine tefhim olunur ve isterse kararın bir sureti de verilir.” denilerek, kararların sözlü olarak bildirilmesinden bahsedilmektedir.

25 Wesslau (n 8) StPO § 35 Kn. 7; Lutz Meyer-Gossner, *Strafprozessordnung StPO, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, (56. Bası, 2013), StPO § 35 Kn. 5; Valerius (n 13) StPO § 35, Kn. 11, 13.

Duruşma sırasında verilmiş olsa bile ara kararlarda yazılı metnin aynen okunması gerekmeyip karar içeriğine ilişkin önemli hususların ve kararın gerekçesinin okunması veya sözlü şekilde açıklanması yeterlidir.²⁶

Kararın açıklanacağı şüpheli veya sanık, meramını anlatabilecek derecede Türkçe bilmiyorsa açıklama, atanacak tercüman vasıtasıyla yapılmalıdır.²⁷ Md. 202/1'de sadece, “duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir” deniliyorsa da adil yargılanma hakkının gereği olarak bu hüküm mümkün olduğunca geniş yorumlanmalı²⁸ ve kararlarda, kararın esaslı noktaları, hükümlerde ise hüküm fıkrası ile gerekçesinin tercüme edilmesi gerekir.²⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına göre, sanığın adil yargılanma hakkından yararlanmasını güvence altına alacak ölçüde, kararlar da dahil olmak üzere, anlaması gereken bütün soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin mahkeme dilini bilmeyen şüpheli veya sanığa tercüme edilmesi gerekir.³⁰

Önemi nedeniyle kanun yolu başvuru hakkının bildirilmesi md. 231/1-4'te özel olarak düzenlemiştir. Buna göre, duruşma sonunda verilen hükmün hüküm fıkrası hazır bulunan sanığa okunarak ana çizgileri ile anlatılmalı ve ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi de açıklanmalıdır (fık. 1-2). Yine md. 232/6 uyarınca hüküm fıkrasında, kanun yollarına başvurma “olanağının bulunup bulunmadığının, başvuru olanağı varsa süresi ve mercii tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir.” Her ne kadar md. 231/2 ve 232/6'da, kanun yolu başvuru şeklinin de bildirileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemişse de, bütün hakim ve mahkeme kararlarının bildirilmesinde geçerli genel hüküm niteliğinde olan md. 34/2 uyarınca kanun yoluna nasıl başvurulacağına da hazır bulunan sanığa bildirilmesi gerekir. Diğer taraftan md. 34/2 uyarınca kanun yolu başvuru hakkındaki bilgilendirme sadece sanığa değil, ilgili karar hakkında kanun yoluna başvuru hakkı olan diğer kişilere (duruma göre mağdur, katılan, tanık gibi) de yapılması zorunludur.

Kanun yolu başvuru hakkının bildirilmesine ilişkin md. 34/2 hükmünde “başvurulabilecek kanun yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilir” deniliyorsa da bu hükmün kaynak Alman CMK'da (§ 35a)³¹ olduğu gibi, kanun yolu başvuru hakkının öğretilmesi veya kanun yolu başvuru imkanları hakkında bilgilendirme şeklinde anlaşılması daha doğru olacaktır. Çünkü burada hak arama özgürlüğünün gerçekleştirilmesi için söz konusu olduğu için ilgili kişiye hangi kanun yoluna ve nasıl başvurabileceği konusunda anlayacağı şekilde bilgilendirme yapılmalıdır.

26 Wesslau (n 8) § 35 Kn. 6; Meyer-Gossner (n 25) StPO § 35 Kn. 5; Valerius (n 13) StPO § 35, Kn. 10.

27 Şüpheli veya sanığın hukuki dinlenilme hakkı açısından tercümandan yararlanma hakkı konusunda detaylı inceleme için bkz. Baytaç (n 9) 304 vd.

28 ibid 319.

29 Hukuki dinlenilme hakkı açısından hangi hususların tercüme edilmesi gerektiği konusunda bkz. ibid 320 ve Alman Hukuku için bkz. Wesslau (n 8) StPO § 35 Kn. 23.

30 Valerius (n 13) StPO § 35 Kn. 7; Mehmet Öncü, 'AİHS'nin 6 § 3 e) Hükmü Anlamında Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı' (2014) 16 (Prof. Dr. Hakan Pekcanitezle Armağan Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4457, 4473; Baytaç (n 9) 318-319. Bu konuda ayrıca bkz. Wesslau (n 8) StPO § 35 Kn. 23; Ali Şahin Kılıç, 'Tercümandan Faydalanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Seçtiği Dilde Savunma Yapması Üzerine Bir Değerlendirme' (2016) 65(4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2101, 2111.

31 § 35a'nın madde başlığı “kanun yolu başvurusunun öğretilmesi” adını taşımaktadır.

Kanun yolu başvuru hakkı konusunda bilgilendirme hem ilgili kişinin yüzüne karşı verilen kararların açıklanmasında hem de ilgilinin yokluğunda verilen kararların bildirilmesinde yapılması gerekir. Aslında md. 34/2 hükmünün kanun yolu başvuru hakkı konusunda bilgilendirme adı altında ayrı bir madde olarak düzenlenmesi gerekirdi. Çünkü md. 34 başlığı kararların gerekçeli olmasına ilişkin olup bu husus maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrası ise kanun yolu başvurusuna ilişkin olup kararların gerekçesi ile ilgili değildir. Nitekim kaynak Alman CMK'da § 35a'da³² ek bir düzenleme yapılarak, kanun yolu başvurusunun öğretilmesi adı altında konu detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

Kanun yolu başvuru hakkı konusundaki bilgilendirmenin yapılmaması, eksik veya hatalı yapılması hükmün bozulması nedeni oluşturur. Uygulamada kanun yolu başvuru hakkının bildirilmesinde gerekli özenin gösterilmediği Yargıtayın md. 34 ile ilgili olarak verdiği çok sayıda bozma kararlarından anlaşılmaktadır. Ayrı bir çalışma konusu olacak kadar kapsamlı olan bu konuya burada kısaca işaret etmekle yetinilecektir.³³

Kanun yolu başvuru hakkı konusundaki bilgilendirme açık, yanlış anlamaya neden olmayacak şekilde ve tam olmalıdır. Bilgilendirmede hangi kanun yolu başvuru imkanının (itiraz, istinaf veya temyiz) bulunduğu, kanun yolu başvurusunun hangi hakim veya mahkemeye, hangi süre içinde, hangi şekilde (bir dilekçe ile veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle) yapılması gerektiği şüpheye yer vermeyecek şekilde açıkça belirtmelidir.³⁴ Ayrıca başvuru için genel hükümlerden ayrılan özel bir düzenleme söz konusu ise (örneğin, CMK md. 263) bu konuda da bilgilendirme yapılmalıdır.³⁵ Hükmün tefhimi sırasında hazır buluna sanık kanun yolu başvuru hakkı konusunda usulüne uygun şekilde bilgilendirilmişse, daha sonra tebliğ edilen kararda yeniden bilgilendirme yapılması zorunlu değildir.³⁶

Diğer taraftan Alman hukukunda, mahkeme kararına karşı temyiz yoluna başvuru imkanı varsa, temyiz dilekçesinin gerekçeli olması konusunda da bilgilendirme yapılması gerektiği kabul edilmektedir.³⁷ Bu nedenle kanun yoluna ilişkin bilgilendirme kapsamında, temyize ilişkin on beş günlük başvuru süresi yanında, CMK md. 295/1 uyarınca bölge adliye mahkemesinin gerekçeli kararının tebliğinden itibaren işlemeye başlayan yedi günlük süre içerisinde gerekçeli temyiz dilekçesinin verilmesi gerektiği konusunda da bilgilendirme yapılması gerekir. Bu husus Yargıtay kararlarında yerinde ve isabetli içtihatlarında vurgulanmaktadır. Örneğin, 14. Ceza Dairesinin (CD) 12.03.2020 tarihli kararında³⁸ bu husus, “*CMK'nın 34/2. madde ve fıkrasında bulunan Kararlarda,*

32 § 35a'nın konu ile ilgili birinci cümlesi şu şekildedir: “Belli bir süre içinde kullanılabilen bir kanun yolu başvurusu ile karşı konulabilen bir kararın bildirilmesinde, ilgiliye kanun yolu başvuru imkanları ve bunun için öngörülen süreler ile başvurunun şekilleri öğretilir.” Madde metninin Türkçe çevirisi için ayrıca bkz. Yenisey ve Oktar (n 21) 21.

33 Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. kazanci.com veri tabanında CMK md. 34 ile ilgili kararlar.

34 Bkz. CGK, E 2016/13-1281 K 2019/21614.03.2019; Alman hukuku için bkz. Wesslau (n 8) StPO § 35a Kn. 8; Maul (n 8) StPO § 35a Kn. 9.

35 Wesslau (n 8) StPO § 35a Kn. 9.

36 Maul (n 8) StPO § 35a Kn. 10.

37 Wesslau (n 8) StPO § 35a Kn. 8; Valerius (n 13) StPO § 35a Kn. 18.

38 Yargıtay 14. CD, E 2019/4139, K 2020/1978, 12.03.2020.

başvurulabilecek kanun yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilir şeklindeki düzenlemeler nazara alındığında, Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararda aynı Kanununun 291/1. maddesindeki temyize ilişkin on beş günlük kanuni sürenin belirtilmesinin yanı sıra süresinde verilen temyiz dilekçesiyle talep edildiği takdirde gerekçeli hükmün tebliğinden işlemeye başlayan yedi günlük süresi içerisinde gerekçeli temyiz dilekçesi verilmesinin zorunlu olduğuna dair CMK'nın 295/1. maddesinin de yer alması gerektiğinin gözetilmemesi nedeniyle sanık müdafisinin kanuni süresinden sonra gerekçeli temyiz dilekçesi sunduğundan bahisle vaki temyiz isteminin reddi gerektiği yönündeki tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmemiştir.” denilerek açıklanmıştır.^{39, 40} Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulunun (CGK) 17.03.2021 tarihli kararında isabetli olarak, temyiz nedenlerini içeren ek dilekçenin gerekçeli kararın tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde verilmesi gerektiğinin bildirilmesinin zorunlu olduğuna karar vermiştir.⁴¹ Ancak CGK'nın diğer bazı kararlarında ise tam aksi yönde içtihatla bulunulmuştur. Örneğin, CGK'nın 17.11.2020 tarih ve E 2019/459 K 2020/459 sayılı kararındaki; “... ek dilekçe için öngörülen (7) günlük sürenin, mahkeme kararlarının sonuç bölümünde gösterilmesi zorunlu olan, hükme karşı başvurulabilecek kanun yolu süresi olmadığı, dolayısıyla temyiz nedenlerini bildirir ek dilekçe için öngörülen bu sürenin ilgisine bildirilmeyişinin mahkemeye erişim hakkına orantısız bir müdahale olarak görülemeyeceği ve ilgisine bildirilmesi hususunda zorunluluk bulunmadığı kabul edilmelidir.” görüşünü savunmuştur.⁴²

Yargıtay kararlarından anlaşıldığı üzere uygulamada bu konuda ciddi sıkıntılar olduğu, bölge adliye mahkemelerince verilen bazı kararlarda gerekçeli kararın tebliğinden itibaren yedi günlük süre içinde temyiz nedenlerini içeren ek dilekçenin verilmesi gerektiğine (md. 295/1) ilişkin bilgilendirmenin yapılmadığı anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, kanunda öngörülen bu zorunluluğun yerine getirilmemesinin olumsuz sonuçları muhakemeye katılanlara yüklenmemelidir. Yukarıda açıklandığı üzere hukuki dinlenilme hakkının güvencesini oluşturan md. 34/2 hükmü, kanun yolu başvuru hakkı konusunda kapsamlı bir bilgilendirme yükümlülüğü içermektedir. Kanunda öngörülen yedi günlük süre içinde temyiz nedenlerini içeren dilekçenin verilmesi zorunluluğu da hem kanun yolu başvuru süresi ile ilgili hem de başvuru şekline ilişkindir. Bu nedenle Yargıtayın aksi yöndeki görüşlerinin isabetli olmadığını düşünüyoruz.

39 14. Ceza Dairesinin süreklilik arz eden aynı yöndeki diğer kararları için bkz. E 2020/4400 K 2020/3209, 08.07.2020; E 2020/749 K 2021/372, 21.01.2021.

40 16. Ceza Dairesinin içtihatları da aynı yöndedir. Örneğin, Dairenin 04.02.2020 tarihli (E 2019/9766, K 2021/580) kararında, “Bölge Adliye Mahkemesi tarafından 21.03.2018 tarihinde teahhitle verilen karara karşı, sanık müdafii tarafından 22.03.2018 tarihinde temyiz sebeplerini içermeyen süre tutum dilekçesi verildiği, Bölge Adliye Mahkemesinin gerekçeli kararının sanık müdafiiine 10.05.2018 tarihinde tebliğ edildiği, sanık müdafiiince 11.06.2018 tarihinde ayrıntılı temyiz dilekçesinin, CMK'nın 295. maddesinde belirtilen 7 günlük süreden sonra sunulduğu görülmüş ise de, Bölge Adliye Mahkemesi gerekçeli kararının hüküm fıkrasında ve sanık müdafiiine gerekçeli kararı tebliğ eden tebliğat zarfında CMK'nın 295. maddesinde düzenlenen 7 günlük süreye ilişkin bir ihtarın bulunmadığı anlaşıldığından tebliğnamedeki temyiz talebinin reddine karar verilmesi yönündeki düşünceye iştirak edilmemiştir.” Denilerek bu husus vurgulanmaktadır. 16 CD'nin aynı yöndeki kararları için bkz.: E 2019/1213, K 2020/1885, 25.02.2020; E 2019/7453, K 2021/901, 10.02.2021; E 2019/ 7188, K 2020/6137, 09.12.2020; E 2019/ 10264, K 2021/ 48, 25.05.2021.

41 CGK, E 2019/554, K 2021/117, 17.03.2021.

42 Aynı yöndeki CGK'nın diğer kararları için bkz.: E 2019/ 549, K 2020/402, 06.10.2020; E 2019/171, K 2020/169, 10.03.2020; E 2019/ 354, K 2020/ 394, 01.10.2020.

Kanun yolu başvuru hakkının bildirilmesindeki hukuka aykırılıklar kanun yolu başvuru süresinin işlemesine engel olmamakla birlikte ilgili kişi, CMK md. 40/2 uyarınca süreyi geçirmekte kusursuz kabul edilmekte ve eski hale getirme talebinde bulunabilmektedir.⁴³

Karar, ilgilinin huzurunda verilmişse, kanun yolu bilgilendirmesi sözlü, yokluğunda verilmişse yazılı ve kural olarak da tebligat yoluyla yapılmalıdır.⁴⁴ Md. 34/2'ye göre bilgilendirme, ilgili karara yazılması gerekli olup, ayrı bir yazı ile bildirilmesi gerekli değildir. Md. 236/6 uyarınca da hükümlerde, kanun yoluna başvurma imkanı varsa bunun süresi ve merciinin hüküm fıkrasında tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir.

TK md. 11'e göre, vekil ile takip edilen işlerde tebligat vekile yapılmalıdır. Yargıtaya göre, vekilin ceza muhakemesindeki karşılığı olan müdafie yapılan tefhim veya tebligattan sonra ayrıca sanığa da tebligat yapılması gerekli olmayıp, gerekmediği halde yapılan tebligat temyiz süresini yeniden başlatmaz; bu nedenle hükmün sanık müdafinin yüzüne karşı tefhiminden itibaren temyiz süresi işlemeye başlar ve gerekmediği halde sanığa yapılan tebligat yeni bir süre başlatmadığı gibi yeni bir temyiz hakkı da doğurmaz.⁴⁵

Kanun yolu başvuru süresinin başlaması açısından Yargıtay'ın görüşü yerinde olmakla birlikte, sanığın yokluğunda ve müdafin yüzüne karşı verilen kararın ayrıca sanığa tebliğ edilmeyeceğine ilişkin içtihadı yerinde değildir. Çünkü TK md. 11'e göre, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun, kararların sanıklara tebliğ edilmelerine ilişkin hükümleri saklıdır." Yukarıda açıklandığı üzere, CMK md. 35/2 hükmüne göre, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hakim veya mahkeme kararları, hazır bulunamayan ilgisine tebliğ edilecektir. Hazır bulunamayan ilgilisi kavramının kapsamına bir müdafie tarafından temsil edilsin veya edilmesin her şeyden önce şüpheli veya sanık girer. Yukarıda açıklandığı üzere ceza muhakemesinde sadece aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek kararların değil, adil yargılanma hakkının gereği olarak her türlü mahkeme ve hakim kararlarının verildiği sırada hazır olmayan ilgisine bildirilmesi gerekir.⁴⁶ CMK md. 35 hükmünden şüpheli veya sanığın müdafie tarafından temsil edilmesi halinde tefhim veya tebliğin sadece müdafie yapılacağı, şüpheli veya sanığa yapılacak bildirim geçersiz olacağı şeklinde bir sonuca ulaşılamaz. Nitekim 7201 sayılı TK'nın 11. maddesini değiştiren 6.6.1985 tarih ve 3220 sayılı Kanunun 5. maddesinin gerekçesinde bu husus açık bir şekilde ifade edilmektedir: "Diğer taraftan, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 'kararların tefhim ve tebliği' başlığını taşıyan 33. maddesinde, ilgililerin yüzüne karşı verilen kararların tefhim olunacağı ve diğer kararların tebliğ edileceği esası kabul edilmiştir. Görülüyor ki her hükmün ilgilieye bildirilmesi CMUK'nın ana ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Kanun koyucu

43 Bu konuda ayrıntılı bilgi ve Yargıtay kararlarının incelenmesine ilişkin bkz. Faruk Turhan, 'Ceza Muhakemesinde Sürelerin Kusur Olmaksızın Geçirilmesinde Eski Hale Getirme' iç Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (edr), *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, (Seçkin 2018) 1240 vd.

44 Maul (n 8) StPO § 35a Kn. 10.

45 CGK, E 2013/13-300, K 2014/286, 27.05.2014; Ünver ve Hakeri (n 2) 147.

46 Öztürk'e (Ed) göre, s. 288, ceza davalarında kararların müdafie yanında sanıklara da tebliği zorunlu olmalıdır. Aynı yönde, Özen (n 17) 194.

bu konuda çok hassas davranmış, ilgililerin kanuni haklarını kullanabilmeleri için sanıkların karar ve hükümlerden haberdar edilmelerini öngörmüştür.”⁴⁷

Diğer taraftan hakim veya mahkeme kararlarının şüpheli veya sanığa bildirilmesi ile kanun yolu başvuru süresinin başlamasını birbirinden ayırmak gerekir. Öncelikle şüpheli veya sanığın haklarının korunması açısından başvuru süresinin müdafie yapılan tefhim veya tebligat ile başladığının kabulü yerindedir. Ancak kendisine tebligat yapılan şüpheli veya sanığın süresinde bizzat yapmış olduğu kanun yolu başvurusu geçerli olup, müdafiiin başvurusunu beklemeye gerek bulunmamaktadır.⁴⁸ Müdafii yanında şüpheli veya sanığa yapılacak tebligat, kararın içeriği hakkında bilgi sahibi olmayı ve müdafiiin kusurlu davranışı ile kanun yolu başvuru süresini geçirmiş olması halinde eski hale getirme imkanının bulunup bulunmadığının incelenerek koşullarının bulunması halinde eski hale getirme talebinde bulunma imkanı verebilecektir.⁴⁹

2. KARARIN BİR ÖRNEĞİNİN İLGİLİSİNE VERİLMESİ

İlgilinin huzurunda verilir açıklanan kararın bir örneği talep üzerine ilgisine verilecektir (md. 35/1). İlgili kişinin sadece kararın örneğini talep hakkı olup, dosyanın tamamının verilmesini isteme hakkı bulunmamaktadır.⁵⁰ Ancak CMK'nın diğer hükümlerinde şüpheli, sanık veya mağdura dosyadaki belgelerin örneğini isteme hakkı verilmiştir.⁵¹ İlgili kişinin karar örneği verilmesi talebiyle herhangi bir ceza muhakemesi amacı gütmese, örneğin karara karşı kanun yoluna başvuracak olması, gerekmediği gibi, niçin istediğine ilişkin bir gerekçe göstermesi de gerekmez; bu talep hakkına kanunda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.⁵² Talep üzerine karar örneğinin ilgiliye gecikmeksizin verilmesi gerekir. Bu nedenle örneğin, delil toplanması veya ikamesine ilişkin bir talebin reddine ilişkin karar duruşmadaki bir oturum sırasında verilmiş ve tutanağa geçirilmişse, ilgili kişinin talebi

47 Madde gerekçesinin devamında; “Hal böyleyken Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun eski 124. maddesinin mukabili olan Tebligat Kanununun 11.maddesinde geçen “vekil” kavramı çoğu zaman müdafii kavramıyla aynı mahiyette telakki edilmekte, bu nedenle ceza yargılamasında, tebligat bakımından birbirinden farklı uygulamalara ve hatalı sonuçlar doğmasına sebep olmaktadır. Bilindiği gibi hukuk yargılamasındaki “vekil” ile ceza yargılamasındaki müdafii kavramları birbirinden farklıdır. Vekil, müvekkilden ayrı ve bağımsız bir statüye sahip değildir, bağımlıdır. Temsil ettiği kişinin talimatıyla hareket eder ve onun yokluğunda onun yerine geçer. Müdafii ise yalnızca ceza davasında söz konusudur. YCGK'nın 25.12.1978 gün ve 427/507 sayılı kararında da belirtildiği üzere, duruşma vekil için değil, sanık için yapılmaktadır. Akibeti de sanığın özgürlüğü veya mali durumu ile kısıcası şahsı ile ilgili bulunmaktadır. Bu itibarla ceza davalarında kararların sanıklara tebliğ edilmesine gerek görmemek, müdafiiine yapılan tebliği geçerli saymak adalet ilkeleriyle bağdaştırılmayacak bir durumdur. İşte yukarıda belirtilen görüşlerin ışığı altında uygulamaya açıklık getirmek için 11.maddenin 1. fıkrası yeniden düzenlenmiştir.” denilerek TK md. 11'in hukuk muhakemesinde uygulama alanı bulacağı açıkça ifade edilmiştir. Madde gerekçesi ve bu konudaki Yargıtay CGK kararının değerlendirilmesi hakkında bkz. Serap Keskin, ‘Ceza Muhakemesinde Müdafie Yapılan Tebligat Sanığa Yapılmış Sayılır mı?’, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (1997) LV(3), 355 vd.

48 Ancak baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafiiin yüzüne karşı yapılmış olan tefhim, kendisine zorunlu müdafii atandığından haberdar edilmeyen sanık açısından hukuki sonuç ifade etmediği gibi, temyiz süresini de başlatmaz: Yargıtay CGK, E 2010/6-124 K 2010/156, 22.6.2010.

49 Kanun yolu başvuru süresinin geçirilmesinin müdafiiin kusurundan kaynaklanması halinde sanığın eski hale getirme talebinde bulunup bulunamayacağı konusunda bkz. Turhan, (n 37) 1239-1240

50 Valerius (n 13) StPO § 35 Kn. 17; Wesslau (n 8) StPO § 35 Kn. 10.

51 CMK md. 153, 234; Yazı İşleri Yönetmeliği md. 100 ve 137.

52 Maul (n 8) StPO § 35 Kn. 8; Valerius (n 13) StPO § 35 Kn. 17; Wesslau (n 8), StPO § 35 Kn. 10.

halinde duruşmanın tamamlanması beklenmeksizin tutanağın bir sureti kendisine verilmelidir.⁵³ Ancak ilgili kişinin karar verilir verilmez hemen talepte bulunması gerekmez; talepte bulunmak için bir süre öngörülmediği için kararın kesinleşmesinden sonra da bir örneğinin verilmesi istenebilir.⁵⁴ Karar örneğini verme yetki ve görevi, kararın kesinleşmesinden önce kararı veren mahkeme başkanı ve hakime, kesinleşmesinden sonra ise dava dosyasını muhafaza etmekle görevli mercie (yani savcılığa) aittir.⁵⁵

Alman hukukunda karar örneğinin ilgiliye verilmesinin devlet sırrı nedeniyle sınırlandırılabilceği kabul edilmektedir. Özellikle kararın verilmesi Alman Ceza Kanunu § 93 anlamında devlet sırrını tehlikeye düşürecekse, kararın söz konusu kısımlarının ilgisine verilmeyebileceği, ancak kararın tamamının mahkeme yazı işlerinde ilgilisi tarafından incelenmesine imkan sağlanması gerektiği belirtilmektedir. Ancak devlet sırrı da söz konusu olsa genel bir yasaklama yapılamaz. Karardaki gizli tutulmayı gerektiren olguların ilgili kişi tarafından Almanya'nın esenliğine zarar verecek şekilde kullanılacağından endişe etmek için somut bir neden varsa ancak kararın ilgisine verilmesinin yasaklanabilmesi kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarda en azından belli koşullar altında kararın bir örneğinin müdafie verilmesi gerekmektedir. Ayrıca gizli tutulması gereken sırların sadece fiili olgulara ilişkin olabileceği, hukuki açıklamaların hiçbir şekilde korunmaya değer sır olarak gizli tutulamayacağı belirtilmektedir.⁵⁶ CMK'da ise ilgilinin huzurunda verilen mahkeme veya hakim kararlarının devlet sırrına, ticari sır veya özel hayata ilişkin olması halinde bu kararın tamamen veya kısmen ilgisine verilmesini yasaklayan genel bir hükme yer verilmemiştir. Ancak devlet sırrına ilişkin konularda tanıkların dinlenmesi (md. 47) ve devlet sırrı niteliğindeki belgelerin incelenmesinde (md. 125) ve duruşmada aleniliğin kaldırılması veya sınırlandırılmasına ilişkin hususlarda özel düzenlemeler (md. 182-187) bulunmakla birlikte, bu durumlarda verilecek kararların gizli tutulmasına veya ilgisine verilmesinin sınırlandırılmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Aşağıda ele alınacağı üzere hakim ve mahkeme kararlarının hazır bulunmayan ilgisine tebliğinde koruma tedbirleri açısından istisna getirilmiştir (md. 35/2).

Duruşma sırasında davaya ilişkin evrakın ilgili kişilere elden verilmesi ile ilgili TK md. 36 hükmü de hakim veya mahkeme kararlarının ilgisine doğrudan bildirilmesinin bir çeşididir.⁵⁷ TK md. 36'ya göre, "*Celse esnasında veya kalemde, soruşturmaya, davaya ya da takibe ait evrakın, taraflara, ilgili üçüncü kişilere, katılana veya vekillerine tutanağa geçirilmek suretiyle veya imza karşılığında, tebliğ konusu belirtilerek tevdi, tebliğ hükmündedir. Bu durumda ayrıca tebliğ mazbatasını düzenlenmesi gerekmez ve masraf da alınmaz.*" Söz konusu düzenleme uyarınca duruşma sırasında verilen bir kararın ilgisine elden verilmesi halinde bu husus tutanağa geçirilecektir. Madde metninde bu usulün de tebliğ hükmünde olduğu belirtilmişse de tutanağa geçirme işleminin hakim veya mahkeme

53 Valerius (n 13) StPO § 35 Kn. 20; Maul (n 8) StPO § 35 Kn. 9; Meyer-Gosner, StPO § 35, Kn. 6; Wesslau (n 8) StPO § 35 Kn. 13.

54 Maul (n 8) StPO § 35 Kn. 10; Wesslau (n 8) StPO § 35 Kn. 11; Valerius (n 13) StPO § 35 Kn. 21.

55 StPO/Wesslau, StPO § 35 Kn. 12; Maul (n 8) StPO § 35 Kn. 11; Valerius (n 13) StPO § 35 Kn. 21.

56 Maul (n 8) StPO § 35 Kn. 12; Valerius (n 13) StPO § 35 Kn. 19; Wesslau (n 8) StPO § 35 Kn. 14; Meyer-Gossner (n 25) StPO § 35 Kn. 8.

57 Şahin ve Göktürk (n 1) 131.

başkanı tarafından yapılması halinde gerçek anlamda bir tebliğ değil, vasıtasız olarak bildirme söz konusudur.

D. İLGİLİNİN YÜZÜNE KARŞI VERİLMİYEN HAKİM VE MAHKEME KARARLARININ TEBLİĞİ

Yukarıda açıklandığı üzere hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi için muhakeme işlemlerinin usulüne uygun bir şekilde ilgisine bildirilmesi gerekir.⁵⁸ Bildirim usullerinden biri de kararın tebliğidir. Bir hakim veya mahkeme kararı ilgilinin hazır olmadığı sırada verilmişse bunun nasıl bildirileceği md. 35/2'de gösterilmiştir. Bu hükme göre, koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hakim veya mahkeme kararları hazır bulunamayan ilgisine tebliğ edilecektir. Md. 35/2'de tebliğ zorunluluğu düzenlenmiş, tebligat yazısının hangi merci tarafından yazılacağı ve hangi usulde yapılacağı ise md. 36-37'de gösterilmiştir. Tebligatın yapılmasına ilişkin hususlar ise detaylı olarak TK'da düzenlenmiştir.

Kanuna göre bir hakim veya mahkeme kararının hazır bulunamayan ilgisine tebliğ zorunluluğu için dört koşulun bulunması gerekmektedir. Bunlar; kararın hakim veya mahkeme tarafından verilmiş bir karar olması, karara karşı kanun yoluna başvurulabilecek olması, kararın koruma tedbirlerine ilişkin olmaması ve kararın verildiği sırada ilgilinin hazır bulunamamış olmasıdır.

1. KARARIN, HAKİM VEYA MAHKEME KARARI OLMASI

Yukarıda açıklandığı üzere md. 35/2 uyarınca bildirim zorunluluğu sadece hakim ve mahkeme kararları için kabul edilmiş olup, savcılık kararlarının tebliği madde kapsamında değildir. Ancak bu düzenleme, savcılık kararlarının ilgisine tebliğ edilmeyeceği anlamına gelmez. Soruşturma evresinde savcının vermiş olduğu kararlara karşı kural olarak kanun yolu başvurusu kabul edilmemiştir. Ancak soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı gibi bazı savcılık kararlarına karşı itiraz edilebilmesi kabul edilmiş olup (md. 158/6, 171/2, 172/1), bu kararların ilgisine bildirilmesi savcılık tarafından yapılmalıdır. Bu hallerde bildirim, ilgili maddelerde belirtilen usule ve TK'ya göre gerçekleştirilecektir. Boşluk bulunan hallerde ise CMK'nın diğer hükümleri de kıyasen uygulanabilir. Kanun yolu başvuru hakkı verilmemiş olsa da ilgilisi açısından herhangi bir hak veya yükümlülük doğuran savcılık işlem ve kararlarının da ilgisine bildirilmesi hukuk devleti ve hukuki dinlenilme hakkının gereğidir.⁵⁹

2. KARARIN, ALEYHİNE KANUN YOLUNA BAŞVURULABİLECEK KARARLARDAN OLMASI

Md. 35/2'in düzenlemesine göre tebliğ edilmesi gereken kararın, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek bir hakim veya mahkeme kararı olması gerekmektedir. İlgilinin huzurunda verilmemiş olan bir karara karşı kanun yoluna başvurulabilmesi için karardan haberdar olunması,

58 Yargıtay CGK, E 2016/11-1421 K 2020/461, 17.11.2020.

59 Savcı kararlarının bildirilmesi konusunda bkz. Baytaz (n 9) 194 vd.

bunun için de kararın tebliğ edilmesi gerekir. Diğer taraftan kanun yolu başvuru süresi hazır bulunan ilgisine tefhim, bulunmayan ilgisine ise tebliğ üzerine işlemeye başlayacaktır. Bu husus istinaf (md. 273/2) ve temyiz (md. 291/2) kanun yolu başvuru süreleriyle ilgili olarak CMK'da açıkça belirtilmiştir. Kanun yolu başvuru süresinin başlayabilmesi için de kararın hazır bulunmayan ilgisine tebliği gerekir.⁶⁰ Temyiz kanun yolu başvuru hakkı bulunanın kararı öğrenmesi sağlanmadan temyiz incelemesi yapılamaz.⁶¹

Diğer taraftan kanunda bazı kararların ilgisine tebliğ edilmeyeceğine ilişkin özel düzenlemelere de yer verilmiştir. Örneğin, katılmadan önce verilmiş olan kararlar katılana tebliğ edilmeyecektir (md. 241/1). Söz konusu düzenlemeler md. 35/2 karşısında özel hüküm niteliğinde olduğu için öncelikle uygulama alanı bulacaktır. Yine CMK'nın çeşitli maddelerinde kararlar dışındaki bazı muhakeme işlemlerinin ilgisine tebliğine ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir.⁶² Ancak yukarıda belirtildiği üzere md. 35, kararların bildirilmesine ilişkin genel bir düzenleme olduğundan, söz konusu tebliğler için doğrudan uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Kanun yolundan neyin anlaşılması gerektiği ve hangi kararlara karşı kanun yoluna başvurulabileceği hususunun öncelikle CMK'ya göre belirlenmesi gerekir. Kanun yolundan neyin anlaşılması gerektiği kanunda tanımlanmamış, ancak hangi kararlara karşı hangi kanun yollarına başvurulabileceği kanunda gösterilmiştir. CMK'da, itiraz (md. 67 vd.), istinaf (md. 272 vd.) ve temyiz (md. 286 vd.) olağan kanun yolları, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı (md. 308), bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı (md. 308/A), kanun yararına bozma (md. 309) ve yargılamanın yenilenmesi (md. 311 vd.) ise olağanüstü kanun yolları olarak düzenlenmiştir. Kanaatimizce olağan kanun yolları yanında söz konusu olağanüstü kanun yolları da md. 35/2 kapsamında değerlendirilmelidir.⁶³ Bu nedenle kesin nitelikte olduğu için olağan kanun yolu başvuru imkanı bulunmayan ilk derece mahkemeleri, bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay kararları da hazır bulunmayan ilgisine tebliğ edilmelidir.⁶⁴ Buna karşın ceza mahkemesince verilen bir karara karşı diğer kanunlara göre başvuru imkanı olması halinde md. 35 kapsamında kararın tebliğinin zorunlu olup olmadığı tartışmaya açıktır. Örneğin, aleyhine AYM veya AİHM'ye bireysel başvuru yapılabilecek kararların tebliğinin de madde kapsamında olup olmadığı üzerinde durmak gerekir. Alman hukukunda sadece ceza muhakemesinde söz konusu olan sürelerin Alman CMK § 35/2 kapsamında olduğu, aleyhine Alman Anayasa Mahkemesine (AYM) veya AİHM'ye başvuru süreleri

60 Huzurunda verilmemiş bir karardan haberdar olan ilgilinin karar kendisine tebliğ edilmeden yapmış olduğu kanun yolu başvurusu da kanaatimce geçerli olup, tebliğin beklenmesi gerekli değildir. Çünkü tebliğ ile getirilen süre başvuru hakkının kullanılmasının başlangıcını değil son kullanma tarihini göstermek içindir.

61 CGK, E 2017/4-931 K 2020/173: 12.03.2020: "Yerel Mahkemece katılana gerekçeli karar tebliğ olunmamış ise temyiz aşamasında bu eksikliğin, Özel Dairece 2797 Sayılı Yargıtay Kanunu'nun 40. maddesi uyarınca verilecek, uygulamada 'tevdi kararı' adı verilen kararla mahallinde mahkemesince giderilmesinin istenilmesi gerekir; yoksa temyiz incelemesine geçilerek bozma kararı verilmek suretiyle bu eksiklik giderilemez. Aksi hâlde temyiz kanun yoluna başvuru hakkı bulunan bir tarafın kararı öğrenmesi sağlanmadan temyiz incelemesi yapılmış olur ve aleyhe temyiz bulunmayan hâllerde bozulan hükümdeki ceza miktarı sanık lehine kazanılmış hak teşkil eder."

62 Örneğin, md. 176/1, 277/1, 297/1, 297/3, 307/2.

63 Aynı görüşte, Baytaç (n 9) 188.

64 Ara kararlar ve ara kararlara yapılan itiraz üzerine merciin verdiği kararların da ilgisine bildirilmesi gerekir. Bkz. Baytaç (n 9) 190-193.

söz konusu olan kararların bu madde kapsamında olmadığı, söz konusu kararların kanundaki tebliğ usulüne bağlı kalmaksızın bildirilmesinin, örneğin kararın bir suretinin mektupla gönderilmesinin, yeterli olacağı kabul edilmektedir.⁶⁵

AIHM'ye başvuru süresinin başlaması için ihlale neden olan kararın iç hukukta kesinleşmesi gerekmektedir (AIHS md. 35/1).⁶⁶ CMK açısından kararların kesinleşmesi için ise ilgisine tefhim veya tebliğ suretiyle bildirilmesi gerekecektir. Türk hukuku açısından AYM'ye başvuru yapılabilmesi için ilgili kişinin mahkeme veya hakimlik kararını öğrenmiş olması yeterli olup, kararın tebliğ edilmiş olması zorunlu değildir. Çünkü 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 47. maddesinin 5. fıkrasına göre, bireysel başvuru, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Bu düzenleme uyarınca bireysel başvuru süresi de tebliğden itibaren değil ihlalin öğrenilmesinden itibaren başlamaktadır.⁶⁷ Ancak kararların bildirilmesi adil yargılanma hakkının kullanılmasına hizmet ettiği için aleyhine bireysel başvuru yapılabilecek hakim veya mahkeme kararları da ilgisine tebliğ veya başka bir surette bildirilmelidir.

Md. 35/2 düzenlemesi ile ilgili tartışmaya açık bir başka konu da sadece “kanun yoluna başvurulabilecek” olan kararların tebliğinin zorunlu kılınmış olmasıdır. Halbuki CMUK md. 33/2'de, “Diğer kararlar tebliğ olunur.” denilerek, ilgilinin huzurunda verilmemiş bütün kararların tebliği öngörülmüştü. Kaynak Alman CMK'da ilgilinin huzurunda verilmeyen bütün kararların ilgisine bildirilmesi zorunluluğu kabul edilmiştir. Çünkü § 35/2'ye göre, ilgilinin huzurunda verilmemiş olan kararlardan, bildirilmesi bir süreyi başlatanların ilgisine tebliğ suretiyle bildirilmesi zorunlu olup, süre başlatmayan kararların ise şekle bağlı olmayan tebliğ dışındaki bir yolla bildirilmesi yeterlidir.⁶⁸ Bu düzenlemeye göre, bildirilmesi herhangi bir süreyi başlatmasa bile karar suretinin mektup ile ilgisine gönderilmesi veya tebliğ dışında başka bir şekilde kararın ilgisine bildirilmesi gerekmektedir.⁶⁹

CMK md. 35/2 hükmünün, CMUK md. 33/2 ve kaynak Alman CMK § 35/2'den ayrılan düzenlemesi isabetli olmamıştır.⁷⁰ Aleyhine kanun yoluna başvurulması söz konusu olmasa bile görülmekte

65 Valerius (n 13) StPO § 35 Kn. 28; Wesslau (n 8) StPO § 35 Kn. 17, 19.

66 AIHS md. 35/1: “Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren dört aylık bir süre içinde başvurulabilir.”

67 AYM, Başvuru Numarası: 2019/6266, 15.01.2020: “23. Bireysel başvuru süresinin işlemeye başlaması yönünden nihai kararın gerekçesinin tebliği, öğrenme şekillerinden biridir (Mehmet Ali Kurtuldu, B. No: 2013/5504, 28/5/2014, § 27). Ancak öğrenme, gerekçeli kararın tebliği ile sınırlı olarak gerçekleşmez; başka şekillerde de öğrenme söz konusu olabilir. Başvurucunun nihai kararın gerekçesini dava dosyasını incelemek suretiyle öğrenmesi mümkündür. Bu doğrultuda dosyadan suret alınması gibi hâllerde başvuru gerekçeli kararı öğrendiği kabul edilebilir. Başvurucuların nihai kararın gerekçesini öğrendiklerini beyan ettikleri tarih de bireysel başvuru süresinin başlangıcı olarak ele alınabilir (İlyas Türedi, B. No: 2013/1267, 13/6/2013, §§ 21, 22).”

68 Bu açıdan Baytaç'ın (n 9, 174), “Alman hukukunda herhangi bir sınırlama olmaksızın, tefhim edilmeyen tüm kararların tebliğ edileceği AlmCMK'nun 35. maddesinin 2. fıkrasında kaleme alınmıştır.” tespiti yerinde değildir.

69 Maul (n 8) StPO § 35 Kn. 18.

70 Md. 35/2 düzenlemesinin Hükümet Tasarısındaki şekli ve komisyonlarda yapılan değişiklikler hakkında bkz. Şahin, s. 152. Şahin'in açıklamalarına göre, 35. maddenin ikinci fıkrası Adalet Komisyonunda değişikliğe uğramıştır. “Bu fıkra Alt Komisyonunda, Hükümet Tasarısındaki şekliyle kabul edilmişti. Hükümet Tasarısında ise fıkra şu şekilde idi: “Diğer kararlar

olan davanın gidişatına ilişkin verilen kararlardan ilgisinin haberdar olmasında haklı menfaati bulunabilir. Örneğin, md. 196/1 uyarınca duruşmada hazır bulunmaktan bağımsız tutulma talebinde bulunan sanığın bu talebinin mahkemece kabul edilmemesi halinde bu karara karşı kanun yolu bulunmamakla birlikte bilgi sahibi olması için sanığa tebliğ edilmesi gerekir. Hem adil yargılanma hakkının gereği hem de verilen karar ile elde edilecek hakkın veya uğranacak mahrumiyetin bilinmesi açısından her türlü mahkeme ve hakim kararlarının verildiği sırada hazır olmayan ilgisine tebliğ veya başka bir şekilde bildirilmesi gerekir. Bu bildirim mutlaka tebliğ yoluyla olması geremez ise de tebliğ dışında nasıl bir yolla bildirileceğinin md. 35'te gösterilmesi gerekirdi. Teknolojinin ceza muhakemesi işlemlerinde de yoğun bir şekilde kullanılmasıyla birlikte hakim veya mahkeme kararlarının ilgisine tebligat dışında kısa mesaj, e-posta, UYAP sistemi gibi bir çok şekilde çok kolay bir usulle bildirilmesi imkanı bulunmaktadır. Kanun yolu başvuru imkanı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın yokluğunda verilen bütün hakim ve mahkeme kararların ilgisine bildirilmesi hukuk devleti ve hukuki dinlenilme hakkının gereğidir. Bu nedenle CMK md. 35/2 hükmünün ilgilinin huzurunda verilmeyen bütün hakim ve mahkeme kararlarının ilgisine bildirilmesi zorunluluğu içerecek şekilde yeniden düzenlenmesi isabetli olacaktır.⁷¹

3. KARARIN, KORUMA TEDBİRLERİNE İLİŞKİN OLMAMASI

İlgilinin huzurunda verilmemiş olan kararların tebliği zorunluluğu için bir koşul daha kabul edilmiştir. Md. 35/2'ye göre, ilgilinin huzurunda verilmemiş bir kararın tebliği için koruma tedbirlerine ilişkin bir karar olmaması gerekmektedir. CMUK md. 33'te yer almayan bu düzenleme ilk bakışta gerekli gibi görünmektedir. Çünkü koruma tedbirlerinin niteliği gereği amacına ulaşabilmesi için kural olarak gizli kalması gerekir. Kararın icra edilmeden ilgisine bildirilmesi tedbirin amacını tehlikeye düşürebilir.⁷² Kanunda bazı koruma tedbirlerine ilişkin işlem ve kararların gizliliğine yönelik özel düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine (md. 137/5) ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin (md. 139/3) karar ve işlemlerin gizli tutulacağı Kanunda açıkça düzenlenmiştir.⁷³ Söz konusu hükümler, md. 35/2'ye göre öncelikle uygulanacaktır.

Md. 35/2'nin açık düzenlemesi karşısında niteliği itibariyle gizli olsun veya olmasın koruma tedbirlerine ilişkin hakim veya mahkeme kararları, kararın verilmesi sırasında hazır bulunmayan ilgisine tebliğ edilmeyecektir.⁷⁴ Ancak koruma tedbirlerine ilişkin de olsa yapılan işlemler ve

tebliğ olunur.' Buna karşılık, 'Tebligat usulleri' başlıklı 37. Maddeye Alt Komisyonunda, 'Yokluklarında verilen her türlü karar, sanık ve müdafii ayrı ayrı tebliğ edilir' şeklinde eklenen 2. fıkranın Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında 37. maddeden çıkarılması gündeme gelince, 37. maddenin yeniden düzenlenmesi uygun bulunmuştur.' Yeniden düzenlenen 35. Maddenin 2. fıkrası ise, "Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hakim veya mahkeme kararları, hukuken geçerli mazerete dayanarak hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur." şeklinde ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu yeni düzenlemedeki hatayı gören kanun koyucu 5353 sayılı Kanun ile de fıkra hükmünü bu günkü şeklinde değiştirmiştir. Aslında CMUK md. 33/2'yi esas alan Hükümet Tasarısındaki düzenlemenin isabetli olduğu anlaşılmaktadır.

71 Aynı yönde Baytaç (n 9) 188.

72 Güneş Okuyucu Ergün, *Ceza Muhakemesi İşlemleri*, (Yetkin 2015) 88.

73 Şahin ve Göktürk (n 1) 152.

74 Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, (Adalet 2005) 152.

verilen karardan etkilenenlerin kanun yollarına veya diğer hukuki çarelere başvurabilmeleri için bu kararların da usulüne uygun olarak ilgisine bildirilmesi gerekir. Birçok koruma tedbirine karşı itiraz kanun yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır. Örneğin, md. 104/2 uyarınca, “Şüpheli veya sanığın tutukluluk hâlinin devamına veya salıverilmesine hâkim veya mahkemece karar verilir. Bu kararlara itiraz edilebilir.” Md. 108/1 uyarınca soruşturma evresinde söz konusu kararlar şüpheli veya müdafî dinlenmek suretiyle verileceği için çoğunlukla karar şüpheli veya müdafîin huzurunda verilecektir. Ancak kovuşturma evresinde sanığın tutukluluk halinin devam edip etmeyeceği kararı verilirken md. 108/3’te sanık veya müdafîin dinlenmesi zorunluluğu öngörülmemiştir. Tutukluluğun devamına ilişkin karar şüpheli veya sanığın huzurunda verilmemişse, itiraz hakkının kullanılabilmesi için kararın ilgisine bildirilmesi gerekir. Ancak söz konusu karar koruma tedbirlerine ilişkin olduğu için md. 35/2 uyarınca ilgisine bildirilmeyecek kararlar kapsamına girmektedir.

Md. 35/2’deki koruma tedbirlerine ilişkin hakim ve mahkeme kararlarının ilgisine tebliğ edilmeyecek olması bu kararların ilgisine bildirilmeyeceği anlamına gelmez. Çünkü md. 36/2 uyarınca infazı gereken hakim veya mahkeme kararları gereği yerine getirilmek üzere Cumhuriyet savcılığına verilecek ve kararın tebliğ veya başka bir şekilde ilgisine bildirilmesi de savcılık tarafından yerine getirilecektir. Ancak sadece infazı gereken kararlar Cumhuriyet savcılığına verilecek olup ilgisine bildirilmesi de ancak bu kararlar için söz konusu olacaktır. Koruma tedbirlerine ilişkin kararların çoğunluğunun infazı gereken kararlardan olduğu söylenebilir. Diğer taraftan md. 104/2’de olduğu gibi savcılık tarafından infazı gerekmeyen koruma tedbirine ilişkin hakim ve mahkeme kararları da söz konusu olabilir.

Md. 35/2’deki söz konusu sınırlama olmasaydı da koruma tedbirlerine ilişkin olup da gizli kalması gereken kararların ilgisine tebliğ edilmeyip savcılığa verilmesi md. 36/2 düzenlemesinin bir sonucudur. Ancak md. 35/2 düzenlemesi ile koruma tedbirlerine ilişkin bütün kararlar açısından tebliğ yasağı getirilmesi gerekli olmadığı gibi, md. 104/2’ye göre verilen kararlar da olduğu gibi, infazı gerekmeyen kararlar açısından da isabetli değildir.

4. KARARIN VERİLDİĞİ SIRADA İLGİLİNİN HAZIR BULUNAMAMIŞ OLMASI

Tebliğ zorunluluğu için aranan bir diğer koşul, kararın verildiği sırada ilgilinin hazır bulunamamış olmasıdır. Madde metninde bu husus karar, “hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur” denilerek belirtilmiştir. 25.05.2005 tarihli ve 5353 sayılı Kanunun ile md. 35/2’de önemli bir değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten önce kararların tebliği için ilgilinin hazır bulunmamasının hukuken geçerli bir mazerete dayanması gerekmekteydi. Bu düzenlemenin kanun yoluna başvuru hakkının kullanılmasını engelleyebileceğini fark eden kanun koyucu, fıkrada geçen “hukuken geçerli mazerete dayanarak” ibaresini madde metninden çıkarmıştır.⁷⁵ Doktrinde, değişiklikten sonra da “hazır bulunamayan” ibaresinden hareketle duruşmada hazır bulunamamanın geçerli bir mazerete dayanması gerektiği ileri sürülmüştür.⁷⁶ Kanaatimizce ilgilinin hazır bulunamamış olması yeterli

75 Değişiklik ile ayrıca “bulanamayan” kelimesi dede “bulunamayan” olarak değiştirilerek yazım hatası düzeltilmiştir.

76 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 138.

olup, bunun için herhangi bir mazeret bildirilmesi gerekli değildir. Çünkü değişikliğin amacı mazeret gösterilmesini kaldırmaktır. Ancak tartışmaya mahal vermemek açısından “bulunamayan” ibaresi yerine “bulunmayan” ibaresine yer verilmesi isabetli olurdu. Nitekim, kaynak Alman CMK md. 35/2’yi dikkate alan CMUK md. 33/2’de, maddenin birinci paragrafı ile bağlantılı şekilde, “Diğer kararlar tebliğ olunur.” denilerek, ilgilinin yüzüne karşı verilmeyen bütün kararların tebliğ edileceği belirtilmiş, “hazır bulunamayan” şeklinde tartışmaya neden olacak bir ibareye yer verilmemişti. Aslında hem 35. Maddenin 1. Fıkrasında hem de 2. fıkrasında kastedilen, karar verilirken ilginin hazır bulunup bulunmaması, diğer bir ifade ile kararın ilgilinin huzurunda verilmiş olup olmamasıdır.⁷⁷ Maddenin 2. fıkrasında “diğer kararlar” veya” ilginin huzurunda verilmeyen kararlar” şeklinde bir ifade isabetli olurdu.

Diğer taraftan ilgili kişi veya Cumhuriyet savcısının yüzüne karşı verilen hüküm kısa karar niteliğinde ise, yani hüküm, hazır bulunan ilgisine gerekçesiyle birlikte açıklanmamışsa, gerekçeli hükmün kanun yoluna başvuranlara ayrıca tebliğ edilmesi gerekir (md. 275/2).

E. KARARIN VERİLDİĞİ SIRADA HAZIR BULUNAMAYAN KİŞİNİN SERBEST OLMAMASI VEYA TUTUKLU OLMASI HALİNDE TEBLİGATA İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEME

Md. 35/3’te serbest olmayan kişi veya tutukluya tebligata ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, kararın verildiği sırada hazır bulunamayan kişi tutuklu veya özgürlüğü başka şekilde kısıtlanmış bir kişi ise tebliğ edilen karar, kendisine okunup anlatılacaktır. CMUK md. 33/2’de sadece tutukluya tebliğ edilen kararın okunup anlatılması kabul edilmişti. Yeni düzenlemede tutukluluk dışındaki başka sebeplerle özgürlüğü kısıtlanmış kişiler için de aynı usul kabul edilerek söz konusu boşluk giderilmiştir.⁷⁸ Ancak tutuklu kişi de serbest olmayan kişi olduğu için madde metninde ayrıca tutuklu kişiden bahsedilmesine gerek bulunmamaktadır. Nitekim kaynak Alman CMK’da sadece “serbest olmayan kişiye” tebliğ edilen belgenin okunacağı belirtilmektedir (§ 35/3).

CMK md. 35 gerekçesinde, “*serbest olmayan bir kişiden maksat, Kanunun öngördüğü işlemler çerçevesinde yakalanmış, gözaltına alınmış veya bu maksatla bir yerden başka bir yere götürülmekte olan kişinin durumu*” açıklamasına yer verilerek, CMK uyarınca gerçekleştirilen bazı özgürlük kısıtlamalarına işaret edilmiştir. Ancak gerekçedeki bu açıklama isabetli değildir. Çünkü, hakkında hükmedilmiş ceza infaz edilen kişi de serbest olmayan kişidir. Yine tutuklama, yakalama ve gözaltına alma dışındaki CMK’da öngörülen diğer özgürlük kısıtlamaları, örneğin, tanıklar hakkında uygulanan disiplin hapsi, şüpheli veya sanığın gözlem altına alınması gibi tedbirler teknik anlamda bir yakalama veya gözaltına alma olmamakla birlikte, hakkında söz konusu işlemler uygulanan kişiler de md. 35/3 anlamında serbest olmayan kişidir. Diğer taraftan CMK dışındaki diğer kanunlara dayanılarak mahkemeler veya kamu makamlarınca gerçekleştirilen özgürlük kısıtlamaları da kanaatimizce madde kapsamındadır. Örneğin, İcra İflas Kanunu hükümleri uyarınca uygulanan disiplin ve tazyik hapsi nedeniyle özgürlüğü kısıtlanan kişiler de CMK md. 35/3 anlamında serbest olmayan kişi olarak kabul

⁷⁷ Ayrıca bkz. md. 231/2.

⁷⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 138.

edilmelidir. Kanaatimizce serbest olmamaktan maksat, sadece yakalama, gözaltına alma, tutuklama ve hükümlülük hali ile sınırlı olmayıp, hakim veya diğer kamu mercilerince gerçekleştirilen her türlü özgürlük kısıtlaması şeklinde anlaşılmalıdır.⁷⁹ Bu nedenle sadece yakalanan, gözaltına alınan veya tutuklanan kişilere değil, CMK veya diğer kanunlar uyarınca kamu mercilerinin kararları ile özgürlüğü kısıtlanmış ve devletin gözetim ve denetimi altında olan diğer kişilere yapılacak tebligat için de madde 35/3 hükmü uygulama alanı bulmalıdır.

Kararın, serbest olmayan veya tutuklu olan ilgisinin yokluğunda verilmesi nedeniyle tebliği gereken durumlarda, md. 35/3 uyarınca karar ayrıca ilgisine okunup anlatılmalıdır. Bu nedenle cezaevinde tutuklu olan kişiye kararın sadece tebliği yeterli olmayıp, kararın ayrıca kendisine okunup anlatılması da gerekmektedir. Yargıtay isabetli olarak tebliği ilişkin belgede, kararın “okunup anlatılmak” suretiyle tebliğ edildiğine ilişkin bir ibare bulunmaması halinde, yapılan tebligat işleminin usulsüz olduğuna karar vermiştir.⁸⁰ Yine infaz kurumundaki hükümlüye tebliğ edilecek kararın sadece okunması yeterli olmayıp, içeriğinin, anlayacağı şekilde hükümlüye anlatılması gerekir.⁸¹ Ancak md. 35/3 açısından dikkat edilmesi gereken husus, bu hükmün serbest olmayan kişinin yokluğunda verilen kararlar açısından uygulama alanı bulmasıdır. Bu nedenle, sanık veya müdafinin yüzüne karşı verilen kararın kendisine açıkça anlatılması ve karara karşı başvurulabilecek kanun yolunun, süresinin, mercii ile şeklinin belirtilmiş olması halinde, gerekçeli kararın tebliğ edildiği tarihte infaz kurumunda tutuklu bulunan sanığa yapılacak tebliğ sırasında artık md. 35/3 uyarınca kararın okunup anlatılması gerekmez. Yargıtay da yerinde olarak, “... sanık ve müdafisine yapılan tefhimde, verilen kararın açıkça okunup usulen anlatılması, karara karşı başvurulacak kanun yolunun, süresinin, mercisinin ve şekillerinin belirtilmiş olması ile birlikte gerekçeli kararın tebliğ edildiği tarihte ceza infaz kurumunda tutuklu bulunan sanığa isteği üzerine gerekçeli karar tebliğ edilirken CMK'nın 35. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bu kararın okunup anlatılmasının gerekmediği, bu yöndeki uygulamanın İHAS'ın 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile Anayasa'nın 36 ve 40. maddelerinde güvence altına alınan temel hak ve hürriyetleri ihlal etmediği, dolayısıyla sanığa 'okumak/almak' suretiyle yapılan tebliğin usule uygun olduğu kabul edilmelidir.” şeklinde karar vermiştir.⁸²

Diğer taraftan kararın serbest olmayan kişiye sadece okunup anlatılması da tebliğ yerine geçmez. Çünkü md. 35/3 hükmü, md. 35/2'deki tebliğ işlemi tamamlayıcı bir hükümdür. Bu nedenle tebliğ evrakı okunup anlatılmadan önce kararın ilgili kişiye usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesi de gerekir. Kararın okunup anlatılması yükümlülüğünün yerine getirilmemiş ve bu nedenle kanun yolu başvuru süresinin geçirilmiş olması ilgili kişi açısından eski hale getirme nedeni oluşturacaktır.⁸³

79 Maul (n 8) StPO § 35 Kn. 20; Wesslau (n 8), StPO § 35 Kn. 21.

80 CGK, E 2017/20-819 K 2019/700, 10.12.2019.

81 Yargıtay 6. CD, E 2014/10490 K 2018/397, 16.01.2018: “hükümlüye cezaevi aracılığı ile 30.07.2013 tarihinde gerekçeli karar tebliğ edilmiş ise de 5271 Sayılı CMK'nın 35/3. maddesi uyarınca tebliğ tarihinde serbest olmayan hükümlüye kararın okunup anlatılması gerekirken sadece okunup tebliğ edilmesi ile yetinildiği bu durumda yapılan tebligatın geçersiz olduğu”.

82 CGK, 10.10.2019, E 2019/9-355 K 2019/59; aynı yönde CGK, 01.10.2019, E 2019/9-460 K 2019/572.

83 Maul (n 8) StPO § 35 Kn. 20; Valerius (n 13) StPO § 35 Kn. 30; Larcher (n 16) StPO § 35 Kn. 18. Eski hale getirmenin koşulları ve usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan (n 37) 1227 vd.

Tebliğ edilen evrakın okunup anlatılması görevi, tebligatı yapan görevli veya ilgilinin bulunduğu kurumun bir görevlisi tarafından yapılır. Gerekliğinde, kararı tebliğ edilecek mahkeme, mahkemenin zabıt katibini bu işle görevlendirebilir.⁸⁴

Okunup anlatılma ihtiyacı özellikle okuma yazma bilmeyen veya görme engelli kişi açısından önem taşıyacaktır. Yine avukatı veya müdafii olmayan veya ulaşmakta güçlük çeken tutuklu veya hükümlünün tebliğ edilen kararın içeriği ve başvuru yolları hakkında bilgilenme ihtiyacı olabilecektir. Kanunun emredici hükmü karşısında ilgili kişinin tebliğ edilecek kararın okunup anlatılmasını istemesi gerekli değildir. Ancak duruma göre yüzlerce sayfadan oluşan bir mahkeme kararının okuma yazma bilen bir tutukluya talebini aramaksızın okunması gerçekçi olmadığı gibi, uygulamada yoğun iş yükü altında olan infaz kurumu görevlilerince yerine getirilmesini beklemek de doğru değildir. Madde metnindeki, “okunup anlatılır” ifadesi de karar metninin aynen okunmasından ziyade ilgili kişinin karar içeriği hakkında anlayacağı şekilde bilgilendirilmesine işaret etmektedir. Madde metninde okuma zorunluluğu yerine böyle bir hakkı olduğunun kişiye bildirilmesine ilişkin bir düzenleme yerinde olurdu. Nitekim kaynak Alman CMK § 35/3’te ilgili kişinin isteği halinde kendisine okunması kabul edilmiştir.

III. KARARLARIN TEBLİĞİ VE İNFAZI GEREKEN KARARLARIN CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞINA VERİLMESİ

Kararların tebliği ve yerine getirilmesinde yetki konusu md. 36’da düzenlenmektedir. Md. 36 fık. 1’de kararların tebliğine mahkeme başkanının karar vereceği, fık. 2’de ise infazı gereken kararların Cumhuriyet başsavcılığına verilerek savcılık tarafından infazının yapılacağı belirtilmiştir. Madde metninden ve önceki maddelerin düzenlemesinden anlaşılacağı üzere burada söz konusu olan yine hakimlik ve mahkeme kararlarıdır. Savcılık kararlarının tebliği CMK’da düzenlenmemiş olup, söz konusu kararların tebliğ ve infazı başsavcılık tarafından gerçekleştirilecektir.⁸⁵

A. MAHKEME BAŞKANI VEYA HAKİMİN TEBLİĞE KARAR VERMESİ VE TEBLİĞİN YERİNE GETİRİLMESİ

İlgilinin huzurunda verilmeyen kararların tebliği, heyet halinde çalışan mahkemelerde mahkeme başkanının, tek hakimli mahkemelerde ise hakimin kararı ile gerçekleştirilecektir. CMUK md. 34’te, mahkemelerce verilen kararların tebliğinin Cumhuriyet savcılığı tarafından yapılması kabul edilmişti. Tebligatların savcılık tarafından yapılmasına ilişkin bu düzenleme tebligatlarda gecikmeye ve yargının işleyişinde yavaşlamaya neden olmaktadır.⁸⁶ CMK’da bu konuda önemli bir değişikliğe gidilmiş, hakim veya mahkemelerin kendi kararlarının tebliğlerinin kendileri tarafından yapılması kabul edilerek yargının işleyişi hızlandırılmak istenmiştir.

84 Valerius (n 13) StPO § 35 Kn. 31.

85 Meyer-Gossner (n 25) StPO § 36 Kn. 11.

86 Ünver ve Hakeri (n 2) 146.

Mahkeme başkanı ve hakim yanında naip hakim, istinabe olunan hakim ve sulh ceza hakimi de verdikleri kararlardan tebliği gerekenlerin tebliğini sağlama görev ve yetkisine sahiptir.⁸⁷ Ancak aşağıda inceleneceği üzere soruşturma evresindeki sulh ceza hakimi kararları çoğunlukla koruma tedbirlerine ilişkin ve infazı gereken kararlardan olduğundan bu kararların infazı için Cumhuriyet savcılığına verilmesi gerekecektir.

Mahkeme ve hakimlerin tebligata ilişkin yetki ve görevleri md. 36/1'de, "*Mahkeme başkanı veya hakim, her türlü tebligatı, tüm gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri veya kamu kurum ve kuruluşları ile ilgili yazışmaları yapar.*" denilerek, tebligat ve yazışmaların mahkeme başkanı veya hakim tarafından bizzat yapılacağı gibi yanlış anlamaya neden olacak bir ifade kullanılmıştır. Söz konusu yazışmaları yapmak ve tebligat evrakını hazırlamak mahkeme başkanı veya hakim değil, zabıt katibinin görevidir.⁸⁸ Madde metninde düzenlenmek istenen husus, tebligata, heyet halinde görev yapan mahkemelerde mahkeme başkanının, tek hakimli mahkemelerde hakim karar vereceği ve tebligatın ancak bu karar üzerine yapılabileceğidir. Diğer bir ifade ile hangi kararların tebliğ edileceğine ve hangi kararların infazı için Cumhuriyet başsavcılığına verileceğine mahkeme başkanı veya hakim karar verecek, tebligat ile ilgili işlemleri ise mahkeme kalemi yerine getirecektir.⁸⁹ Tebligat evrakının hazırlanması, tebligatı yerine getirecek görevliye verilmesi ve işlemlerin takibi, yazı işlerindeki görevliler tarafından yerine getirilecektir. Nitekim kaynak Alman CMK § 36/1'de, "Kararların tebliğine mahkeme başkanı karar verir. Mahkeme kalemi tebligatın yapılmasını sağlar" denilerek bu husus açıkça belirtilmiştir.

Mahkeme başkanının veya hakim kararından yapılan tebligat geçerli değildir.⁹⁰ Alman uygulamasında, başkanın tebligata ilişkin kararının yazılı olması gerektiği, sözlü emrin yeterli olmadığı, kararın her bir tebligat işlemi için ayrıca verilmesi gerektiği, başkanın tebligata ilişkin karar veya emri olmadan yapılan tebligatın geçerli olmayacağı kabul edilmektedir. Yine mahkeme başkanın tebligata ilişkin kararına aykırı olarak icra edilen tebligat (örneğin, kararda tebligatın müdafie yapılması yazılmışken, sanığa tebligat yapılması) geçerli bir tebligat işlemi olarak kabul edilememektedir.⁹¹

B. İNFAZI GEREKEN KARARLARIN CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞINA VERİLMESİ

Savcılığın tebligat ile ilgili görevi iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Birincisi, savcılık, vermiş olduğu kararlarını tebliğini yine kendisi yapacaktır.⁹² Bu kapsamda soruşturma evresinde tebligat işlemleri soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcıları tarafından yapılacaktır.⁹³ Tebligata ilişkin ikinci görevi ise, infazı gereken hakim veya mahkeme kararlarının savcılık tarafından ilgisine bildirilmektir.

87 Maul (n 8) StPO § 36 Kn. 10; Valerius (n 13) StPO § 36 Kn. 4.

88 Yazı İşleri Yönetmeliği md. 105/3, f), ı).

89 Yenisey ve Nuhoğlu (n 2) 134.

90 ibid 134; Maul (n 8) StPO § 36 Kn. 3-4; Meyer-Gossner (n 25) StPO § 36 Kn. 2.

91 Maul (n 8) StPO § 36 Kn. 3-4; Meyer-Gossner (n 25) StPO § 36 Kn. 2-3; Valerius (n 13) StPO § 36 Kn. 10, 12.

92 Meyer-Gossner (n 25) StPO § 36 Kn. 11.

93 Mustafa Artuç, *Açıklamalı Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu* (3. Bası, Seçkin 2019) 151.

Yukarıda açıklandığı üzere infazı gereken kararlar için kanunda özel bir düzenleme yapılmıştır. Md. 36/2'ye göre, infazı gereken hakim veya mahkeme kararları tebliğ edilmeyip ilgili başsavcılığa verilecek ve başsavcılık tarafından da gereği yerine getirilecektir. Kanun koyucu önceden yapılan tebligat ile kararın yerine getirilmesinin zarar görmesini önlemek için kararın bildirilmesi ve infazının aynı elde olmasını istemiştir. Ancak savcılığın tebliğ ile ilgili görevi sadece gerektiğinde zor kullanılarak icra edilmesi söz konusu olan tutuklama, arama ve elkoyma gibi hakim veya mahkeme kararları için söz konusudur.⁹⁴

Bir kararın infazının gerekip gerekmediği infaz kavramının yorumuna bağlıdır. Kanunda kararı veren merciin kural olarak kararın tebliği ile ilgili işlemleri de yapması kabul edildiği için (md. 36/1), “infaz edilecek kararlar” kavramının dar yorumlanması gerekmektedir. Bu nedenle infaz kelimesi geniş anlamda yerine getirme (Ausführung) anlamında değil, kelime anlamında – günlük hayattaki kullanılışı anlamında – gerektiğinde zor kullanılarak icra etme (zwangsweise Durchsetzung) şeklinde anlaşılmalıdır.⁹⁵

İnfazı gereken hakim veya mahkeme kararlarının çoğunluğu koruma tedbirlerine ilişkin olmakla birlikte diğer bazı kararların da bu kapsamda yer aldığı söylenebilir. Md. 36/2 anlamında infazı gereken kararlara örnek olarak şu kararlar verilebilir:⁹⁶ Usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıkların zorla getirilmesi kararı (md. 44/1), yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında tanıklığa veya yemine zorlamak için verilen disiplin hapsi kararı (md. 60)⁹⁷, usulüne göre çağrıldığı halde mazeretsiz olarak gelmeyen veya gelip de görüş bildirmekten çekinen bilirkişi hakkında verilen disiplin hapsi kararı (md. 71, 60/1), şüpheli veya sanığın gözlem altına alınması kararı (md. 74), şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına (md. 77/1), diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına (77/1) ilişkin kararlar, şüpheli veya sanık hakkında verilen yakalama emri (md. 98 fık. 1 ve 3), tutuklama ve adli kontrole ilişkin kararlar (özellikle md. 101/1, 110, 111/1, 112/1), arama ve elkoymaya ilişkin kararlar (md. 119/1, 127/1, 128/9, 129/1, 130/1, 133/1, 134/1), iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına (md. 135), gizli soruşturmacı görevlendirilmesine (md. 139), teknik araçlarla izlemeye (md. 140/2), zorla getirmeye (md. 146), duruşmada hazır bulunmayan sanığın zorla getirilmesine (md. 193/1) ve sanığın zorla getirilmesine (md. 199) ilişkin kararlar.

94 Meyer-Gossner (n 25) StPO § 36 Kn. 10; Maul (n 8) StPO § 36 Kn. 10.

95 Maul (n 8) StPO § 36 Kn. 11.

96 Valerius (n 13) StPO § 36 Kn. 16; Maul (n 8) StPO § 36 Kn. 12; StPO Meyer-Gossner (n 25) StPO § 36 Kn. 12.

97 Alman Federal Yüksek Mahkemeye göre, yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan çekinen tanığı tanıklığa zorlamak için verilen disiplin hapsi kararının infazı sağlamak da kararı veren hakim veya mahkemenin yetkisindedir. Çünkü zorlama hapsine hükmeden hakim verdiği kararın infazına engel bir durumun (örneğin, kendisi veya kanunda sayılan yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratabilecek sorulara cevap vermekten kaçınma hakkı gibi) kararın infazı sırasında ortaya çıkıp çıkmadığı konusundaki kararın da bu hakim tarafından verilmesi gerekir. Ancak zorlama hapsinin savcı tarafından dinlenecek olan tanığa karşı sorgu hakimi tarafından verilmesi halinde ise kararın infazı ve ortaya çıkması muhtemel infaz engeli konusundaki yetki savcılığa aittir: Bkz. Federal Yüksek Mahkemenin 17.03.1989 ve I BGs 100/89 GBA – 1 BJs 72/87-4 sayılı kararı (NJW 1989, 1740).

Doktrinde, tutuklama kararının geri alınması (md. 103), adli kontrol kararının kaldırılması (md. 111) ve elkoymanın kaldırılması gibi koruma tedbirlerinin kaldırılmasına ilişkin kararların infazı gereken kararlar kapsamında yer almadığı belirtilmektedir.⁹⁸

Kararın Cumhuriyet başsavcılığına verilmesinin amacı kararın infazı ve ilgiliye bildirilmesi olduğu için, md. 36/2'de açıkça belirtilmemiş olsa da, başsavcılık, kararın verilmesi üzerine kararın infazı ve tebliği için gerekeni yapacaktır. Nitekim kaynak Alman CMK'da bu husus, infazı gereken kararlar, "gereğinin ifası için savcılığa verilir" denilerek açıkça ifade edilmiştir (§ 36/2). Kararın verileceği yetkili başsavcılık, mahkemenin yargı çevresinde bulunan başsavcılıktır. Ancak başsavcılık, gerektiğinde işlemin yapılmasını diğer bir başsavcılıktan talep edebilir. Cumhuriyet savcısının kararlarına karşı hakime başvurabilmeye ilişkin genel bir düzenlemeye kanunda yer verilmediği için başsavcılık tarafından kararın infazı ile ilgili başvurulmuş tedbirlere karşı ilgilinin itiraz hakkı ancak kanunda açıkça belirtilen hallerde mümkündür.⁹⁹

Md. 36/2 hükmünün infazı gereken kesinleşmemiş hakim ve mahkeme kararları şeklinde anlaşılması gerekir.¹⁰⁰ Çünkü infazı gereken kesinleşmiş mahkumiyet kararlarının savcılığa bildirilmesi Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 5. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre kesinleşen ve infazı gereken cezaya ilişkin mahkeme kararları Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir ve cezanın infazı da Cumhuriyet savcısı tarafından izlenir ve denetlenir.

Kaynak Alman CMK § 36/2'de, duruşmada düzenin sağlanması ile ilgili kararların savcılığa verilmeyeceği belirtilerek, infazı gereken kararların savcılığa verilmesine ilişkin kurala bir istisna getirilmiştir. Bu hüküm uyarınca duruşmalarda düzenin sağlanmasına¹⁰¹ ilişkin kararların infazına ilişkin yetki mahkeme başkanına aittir. Alman Mahkemeler Teşkilat Kanunu § 179'a göre, mahkeme başkanı kanunda belirtilen hükümler uyarınca verilen kararların infazını bizzat emreder.¹⁰²

CMK md. 36/2'de infazı gereken kararların başsavcılığa verilmesi açısından herhangi bir istisnaya yer verilmemiş olsa da kaynak Alman kanununda olduğu gibi Türk hukukunda da duruşmanın düzen ve disiplini ile ilgili olarak hakim, mahkeme başkanı veya mahkemenin CMK md. 203-204 uyarınca almış olduğu tedbir ve kararların infazı ile hususların da yine mahkemenin kendisi tarafından yapılması gerekir. Bu açıdan örneğin, davranışları ile duruşmanın düzenli bir şekilde yapılmasını engelleyen sanığın duruşma salonundan çıkarılmasını emreden mahkeme başkanının bu emrinin infazını savcılığa bırakması yerinde olmayacaktır. Yine bu sanığın dışarı çıkarılmaya karşı koyması halinde disiplin hapsine konmasına ilişkin kararın yerine getirilmesi için gereğinin yapılmasını sağlamak da yine mahkeme başkanının yetkisindedir. Söz konusu kararların yerine getirilmesi görevinin Cumhuriyet savcısına verilmesi mahkeme başkanının otoritesine aykırı

98 Valerius (n 13) StPO § 36 Kn. 17; Maul (n 8) StPO § 36 Kn. 13; Meyer-Gossner (n 25) StPO § 36 Kn. 12

99 Savcılık kararlarına karşı itiraz hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, (Adalet 2018) 381 vd.

100 Maul (n 8) StPO § 36 Kn. 10.

101 Alman Mahkemeler Teşkilat Kanunu § 169 vd.

102 Valerius (n 13) StPO § 36 Kn. 21

olacaktır. Bu hususlara ilişkin olarak Alman CMK § 36/2'deki gibi bir düzenlemeye CMK'da yer verilmesi yerinde olacaktır

C. CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞINA TEBLİGAT

Cumhuriyet başsavcılığına tebligatın nasıl yapılacağı md. 38'de düzenlenmiştir. Buna göre, *“Cumhuriyet Başsavcılığına yapılan tebligat, tebliği gereken evrakın aslının verilmesi suretiyle olur. Tebliğ ile bir süre işlemeye başlıyorsa verildiği gün, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından evrakın aslına yazılır.”* Kararın aslının Cumhuriyet başsavcılığına verildiği tarih, tebliğ tarihi sayılır.¹⁰³ Evrakın aslının başsavcılığa verildiği günün evrak aslına yazılmasının nedeni başsavcılık tarafından kanun yoluna başvurulması halinde başvurunun zamanında yapılıp yapılmadığının tespitini sağlamaktır.

Ancak aynı konuya ilişkin TK md. 43'te farklı bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre, *“Cumhuriyet Başsavcılığına yapılacak tebligat, tebliğ olunacak varaka aslının kendisine gösterilmesiyle olur. Bu tebliğ bir mehile başlangıç olacaksa, Cumhuriyet Müddeiumumisi gösterildiği günü varakanın aslına işaret ve imza eder.”* Her iki düzenleme arasındaki birinci ifade farkı, tebliğ olunacak evrakın aslının verilmesi açısından söz konusu olmaktadır. CMK'ya göre tebliği gereken evrakın aslı Cumhuriyet başsavcılığına verilmesi gerekirken, TK'ya göre ise evrak verilmeyip gösterilecektir. Düzenlemeler arasındaki ikinci fark ise, tebliğ ile bir süre işlemeye başlıyorsa, CMK'ya göre Cumhuriyet başsavcılığı tarafından evrakın verildiği günün evrak aslına yazılması, TK'ya göre ise Cumhuriyet savcısı tarafından gösterildiği günün evrakın aslına işaret edilip imza edilecek olması açısındandır. Yukarıda açıklandığı üzere savcının hazır bulunduğu sırada verilen kararlar yüzüne karşı verilmiş sayılacağı için bu kararların ayrıca savcılığa tebliğ amacıyla verilmesi söz konusu olmayacaktır.

CMK md. 38'in karşılığı olarak CMUK'ta herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı. TK md. 43'teki mevcut düzenlemeye rağmen CMK md. 38'de niçin yeni ve farklı bir düzenleme yapıldığına ilişkin madde gerekçesinde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Kanaatimizce evrak aslının verilmesi ya da gösterilmesi anlam olarak farklıklar içerse de işlemin yapılması ve sonuçları açısından farklı bir sonucu görünmemektedir. Aslında TK md. 43 hükmü karşısında CMK md. 38'de yeni bir düzenleme yapılmasına gerek bulunmuyordu. Sonuç itibarıyla hem sonraki hüküm olarak hem de CMK uyarınca yapılacak tebligatlarda CMK'daki düzenlemelerin önceliği (md. 37/1) hükmü uyarınca CMK md. 38, TK md. 43 hükmü karşısında öncelikle uygulanacaktır;¹⁰⁴ ancak CMK dışındaki mevzuata göre başsavcılığa tebliği gereken karar ve işlemlerin (örneğin, MK'ya göre)¹⁰⁵ TK md. 43 hükmüne göre tebliğ edilmesine devam edilecektir.

103 Artuç (n 93) 155.

104 Aynı yönde bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 137.

105 Yargıtay 8. HD, E 2017/2479 K 2017/12285, 05.10.2017: *“Davacı vekili dava dilekçesinde, 26.04.2013 doğumlu Eda'nın babasının davalı ... olduğunu ileri sürerek, babalığın tespitini istemiş; mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. // 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 301.maddesinde; “Çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilirler. Dava babaya, baba ölmüşse mirasçılarına karşı açılır. Babalık davası, Cumhuriyet Savcısına ve Hazineye; dava ana tarafından açılmışsa kayyım; kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edilir.” hükümleri yer almaktadır. // Dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; Mahkeme kararının, Cumhuriyet Savcısına usulüne uygun*

Diğer taraftan UYAP vasıtasıyla yapılan işlemlerin tebliğinde evrak Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden gönderildiği için kural olarak evrakın aslının elden verilmesi veya savcıya gösterilmesi gerekli değildir. Çünkü md. 38/A hükmü uyarınca, 2012 yılından itibaren her türlü ceza muhakemesi işlemlerinde UYAP'ın kullanılması ve bu işlemlere ilişkin her türlü veri, bilgi, belge ve kararın, UYAP vasıtasıyla işlenmesi, kaydedilmesi ve saklanması kabul edilmiştir. Kanunlarda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, dosyalar güvenli elektronik imza kullanılarak UYAP'tan incelenebilmekte ve her türlü ceza muhakemesi işlemi yapılabilmektedir (md. 38/a, fık. 4) fık. 1-2). Güvenli elektronik imza ile imzalanan belge ve kararlar diğer kişi veya kurumlara elektronik ortamda gönderilir. Güvenli elektronik imza ile imzalanarak gönderilen belge veya kararlar, gerekmedikçe fiziki olarak ayrıca düzenlenmez ve ilgili kurum ve kişilere gönderilmez (md. 38/A, fık. 4).¹⁰⁶

Güvenli elektronik imza ile imzalanan belge ve kararların diğer kişi ve kurumlara elektronik ortamda nasıl gönderileceği ise TK'ya, 11.01.2011 tarih ve 6099 sayılı Kanun ile eklenen ve 28.02.2018 tarih ve 7101 sayılı Kanun ile değiştirilen 7/a maddesi ile düzenlenmiştir. TK md. 7/a'da 7101 sayılı Kanun ile yapılan ve 01.10.2019 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik ile, maddede sayılan gerçek ve tüzel kişilere tebligatın elektronik yolla yapılması zorunlu hale getirilmiştir. Elektronik yolla tebligatın yapılacağı kurumlar arasında adli ve idari yargı mercileri de açıkça sayılmıştır.¹⁰⁷ CMK md. 38/A'daki düzenlemeler ve TK md. 7/a'daki söz konusu zorunluluk sonucu artık hakim ve mahkeme

tebliğ edilmediği anlaşılmaktadır. Cumhuriyet Savcısına yapılacak tebligatın usulü 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 43. ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 65. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre "Cumhuriyet Savcılığına yapılacak tebligat tebliğ olunacak varaka aslının kendisine gösterilmesi suretiyle olur. Bu tebliğ bir mehile başlangıç olacaksa, Cumhuriyet Savcısı, gösterildiği günü varakanın aslına işaret ve imza eder." Tebligatın gösterilen usule göre yapılması geçerlilik koşuludur. Bu bakımdan Cumhuriyet Savcısına gösterilen usulde tebligat yapılması zorunludur. Bu şekilde yapılmayan tebligat usulsüzdür."

106 CMK md. 38/A fık. 11 uyarınca çıkartılan Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin (Yazı İşleri Yönetmeliği) 5. maddesi de belge ve kararların elektronik ortamda düzenlenmesi ve ilgililere de elektronik ortamda gönderilmesi zorunluluğu getirmektedir. Söz konusu Yönetmelik md. 5/7 uyarınca, "Tutanak, belge ve kararlar elektronik ortamda düzenlenir ve gerekli olanlar ilgilileri tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanır. Elektronik ortamda düzenlenen ve güvenli elektronik imza ile imzalanan evrak UYAP kapsamındaki birimlere elektronik ortamda gönderilir. Ayrıca fiziki olarak gönderilmez."

107 06.12.2018 tarihinde yürürlüğe giren yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği elektronik ortamda yapılacak tebligata ilişkin usul ve esasları ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Elektronik tebligatın nasıl yapılacağı da bu Yönetmeliğin 9 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, tebligat çıkarmaya yetkili makam ve merci, elektronik tebligat mesajını hazırlayarak, Ulusal Elektronik Tebligat Sistemine (UETS) teslim edecektir. UETS, elektronik tebligat mesajını zaman damgasıyla ilişkilendirerek muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştıracaktır. Gizliliğin sağlanması amacıyla tebliğ edilecek içerik ve ekli dokümanlar, UETS tarafından şifrelenecek, ancak bunlar muhatap tarafından görülebilecektir. Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacaktır (md. 9 fık. 1, 2, 3, 5). Elektronik tebligat adresine elektronik tebligat mesajı ulaştığı konusunda bilgilendirilmek isteyen muhatap, elektronik posta adresini veya kısa mesaj alma özelliği olan bir telefon numarasını PTT'ye bildirecektir. Elektronik tebligat, muhatabın adresine ulaştığı anda PTT tarafından muhataba bilgilendirme mesajı iletilecektir. Bu mesaj kısa mesaj alma özelliği olan telefona ücreti mukabilinde, elektronik posta adresine ise ücretsiz olarak iletilecektir. Ancak bu bilgilendirmelerin herhangi bir nedenle yapılamamış veya geç yapılmış olması, tebligatın geçerliliğini etkilemez (md. 10 fık. 1-2). Muhatap elektronik tebligat adresine, güvenli elektronik imzasını kullanarak veya e-Devlet kapısı üzerinden kimlik doğrulaması yaparak ya da PTT tarafından verilen şifre ile birlikte telefonuna kısa mesajla gelen tek kullanımlık doğrulama kodunu kullanarak erişebilecektir (md. 11). UETS, elektronik tebligatın muhatabın adresine ulaşmış olup olmadığına dair delil kayıtlarını tutmak ve bu kayıtları, tebligat çıkarmaya yetkili makam ve mercie derhâl ve en geç yirmi dört saat içinde bildirmekle yükümlüdür (md. 12).

kararlarının fiziki olarak Cumhuriyet başsavcılıklarına teslimini gerekli olmayıp, elektronik ortamda gönderilmesi gerekir.¹⁰⁸

Kanaatimizce, CMK md. 38/A'daki düzenleme ve TK md. 7/a'daki zorunluluk karşısında bir kararın elektronik yolla gönderilmesi veya tebliği mümkün olduğu sürece CMK md. 38 hükmü uygulanmayacak ve tebliği gereken evrakın Cumhuriyet başsavcılığına verilmesi de söz konusu olmayacaktır. Ancak elektronik yolla gönderme veya tebligatın, zorunlu bir sebeple yapılamaması halinde (TK md. 7/a fık. 3, CMK md. 38/A, fık. 4) CMK md. 38 hükmü uyarınca evrakın aslının başsavcılığa verilmesi suretiyle tebligatın yapılması ve tebliğ ile bir süre işlemeye başlıyorsa verildiği günün de evrakın aslına yazılması gerekir.

Hakim ve mahkeme kararlarının fiziki olarak Cumhuriyet başsavcılıklarına verilmeyip elektronik ortamda gönderilmesi gerektiği için elektronik ortamda gönderme de tebliğ olarak kabul edilecektir. Bunun sonucu olarak da CMK md. 38'de yer alan "Tebliğ ile bir süre işlemeye başlıyorsa verildiği gün, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından evrakın aslına yazılır." hükmünün elektronik ortamda gönderilen evrak açısından uygulanması da söz konusu değildir. CMK md. 38/A fık. 9'da yer alan "Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre gün sonunda biter" hükmü ve Yazı İşleri Yönetmeliği md. 5/10'de yer alan "Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre gün sonunda biter. Elektronik ortamda yapılacak işlemlerin, ertesi güne sarkmaması açısından saat 00:00'a kadar yapılması zorunludur." düzenlemesi nedeniyle de elektronik imza ile imzalanarak elektronik ortamda gönderilen bir karar Cumhuriyet savcısının UYAP ekranına düştüğü tarihte tebliğ edilmiş sayılacağını ve sürenin de CMK md. 39 uyarınca tebligatın yapıldığı günün ertesi günü başlayacağını kabul etmek gerekir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. 8. CD'nin 15.10.2018 tarihli kararında; "*Elektronik imza ile imzalanarak elektronik ortamda gönderilen kararlar yönünden Cumhuriyet Savcısının İstinaf kanun yoluna başvuru süresinin özel ve sonraki düzenleme olması sebebiyle CMK.nun 38/A maddesi gereğince kararın Cumhuriyet Savcısının UYAP ekranına düştüğü tarihte tebliğ edilmiş sayılacağından, CMK.nun 39/1. maddesi gereğince gün ile belirlenen süreler tebligatın yapıldığının ertesi günü başlar, hükmü gereğince mahkeme dosyası ve hükmün Cumhuriyet Savcısının görüldü ekranına düştüğü tarihin ertesi günü başlayacağı*" kabul edilmiştir.

Diğer taraftan elektronik yolla tebligatın ne zaman yapılmış sayılacağına ilişkin TK md. 7/a'da yer alan "Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır." hükmü Cumhuriyet savcılarının elektronik ortamda gönderilen karar ve işlemler açısından uygulanmamalıdır. Çünkü yukarıda belirtildiği üzere, bir kararın elektronik ortamda Cumhuriyet savcısına göndermesi tebligat hükmünde olup, bu karar savcının UYAP ekranına düştüğü tarihte tebliğ edilmiş sayılmalıdır. CMK md. 37/1 uyarınca, CMK md. 38/A hükmü, TK md. 7/a hükmü karşısında öncelikle uygulanması gereken özel hüküm niteliğindedir.

Diğer taraftan Cumhuriyet başsavcılığına elektronik ortamda gönderilmemiş ancak elektronik tebligat yoluyla tebliğ edilmiş olan kararlarda TK md.7/a fık. 5 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

¹⁰⁸ Dava dosyanın fiziki olarak Cumhuriyet Savcısına teslimine gerek olmadığı yönünde bkz. Yargıtay 8. CD, 15.10.2018.E 2018/6108 K 2018/10951.

Bu durumda tebligatın başsavcılığın elektronik tebligat adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış olduğu kabul edilmelidir. Ancak başsavcılığın elektronik tebligat içeriğini beş günlük süreden önce öğrenmesi durumunda süre işlemeye başlamaz. Çünkü kanun koyucu elektronik mesajın okunmasına tebligatın yapılması bakımından herhangi bir sonuç bağlanmamıştır.¹⁰⁹ Bu nedenle Cumhuriyet başsavcılığına elektronik yolla yapılan tebligatın yetkili savcı tarafından beş günlük süreden önce öğrenilmesi halinde de süre, tebligatın başsavcılığın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sona ermesinden sonra işlemeye başlayacaktır.¹¹⁰

IV. TEBLİGAT USULÜNE İLİŞKİN TK HÜKÜMLERİ KARŞISINDA CMK HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

CMK md. 37/1'de, "Tebliğat, bu Kanunda belirtilen özel hükümler saklı kalmak koşuluyla, ilgili kanunda belirtilen hükümlere göre yapılır." denilerek, tebligat usulü konusunda kural olarak TK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere CMK, esas itibariyle hakim ve mahkeme kararlarının ilgisine bildirilmesine ilişkin temel ilkeleri düzenleyip tebligatın nasıl yapılacağını kural olarak özel bir kanun olan TK'ya bırakmıştır. Ancak yukarıda açıklanan serbest olmayan kişiye tebligat ile Cumhuriyet başsavcılığına tebligat ve CMK md. 37/2'deki yurt dışına tebligat ile ilgili hükümler de tebligat usulünü düzenlemektedir. Yine tanıkların ve bilirkişilerin çağrılmasında (CMK md. 43, 62) olduğu gibi bazı muhakeme işlemlerinin bildirilmesinde özel düzenlemelere yer verilmiştir. Elektronik tebligat açısından CMK md. 38 karşısında CMK md. 38/A hükmü öncelikli uygulama kabiliyetine sahiptir.

Hakim ve mahkeme kararlarının tebligatı ile ilgili CMK ile TK hükümleri arasındaki farklılıklar açısından üzerinde durulması gereken bir başka husus CMK md. 37/2'de yer alan yurt dışına yapılacak tebligata ilişkin düzenlemedir. Söz konusu düzenlemeye göre, "*Uluslararası antlaşmalar, yazılı belgelerin doğrudan doğruya postayla veya diğer iletişim araçlarıyla gönderilmesini kabul ettiğinde; yurt dışına yapılan tebligat, iadeli taahhütlü posta veya diğer iletişim araçları ile gerçekleştirilir.*" Bu düzenlemenin gerekçesi olarak madde gerekçesinde şu hususlar belirtilmiştir: "*Tebliğat Kanunu hükümlerine göre, yargılama işlemlerinin yabancı ülkede bulunan kişilere tebliği, çeşitli resmî makamlar aracılığı ile gerçekleştirilmektedir. Bu, yargulamaların uzamasına neden olabilecek bir usuldür. Bu bakımdan Tasarıda getirilen düzenlemeyle ikili ya da çok taraflı uluslararası andlaşmaların öngörmesi hâlinde, ilgili yabancı ülkelere tebligatın doğrudan postayla veya diğer iletişim araçları ile yapılması kabul edilmiştir.*"

109 Levent Börü, 'Elektronik Tebligat' (2020) 10(1), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 183, 212.

110 Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14.01.2020 tarihli ve 2019/623 K – 2020/9 K sayılı kararında; "... 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesinde muhatabın elektronik tebligatı tebellüğ etmiş sayılacağı tarihe ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır. Bunun sonucu olarak elektronik tebligatta tebellüğ tarihi elektronik tebligatın muhatabın elektronik posta hesabına ulaştığı veya okunduğu tarih olmayıp tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonu olmaktadır. Böylelikle, muhatabın kayıtlı elektronik posta hesabını kontrol etmemek suretiyle tebliğin sonuçlarını geciktirmesi ihtimali söz konusu olmayacaktır.", diyerek bu yönde karar vermiştir.

Yabancı ülkelerde bulunan muhataplara yapılacak tebligata ilişkin TK md. 25 ve md. 25/a'nın detaylı düzenlemesi karşısında CMK md. 37/2 hükmünün uygulama alanı bulup bulmayacağı üzerinde durulmalıdır. CMK ve TK'nın söz konusu hükümleri arasında farklılık veya çelişki bulunup bulunmadığını ortaya koymak için de önce TK'daki söz konusu hükümlere göre yurt dışına yapılacak tebligat usulünün ana hatlarını kısaca belirtmek gerekmektedir.

TK md. 25/1'e göre, "*Yabancı memlekette tebliğ o memleketin salahiyyetli makamı vasıtasıyla yapılır. Bunun için anlaşma veya o memleket kanunları müsaait ise, o yerdeki Türkiye siyasi memuru veya konsolosu tebligat yapılmasını salahiyyetli makamdan ister.*" Tebliğ olunacak evrak, tebligatı çıkaran merciin bağlı bulunduğu bakanlık vasıtasıyla Dışişleri Bakanlığına, oradan da görev gereği dikkate alınarak ilgili Türkiye büyükelçiliğine veya konsolosluğuna gönderilir. Dışişleri Bakanlığının aracılığına gerek görülmeyen hallerde tebligat evrakı, ilgili bakanlıkça doğrudan doğruya o yerdeki Türkiye büyükelçiliğine veya başkonsolosluğuna gönderilebilir.

TK md. 25/a uyarınca yabancı ülkede kendisine tebliğ yapılacak kimse Türk vatandaşı olduğu takdirde ise tebligatın yapılacağı ülke makamlarına başvurmadan doğrudan o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluğu aracılığıyla da tebligat yapılabilir. Bu halde Türk adli mercileri tarafından çıkarılacak tebligatta, tebliğ evrakı doğrudan o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluğuna gönderilebilir.

TK'nın söz konusu hükümlerine göre, yabancı ülkelerde yapılacak tebligat evrakı tebligatın yapılacağı ülkedeki Türkiye elçiliği veya konsolosluğuna gönderilecek ve tebligatın yapılması da kural olarak o ülkenin yetkili makamı vasıtasıyla gerçekleştirilecektir. Türk elçilik veya konsolosluk görevlileri ise bu konuda aracılık yapacaktır. Ancak yabancı ülkede bulunan Türk vatandaşlarına o yerdeki elçilik veya konsolosluk görevlileri belli koşullara uyararak da doğrudan tebligat yapabilecektir. Bu durumda tebliği yapılacak evrak adli merciler tarafından doğrudan, ilgilinin bulunduğu yerdeki Türk büyükelçiliği veya başkonsolosluğuna gönderilebilecektir. Ancak Türkiye'nin taraf olduğu bazı sözleşmeler adli yardım taleplerinin Adalet Bakanlığı tarafından doğrudan talep edilen tarafın adalet bakanlığına yazılı olarak gönderilmesine de imkanı tanımaktadır.¹¹¹

Görüldüğü üzere bir Türk mahkeme kararının yabancı ülkede bulunan muhatapına doğrudan posta veya elektronik yolla tebligatına TK md. 25 ve 25/a hükmü izin vermemektedir. Buna karşın CMK md. 37/2'ye göre ise uluslararası anlaşmalarca kabul edildiği takdirde tebligatın posta yoluyla (iadeli taahhütlü) veya diğer iletişim araçları ile, örneğin, elektronik tebligat yoluyla, yapılması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile tebligatın yapılacağı muhatapın bulunduğu ülke ile Türkiye arasında doğrudan posta yoluyla tebligat yapma imkanının bulunması halinde bu usulün kullanılması, böyle bir imkanın bulunmaması halinde ise tebligatın TK md. 25 ve 25a maddelerine göre yapılması gerekmektedir.

Türkiye tarafından 11.07.2016 tarihinde onaylanan 08.11.2001 tarihli Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Avrupa Sözleşmesine İkinci Ek Protokol'ün 16. maddesi ile yabancı ülkede bulunan muhataba posta

111 Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Avrupa Sözleşmesine İkinci Ek Protokol md. 4.

yoluyla doğrudan tebligat yapılması kabul edilmiştir. Bu hükme göre, “Herhangi bir Tarafın yetkili adli makamları usule ilişkin belgeleri ve adli kararları posta yoluyla doğrudan diğer Tarafın ülkesindeki kişilere gönderebilir. Usule ilişkin belgeler ve adli kararlar, muhatabın raporda belirtilen makamdan bilgi alabileceğini söyleyen ve bu evrakların söz konusu kişinin hakları ve yükümlülüklerini belirten bir raporla birlikte sunulur. Yukarıda bahsedilen 15. maddenin 3. fıkrasının hükümleri bu rapor için geçerli olur.” Protokolün bu hükmü karşısında Türk ceza mahkemesi kararlarının Protokole taraf olan bir ülkedeki muhataba tebliğ için posta yoluyla doğrudan gönderilmesi mümkündür.

Tebliğatin yapılacağı ülkenin İkinci Ek Protokolü onaylamış olması veya Türkiye ile söz konusu ülke arasında posta ile tebligata imkan tanıyan bir sözleşmenin bulunması halinde, CMK md. 37/2 uyarınca tebligatın posta yoluyla yapılması gerekir. Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir. CGK'nın 25.12.2018 tarihli bir kararında,¹¹² “şikâyetçilerin yurt dışına çıkıp çıkmadıkları araştırılıp, yurt dışına çıktıklarının tespiti hâlinde CMK'nın 37. maddesinin ikinci fıkrası gereğince Irak Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti arasında doğrudan doğruya posta yoluyla tebliğ yapma imkânının araştırılması, böyle bir imkânın bulunmaması durumunda ise 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 25. maddesi gereğince gerekçeli kararın ilgili bakanlıklar aracılığıyla tebliğinin” sağlanması gerektiğini belirtilerek, CMK md. 37/2 hükmünün TK md. 25'e göre öncelikle uygulanması gerektiğine işaret etmiştir. Aynı doğrultudaki CGK'nın 05.11.2019 tarihli başka bir kararında¹¹³ da, “suçtan zarar görenin yurt dışına çıkıp çıkmadığı araştırılıp yurt dışına çıktığının tespiti hâlinde CMK'nın 37. maddesinin ikinci fıkrası gereğince Gürcistan Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti arasında doğrudan doğruya posta yoluyla tebliğ yapma imkânının araştırılması, böyle bir imkânın bulunmaması durumunda ise 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 25. maddesi gereğince gerekçeli kararın ilgili bakanlıklar aracılığıyla tebliği sağlanarak yedi günlük temyiz süresinin başlatılması” gerektiğine karar verilmiştir.¹¹⁴

Belirtilen bu yasal düzenlemeler ve Yargıtay kararlarına rağmen halen yürürlükte olduğu anlaşılan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünün Cezai Konularda Uluslararası Tebligat adlı 16.11.2011 tarih ve 69/3 nolu Genelgesi, TK md. 25 vd. hükümlerine göre hazırlanmış olup, yabancı ülkedeki muhataba doğrudan posta yoluyla tebligata izin veren bir düzenleme içermemektedir. Posta yoluyla tebligat yanında teknolojideki gelişmelere paralel olarak yabancı ülkede bulunan kişilere elektronik yolla tebligat usulünün de uygulamaya konmasında yarar bulunmaktadır. Nitekim yukarıda belirtilen 2 Nolu Ek Protokolün 4. maddesinin 9. fıkrasına¹¹⁵ göre, adli yardım talepleri elektronik yolla talep edilen devlete iletilebilecektir. Diğer taraftan Cezai

112 CGK, 16.07.2021, E 2017/619 K 2018/674 (<https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2017-619-k-2018-674-t-25-12-2018/3360052>).

113 E 2015/11-1080, K 2019/637.

114 Aynı yönde bkz. CGK, 28.05.2020, E 2020/6-98 K 2020/234: “CMK'nın 37. maddesinin ikinci fıkrası gereğince İtalyan Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti arasında doğrudan doğruya posta yoluyla tebliğ yapma imkânının araştırılması, böyle bir imkânın bulunmaması durumunda ise 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 25. maddesi gereğince gerekçeli kararın ilgili bakanlıklar aracılığıyla tebliği sağlanarak yedi günlük temyiz süresinin başlatılması ...”

115 “Bu Sözleşme'nin veya Protokoller'i'nin altında belirtilen herhangi başka muhaberatlar ve karşılıklı yardım talepleri, talep eden Tarafın talep üzerine herhangi bir zamanda orijinal metnin ve nüshanın yazılı bir kaydını tutmaya hazır olması şartıyla herhangi bir elektronik yolla veya uzaktan iletişim aracıyla iletilebilir. Ancak, herhangi bir Akit Taraf, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne herhangi bir zamanda gönderilen bir beyanname ile elektronik veya diğer uzaktan iletişim yolları aracılığıyla alınmış talepleri kabul etme ve yerine getirmeye razı olduğu durumları belirleyebilir.”

Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu'nun Türk mercilerinin adli yardım taleplerinin yabancı ülkelere gönderilmesinde herhangi bir zorunlu usul öngörmeyen 7. maddesi hükmü de posta veya elektronik yolla adli yardım taleplerinin gönderilmesine engel teşkil etmemektedir.¹¹⁶ Söz konusu genelgenin posta yoluyla tebligat ile elektronik yolla tebligat da dikkate alınarak yeniden düzenlenmesinde yarar bulunmaktadır.

SONUÇ

Çalışmada ulaştığımız sonuçları şu şekilde özetleyebiliriz:

1. Anayasa ve kanunlarla güvence altına alınmış olan hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi için devlet işlemlerinin kişilere usulüne uygun olarak bildirilmesi gerekir. Hakim ve mahkeme kararların bildirilmesine ilişkin kanundaki düzenlemeler öncelikle, adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan hukuki dinlenilme hakkının sağlanmasına ve güvence altına alınmasına hizmet etmektedir.

2. Md. 35'in madde başlığı "kararların açıklanması ve tebliği" adını taşımakla birlikte, maddenin düzenleniş yeri, md. 33 ve 34'ün konusu ve md. 35/2'nin ifade şekli dikkate alındığında savcılık kararlarının bildirilmesinin madde kapsamında düzenlenmediği anlaşılmaktadır. Kararların açıklanması veya tebliği suretiyle bildirileceği ilgili kişi kapsamına söz konusu karardan hakları veya hukuki statüleri etkilenecek her muhakeme katılanı dahildir. İlgili kişinin karardan dolayı zarar görmesi veya göreceği olması gerekmez.

3. Kararların bildirileceği ilgili kişi için md. 35'te "ilgili taraf"tan söz edilmektedir. Madde metnindeki bu ifadeyi muhakemeye katılan ve verilen karardan hakları etkilenen ilgili kişiler ve savcılık olarak anlamak gerekir. Bu nedenle ilgili tarafı sadece kanun yoluna başvuru hakkı bulunanlarla sınırlı olarak anlamamak gerekir. Madde metninde "taraf" ifadesinin kullanılması da isabetli olmamıştır. Nitekim kaynak Alman CMK § 35/1'te de kararların "ilgili kişiye" bildirilmesinden söz edilmektedir. Mağdur ve suçtan zarar görenler de madde kapsamında ilgili kavramına dahildir. Bu nedenle verilen kararlardan etkilenen mağdur, şikayetçi veya suçtan zarar gören ve katılana da kararın bildirilmesi gerekir.

4. Md. 35/1'te yer alan "kararların açıklanmasından" maksat, verilen kararların hazır olan ilgisine sözlü olarak bildirilmesi, yani duyurulmasıdır. Kararın açıklanacağı şüpheli veya sanık, meramını anlatabilecek derecede Türkçe bilmiyorsa açıklama, atanacak tercüman vasıtasıyla yapılmalıdır. AİHM içtihatlarına göre, sanığın adil yargılanma hakkından yararlanmasını güvence altına alacak ölçüde, kararlar da dahil olmak üzere, anlaması gereken bütün soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin mahkeme dilini bilmeyen şüpheli veya sanığa tercüme edilmesi gerekir.

5. Önemi nedeniyle kanun yolu başvuru hakkının bildirilmesi md. 231/1-4'te özel olarak düzenlemiştir. Kanun yolu başvuru hakkının bildirilmesine ilişkin md. 34/2 hükmünde "başvurulabilecek kanun

116 6706 sayılı Kanun hakkında bilgi için bkz. Faruk Turhan, '6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu'nun Kapsamı ve Genel Hükümleri Hakkında Bir Değerlendirme', (2019) 21 (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan Özel Sayı), D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 3067 vd.

yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilir” deniliyorsa da bu hükmün kaynak Alman CMK’da (§ 35a) olduğu gibi, kanun yolu başvuru hakkının öğretilmesi veya kanun yolu başvuru imkanları hakkında bilgilendirme şeklinde anlaşılması daha doğru olacaktır. Hak arama özgürlüğünün gerçekleştirilmesi için söz konusu olduğu için ilgili kişiye hangi kanun yoluna başvurabileceği konusunda anlayacağı şekilde bilgilendirme yapılmalıdır. Kanun yolu başvuru hakkı konusundaki bilgilendirmenin yapılmaması, eksik veya hatalı yapılması hükmün bozulması nedenidir.

6. TK md. 11’e göre, vekil ile takip edilen işlerde tebligat vekile yapılmalıdır. Yargıtaya göre, vekilin ceza muhakemesindeki karşılığı olan müdafie yapılan tefhim veya tebligattan sonra ayrıca sanığa da tebligat yapılması gerekli olmayıp, gerekmediği halde yapılan tebligat temyiz süresini yeniden başlatmaz. Kanun yolu başvuru süresinin başlaması açısından Yargıtayın görüşü yerinde olmakla birlikte, sanığın yokluğunda ve müdafinin yüzüne karşı verilen kararın ayrıca sanığa tebliğ edilmeyeceğine ilişkin içtihadı yerinde değildir. Sanığa yapılacak tebligat, sanığın karar içeriği hakkında bilgi sahibi olması, karara karşı müdafinin kanun yolu başvurusu yapıp yapmadığını denetlemesi ve başvuru yapılmamış olması halinde eski hale getirme talebinde bulunmak için koşulları inceleme imkanı verecektir.

7. Muhakeme işlemlerinin bildirilmesi usullerinden biri de kararın tebliğidir. Md. 35/2’ye göre, bir hakim veya mahkeme kararının hazır bulunamayan ilgisine tebliğ zorunluluğu için dört koşulun bulunması gerekmektedir. Bunlar; kararın, hakim veya mahkeme tarafından verilmiş bir karar olması, karara karşı kanun yoluna başvurulabilecek olması, kararın koruma tedbirlerine ilişkin olmaması ve kararın verildiği sırada ilgilinin hazır bulunamamış olmasıdır.

8. Kanun yolu başvuru hakkı bulunmasa da ilgilisi açısından herhangi bir hak veya yükümlülük doğuran savcılık işlem ve kararlarının da ilgisine bildirilmesi hukuk devleti ve hukuki dinlenilme hakkının gereğidir.

9. Md. 35/2’in düzenlemesine göre tebliğ edilmesi gereken karar, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek bir hakim veya mahkeme kararı olmalıdır. Kanun yolundan neyin anlaşılması gerektiği ve hangi kararlara karşı kanun yoluna başvurulabileceği hususunun öncelikle CMK’ya göre belirlenmesi gerekir. Olağan kanun yolları yanında olağanüstü kanun yolları da md. 35/2 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle kesin nitelikte olduğu için olağan kanun yolu başvuru imkanı bulunmayan ilk derece, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay kararları da hazır bulunmayan ilgisine tebliğ edilmeli veya başka bir surette bildirilmelidir.

10. Md. 35/2’de sadece aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek olan kararların tebliğinin zorunlu kılınmış olması isabetli değildir. Hem adil yargılanma hakkının gereği hem de verilen karar ile elde edilecek hakkın veya uğranacak mahrumiyetin bilinmesi açısından her türlü mahkeme ve hakim kararlarının verildiği sırada hazır olmayan ilgisine tebliğ veya başka bir şekilde bildirilmesi gerekir. CMK md. 35/2 hükmünün ilgilinin huzurunda verilmeyen bütün hakim ve mahkeme kararların ilgisine bildirilmesi yönünde yeniden düzenlenmelidir.

11. Temyiz kanun yoluna ilişkin bilgilendirme kapsamında, temyize ilişkin on beş günlük başvuru süresi yanında, CMK md. 295/1 uyarınca bölge adliye mahkemesinin gerekçeli kararının tebliğinden itibaren işlemeye başlayan yedi günlük süre içerisinde gerekçeli temyiz dilekçesinin verilmesi gerektiği konusunda da bilgilendirme yapılması gerekir. Bu yöndeki CGK ve ceza dairelerinin kararlarının isabetli olduğunu düşünüyor, aksi yöndeki CGK kararlarındaki görüşlere ise katılmıyoruz.

12. Md. 35/2'ye göre, niteliği itibarıyla gizli olsun veya olmasın koruma tedbirlerine ilişkin hakim veya mahkeme kararları, kararın verilmesi sırasında hazır bulunmayan ilgisine tebliğ edilmeyecektir. Ancak koruma tedbirlerine ilişkin de olsa yapılan işlemler ve verilen kararlardan etkilenenlerin kanun yollarına veya diğer hukuki çarelere başvurabilmeleri için bu kararların da usulüne uygun olarak ilgisine bildirilmesi gerekir. Md. 35/2'de koruma tedbirlerine ilişkin bütün kararlar açısından tebliğ yasağı getirilmesi gerekli olmadığı gibi, infazı gerekmeyen kararlar açısından da isabetli değildir.

13. Md. 35/3'te serbest olmayan kişi veya tutukluya tebligata ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır. CMUK md. 33/2'de sadece tutukluya tebliğ edilen kararın okunup anlatılması kabul edilmişti. Yeni düzenlemede tutukluluk dışındaki başka sebeplerle özgürlüğü kısıtlanmış kişiler için de aynı usul kabul edilerek söz konusu boşluk giderilmiştir. Ancak tutuklu kişi de serbest olmayan kişi olduğu için madde metninde ayrıca tutuklu kişiden bahsedilmesine gerek bulunmamaktadır. Kararın, serbest olmayan veya tutuklu olan ilgisinin yokluğunda verilmesi nedeniyle tebliği gereken durumlarda md. 35/3 uyarınca ayrıca ilgisine okunup anlatılması zorunludur.

14. Kaynak Alman CMK § 36/2'de, duruşmada düzenin sağlanması ile ilgili kararların savcılığa verilmeyeceği belirtilerek, infazı gereken kararların savcılığa verilmesine ilişkin kurala bir istisna getirilmiştir. CMK md. 36/2'de infazı gereken kararların savcılığa verilmesi açısından herhangi bir istisnaya yer verilmemiş olsa da kaynak Alman kanununda olduğu gibi Türk hukukunda da duruşmanın düzen ve disiplini ile ilgili olarak hakim, mahkeme başkanı veya mahkemenin CMK md. 203-204 uyarınca almış olduğu tedbir ve kararların infazı ile ilgili hususların yerine getirilmesini sağlamanın da mahkemenin yetkisinde olduğunu kabul etmek gerekir.

15. CMK md. 38/Adaki düzenleme ve TK md. 7/a hükmündeki zorunluluk karşısında elektronik tebligat yapılması mümkün olduğu sürece CMK md. 38 hükmünü uygulanmayacak ve tebliği gereken evrakın başsavcılığa verilmesi de söz konusu olmayacaktır. Ancak elektronik yolla tebligatın, zorunlu bir sebeple yapılamaması halinde evrakın aslının başsavcılığa verilmesi suretiyle tebligatın yapılması gerekir.

16. Hakim ve mahkeme kararlarının elektronik ortamda Cumhuriyet başsavcılıklarına gönderilmesi tebligat olarak kabul edilmelidir. Elektronik imza ile imzalanarak elektronik ortamda gönderilen bir karar Cumhuriyet savcısının UYAP ekranına düştüğü tarihte tebliğ edilmiş sayılmalı ve sürenin de tebligatın yapıldığı günün ertesi günü başlayacağı kabul edilmelidir. Aksi yönde bazı kararları olmakla birlikte Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.

17. Türk mahkeme kararlarının yabancı ülkede bulunan muhatabına doğrudan posta veya elektronik yolla tebligatına TK md. 25 ve 25/a hükmü izin vermemektedir. Buna karşın CMK md. 37/2'ye göre ise uluslararası anlaşmalarca kabul edildiği takdirde tebligatın posta yoluyla (iadeli taahhütlü) veya diğer iletişim araçları ile, örneğin, elektronik tebligat yoluyla, yapılması gerekmektedir. Tebligatın yapılacağı ülkenin İkinci Ek Protokolü onaylamış olması veya Türkiye ile söz konusu ülke arasında posta veya diğer araçlarla tebligata imkan tanıyan bir sözleşmenin bulunması halinde, CMK md. 37/2 uyarınca tebligatın posta veya diğer araçlarla yoluyla yapılması gerekir.

KAYNAKLAR

- Artuç M, *Açıklamalı Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu* (3. Bası, Ankara 2019).
- Baytaç AB, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Dinlenilme Hakkı* (İstanbul 2021)
- Bıçak V, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Bası, Ankara 2018).
- Börü L, 'Elektronik Tebligat', *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* (2020), 10(1) 183-225.
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Bası, İstanbul 2020)
- Gökçen, Ahmet, Balcı, M ve Alşahin, ME ve Çakır, K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Baskı, Ankara 2021).
- Demirağ F, *Örneklerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar* (2. Bası, Ankara 2020).
- Keskin S, 'Ceza Muhakemesinde Müdafie Yapılan Tebligat Sanığa Yapılmış Sayılır mı?', *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (İHFM) (LV)*, 3 (1997) 355-362.
- Kılıç AŞ, "Tercümandan Faydalanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Seçtiği Dilde Savunma Yapması Üzerine Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2016), 65 (4) 2101-2131.
- Kunter N, Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Bası, İstanbul 2006).
- Larcher H, *StPO in: , in: Jürgen Graf (ed), BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, Herasugegeben Jürgen Graf* (39. Edition, Stand: 01.01.2021).
- Maul H, *StPO in: Rolf Hannich (Ed) Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mti GVG, EGGVG und EMRK* (8. Bası 2019)
- Meyer-Gossner L, *Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen* (56. Bası, 2013).
- Okuyucu Ergün G, *Ceza Muhakemesi İşlemleri* (Ankara 2015).
- Öncü M, 'AİHS'nin 6 § 3 e) Hükmü Anlamında Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı', *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2014) 16(Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan) 4457-4495.
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı, Ankara 2020).
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem MR, Sırma Gezer Ö, Saygılar Kırıt YF, Alan Akcan E, Özaydın Ö, Erden Tütüncü E, Altınok Villemin D, Tok MC, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Bası, Ankara 2019).
- Özen M, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (3. Bası, Ankara 2018).
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (11. Bası, Ankara 2021).
- Şahin C, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi* (Ankara 2005).
- Şık H, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu* (Ankara 2018).
- Toroslu N ve Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Bası, Ankara 2020).
- Tulay, ME, 'Seri Muhakeme Usulü (CMK m. 250)', (2020) (2), *İzmir Barosu Dergisi* 117-157.
- Turhan F, 'Ceza Muhakemesinde Sürelerin Kusur Olmaksızın Geçirilmesinde Eski Hale Getirme', Dr. Silvia Tellenbach'a Armağan (Ankara 2018) 1227 – 1268.

Turhan F, '6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu'nun Kapsamı ve Genel Hükümleri Hakkında Bir Değerlendirme', (2019) 21 (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan Özel Sayı), D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 3067-3109.

Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. Baskı, Ankara 2020).

Valerius B, *StPO*, in: Hans Kudlich (Ed), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, StPO, Cilt 1: §§ 1-150 (1. Baskı, 2014)






Wesslau E, *StPO* in: Jürgen Wolter (Ed), SK-StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Cilt I, §§ 1-93 (4. Baskı 2013).

Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Ankara 2019).

Yenisey F ve Oktar S, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu/Strafprozessordnung (StPO)* (2. Baskı, İstanbul 2015).

Türkiye’de Hukuk Eğitimi, Mevzuat ve Uygulamada Toplumsal Cinsiyete Duyarlılık

Gender Sensitivity in Legal Education, Legislation and Practice in Turkey

Özlem Yenerer Çakmut* , Özge Yücel Dericiler** , Sendi Yakuppur*** , Işık Özer**** ,
Ferhat Yıldırım***** 

öz

Eğitim, içerik ve yöntemine bağlı olarak toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığı yeniden üreten süreçlerden biri olabileceği gibi, toplumsal cinsiyet eşitsizliğiyle mücadelenin temel araçlarından biri de olabilir. Bu nedenle, eğitimin her kademesinde ve eğitim yoluyla toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasını sorunsallaştırmak önem taşır. Aynı nedenle ve hukukun ataerkil bir sistem olduğu kabulünden hareketle, hukuk eğitiminin ve eğitimde kullanılan materyallerin de toplumsal cinsiyet perspektifinden gözden geçirilmesi gerekir. Bu çalışma, bir Hukuk Fakültesinden bir grup akademisyenin bir araya gelerek kendi alanlarıyla ilgili mevzuatı ve uygulamaları toplumsal cinsiyet açısından incelemeleri ve tespit ettikleri sorunlar ile önerilerini bir araya getirmeleriyle ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda, öncelikle toplumsal cinsiyet kavramı ve hukuk ile ilişkisine ilişkin çerçeve çizilmiş, daha sonra medeni hukuk, ceza hukuku, ticaret hukuku ve uluslararası insan hakları hukukunda toplumsal cinsiyete ilişkin, öğrencilerin dikkatlerine sunulması gerektiği düşünülen sorunlar değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk eğitimi, Toplumsal cinsiyet, Eşitlik, Ayrımcılık, Sürdürülebilir kalkınma

ABSTRACT

Education can be one of the processes that reproduce gender-based discrimination depending on its content and method but can also be one of the main tools to combat gender inequality. For this reason, it is important to problematize the achievement of gender equality at all levels of education and through education. For the same reason, and considering that law is a patriarchal system, legal education and the materials used in education should be reviewed from a gender perspective. This study has emerged by a group of academics from a Faculty of Law who came together to examine the legislation and practices related to their field in terms of gender. In this context, first of all, the framework regarding the concept of gender and its relationship with law was drawn, then the issues related to gender in civil law, criminal law, commercial law and international human rights law were evaluated.

Keywords: Legal education, Gender, Equality, Discrimination, Sustainable development

* Prof. Dr., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD., ozlem.cakmut@ozyegin.edu.tr, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5247-5062>.

** Dr. Öğr. Üyesi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD, ozge.yucel@ozyegin.edu.tr, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7368-8067>.

*** Dr. Öğr. Üyesi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD, sendi.yakuppur@ozyegin.edu.tr, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9234-1715>.

**** Dr. Öğr. Üyesi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD, isik.ozler@ozyegin.edu.tr, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6588-8934>.

***** Öğr. Gör., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku (Sigorta Hukuku) ABD, ferhat.yildirim@ozyegin.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-6745-8820.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Özge Yücel Dericiler

E-posta/E-mail: ozge.yucel@ozyegin.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 15.09.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 06.12.2021

GİRİŞ

Cinsiyet eşitsizliği ve toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık, hem ülkemizin hem de dünyanın temel sorunlarından biridir. Eğitim ise içerik ve yöntemine bağlı olarak, toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığı yeniden üreten süreçlerden biri olabileceği gibi, toplumsal cinsiyet eşitsizliğiyle mücadelenin temel araçlarından biri de olabilir. Bu nedenle, eğitimde ve eğitim yoluyla toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasını sorunsallaştırmak önem taşır.

Birleşmiş Milletler (BM) düzeyinde bakıldığında toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve tüm kadınların ve kız çocuklarının güçlendirilmesi, belirlenmiş on yedi sürdürülebilir kalkınma hedefinden biri olarak karşımıza çıkar¹. Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sadece bir temel hak olmadığı, aynı zamanda barışçıl, müreffeh ve sürdürülebilir bir dünya için gereklilik olduğu kabul edilmektedir. BM, okula devam eden kız çocuk sayısının artması, erken yaşta evliliğe zorlanan kız çocuklarının sayısının azalması, yönetsel pozisyonlardaki kadınların sayısının artması gibi konularda gelişmeler olmakla birlikte hala pek çok mücadele alanının mevcut olduğuna, ayrımcı yasaların ve toplumsal normların hala yaygın olduğuna dikkat çeker².

BM’nin özel bir kurumu olan Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütünü (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization/UNESCO) sürdürülebilir kalkınma hedefleriyle bağlantılı olarak saptadığı küresel önceliklerinden biri de eğitimde toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasıdır. Bu amaçla UNESCO kız çocuklarının ve kadınların eğitiminin teşvik edilmesi, toplumsal dönüşümün özneleri olarak kadınların teşvik edilmesi, kadınların kültürel hayata tam katılımının sağlanması gibi öncelikler belirlemiştir. Ayrıca okulla bağlantılı toplumsal cinsiyet temelli şiddetin her türüyle mücadele de eğitimin önceliklerindedir. Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması hedefi UNESCO’nun tüm faaliyetleriyle bütünlük hale getirerek desteklediği bir hedefdir³. Eğitimde eşitlik ile kastedilenin sadece eğitime eşit erişim olmadığını da vurgulamak gerekir. Eğitimin adil, nitelikli, kapsayıcı ve toplumsal cinsiyet eşitliğine dayalı olması gerekir⁴.

Eğitim denildiğinde akla ilk olarak ilköğretim kademesi ve devamındaki süreçler gelir. Ancak üniversitelerin hem kurumsal olarak hem de ürettikleri bilgi itibarıyla ataerkil sistemin dışında olmadıkları düşünüldüğünde, lisans düzeyindeki eğitimin, özellikle de ataerkil yapının sürmesinde belirgin bir rol oynayan hukuk eğitiminin de toplumsal cinsiyet perspektifiyle ele alınması gerekliliği ortaya çıkar.

Bu çalışma, yukarıda belirtilen gerekliliklerden hareketle belirli bir Hukuk Fakültesi’nde ders veren ve kendi alanları açısından toplumsal cinsiyetle ilgili sorunlar olduğunu düşünen yazarların bir araya gelmesiyle ortaya çıkmıştır. Her alt bölümde yazarlar kendi alanlarına ilişkin belirli temel

1 “Goal 5: Achieve gender equality and empower all women and girls”, <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/gender-equality/>> Erişim Tarihi 13 Eylül 2021.

2 Bkz. Goal 5. Ayrıca Covid-19 sürecinin, sınırlı sayıdaki olumlu gelişmeyi de tersine çevirebileceği ve varolan eşitsizlikleri daha da derinleştirebileceğine dikkat çekilmiştir.

3 UNESCO moving forward the 2030 Agenda for Sustainable Development, <<https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/247785en.pdf>> Erişim Tarihi 13 Eylül 2021.

4 UNESCO moving forward the 2030 Agenda for Sustainable Development.

sorunlara yoğunlaşmış olup, alana ilişkin tüm soruları içerme ve tüm tartışmaları tüketme iddiası taşımamaktadırlar. Çalışmada öncelikle toplumsal cinsiyet kavramı ve hukuk ile ilişkisine ilişkin çerçeve çizilmekte, ardından seçilen alanlarda toplumsal cinsiyetle ilgili görülen belirli sorunlar tartışılmaktadır.

I. TOPLUMSAL CİNSİYET VE HUKUK EĞİTİMİ

A. TOPLUMSAL CİNSİYET SORUNU

Sözlük anlamıyla toplumsal cinsiyet, biyolojik farklardan ziyade toplumsal ve kültürel farklara göre erkek veya kadın olarak görülmeye işaret eder⁵. Bununla birlikte biyolojik cinsiyet (sex) ve toplumsal cinsiyet (gender) kavramlarının farklı feminist teorisyenlere göre farklı şekillerde ele alındığını, günümüzde cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin toplumsal cinsiyetle ilişkilendirildiğini ve kavramın kendisinin de farklı açılardan tartışıldığını belirtmek gerekir⁶.

Hukuk sistemimiz açısından bakıldığında ise toplumsal cinsiyet kavramı kadın ve erkek kavramlarıyla sınırlı olarak kullanılmakta ve İstanbul Sözleşmesi'ndeki toplumsal cinsiyet kavramı buna kaynaklık etmektedir⁷. Tam adı Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi⁸ olan, kısaca İstanbul Sözleşmesi olarak ifade edilen Sözleşme'nin 3. maddesi toplumsal cinsiyeti *herhangi bir toplumun, kadınlar ve erkekler için uygun olduğunu düşündüğü sosyal anlamda oluşturulmuş roller, davranışlar, faaliyetler ve özellikler* olarak tanımlar. Ne yazık ki, diğer pek çok toplumsal yapıda olduğu gibi hukuk da ataerkil bakış açısını yansıtır ve sürekli yeniden üretir. Tarihi süreci gözden geçirdiğimizde hukuk normlarının hem türetilmesinde hem de uygulanmasında toplumsal cinsiyet rolleri ve kalıplarının devreye girdiğini görmekteyiz. Bu durum hukuk ile toplumsal cinsiyet ilişkisinin gözden geçirilmesini gerekli kılar.

Toplumsal cinsiyetin sorunsallaştırılması; bireylerin cinsiyetlerine göre onlara toplumsal ve kültürel olarak farklı roller yüklenmesinin sorgulanması, kişinin ait olduğu kabul edilen toplumsal cinsiyetine göre belirli avantajlara sahip olmasının ya da dezavantajlı olmasının deşifre edilmesi, feminist teori sayesinde mümkün olmuştur. Bu çabanın hukuk alanındaki yansımaları da Feminist Hukuk

5 <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/gender?q=gender>> Erişim tarihi 13 Ağustos 2021; Kavramı kullanan sosyolog Ann Oakley, biyolojik bir kavram olan cinsiyetten farklı olarak toplumsal cinsiyetin psikolojik ve kültürel bir kavram olduğu tespitini yapmıştır. Erkek ya da kadın, oğlan ya da kız olmak, belirli bir cinsel organa sahip olmak kadar, giyim, jestin, mesleğin, sosyal ağın ve kişiliğin bir işlevidir. Ann Oakley, *Sex, Gender and Society* (Gower Publishing 1985) 158.

6 Mari Mikkola, 'Feminist Perspective on Sex and Gender', (*Stanford Encyclopedia of Philosophy Fall 2019 edition*), Edward N. Zalta (ed.), <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/feminism-gender/>> Erişim Tarihi 13 Ağustos 2021.

7 Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, 'Giriş' iç Gülriz Uygur, Nadire Özdemir (edr), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Seçkin 2018) 7. Sözleşmenin 3. maddesindeki tanımdan hareket edilmesi toplumsal cinsiyet kavramının hukuk literatüründe yerleşik hale geldiği ve mahkeme kararlarında dikkate alındığı anlamına gelmemektedir. Aksine kavram hem hukuk literatüründe hem de uygulamada nadiren kendine yer bulur. Bkz. Uygur, Özdemir 7.

8 Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi 11.5.2011 tarihinde imzaya açılmış ve 1.8.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye'de 1.8.2014 itibarıyla yürürlüğe girmiş, 1.7.2021 tarihi itibarıyla Türkiye Sözleşmeden geri çekilmiştir. Sözleşme metni için bkz. < <https://rm.coe.int/168.046.2545>> Erişim Tarihi 14 Ağustos 2021.

Teorisini⁹ şekillendirmiştir. 1980’li yıllardan itibaren gelişen bu teorinin önde gelen isimlerinin birçoğunun, 1960’lı yıllarda hukuk fakültelerinde öğrenci olan ve o yılların toplumsal hareketlerinde yer alan feministler olduğu ve aldıkları hukuk eğitiminde toplumsal cinsiyetin bir sorun olarak ele alınmamasından hareketle, teorik düzeyde ve uygulamada hukuk ve toplumsal cinsiyet sorununu bir arada ele almaya başladıkları görülmektedir¹⁰.

Yukarıda da belirtildiği üzere, bugün feminist teorinin kendi içinde toplumsal cinsiyete ilişkin yaklaşımlar farklılık gösterse de, kişinin toplumsal cinsiyeti nedeniyle üstün ya da aşağı görülmesi ve sahip olduğu haklardan yararlanıp yararlanamaması sorunu, feminist çalışmaların toplumsal cinsiyet eşitliğini hedefleyen sorgulamaları sayesinde gündeme gelmiştir.

Türkiye açısından bağlayıcı olan temel insan hakları sözleşmelerinden biri BM Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’dir (CEDAW)¹¹. CEDAW, devletlerin alması gereken önlemler arasında yasal önlemlerin yanı sıra, şu hususu vurgular: “Her iki cinsten birinin aşağı veya üstün olduğu fikrine veya erkekler ile kadınların basmakalıp rollere sahip oldukları düşüncesine dayanan bütün önyargılar ve gelenekler ile her türlü uygulamayı tasfiye etmek amacıyla erkeklerin ve kadınların sosyal ve kültürel davranış tarzlarını değiştirmek;” (CEDAW m.5/a).

Sözleşme’nin eğitim hakkına ilişkin düzenlemesinde de aynı hususa dikkat çekildiğini görürüz: “Erkeklerin ve kadınların kalıplaşmış rolleriyle ilgili kavramların eğitimin her düzeyinden ve biçiminden tasfiye edilmesi için karma eğitim ve bu amaca ulaşılmasına yardımcı olacak diğer eğitim türleri teşvik edilir ve özellikle okul kitapları ve ders programları gözden geçirilir ve bu öğretim metoduna göre uyarlanır.” (CEDAW m.10/c).

Toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle mücadelede eğitimin rolüne vurgu yapan İstanbul Sözleşmesi’nde de eğitimin niteliğine ilişkin olarak devletlere şu yükümlülük yüklenmektedir: “Taraflar, yerine göre, tüm eğitim seviyelerinde resmi müfredata, kadın erkek eşitliği, toplumsal klişelerden arındırılmış toplumsal cinsiyet rolleri, karşılıklı saygı, kişisel ilişkilerde çatışmaların şiddete başvurmadan çözüme kavuşturulması, kadınlara karşı toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve kişilik bütünlüğüne saygı gibi konuların, öğrencilerin zaman içinde değişen öğrenme kapasitelerine uyarlanmış bir biçimde dâhil edilmesi için gerekli tedbirleri alacaklardır.” (İstanbul Sözleşmesi m. 14).

Görüldüğü üzere, toplumsal cinsiyet eşitsizliği temel haklardan faydalanmayı engelleyen bir insan hakları sorunudur ve toplumsal cinsiyete dayalı roller ve kalıp yargılarla mücadele etmek devletlerin yükümlülüklerindedir. Bu mücadelenin başlıca araçlarından biri eğitimidir ve eğitimin her kademesinde söz konusu yükümlülük geçerlidir. Hukuk eğitimini de süreçten ayrı düşünemeyeceğimiz için, bu aşamada da toplumsal cinsiyet eşitliğine dayalı bir dönüşüm bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır.

9 Feminist Hukuk Teorisi için, kavramı ilke kez kullanan Ann Scales’in Türkçe’ye çevirilmiş şu eserine bakılabilir: *Hukuki Feminizm: Aktivizm, Savunma ve Hukuk Kuramı* (Dost 2019).

10 Fatma İrem Çağlar Gürgey, “Feminist Hukuk Kuramı’ Nedir?” (2014) 1(5) Hukuk Kuramı 28, 29-30.

11 BM Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi 1.3.1980 tarihinde imzaya açılmış ve 3.9.1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bakımından Sözleşme 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Toplumsal cinsiyet rolleri ve cinsiyetçi kalıpyargılar hukuk sistemi içinde oluşturulur ve hukuk aracılığıyla pekiştirilerek, ayrımcılığa ve insan hakları ihlallerine yol açar. Bu roller ve kalıpyargılar nedeniyle kişilerden, cinsiyetlerine göre belirli şekillerde davranmaları ve davranmamaları ya da belirli rolleri üstlenmeleri beklenir. Bu beklentiler, eşit muamele görmemeye ve ayrımcılığa yol açar¹². Aşağıdaki bölümlerde, hukuk fakültelerinde okutulan bazı dersler açısından cinsiyet rollerine ve kalıpyargılara dayalı norm ve uygulama örnekleri tartışılmaktadır.

Hukuk eğitimi alan öğrencilerin avukatlık, hâkimlik, savcılık, idari çalışan, meclis ve hükümet üyesi ve benzeri çok geniş yelpazede yer alan mesleklerde aktif rol alacakları ve etkin olacakları düşünüldüğünde, hukuka toplumsal cinsiyet açısından bakmanın önemi daha da anlaşılır hale gelir.

B. HUKUK EĞİTİMİNDE TOPLUMSAL CİNSİYET PERSPEKTİFİNİN AKTARILMASI

Dünyada giderek yaygınlaşan eğilim, her disiplinin toplumsal cinsiyet ekseninde gözden geçirilmesi ve kurumların bir toplumsal cinsiyet politikasının olmasıdır. Bu sürecin temelinde mevcut toplumsal yapıların cinsiyetçi olması ve bazen doğrudan bazen ise dolaylı olarak toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığa neden olmaları yatmaktadır. Ürettikleri bilgiyi toplumla paylaşan üniversitelerin toplumsal cinsiyete ilişkin bir politika belgesinin olması tam da bu nedenle gereklidir. Aynı nedenle hukuk fakültelerinin de toplumsal cinsiyete ilişkin politika belgelerinin olmasının zaruri olduğu vurgulanır.

Toplumsal cinsiyet eşitliğinin hukuk eğitiminde anaakımlaştırılması (mainstreaming), kurumsal, pedagojik ve eğitimle ilgili değişimleri gerektirir: Tüm materyallerin toplumsal cinsiyete duyarlı bir bakış açısıyla gözden geçirilmesi, içerikteki kalıp yargıların ve önyargıların açığa çıkarılması, akademisyenler ve öğrenciler arasında mevzuatı ve hukukun belirli alanlarını yorumlarken toplumsal cinsiyete duyarlı bir yaklaşımın geliştirilmesi gerekir¹³. Toplumsal cinsiyete duyarlı bütçeleme ile bu konudaki çalışma ve projelerin desteklenmesi ve toplumsal cinsiyetle ilgili derslerin de açılması gereklidir¹⁴.

Hukuk eğitiminin toplumsal cinsiyete duyarlı hale getirilmesi için, ders içeriklerinde, mevzuat kullanımında ve derslerde kullanılan yöntemlerde şu hususlara dikkat edilebilir¹⁵:

– Derslerde toplumsal cinsiyet kavramını tanımlamak,

12 Bu konudaki örnekler için bkz. Aslı Şimşek, 'Bir İnsan Hakları İhlali ve Ayrımcılık Biçimi Olarak Toplumsal Cinsiyet Roller ve Kalıpyargılar: CEDAW Çerçevesinde Bir İnceleme' (2020) 11(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 496-513.

13 Dragica Vujadinovic, 'Gender Mainstreaming in Law and Legal Education', (2015) 3 *Belgrade Law Review*, 63, https://www.researchgate.net/publication/314484835_Gender_mainstreaming_in_law_and_legal_education Erişim Tarihi 1 Ağustos 2021.

14 ibid. 63.

15 Bu konuda tartışma ve öneriler için bkz. Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, 'Hukuk eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine İlişkin Problemler ve Çözüm Önerileri: Etik Temelde Bir Arayış-Dönüşüm İlkesi I' iç Gülriz Uygur, Nadire Özdemir (edr), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Seçkin 2018)

- Derste kullanılacak materyalleri seçerken, o materyali toplumsal cinsiyet açısından gözden geçirmek; toplumsal cinsiyete dayalı önyargularla yazılmış materyalleri mümkün olduğunca önermemek/kullanmamak; kullandığımız materyallerde bu tür önyargular ve cinsiyetçi ifadeler yer almaktaysa, sorunlu hususlara dikkat çekmek,
- CEDAW ve İstanbul Sözleşmelerini baştan sona inceleyerek, kendi çalışma alanımızla ilişkili konu başlıklarını belirlemek ve bu konu başlıklarını anlatırken ilgili Sözleşmelerin hükümlerine yer vermek, somut olaylarla bağlantılar kurarak değerlendirmeler yapmak, Sözleşme gereklerinin ve devlete yüklediği yükümlülüklerin üzerinden geçmek,
- Anayasa m. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesinin uzmanlık alanımız açısından ve toplumsal cinsiyet eşitliği bağlamında doğurduğu sonuçları düşünmek ve derslerde bu konuya yer vermek, somut örneklerle değerlendirmeler yapmak,
- Derslerimizde, ele aldığımız konuda toplumsal cinsiyete dayalı önyarguları örneklendirerek farkındalık yaratmayı amaçlamak,
- Kendi alanımızda kullandığımız mevzuatın toplumsal cinsiyet eşitliğiyle ilgili hükümlerini derslerde ele almak,
- Grup çalışmalarında, ödevlerde, pratik çalışmalarda vb., toplumsal cinsiyet eşitliğiyle ilgili konular/kararlar seçmek,
- Sınav sorularını toplumsal cinsiyet eşitliğini gözeterek hazırlamak (örneğin sorularda cinsiyetçi, ayırıcı ifadelerle yer vermemek),
- Kurgusal davalar hazırlarken toplumsal cinsiyet eşitliği meselesini de dikkate almak, kurgu olayları toplumsal cinsiyet eşitliği duyarlılığı ile kaleme almak,
- Hukuk kliniklerinde toplumsal cinsiyet eşitsizliğiyle ilgili çalışmalar yapmak,
- Dersler sırasında cinsiyetçi dil kullanmamak ve derse katılanların kullanması durumunda müdahale etmek,
- Öğrencilerin derse katılımında toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetmek ve katılımları için onları cesaretlendirmenin yollarını aramak.

II. İNCELENEN DERSLER

A. MEDENİ HUKUK

I. GENEL OLARAK

1926 tarihli Türk Medeni Kanunu her ne kadar dönemi için eşitlikçi bir kanun olarak kabul edilse de¹⁶ kadın erkek eşitliğini gerçek anlamda sağlamaktan uzak kalmıştır¹⁷. Bunu gören kanun

16 Ahmet Kılıçoğlu, 'Medeni Kanun Açısından Kadın-Erkek Eşitliği' (1991) (1) Ankara Barosu Dergisi 9, 10.

17 Murat Develioğlu, 'Rupture d'égalité entre hommes et femmes autour de la question du nom de famille en Turquie' (2013) 65(4) Revue Internationale de Droit Comparé 859, 860. Yazar özellikle kadının soyadı konusunda eşitliği sağlayamadığını belirtmektedir.

koyucu 2002 yılında kabul edilen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile bu eşitsizliği ve değişen hayat koşullarını da dikkate alarak daha modern bir yapıya geçmeye çalışmıştır. Hâlihazırda Medeni Hukuku oluşturan kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku ve eşya hukuku olmak üzere dört alana bakıldığında aile hukuku alanında kadın erkek eşitliğine aykırı düşebilecek kanuni düzenlemelerin hala mevcut olduğu; diğer üç alan açısından kanunda kadın veya erkek olarak bir ayırım yapılmadığı ve kişilerin, cinsiyetlerinden bağımsız olarak malik, zilyet, mirasçı, mirasbırakan gibi ayırımlara tabi tutulduğu görülmektedir. Diğer bir ifade ile örneğin eşya hukuku alanında kanun tarafından malikin kadın veya erkek olması arasında bir ayırıma gidilmediği gibi miras hukukunda da mirasçının veya mirasbırakanın kadın veya erkek olması arasında da bir ayırım yapılmamış ve farklı düzenlemelere tabi tutulmamıştır.

Bununla birlikte, özellikle ataerkil toplumlarda, kişilerin erkekler lehine avantajlı durumlar yaratmak amacıyla farklı yollara başvurduğu da bir gerçektir. Sözelimi, az önce de ifade edildiği üzere, miras hukukunda yer alan normlar arasında kadın erkek eşitliğini bozacak hükümler yer almamaktadır. Diğer bir ifadeyle, mirasçılık sıfatına sahip sağ kalan eşin kadın veya erkek olması arasında bir fark yoktur. Bunun gibi, Kanunda saklı paya da sahip olan altsoyun kız veya erkek çocuk olması arasında da bir ayırım gözetilmemiştir. Ancak buna rağmen bu alanda erkeklerin menfaatine hizmet eden uygulamaların bulunduğu ve bu durumun zaman zaman mahkeme kararlarına dahi yansıdığı görülmektedir. Örneğin özellikle muris muvazaasının yapılmasına neden olan durumların başında, mirasbırakanın erkek çocuklarını kız çocuklarından üstün tutma çabası gelmektedir¹⁸. Bunun sebebi mirasbırakanın soyadını devam ettirme isteği veya malvarlığının yönetimini daha iyi yapacağına olan inanç olabileceği gibi ailenin malvarlığını erkeğin yöneteceğine olan inanç da olabilmektedir. Ataerkil toplumlarda sıklıkla karşılaşılan bu inançla mirasbırakanlar kız evlatların buna itiraz etmesini önlemek için muvazaa yoluna gitmektedir. Görüldüğü gibi her ne kadar kanun özelinde eşitliğe aykırı bir düzenleme yoksa da mirasbırakanın bu saiklerle taşınmazını oğulları ya da oğullarından olma erkek torunlarına temlik ettiği Yargıtay kararlarında da sıklıkla görülmektedir¹⁹. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca verilen bir kararda eşitliğe aykırı bu tür davranış için bir çözüm getirilmiştir. Kararda durum şu ifadelerle özetlenmişti: *“...Bu karar toplumun özel koşul ve gereksinimleri dikkate alınarak çıkarılmıştır. Şöyle ki, özellikle küçük kırsal bölgelerde*

18 Selin Sert Sütçü, *Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları* (1. Baskı, Seçkin 2018) 69; Eraslan Özkaya, *Açıklamalı – İçtihatlı İnanç İşlem ve Muvazaa Davaları* (7. Baskı, Seçkin 2017) 427.

19 Yargıtay 1 HD, E 2016/14919 K 2019/6764, 19.12.2019: *“... miras bırakan tarafından adına kayıtlı iki parça taşınmazın davalı oğluna ölüncüye kadar bakma akdi ile 13.08.1999 ve 04.08.2009 tarihlerinde devredildiği, 13.08.1999 tarihinde yapılan ilk temlikle bakım borcunun yerine getirilmesinin taahhüt altına alındığı, miras bırakan adına kayıtlı olan ve mirasçılarına intikal eden başkaca taşınmazın bulunmadığı, temliklerden davacının haberinin olmadığı, miras bırakanın uzun süre birlikte yaşadığı davalı oğlunu kayırmak suretiyle tüm malvarlığını davalıya devrettiği, ikinci temlik ile makul sınırın aşıldığı toplanan tüm deliller yukarıdaki ilkeler uyarınca irdelendiğinde 139 parsel sayılı taşınmazın devrinin mirasçılarının malların kaçırılması gaysesiyle ve muvaza içerdiği neticesinde varılmıştır. Yargıtay Bilgi Bankası <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, Erişim Tarihi 24.12.2020. Yargıtay 1 HD, E 2016/12480 K 2019/638, 10.12.2019: *“...miras bırakan ...'ın halen hayatta 10 kızı ve tek oğlu varken dava konusu tek taşınmazın davalı oğlu ve gelinine temlikinde bakıp gözetilme koşulunu değil de diğer mirasçılardan mal kaçırma düşüncesini ön planda tuttuğu ve bu iradeyle işlemi gerçekleştirdiği, bakım ve gözetim amacını taşınmazın bir kısmını vermek suretiyle de gerçekleştirebileceği sonuç ve kanaatine varılmaktadır. Muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali-tescil isteğine ilişkin davanın kabulüne karar verilmesi gerekir”*. Yargıtay Bilgi Bankası <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, Erişim Tarihi 24.12.2020.*

kız çocuklarını mirastan mahrum etmek amacıyla muris, erkek çocuğu ile anlaşarak gerçekte bağışlama istediği malvarlığını, kötüniyetle satış göstermek suretiyle devir işlemini gerçekleştirmektedir. (...)

İşte, 1974 tarihli İBK esas itibarıyla muvazaalı tasarruflar karşısında gerek kız çocuklarını erkek çocuklarla eşit miras hakkına kavuşturmak ve gerekse murisin çocukları arasında eşitliği sağlamak amacıyla çıkarılmış olup, bu düzenlemenin toplumun ihtiyaçlarına cevap verdiği ve hukuk önünde eşitliği sağladığı tartışma götürmeyecek kadar açıktır. Bu çözüm tarzının değiştirilmesini haklı kılacak hiç bir neden görülmemiştir²⁰.

Görülüyor ki, kimi zaman hukuk normlarının eşitlikçi olması da yeterli olmayabilmekte, bu konuda kanunu dolanarak yaratılan eşitsizliklere karşı mahkemelerin müdahalesine de ihtiyaç olabilmektedir. Ancak aşağıda detaylarıyla görüleceği üzere mahkemelerin bu konudaki hassasiyetine de her zaman rastlamak mümkün olmamaktadır²¹.

Türk Medeni Kanunu açısından genel bir değerlendirme yapıldığında kadın erkek eşitliği konusunda önemli adımların atıldığı ve geçmişte ciddi farklılıklar yaratan birçok hükmün 4721 sayılı Medeni Kanun'un kabulü ile yürürlükten kalktığı açıkça görülmektedir. Buna karşılık günümüzde medeni hukukta tam bir eşitliğin sağlandığını söylemek de güçtür. Özellikle eşitliğe aykırılık teşkil eden hukuk normlarına bakıldığında, kaynak İsviçre Kanununda bu konuların birçoğunda zaman içerisinde olumlu değişikliklere gidilmiş olsa da Türk Medeni Kanununda aynı hızla değişim ve bu konuda bir iyileştirmeye gidilmediği de görülmektedir.

Çalışmada öncelikle Türk Medeni Kanunu'ndaki hukuk normları açısından aykırı olduğu görülen hükümlere yer verilecek, olanak bulunduğu ölçüde kısaca Yargıtay ve Anayasa Mahkemesinin eşitliğe gölge düşürecek söylem ve kararlarından örnekler verilerek durum hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır. Bu konudaki açıklamalara geçmeden önce belirtmekte fayda vardır ki, toplumsal cinsiyet eşitliğine aykırılıklara ilişkin verilecek olan durumlar çalışmada sayılanlar ile sınırlı değildir. Çalışmada sadece özellikle derslerin işlenişi sırasında öğrencilerin dikkatine sunulması önemli olan temel aykırılıklar kaleme alınmaya çalışılmıştır.

2. MEDENİ HUKUK NORMLARI BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

Hukuk normlarına geldiğimizde medeni hukuk alanında kadın erkek eşitliğine aykırı kanun hükümlerin gerek geçmişte gerek günümüzde en çok rastlandığı alanın aile hukuku olduğunu söylemek gerekir. 1926 yılında kabul edilen Medeni Kanun'da aile hukuku alanında kadın erkek eşitliğine aykırılık teşkil edecek birçok hüküm bulunmaktaydı. Zamanla Anayasa Mahkemesi tarafından eşitliğe aykırı olduğu gerekçesiyle bu kanun maddelerinin birçoğu iptal edilmiştir. 2002 yılında da 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu kabul edilirken iptal edilen bu maddeler ve İsviçre'deki

20 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı E 1989/1, K1990/2, 16.3.1990.

21 Yargı organlarının kimi zaman geleneksel cinsiyet rollerini önde tutarken kimi zaman eşitlikçi normların hayata geçirilmesine katkı sağladığı yönünde bkz. Özgün Çelebi, 'Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı Ve Soyadının Çocuğa Aktarımı' (2019) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 537, 540.

gelişmeler dikkate alınarak eşitliğe aykırı olan birçok hükme artık kanunda yer verilmemiştir²². Ancak ne yazık ki kabul edilen bu Medeni Kanun ile de toplumsal cinsiyet eşitliğinin tam olarak sağlandığını söylemek mümkün değildir. Özellikle soyadı²³, soybağı ve kadın için bekleme süresi gibi konularda kadın erkek eşitliğinin sağlanabildiğini söylemek oldukça güçtür.

a. Soyadı Bakımından Değerlendirme

Türk Medeni Kanunu'nun "Kadının soyadı" kenar başlıklı 187. maddesi²⁴ uyarınca: "Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir²⁵. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir." Madde metnine bakıldığında genel olarak kullanılan kişi, birey, eş gibi terimler yerine "kadın ve erkek" terimlerinin tercih edildiği ve böylelikle söylemde bir ayrımcılığa gidildiği net bir biçimde görülmektedir. Söz konusu madde, 2013 yılında değişikliğe uğramadan önceki İsviçre Medeni Kanunu'nun 160. maddesine denk gelmekteydi²⁶. Bununla birlikte hâlihazırda üç fıkradan oluşan İsviçre Medeni Kanun'un 160. maddesi cinsiyet ayrımcılığı içeren bu maddeden ayrılmıştır. Anılan hüküm uyarınca her eş kendi soyadını korur. Bununla birlikte, müstakbel eşler, aile soyadı olarak gelinin veya damadın soyadını taşımak istediklerini nüfus müdürlüğüne beyan edebilirler. Müstakbel eşler soyadlarını muhafaza ettikleri takdirde, çocuklarının hangi soyadlarını taşıyacaklarına kendileri karar verirler. Haklı hallerde nüfus memuru, müstakbel eşleri bu yükümlülükten kurtarabilir²⁷. Görüldüğü üzere İsviçre kanun koyucusu bu konuda cinsiyet ayrımcılığına izin vermeyen eşitlikçi bir hüküm getirerek eski uygulamasından vazgeçmiştir²⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2004 tarihli Ünal Tekeli kararında Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiş ve Türkiye aleyhine tazminata

22 Evlenme yaşı, yerleşim yeri, velayet hakkının yürütülmesi, kadının çalışması, zina ve aile reisi ve benzeri konularında eşitliğe aykırı hükümler yürürlükten kalkmıştır.

23 Kadının soyadına ilişkin düzenlemelerin ve AİHS, Anayasa, CEDAW ve MÖHUK kapsamında detaylı değerlendirilmesi için bkz. Nuray Ekşi, 'Medeni Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükümünün AİHS, Anayasa, Cedaw ve Möhuk Kapsamında Değerlendirilmesi' (2012) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, 2011/II – 2012/I, Prof. Dr. Erhan ADA'L'a Armağan 311, 331.

24 Maddenin kadın-erkek eşitliği açısından detaylı değerlendirmesi hakkında bkz. Seda İrem Çakırca, 'Turkish Civil Code and CEDAW: Never Shall the Twain Meet?' (2015) 45(62) Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 145, 192.

25 Develioğlu (n 17) 860. Yazar sonradan eklenen bu fıkranın da eşitliği tam anlamıyla sağlayamadığını ifade etmektedir. Nitekim halihazır hükümler kocasının rızası olsa dahi aile soyadı olarak kadının soyadını seçmeye imkan vermemektedir.

26 Belirtmekte fayda vardır ki söz konusu değişikliğe temel oluşturan kanun 30.09.2011 tarihli Federal Kanun olmuştur.

27 İsviçre'de 2013 yılında yürürlüğe giren değişiklikler ve Türkiye'deki durum hakkındaki detaylı değerlendirme için bkz. Saibe Oktay Özdemir, 'Soyadı ve ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2017, 2032.

28 Belirtmekte fayda vardır ki İsviçre'ye nazaran Almanya bu konudaki eşitlikçi bakış açısını çok daha evvel, 1993 yılında kabul ettiği aile adıyla ilgili yasayla ortaya koymuştur. Ayrıca kanun artık evli çiftlerin ortak bir aile soyadı seçme zorunluluğunu da kaldırmış böylelikle eşlerin bu konuda anlaşamaması ihtimalinde kadın veya erkektekine yana bir tercih yapmak zorunda da kalmamıştır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Nazan Moroğlu, 'Kadının Kimlik Sorunu: Kadının Soyadı' (2012) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 245, 248.

hükmetmiştir²⁹. Türkiye aleyhine verilen bu karara rağmen hâlihazırdaki kanun maddesinde bir değişiklik yapılmamış; hatta 10.03.2011 tarihinde, anılan hükmün eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasını inceleyen Anayasa Mahkemesi şu açıklamalara dayanarak maddenin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığına hükmetmiştir:“(…) yasakoyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir denge kurulması da sağlanmıştır.

Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır³⁰.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun açılmasıyla konu 2014 yılında tekrar Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş ve Mahkeme, söz konusu madde ve uygulaması ile başvuru Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının, müdahalenin kanuniliği şartının yerine getirilmemesi nedeniyle ihlal edildiği sonucuna varmış ancak konuyu ayrıca Anayasa’nın 10, 12 ve 90. maddelerinin ihlal edildiği yönünden değerlendirmeye gerek görmemiştir³¹. Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi söz konusu maddeyi eşitliğe aykırılık yönünden incelememiştir. Tüm bu gelişmelere ve 17. maddenin ihlal edildiğine kanaat getirilmiş olmasına rağmen Medeni Kanunu’nun 187. maddesinde yine herhangi bir değişiklik yapılmamış, bu nedenle evlendikten sonra kadının sadece kendi soyadını tutabilmesi için mahkemeye başvurusu gerekmiştir³². Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2014/889 esas, 2015/2011 karar numaralı ve 30.9.2015 tarihli bir kararında “Somut olaya gelince: sebep önemli olmaksızın davacı evlilik birliği içinde sadece kızlık soyismini kullanmak istemektedir. Kızlık soyisminin kullanmak istemek için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu hak AİHS 8 ve Anayasanın 17. maddeleri kapsamında bir insan hakkıdır ve cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanmalıdır. Aksi durum AİHS’nin 14. maddesine aykırılık teşkil edecektir” şeklinde açıklamada bulunarak evli kadının sadece evlenmeden önceki soyadını taşıyabileceğine hükmetmiştir. Görülüyor ki hâlihazır düzenleme kapsamında evli kadın haklı sebebe ihtiyacı olmasa da ancak mahkeme kararı ile kendi soyadını tek başına kullanabilmektedir. Hâlbuki eşit haklara sahip olabilmek tıpkı İsviçre Medeni Kanun’daki mevcut düzenleme gibi bir hüküm getirilerek mümkün olur. Belirtmekte fayda vardır ki Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi anılan bu karardan kısa bir süre önce de “Mahkemenin gerekçesinde belirttiği Anayasa

29 Ünal v Tekeli Türkiye App no 29865/96 (ECtHR, 16 November 2004).

30 Anayasa Mahkemesi GK, E. 2009/85 K. 2011/49 T. 10.3.2011.

31 Anayasa Mahkemesi I.B., B. 2013/4439 T. 6.3.2014.

32 Serap Helvacı, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı’ (2015) 35(1) MHB 157, 166-167.

Mahkemesinin 19.12.2013 tarihli kararı bireysel başvuru sonucu verilmiş bir karar olup Anayasa mahkemesinin diğer kararları gibi bağlayıcı yanı yoktur. Böyle bir yaklaşım “yürürlükte olan yasa hükmüne aykırı kararlar verilmesi” sonucunu hasil eder. Bu ise, Türk Medeni Kanununun benimsediği aile birliğinin ve bütünlüğünün kocanın soyadı üzerinden devamına ilişkin genel prensibi ve kamu düzenini bozar. Öyleyse davanın reddine karar verilmelidir. Açıklanan hususlar gözetilmeksizin yasal olmayan gerekçelerle yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır” diyerek eşitliğe aykırı bakış açısını ve uygulamasını da sürdürmeye devam etmiştir³³.

Kadın erkek açısından soyadı konusunda farklı düzenlemeye gidilmiş olmasının bir diğer dolaylı sonucu “IV. Boşanan kadının kişisel durumu” kenar başlıklı Medeni Kanun’un 173. maddesine yansımıştır. Nitekim evlenme ile kocasının soyadını alan kadının boşanma ile de bu soyadından vazgeçmesi beklenmektedir. Konuyu düzenleyen hüküm uyarınca: “Boşanma hâlinde kadın, (...), evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hâkimden bekârlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir. Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hâkim, kocasının soyadını taşımasına izin verir. Koca, koşulların değişmesi hâlinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir”. Görülüyor ki kanun koyucu kadına, sadece evlenmede tercih hakkı tanımamakla kalmamış, boşanmada da kadına bir tercih imkânı vermemiştir. Kadının boşandıktan sonra boşandığı kocasının soyadını kullanabilmesi için ya kocanın buna müsaade etmesi gerektiğini ya da bu soyadını kullanmada üstün menfaati olduğunu ispatlaması gerektiğini hükme bağlamıştır. Eşitliğe aykırılık teşkil eden bu hükmün yanı sıra Yargıtay da haklı sebep sayılan halleri oldukça dar yorumlayarak kadının bu konudaki mağduriyetini devam ettiren kararlar vermeye devam etmiştir. Örneğin, Yargıtay boşanan kadının velayet hakkı kendisine bırakılmış çocukları ile aynı soyadını kullanma isteğini haklı sebep olarak kabul etmemiştir³⁴. Sonuç göstermektedir ki, gerek kanun gerekse Yargıtay boşanan kadının soyadını sadece soyadını veren erkeğin menfaatini dikkate alarak kadının kişilik hakları ile menfaatini ikinci plana atma eğilimindedir³⁵. Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki kadının medeni hal değişikliği erkeğinkinden farklı olarak kendiliğinden soyadının da değişmesine neden olmakta ve soyadının değişmezliği ilkesine de aykırı olarak sadece kadınlara özgü bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶.

b. Çocuğun Soyadı Bakımından Değerlendirme

Anne ile babanın evli olduğu ihtimalde kadının da aile soyadı olarak kocasının soyadını alması gerektiğinden; çocuk da babanın soyadını almaktadır. Eşler anlaşarak dahi çocuğa geçecek soyadını değiştirememektedir³⁷. Kadının evlenirken kocanın soyadının önünde kendi soyadını tutması da bu

33 Yargıtay 2 HD, E 2014/16089 K. 2014/23993, 27.11.2014, <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 30.09.2021.

34 Yargıtay 2 HD, E 2015/12024 K 2015/13284, 23.06.2015, <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 30.09.2021.

35 Çelebi (n 21) 569, Sera Reyhani Yüksel, “Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği” (2014) 18 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 175, 196.

36 Çelebi (n 21) 568.

37 Çelebi (n 21) 571; Deniz Ergene, İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanunda Değişiklik Önerisi’ (2011) 31(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 123, 139.

durumu değiştirmemekte, çocuk hem annenin hem de babanın soyadını birlikte alamamaktadır³⁸. Hâlihazır düzenlemeler eşlerin evli olduğu durumlarda çocuğun annesinin soyadını almasının mümkün olmadığını açıkça göstermektedir.

Evliliğin sona ermesi halinde kadının kendi soyadına dönmesi sonucu çocuğa da kendi soyadını verip veremeyeceği ise uzun bir süre boyunca bir başka tartışma konusu olmuştur³⁹. Anayasa Mahkemesi 2525 Sayılı Soyadı Kanunu’nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır*” hükmünü Anayasanın 10. ve 41. maddesine aykırılık teşkil ettiği için iptal etmiştir⁴⁰. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararı ne yazık ki ancak 2018 yılında Yargıtay tarafından benimsenebilmiş ve Yargıtay Hukuk Dairesi, 2018 yılında, boşanmış kadının velayeti kendisine verilmiş olan çocuğuna eğer onun üstün yararını ispat edebilirse ‘kendi soyadının’ verilmesini Aile Mahkemesinden talep edebileceğine karar vermiştir⁴¹. Belirtmekte fayda vardır ki Yargıtay burada durumu kadın erkek eşitliği açısından ele alarak değil çocuk açısından ve çocuğun üstün menfaati açısından değerlendirerek bu yönde bir karar vermiştir. Hâlbuki burada eşitliği esas alan kaynak kanun İsviçre veya Almanya gibi ülkelerdeki uygulama benimsenir ve evlenince eşlerin aile soyadı belirlenebileceği kabul edilirse; mahkemelerin, boşanma halinde çocuğun soyadı için anne veya baba arasında bir tercih yapmasına gerek olmayacak ve boşanmaya rağmen soyadında değişiklik yapılmasına gerek olmayacağı için çocuğun menfaati de bu durumdan zarar görmeyecektir⁴².

c. Soybağı Bakımından Değerlendirme

Türk Medeni Kanunu’nda kadın ve erkeklerin farklı uygulamaya tabi tutulduğu bir diğer alan ise soybağıdır. “*Genel olarak soybağının kurulması*” başlıklı Medeni Kanunu’nun 282. maddesi uyarınca çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulurken çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulmaktadır. Bu düzenlemeye göre erkek ile çocuk arasındaki soybağı açısından esas alınan kriter genetik miras iken kadın açısından genetik mirasa bakılmaksızın

38 Çelebi (n 21) 571; Burak Özen, ‘Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması’ (2010) 16(3-4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 171, 174.

39 2002 yılına kadar olan gelişme ve tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Haluk Nomer, ‘Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı’ (2002) (22) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 421, 450.

40 Anayasa Mahkemesi, E 2010/119 K 2011/165, 08.12.2011. Kararın detaylı incelemesi için bkz. Tuba Birinci Uzun, ‘Aile Soyadı Çıkmazı – Anayasa Mahkemesi’nin Çocuğun Soyadının Velayeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi’ (2016) (4) Ankara Barosu Dergisi 97, 137; Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Pelin Işıntan, ‘Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?’ (2012) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 265, 270.

41 Üstün menfaati olduğuna karar verdiği duruma ilişkin bkz. Yargıtay 2 HD, E 2017/1097 K 2018/12772, 12.11.2018, <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 30.09.2021. Mahkemenin üstün menfaati bulunmadığı için bu talebi reddettiği karar için bkz. Yargıtay 2. HD, E 2020/2199 K 2020/3166, 22.6.2020, <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 30.09.2021.

42 Yabancı hukuklarda evli kadının ve çocuğun soyadı hakkında datyalı bilgi için bkz. Yıldız Abik, *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı* (Seçkin 2005) 144 vd.

çocuğu doğurmaktır. Bunun bir sonucu olarak da, bir erkek aynı genetik yapıya sahip olmadığı için çocuk ile arasındaki soybağını reddetme hakkına sahip iken, örneğin taşıyıcı anne olduğu için doğurduğu çocuk ile aynı genetik mirasa sahip olmayan bir kadının soybağını reddetmesine Türk hukuk sistemi müsaade etmemektedir⁴³. Görülüyor ki kadın ve erkek ile çocuk arasında soybağının kurulması açısından da soybağının reddi açısından da farklı prensipler kabul edilmiştir. Ancak ifade etmekte fayda vardır ki söz konusu düzenleme İsviçre Medeni Kanunu'nun 252. maddesinde de aynen benimsenmiştir.

d. Bekleme Süresi Bakımından Değerlendirme

Kadın erkek açısından farklı uygulamaya yer veren diğer bir hüküm ise Türk Medeni Kanunu'nun "2. Kadın için bekleme süresi" kenar başlıklı 132. maddesinde yer almaktadır. Buna göre evlenmiş ve boşanmış kadınlar evlenmiş ve boşanmış erkeklerden farklı olarak evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün geçmedikçe evlenemez. Evlenebilmeleri için ya kadının önceki evliliğinden hamile olmadığına anlaşılması ya da boşandıktan sonra ve bir daha evlenmeden evvel doğum yapmış olması gerekmektedir. Öncelikle belirtmekte fayda vardır ki söz konusu düzenleme İsviçre'den alınmış olmakla birlikte daha Türk Medeni Kanunu kabul edilmeden 2 yıl önce, 1.1.2000 tarihinde İsviçre de yürürlükten kalkmıştır. Nitekim günümüz teknolojisinde babalığın tespiti ve kadının hamile olup olmadığı bu kadar kolay tespit edilebilirken eşitliğe aykırı böyle bir hükmün halen mevcut olması da son derece anlamsızdır.

3. YARGI KARARLARINDA

Medeni Hukuka ilişkin değerlendirmenin başında miras hukuku alanında Yargıtay'ın kararına yer verilmiş ve mahkemelerin mirasbırakanın kadın ve erkek evlat arasında yaratmaya çalıştığı ayrımcılığı önlemek adına gösterdiği çaba gözler önüne serilmiştir. Ancak Yargıtay'ın bu alandaki hassasiyetine her zaman rastlamak mümkün olmamaktadır. Gerek Yargıtay kararlarında gerekse Anayasa Mahkemesinin özel hukuk normlarının Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin yaptığı denetiminde eşitlikçi bakış açısından ziyade kadının korunmaya muhtaç ve bağımlı bir birey olmasına dayanan gerekçelere rastlanmaktadır. Bu bağlamda mahkemelerin çoğunlukla aile birliği ve kökleşmiş gelenekleri korumaya yönelik bir tutum sergilediği ve bu nedenle de kadın erkek eşitliğini değil toplumsal cinsiyet kalıplarını pekiştiren bir yaklaşım içerisinde olduğu görülmektedir⁴⁴. Yargıtay'ın özellikle aile birliğindeki yükümlülükler konusunda, "Türk Aile yapısı" adı altında yine eşitliğe aykırı birçok karara rastlanmaktadır. Örneğin Yargıtay daha yeni tarihli sayılabilecek bir kararında erkeğin fiziksel ve psikolojik şiddet uygulaması karşısında kadının güven sarsıcı davranışları olması ile ev

43 Tülay Aydın Ünver ve Şeyda Dursun Karaahmetoğlu, 'Ana ile Çocuk Arasında Kurulan Soybağının Reddi' iç Zeynep Özlem Üskül Engin (ed), *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk (I)* (On İki Levha 2019) 302; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, (2. Baskı, Vedat 2005) III §5 29-30; Şükran Şıpka: 'Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar', <https://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm> Erişim Tarihi 24.12.2018.

44 Ayşe Seda Gülseven, 'Türk Aile Hukukunda Toplumsal Cinsiyet Rollerini' (2017) (132) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 183, 197.

işleri ve ortak çocuklar ile ilgilenmemesini eşit kusur saymıştır ki kararda güven sarsıcı davranışların ne olduğu da açıklanmamıştır⁴⁵.

Yukarıda detaylı olarak ele alınan Anayasa Mahkemesi kararları da göz önünde bulundurulduğunda Anayasa mahkemesinin geçmişe nazaran daha eşitlikçi bir bakış açısıyla değerlendirme yapmaya başladığı görülmekle birlikte kamu düzenini koruma adı altında bazı konularda direndiği anlaşılmaktadır. Özellikle soyadı ve soybağı gibi soyun devamı konularda ataerkil bakış açısından tam anlamıyla sıyrılabildiğini söylemek oldukça güçtür.

B. CEZA HUKUKU (CEZA GENEL HUKUKU, CEZA ÖZEL HUKUKU, CEZA MUHALEMESİ HUKUKU, İNFAZ HUKUKU)

I. GENEL OLARAK

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi⁴⁶ 1. maddesinde; “*Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler, birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar.*” hükmünü getirirken 2. maddesi ile de; “*Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir.*” düzenlemesini yapar. Ardından 7. madde ile; “*Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasanın korunmasından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir*” der.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁴⁷ ise; **İnsan haklarına saygı yükümlülüğü** başlığı altında “*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.*” düzenlemesinin ardından 14. madde ile **Ayrımcılık yasağı** başlığı altında; “*Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.*” diyerek açıkça ayrımcılık yasağını düzenler.

Türk Hukuku bakımından üst norm olan Anayasa 10. maddesi⁴⁸ ile **Kanun önünde eşitlik** başlığı altında; “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./ Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./ Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa*

45 Yargıtay 2 HD, E 2021/1736 K 2021/2890, 12.04.2021, Yargıtay Bilgi Bankası <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, Erişim Tarihi 30.09.2021. Aynı yönde Yargıtay 2 HD, E 2016/15692 K 2018/6093, 03.05.2018, <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 30.09.2021.

46 <<http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/Insan-Haklari-Beyannamesi-1.pdf>> Erişim Tarihi 04.05.2021.

47 <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf> Erişim Tarihi 04.05.2021.

48 <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat>> Erişim Tarihi 04.05.2021.

imtiyaz tanınamaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” düzenlemesini getirir ve ardından 11. maddede; **Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü** başlığı altında; “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır./ Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*” diyerek Devletin tüm organ, kurum ve kurulları ile Anayasa kurallarına bağlı olduğunu ve yürürlüğe girecek mevzuatın da Anayasa’ya aykırı olamayacağını açıkça belirler. Ayrıca 90. maddesinde **Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma** başlığı altında, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” açık hükmü ile taraf olduğumuz Sözleşmeler bakımından da Sözleşmelerin üstünlüğünü ve özellikle iç hukuk ile uluslararası hukuk çatışmasında evrensel hukuk değerlerini koruma amacı güden ve bu nitelikte hüküm içeren antlaşmaların esas alınması zorunluluğunu kabul ederek, üstün ve uygulanacak normu insan hakları lehine belirlemiş ve tavrını netleştirmiştir.

Bugün genel olarak belirttiğimiz üst normlar bazında eşitlik ilkesinin esas alınması ve ayrımcılık fiillerinin her türünün hayatın her alanından çıkartılması zorunluluğu, konunun tüm taraflar özelinde bağlayıcılığı ve bu hususta istisna kabulünün mümkün olmadığı açık ve net biçimde bellidir.

Ceza mevzuatı bakımından derinlemesine irdeleme bu çalışmanın sınırlarını aşacak niteliktedir. Bu nedenle belirtmeliyiz ki, çalışmamızda dikkat çeken bazı temel hususların gündeme getirilmesi ve verilen örneklerle konu üzerinde düşünmeyi sağlamak amaçlanmıştır.

2. TÜRK CEZA KANUNU BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁴⁹ **Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi başlığını taşıyan 3.maddesinin ikinci fıkrasında;** “(2)Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konuları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz.” hükmü yer almaktadır. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nda bulunmayan ve gerekliliği tartışmalı olsa da⁵⁰ var olması konunun hassasiyetine binaen kabul edilebilir olan bu hüküm Ceza Kanunu uygulamasında herkese eşit davranılması gerektiğini ve hiçbir kimseye, hiçbir gerekçe ile ayrımcılık yapılamayacağını ifade eder. Ceza Kanunu’nun 122. maddesi ise **Nefret ve ayrımcılık suçu** başlığı altında; “(1)Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;/ a)Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,/ b)Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,/ c)Bir kişinin işe alınmasını,/ d)Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,/ engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” hükmünü getirmiştir ki, benzer bir düzenleme mülga Ceza Kanunu’nda bulunmamaktadır. Önemli

49 Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Karşılaştırmalı ve Tablolu Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat*, (18.Bası, Beta 2020) 8, 84.

50 Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (11.Bası, Beta 2020) 5.

bir adım olmakla birlikte yeri gelmişken hemen ifade edilmelidir ki, TCK m.122 düzenlemesi gerçek anlamda nefret ve ayrımcılık suçlarını kapsayan ve yaptırıma tabi kılan bir yapıyı haiz değildir⁵¹.

Ceza Hukuk normlarının ataerkil bir bakış açısıyla düzenlendiği, bu bakışın önyargılardan temelini aldığı ve süreklilik arz ettiği ve bu nedenle de eşitlik temelli olmaktan uzak olduğu, dolayısıyla “adaletsiz” bulunduğu ifade edilmektedir⁵². Bu çıkarımın özellikle 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu düzenlemesini ele aldığımızda yadsınamaz bir gerçeklik olduğu ortadadır.

Öncelikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kişilere karşı suçları genel hükümlerden hemen sonra düzenleyerek insana önem verdiği bir, devlete karşı işlenecek suçlar yerine insana karşı işlenecek suçların daha önemli olması nedeniyle öncelik gerçekleştirildiği ve kanun yapıcının bu konuya gösterdiği hassasiyetin, metnin oluşum felsefesinden kaynaklandığı ifade edilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte özellikle kanun yazım usulüne genel olarak baktığımızda kullanılan terim ve kavramlarda –yetersiz de olsa – ciddi değişiklikler yapıldığını ve özellikle eşitlik, ayrımcılık bağlamında sorunlu düzenlemelerin kanun kapsamından çıkarıldığını görüyoruz. Bu kapsamda; mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun dokuzuncu babının birinci faslının “adam öldürmek cürümleri” başlığı⁵³ ile maddelerde geçen “adam öldürme” ifadeleri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda değiştirilmiş, yerine madde metninde “insan” ifadesi kullanılmış ve Kanun’un ikinci kısmının başlığı da “kişilere karşı suçlar” olarak düzenlenmiştir. Bu husus metnin bütününe yansımış ve düzenlemelerde, insan, kişi, kişiler, herkes, bir kimse gibi genel ifadeler kullanılmıştır.

Mülga Kanun madde düzenlemeleri içinde geçen⁵⁴, “üvey evlat, evlatlık, karı, koca, babalık, analık, kız – kadın, evli kadın, kızlık bozma, kadın oynatma, ırz, iffet, şerefi kurtarmak saiki” vb. kelimeler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda temelde yer bulmamıştır; daha doğru bir ifade ile ayırıcı bir dil ile yazılan kavram ve metinler –eleştirilecek yanları bulunmakla birlikte– toplumsal değişim, eşitlik, toplumsal eşitlik ve çağın gerekleri doğrultusunda ya hiç alınmamış ya da eşitlik temelli kavramlara dönüştürülerek kendilerine yer bulabilmişlerdir. Örnek vermek gerekirse yeni kullanılan kavramlar: Eş, çocuk (üvey, öz, evlatlık ayırmaksızın), alt-üst soy, cinsel saldırı, cinsel dokunulmazlık, insan (kız-kadın-erkek ayırmaksızın) gibidir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ırza geçme suçu söz konusu olduğunda fail ve mağdurun evlenmesinin erteleme ve düşme nedeni kabul edilmesine ilişkin hüküm yer almamıştır. Ayrıca evli ve bekar kadın, bakire olan ve olmayan kadın ayrımlarına yer verilmemiştir⁵⁵.

51 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem Y. Çakmut ve Anıl Akyıldız, “Sporda Ayrımcılık ve Türk Ceza Hukuku” (2021), III (2), İstanbul Spor Hukuku Dergisi, 3, 8 vd.; Ulaş Karan, “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122.Maddesinin Uygulanabilirliği” (2007), 20 (73), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 146, 170 vd.

52 Gülriz Uygur, “Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir”, (2015), 4, Ankara Barosu Dergisi, 121, 122, <https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/33627/mod_resource/content/0/Toplumsal%20Cinsiyet%20ve%20Hukuk.pdf> Erişim Tarihi 04.05.2021.

53 Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanun ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, (4.Bası, Beta 2004), 245.

54 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mihriban Toluay, *İnsan Hakları Hukukunda Cinsiyet Temelinde Ayrımcılık Yasağı*, (1.Bası Onikilevha 2021), 73 vd.

55 Nur Centel, “Yeni Türk Ceza Yasası Ve Kadın”, 1, 7, <<http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf>> Erişim Tarihi 04.05.2021.

Suçların düzenlenmesinde özellikle kırılğan kesimlerin haklarının ve hukuki menfaatlerinin korunması bakımından hassas olunma gayreti –bazı yönlerden eksik kalsa da– metne yansımış görünmektedir: Bu kapsamda; bazı suçların düzenlendiği kısımların başlığı değiştirilmiş (Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkararak ve İffete Taarruz Edenler yerine Cinsel Dokunulmazlığa⁵⁶ Karşı Suçlar başlığı; Kız ve Kadın ve Erkek Kaçırarak başlığı yerine Hürriyete Karşı Suçlar/Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma başlığı kullanılmıştır.). Yine bazı fiiller suç kapsamına alınmış (kısmen ensest fiilleri, töre saikiyle insan öldürme gibi), bazı suç teşkil eden fiiller bakımından ayırımı uygulamaları doğuran düzenlemeler, ki bir kısmı süreçte mülga Kanun yürürlükte iken Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları ile yürürlükten kaldırılmış (kadın ve erkeğin zina fiillerini suç sayan düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmesinde olduğu gibi), diğer bir kısmı ise yasama organının tasarrufu ile kaldırılmış (fuhuş ile meşgul olan kadınlara karşı işlenen cinsel saldırı suçlarında indirim yapılmasının öngörüldüğü düzenleme, zina halinde yakalanana karşı işlenen öldürme veya yaralama fiillerinde indirim yapılmasının öngörüldüğü madde gibi), bir kısmı da yeni Kanun'un yapımı sürecinde alınmayarak suç olmaktan çıkartılmıştır (evlenmek vaadi ile kızlık bozma suçu, şeref saiki ile yeni doğan çocuğun öldürülmesi suçu gibi). Öte yandan özellikle cinsel saldırı suçunda eşe karşı işlenen cinsel saldırı fiili, diğer bir ifade ile evlilik içi cinsel saldırı fiili suç kapsamı içine alınmıştır. Eş olan kadına karşı klasik bakış açısından uzaklaşılması adına önemli bir adım olsa da bu suçun unsurları bakımından basit cinsel saldırı fiilinden farklı olması ve soruşturma ve kovuşturmasının şikayete tabi tutulması gerçek anlamda fiil ile korunmak istenen hukuki menfaat ihlalinin önlemekten uzak tutmakta ve suç normu ile beklenen amaca hizmet etmeyi mümkün kılmamaktadır⁵⁷. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.104'de yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından klasik anlayışı temsil eden *cinsel ilişki* kavramının kullanılması ve doğal sonucu olarak failin erkek olması zorunluluğunun kabulü sorunlu bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mülga Türk Ceza Kanunu'nda özellikle cinsel özgürlüğe yönelik suçlar incelendiğinde korunan hukuki menfaatin kadının salt cinsel özgürlüğü, dokunulmazlığı ve onurunun olmadığı, aile kurumu içinde ele alınan kadına önem atfedildiği, ailenin kutsallığı nedeniyle o küçük topluluğun bireyi olan kadının korunduğu gerçeği ile karşı karşıya kalırız⁵⁸.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda öldürme fiilinin töre saiki ile işlenmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş durumdadır. Ancak bu noktada önemle ifade edilmelidir ki, töre saiki yerine benimsenmesi gereken kavram "*namus saiki*" olmalıydı. Özellikle kadın-erkek eşitliği bakımından konuyu ele aldığımızda geleneksel ve ataerkil yapının normlara olan yansımalarının yarattığı ayırımı dilin ortadan kaldırılması insan öldürme suçlarında "*namus saiki*" kavramının benimsenmesi ve özellikle bu saikle işlenen suçlarda haksız tahrik indiriminin uygulanmasının önüne geçecek zorlayıcı şartların kabulü ile mümkün olabilecektir. Namus cinayetlerinin, öldürme suçu kapsamında nitelikli

56 Dokunulmazlık kavramının kullanılmasının hatalı olduğu konusunda bkz. Özlem Yenerer Çakmut, "Cinsel Suçlarda Hukuksal Boyut", (2018), 4(1), 65, 66, Türkiye Klinikleri Adli Tıp – Özel Konular, <<https://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-cinsel-suclarda-hukuksal-boyut-81435.html>> Erişim Tarihi 04.05.2021.

57 Centel (no 55) 8.

58 Toluay (no 54) 74.

hal içine alınmamış olması önemli bir eksiklik⁵⁹. Haksız tahrik ve takdiri indirim nedenlerinin uygulama örnekleri bakımında özellikle kullanılan dil ve belirlenen gerekçeler dikkat çekici bir görünüm arz etmektedir. Bu noktada namus kavramı ile özdeşleşen ve ataerkil bir yapının yansıması olan ifadelerin gerekçede baskın olması ve indirim nedeni olarak yer alması toplumsal eşitlik temeline aykırı düşmekte ve bu saikle işlenen insan öldürme suçlarının mazeretini oluşturmaktadır. Bu nedenle kullanılan ifadeler, işlenen fiilleri haklı kılmamalı, tam tersine toplumsal huzura vurulan damganın bir nişanesi olarak kabulü mümkün görülmeyen eylemler olduklarını ifade eden ve tolerans gösterilmesi mümkün bulunmayan fiiller olarak cezalandırılmalıdır.

Ceza Hukukunun temel ilkesi olan kanunilik kapsamında yaptırımların kanun ile belirlenmesi zorunludur. Türk Ceza Kanunu'nda yaptırımlar hapis ve adli para cezası olarak belirlenmiştir. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından seçenek yaptırımlar bulunmakla birlikte uygulama alanı dar ve sınırlıdır. Yaptırım çeşitliliğinin olmaması bireyselleştirme bakımından kırılğan grupların özelliklerinin dikkate alınamamasını sonuçlamaktadır. Bu nedenle yaptırımların çeşidinin artırılması kırılğan gruplar bakımından daha anlamlı ve cezanın amacını sağlamak bakımından da daha işlevsel olacaktır. Cinsel saldırı ve çocuğun cinsel istismarı suçları bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulama dışı bırakılması bu yöndeki suçların işlenmesi bakımından caydırıcı bir etki sağlayacaktır kanaatindeyiz, bu yolla toplumsal eşitlik kurallarının cinsel suçlar bakımından işlevsel hale getirilmesi söz konusu olabilecektir.

3. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU NORMLARI BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

Ceza muhakemesi hukukunda da toplumsal eşitsizlik örneklerine ilişkin birçok husus ile karşılaşmak mümkündür. Çalışmanın sınırları nedeniyle birkaç önemli ve dikkat çekici hususu vurgulamakla yetinmek durumundayız.

Ceza muhakemesi hukukunda önemli delil elde etme araçlarından biri beden muayenesidir. Beden muayenesi ile insan vücudu incelenmektedir. Tıbbi müdahale teşkil eden bu muayene, mağdurun rızası ile gerçekleştirilmekle birlikte, suç söz konusu olduğunda, özellikle cinsel suçlar, mağdurun bedeninden elde edilecek delillerin önemi nedeniyle çoğunlukla kadınların veya çocukların defalarca bu muayeneye maruz bırakılması söz konusu olmakta ve her defasında yaşanan travma ile aynı acı tekrarlanmaktadır. Her ne kadar şartları açıkça düzenlenmiş bulunsa da müdahale niteliği itibarıyla, özellikle kırılğan gruplar üzerinde, önemli etkiler yaratmaktadır. Kadınların, koşullar elverdikçe kadın doktor tarafından muayene edileceğine ilişkin hüküm, eleştirilmekle birlikte, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almış bulunmaktadır.

Özellikle genital muayene Türkiye'de, beden muayenesine ilişkin ayrıntılı hükümler ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kabul edilen genital muayene suçu (TCK m.287) öncesinde, kadınlar bakımından oldukça tartışmalı ve kabulü mümkün olmayan durumların yaşanmasına neden olmaktadır. Okula giden veya yurtlarda kalan kız çocuklarının gerek aileleri veya gerekse okul/yurt müdürleri

59 Benzer yönde bkz. Toluyay (no 54) 78 vd.; Centel (no 55) 12.

tarafından bekaret kontrolü amacıyla, genital muayeneleri için doktor kontrolüne gönderilmeleri, tarifi imkansız travmalara neden olduğu gibi, insan onuru ile bağdaşmayan aşağılayıcı muameleye maruz kalma yaşağına ve dolayısıyla toplumsal eşitlik ilke ve esaslarına aykırılık oluşturmaktaydı. Getirilen düzenlemeler ile çağ dışı bu uygulamanın devamı mümkün olmaktan çıkartılmış, ilgililer hakkında yaptırım öngörülen suç fiilleri haline getirilmiştir⁶⁰.

Öte yandan adalete erişim bakımından yasal olmasa da uygulamada kadınlar adına ortaya çıkan eşitsizlik toplumsal eşitlik idesinin gerçekleşmesini engellemektedir⁶¹.

4. İNFAZ HUKUKU NORMLARI BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un *İnfazda temel ilke* başlığı ile düzenlediği 2.maddesine göre; "(1)Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kurallar hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefi inanç, milli veya sosyal köken ve siyasi veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanır./ (2)Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz."

İnfaz Kanunu getirdiği normlarda tutuklu ve hükümlüler için hiçbir gerekçe ile ayrımcılık yapılmayacağını hükme bağlamış ve uygulamanın pozitif ayrımcılık dışında (kadınlar için ayrı ceza evleri inşası, kimi hükümlülerin özel durumları nedeniyle bireyselleştirme araçlarından faydalanılarak farklı infaz koşullarına tabi tutulmaları gibi esaslar) negatif ayrımcılık uygulamalarının yapılmaması esasını benimsemiştir.

Bu kapsamda İnfaz Hukukunda kırılğan gruplar için (kadın, çocuklu kadın, yaşlılar (65/70/75 yaşındaki mahkumlar), engelliler için belli bir ağırlığa kadar olan cezalarının çektirilmesi bakımından diğer mahkumlara göre daha lehe olan özel infaz usulleri benimsenmiştir. Örneğin, geceleri infaz, hafta sonları infaz, infazın ertelenmesi, seçenek yaptırımlardan faydalanma, çocuklar için benimsenen infaz uygulamaları vb. Çocuklar ve belli bir yaş üzerindeki mahkumlar için cezanın ertelenmesi kurumu bakımından daha lehe hükümler benimsenmiştir.

Öte yandan yine de gözden geçirilmesi gereken ve daha hassas düzenlemelere ihtiyaç duyan durumlar yok değildir. Kısaca birkaç tanesine vurgu yapmak gerekirse: İnfaz kurumlarında kadın mahkumların özel günlerine ilişkin hijyenik ped gibi ihtiyaçlarının devlet tarafından ücretsiz karşılanmaması önemli bir eksiklik. Çocukların belli bir yaşa kadar anne ile birlikte kalmasına olanak sağlanması önemli olmakla birlikte, diğer mahkumlarla birlikte aynı ortamda kalıyor olmaları çocuk gelişimi

60 Özlem Y. Çakmut, "Yargı Kararları Işığında Genital Muayene Suçu (TCK m.287)", iç Yener Ünver ve İ.Hamit Hancı (edr), V. *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Adli Bilimciler Derneği, Balıkesir Barosu, (Seçkin 2020), 125, 126.

61 Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Duygu Hatipoğlu Aydın, "Kadınların Adalete Erişimi", (2015), 4, ABD, 77, 80 vd., < <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/398470> > Erişim Tarihi 09.05.2021; Mary Jane Mossman, "Shoulder To Shoulder": Gender And Access To Justice", 350, 351 vd. <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2545&context=scholarly_works> Erişim Tarihi 09.05.2021.

açısından sorunludur. Yine cinsel yönelimi farklı olan bireyler bakımından ayrı cezaevi modelinin benimsenmemesi sıkıntılarının yaşanmasına neden olmaktadır. Ayrıca farklı beslenme alışkanlıkları olanlar bakımından (vejeteryan, vegan vb.) ayrı bir uygulama yapılmaması sorun yaratmaktadır.

5. YARGI KARARLARINDA

Yargı kararlarına ilişkin açıklama öncesinde önemle ifade edilmelidir ki, yargı mensubu olan hakim ve savcılar bakımından, kadın ve erkeklerin sayısal karşılaştırması yapıldığında erkek yargı mensuplarının sayılarının, kadınlara göre oldukça fazla olduğu görülmektedir⁶². Benzer durum avukat sayılarına da yansımıştır⁶³. Zaman içinde artışlar olsa da oransal olarak belirgin bir değişiklik görülmemektedir. Biraz daha iyi olmakla birlikte maalesef benzer durum Hukuk Fakülteleri akademik kadrosu özelinde de görülmektedir⁶⁴. Özellikle kamu otoritesine bağlı çalışılan meslekler bakımından bu farkın aynı biçimde şekillendiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. İşte bu durum, yargı kararlarına da ataerkil bir bakış açısının yansımaları, getirmekte; değişim istenildiği hızda gerçekleşmemektedir.

a. Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından

Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ilkesinin esaslarından biri olarak gördüğü eşitlik ilkesini, önüne gelen davalar bakımından ele almış ve irdelemiştir⁶⁵. Mahkeme’ye göre; “...*yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmeyecek ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılmayacaktır. Bu ilkeyle, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması engellenmektedir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kimilerinin Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen nedenlerle değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.*” (AYMK, 24.11.1999-1999-27/ 1999-42 sayılı karar). Benzer kararları olan Anayasa Mahkemesi, *haklı neden* ölçütünü kullanarak, kanun önünde eşitlik ilke ve esası bakımından, yasayla getirilmiş ve farklılığı haklı kılan bir nedene dayanıldığı durumda, diğer bir ifade ile haklı nedenin varlığı kanaatine varıldığında, düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığı

62 Erkek hakim ve savcılarının sayısı 11158; kadın hakim ve savcı sayısı ise 4146’dır. <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/39c8a8cb-7600-4159-933b-48881447f0d4.pdf>> Erişim Tarihi 04.05.2021.

63 31.12.2019 itibarıyla kadın avukat sayısı 50184; erkek avukat sayısı ise 70507’dir. Bkz. <<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/2019-avukat-sayilari-31122.019.81078>> Erişim Tarihi 04.05.2021.

64 Her geçen gün sayıları artıyor olsa da 93 Hukuk Fakültesi’nin bulunduğu dönemde yapılan bir araştırmada erkek akademisyen sayısı 1836 iken kadın akademisyen sayısı 1609 olarak belirlenmiştir. Bkz. <https://www.researchgate.net/publication/342511353_Turkiye'de_Akademide_Cinsiyet_Esitsizligi_Raporu_2020_Gender_Inequality_Report_at_the_Academy_in_Turkey_2020> Erişim Tarihi 04.05.2021.

65 Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Jülide Gül Erdem, “Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi Ve Kadın Erkek Eşitliği”, (2017), 4 (8), Akademik Hassasiyetler, 19, 28, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/394590>> Erişim Tarihi 04.05.2021.

sonucuna varmaktadır⁶⁶. Anayasa Mahkemesi kararlarında kullandığı *haklı neden* kavramına verdiği anlamı şu şekilde açıklamaktadır: “... *Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının anlam ve öneminin tüm ağırlığını taşıyan “haklı neden” ve “kamu yararı” kavramlarına, öğretilde, eşitliği bozduğu ileri sürülen sınıflandırma ya da ayırımı, a) ANLAŞILABİLİR, b) AMAÇLA İLGİLİ, c) MÂKUL VE ÂDİL olması ölçütleriyle hakuksal biçim ve içerik kazandırılmaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır, denebilir. Çünkü, eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmamakta ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olmaktadır. Başlangıçta varolan uyum içindeki bu koşullar, zamanla aralarındaki bağın çözülmesi halinde de Anayasa kurallarına aykırı hale gelebilirler.” (AYMK, 24.11.1999-1999-27/ 1999-42 sayılı karar)⁶⁷.*

Anayasa Mahkemesi kararlarından kadın-erkek eşitliğine de değinmiştir⁶⁸. Bu konudaki Yüksek Mahkeme görüşünün zaman içinde olumlu ve çağı yakalar biçimde değiştiğini de ifade etmek yanlış olmayacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin –kabul etmemiz ve katılmamız mümkün olmayan, ancak bir anlayışı temsil etmesi bakımından önemli bulduğumuz kadın-erkek eşitliği ötesinde kadınlar arasında *iffetli olma/olmama* kriterine değinerek 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu m.438'in Anayasa'ya aykırılığı konusunda verdiği bir kararında; “... *fuhşu kendine meslek edinen bir kadını zorla kaçırarak veya ırzına geçen bir kişiye verilecek cezanın, aynı eylemleri iffetli bir kadına karşı gerçekleştiren kişiye verilecek cezadan daha az olmasının haklı bir nedene bağlı bulunup bulunmadığının saptanması zorunludur. Devlet, toplumsal barışı, kamu düzenini, bireylerin güven ve huzurunu sağlamakla yükümlüdür. Kimi durumlarda Devlet, bu yükümlülüğünü alacağı ceza önlemleri ile yerine getirmeye çalışır. Yasakoyucu, bu konuda bir düzenleme yaparken kişi yararı kadar kamu yararını da gözönünde bulundurmak zorunda olduğundan, kimi suçların niteliğini, işlenme biçimini, toplum için verdiği zararı da gözeterik değişik cezalar verilmesini öngörebilir. Cezanın belirlenmesinde suçtan zarar görenin kişiliği ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğu da etkilidir. Yasakoyucu değişik eylemler için değişik cezalar yanında daha hafif bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebilir. Irza geçmek ve kaçırarak suçlarının fuhşu kendine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemlerin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda onun gördüğü zarar eşit sayılamaz, iffetli bir kadının zorla kaçırılması veya ırzına geçilmesi onun onurunu, toplumdaki ve yaşadığı ortamdaki saygınlığını, giderilmesi olanaksız ölçüde kıracaktır. Oysa, aynı eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinmiş bir kadının bu ölçüde zarar gördüğünü ileri sürmek ve kabul etmek güçtür. Fahişe, fuhşu kendisine meslek edinmiş, onu ticarî bir iş kabul etmiş olduğundan bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlarınkı kadar bozulmuş sayılamaz. Kaçırarak ve irza geçmek eylemleri iffete karşı işlenen birer suç olması ve bu eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinen birkadının uğrayacağı zararın, iffetli bir kadının uğrayacağı zarara göre çok daha az olacağı gerçeğinden hareket eden Yasakoyucu bu nedenle Türk Ceza Yasası'nın 438. maddesi ile böyle bir ayırma yer vermiştir. Şu halde, fuhşu kendisine meslek edinen kadınlara karşı işlenen zorla*

66 Erdem (no 65) 28.

67 Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1991/40?KararNo=1991%2F40>> Erişim Tarihi 04.05.2021.

68 Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Erdem (no 65) 35.

kaçırmak veya ırza geçmek suçlarında böyle bir kadının uğradığı zararın aynı eylemlerle karşılaşan iffetli bir kadının uğradığı zarara göre daha az olması bu ayırımın haklı nedenini oluşturmaktadır. Bu bakımdan eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilen itiraz konusu Türk Ceza Kanunu’nun 438. maddesi, bu eylemlerle karşılaşan kadınların değişik durumlarından kaynaklanan zorunluluklara ve dolayısıyla haklı nedenlere dayandığından Anayasa’nın 10. maddesinde açıklanan eşitlik ilkesine aykırı değildir.” biçiminde hüküm kurmuştur (AYMK, 29.11.1990-1990-30/1990-31 sayılı karar)⁶⁹.

Konuya ilişkin verdiği bir başka kararında; “Anayasa Mahkemesi 10.3.1964 günlü Resmi Gazete’de yayımlanmış olan 25.10.1963 günlü Esas: 1963/ 148 Karar: 1963/256 sayılı kararında: “Cinsiyet yasa önünde eşitliği engelleyen bir neden değildir” açıklamasıyla, kadın erkek eşitliğini belirgin duruma getirmiştir. Kadın erkek eşitliği, kadının erkekle eşit konuma getirilmesi olarak yorumlanmalıdır. Bunun aksi, yani erkeğin, daha kısıtlı hakları olan kadınla eşit duruma getirilmesi eşitlik kuralını olumsuz yönde yorumlama ve uygulama anlamına gelir. Oysa, kadın-erkek eşitliğinin amacı, her iki cinsin benzer ancak eşit olmayan yönlerinin olumlu doğrultuda hukuksal olarak eşit duruma getirilmesidir. Kuşkusuz, benzemeyen yönleri için yapılan farklı hukuksal düzenlemeler – örneğin kadına doğum izni verilmesi gibi – bu eşitliği etkilemez. Zira kadın ve erkeğin benzemeyen yönlerine ilişkin hukuk kurallarının amacı, eşitliği sağlamak değil; her iki cinsin farklı özelliklerine hukuksal alanda çözüm getirmektir. Kadınlara erkeğin eşitliği, iki cins arasındaki eşitsizliği yaratan değer yargılarının değiştirilmesini gerektirir. Çağlar boyu toplumların büyük kesiminde erkeğin kadına üstünlüğü yerleşik bir değer yargısı durumuna getirilmiş ve bu yargının temelinde, kadının âciz, erkek tarafından korunmaya muhtaç bir varlık (inbecillitas sexus) olduğu varsayımı yer almıştır. Örneğin, onbirinci yüzyılda Çin felsefesi, kadının en aşağı bir mahlûk olduğunu, birlikte yaşadığı kişiler tarafından acı çektirilmesinin doğal bulunduğunu savunuyordu. Ortaçağ Avrupa’sında da kadının eziyet edilmeye kendisini alıştırmaması öğretiliyor; erkeğin karısını dövmesi kilise hukukunda haklı bulunuyordu. Kocasını tehdit eden, hırsızlık yapan, rahibe karşı çıkan kadın öldürülüyordu. Semavi dinlerin kadının özgürlüğünde ve haklarını kullanmada olumlu katkıları olmuşsa da, uygulamada kadın ve erkek eşitsizliği giderilememiştir.” (AYMK, 29.11.1990-1990-30/1990-31 sayılı karar)⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi yine kadının zina fiilini suç olarak düzenleyen 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu m. 440’a ilişkin verdiği bir başka kararında ise, “Türk Ceza Kanunu’nun 440. maddesinde, karının zinasının suç oluşturacağı öngörülmüş, kocanın zinasını suç sayan 441. maddesi ise Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmiştir. Böylece, kocanın zinası suç olmaktan çıkmıştır. Evlilik birliğinin tarafları olarak karı ile aynı hukuksal konumda olması gereken koca için zinanın suç olmaktan çıkmasına karşın, karı için suç sayılmaya devam etmesi Anayasa’nın 10. maddesindeki “eşitlik” ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.” hükmü iptal etmiştir (AYMK, 23.06.1998-1998-3/1998-29 sayılı karar)⁷¹.

69 Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1989/3?KararNo=1989%2F3>> Erişim Tarihi 04.05.2021.

70 Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1990/31?KararNo=1990%2F31>> Erişim Tarihi 04.05.2021.

71 Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1998/28?KararNo=1998%2F28>> Erişim Tarihi 04.05.2021.

b. Yargıtay Kararları Bakımından

Yargıtay tarafından verilen kararlarda kullanılan dilde, toplumsal değerlerin, örf-adetin, geleneksel bakış açısının, kadın-erkek ilişkisinde taraflara yüklenen toplumsal rollerin yansımalarına sıklıkla rastlanmaktadır. Özellikle cinsel özgürlük ve dokunulmazlığa karşı suçlarda durum çok daha fazla görünür hale gelmektedir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde, son dönemlerde azalmaya başlasa da, daha yoğun olarak izlenen bu durum, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde, çağın getirdiği gelişmelere de paralel olarak, daha azalmış durumdadır, ancak sonlandığını ifade etmek mümkün değildir.

Özellikle mülga Ceza Kanunu döneminde, yürürlükte bulunan suçların unsurları nedeniyle verilen kararlar toplumsal cinsiyet eşitliği bağlamında oldukça sorunlu, ayırımıcı ifadeleri içinde barındırmaktadır. Yargıtay, mülga Ceza Kanunu'nun 423. maddesi kapsamında verdiği kararlarda *kızlık bozma* kavramını *kızlık zararının yırtılması* olarak ele almış ve suçla korunan hukuksal menfaatin bizzat *kızlık zarı* olduğu ifade edilmiştir⁷². Keza ırza geçme suçu bakımından madde düzenlemesi gereği failin sadece erkek olabileceği belirtilmiştir⁷³. Ayrıca ırza geçme suçunda fiil, mağdurun *mayubiyetine – ayıplı olmasına – neden olmuşsa* cezanın artırılması öngörülmüştü (mülga 765 sayılı TCK m.418/2).

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde de yargı kararlarında dikkat çekici eşitlik ilkesine aykırı ayırımıcı ifadelerin yer almasına ve uygulamaların yapılması neden olan başka bir ceza hukuku kurumu daha bulunmaktadır: *Haksız tahrik*. Hangi fiil ve söylemlerin haksız tahrik oluşturacağına belirlenmesinde kadın ve erkek arasında ayırım olduğu ve erkektekine yana tavır alındığı maalesef Yargıtay kararlarında dikkati çeken bir durumdur. Haksız tahrik indiriminin uygulandığı bazı örnekler: Kadının; evde sigara içmiş olması, yemek hazırlanmamış bulunması, izinsiz alışveriş yapmış olması, boşanmak istemesi gibi⁷⁴. Şu kararlar dikkat çekicidir: "... her ne kadar katılan uyuyakaldığı için zil sesini duymadığını beyan etmiş ise de sanık ile katılanın arasındaki geçimsizlik nedeniyle katılanın sanığı isteyerek kapıda bekletme ihtimalinin bulunduğu, bu nedenle sanık lehine yorumla sanık hakkında haksız tahrik indirimi yapılmasında bir isabetsizlik bulunmadığından...", (Y3CD, 01.10.2013-2012-28544/2013-33263); "...mağdurenin eşinden izinsiz terlik satın alması ve eve gelen eşi sanığa yemek hazırlanmamış olması şeklindeki hareketlerinin sanık lehine tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirip gerektirmediğinin kararda tartışılması gerekir.", (Y2CD, 29.03.2000-3033/3281); "...katılan ve mağdur grubunun 'bir kıza sahip çıkamıyor, ne biçim erkek' şeklinde söz atmaları bardağı taşıran damla olmuştur. Kavgada, kendine güvenen hangi Türk erkeği olursa olsun bu sözün altında kalmak istemez. İnsanların özellikle bu tür suç işlemlerinde ulusal, töresel ve ahlaki ön yargıların ve alışkanlıkların büyük rolü vardır. Değer yargıları itibarıyla Türk erkeğinin karakteristik yapısı, kolay kolay bu sözü kendisine sindiremez.", (YCGK,

72 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 359, K. 24, 19.01.1976; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 105, K. 128, 14.12.1990. Kararlar için bkz. Toluay (no 54) 166.

73 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 101, K. 56, 04.06.1990. Karar için bkz. Toluay (no 54) 167. Ayrıca bkz. Sulhi Dönmezer, *Umumi Âdâp ve Aile Nizamı Aleyhine Cürümler*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1945), 29; Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, (4. Bası Filiz Kitabevi 1994), 444.

74 Toluay (no 54) 172-174.

28.06.2011-114/150); “...Maktul ile sanığın annesi arasındaki ilişkinin cinsel ilişki boyutuna ulaştığına dair delil bulunmamakta ise de; maktulün evliliği devam eden, eşi ve çocuklarıyla birlikte yaşayan bir bayanın evine gündüzleyin gelmesi, sanığın daha önce maktulü birkaç kez evlerinin önünde görmesi nedeniyle annesiyle maktul arasında ilişki olduğundan şüphelenmesi ve olay günü de maktulü ailece birlikte yaşadıkları evin içinde annesinin yanında görmesi, kendisinin eve mutfak kapısından girdiği sırada daire kapısından çıkan maktulün apartmanın girişinde babasıyla tartışmaya başlaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, haksız tahrikin ulaştığı boyuta göre yerel mahkemece TCK’nun 29. madde uyarınca alt sınırdan uzaklaşımak suretiyle takdir edilen haksız tahrik indiriminin adil ve yerinde olduğunun kabulü gerekmektedir” (YCGK, 20.5.2014-2013-1-528/2014-269)⁷⁵.

Öte yandan, Yargıtay tarafından verilen kararlarda zaman zaman kadın ve erkek ayrımını ortaya koymak amacıyla kavramlara ilişkin farklı ifadeler kullanıldığı görülmektedir. Özellikle ve çoğunlukla cinsel suçlar bakımından yapılan bu ayrıştırma; “Sanığın, **mağdurenin** ellerinden tutarak “gel benim evime gidelim, seninle birlikte olmak istiyorum” şeklinde sözler söylediği iddia edilmiş olması karşısında, delillerin takdiri ve suç niteliğinin tayini görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait bulunduğu...”⁷⁶, toplumsal eşitlik esasına uygun görünmemektedir.

C. TİCARET HUKUKU (TİCARİ İŞLETME HUKUKU, ŞİRKETLER HUKUKU VE KIYMETLİ EVRAK HUKUKU)

Aşağıda ticaret hukukunda toplumsal cinsiyet eşitliğini ilgilendiren düzenlemeler üzerinde bir değerlendirme yapılırken, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK)⁷⁷ sırasıyla “Başlangıç” kısmı (m. 1 ila 10) ile “Ticari İşletme” (m. 11 ila 123), “Ticaret Şirketleri” (m. 124 ila m. 644) ve “Kıymetli Evrak” (m. 645 ila m. 849) olmak üzere ilk üç kitabında yer alan hükümleri esas alınacak ve ilgili ikincil mevzuata da yeri geldikçe değinilecektir. Ayrıca Türkiye’de ticaret hayatında kadının yeri hakkında da kısaca bilgi verilmeye çalışılmıştır. Ancak daha önce de ifade edildiği gibi, bu kısımda da derslerin işleniş sırasında öğrencilerin toplumsal cinsiyet ile ilgili dikkatlerine sunulmasının önemli olduğu düşünülen temel sorunlar kaleme alınmıştır.

1. TÜRK TİCARET KANUNUNUN BAŞLANGIÇ KISMI İLE TİCARİ İŞLETME, TİCARET ŞİRKETLERİ VE KIYMETLİ EVRAK KİTAPLARINDA KULLANILAN DİL BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

Hükümlerin içeriğinin incelenmesine geçilmeden önce TTK’da genel olarak cinsiyete dayalı ayrıştırıcı bir dil kullanılmadığı belirtilmelidir. Kanunda “kadın” veya “erkek” kelimelerine hiç yer verilmemiş;

75 Hülya Aksakal, “Yargıtay Kararlarında Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği: “Erkekler Lehine İşleyen Haksız Tahrik Kurumu””, (2018), 1, Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi, 25, 35-36, 38, <<https://tchd.org.tr/Uploads/20181%202.4.18.pdf#page=28>> Erişim Tarihi 09.05.2021.

76 Yargıtay 5CD, E. 2006-13201, K. 2007-7, 22.01.2007, aktaran, Leyla Çakıcı Gerçek, “Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu”, (2011), 60 (1), AÜHFD, 47, 59, < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/624642> > Erişim Tarihi 07.05.2021.

77 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

bunlar yerine “*taraf*”, “*kişi*”, “*kimse*”, “*tacir*”, “*ilgili*”, “*işletme sahibi*”, “*hak sahibi*”, “*hamil*”, “*dilekçe sahibi*” ya da “*düzenleyen*” gibi ifadeler tercih edilmiştir. Bu kelimeler dışında Kanunun ikinci kitabı olan “Ticaret Şirketleri” ile ilgili hükümlerde ise ayrıca “*ortak*”, “*pay sahibi*”, “*kurucu*”, “*üye*”, “*yönetici*”, “*tevdi eden*” veya “*müdür*” gibi cinsiyetsiz kavramlara yer verilmiştir. Bu kısımda cinsiyete gönderme yapan bir ifade örneği olarak sadece TTK m. 195/4 anılabilir. Hüküm, şirketler topluluğunda hâkim şirketlerin “*ana*”, bağlı şirketlerin de “*yavru*” şirket konumunda olduğunu açıklamaktadır.

Öte yandan, Kanunda bu eşitlikçi tutumun aksine bazı örneklerle de karşılaşılmaktadır. Konumuz kapsamındaki iki hükümde “*adam*” kelimesi kullanılmıştır⁷⁸. Bunlardan birincisi, tacir olmanın sonuçlarından biri olan “*basiretli bir iş adamı gibi hareket etme*” zorunluluğunu düzenleyen TTK m. 18/2’dir. İkincisi ise aynı yükümü kolektif şirketlerde tasfiye memurları için getiren TTK m. 286/1’dir. “*Basiretli bir iş adamı gibi hareket etme*” yükümü, tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde kendi yetenek ve imkânları gereği ondan beklenebilecek özeni değil; aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen objektif özeni göstermesinin gerekli olduğunu öngörür⁷⁹. Doktrinde ifade edildiği gibi, burada sorun, olumlu kabul edilen özellik ve yeterliliklere sahip bir insan olmanın “erkek” olmakla özdeşleştirilmiş; böylece kadın aleyhine cinsiyetçi bir dile yer verilmiş olmasıdır⁸⁰.

Şüphesiz, Kanunda “*basiretli bir iş adamı gibi hareket etme*” ifadesine yer verilmesi, erkekler dışında kalan tacirlerin bu yükümden muaf oldukları veya bu yükümü yerine getiremeyecekleri gibi bir anlayışın benimsendiği anlamına gelmez. Bu nedenle, bu ibare yerine rahatlıkla “*basiretli bir iş insanı*” ifadesi kullanılabilirdi ve böylece çok daha eşitlikçi bir yaklaşım benimsenmiş olurdu. Hatta Kanunun diğer maddeleri ile terim birliği sağlanması açısından TTK m. 110/2’de olduğu gibi “*basiretli bir tacir*” ibaresine de yer verilebilirdi⁸¹.

2. TİCARİ İŞLETME HUKUKU NORMLARI BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

Kanunun başlangıç kısmı ve ilk kitabı olan “Ticari İşletme” ile ilgili hükümler incelendiğinde, tacir olmak veya ticari bir işle uğraşmak bakımından cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım gözetilmediği söylenebilir⁸². TTK’da bulunmamasına rağmen, konuya ilişkin cinsiyetçi bir yaklaşım 1926 tarihli eski Türk Medeni Kanununda (eTMK) benimsenmiş durumda idi. eTMK m. 159 gereği, evli kadının

78 TTK’nın konumuz kapsamı dışındaki diğer hükümlerinde toplam 64 defa “adam” kelimesi geçmektedir. Bunlardan ikisi Kanunun “Taşıma İşleri” kitabında (m. 879; m. 929) ve kalanlar ise “Deniz Ticareti” kitabında “*gemi adamı*” ve “*taşıyanın adamları*” şeklinde yer almaktadır. Bu maddeleri toplu halde görmek için bkz. Damla Songur, “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Perspektifinden Ticaret Hukuku ve Uygulamasına Genel Bakış” iç Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir (edr) *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Seçkin 2018) 416, dn. 16.

79 ibid 416; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (24. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2018) 151; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku* (21. Baskı, Beta 2020) 119.

80 Songur (n. 78) 416.

81 Aynı yönde bkz. ibid 417. Songur, “*basiretli bir iş adamı*” yerine “*tedbirli bir tacir*” (TTK m. 928/2) ya da “*tedbirli bir yönetici*” (TTK m. 369/1) yahut “*basiretli yönetici*” ibarelerinin de kullanılabilceğini ifade etmiştir. Kanaatimizce, salt tedbir kelimesi “*basiret*” kavramını tam olarak karşılamadığı ve “*yönetici*” ile “*tacir*” kavramları ise birbirlerinden çok farklı anlamlar taşıdığı için yazarın bu görüşüne katılamıyoruz.

82 ibid 414.

bir iş görme ve meslekle uğraşması eşinin iznine bağlanmıştı. Ancak bu hüküm, 1990 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmiş⁸³ ve böylece kadınların eşlerinden izin almaksızın ticari hayatta yer almalarının önü kanunen açılmıştır⁸⁴.

Tacir sıfatının kazanılmasında olduğu gibi, tacir olmanın sonuçları açısından da cinsiyeti esas alan bir ayırım yapılmamıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere, bunlardan biri olan “*basiretli bir iş adamı gibi davranma*” yükümü cinsiyeti fark etmeksizin bütün tacirler bakımından uygulanır. Benzer şekilde, ticaret siciline kayıt, ticaret unvanı veya işletme adı kullanma, ticari defterler tutma, cari hesap sözleşmesi akdetme ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda (TBK)⁸⁵ düzenlenen diğer tacir yardımcıları da dâhil olmak üzere, acenteliğe ilişkin hükümlerde öngörülen şartlar, ortaya çıkan hukuki sonuçlar ve yükümlülükler açısından da cinsiyete dayalı hiçbir ayırım bulunmamaktadır.

Konumuz kapsamında değinmemiz gereken tek hukuki düzenleme haksız rekabeti ilgilendirmektedir. Haksız rekabetin özel bir hali olan “*haksız ticari uygulamalar*”, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)⁸⁶ m. 61, m. 62, m. 63 ve m. 84 hükümlerine dayanılarak çıkarılan “Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği”⁸⁷ ile düzenlenmiştir. Uygulama alanı TTK’nın haksız rekabete ilişkin hükümlerine nazaran sınırlı olmakla birlikte, Yönetmelik, tüketicilerin ekonomik çıkarlarının korunması amacıyla aldatıcı ve yanıltıcı reklamlar ile tüketicilere yönelik aldatıcı veya dürüstlük kurallarına aykırı ticari uygulamaları yasaklamaktadır. Yönetmeliğin iki ayrı maddesinde “cinsiyeti” dikkate alan düzenlemeler getirilmiştir:

Bunlardan birincisi, reklamlarla ilgili temel ilkelerin düzenlendiği m. 5’tir. Buna göre, reklamlar, “*dil, ırk, renk, cinsiyet... ve benzeri özelliklere yönelik kötüleme, istismar, önyargı veya ayrımcılık içeremez*” (m. 5/1/d bendi). Hükümde açıkça cinsiyete de dayalı ayrımcılık yasağı getirilmiştir. Bu noktada reklamın konusu olan mal veya hizmetin kadın ya da erkeğe hitap etmesi ile reklamda cinsiyete yönelik bir ayrımcılık yapılması birbirinden ayrılmalıdır. Bilindiği gibi, her reklam belirli bir hedef kitleye yönelir. Hedef kitle, mal ya da hizmeti satın alan yahut alacak olan kişi ve gruplar ile mal veya hizmeti satın almayan ancak satın alınmasına karar veren veya satın alınmasına etki eden kişilerdir (çocuklar, eşler, arkadaşlar vs.). Reklamın hedef kitlesi belirlenirken yaş, cinsiyet, meslek, gelir, ilgi alanları gibi unsurlar dikkate alınır⁸⁸. İşte kadınlar da reklamcılar tarafından iki nedenle reklamda kullanılmaktadır: Reklamın hedef kitlesi oldukları için veya başkalarını etkilemek ve ikna etmek için. Erkeklerin hedef kitle olduğu reklamlarda kadınların güzel, çekici, genç kadın olarak sunumu

83 Anayasa Mahkemesi, E 1990/30 K 1990/31, 29.11.1990.

84 Bahtiyar (n. 79) 109; Aynur Yongalık, ‘Pozitif Ayrımcılığın Aracı Olarak Hukuk: Şirket Yönetim ve Denetim Kurullarında Kadın Kotası Uygulaması’, iç Fatma Güven Lisaniler ve Süheyla Üçışık Erbilin (edr) *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Hukuk: 4. Uluslararası Kadın/Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları Konferansı, Bildiri Özetleri Kitabı* (2012) 5; Songur (n. 78) 414–415.

85 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

86 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013/28835.

87 Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği, RG 10.01.2015/29232.

88 Ferzinde Kaya, ‘Reklam ve Pazarlama Stratejileri: Bir Reklamda Olması Gerekenler’ (2018) 3(5) Mecmua Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi 99, 101.

ikinci ihtimale bir örnektir⁸⁹. Bu durum, Yönetmelik m. 5/1/d bendini her zaman ihlal etmese de, kadınların reklamda cinsel meta haline getirilmesi de cinsiyet eşitliğine zarar veren bir tutumdur.

İkincisi ise fiyat bilgisi içeren reklamlara ilişkin m. 13/3'tür. Madde gereği, fiyat içeren reklamlarda “tüketicinin yaş, cinsiyet, sağlık durumu gibi özellikleri” nedeniyle bir vergi, resim, harç veya ücretin hesaplanmaması durumunda bu unsurların fiyata dâhil olmadığı ve toplam fiyatın hesaplanma yöntemi reklamlarda açıkça belirtilir.

Öte yandan, ticaret hukuku açısından cinsiyet eşitsizliğinin daha çok uygulamada ortaya çıktığını ve ticaret hayatına katılan kadın ve erkek sayısının eşit olmadığını söylemek mümkündür. “Türkiye Kadın Girişimciler Derneği” (KAGİDER) tarafından 2018 yılı verileri esas alınarak kadın girişimciler (tek başına ya da ortaklarıyla birlikte sermaye koyarak üretim amacıyla bir işe başlayan kadınlar)⁹⁰ üzerinde yürütülen ve 2019’da sonuçları yayımlanan araştırmaya göre, Türkiye girişimciliğin yüksek oranda bir kariyer tercihi olarak görüldüğü az sayıda ülkeden biri olmasına rağmen, kadın girişimcilerin sayısı erkek girişimcilerin yarısından daha azdır. Kadın girişimcilerin oranı %9 civarında kalmaktadır⁹¹.

Kadın girişimcilerin kurdukları girişimlerin faaliyet alanları incelendiğinde ise önde gelen sektörün hizmet sektörü (eğitim, danışmanlık, halkla ilişkiler, tekstil, sağlık) olduğu göze çarpmaktadır⁹². Öğretide bu tercihin, biyolojik açıdan sahip olunan cinsiyet özellikleri yanında daha az sermaye ve donanım gerektirmesi ve kadına iş ve aile yaşamını dengeleme olanağı sağlaması gibi sebeplerden kaynaklandığı ileri sürülmüştür⁹³. Ancak kanımızca, bu yorum cinsiyetçi olup kadına verilen toplumsal rolün ve kadına yönelik beklentilerin etkisi altında kalmıştır.

Ülkemizde kadın girişimcileri teşvik etmek ve geliştirmek amacıyla bazı kurum ve kuruluşlar tarafından çeşitli destek programları yürütüldüğü belirtilmelidir. Bunlar arasında, Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığınca (KOSGEB) verilen “Kadın Girişimci Kredi Desteği”⁹⁴, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) bünyesinde kadın girişimcilere eğitim vermek ve iş fikirlerini hayata geçirmeleri için destek sağlamak üzere kurulan

89 Duygu Dumanlı, ‘Reklamlarda Toplumsal Cinsiyet Kavramı ve Kadın İmgesinin Kullanımı; Bir İçerik Analizi’ (2011) 1(2) Yalova Sosyal Bilimler Dergisi 132, 134. Zaman içinde yaşanan toplumsal değişimin reklamlardaki kadın imgesi üzerindeki etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Dumanlı (n. 89) 135 vd.

90 Girişimci kavramı ve girişimcilik türleri hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Burcu Kılınç Savrul ve Dalga Akyüz, ‘Türkiye Ekonomisinde Kadın Girişimcilerin Mevcut Durumu ve Geliştirilmesine Yönelik Çözüm Önerileri’ (2016) 11(1) ÇÖMÜ Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi 165, 170 vd.

91 Türkiye Kadın Girişimciler Derneği (KAGİDER), ‘Türkiye Kadın Girişimcilik Endeksi – 2019 Araştırma Raporu’ (Cinsiyet Eşitliği İzleme Merkezi, 2019) <<https://dSPACE.ceid.org.tr/xmlui/handle/1/427>> Erişim Tarihi: 20.04.2021.

92 Sevtap Keskin, ‘Kadın ve Erkek Girişimciler Arasındaki Farklılıklar’ (2017) 1(1) Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü e-Dergi 64, 68. Aynı yönde bkz. Kılınç Savrul ve Akyüz (n. 90) 167. Kadın ve erkek girişimciler arasında görülen amaç, yaptıkları hazırlık, yaş, iş stratejileri, kurdukları organizasyon, beklentileri, kaynak ve sektör seçimi gibi çeşitli farklılıklar hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Keskin (n. 92) 67 vd.

93 Keskin (n. 92) 67; Nazan Yelkikalan, ‘Başarılı Girişimcilikte Cinsiyetin Rolü: Kadın Girişimciler’ (2006) 1(1) ÇÖMÜ Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi 45, 50.

94 Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. KOSGEB Kadın Girişimci Desteği <<https://devletkredileri.com/kosgeb-kadin-girisimci-destegi/>> Erişim Tarihi 22.04.2021.

“Kadın Girişimciler Kurulu”⁹⁵ ya da Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca sağlanan faizsiz ve uzun vadeli kredi desteği sayılabilir⁹⁶. Tüm bu olumlu gelişmelere rağmen, kadın girişimcilerin oranı göz önünde alındığında, teşvik programlarının yeterli düzeyde olduğunu söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Kadınları ekonomik hayata çeken, eğitim ve bilinç düzeylerini yükselten, onları cesaretlendiren ve girişimcilik özelliklerini güçlendiren yeni politikalara ihtiyaç duyulduğu açıktır⁹⁷.

3. ŞİRKETLER HUKUKU NORMLARI BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

TTK’nın ikinci kitabı olan “Ticaret Şirketleri” ile ilgili hükümler incelendiğinde de ne genel hükümler arasında ne de şirket tiplerine özgü özel hükümlerde cinsiyetçi bir söyleme yer verildiği söylenebilir.

Ticaret şirketlerinin sözleşmelerinde bulunması gereken unsurlar arasında ortakların, yönetici veya temsilcilerin cinsiyetine ilişkin bir bilgiye yer verilmemiş; ortak, yönetici ya da temsilci olma ehliyeti, yetkileri, hak ve yükümlülükleri bakımından cinsiyete dayalı bir ayrıma da gidilmemiştir. Hatta anonim (TTK m. 357) ve limited şirketlerde (TTK m. 627) geçerli olan “*eşit işlem ilkesi*”, pay sahiplerinin/ortakların eşit şartlarda eşit işleme tâbi tutulacaklarını kanunen güvence altına almıştır. İlke, sadece aynı durumda bulunan pay sahipleri/ortaklar arasında eşitliği kabul ettiğinden kural olarak nispi niteliktedir. Ancak aynı zamanda Anayasa’ya da aykırı olan özellikle dil, din, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve mezhep ayrılığı gibi farklılıklar temel alınarak gerçekleştirilen işlemlerde eşitlik ilkesi mutlak şekilde uygulanmalıdır⁹⁸. Dolayısıyla örneğin, sırf kadın olduğu için bir pay sahibinin kâr payının erkek pay sahiplerinden daha az hesaplanması ilkeye aykırılık teşkil eder⁹⁹.

Diğer taraftan, TTK’da şirket ortakları, yönetici veya temsilcileri arasında kadınların bulunması zorunluluğuna yer verilmemiştir. Buna karşılık, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından kurumsal yönetim ilkelerini belirlemek üzere 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn)¹⁰⁰ m. 17’ye dayanılarak yayımlanan II-17.1 sayılı “Kurumsal Yönetim Tebliği”¹⁰¹ ile hemen aşağıda açıklayacağımız üzere, farklı bir anlayış benimsenmiştir. Tebliğde, payları borsada işlem gören anonim şirketler için uyulması zorunlu olan ilkeler tek tek sayılmıştır (II-17.1 sayılı Tebliğ m. 5/1). Uyulması zorunlu tutulmayan tavsiye niteliğindeki ilkeler bakımından “*uygula, uygulamıyorsan açıkla*” (*comply or explain*) prensibi geçerlidir (II-17.1 sayılı Tebliğ m. 8/1).

95 Resmi web sayfası için bkz. <https://www.tobb.org.tr/TOBBKadinGirisimcilerKurulu/Sayfalar/AnaSayfa.php>.

96 Ayrıntılı bilgi ve diğer örnekler için ayrıca bkz. Kamuajans, ‘Girişimci Kadınlara 2021 Yılı Destek Veren Kamu Kurumları ve Sivil Toplum Örgütleri’ (Kamuajans, 16.06.2021) <<https://www.kamuajans.com/>> Erişim Tarihi: 26.09.2021.

97 Aynı yönde bkz. Kılınç Savrul ve Akyüz (n. 90) 182.

98 Şükrü Yıldız, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi* (Seçkin 2004) 88; Akın Murat Yusuf ve Setenay Yağmur, ‘Türk Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesinin Uygulanması Açısından Objektif Kriter Kavramı’ (2018) 13(144) Terazi Aylık Hukuk Dergisi 96, 103.

99 Akın ve Yağmur (n. 98) 103.

100 Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, RG 30.12.2012/28513.

101 Kurumsal Yönetim Tebliği, RG 03.01.2014/28871.

II-17.1 sayılı Tebliğin ekinde yer alan kurumsal yönetim ilkelerinin dördüncü bölümü “yönetim kurulu” ile ilgili ilkelere ayrılmıştır. Bu bölümde “*Yönetim Kurulunun Yapısı*” başlığı altında düzenlenen 4.3.9 numaralı ilke gereği, “*şirket, yönetim kurulunda kadın üye oranı için %25’ten az olmamak kaydıyla bir hedef oran ve hedef zaman belirler ve bu hedeflere ulaşmak için politika oluşturur. Yönetim kurulu bu hedeflere ulaşma hususunda sağlanan ilerlemeyi yıllık olarak değerlendirir*”. İlke, kadınların iş dünyasına daha etkin bir biçimde katılarak söz sahibi olmalarına ve dolayısıyla cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına hizmet etmesi bakımından yerindedir¹⁰². Ancak 4.3.9 numaralı ilke, II-17.1 sayılı Tebliğ m. 5/1’de uyulması zorunlu ilkeler arasında sayılmamıştır. Bu nedenle, II-17.1 sayılı Tebliğe tâbi payları borsada işlem gören şirketler ilkeyi uygulamıyorlar ise yıllık faaliyet raporlarında uygulamamalarının gerekçesini açıklamaları yeterlidir (II-17.1 sayılı Tebliğ m. 8/1).

Türkiye’de 2020 yılı itibariyle payları Borsa İstanbul’da (BIST) işlem gören 397 şirketin 134’ünün yönetim kurulunda en az bir kadın üye bulunmaktadır. Bir önceki yıl %15.9 olan toplam kadın üye oranı ise %17’ye ulaşmıştır¹⁰³. Kaydedilen yavaş iyileşmeye rağmen bu veriler, tavsiye niteliğindeki düzenlemelerin kadın yönetici oranı bakımından Türkiye’de beklenen ivmeyi yaratmadığını ve bağlayıcı kurallar getirilmesi gerektiğini göstermektedir¹⁰⁴.

II-17.1 sayılı Tebliğin ekinde yer alan kurumsal yönetim ilkelerinin üçüncü bölümünde ise “menfaat sahipleri” ile ilgili ilkeler düzenlenmiştir. Bu bölümde “*Şirketin İnsan Kaynakları Politikası*” başlığı altında öncelikle “*işe alım politikaları oluşturulurken ve kariyer planlamaları yapılırken eşit koşullardaki kişilere eşit fırsat sağlanması ilkesinin*” benimsenmesi gerektiği açıklanmıştır (3.3.1). İşe alım aşamasında eşitlik “*eşit koşullardaki kişiler*” arasında söz konusu olacağından adaylar öğrenim derecesi, yaş, kıdem, bilgi, tecrübe, yetenek gibi nitelikler dikkate alınarak seçilmeli; cinsiyete dayalı bir ayırım yapılmamalıdır. Nitekim görevin devam ettiği süre içinde de “*çalışanlara sağlanan tüm haklarda adil davranılması*” (3.3.3) ve “*çalışanlar arasında ırk, din, dil ve cinsiyet ayrımı yapılmaması ve çalışanların şirket içi fiziksel, ruhsal ve duygusal kötü muamelelere karşı korunması için önlemler alınması*” (3.3.7) gerekir. Ancak bu ilkeler de uyulması zorunlu ilkeler arasında sayılmamıştır (II-17.1 sayılı Tebliğ m. 5/1).

Tüm dünyadan 44 farklı ülkede ve 50 sektörde faaliyet gösteren 380 şirketi içeren Bloomberg Cinsiyet Eşitliği Endeksi (*Bloomberg Gender-Equality Index/GEI*), cinsiyet eşitliği konusundaki performanslarına göre halka açık anonim şirketler arasında bir sıralama sunmaktadır. Halka açık anonim şirketler, üst yönetim kadrolarında kadınlara yer verme, terfi süreçlerinde eşitlik, ücrette eşitlik, cinsel tacizle mücadele politikaları ve kadın dostu marka kimliği (kadınlara yönelik ürün geliştirme, kadın girişimcileri ve tedarikçileri destekleme, müşteri ve çalışan dışındaki kadınların finansal okuryazarlığına destek olma vs.) gibi alanlarda değerlendirilmekte ve performans ve

102 Aynı yönde bkz. Erdal Demir, *Sermaye Piyasası Kurulu’nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri* (Oniki Levha 2013) 102–103.

103 Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu, ‘Türkiye’de Yönetim Kurulunda Kadınlar’ (Yönetim Kurulunda Kadın Derneği, 2020) <https://www.yonetimkurulundakadin.org/assets/node_modules/source/pdf/sabanci-2020-8th_yillik_rapor.pdf> Erişim Tarihi: 25.04.2021.

104 Aynı yönde bkz. Songur (n. 78) 422; Demir (n. 102) 103.

şeffaflıkları çerçevesinde belirli bir skorun üstünde not alan şirketler endekse dâhil olmaktadır¹⁰⁵. 2021 yılı itibariyle endekste Ford Otomotiv Sanayi AŞ, Türkiye Vakıflar Bankası TAO, Yapı ve Kredi Bankası, Garanti BBVA ve Akbank olmak üzere beş Türk şirket yer almıştır¹⁰⁶.

Son olarak belirtilmelidir ki, II-17.1 sayılı Tebliğin ekinde yer alan 3.5.2 numaralı ilkede şirketlere ayrıca “sosyal sorumluluklarına karşı duyarlı olmaları” tavsiye edilmiştir. Kurumsal sosyal sorumluluk, en genel anlamda, şirketlerin daha iyi bir toplum ve çevre için gönüllü olarak çalışmalarını anlamına gelir. Böylece şirketler hem toplumsal sorunların çözümüne katkıda bulunmakta hem de piyasadaki prestijlerinin ve kendilerine duyulan güvenin artmasını sağlamaya çalışmaktadırlar. Türkiye’de de pek çok şirket tarafından sosyal sorumluluk projeleri kapsamında başta eğitim olmak üzere, çevre, sosyal destek, kültür-sanat, sağlık, ekonomi, spor, farkındalık ve şiddetin önlenmesi başlıkları altında çeşitli kampanyalara imza atıldığı görülmektedir. Bunlar arasında toplumsal cinsiyet eşitliğini savunan ve destekleyen projeler de vardır. Ülkemizde en çok ses getirenlerden biri, Turkcell tarafından yürütülen “Kardelenler” projesi olmuştur. Proje, ailelerin maddi yetersizlikleri nedeniyle öğrenimlerine devam edemeyen kız çocuklarına eğitimde fırsat eşitliği sağlanması, kızların meslek sahibi olmaları ve ufku açık bireyler haline gelmeleri için desteklenmelerini amaçlamıştır. Kadınlara yönelik kurumsal sosyal sorumluluk projelerinden bir diğeri olan ve Teknosa tarafından 12 yıldır sürdürülen “Kadın İçin Teknoloji” projesi ise kadınlara sosyal çevrelerini genişletme, işlerinde ve e-devlet işlemlerinde teknolojiyi kullanmanın yanı sıra sosyal medya üzerinden el emeği ürünlerini satma imkânı da sunmaktadır¹⁰⁷.

4. KIYMETLİ EVRAK HUKUKU NORMLARI BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

TTK’nın üçüncü kitabı olan “Kıymetli Evrak” ise bütün borç senetlerine uygulanan genel hükümler yanında kambiyo senetleri, kambiyo senetlerine benzeyen senetler ve diğer emre yazılı senetler ile makbuz senedi ve varanta ilişkin özel hükümleri düzenlemektedir. “Senetler hukuku” da denilen bu bölümde, toplumsal cinsiyeti ilgilendiren ya da toplumsal cinsiyet eşitliğini ihlal eden yahut destekleyen herhangi örnek bir hüküm yer almamıştır.

5. YARGI KARARLARINDA

Ticaret hukuku ile ilgili yargı kararları arasında, tespit edebildiğimiz kadarıyla, toplumsal cinsiyet eşitliği bakımından dikkat çekici olabilecek karar sayısı yok denecek kadar azdır. Nitekim ister ilk derece ister üst mahkemelerin olsun, kararlarda kullanılan dil ve içeriğin, TTK’da da olduğu gibi cinsiyet eşitliğine aykırı bir nitelik taşımadığı söylenebilir.

105 Resmi web sayfası için ayrıca bkz. <https://www.bloomberg.com/gei/>.

106 2021 yılı itibariyle Bloomberg Cinsiyet Eşitliği Endeksinde yer alan şirketleri görmek için ayrıca bkz. <https://assets.bhub.io/company/sites/46/2021/01/GEI2021_MemberList_FNL.pdf> Erişim Tarihi 13.04.2021.

107 Ayrıntılı bilgi ve benzer örnekler için bkz. Özlem Bay Yılmaz, “Topluma Değer Katan Şirketler”, *Ekonomist* (29.12.2019) <<https://www.ekonomist.com.tr/dosya/topluma-deger-katan-sirketler.html>> Erişim Tarihi 13.04.2021.

Toplumsal cinsiyet eşitliği açısından ilk olarak marka devir sözleşmesinin hile, tehdit (ikrah) ve aşırı yararlanma (gabin) nedeniyle iptali ve dava konusu markanın hükümsüzlüğü talebiyle açılan bir davada geçen ifadelerle değinilmelidir. Davada ilk derece mahkemesi, “...aşırı yararlanmanın kabul edilebilmesi için objektif unsurlarının yanında sübjektif unsurlarının da gerçekleşmesi gerektiği, davacının kadın olmasının düşüncesizlik deneyimsizlik olarak nitelendirilemeyeceği, sözleşmeyi imzalarken bedelin düşüklüğünü ve markayı devrettiğinin farkında olduğu gerekçesi ile davanın reddine” karar vermiştir. Karar, davacılar tarafından önce istinaf mahkemesine ve istinaf isteminin esastan reddi üzerine Yargıtay’a götürülmüş; Yargıtay kararı onamıştır¹⁰⁸. Karardaki ifadelerin, cinsiyet eşitliğine uygun olduğu düşünülebilirse de davacı marka sahibinin “kadın” olmasının düşüncesizlik ve deneyimsizliğe yol açabileceğinin tartışılmış olması, kadının ticari hayattaki yerine zarar veren bir tutumdur.

İkinci olarak ise TTK m. 369 hükmünün gerekçesinde de yer verilen ve bu nedenle, Türk ticaret hukuku literatüründe yerleşik bir kavram haline gelmiş olan bir ilkedен söz etmek gerekir. Türkçeye “iş adamı kararı” (*business judgment rule*)¹⁰⁹ olarak çevrilen ilke, Amerika Birleşik Devletleri ve Almanya’da pek çok mahkeme kararına dayanak oluşturmuştur. İlke, mahkemelerin, anonim şirketin yönetimi ile ilgili kararları yerindelik açısından incelemelerini engelleyerek, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle açılan davalarda sorumluluklarını sınırlandırmayı sağlayan genel bir prensibi ifade etmektedir¹¹⁰. Buna göre, yönetim kurulu uygun araştırmaları yapıp gerekli bilgileri alarak karar vermişse ve bu kararın şirketin menfaatine uygun olduğu makul olarak kabul edilebiliyorsa olaylar aksi yönde gelişse ve şirket zarar etse bile yöneticinin özen yükümüne uygun hareket ettiği kabul edilir. Diğer bir deyişle, meydana gelen zarardan sorumluluk doğmaz¹¹¹.

Görüldüğü gibi, yönetim kurulu üyelerinin kararlarından doğan sorumluluklarını ilgilendiren bu kavram, üyelerin sadece erkeklerden oluştuğu/oluşması gerektiği gibi yanlış bir izlenim yaratmaktadır. Üstelik doktrinde de belirtildiği üzere, ilkenin amacı dikkate alındığında, “iş adamı kararı” ifadesinin kavramı doğru şekilde açıkladığı da söylenemez. Bu nedenle, bire bir çeviri yapılarak “*ticari takdir kuralı*”¹¹², “*ticari değerlendirme kuralı*”¹¹³ ya da “*ticari takdir ilkesi*”¹¹⁴ şeklinde ifade edilmesi, hem kavramın daha iyi anlaşılması hem de cinsiyetçi bir söyleme yer verilmemesi bakımından uygun olurdu.

108 Yargıtay 11 HD, E 2019/5056 K 2020/3098, 23.06.2020.

109 “*Business judgment rule*” ifadesinin karşılığı olarak “iş adamı kararı” kavramını kullanan yazarları görmek için bkz. Sevgi Bozkurt Yaşar, *Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması* (Beta 2015) 3, dn. 3.

110 ibid 5.

111 Hasan Pulaşlı, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu’ (2009) 25(1) BATİDER 27, 58. İş adamı kararı ilkesinin uygulanma şartları hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. ibid 59 vd.; Pulaşlı (n. 111) 59–63.

112 Bozkurt Yaşar (n. 109) 4.

113 Kürşat Göktürk, ‘Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi’ (2011) 2(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 207, 209.

114 ibid 210.

D. SİGORTA HUKUKU

Gündelik hayatta çeşitli risklerle karşı karşıya kalmaktayız. Bu risklerin farklı yol ve yöntemlerle bertaraf edilmesi, doğurabileceği zararların azaltılması mümkün olabilmektedir. Zararların azaltılması ve tali bir koruma olarak günümüzde kabul gören en güvenli yöntemin sigorta himayesi olduğu tartışmasızdır. Sigorta dediğimizde aklımıza farklı sınıflandırmalar gelebilmektedir ki, bu ayrımlardan en temel olanı sosyal sigorta ve özel sigorta ayrımıdır. Çalışmamız 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) kapsamında düzenlenen özel sigorta düzenlemeleri çerçevesinde alınacağından, sosyal sigorta çalışmada inceleme konusu yapılmamıştır.

TTK kapsamında sigorta hukukuna ilişkin düzenlemelere, yasanın altıncı kitabında rastlamaktayız. Altıncı kitap bünyesinde, sigorta sözleşmesinin tanımı, tüm sigorta sözleşmelerine uygulanacak genel hükümler ve sigorta türleri ile bu türlere özgü düzenlemeler kaleme alınmıştır. Sigorta hukukunda mevzuat bağlamında tek kaynak TTK altıncı kitap olmayıp, sigortacılık faaliyetinin işleyişi, sigortacılık alanındaki aktörlerden sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, sigorta aracılarında acente ve broker gibi kurumların çalışma ve kuruluş esasları, faaliyetleri ve sona ermelerine yönelik düzenlemeleri içeren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (SigK)¹¹⁵ bulunmaktadır. TTK ve SigK dışında, sigorta hukukuna dair çeşitli düzenlemeler ve ikincil kaynaklar söz konusu olmaktadır¹¹⁶.

1. TÜRK TİCARET KANUNUNUN SİGORTA HUKUKUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ VE SİGORTACILIK KANUNU, DİĞER DÜZENLEMELER BAĞLAMINDA KULLANILAN DİL BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

a. Türk Ticaret Kanununun Sigorta Kitabı Normları Bakımından Genel Değerlendirme

TTK sigorta hukukuna ilişkin hükümleri sistematik bir çerçevede düzenlenmiştir. Kanun koyucu birinci kısımda “Genel Hükümleri”, ikinci kısımda, birinci bölüm başlığı altında “Zarar Sigortaları”nı, ikinci kısım ikinci bölümde ise “Can Sigortaları”nı kaleme almıştır. Kanun metni (m. 1401-1520) külli olarak incelendiğinde “kadın”, “erkek” gibi ifadelerinin kullanılmadığı görülmektedir. Kanunda kullanılan ifadeler “sigortacı”, “sigorta ettiren”, “sigortalı”, “lehtar”, “sigorta yapan”, “temsilci”, “adına sigorta sözleşmesi yapılan kişi”, “taraf/lar” vb. şeklindedir. Kanunda bahsi geçen ve belirttiğimiz ifadelerin dışında, Kanunun ikinci kısım ikinci bölümünde “Can Sigortaları” başlığı altında düzenlenen “Hastalık ve Sağlık Sigortaları” kapsamında m. 1517’de “ana” ve “baba” ifadelerine yer verilmiştir. İlgili düzenleme: “Doğum sırasında, ana babadan biri için yaptırılmış bir hastalık ve sağlık sigortasının bulunması halinde, aksi kararlaştırılmamışsa, doğumun tamamlanmasından itibaren bebek, ek prim olmaksızın sigortanın kapsamına girer...” şeklindedir. Hüküm nazara alındığında

115 03.06.2007 Kabul Tarihi, RG. 14.06.2007/ 26552

116 Sigorta hukukuna ilişkin diğer kaynaklar: 6098 sy. Türk Borçlar Kanunu (TBK), 1163 sy. Kooperatifler Kanunu (KoopK), 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK), 4632 Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Şiştemi Kanunu (BES), 6502 sy. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun (TKHK), Genel Şartlar, Özel Şartlar, Yönetmelik, Tebliğ, Sektör Duyuruları, İçtihatlar ve Öğreti vb.

içerisinde her ne kadar cinsiyete gönderme yapan ifadeler olsa da, bu kelimeler madde metninin tümü nazara alınarak birlikte değerlendirildiğinde ayrıştırıcı bir amaç gütmeyeceği görülmektedir.

b. Sigortacılık Kanunu Normları Bakımından Genel Değerlendirme

Sigortacılık Kanunu kapsamında kullanılan dil açısından yaptığımız inceleme neticesinde, kanun koyucunun cinsiyetsiz, ayrımcı olmayan bir dil kullandığını görmekteyiz. Bahse konu Kanun içerisinde, “aktüer”, “sigorta brokeri”, “reasürans brokeri”, “ekspert”, “şirket kurucuları, ortakları”, “denetçi”, “sigortalı”, “lehtar”, “acente”, “sigorta hakemi”, “sigorta raportörü”, “nitelikli personel” vb. gibi ifadeler yer almaktadır. Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, tıpkı TTK’da olduğu gibi, SigK kapsamında ayrımcılığa mahal vermeyecek ifadeler hakimdir.

c. Diğer Düzenlemelerde – Özellikle Genel Şartlarda – Yer Alan Normlar Bakımından Genel Değerlendirme

Sigorta sözleşmelerinin ayrılmaz bir parçası olan ve hiyerarşik sıralamada da birçok kaynaktan önce gelen genel şartlar, sigorta sözleşmesinin şekillenmesinde, tarafların borç ve yükümlülüklerinin tespitinde önem taşımaktadır. Bu nedendir ki, genel ve özel şartlar TTK’nın altıncı kitabında düzenlenen sigorta hukukunun kaynak açısından ayrılmaz bir parçasıdır. Bu çerçevede TTK ve SigK’daki kanun dilini çalışma konumuz çerçevesinde incelediğimiz gibi genel şartları da bu kapsamda değerlendirmenin tartışmasız olacağı kanısındayız. Genel şartları uygulamada çeşitli sınıflara bölmek mümkün olabilmektedir. En bilinen şekliyle genel şart türleri;

- Can Sigortaları
 - Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları
 - Hayat Sigortası Genel Şartları
 - Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları
 - Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları
 - Sağlık Sigortası Genel Şartları
 - Seyahat Sigortası Genel Şartları
- Finansal Sigortalar
 - Kefalet Sigortası Genel Şartları
 - Bina Tamamlama Sigortası Genel Şartları
- Mal Sigortaları

- Cam Kırılmasına Karşı Sigorta Genel Şartları
- Elektronik Cihaz Sigortaları Genel Şartları
- Emtia Nakliyat Sigortası Genel Şartları
- Hırsızlık Sigortası Genel Şartları
- İnşaat Sigortası (All Risk) Sigortası Genel Şartları
- Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları
- Kıymetli Nakliyat Poliçesi Umumi Şartları
- Makine Kırılması Sigortası Genel Şartları
- Montaj Sigortası Genel Şartları
- Seyahat Araç Destek Sigortası Genel Şartları
- Tekne Poliçesi Genel Şartları
- Yangına Bağlı Kar Kaybı Sigortası Genel Şartları
- Yangın Sigortası Genel Şartları
- Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları (DASK)
- Kredi Sigortaları
 - Borç Ödeme Sigortası Genel Şartları
 - Kredi Sigortası Genel Şartları
 - Tek Risk Sigortası Genel Şartları
- Sorumluluk Sigortaları
 - Asansör Kazalarında Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
 - Bağımsız Denetçilik Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
 - Çevre Kirliliği Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
 - Deniz Araçları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
 - Gayrimenkul Değerleme Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
 - İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları

- Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartları
- Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
- Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
- Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
- Özel Güvenlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
- Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
- Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
- Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
- Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları
- Ürün sorumluluk Sigortası Genel Şartları
- Zorunlu Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
- Tarım Sigortaları
- Hukuksal Koruma Sigortası

Yukarıda bahsettiğimiz genel şartlara ilişkin inceleme neticesinde, getirilen düzenlemelerden bazı istisnalar dışında, norm dilinin TTK ve SigK'da olduğu gibi ayırıcı bir yapıdan uzak olduğu görülmektedir. Genel şartların çoğunda “sigortalı”, “sigorta ettiren”, “lehtar”, “hak sahibi”, “hakem bilirkişi”, “sigortadan faydalanan kimse”, “yolcu”, “kazazede”, “taşımacı”, “acente”, “sürücü”, “hasta”, “borçlu”, “satıcı”, “tüketici”, “mirasçı”, “müstahdem”, “imalatçı”, “işveren-işçi”, “ekspert”, “aktüer”, “temsilci”, “kiracı-kiralayan”, “malik”, “zilyed”, “intifa hakkı sahibi”, “kefil” vb. gibi ayırıcı olmayan ifadelerin yer aldığı görülmektedir. Ancak tüm genel şartlarda bu yaklaşımın benimsendiğini söylememiz ne yazık ki mümkün değildir. Özellikle deniz ticareti hukuku ile ilintili ve bundan ötürü sigorta hukukuna bağ kurulan sigorta sözleşmelerinin genel şartlarında cinsiyet ayrımı oluşturan ifadelere rastlamak mümkündür. Açıklamamızı örneklemek gerekirse, Emtia Nakliyat Sigortası Genel Şartları m. 1¹¹⁷, m. 5¹¹⁸ düzenlemelerinde “gemi adamları”, “sigortalının veyahut bunların adamlarının” gibi tercih ettiği ifadeler ayırıcı, cinsiyetçi bir dili ortaya koymaktadır.

117 M.1 “Sigortalı malların fırtınadan, geminin batmasından veya karaya vurmak veyahut kaya veya sığlığa bindirmek gibi haller neticesinde tamamen veya kısmen harap olmasından, oturmadan, çatışmadan, sabit, seyir veya sabih bir cisme (buz dahil) çarpmasından, malın denize atılmasından, yangından, infilaktan, kaptan ve gemi adamlarının baratarıyasından yükleme, aktarma veya boşaltma ameliyeleri esnasında bir veya birden çok dengin düşmesinde ve genel olarak deniz kaza ve tehlikelerinden gelebilecek her türlü ziya veya hasarlar, bu poliçe ile tespit olunan şartlar dahilinde sigortacıya ait olacaktır”. Genel Şartlar için bkz. <https://tsb.org.tr/media/attachments/Emtea_Nakliyat_Sigortasi_Genel_Sartlari.pdf> Erişim tarihi 10.07.2021.

118 M. 5(2) “Yasak veya gizli ticaret, kaçakçılık, emtianın ithal, ihraç veya transitine müteallik kanun ve nizamlara aykırılık,

Benzer dil yapısını Tekne Sigortası Genel Şartlarında da görebilmemiz mümkün olmaktadır. Genel şartlarda kullanılan ifade yine, A.4¹¹⁹ ve B.2 maddelerinde aynı olup, “gemi adamları” şeklindedir. Keza sorumluluk sigortası türlerinden biri olan deniz araçları zorunlu sorumluluk sigortası için hazırlanan Deniz Araçları Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları kapsamında teminat kapsamı dışında kalan hallerin düzenlendiği A.5.(b)¹²⁰ maddesinde “gemi adamları” ifadesinin kullanıldığını görmekteyiz.

Genel şartlar bağlamında şu noktaya dikkat çekmekte fayda olduğunu düşünmekteyiz. Yukarıda saydığımız ve türlerine göre farklılıklar arz eden genel şartlar içerisinde özellikle Deniz Hukukunun alanına ilişkin düzenlemelerde, özellikle “adam/ları”, “gemi adamları” gibi ifadelerle yer verilmesiyle cinsiyetçi, ayrıştırıcı bir dilin benimsendiğini görmekteyiz. Bu kullanımın ana kaynağı ise, TTK kapsamında Deniz Ticareti hükümlerinde kullanılan ifade ve tanımlamalardır. Genel şartların, kanun dili ile örtüşen bir sistem benimsemesi isabetlidir. Ancak bu benimseme, çalışma konumuz kapsamında mevzuatta kullanılan dil açısından ayırıcı, cinsiyetçi bir yaklaşımın sair düzenlemelere de sirayet ettiğini göstermektedir. Öncelikle TTK kapsamında Deniz Ticareti Hukuku bölümünde yer alan ayırıcı ve cinsiyetçi ifadelerin terk edilmesi ve akabinde de bu iyileştirmenin sirayet eden düzenlemelere yansımalarının sağlanması gerektiği kanısındayız. Çalışma kapsamında mukayeseli hukuk nazara alınarak bir değerlendirme yapılmamıştır ancak, mevzuatın dilinin seçimindeki özeni örneklemek bağlamında İngiltere’deki düzenlemeden bahsetmek uygun olacaktır. İngiltere’de 1906 tarihli *Marine Insurance Act*¹²¹ düzenlemesinin “gemi adamları” ifadesini tercih etmeyip, “gemi mürettebatı (*crew member*)” ve muadili ifadeleri kullandığı, ayırıcı bir söylemden kaçındığı görülmektedir. TTK’da yapılan son güncellemenin 2011 yılında olduğunu nazara aldığımızda, ayırıcı ve cinsiyetçi ifadenin kanun metnine dahil edilmesi eleştiri konusu teşkil etmektedir. Kanunun tercih ettiği “gemi adamları” ifadesi yerine “gemi çalışanı” ya da “gemi insanı” ifadeleri daha isabetli olabilirdi¹²².

hakikat hilaflı beyan, sigorta aktinin veya sigortalının veyahut bunların adamlarının vekil veya mümessillerinin fil veya kusurları” (5) “Sigorta akidi nakliyatı bizzat yaptığı veya adamlarına yaptırdığı takdirde, kaptanın ve gemi adamlarının barataryasından, hile ve hud’asından, ihmalden, ihtiyatsızlığından, ehliyetsizliğinden ileri gelen ziya ve hasarlar sigortaya dahil değildir.” Genel Şartlar için bkz. <https://tsb.org.tr/media/attachments/Emtea_Nakliyat_Sigortası_Genel_Sartları.pdf> Erişim tarihi 10.07.2021.

119 M. A.4. “Taraflar başka bir esas kararlaştırmamışlarsa, gemi veya diğer deniz ve göl araçlarının sigorta değeri, rizikonun başladığı andaki değeridir. Aksi kararlaştırılmadıkça yakıt, kumanya ve levazım, gemi adamlarının ücretleri, sigorta ücreti bu değere dahil değildir”. M. B.2. “Sigorta ettiren veya sigortadan haberi olması halinde sigortalı, rizikonun gerçekleştiğini öğrenir öğrenmez bu durumu sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Sigorta sözleşmesinden doğan borcun muaccel olabilmesi için sigortalı, tazminatın hesabını gösteren bir liste ile diğer gerekli belgeleri vermek zorundadır. Bu belgeler özellikle şunlardır: Deniz raporu, ...gemi adamları donatımında asgari emniyet belgesi, gemi adamları listesi...” Genel Şartlar için bkz. <https://tsb.org.tr/media/attachments/Tekne_Policesi_Genel_Sartları.pdf> Erişim tarihi 10.07.2021.

120 M. A.5.(b) “Gemi adamları, sigortalının eylemlerinden sorumlu tutulduğu diğer kişiler ile yolcu bileti olmaya (kaçak olarak seyahat eden) kişilerin talepleri” Genel Şartlar için bkz. <https://tsb.org.tr/media/attachments/Deniz_Araçları_Zorunlu_Mali_Sorumluluk_Sigortası_Genel_Sartları.pdf> Erişim tarihi 10.07.2021.

121 <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw7/6/41/contents>> Erişim tarihi 10.07.2021.

122 Gemi adamı, en basit tanımlama ile denizde çalışan işçi olarak adlandırılmaktadır. Bu tanımlama dışında çeşitli mevzuatlarda gemi adamlarına ilişkin tanımlamalara rastlamak mümkündür. Deniz İş Kanunu m. 2/b “bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere geni adamı denir” şeklinde tanımlama getirmiştir. Gemi Adamları Yönetmeliği m. 4/32 “geminin kaptanını, zabıtlarını, yardımcı zabıtlarını, stajyerlerini, tayfalarını ve yardımcı hizmet personelinin...ifade eder” şeklindedir. Burada dikkat çeken husus, tanımlama yapılan kavramın tanımının

2. YARGITAY KARARLARI VE SİGORTA HAKEM HEYETLERİNİN KARARLARINDA KULLANILAN DİL BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

a. Yargıtay Kararlarında

Sigorta uyuşmazlıklarında Yargıtay'ın vermiş olduğu sayısız karar bulunmaktadır. Bu kararlar içerisinde Yargıtay'ın kaleme aldığı gerekçelendirmelerde cinsiyetçi ya da ayırıcı bir dili tercih ettiğini söylememiz mümkün değildir. Meğerki, mevzuatın kullandığı dil ayırıcı, cinsiyetçi bir söylemi benimsemiş olsun. Yargıtay kararlarına konu olan somut olayın çözümü açısından kullanılan kanun, yönetmelik, genel şartlar, özel şartlar vb. kapsamında şayet ayırıcı bir dil tercih edilmişse, bu söylemin Yargıtay kararında referans olarak alınması ister istemez karar içerisinde ayırıcı bir söylemin bulunmasına neden olacaktır. Çalışmamızın önceki başlıklarında da ele aldığımız üzere, “gemi adamı” söylemi kapsamında Yargıtay'ın çok sayıda kararı bulunmaktadır¹²³. Bu kararların kaynağını yasal düzenlemeler, genel ya da özel şartlar teşkil etmektedir.

b. Sigorta Hakem Heyeti Kararlarında

Sigorta hakem heyetinin fonksiyonu sigorta uyuşmazlıklarında oldukça önemli bir yer teşkil etmektedir. Gerek hızlı süreç gerek verdiği kararlar, sigorta şirketi ile uyuşmazlığa düşen sigorta ettiren, sigortalı ve hak sahipleri açısından tercih edilen bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Tercih edilen hakem uyuşmazlık çözüm yönteminin vermiş olduğu kararların ve bu kararlarda kullandığı dilin, söylemin önemi çalışmamız açısından yadsınamayacaktır.

Hakem kararlarına yönelik olarak yaptığımız incelemelerde, kullanılan dil açısından ayırıcı, cinsiyete dayandırılan bir yöntemin olmadığını söylemek mümkündür. Hakem kararlarında da genellikle TTK hükümleri, genel şartlar ve özel şartlara ilişkin düzenlemeler referans olarak alındığından, bu düzenlemelerdeki söylemler kendiliğinden karar metinleri içerisinde de yer almaktadır. Nitekim çalışmamızın 1.3 başlığında dile getirdiğimiz üzere, genel şartların bir kısmında kullanılan ifadelerdeki ayırıcı söylem, somut olayda ilgili genel şart hükümlerine atıf yapılması halinde, ister istemez hakem karar metinlerine de sirayet etmektedir. Örneğin K. 20.04.2021 Tarih, 47765 sayılı¹²⁴ nakliyat sigortası konulu hakem kararında, Emtia Nakliyat Sigortası Genel Şartlarının m. 1 hükmüne atıf yapılması ve bu madde içerisinde “gemi adamları” ifadesinin geçmesi, hakem kararının kendiliğinden ayırıcı bir dile bürünmesine sebep olmaktadır.

içerisinde cinsiyetçi bir dil olmamasına karşın tanımlanan kavramın bizzat cinsiyetçi, ayırıcı olmasıdır.

123 Yargıtay 21 HD. E. 2016/10366, K. 2018/1973, T. 1.3.2018; Yargıtay 21 HD., E. 2016/17545 K., 2018/1389, T. 19.02.2018; Yargıtay 3 HD., E. 2020/8336, K. 2020/5548, T. 7.10.2020. Karar metinleri için bkz. <www.lexpera.com.tr>.

124 <http://www.sigortatahkim.org/files/karardrgs46.pdf> Erişim tarihi 12.07.2021.

3. UYGULAMAYA (SİGORTA SEKTÖRÜNE) KADIN-ERKEK EŞİTLİĞİNİN NE DERECE YANSIDIĞI SORUNU

Yasal düzenlemelerin, karar mercilerinin sigorta hukukuna dair kullandıkları dile ilişkin kısaca bilgi paylaşımının ardından, ayırıcı bir uygulamanın sigorta sektöründe olup olmadığının da ele alınmasında fayda olduğunu düşünmekteyiz. O nedenledir ki, sigorta sektöründe bir ayırıcılığın söz konusu olup olmadığına da kısaca değinmek bu çalışma kapsamında hasıl olmaktadır.

Sigorta sektörü, Türkiye’de bankacılık sektöründen sonra ikinci sırada yer alan finansal aktörlerdendir. Bankacılık sektörü kadar gelişim gösteremese de – daha doğrusu bankacılık sektörü ile arasındaki makas büyük olsa da – finansal açıdan önemli bir sektör olduğu tartışmasızdır. Ülke ekonomisine sağladığı katkı, yarattığı istihdam, vb. sigortacılık sektörünün faydalarından birkaçıdır. Finans sektörünün böylesi önem arz eden aktörlerinden biri olan sigortacılık sektöründe kadın-erkek eşitliği, toplumsal cinsiyet bilincinin ne düzeyde olduğu belirlemek yerinde olacaktır.

Tablo 1: Sigorta sektöründe istihdam verileri (31.12.2020)

Mezun Olduğu Eğitim Kurumu	Erkek	Kadın	Toplam
İlkokul	68	38	106
Ortaokul ve Dengi	61	14	75
Lise ve Dengi	650	514	1.164
2 Yıllık Yüksekokul	610	998	1.608
Üniversite	4.513	5.044	9.557
Lisansüstü	1.007	911	1.918
TOPLAM	6.909	7.519	14.428

Kaynak: Türkiye Sigorta Birliği İstatistikleri
<https://www.tsb.org.tr/tr/istatistikler> (erişim tarihi 23.07.2021)

Türkiye’de hali hazırda sigorta sektöründe faaliyet gösteren (sigorta şirketi, reasürans vb.) 62 adet şirket bulunmaktadır. Tablodaki güncel veriler ışığında, Türkiye’de sigortacılık sektöründe toplam istihdam sayısı 14.428 kişi olup, bunun 7.519’u kadın 6.909’unu erkekler oluşturmaktadır. Bu veriler kapsamında sigorta sektöründe hali hazırda kadın istihdam sayısının erkek istihdamından fazla olduğunu söylememiz mümkündür. Keza tablo incelendiğinde istihdam edilen çalışanların eğitim düzeyleri bakımından da kadın çalışanların özellikle yüksekokul ve lisans eğitimi branşlarında önde olduğunu görmek mümkündür.

Tablodaki veriler bir an için kadın istihdamının erkek istihdamına göre fazla olması nedeniyle kadın ağırlıklı bir yapının olduğu olumlu bir görsel olarak görülse de, bu durum beraberinde şöyle bir tezat (*oxymoron*) durum yaratmaktadır. Bu denli kadın ağırlıklı bir yapıda kadınlar gerçekten sigorta sektöründe erkekler kadar kolay yer bulabilmekte midir? Kariyerleri önünde engel/ler var mıdır? Asıl sorulması gereken sorunun bu olduğunu kanısındayız. İstihdam verilerinin yansıttığı bu rakamlar tek başına, yönelttiğimiz sorulara “evet” diyebilmemiz için yeterli değildir.

*Towers Watson*¹²⁵ 2015 yılında hazırlamış olduğu bir raporunda sigorta sektöründe kadın yönetici oranının %37 oranında olduğunu belirtmiştir. Dünya genelinde sigorta sektörü alanında %55'lik istihdam oranına sahip olan kadınların, yönetimde aldıkları rol oranı %37 olarak belirlenmiştir. Bu veriler nazara alındığında sigorta sektöründe dünya genelinde şirketlerin kadın istihdam etmedeki başarısını, kadın yönetici çıkarma noktasında gösteremediğini gözler önüne sermektedir. Sektör açısından yapılan incelemelerde de sigortacılık sektörünün en fazla kadın istihdam eden sektör olmasına karşın yöneticilik seviyesine kadınların ulaşmasında dördüncü sırada yer aldığı mevcut verilerle tespit edilmiştir¹²⁶. Dolayısıyla sektör istihdamdaki başarısını, kadınların yönetimde aldıkları rol bakımından sürdürmemektedir.

Tower Watson'ın sigorta sektöründe kadınların yönetimde aldıkları rol açısından Türkiye özelinde yaptığı değerlendirmesinde, kadınların yöneticilik seviyesine ulaşmada başarılı olduğundan bahsetmektedir¹²⁷.

4. ÖNERİLER

Mevzuat, ikincil düzenlemeler, hakem ve yargı kararları çerçevesinde genel bağlamda sigorta hukuku özelinde ayrıştırıcı bir dil benimsendiğinden bahsetmemiz mümkün değildir. Ancak yasa düzenlemelerinde yer alan bazı ifadeler, ikincil düzenlemelerde kullanılan kelimeler sigorta hukuku özelinde ayrıştırıcı tanımlamaların, ifadelerin mevcudiyetine sebebiyet vermektedir. Bu ifadeler mevzuat düzenlemelerinin içerisinde yer aldıkları için gerek teoride gerek pratikte karşımıza çıkmaktadır. Bunu önlemek adına ilgili düzenlemelerde revizyona gidilmeli ve yapılan mevzuat güncellemelerinin mevzuat ile ilintili olan tüm düzenlemelere sirayeti sağlanmalı ve bu konuda yeknesaklık oluşturulmalıdır.

Sigorta sektörü açısından istihdam konusunda kadın çalışan oranının erkek çalışan oranına göre fazla olduğu, ancak bu realitenin kadınların yöneticilik kademesindeki oranına aynı şekilde yansımadağı görülmektedir. Sektörde kadın çalışan ağırlıkta olmasına karşın, bu olumlu gelişimi sigorta sektörünün kadın yönetici çıkartma noktasında görememekteyiz. Sigorta sektöründe yöneticilik statüsünde kadın çalışan sayısının artması noktasında ve keza fırsat eşitliğinin önündeki engellerin gerekli çalışma ve regülasyonlar ile düzenlenmesi, düzenlenmesi ve böylelikle kadın çalışanların önlerindeki bariyerlerin bertaraf edilmesi gerektiği kanısındayız.

125 Wills Towers Watson, İngiliz menşei, çok uluslu sigorta danışmanlığı, aracılığı hizmeti veren, sigorta sektörü alanında faaliyet gösteren köklü bir şirkettir. Ayrıntı için bkz. <<https://www.willistowerswatson.com/tr-TR/About-Us/overview>> Erişim tarihi 12.07.2021.

126 Rapor hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.sigortix.com/haberdetay-HaberID-132-Haber-en-yuksekkadin-istihdam-orani-yuzde-55-ile-sigorta-sektorunde.html>> Erişim tarihi 15.07.2021.

127 <<https://www.sigortix.com/haberdetay-HaberID-132-Haber-en-yuksekkadin-istihdam-orani-yuzde-55-ile-sigorta-sektorunde.html>> Erişim tarihi 20.10.2021.

E. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU

Hukuk fakültelerinde okutulan diğer derslerle karşılaştırıldığında, insan hakları hukuku dersinin doğası gereği toplumsal cinsiyet eşitliği temelinde yürütüldüğü, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı gibi temel ilkelere dayanan bu alanın ayrımcı ve cinsiyetçi bir yaklaşımdan azade olduğu düşünülebilir. Ancak alana ilişkin teorik tartışmalar, hukukun diğer alanları gibi insan hakları hukukunun da cinsiyetçi ve cinsiyet körü olabildiğini göstermiş¹²⁸; uluslararası normlar, ilkeler, mahkeme kararlarının gerekçeleri ve uygulama, eleştirel bir bakış açısıyla ele alınmıştır. Bu alt başlıkta, insan hakları hukukunun feminist teori çerçevesinde geçirdiği dönüşüm, birkaç ana hat üzerinden ele alınmaktadır.

İnsan hakları bir fikir ve kavram olarak eskiye uzanır ancak uluslararası hukukun bir konusu olması görece yakın tarihlidir. Geleneksel anlamda uluslararası hukuk egemen devletler arasındaki ilişkileri düzenlediği için, II. Dünya Savaşı’na kadar devlet-yurttaş ilişkileri ya da yurttaşlar arasındaki ilişkiler genel olarak bu disiplinin konusu olmamıştır¹²⁹.

İnsan hakları hukuku, asıl olarak devletler hukuku olarak görülen uluslararası hukukun içinde gelişmekle birlikte, kişiler arasındaki ilişkiler de bu alanın konusudur. Kişiler arasında gerçekleşen insan hakları ihlallerinde sorumluluk çoğu durumda devletin üzerindedir. Bununla birlikte bu yaklaşım da zamanla değişmiş ve hem gerçek kişiler hem de özel hukuk tüzel kişileri uluslararası hukukun öznesi haline gelmişlerdir. 20. yüzyılın ikinci yarısında gelişen uluslararası insan hakları hukuku, bireyi doğrudan uluslararası hukukun öznelerinden biri haline getirmek açısından devrimsel rol oynamıştır. Ancak bu alanın kendisi de feminist eleştirilerden payını almış ve dönüşmek zorunda kalmıştır. Dolayısıyla, hukuk fakültelerinde anlatılan bir insan hakları hukuku dersinin bu bakış açısını es geçmesi, hem normatif yapıdaki hem de uygulamadaki cinsiyetçi veya cinsiyet körü yaklaşımı dikkate alınmamış olur. Böyle bir yaklaşım, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının günümüzde ulaştığı kapsamı yansıtmakta, şiddet ve istismarın farklı türlerini ve toplumsal cinsiyete dayalı temellerini görmekte yetersiz kalır ve hatalı çıkarımlara zemin hazırlar.

Feminist çalışmaların uluslararası insan hakları hukukuna yönelttiği eleştiriler geniş bir literatür ortaya çıkarmıştır. Oldukça zengin ve çok boyutlu olan bu tartışmaları tamamiyle kapsamak mümkün olmamakla birlikte, eleştirilerin yoğunlaştığı ve insan hakları hukukunu dönüştüren birkaç ana hat belirlenebilir.

Feminist çalışmaların uluslararası hukuka yönelttikleri temel eleştiri, hem normların oluşturulmasına ilişkin yapının hem de normların içeriğinin erkeklerin önceliklerini yansıttığı ve uluslararası hukukun cinsiyetli bir sistem olduğudur¹³⁰. Bununla bağlantılı şekilde, insan haklarının aslında erkeklerin hakları olarak kurgulanmış olduğu belirtilmiştir. Uluslararası hukuk düzeninin yasa

128 Charlotte Bunch, ‘Transforming Human Rights from a Feminist Perspective’ iç Julie Peters and Andrea Wolper (eds) *Women’s Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives* (Routledge 1995).

129 Manfred Nowak, *International Human Rights Regime* (Martinus Nijhoff Publishers 2003) 16-22.

130 Hilary Charlesworth, Christine Chinkin and Shelly Wright, ‘Feminist Approaches to International Law’ (1991) 85(4) *The American Journal of International Law* 613, 615.

yapıcı organlarında erkeklerin baskın olması nedeniyle, uluslararası insan hakları hukukunun erkeklerin deneyimlerini yansıtacak ve kadınların deneyimlerini dışlayacak şekilde oluşturulduğu, bunun da insan hakları hukukunun nesnel ve evrensel olma iddiasının altını oyduğu belirtilmiştir¹³¹. Uluslararası kurumların yapısına bakıldığında karar alma mekanizmalarında erkeklerin, görece ikincil görevlerde ise kadınların yer aldığı görülmektedir. Bu durumun uluslararası hukukun normatif yapısına da yansıdığı ve normların oluşturulmasında yine ataerkil bakış açısının temel alındığı belirtilmektedir¹³².

Bu yansımanın başlıca örneklerinden biri olarak temel hakların sınıflandırılmasında esas alınan yaklaşıma bakılabilir. İnsan hakları hukukunda öncelik genellikle birinci kuşak haklar denilen medeni ve siyasal haklara verilmiş, ikinci kuşak haklar denilen ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ise uzun süre aynı ilgiyi görmemiştir¹³³. Feminist teorisyenler ikinci kuşakta yer alan ve ikincilleşen bu hakların kadınların gündelik hayatı açısından büyük önem taşıdığına dikkat çeker. Örneğin beslenme, barınma, eğitim, sağlık vb. hakların kullanılması söz konusu olduğunda, devletin gerçekleştirmediği ya da ihmal ettiği yükümlülükler çoğunlukla hane içindeki kadınlarca gerçekleştirilir. Evdeki çocuğun, yaşlının, hastanın, engellinin bakım ve ihtiyaçlarının giderilmesi, evdeki kadınlardan ve kimi zaman da kız çocuklarından beklenir.

Öte yandan bu hakların düzenlenme şekli, kamusal alan ve özel alan arasındaki klasik ve insan hakları hukukuna temel alınan yaklaşımı yansıtır. Örneğin BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin çalışma hakkına ilişkin maddesi çalışmayı kamusal alanda gerçekleşen bir faaliyet olarak dikkate alır ve böylece kadının ev içi emeğinin ekonomik değeri görünmez olur¹³⁴. Yani toplumsal cinsiyet perspektifinden yoksun olan insan hakları hukuku normları bu emeği dikkate almamıştır. Dolayısıyla mevcut normların, kadınların gündelik yaşam deneyimlerini dikkate alarak yorumlanması ve uygulamaya geçirilmesi gerekliliği ortaya çıkar. Çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, beslenme hakkı, barınma hakkı gibi hakların birer temel hak olarak tam anlamıyla güvence altına alındığından söz edebilmek için, hem kadının görünmeyen emeğini, hem de ev yaşamında ve profesyonel yaşamda kadın ve erkek arasındaki eşitsiz iş yükü dağılımını dikkate almak bir gerekliliktir.

Bu tartışmalarla bağlantılı olarak tartışmaya açılan ikinci konu, kamusal alan ve özel alan arasında esas alınan yaklaşımın insan hakları hukukundaki yansımasıdır. İnsan hakları hukuku, gelişiminin belirli bir aşamasına kadar toplumsal cinsiyetle ilişkili sorunlara yanıt vermemiştir. Uluslararası hukuk düzeni, liberal düşünce temelinde, birbiriyle eşit, özgür ve birbirinden bağımsız devletlerin sosyal sözleşme ile bir araya gelerek oluşturdukları bir düzen olarak kabul edilmiştir¹³⁵. Uluslararası

131 Hilary Charlesworth, 'Human Rights as Men's Rights' iç Julie Peters and Andrea Wolper (eds) *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives* (Routledge 1995) 103.

132 ibid 104-105.

133 Uluslararası insan hakları hukukuna yönelik feminist eleştiriler ve bu bağlamda sosyal hakların ikincilleşmesi ile kadın deneyimlerinin görünmez kılınması arasındaki ilişki hakkında bkz. Özge Yücel Dericiler, *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukukunda Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme* (On İki Levha 2014) 302-320.

134 Charlesworth (n 131) 108.

135 Celine Romany, 'Women as Aliens: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights

hukukun esasen devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen ve devlet odaklı gelişimi, devlet tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerini öne çıkarmıştır. Bu da özel kişiler tarafından veya özel alanda gerçekleşen ihlallerin insan hakkı ihlali olarak görülmemesi sonucunu doğurmuştur¹³⁶. Temel hak kategorileri içinde medeni ve siyasal hakların –yukarıda belirtildiği üzere– ön plana çıkması ve söz konusu hak kategorisinin dayandığı liberal ideolojinin özel alandan devlet müdahalesini uzak tutma çabası, hem özel alanda gerçekleşen ihlallerin dikkate alınmamasına neden olmuş, hem de özel kişiler ve gruplar tarafından gerçekleştirilse dahi söz konusu ihlallerde devletin sorumluluğunu tartışmaya imkân vermemiştir. Yine bu yaklaşım dolayısıyla, aile hayatının korunması için aile içinde gerçekleşen ihlallere devletin müdahale etmemesi gerektiği kabul edilmiştir¹³⁷. Oysa kadınların yaşadıkları hak ihlalleri sadece medeni ve siyasal haklarıyla sınırlı değildir ve sadece kamu gücü kullanan kişilerce gerçekleştirilmemektedir. Bu gerçekten hareketle, örneğin CEDAW’da ayrımcılık “kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama” (m. 1) olarak tanımlanmıştır.

Yeri gelmişken, kadının insan hakları açısından başı çeken belgelerden biri olan CEDAW’ın dahi feminist eleştirilerden pay aldığını da belirtmek gerekir. Temel haklara ilişkin sözleşmelerin cinsiyetsiz/cinsiyet körü olması ve kadınlara yönelik ayrımcılık ve şiddet gibi sorunların yanıtız kalması, ikiz sözleşmelerden¹³⁸ ayrı bir sözleşme daha kabul etmenin gerekçesi olmuş ve CEDAW’a zemin hazırlamıştır¹³⁹. Kadın hareketinin ve feminist aktivistlerin odaklandıkları temel konu kadınların erkeklerle eşit haklara sahip kılınması olmuş ve 1979 yılında kabul edilen CEDAW kadınların erkeklerle aynı haklara sahip kılınmasını güvence altına almıştır. Diğer yandan Sözleşme’nin cinsiyetler açısından tarafsız (gender-neutral) hükümlerinin, kadınlar ve erkekler arasındaki yapısal eşitsizliği dikkate almakta yetersiz kaldığı eleştirisi getirilmiştir¹⁴⁰.

Feminist bakış açısı çerçevesinde hem özel ve kamusal olarak nitelendirilen sorunlara ilişkin yaklaşım gözden geçirilmiş, hem de kadına yönelik şiddetle mücadelede devletin yükümlülükleri yeniden tanımlanmıştır¹⁴¹. Dolayısıyla üçüncü ana hat olarak, kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet kavramının ve devletin bu şiddeti önlemeye yönelik yükümlülüklerinin feminist teorisyenlerin ve aktivistlerin çabasıyla geçirdiği dönüşüm belirlenebilir.

Law’ (1993) 6 Harvard Human Rights Journal 87, 89.

136 Donna Sullivan, ‘The Public/Private Distinction in International Human Rights Law’ in Julia Peters ve Andrea Wolper (eds), *Women’s Rights, Human Rights: International Feminist Perspective* (Routledge 1995) 126-127.

137 ibid 127.

138 İkiz sözleşmeler ile BM Medeni ve Siyasal Hakları Sözleşmesi ile BM Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi kastedilir.

139 Natalie Hevener Kaufman ve Stefanie A. Lindquist, ‘Critiquing Gender-Neutral Treaty Language: The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women’ in Julia Peters ve Andrea Wolper (eds), *Women’s Rights, Human Rights: International Feminist Perspective* (Routledge 1995), 114-125.

140 ibid 118-119.

141 Yakın Ertürk, *Sınır Tanımayan Şiddet: Paradigma, Politika ve Pratikteki Yönleriyle Kadına Şiddet Olgusu*, (Metis 2015) 64.

Feminist bakış açısından ele alındığında, şiddetin hem farklı türleri hem de toplumsal cinsiyete dayalı temelleri vurgulanır. Kadına karşı/yönelik şiddet konusu 1980’lerden itibaren kadının insan hakları bağlamında tartışılan temel konularından biri olmuş ve 90’lı yıllardan itibaren uluslararası sözleşmelerde düzenlenmeye başlamıştır. 1993 tarihli BM Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge’de kadına yönelik şiddetin “*erkeklerin kadınların üzerinde egemenlik kurmalarına ve onlara karşı ayrımcılık yapmalarına ve kadınların azami derecede ilerlemelerine engel olmasına yol açan, kadınlar ve erkekler arasındaki tarihten gelen eşit olmayan güç ilişkisinin bir tezahürü olduğunu ve kadınlara yönelik şiddetin, kadınları erkeklerle karşılaştırıldığında ikincil konuma zorlayan can alıcı sosyal mekanizmalardan biri olduğu*” kabul edilmiştir. CEDAW Komitesi’nin 12, 19 ve 35 no’lu tavsiye kararları¹⁴² da şiddetin toplumsal cinsiyete dayalı kökenlerini dikkate alarak farklı şiddet biçimlerini düzenlemiş ve şiddet konusunda devletlere pek çok yükümlülük yüklemiştir. Benzer şekilde İstanbul Sözleşmesi kadına karşı şiddetin kadına karşı insan hakları ihlali ve ayrımcılık biçimi olduğunu belirtmiş ve şiddet kavramını “*ister kamu ister özel yaşamda meydana gelsinler, söz konusu eylemlerde bulunma tehdidi, zorlama veya özgürlüğün rastgele bir biçimde kısıtlanması da dâhil olmak üzere, kadınlara fiziksel, cinsel psikolojik veya ekonomik zarar ve acı verilmesi sonucunu doğuracak toplumsal cinsiyete dayalı tüm şiddet eylemleri*” olarak tanımlamıştır (m. 3-a).

Görüldüğü üzere, kamusal ve özel alan ayırımına ilişkin geleneksel yaklaşımın değişmesinde ve buna bağlı olarak devletin ihlallere ilişkin yükümlülüklerinin tespit edilmesinde, insan hakları hukukunu feminist perspektifle ele almak önemli bir rol oynamıştır. BM Kadına Karşı Şiddet Özel Raportörlüğü de yapmış olan Ertürk’ün ifadesiyle:

“Küresel kadın hareketi, kabul görmüş insan hakları dilini, kadınların bu görünmeyen hak ihlallerini görünür kılacak biçimde yeniden tanımlayarak özel alanı ve cinsiyet açısından “nötr” gibi algılanan anaakım insan hakları hukukunu tartışmaya açmış, “evrenselliğin”, “hak” ve “hukuk”un sınırlarını genişletmiştir. Örneğin bekâret kontrolünün bir terör eylemi, anne karnında kız fetüsün yok edilmesinin bir soykırım, dayak/eve hapsedme/ kadın sünneti/ tecavüz gibi eylemlerin ise kamu alanında bir suç teşkil eden işkenceyle eş anlamlı olduklarını göstermiştir”¹⁴³.

Şiddet olgusunun bu kapsamda ele alınması ile, insan hakları ihlallerinde devletin yapması gerekenlere ilişkin tartışma da yeni bir boyut kazanmaya başlamıştır. Uluslararası düzeyde bakıldığında BM Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi’nden bu yana devletlerin kadına karşı şiddet eylemelerini önlemek, soruşturmak ve failleri ulusal yasalara uygun biçimde cezalandırmak için gereken özeni gösterme yükümlülükleri vardır (4-c m). Yine de devletlerin kadına yönelik şiddetle mücadeleyle ilişkin yükümlülükleri söz konusu olduğunda, uygulamada genellikle şiddet eylemi gerçekleşikten sonra yapılması gerekenlere odaklanıldığı görülmüştür. Feminist perspektiften özen yükümlülüğü standardı ise, şiddeti gerçekleşmeden önleme, yani şiddeti ortaya çıkaran ve sürdüren geleneksel/

142 CEDAW Komitesi’nin tavsiye kararları için bkz. <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>> Erişim Tarihi 09.09.2021.

143 Ertürk (n 141) 64.

cinsiyetçi yapıyı dönüştürme anlamında daha kapsayıcı bir yükümlülüğü öne çıkarır. Aynı zamanda devlet dışındaki aktörlerin şiddete ilişkin sorumluluklarını da tartışmaya dâhil eder¹⁴⁴. Örneğin İstanbul Sözleşmesi’nde kadına yönelik şiddeti önleme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler bulunur (m. 12-17). Bu yükümlülük her şeyden önce devletlerin “*kadınların daha aşağı düzeyde olduğu düşüncesine veya kadınların ve erkeklerin toplumsal olarak klişeleşmiş rollerine dayalı ön yargıların, törelerin, geleneklerin ve diğer uygulamaların kökünün kazınması amacıyla kadınların ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarının değiştirilmesine yardımcı olacak tedbirleri*” almalarını gerektirir (m. 12).

Toparlamak gerekirse, hangi hakların temel hak olarak görüldüğü, özel ve kamusalın nasıl ele alınacağı, hangi aktörlerin ne tür eylemlerinin ihlal sayılacağı, devletlerin hangi eylemlere müdahale etmesi ve hangilerine etmemesi gerektiği, şiddetin ne olduğu ve ne şekillerde gerçekleşebildiği, şiddetin nasıl ortadan kaldırılabilceği başta olmak üzere, insan hakları hukukunun pek çok konu başlığı, toplumsal cinsiyet perspektifiyle ele alındığında yeni bir içerik kazanmıştır. Dolayısıyla insan hakları hukukunun tüm bu tartışmalardan bağımsız bir şekilde ele alınması, her şeyden önce evrensel insan hakları fikrinin içini boşaltır ve ihlallerin büyük bölümünü gözden kaçırmaya neden olur.

SONUÇ

Birleşmiş Milletler tarafından 2030 yılına kadar devletlere yerine getirmeleri gereken ödev ve sorumluluklar olarak yüklenen 17 hedeften biri olan ve hemen hemen tüm diğer hedeflerle ilişkisi bulunan toplumsal cinsiyete dayalı ve duyarlı bir sistemin benimsenerek yerleştirilmesi esası, gerçekte birbirine saygılı, adil yaşam koşullarında eşit paylaşım temeline dayanan bir dünyada, ayrımcılık ve nefret duygularının ortadan kaldırılarak sürdürülebilecek bir yaşamın bir ütopya değil gerçeklik olabileceği öngörüsüne dayanmaktadır.

Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve insana sırf insan olması nedeniyle saygı duyulması, toplumsal yapıların insan hakları temelinde inşasını sağlarken, aslında manen de insanların mutluluğunu gerçekleştirecektir. Sahip olunan farklılıkların aslında bir zenginlik olarak ve olduğu gibi kabulü, sonuçta özgüveni tam, kendine ve çevresine saygılı ve en önemlisi mutlu bireylerin varlığına ve daha büyük pencereden baktığımızda mutlu toplumların oluşumuna olanak sağlayacaktır.

Tüm bu ideallerin gerçekleşmesi ise toplumsal cinsiyet eşitliği kavramının ve kavramın birçok alandaki görünüm biçimlerinin eğitime entegre edilmesini ve küçük yaşlardan itibaren insanlara anlatılmasını gerekli kılar. Özellikle hukuk eğitimi, kullanılan araçlarda yer verilen dil, anlatım, ifade, mevzuat ve uygulamanın dili oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Bu nedenle, tüm mevzuatın, eğitim materyallerinin, öğretim ile uğraşanların, yazarların ve tabi uygulayıcıların toplumsal eşitlik kavramına azami özeni göstermesi ve hassasiyetle konuya yaklaşması önemlidir. Amaca ulaşmak zaman alacak olsa da başlamak önemlidir.

144 ibid 91-103; Fatma İrem Çağlar Gürgey, Özge Yücel Dericiler, ‘Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Özen Yükümlülüğünün Dönüşümünün Bir Örneği Olarak CEDAW Komitesi’nin 35 Sayılı Tavsiye Kararı’ (2019) 1 Ankara Barosu Dergisi 231-266.

KAYNAKÇA

- Abik Y, *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı* (Seçkin 2005).
- Akın M Y ve Yağmur S, ‘Türk Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesinin Uygulanması Açısından Objektif Kriter Kavramı’ (2018) 13(144) Terazi Aylık Hukuk Dergisi 96–105.
- Aksakal H, “Yargıtay Kararlarında Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği: “Erkekler Lehine İşleyen Haksız Tahrir Kurumu””, (2018), 1, Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi, 25-46.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (24. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2018).
- Aydın D H, “Kadınların Adalete Erişimi”, (2015), 4, ABD, 77-107.
- Aydın Ünver T ve Dursun Karaahmetoğlu Ş, ‘Ana ile Çocuk Arasında Kurulan Soybağının Reddi’ iç Zeynep Özlem Üskül Engin (ed), *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk (I)* (On İki Levha 2019) 299-333.
- Bahtiyar M, *Ticari İşletme Hukuku* (21. Baskı, Beta 2020).
- Bay Yılmaz Ö, ‘Topluma Değer Katan Şirketler’, *Ekonomist* (29.12.2019) <<https://www.ekonomist.com.tr/dosya/topluma-deger-katan-sirketler.html>> Erişim Tarihi 13.04.2021.
- Birinci Uzun T, ‘Aile Soyadı Çıkmazı – Anayasa Mahkemesi’nin Çocuğun Soyadının Velayeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi’ (2016) (4) Ankara Barosu Dergisi 97-137.
- Bozkurt Yaşar S, *Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması* (Beta 2015).
- Bunch C, ‘Transforming Human Rights from a Feminist Perspective’ iç Julie Peters Women’s Righths, Human Rights: International Feminist Perspectives (Routledge 1995).
- Centel N, “Yeni Türk Ceza Yasası Ve Kadın”, 1-16.
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Karşılaştırmalı ve Tablolu Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat*, (18.Bası, Beta 2020).
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (11.Bası, Beta 2020).
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanun ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, (4. Bası, Beta 2004).
- Charlesworth H, ‘Human Rights as Men’s Rights’ iç Julie Peters and Andrea Wolper (eds) *Women’s Righths, Human Rights: International Feminist Perspectives* (Routledge 1995).
- Charlesworth H, Chinkin C and Wright S, ‘Feminist Approaches to International Law’ (1991) 85(4) The American Journal of International Law 613.
- Çağlar-Gürgey F İ, “Feminist Hukuk Kuramı’ Nedir?’ (2014) 1(5) Hukuk Kuramı 28, 29-30.
- Çağlar-Gürgey F İ ve Yücel-Dericiler Ö, ‘Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Özen Yükümlülüğünün Dönüşümünün Bir Örneği Olarak CEDAW Komitesi’nin 35 Sayılı Tavsiye Kararı’ (2019) 1 Ankara Barosu Dergisi 231-266.
- Çakırca S İ, ‘Turkish Civil Code and CEDAW: Never Shall the Twain Meet?’ (2015) 45(62) Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul 145-192.
- Çakmut Ö Y, “Cinsel Suçlarda Hukuksal Boyut”, (2018), 4(1), Türkiye Klinikleri Adli Tıp – Özel Konular, 65-72.
- Çakmut Ö Y, “Yargı Kararları Işığında Genital Muayene Suçu (TCK m.287)”, iç Yener Ünver ve İ.Hamit Hancı (edr), *V. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Adli Bilimciler Derneği, Balıkesir Barosu*, (Seçkin 2020), 125-138.
- Çakmut Ö Y ve Akyıldız A, “Sporda Ayrımcılık ve Türk Ceza Hukuku” (2021), III (2), İstanbul Spor Hukuku Dergisi, 3-53.
- Çelebi Ö, ‘Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı ve Soyadının Çocuğa Aktarımı’ (2019) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 537-614.

- Demir E, *Sermaye Piyasası Kurulu’nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri* (Oniki Levha 2013).
- Develioğlu M, ‘Rupture d’égalité entre hommes et femmes autour de la question du nom de famille en Turquie’ (2013) 65(4) *Revue Internationale de Droit Comparé* 859-878.
- Dönmezer S, *Umumi Âdap ve Aile Nizamı Aleyhine Cürümler*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1945).
- Dumanlı D, ‘Reklamlarda Toplumsal Cinsiyet Kavramı ve Kadın İmgesinin Kullanımı; Bir İçerik Analizi’ (2011) 1(2) *Yalova Sosyal Bilimler Dergisi* 132–149.
- Ekşi N, ‘Medeni Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükümünün AİHS, Anayasa, Cedaw ve Möhuk Kapsamında Değerlendirilmesi’ (2012) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, 2011/II – 2012/I*, Prof.Dr. Erhan ADA’la Armağan 311-331.
- “En Yüksek Kadın İstihdam Oranı Yüzde 55 İle Sigorta Sektöründe” *Sigortix* (2014)
- Erdem J G, “Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi Ve Kadın Erkek Eşitliği”, (2017), 4 (8), *Akademik Hassasiyetler*, 19-44.
- Ergene D, ‘İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanunda Değişiklik Önerisi’ (2011) 31(2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 123-176.
- Ertürk Y, *Sınır Tanımayan Şiddet: Paradigma, Politika ve Pratikteki Yönleriyle Kadına Şiddet Olgusu*, (Metis 2015).
- Gerçek L Ç, “Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu”, (2011), 60 (1), *AÜHF D*, 47-82.
- “Goal5: Achieve gender equality and empower all women and girls”, <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/gender-equality/>> Erişim Tarihi 13 Eylül 2021.
- Göktürk K, ‘Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi’ (2011) 2(2) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 207–246.
- Gülseven A S, ‘Türk Aile Hukukunda Toplumsal Cinsiyet Roller’ (2017) (132) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 183-230.
- Helvacı S, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı’ (2015) 35(1) *MHB* 157-169.
- Işıntan P, ‘Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?’ (2012) (1) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 265-279.
- Kamuajans, ‘Girişimci Kadınlara 2021 Yılı Destek Veren Kamu Kurumları ve Sivil Toplum Örgütleri’ (*Kamuajans*, 16.06.2021) <<https://www.kamuajans.com/>> Erişim Tarihi: 26.09.2021.
- Karan U, “*Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122.Maddesinin Uygulanabilirliği*” (2007), 20 (73), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 146-173.
- Kaufman N H ve Lindquist S A, ‘Critiquing Gender-Neutral Treaty Language: The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women’ in Julia Peters ve Andrea Wolper (eds), *Women’s Rights, Human Rights: International Feminist Perspective* (Routledge 1995), 114-125.
- Kaya F, ‘Reklam ve Pazarlama Stratejileri: Bir Reklamda Olması Gerekenler’ (2018) 3(5) *Mecmua Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi* 99–111.
- Keskin S, ‘Kadın ve Erkek Girişimciler Arasındaki Farklılıklar’ (2017) 1(1) *Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü e-Dergi* 64–76.
- Kılınç Savrul B ve Akyüz D, ‘Türkiye Ekonomisinde Kadın Girişimcilerin Mevcut Durumu ve Geliştirilmesine Yönelik Çözüm Önerileri’ (2016) 11(1) *ÇÖMÜ Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi* 165–185.
- Kılıçoğlu A, ‘Medeni Kanun Açısından Kadın-Erkek Eşitliği’ (1991) (1) *Ankara Barosu Dergisi* 9-17.

- Mikkola M., 'Feminist Perspective on Sex and Gender', (*Stanford Encyclopedia of Philosophy Fall 2019 edition*), Edward N. Zalta (ed.), <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/feminism-gender/>> Erişim Tarihi 13 Ağustos 2021.
- Moroğlu N, 'Kadının Kimlik Sorunu: Kadının Soyadı' (2012) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 245-268.
- Mossman M J, "Shoulder To Shoulder": Gender and Access To Justice", 350-363.
- Nomer H, 'Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı' (2002) (22) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 421-450.
- Nowak M, *International Human Rights Regime* (Martinus Nijhoff Publishers 2003).
- Oakley A, *Sex, Gender and Society* (Gower Publishing 1985).
- Oktay Özdemir S, 'Soyadı ve ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2017-2032.
- Önder A, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, (4.Bası Filiz Kitabevi 1994).
- Özen B, 'Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması' (2010) 16(3-4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 171-194.
- Özkaya E, *Açıklamalı – İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları* (7. Baskı, Seçkin 2017).
- Pulaşlı H, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu' (2009) 25(1) BATİDER 27–63.
- Reyhani Yüksel S, 'Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği' (2014) 18(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 175-200.
- Romany C, 'Women as Aliens: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law' (1993) 6 Harvard Human Rights Journal.
- Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu, 'Türkiye'de Yönetim Kurulunda Kadınlar' (*Yönetim Kurulunda Kadın Derneği*, 2020) <https://www.yonetimkurulundakadin.org/assets/node_modules/source/pdf/sabancı-2020-8th_yillik_rapor.pdf> Erişim Tarihi: 25.04.2021.
- Scales A, *Hukuki Feminizm: Aktivizm, Savunma ve Hukuk Kuramı* (Dost 2019).
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (2. Baskı, Vedat 2005).
- Sert Sütçü S, *Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları* (1. Baskı, Seçkin 2018).
- Songur D, 'Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Perspektifinden Ticaret Hukuku ve Uygulamasına Genel Bakış' iç Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir (edr) *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Seçkin 2018) 413-432.
- Sullivan D, 'The Public/Private Distinction in International Human Rights Law' in Julia Peters ve Andrea Wolper (eds), *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspective* (Routledge 1995).
- Şıpka Ş, 'Taşiyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar' <https://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm> Erişim Tarihi 24.12.2018.
- Şimşek A, 'Bir İnsan Hakları İhlali ve Ayrımcılık Biçimi Olarak Toplumsal Cinsiyet Roller ve Kalıpyargılar: CEDAW Çerçevesinde Bir İnceleme' (2020) 11(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 496-513.
- Toluay M, *İnsan Hakları Hukukunda Cinsiyet Temelinde Ayrımcılık Yasağı*, (1.Bası Onikilevha 2021).
- Türkiye Kadın Girişimciler Derneği (KAGİDER), 'Türkiye Kadın Girişimcilik Endeksi – 2019 Araştırma Raporu' (*Cinsiyet Eşitliği İzleme Merkezi*, 2019) <<https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/handle/1/427>> Erişim Tarihi: 20.04.2021.
- UNESCO moving forward the 2030 Agenda for Sustainable Development, <<https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/247785en.pdf>> Erişim Tarihi 13 Eylül 2021

- Uygur G, “Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir”, (2015), 4, Ankara Barosu Dergisi, 121-132.
- Uygur G ve Özdemir N, ‘Giriş’ iç Gülriz Uygur, Nadire Özdemir (edr), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Seçkin 2018) 7.
- Uygur G ve Özdemir N, ‘Hukuk eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine İlişkin Problemler ve Çözüm Önerileri: Etik Temelde Bir Arayış-Dönüşüm İlkesi I’ iç Gülriz Uygur, Nadire Özdemir (edr), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Seçkin 2018).
- Vujadinovic D., “Gender Mainstreaming in Law and Legal Education’, (2015) 3 Belgrade Law Review, 63,<https://www.researchgate.net/publication/314484835_Gender_mainstreaming_in_law_and_legal_education> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2021.
- Yelkikalan N, ‘Başarılı Girişimcilikte Cinsiyetin Rolü: Kadın Girişimciler’ (2006) 1(1) ÇÖMÜ Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi 45–54.
- Yıldız Ş, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi* (Seçkin 2004).
- Yongalık A, ‘Pozitif Ayrımcılığın Aracı Olarak Hukuk: Şirket Yönetim ve Denetim Kurullarında Kadın Kotası Uygulaması’, iç Fatma Güven Lisaniler ve Süheyla Üçışık Erbilen (edr) *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Hukuk: 4. Uluslararası Kadın/Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları Konferansı, Bildiri Özetleri Kitabı* (2012) 5.
- Yücel-Dericiler Ö, *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukukunda Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme* (On İki Levha 2014).

İNTERNET SAYFALARI

- <<http://www.sigortatahkim.org/files/karardrgs46.pdf>> Erişim Tarihi 12.07.2021.
- <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1991/40?KararNo=1991%2F40>> Erişim Tarihi 04.05.2021.
- <https://tsb.org.tr/media/attachments/Deniz_Araclari_Zorunlu_Mali_Sorumluluk_Sigortasi_Genel_Sartlari.pdf> Erişim Tarihi 10.07.2021.
- <https://tsb.org.tr/media/attachments/Emtea_Nakliyat_Sigortasi_Genel_Sartlari.pdf> Erişim Tarihi: 10.07.2021.
- <https://tsb.org.tr/media/attachments/Tekne_Policesi_Genel_Sartlari.pdf> Erişim Tarihi 10.07.2021.
- <<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/2019-avukat-sayilari-31122.019.81078>> Erişim Tarihi 04.05.2021.
- <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf> Erişim Tarihi 04.05.2021.
- <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/39c8a8cb-7600-4159-933b-48881447f0d4.pdf>> Erişim Tarihi 04.05.2021.
- <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw7/6/41/contents>> Erişim Tarihi 10.07.2021.
- <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat>> Erişim Tarihi 04.05.2021.
- <<http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/Insan-Haklari-Beyannamesi-1.pdf>> Erişim Tarihi 04.05.2021.
- <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/gender?q=gender>> Erişim tarihi 13 Ağustos 2021.

- <https://www.researchgate.net/publication/342511353_Turkiye'de_Akademide_Cinsiyet_Esitsizligi_Raporu_2020_Gender_Inequality_Report_at_the_Academy_in_Turkey_2020 > Erişim Tarihi 04.05.2021.
- <<https://www.sigortix.com/haberdetay-HaberID-132-Haber-en-yuksekkadin-istihdam-orani-yuzde-55-ile-sigorta-sektorunde.html>> Erişim Tarihi 15.07.2021.
- <<https://www.tsb.org.tr/tr/istatistikler>> Erişim Tarihi 23.07.2021.
- <<https://www.willistowerswatson.com/tr-TR/About-Us/overview>> Erişim Tarihi 12.07.2021.
- Lexpera <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 30.09.2021
- Yargıtay Bilgi Bankası <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, Erişim Tarihi 24.12.2020.

Seçme Hakkının Yaş Bakımından Sınırlanması ve Osmanlı-Türkiye Anayasacılığındaki Evrimi

(Restriction of the Right to Vote in Terms of Age and Its Evolution in Ottoman-Turkey Constitutionalism)

Abdullah Sezer* 

*"If you're old enough to fight,
you're old enough to vote"¹.*

– Resul Tosun (Ak Parti): "Seçme yaşı 18, seçilme yaşı 30; aslında, ortada bir çelişki var. ... Biz, Türkiye'yi yönetecek insanları seçebilmek için 18 yaşını yeterli görürken, ... eğer meseleye sadece yaş açısından bakarsak, bir çelişki içinde olduğumuzu görürüz".

– Orhan Eraslan (CHP): "Zekâ yaşına da bakmak lazım!"

[TBMM Genel Kurulu, 01.04.2003²].

ÖZ

Seçme hakkı, birey ve devlet arasında köprü kuran siyasal haklar kategorisinde yer alır. Bu hak, devletin oluşumu ve karar alma sürecine bireyin katılımını sağladığı için, demokrasinin zorunlu unsurlarındandır.

Önceleri yalnızca erkeklerin belli bir kısmına ait olan seçme hakkı, zamanla eşitliğe uygun biçimde herkese tanınmıştır. Böylece, evrensel ilkelere bir olan genel oy ilkesine ulaşılmıştır. Ancak genel oy ilkesi, makul sınırlar koymayı engellemez. Diğer bir deyişle genel oy, her insanın seçme hakkını kullanması anlamına gelmez. Söz konusu makûl sınırlardan biri de, yaş şartıdır.

Seçme hakkı, Anayasa'da 67. maddede düzenlenir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde (İHAS) düzenlenmeyen serbest seçim hakkı ise, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 1 no.lu Protokol m. 3'le düzenlenmiştir.

Bu bağlamda, ülkemizde seçmen yaşı – 1934'te 18 yaştan 22 yaşa yükseltme hariç – sürekli düşme eğilimi göstererek, 1995 Anayasa değişikliği ile 18 yaşa düşürülmüştür. Seçilme yaşı ise, 2017 Anayasa değişikliği ile 18 yaşa düşürülmüştür. Böylece, seçme ve seçilme yaşı eşitlenmiştir.

Oy hakkında temel ilke eşitliktir. Eşitlik bağlamında, yaş, seçim türü, vb. açılardan ideal ilkeler belirlenebilir.

Anahtar Kelimeler: Seçim, Seçmen yaşı, Serbest seçim hakkı, Genel oy, Siyasî haklar, vs.

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, abduallah.sezer@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6633-938X.

1 Bob Brown, 'If You're Old Enough to Fight, You're Old Enough to Vote' (2020) 43/30, August, *Public Land & Resources Law Review* 62. <https://scholarship.law.umt.edu/plrlr/vol43/iss1/30> (erişim tarihi: 11.03.2021).

2 *TBMM Tutanak Dergisi*, Dönem: 22, Yasama Yılı: 1, Birleşim 59, T. 01.04.2003, s. 63.

ABSTRACT

The category of political rights builds the bridge between the individual and the state. The rights to vote and be elected are among the rights in this category. These rights are essential elements of democracy, as they contribute to the formation of the state and the participation of the individual in the decision-making process.

The right to vote, which previously belonged only to a certain part of men, has been granted to everyone in accordance with equality over time. Thus, the principle of universal suffrage, which is one of the universal principles, has been reached. However, the principle of universal suffrage does not preclude setting reasonable limits. In other words, universal suffrage does not mean that every person can exercise their right to vote. One of these reasonable limits is the age requirement.

The right to free elections is regulated in Article 67 of the Constitution. The right to free elections, which is not regulated in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), is regulated by article 3 of First Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

In this context, the voting age in our country has generally tended to decrease. However, in 1934 rise from 18 to 22 is excluded. The voting age was reduced to 18 with the 1995 constitutional amendment. The election age was reduced to 18 with the 2017 Constitutional Amendment. Thus, voting and election age are equalized.

The basic principle about voting is equality. In the context of equality, age, type of election, etc. some ideal principles can be determined.

Keywords: Election, Voting age, Right to free election, Universal suffrage, Political rights, etc.

I. GİRİŞ: ÖN SAPTAMALAR

Antik dönemde, kadınlar doğrudan demokraside karar alma süreçlerine katılmadığı gibi, erkekler dahi örneğin üretici ise, her yıl yeniden belirlenen miktarda mahsül üretmediği takdirde bu olanaktan yoksun kılınıbiliyordu.

Demokrasi tarihi, antik dönemde yalnızca erkeklerin karara katıldığı ilkel modelden günümüze, uzun bir evrimi yansıtır. Sonraları oy hakkı genişlese ve seçmen yaşı kademeli biçimde düşse de, sürece vekillerin girişi ve siyasal partilerin doğuşu ile, oyun değeri görece azaldı. Artık modern Dünyada seçmen, parlamento-parti-aday üçgeninde süzgeçten geçirilerek sunulan seçeneklerden birini tercih etmek zorunda...³

“Seçmen yaşının on sekiz olmasını isteyen radikal görüşler hukuki, ekonomik, psikolojik ve sosyo-politik diyebileceğimiz birtakım nedenlerden hareket ederek, hem yukarıdaki gelenekçi görüşlere cevap vermişler ve hem de yeni bazı gerekçeler ileri sürmüşlerdir”⁴.

Prof. Karamustafaoğlu, 1970’te yayınlanan eserinde işte böyle yazıyor, 18 yaşı destekliyordu. Bugün ise, seçme yaşı bile 18’e düştü...

3 Abdullah Sezer, *Demokrasi Teorisi ve Pratiğinde Seçim Barajları [Adalet-İstikrar İkileminde % 10 Ulusal Baraj Açısından Karşılaştırmalı Bir Analiz]* (Legal 2014) 5.

4 Tunçer Karamustafaoğlu, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1970) 175.

Günümüzde ülkemizden birkaç yaş şartı: Bisiklet kullanmak için 11; motorsuz taşıt için 13; vasiyet yapabilmek için 15, evlenmek için 17; memur, seçmen, milletvekili, bakan, sendika, dernek veya parti kurucusu olmak, marketten sigara satın alabilmek için 18; asker olmak için 19; büyük otobüs kullanmak için 24; evlât edinmek için 30; Cumhurbaşkanı olmak için 40; Anayasa Mahkemesi (AYM) üyesi olmak için 45 yaş doldurulmalı...

A. SEÇME HAKKI AÇISINDAN ÖN SAPTAMALAR

Öncelikle, seçme hakkı ve yaş şartı açısından birtakım ön saptamalar belirlenecektir.

1. Seçme hakkı, siyasal haklardan biridir

Seçme hakkı, anayasalarda siyasal haklar kategorisinde düzenlenir. Siyasal haklar ise, klâsik tasnifte aktif statü hakları (isteme hakları), gelişmeci tasnifte ise I. kuşak haklar listesinde yer alır.

Nitekim 1982 Anayasası'nda, "seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma hakları" kenar başlıklı m. 67, "siyasî haklar ve ödevler" bölümündedir.

2. Seçme hakkı, oy hakkının aktif boyutunu oluşturur

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne (İHAM) göre, serbest seçim hakkı iki boyutludur (aktif-pasif seçim hakkı⁵): Oy verme ve seçme hakkı "aktif" boyutunu, aday olma ve seçilme hakkı ise "pasif" boyutunu oluşturur⁶. Kullanılan bu dil, seçmen sıfatıyla seçime aktif biçimde katılma hakkı ile seçimde kendini sadece pasif biçimde aday gösterme ve seçildiği takdirde vekil olma hakları arasındaki ayrımı yansıtır⁷.

Mahkeme'nin taraf devletlere tanıdığı takdir marjı, aktif boyutta daha dardır. İHAM, seçme hakkına yönelik sınırlamaları katı ölçülülük testine tâbi tutmak suretiyle, daha sıkı koruma sağlar⁸. Daha açık deyişle, seçme hakkı, seçilme hakkına nazaran daha güçlü bir korumaya sahiptir⁹.

5 Aktif-pasif oy hakkı ayrımı, aktif-pasif yurttaş ayrımından farklıdır: Aktif-pasif oy hakkında, iki tarafın kullandığı ve birbirini tamamlayan iki hak (seçme ve seçilme) vardır. Oysa aktif-pasif yurttaş ayrımı, özellikle hakkın aktif tarafı (seçmen) olmanın belli miktar varlık/mülkiyete sahip olma veya vergi ödeme şartına bağlanmasıdır. Kökeni Eski Yunan'a dek uzayan ayrımın etkisi modern hukukta hâlâ devam etmektedir. Örn. mevzuatımızda dernek üyesi olup aidat ödemeyen pasif üyedir. Adı geçer, ancak oy kullanamaz.

6 Hakkın 2 grup güvencesinden söz edilir: Aktif ve pasif seçim hakkı, hakkın subjektif (öznel) güvenceleridir. Objektif (kurumsal) güvenceler ise seçim ilkeleridir. Tolga Şirin, 'İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Serbest Seçim Hakkı' (2011) 17/1-2 *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 314 vd.

7 David J. Harris & Michael Q'Boyle & Ed P. Bates & Colin Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku Çev.* Mehveş Bingöllü Kılıcı & Ulaş Karan (Avrupa Konseyi 2009) 739.

8 İHAM, *Zdanoka v. Latvia*, Grand Chamber, App. No. 58278/00, Judg. 16.06.2006, § 115(e).

9 Osman Doğru & Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar C. 2* (Avrupa Konseyi 2013) 818.

Bu bağlamda, seçme ve seçilme hakkına yönelik sınırlamalar da farklılaşmaktadır. Seçmenlerin geleneksel olarak taşınması gereken başlıca 3 kategori koşul bağlamında somutlaşan sınırlar, İHAS'a Ek Protokol 1 m. 3'le bağdaşabilir niteliktedir: Yaş, ikamet, vatandaşlık¹⁰.

3. Seçme hakkı, devlete pozitif yükümlülük de getirir

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 1 No.lu Protokol (İHAS-EP1) m. 3'ün Resmî Gazete'de yayımlanan resmî çevirisi şu şekildedir:

“Yüksek Âkid Taraflar, teşriî organın intihabı hususunda halkın kanaatinin serbest olarak izharını sağlıyan şerait dâhilinde uygun¹¹ sürelerle gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler”.

Diğer birçok maddedeki “herkes” veya “hiç kimse” eksenli formüllerin aksine, “Yüksek Âkid Taraflar ... taahhüt ederler” ifadesiyle, devletin pozitif yükümlülüğünü önceleyen *sui generis* bir niteliktedir¹². İHAM kararlarında da aynı vurguya rastlanır¹³. Ancak bu vurgu, dönemin uluslararası hukuk paradigmasının (sözleşmenin haklar konusunda ancak devletleri taahhüt altına sokabileceği, doğrudan yurttaşları bağlayamayacağı) yansıması olarak da değerlendirilebilir.

Şu hâlde devlet, siyasal haklarda genel olarak müdahâle ve dolayısıyla ihlâlden kaçınma ile yetinmesine karşın (negatif yüküm, saygı yükümlülüğü), serbest seçimi güvencelemede tedbir almak ve uygulamak zorundadır (pozitif yüküm, gerçekleştirme ve koruma). AYM'nin bir kararında da, bu konu açıkça dile getirilir¹⁴.

10 Harris & Q'Boyle, *et. al.* (n 7) 741.

11 İHEB'de “devrevi”, İHAS'ta ise “uygun” sözcükleri geçer. Söz konusu iki belgeden, “makûl arahklarla seçim” ilkesi anlaşılır. Kanımızca bu, demokrasinin en başta gelen kurucu unsuru olan seçimin de asıl gereğidir. Abdullah Sezer, 1982 Anayasası Ekseninde Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi (Doktora tezi Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2006) 570. Makûl süreye uymayan çok kısa veya çok uzun süreler, m. 3'ün amacı ile çelişir. Örneğin, 2 yılda bir seçim siyasete ilgisizlik yaratıp etkililiğini yitirmesine neden olabileceği gibi, 10 yılda bir seçim de periyodik siyasal denetim ve hesap verebilmeyi anlamsız kılar.

12 İHAS-EP1 m. 3'ün 2 özelliği vurgulanır: *İlki*, maddenin “olağandışı tasarımı”dır. Zira madde, bireye doğrudan hak vermek yerine, devlete genel bir yükümlülük yükler. *İkinci* olarak, İHAM'ın bu alanda bireysel özgürlüklerin geliştirilmesini üstlenmek ile taraf devletlerin söz konusu yükümlülük bağlamında seçimlerle ilgili düzenlemeleri gibi oldukça hassas siyasî bir konuya bir ulusal-ötesi mahkeme sıfatıyla karışmadaki geleneksel isteksizliği arasında bir denge kurması gerekir. Harris & Q'Boyle, *et. al.* (n 7) 735. Konu, özellikle seçim sistemleri ve seçim barajı yönüyle hâlâ büyük ölçüde takdir marjı içinde görülmeye devam etmektedir. Ancak, – vicdanî ret örneğinde olduğu üzere – üye ülkelerin tercihleri sonrası oluşan konsensüs kendiliğinden ortak Avrupa standardına dönüştüğü takdirde, İHAM'ın yaklaşımının değişmesi ve ihlâl kararları vermesi de kuvvetle muhtemeldir.

13 İHAM *Mathieu-Mohin & Clerfayt v. Belgium*, App. No. 9267/81, Judg. 02.03.1987, § 48-54.

14 “Serbest seçim ilkesi seçmenin hiçbir müdahaleye, baskıya ve etkiye kapılmadan oyunu kullanmasını ifade eder. Oyunu kullanacak seçmenin özgür iradesine yönelik her tür etki, baskı sayılır. Seçmeni dolaylı da olsa, olumlu ya da olumsuz etkileyebilecek her türlü girişimin önlenmesi gerekir. Vatandaşların oy hakkını Anayasa'nın öngördüğü ilkelere uygun olarak kullanmalarını sağlamak devletin yükümlülüğüdür”. AYM, E. 2018/69, K. 2018/47, K.T. 31.05.2018. Ancak Mahkeme, “sandık taşıma” kararında, “[k] ural, YSK'ya seçmenin oyunu kullanacağı sandıktan daha uzak mesafede bulunan başka bir sandıkta oy kullanmasına yol açabilecek nitelikte bir yetki verdiğiinden bu yetkinin kullanılmasının oy hakkının sınırlanması sonucunu doğuracağı açıktır” görüşünü ortaya koysa da, nihayetinde bu sınırlamayı 1 karşı oya rağmen Anayasa'ya uygun bulmuştur.

Sonuç olarak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) sisteminde seçme hakkının güvencelenmesi 2 ilke açısından ciddi önem kazanır: Devletin yükümlülüğü, seçilme hakkına nazaran daha güçlü koruma. Ancak İHAM, bazı konularda hakları “geliştirici” işlevinden uzaklaşmaktadır¹⁵.

B. YAŞ ŞARTI AÇISINDAN ÖN SAPTAMALAR

1. Yaş şartı, genel oy ilkesinin istisnasıdır

Örn. 1982 Anayasası'nda, oy hakkına ilişkin ilkeler sayılır:

“Seçimler ... serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır” (m. 67/2, c. 1).

Yaş boyutu itibarıyla kişi bakımından sınırlama, bu ilkelere genel oyun bir istisnasıdır. Esasen “genel oy” bakımından ideal olan, herkesin oy kullanmasıdır. Ancak, haklı ve makûl gerekçelerle genel oya getirilen istisnalar, “sınırlı oy”u doğurur.

İşte bu makûl nedenlerden biri de yaş şartıdır. Aynı husus, BM İnsan Hakları Komitesi'nin 25 no.lu genel yorumunda da sıkça geçer¹⁶.

Her hak ihlâli müdahâle oluşturmasına karşın, her müdahâle/sınırlama/istisna bir ihlâl yaratmayabilir. Zira, istisna yasal, nesnel, haklı, meşrû ve makûl nedene dayanmakta ise, bu nedenle bireye uygulanan somut müdahâle de o hakkın ihlâli sonucunu doğurmaz. Bunun gibi, bireyler arası farklılaştırma da, her zaman ayrımcı nitelik taşıyabilir. Farklı muamelenin ayrımcı olarak nitelenebilmesi için, makûl bir gerekçeye dayanmıyor olması gerekir¹⁷.

- 15 Örn. İHAM, ulusal ve uluslararası hukuk belgelerinin devletlere yurt dışında yaşayan seçmenin oy kullanma hakkını güvenceleme yükümlülüğü getirmediği ve ayrıca Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde o dönem için yeterli bir konsensüs oluşmadığı kanısından hareketle, konuya ilişkin bir başvuruyu İHAS-EP1 m. 3'ün ihlâli olarak değerlendirmemiştir. Sitaropoulos & Giakoumopoulos – Yunanistan, Büyük Daire, K.T. 15.03.2012. Akt. Doğru & Nalbant (n 9) 819-820.
- 16 BM-İHK, 25 no.lu genel yorum, 1996, § 4: “Yurttaşların bu haklardan faydalanabilmesi yasal olarak belirlenmiş, objektif ve makul olan sebepler dışındaki sebeplerden ötürü askıya alınmaz veya kısıtlanamaz. Örneğin, zihinsel yetersizlik, oy kullanma veya kamu hizmetine girme hakkını kısıtlama nedenlerinden biri olarak görülebilir”. Lema Uyar, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006 (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2006) 76. § 10: “Seçimlerde ve referandumlarda oy kullanma hakkı yasalarla tanınmalıdır ve bu hak sadece oy kullanmak için belirli bir yaş sınırının öngörülmesi gibi makul nedenlerle sınırlandırılmalıdır”. ibid 78. § 15: “Seçilme hakkına sahip olmayı engelleyen asgari yaş sınırı gibi kısıtlamalar objektif ve makul kriterlere dayandırılmalıdır”. ibid 79.
- 17 BM-İHK, referandumda oy hakkında 10 yıllık ikamet şartına ilişkin başvuruda, şu görüşü ortaya koyar: “Komite, nesnel ve makul ölçütlere dayanması ve amaçlanan hedefin Sözleşme tarafından meşru sayılması kaydıyla, farklılaştırmaların ayrımcılığa yol açmayabileceğini hatırlatmaktadır”. BM-İHK kararı, Marie-Hélène Gillot vd. v. Fransa, Başvuru No. 932/2000, K.T. 15.07.2002, § 13.5 Akt. Raija Hanski & Martin Secheinin (Der.), İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları Çev. Defne Orhun (Bilgi Üniversitesi 2005) 584.

2. Yaş, seçme hakkının olumlu şartlarındandır

Seçmen olmanın 2 kategori şartı mevcuttur:

- Olumlu şartlar: Varlığı aranan, olması istenen şartlardır. Örn. Vatandaşlık, yaş, vs.
- Olumsuz şartlar: Olmaması istenmeyen durumlardır. Örn. Kısıtlılık, hükümlülük, vs.

Buna göre, konumuz olan seçme yaşı, olumlu şartlardan biridir¹⁸.

3. Yaş şartının nedeni asgarî olgunluk ve sorumluluktur

Siyasal haklarda aranan yaş sınırı, belli ruhsal olgunluk ve sorumluluk düzeyini gösterir¹⁹.

Bir yazar, yaş ölçütünü bu konudaki insan doğasına en uygun, en kolay, en kestirme ve belki de en az sakınca yaratacak ölçüt olarak niteler²⁰. Yaş sınırının ardındaki belli bir olgunluğa erişme şartı İHAM kararlarında da geçer²¹.

Seçmen yaşına, “medenî rüşt”ten farklı olarak “siyasî rüşt” denir²². Siyasî rüştle, “kişinin, ancak, bu yaşta, oy kullanırken ulusal istencin oluşumuna katkıda bulunabilme bilincine eriştiği varsayılır”²³. Bu gerekçenin de etkisiyle, bazı ülkelerde evliler için seçmen şartı daha düşüktür.

4. Dünya’da seçme yaşı, 16-21 arasında değişmektedir

Bu konuda birçok detaylı çalışmayı bir araya getiren veritabanları olsa da, güncel verilere ulaşmak oldukça zordur²⁴. Bazı istisnai örnekler²⁵ bir yana bırakılacak olursa, baskın sayıda ülkede genel ve yerel seçimlerde yaş sınırı aynı olduğu için, seçme yaşını parlamento seçimleri üzerinden değerlendirip, bazı dikkat çeken yönlere değineceğiz.

- 18 Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri* (3. Bası Seçkin 2021) 366; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (2. Bası Ekin 2018) 484; Hatice Derya Ormanoğlu, *Demokratik Sistemlerde Temsilde Adalet ilkesinin Gerçekleştirilmesi* (Doktora Tezi Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 175.
- 19 Bahri Savcı, ‘Seçmenlik Şartları Bakımından Seçim Rejimi’ (1947) 2/3 *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 228; Eren (n 18) 366. Ancak, bu yaşın söz konusu gerekçeden hareketle çok yüksek tutulması da, genel oy ilkesi ile çelişir. Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım* (3. Bası Seçkin 2020) 495.
- 20 Savcı (n 19) 228.
- 21 İHAM, *Hirst v. United Kingdom (No. 2)*, Grand Chamber, App. no. 74025/01, Judg. 06.10.2005, § 62. Ayrıca bkz. Harris & Q’Boyle *et.al.* (n 7) 741; Doğru & Nalbant (n 9) 819.
- 22 Karamustafaoğlu (n 4) 171; Eren (n 18) 366; Ayhan Döner, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin 2021) 227.
- 23 Yılmaz Aliefendioğlu, ‘Temsili Demokrasinin ‘Seçim’ Ayağı’ (2005) 60 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 77.
- 24 229 ülke ve *territory*’de seçme yaşı için bkz. CIA Factbook: <https://www.cia.gov/the-world-factbook/field/suffrage> (erişim tarihi: 14.11.2021). 240 ülke ve *territory*’de seçme yaşı için ayrıca bkz. ‘Voting age: What is the legal voting age in the national elections?’, *The Electoral Knowledge Network*, https://aceproject.org/electoral-advice/archive/questions/CDTable?question=ES004&view=country&set_language=en (erişim tarihi: 11.03.2021).
- 25 Örn. Almanya’da genel yaş 18 olsa da, bazı federe devletler ve belediye seçiminde 16’dır. İsrail’de genel yaş 18, belediye seçiminde 17’dir. Suudi Arabistan’da parlamento seçimi olmayıp, seçimler yalnızca belediye içindir.

En düşük genel seçme yaşı 16'dır²⁶. Buna karşın, – Birleşik Arap Emirlikleri'ndeki 25 yaş²⁷ ve Vatikan örneğindeki 80 yaş²⁸ bir yana bırakılırsa – en yüksek yaş 21'dir²⁹.

Bazı özel yapılarda ise, bağlı ülkelerde seçmen yaşı ayrı düzenlenir. Örn. Birleşik Krallık'ın parçalarından İngiltere ve Kuzey İrlanda'da 18, İskoçya ve Galler'de 16'dır³⁰.

16 yaşın kabul edildiği bağımsız devletlerin birçoğu anlamlı örnekler olsa da, bağımlı alanlar ve deniz aşırı topraklar (diğer *territory*'ler) açısından aynı şeyi söylemek zordur. Zira bazılarında gerek nüfus sayısı ve milletvekili sayısı çok düşük olduğu için, yaşı düşürme bir bakıma zorunluluktan kaynaklanır³¹. Buna karşın, en yüksek yaş uygulayan bazı bağımlı topraklarda ve bağımsız devletlerde de meclis üye sayısı 100'ün altındadır³².

Bazı ülkelerde seçme yaşının asgarî alt sınırı herkes için aynı iken, bazı ülkelerde “*kademeli seçmen yaşları*” söz konusudur. En sık rastlanan ölçütler ise, çalışma ve evliliğidir³³.

Bazı ülkelerde, seçme yaşı ancak referandumla değiştirilebilir. Danimarka'da tercih Anayasa ile kanuna bırakılmış ve kanunla 18 olarak belirlenmiş olup, ancak referandumla değiştirilebilir³⁴. Ancak, konuya temkinli yaklaşmakta yarar bulunduğu ve hakkı geriye götürücü bir değişikliğin referandumla sunulmasının tartışılabilir olduğunu not düşelim.

26 Bu ülkeler 3 gruptur: 1) Genel olarak 16 yaş: Avusturya, Brezilya, Küba, Guernsey, Jersey, Isle of Man, Nikaragua. 2) Sadece çalışanlar için 16 yaş: Sırbistan, Bosna-Hersek, Slovenya. 3) Sadece evliler için 16 yaş: Macaristan, vb. (S Carrie Seleman, 'Around the World: Children's Suffrage: Giving 16 Year Olds the Right to Vote' (2018) 38/2 Article 8 *Children's Legal Rights Journal* 174-175. <https://lawcommons.luc.edu/clrj/vol38/iss2/8> (erişim tarihi: 11.03.2020); CIA Factbook *passim*).

27 Birleşik Arap Emirlikleri'nde *Majlis al-Ittihad al-Watani* adlı tek kanatlı heyet, parlamento olmayıp, seçim dışı karma usulle belirlenir: Monark tarafından atanan 20 üye ve seçiciler kurulunca dolaylı yoldan seçilen 20 üyeden oluşur. Sezer *Demokrasi Teorisi ve Pratiğinde Seçim Barajları* (n 3) 96.

28 Vatikan'ın seçilen parlamentosu yoktur. Devlet Başkanı olan Papa'yı 80 yaşını aşmış kardinaller seçer.

29 Kuveyt, Lübnan, Umman, Samoa, Singapur, Solomon, Tokelau, Tonga, vb. Malezya'da ise 2019'da 21'den 18'e indirilmiştir.

30 Neil Johnston & Elise Uberoi 'Voting Age' (2020) 1747 *House of Commons Library Briefing Paper* 19 November 2020 5.

31 Örn. her üçü de Birleşik Krallık'a bağlı olan 3 deniz aşırı bağımlı ülkeden Isle of Man parlamentosu 24, Guernsey parlamentosu 45, Jersey parlamentosu 58 üyedir. Sezer *Demokrasi Teorisi ve Pratiğinde Seçim Barajları* (n 3) 95.

32 Örn. Yeni Zelanda'ya bağlı Tokelau'da, *General Fono* adlı parlamento, 20 üyedir. Sezer *Demokrasi Teorisi ve Pratiğinde Seçim Barajları* (n 3) 95, CIA Factbook: *passim*. Samoada *Fono* adlı parlamento 49 üyedir (CIA Factbook: *passim*). Solomon parlamentosu 50 üyedir. Hatta Umman bağımsız devlet olsa da, parlamentosu 83 üyedir. Sezer *Demokrasi Teorisi ve Pratiğinde Seçim Barajları* (n 3) 72.

33 Örn. Bosna-Hersek, Sırbistan ve Slovenya'da seçmen yaşı 18 iken, çalışanlar için 16'dır. Macaristan'da olağan yaş 18 iken, evliler için 16'dır. Endonezya'da olağan yaş 17 ve Dominik Cumhuriyeti'nde 18 iken, evliler için yaş sınırı yoktur (CIA Factbook *passim*).

34 1953 Danimarka Anayasası m. 29/2: “Seçme ve seçilme yaşı, 25 Mart 1953'te referandumda kabul edilen yaş sınırdır. Bu yaş sınırı yasayla değiştirilebilir. Millet Meclisi'nce kabul edilen yaş sınırını değiştiren yasa teklifini, Kral, ancak m. 42/5'te belirtilen referandumda kabul edildikten sonra onaylanabilir”. AB Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları (Adalet Bakanlığı 2011) 157. Ayrıca bkz. https://www.constituteproject.org/Denmark_1953 (erişim tarihi: 14.11.2021).

II. YAŞ AÇISINDAN EŞİTLİK VE İDEAL İLKELER DENEMESİ

Yaş şartının belirlenmesinde eşitlik ilkesinin yaşama geçirilmesinde bazı ideal ilkeleri saptamayı deneyeceğiz. Seçmen yaşı açısından ortaya konulan tercihler bu ilkelere dayanmalıdır.

A. MAKÛL BİR SINIR OLARAK YAŞ

Demokratik devlet açısından *sine qua non* öge olan seçme hakkı, bu bağlamda asgarî şartlardan biridir. Serbest seçim hakkı, etkili ve sürdürülebilir bir demokrasi açısından önemlidir. Bu bağlamda hak, birey-devlet arasında köprü kurmanın birincil aracıdır. Ancak, bu haklar mutlak olmayıp, zımnî kısıtlamalar mevcuttur (doğal, nesnel, içkin).

Seçme hakkı, bazı açılardan doğal sınırlara sahip olup (sınırlılık), bir kısmı Anayasa ve kanunlar başta olmak üzere mevzuatımıza da yansımıştır:

- Kişi bakımından: Her birey, seçme hakkını kullanamaz. Yaş, makûl sınırların ilkidir. Örn. 5 yaşındaki bireyin oy kullanamaması, bütün ülkelerde ortak bir kabûldür. Zihinsel yeterlilik diğer bir makûl şarttır. Seçme hakkının doğumla kazanılması yönünde öneriler de gözlenir (Almanya'da Yeşiller girişimi).
- Yer bakımından: Seçmen, oy hakkını istediği yerde kullanamaz. Oyunu bir yandan kendi ülkesi için, öte yandan kural olarak kendi ülkesinde veya yurt dışında ise belirlenen mekânda kullanır. Yer bakımından sınırlılık, yerel seçimde daha önem kazanır. Zira seçmen, istisnai hâller hariç istediği yerde değil, kural olarak ikamet ettiği yer için ve o yerde oy kullanır.
- Zaman bakımından: Seçmen, her istediği anda bu hakkını kullanmak için ortaya seçim sandığının konulmasını talep edemez. Zira bu hak, birçok haktan farklı olarak, seçimlerde periyodik olarak, referandumlarda ise belli zamanlarda kullanılabilir.
- Konu bakımından: Seçmen, her istediği konuda ve her türlü iradesinin ilgili merciler tarafından dikkate alınarak uygulamaya konulmasını isteyemez. Ancak mevzuatla düzenlenen konularda ve gerekli şartlar oluşursa seçim veya referanduma katılabilir. Örn. hâlihazırda ülkemizde kanunlar referanduma sunulmadığı gibi, anayasa değişikliği de ancak belli şartlarda sunulabilir. Öte yandan, hâlihazırda örneğin AYM üyelerini de seçemez.
- Koşullar ve diğer usûlî gereklilikler bakımından: Seçmen, oy kullanırken bazı usûlî şart ve gerekliliklere uymalıdır. Örn. kayıtlarda yer alan seçmen olduğunu resmî belge ile kanıtlama, oyunu kullandığına dair imza, mükerrer oy kullanımını önleyici tedbirler, vs.

Diğer bir saptama ise, hakkın kullanım sistemi açısından yapılmalıdır. Bilindiği üzere, teoride hakların kullanılmasında birçok sistem geçerlidir: Serbestlik, bildirim, izin. Seçme hakkının kullanılmasında aslölan serbest oy olsa da, geçerli olan usûl şarta bağılı kullanımı içerir. Zira Ancak, özellikle zaman bakımından geçerli olan periyodik kullanım dikkate alınınca seçmenin bu hakkını istediği anda kullanamayacağı açıktır.

İHAS sisteminde her hak ve özgürlük, kural olarak sözleşmenin ilgili maddesinde belirtilen sebeplerle sınırlandırılır. Ancak güvence altına alınan haklara ilişkin olarak genel bir sınırlama nedenleri listesi olmadığı gibi, dahası ilgili maddede de (İHAS-EP1, m. 3) somut bir sınırlama nedeninden bahsedilmez. Ne var ki, genel veya özel sınırlama sebebine yer verilmemiş olması, hakkın sınırsızlığı anlamına da gelmez. Zira bu tür haklar mutlak olmayıp, zımnî sınırlamalara tâbidir³⁵.

Nitekim bu bakış, İHAM Büyük Daire'nin *Ždanoka v. Latvia* ve *Yumak & Sadak v. Turkey* kararlarındaki yorumlara da yansır: İHAS-EP1 m. 3'te, İHAS m. 8-11 arası maddelerde olduğu gibi sınırlamayı haklı kılan meşrû amaçların belli bir listesi olmadığı için, belirtilen amacın hukukun üstünlüğü ilkesi ve İHAS'ın genel hedefleri ile bağdaştığının davanın kendine özgü koşullarında kanıtlanması şartıyla, devletler 8 ilâ 11 arasındaki maddelerdeki meşrû amaçlar dışında bir amaca dayanabilir. Dolayısıyla, m. 8-11'de yer alan "gereklilik" veya "zorlayıcı toplumsal ihtiyaç" ölçütlerinin, seçimlerle ilgili haklara getirilen sınırlamaları incelerken kullanılmayacağı belirtilir. Ayrıca, m. 3'e uygunlukta aranan standartların, İHAS m. 8-11 çerçevesinde uygulanacak standartlardan daha gevşek olduğu saptanır³⁶. Ne var ki bu durum, devletlerin sahip olduğu geniş takdir marjının sınırsız olduğu biçiminde yorumlanamaz. Taraf devletler, söz konusu hakkı, 1 No.lu Ek Protokol m. 3'ün amacıyla çelişmeyen şart, prosedür ve sınırlamalara tâbi tutabilirler. Bu sınırlamaların İHAS'la uyumunu test etmek ve bu konuda nihâi kararı vermek ise, İHAM'ın yetkisi dâhilindedir. Buna göre müdahale meşrû amaç izlemeli, ölçülü olmalı, "yasama organının seçiminde halkın kendi düşüncelerini serbestçe ifade etmesi"ni engellememeli ve hakkın özünü zedelememelidir³⁷. 1982 Anayasası'nda ise, -daha sonra "Sonuç" kısmında değineceğimiz üzere- m. 13. güvencelerinin (örn. ölçülülük, hakkın özü) getirdiği koruma devam etmektedir.

İHAS bağlamında taraf devletler, bu doğrultuda kendilerine tanınan geniş takdir payı çerçevesinde, minimum yaş şartı öngörebilirler³⁸. Ancak, meşrû bir nedene dayanmayan yüksek yaş sınırı uygulamaları seçme hakkının ihlali olarak görülecektir³⁹. Bu sorunun İHAM'da sınırlı sayıda karara konu olduğunu da eklemek gerekir⁴⁰.

Ayrıca, BM Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi m. 25/(b)'de benzer hüküm geçer:

"Her yurttaş, 2. maddede belirtilen ayrımlara ve makul olmayan kısıtlamalara bağlı olmaksızın: a) Doğrudan doğruya ya da özgürce seçilmiş temsilciler aracılığı ile kamu yönetimine katılma; b) Genel, eşit ve gizli oyla belirli dönemlerde yapılan, seçmenlerin iradelerini özgürce ortaya koymalarını garanti eden gerçek seçimlerde oy kullanma ve seçilme; ... hak ve fırsatına sahiptir".

35 Harris & Q'Boyle *et.al.* (n 7) 737; Şirin (n 6) 319.

36 Harris & Q'Boyle *et.al.* (n 7) 737-738.

37 Doğru & Nalbant (n 9) 818.

38 Gizem Yardımcı, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarıyla Serbest Seçim Hakkı* (Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021) 72.

39 Olgun Akbulut, 'Serbest Seçim Hakkı' Ed. Sibel İnceoğlu *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (Avrupa Konseyi 2013) 547.

40 Bu konuda bkz. Şirin (n 6) 326.

Dolayısıyla, oy hakkı, “*mefhum-u muhâlifî*”nden hareketle, “*makûl nedenler*”e bağlı olarak sınırlanabilecektir.

B. İDEAL İLKELER DENEMESİ

1. Medenî ve siyasî rüşt yaşını eşitleme

İlkin belirtelim ki, medenî ve siyasî rüşt yaş aynı olmalıdır. Böylelikle, medenî hakları kullanma açısından öngörülen yaş ile ülkenin geleceğini belirlemeye ilişkin bir katkı olan seçme hakkı arasındaki çelişkiler de giderilmiş olur.

Ancak mutlaka farklılaştırma yapılacaksa, seçilme yaşı daha yüksek belirlenir. Aksi tercih ise tutarsız olup, makûl bir nedene dayandırılması da oldukça güçtür. Nitekim bu kıyaslama, BM İnsan Hakları Komitesi'nin (BM-İHK) 25 no.lu genel yorumuna da yansır⁴¹.

2. Seçim türüne göre yaş şartını eşitleme

Seçim türüne göre ayırım yapmaksızın tek bir seçme yaşı belirlenmelidir. Diğer bir deyişle, yapılan tüm seçimlerde (örn. parlamento, devlet başkanlığı, belediye, muhtarlık, vb.) aynı yaş uygulanmalıdır. Bu bağlamda, özellikle 1950 öncesinde farklı seçimlerde farklı yaş tercihlerinin ciddi tutarsızlıklar yarattığı unutulmamalıdır⁴².

1960'ta yayınlanan bir seçim kanunu şerhinde de detaylıca anlatıldığı üzere, seçme ve seçilme yaşı 1950'li yıllarda da farklı seçimlere ilişkin kanunlarda düzenlenir: Milletvekilleri Seçimi Kanunu (m. 7-9), Belediye Kanunu (m. 23), İdare-i Umumiye-i Vilâyat Kanunu (104) ve Şehir ve Kasabalarda Mahalle Muhtar ve İhtiyar Heyetleri Teşkiline Dair Kanun (m. 7). Yazarın vurguladığı üzere, bu kanunlarda “*seçmenlik yaşı 18 veya 22 olarak değişmekte*” olup, ayrıca diğer “*şartların bir birini tutmamakta olduğu kolaylıkla görülür*”⁴³.

Hatta bırakınız farklı seçimlerde farklı yaş belirlemeyi, daha büyük sorun, oy hakkının belli seçimlerde tanınmamasıdır. Bu sorun da ülkemizde yaşandı. Nitekim, kadınlar için 1930 ve 1934'te sırasıyla belediye ve köy kanunları ile tanınan hakka karşın, seçme hakkının daha önemli boyutu olan yasama seçiminde oy kullanma hakkı için birkaç yıl daha beklemek gerekmiştir.

41 BM-İHK 25 no.lu genel yorum, 1996, § 4: “25. madde ile korunan haklarla [katılma, seçme ve seçilme] ilgili olarak öne sürülen her şart, objektif ve makul kriterlere dayanmalıdır. Örneğin, seçilmek veya belirli bir göreve atanmak için, seçme hakkı kullanılırken öngörülen yaştan daha büyük bir yaş sınırı belirlenebilir”. Uyar (n 16) 76.

42 Somut örnekleri eleştiren bir yazarın 1947'deki makalesine göre, belediye sınırları içinde 18 yaşındaki seçmen Belediye Meclis üyelerini seçerken, İstanbul Belediyesi sınırları dışındakiler 22 yaş üzerinden il genel meclisi üyelerini seçmekteydi. Yazar bunu “garip bir vaziyet” olarak niteliyordu. Sonuç olarak, “bir taraftan 18, diğer taraftan 22 yaşını dolduran seçmenlerin seçtiği mümessiller aynı mecliste, İstanbul Meclisinde' toplanmış olacaktır”. Ayrıca, milletvekili ve il genel meclisi seçiminde yaş şartı 22'yi doldurmak iken, belediye ve köy seçimlerinde 18'di. Savcı (n 19) 229.

43 Fuat Erdoğan, *Türk Seçim Mevzuatı ve Tatbikatı* (Ege 1960) 28. Detaylı bilgi için bkz. ibid 28-31.

Bu bağlamda, bazen kitaplarda 1934'te kadınlara seçme-seçilme hakkının tanındığı belirtilse de, bu dikkatsizlik yanlış anlamaya sebebiyet verebilir⁴⁴. Zira bu tarihte bu haklar kadınlara genel seçimde tanınmış olup, diğer birçok seçime katılım zaten daha önce kademeli biçimde tanınmıştı.

Türkiye'de seçimlere ilişkin temel kanunlar arasında birbirine atıflara rastlanmaktadır⁴⁵. Ancak, tüm bunlardan ayrı olarak, *Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun* (STHK), diğer seçim mevzuatı açısından genel bir referans hükmü içerir:

“Özel kanunlarına göre yapılacak Cumhurbaşkanı, milletvekili, il genel meclisi üyeliği, belediye başkanlığı, belediye meclisi üyeliği, muhtarlık, ihtiyar meclisi üyeliği, ihtiyar heyeti üyeliği seçimlerinde ve Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halk oyuna sunulmasında bu Kanun hükümleri uygulanır” (m. 1).

Bu bağlamda, ilgili diğer kanunlarda seçme yaşının saptanmamış olması, bir sorun oluşturmaz. STHK m. 1 uyarınca, seçmen yaşı açısından aynı kural uygulanacak olup, bu ise Anayasa m. 67/3'ün yanı sıra STHK m. 6'daki 18 yaşını doldurma şartıdır.

3. Oy hakkı ve seçme hakkı açısından eşitleme

Genel olarak halkoylamasını da içeren oy hakkı ve daha dar anlamda seçme hakkına ilişkin yaş da aynı olmalıdır. Bu bağlamda, 1982 Anayasası'nda herhangi bir farklılaşmaya gidilmemektedir. Dünyadaki genel eğilim de aynı yöndedir.

4. Oy hakkı ve diğer siyasal faaliyetler açısından eşitleme

Oy hakkı ve diğer siyasal faaliyetlere katılma açısından diğer haklara (parti kurma, üye olma, siyasal faaliyete katılma, vb.) ilişkin yaş şartının eşitlenmesi de doğrusudur. Nitekim 1995 değişikliğiyle m. 67'de oy hakkı 18'e indirilirken, m. 68 de aynı yönde değiştirilmiş ve eşitleme tercih edilmiştir.

5. Seçme ve seçilme hakkı açısından eşitleme

Seçme ve seçilme yaşının eşitlenmesi yönündeki tercihin de yaygınlaştığı fark edilmektedir. Nitekim, bu açıdan m. 76'daki farklılığa (18 ve 30 yaş) son verilmesine yönelik anayasa değişikliklerinin aşamalı olarak (2006 ve 2017) ve diğer hususlardan daha sonra gerçekleştiğini eklemekte yarar vardır.

44 “Bu değişiklik ile kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanınmıştır”. Faruk Yılmaz, *Türk Anayasa Tarihi (1808-2010)* (İz 2012) 133. Benzer ifade için bkz. Cem Eroğul, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı* (İmge 1991) 28; Maksut Mumcuoğlu, *Çağdaş Demokrasi Kuramlarında Katılma ve Türkiye'de Katılmanın Gelişimi* (Doçentlik tezi Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1982) 152; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)* (21. Bası Beta 2017) 303; *Milletvekili Genel Seçimleri: 1923-2011* (Türkiye İstatistik Kurumu 2012) X.

45 Örn. bkz. Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu, m. 2/2, 2/4; Milletvekili Seçimi Kanunu, m. 42/1, Seçimin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, m. 55/son, Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, m. 18/1(a), 20, 36, vs.

6. Yaş şartını kişi açısından ayrımcı uygulamama

Belirlediğimiz ana ilkeleri tamamlayıcı ilke, herkese, her zaman ve her şartta eşit uygulamadır. Yani, kişi, zaman, konu bakımından ayrıma gidilmemesidir. İlke, “oyun genelliği” ilkesiyle de yakından ilgili, ancak farklıdır. Bu çerçevede, olağan dışı istisnalar bir yana, herhangi bir gerekçe makûl ve meşrû kabûl edilemez.

7. Yaşı artırmama

Hukukun dinamik yönü gereği, hiç kuşkusuz, seçme yaşının değiştirilmesi düşünülebilir. Ancak değişiklik, yaşı düşürme yönünde, yani hak sahibinin lehine olmalıdır. Osmanlı-Türkiye tarihinde genel eğilim bu olsa da, terk istisnanın 1934’te kadına genel seçimde oy hakkı tanınırken yaşandığını ve ilk kez yaşın yükseltildiğini görüyoruz.

Kaldı ki, yaş yükseltme, sadece o hakkı henüz elde etmemiş “seçmen adayları”na daha yüksek çıta getirme anlamında zorlaştırmadır. Bu ise, haklarda “geriye götürülmezlik” ilkesi olarak adlandırılan ideal ilkeyle çelişir. Ancak, dahası bu tür bir tercih, daha önce oy hakkını kazanmış (ve birçoğu oy kullanmış) kişilerin hakkını da elinden alacaktır. Bu ise, söz konusu ilkenin ötesinde, “hakkı geri almama” ile de çelişecektir.

III. OSMANLI-TÜRKİYE ANAYASACILIĞINDA SEÇMEN YAŞININ GELİŞİMİ

A. GENEL GELİŞİM

1. 1877 Talimat-ı Muvakkate: 25 yaş

Meclis-i Vükelâ (hükümet), ilk Osmanlı anayasasının ilânından 2 ay önce ve ilk seçimde uygulanmak üzere 7 maddelik bir *Talimatnâme*⁴⁶ çıkardı. İlân edilen Kanun-ı Esâsî’de hakkın düzenlenmesi kanuna bırakılmış olup⁴⁷, taşradaki seçimler buna göre yapılacaktı. 1877’de, İstanbul ve çevresi için “*Bayanname*” adlı hükümet bildirisi yayınlandı.

İstanbul ve çevresinde birinci seçmen olmak için 25 yaşını aşmak ve emläke mutasarrıf olmak gerekirdi⁴⁸.

46 *Meclis Azâsının Sûret-i İntihâb ve Tâyinine Dair Talimat-ı Muvakkate*, İ.t. 10 Şevval 1293 (24.10.1876); Düstur, 1. Tertip, C. 4, ss. 2-3. Metin için bkz. Tarhan Erdem, *Anayasalar ve Seçim Kanunları (1876-1982)* (Milliyet 1992) 135-137.

47 M. 66’ya göre, “*Emr-i intihâb rey-i haft kaidesi üzerine müessesistir. Sûret-i icrâsı Kanûn-ı mahsûs ile tâyin olunacaktır*”. Güncel dille, “*Seçim işleri, gizli oy ilkesi üzerine kurulmuştur. Seçimin uygulama yöntemi, özel yasa ile belirlenecektir*”. Abdullah Sezer, *Ulusal-üstü Belgeler ve Önceki Anayasalarla Karşılaştırmalı & Gerekçeli & Açıklamalı 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat* (Beta 2004) 694. Bir diğer güncelleme için bkz. Ahmet Nohutçu & Ahmet Ziyrek, *Osmanlı Türk Anayasa Metinleri* (Savaş 2020) 19.

48 M. 6: “... *Binaenaleyh her dairede o dairenin mütehayyızan ahalisinden mürekkep birer komisyon teşkiliyle o daire ahalisinden ve tebea-i Devlet-i Âliye’den emläke mutasarrıf olan ve yirmi beş yaşını müteceviz bulunan zükur ahali mahalleleri itibariyle ayrı ayrı dâvet olunarak Meclis-i Meb’usan için âzâ intihap etmek üzere taraflarından ikişer nefer vekil intihap edeceklerinden...*” (Erdem 136). Talimat’taki “mütecâviz”, buradaki anlamıyla, “geçen, aşan, fazla, artık, çok” demektir. Mustafa Nihat Özön, *Küçük Osmanlıca-Türkçe Sözlük* (4. Bası İnkılâp 1988) 582. Ancak bir yazar, 1. ve 2.

Seçilme yaşı ise Anayasada 30 olarak belirlense de⁴⁹, Talimat'ta 25 olup, az çok emlak sahibi olma vb. şartlar da vardı⁵⁰. Bu farklılık, ilk cümlede de ifade ettiğimiz üzere, Talimatın Anayasadan daha önce hazırlanmış olmasından kaynaklanmaktadır⁵¹.

Öte yandan, 1876 Kanun-ı Esâsî gereği ilk meclis açıldıktan sonra hazırlanan seçim kanunu padişahça onaylanmamıştı. 30 yıl sonra seçimler, 1908'de hazırlanan geçici yasa ("*Kanun-ı Muvakkat*"⁵²) ve uygulamasını gösteren *Talimat*'a göre yapıldı.

2. 1923: Medenî ve Siyasî Rüştün İlk Kez Eşitlenmesi

3 Nisan 1923'te 323 no.lu Kanun'la yapılan değişiklikle, seçmen yaşı 18'e indirildi⁵³. Şarttaki "*ikmal*"den kasıt, 18 yaşını doldurmaktır.

Böylece, – erkeklerle sınırlı da olsa – medenî ve siyasî rüşt yaşının ilk kez eşitlenmesi, olumlu bir adım olarak değerlendirilir⁵⁴.

Ne var ki, değişiklik kanuna aktarılırken, kadınların oy hakkı tekrar Meclis gündemine geldi. Özellikle Hüseyin Avni Bey'in "*kadınlar olgunlaşınca oy kullansınlar*" meâlindeki yaklaşımı tartışmayı alevlendirdi⁵⁵:

- Hüseyin Avni Bey (Erzurum): "... Her şeyin bir derecesi, bir vesilei tekemmülü var, ... kadınlar tekemmül edip de, rey hakkını istimal etmek derecesine gelinceye kadar onlar aile efradı beyninde aile reislerine rey vermiş gibi telâkki⁵⁶ edilerek yirmi bin nüfusu zükûrda bir mebus intihabını esas ittihaz etmiştir".
- Tunalı Hilmi Bey (Bolu): "*Bilmem, ama böyle bir te'vil akıl ve hayale gelebilir mi?*"

seçmen ayırımına girmeden 25 yaşını doldurmaktan söz eder: "... yirmi beş yaşını dolduran, emlak sahibi erkekler". Fazıl Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2013) 212.

49 Kanun-ı Esâsî m. 68'e göre, "otuz yaşını ikmal etmeyen" meb'us olamaz.

50 M. 3: "... beynennâs hüsn-i sîret ve ahlâk ile marûf ve muttasîf ve Devletin lisan-ı resmîsine vakıf olması ve **sinnen yirmi beş yaşından aşağı bulunmaması** ve müddet-i ömründe hiçbir cinayetle veya politika cünhasıyla mahkûm olmaması ve memleketinde az ve çok emlak sahibi bulunması şerit-i esasiyeden olmakla sunuf-ı tebea-i Devlet-i Âliye'den bu evsafı câmi' olan her şahsın Meclis-i Meb'usan âzâlığına intihab olunmağa selâhiyeti vardır ve ..." (Erdem 136). Talimat'ta geçen "sinnen" sözcüğü, 25 yaşa girmek veya doldurmak değil, sadece "yaş bakımından, yaşça" anlamındadır. Özön (n 48) 699; Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat (Eski ve Yeni Harflerle)* (16. Bası Aydın 1999) 1145.

51 Aynı yönde bkz. Servet Armağan, 'Türkiye'de Parlamento Seçimleri' (1967) 3-4/33, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 50.

52 *İntihab-ı Meb'ûsân Kanûn-ı Muvakkatı*, İ.t. 20.07.1324 (1908). Metin için bkz. Erdem 138-151. Geçici yasa sonrası birçok talimat, kanun-ı muvakkat, kararname, tebliğ hazırlandı. Bkz. Erdem 152-159.

53 M. 2: "*On sekiz yaşını ikmal eden her ferd-i zükûr intihab etmek hakkını haizdir*". Erdem 158.

54 Saim Ekici, *1982 Anayasasında Seçme ve Seçilme Hakları* (Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009) 63.

55 *TBMM Zabıt Ceridesi*, Devre: 1, İçtima senesi: 4, C. 28, İçtima 18, Celse: 1, T. 03.04.1339(1923)-Salı 329.

56 Alıntılanan metinde, "*talakki*".

- Hüseyin Avni Bey (devamla): “*Temenni ederim ki, Hilmi Bey ve bütün Heyeti Celile kadınlık âlemimizin – seciyelerinden hiç şüphem yoktur – ilim ve irfanlarını da tekemmül ettirirler. Onların da erkekler gibi bu tarzda din ve diyanetleri*⁵⁷ *ahkâmı diniyemiz dairesinde tekâmül eder ve onların da reylerine hürmet ederiz*”.
- Tunalı Hilmi Bey: “*İntihabetmek ve edilmek hakkını vermiyorsunuz; fakat kadınları saymıyorsunuz da. (Gürültüler)*”
- ...
- Hüseyin Avni Bey: “*... temenni ederim ki, bu hak verilmeden ziyade alınacak bir haktır. Her halde onlar da bu husustaki haklarını kendilerine lâyük gördüğü zaman bizden alırlar*”.

3. celsede tekrar alevlenen tartışma, şöyle bitmiştir⁵⁸:

- Tunalı Hilmi: “*... Müsaade buyurun arkadaşlar! Analar, bacılara... (Şiddetli patırdılar) Kadınlara intihabedilmek hakkını verin demiyorum. Fakat arkadaşlar, analarımı, bacılarımı.. (Gürültüler)...*”
- Emin Bey (Eskişehir): “*Hilmi Bey! Milletin hissiyatıyla oynama, milletin hissiyatıyla oynama!*”
- ...
- Reis: “*Efendim beş dakika teneffüs edilmek üzere Celseyi tatil ediyorum. / Hitamı Celse; saat : 4,40*”

Nihayet, kabûl edilen kanun metni şu şekildedir: “*On sekiz yaşını ikmal eden her ferdi zükûr intihabetmek hakkını haizdir*”. Metindeki “*ferdi zükûr*” ise, “*erkek birey*” anlamına gelir.

3. 1924 Anayasası: Genel seçimde cinsiyet ayrımsız seçme hakkının reddi

1924 Anayasası müzakerelerinde seçme yaşında değişiklik olmamasına karşın, önemli bir aşamadır. Zira, genel seçimde cinsiyet ayrımsız oy kullanma hakkı önerisi reddedilmiştir.

Temmuz 1923’te, Atatürk’ün, Cumhuriyet’ten 3 ay, kadına genel seçimde oy hakkından 11 yıl önce, el yazısı ile Osmanlıca kaleme aldığı Anayasa Taslağı m. 59 şöyle idi: “*Yirmi yaşını ikmal etmiş olan herhangi Türk mebusan intihabına iştirak etmek hakkını haizdir*”⁵⁹. Genel ilkeler ise, m. 68’dedir: Gizli oy (“*rey-i hafi*”), doğrudan (“*bilâvasıta*”), tek dereceli (“*bir dereceli usûl*”) seçim. Ancak söz konusu ilkeler 1924 Anayasası’na yansıtılmadı.

Anayasa görüşülürken, şu madde önerilmiştir: “*Onsekiz yaşını ikmal eden her Türk mebusan intihabına iştirak etmek hakkını haizdir*”⁶⁰. Ancak, oy hakkı yine erkeklerle sınırlı kalmıştır.

57 Alıntılanan metinde, “*dinayetleri*”.

58 TBMM Zabıt Ceridesi, T. 03.04.1339(1923) 341.

59 Mustafa Kemal Atatürk, *Teşkilât-ı Esasiye Kanunu (Proje Hâlinindedir) 1339-1342* (Boyut 1998) 9. Güncel dilde karşılığı için bkz. Mustafa Kemal Atatürk, *Teşkilât-ı Esasiye Kanunu: Ek Kitapçık: Temel Kuruluş Yasası: Türkiye Cumhuriyeti İlk Anayasa Taslağı: Türkçeleştirilmiş Metin (Taslak halindedir)* (Boyut 1998) 14.

60 A. Şeref Gözübüyük & Zekâi Sezgin, *1924 Anayasası Hakkında Meclis Görüşmeleri* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1957) 109-113; Ergun Özbudun, *1924 Anayasası* (Bilgi Üniversitesi (2012) 24. Nitekim Kanun-ı Esasi Encümeni’nin teklifindeki m. 10, “erkek” sözcüğü hariç aynıdır. TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: 2, İctima senesi: 1, C. 7,

Aslında 1924'te kadına oy hakkı oy birliği ile ("müttefikan") kabûl edilmiş, ancak sonra fark edilmiştir.

M. 10 okunduktan sonra, oylamada farkında olmadan kabûl edilmiştir. Nitekim Başkan, maddeyi okuttuktan sonra şunları söylemiştir:

*"Reis: Maddeyi aynen reyinize vaz'ediyorum. Aynen kabul edenler lütfen el kaldırsın. Aksini reye vaz'ediyorum. Kabul etmeyenler lütfen el kaldırsın. Madde müttefikan kabul edilmiştir"*⁶¹.

TBMM Zabıt Ceridesi'nin sayfa görüntüsünün ilgili kısmı aşağıdadır:

İ : 13 16 . 3 . 1340 C : 1

REİS — Maddeyi aynen reyinize vaz'ediyorum. Aynen kabul edenler lütfen el kaldırsın. Aksini reye vaz'ediyorum. Kabul etmeyenler lütfen el kaldırsın. Madde müttefikan kabul edilmiştir.

Madde 11. — Otuz yaşını ikmal eden her Türk mebus intihabedilmek salâhiyetine haizdir.

Yukarıdaki sözler resmî tutanağa geçmiş ve itiraz da gelmemiştir. Ne var ki, seçilme hakkına ilişkin m. 11'de durum fark edilerek tekrar tartışılmıştır. İlginç diyaloglardan bazı kesitleri alalım⁶²:

- Şefik Bey (Bayezid): *"Şimdi onuncu maddeyle kabul edilen esasa göre, her Türk mebus intihabına iştirak hakkını haizdir. (Türk) lâfzının içinde kadınlar da mevcuttur"*.
- Refik Bey (Konya): *"Onlar da olacaktır"*.
- Şefik Bey (Devamla): *"Şu halde bunun için istisnai bir şey koymazsanız tabii kadınlar iştirak eder"*.
- Feridun Fikri B. (Dersim): *"Zaten maksadımız odur, kadınlar da rey verecektir (Alkışlar)"*.
- ...
- Receb Bey (Kütahya): *"Efendim, Süreyya Beyefendinin ifadelerinden (Türk) tâbirinin şümülü dâhilinde kadınların olmadığı anlaşılıyor. ... Bundan evvelki maddede de bendeniz elimi kaldırırken kadınlar intihaba iştirak etmek hakkını haizdir kanaati mevcudolarak kabul etmiş ve ona göre reyimi vermiştim. (Gürültüler) ... / Efendiler, Türk kadını bu Türk halkının hiç olmazsa yarısı değil midir? Bendeniz bu noktai nazardan Süreyya Beyefendinin ifadelerine muhalif olarak bu – her Türk – kelimesi içinde otuz yaşını ikmal etmiş kadınları da dâhil addederek el kaldırdım Süreyya Bey; yine İntihap Kanununda ısrar buyuruyorlar. İntihap Kanunu ancak bunun noksanını ikmal eden tâli bir kanundur. Asıl kanun, anakanun Teşkilâtı Esasiye Kanunudur. ... (Türk) tâbirinden de Türk kadını istisna edilmez"*.

İçtima 7, Celse: 1, T. 09.03.1340(1924)-Pazar 218.

61 TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: 2, İçtima senesi: 1, C. 7, İçtima 13, Celse: 1, T. 16.03.1340(1924)-Pazar 540.

62 ibid 540-543.

- Mazbata Muharriri Celâl Nuri Bey: “*Pek arzu ederiz ki kadınlar da âtîde bu hukukunu istimal etsin*”.
- Receb Bey: “*Kadınlar; Türk değil mi beyefendi?*”
- Celâl Nuri Bey (Devamla): “*Türktür*”
- Receb Bey: “*Madem ki Türk dediniz. Maddenin şümulü dâhilinde Türk kadını da vardır*”.
- ...
- Reis: “*(Kadın ve erkek her Türk mebus intihâbedilmek hakkına haizdir) bu teklifi reyi âlinize vaz'ediyorum. Kabul edenler... Lütfen el kaldırsın, aksini reye vaz'ediyorum. Kabul etmeyenler lütfen el kaldırsın. Kabul olunmamıştır. (Alkışlar)*”.
- Receb Bey: “***Kadına hak vermediniz. Bari alkışlamayın yahu!***” (vurgular tarafımıza aittir).

İşte bu karmaşanın⁶³ ardından, 1924 Anayasası m. 10'un nihaî metni şöyle oldu: “***On sekiz yaşını ikmal eden her erkek Türk, meb'usan intihâbına iştirak etmek hakkını hâizdir***”.

Kurtuluş mücadelesinde en az erkekler kadar etkin rol oynayan kadınların ulusal iradenin oluşumuna katılmaları, böylelikle engellenmişti. Gerçi bu dönemde, kadınlar medenî haklarda (örn. miras, evlenme, boşanma, vb.) ciddi kazanımlar elde etmeye başlamıştı. Ancak, isabetle belirtildiği üzere, siyasal hakların yokluğunda bu tür eşitlik adımları görece etkisiz kaldı⁶⁴.

1926'da, kadınlar Meclis'e, milletvekili olmadan önce memur sıfatıyla girdi. Rukiye hanım, yapılan sınav sonrasında “*musahhîh muavini*” olarak alındı⁶⁵.

63 Görüşmeleri değerlendiren Mumcu da, bu belirsizliğe işaret etmektedir: “*Seçme hakkını içeren 10. madde aynen kabul edilmişti ve bu durumda kadınlara oy hakkı verilmesi de kararlaştırılmış oluyordu. Madde üzerinde hiçbir tartışma da yapılmamıştı. Milletvekilleri, seçilme hakkını içeren maddeye gelince 'uyandılar'. Kadınlarla ilgili tartışma başladı. Garip olan durum şudur: Ateşli tartışmalardan sonra 11. maddedeki 'her Türk' ibaresi, 'her erkek Türk' yapılmış, başkan maddeyi böylece oylamış, ama 10. maddeyi tekrar oylamamıştır. Böylece kadınlara seçme hakkı tanınmış oluyordu. Bu 'yanlışlığı' ne zaman düzeltildiğini mevcut yayınlarda bulamadık*” (vurgular tarafımıza aittir). Ahmet Mumcu, ‘1924 Anayasası’ (1986) 2/5 Mart, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 388-389, dp. 19. Benzer görüş için bkz. Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)* (4. Bası YKY 1999) 297.

64 Sinem Servet Özdemir, *Kadın Hakları Bağlamında Türkiye'de Pozitif Ayrımcılık İlkesi* (XII Levha 2019) 23-24.

65 “*Müsted'i Rukiye hanımın imtihanı icra kılınmış ve merbuten takdim kılınan evrak-ı imtihanîyeye nazaran tensip buyurulduğu takdirde musahhîh muavinliği vazifesini ifaya kabiliyeti görüldüğünü arz eylerim efendim (İbrahim Sıtkı)*”. Belge ve özgeçmişin orijinal sayfası için bkz. *90 Yılda 90 Belge* (TBMM Genel Evrak ve Arşiv Müdürlüğü 2010) 65.

1930'da Belediye Kanunu ile, kadınlara belediye seçiminde seçme ve seçilme hakkı tanındı⁶⁶. 1931'de, bazı sorunlara rağmen⁶⁷ bağımsızlardan ilk kez milletvekili seçildi⁶⁸. 1933'te ise, Köy Kanunu ile, kadınlara muhtar ve ihtiyar heyetlerine seçme-seçilme hakkı tanındı⁶⁹.

4. 1934: İlk gerileme (kadınlar devreye girince 18'den 22'ye)

1928'de, öğrencisinin "oy kullanamazsın!" tepkisine maruz kalan Afet İnan, Atatürk'ün huzuruna çıkarak kadına genel seçimde oy hakkı tanınmasını rica etmişti. Ancak İnan, konuyu açtığı anda Atatürk'ün hazırlıksız olduğunu ve 1929'daki yasa değişikliğinde bu gündemin yer almadığını aktarıyordu⁷⁰.

Bu adımdan 6 yıl sonra, 1934'te, genel seçimlerde kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanındı⁷¹. Önce İsmet İnönü ve 191 milletvekili, Anayasa ve yasa değişikliği teklifi hazırladı. Ancak, kadınlara bu hak

66 Belediye Kanunu, "İntihap etmek şartları" başlıklı m. 23: "Belediye intihaplarında rey sahibi olmak için: 1-Türk olmak, 2-İntihap başlamadan evvel lâakal altı aydan beri beldede ikamet etmekte olduğunu vesaik ile ispat etmek, 3-18 yaşını bitirmiş olmak, ... lâzımdır" (vurgular tarafımıza aittir) (Kanun no. 1580, kabul tarihi: 03.04.1930; Resmî Gazete, 14.04.1930/1471). Ayrıca m. 24'le, kadınlara da – erkekler gibi – "25 yaşını bitirmiş olmak" kaydıyla ve fazladan bir şart olarak "Türkçe okur yazar olmak" şartıyla "belediye meclisine aza intihap olunmak" (seçilme) hakkı tanındı.

67 Örn. Bağımsız milletvekili adaylığı için çok sayıda müracaat olmasına rağmen bazı yerlerde hiçbir bağımsızın seçilememesi, İzmir'den Halil Bey'in ise 38 oy gibi çok az bir oyla seçilmesinde CHP Yönetmeliğindeki bazı maddeler etkili olmuştur. Kenan Olgun, 'Türkiyede Cumhuriyetin İlanından 1950'ye Genel Seçim Uygulamaları' (2011) 27/79, Mart, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 15-16.

68 TBMM Albümü'ne göre, toplam sayı 20'dir. Ancak 7'si, seçildikten sonra Cumhuriyet Halk Fırkası'na katılmıştır. TBMM Albümü (1920-2010), C. I: 1920-1950 (TBMM Basın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü 2010) 181.

69 Köy Kanunu'nu (Kanun no. 442, kabul tarihi: 18.03.1924) değiştiren Kanun, m. 20: "Her köyde bir köy derneği, bir köy muhtarı, bir de ihtiyar meclisi bulunur. Köyde 24 üncü maddeye göre köy muhtarını ve ihtiyar meclisi azalarını seçmeğe hakkı olan kadın ve erkek köylülerin toplanmasına köy derneği derler. Köy muhtarı ve ihtiyar meclisi azaları doğrudan doğruya köy derneği tarafından ve köylü kadın ve erkekler arasından seçilir. ..." (Kanun no. 2329, kabul tarihi: 26.10.1933; Resmî Gazete, 28 Teşrinievvel 1933/2540). Aynı tarihte değiştirilen m. 30 ise oldukça ilginçtir: "Karı, koca, ana, baba, kız, oğul, gelin, güvey ve kardeşlerin ihtiyar meclisinde aza olarak bir arada bulunmaları yasaktır. Bunların seçilmiş olduğu görülür ise içlerinde en çok sayı kazanmış olan kadın veya erkek azalıkta bırakılır. Sayıları beraber olur ise evli olan, ikisi de evli ise yaşı büyük olan, yaşları da beraber ise çocuğu çok olan tercih olunur. Çocuk adedi de beraber olur ise kur'a çekilerek kur'ada adı önce çıkan azalığa alınır".

70 Afet İnan, Atatürk'ün Medeni Bilgiler kitabına 14.06.1968'de yazdığı Önsöz'de, o yıllardan hatırasını anlatır: "Bir ders uygulaması olarak, ... Belediye Kanununa göre seçim denemesi yaptırıldı. Öğrenciler heyecanla bu işte çalıştılar, oy kutuları hazırladılar. ... bir erkek öğrencinin karşı çıkışı ile karşılaştım. Diyordu ki: 'Var olan yasanın bize öğrettiğine göre kadınların oy verme hakkı olmadığı gibi, seçilemezler de', öğrenci karşı çıkışında haklı idi, ... / ... Marmara köşkünde Atatürk ile İçişleri Bakanı Şükrü Kaya'ya ... Türk kadını olarak oy hakkına sahip olmadığımızdan çok üzüldüğümü anlattım. Atatürk bana bu konuda çalışmamı ve başka ülkelerde bu işlerin nasıl çözülmüş olduğunu incelememi önerdi. ... Atatürk'e şunu söylemekten kendimi alamadım: 'Hiç olmazsa erkek öğrencim kadar bir hak sahibi olmadan o sınıfa ders veremeyeceğim' dedim. ... Atatürk düşünüyordu. Birden 'Başbakan ile konuşuruz, fakat bu konuda hazırlıklı olmak ve tartışmak gerekir' dedi. ... Mart 1929 tarihinde Başbakan İsmet (İnönü) imzasıyla hükümet teklifi olarak Büyük Millet Meclisi'ne yazılan resmi yazıda ... kadınların oy verme konusu teklif edilmemiştir". Mustafa Kemal Atatürk, Medeni Bilgiler: Türk Milletinin El Kitabı Haz. Ayşe Afet İnan (2. Bası Toplumsal Dönüşüm 2010) 22-23.

71 Ancak kadınlara 3 açıdan sırayla tanınan seçme-seçilme hakları bağlamında bir noktayı özenle ayırmakta yarar var: 1934'te genel seçimde seçme ve seçilme hakkı, doğrudan Anayasa değişikliği ile tanındı (05.12.1934). Oysa, 1930'da belediyelere (03.04.1930, Belediye Kanunu) ve 1933'te muhtarlık ve ihtiyar heyetlerine (26.10.1933, Köy Kanunu) seçme

tanınırken, daha önce erkekler için konulmuş olan 18 yaşlı doldurma şartı da – herkes için geçerli olmak üzere – 22’ye yükseltilmişti.

Meclis’te söz alanlar “kadın zekâsı”nı övdü, eşitlik vurgusu yaptı. Fakat tartışma sadece açık bırakılmış alanlarla mümkün olduğu için, hiçbir konuşmacı yaş yükseltmeye değinmedi:

- Başbakan General İsmet İnönü: “*Yüce sayımlar, kadınların sayımlar seçmek ve sayımlar seçilmek hakkına sahib olmaları için yüce katınıza teklif sunuyoruz, ... (Okay sesleri ...) / ... Türk kadınının, hakkı olduğu yerden ayrılıb, bir süs gibi, memleket işine karışmaz bir varlık gibi, bir köşeye konması türk annesi*⁷² değildir. ...”⁷³.
- Refik Bey (Konya): “*Ekin kaldırırken, ineğini sağarken, yavrusuna ninni söylerken dahi erkekten ayrılmayan Türk kadını ulus işlerinde de yüksek varlığını göstermiştir. ... Baylar, sevinelim, Öğünelim, çünkü; Türküz; çünkü Atatürkümüz vardır (Şiddetli alkışlar)*”⁷⁴.
- Sadri Maksudi (Şebın Karahisar): “*... âlimler ... kadınların zekâsı tamamile erkek zekâsına müsavi olduğunu ispat etmişlerdir. / Türk zekâsına, Türk kadının zekâsının da katılması ... çok hayırlı*”⁷⁵.
- İsmail Memet (Sivas): “*Baylar senelerden beri hizmet ettiğimiz Padişahlardan ... Türk köylüsü, Türk kadını mebusluk hakkı isteseydi mükâfat olarak bizi ya ipe çekerti ya denize atardı. ... Türk kadınları, Türk köylüleri sizin saadet yollarınız açıktır ve açılmıştır*”⁷⁶.

Sonuçta 5 Aralık 1934’te⁷⁷, 258 milletvekilinin kabül oyuyla, Anayasa değışikliğı gerçekteleşti⁷⁸:

“*Yirmi iki yaşını bitiren kadın, erkek her Türk mebus seçmek hakkını hâizdir*” (m. 10).

Ancak ne görüşmelerde, ne de metnin gerekçesinde, yaş yükseltmenin herhangi bir gerekçesine değinilmedi⁷⁹. TEK Encümeni Mazbatasında da, yaş değışikliğıne ilişkin bir cümle yoktu⁸⁰. Fihrist’te

ve seçilme hakkı tanınması, yasalarda yapılan değışikliklerle gerçekteleşti.

72 Doğrusu, “*ananesi*” olmalıdır.

73 TBMM Zabıt Ceridesi, 05.12.1934, ss. 82-83.

74 ibid 83.

75 ibid 84.

76 ibid 84.

77 Bazı kaynaklarda, 1934 değışikliğinin tarihi 11 Aralık olarak verilse de (Yılmaz 133), bu tarih Kanun’un yayım tarihi olup (*Resmî Gazete*, 11.12.1934/2877), zaten yazarın asıl kastı da bu olsa gerektir.

78 TBMM Zabıt Ceridesi, 05.12.1934 86. Başkan’ın açıklaması şöyleydi: “18 yaşını bitirenler kaydı 22 yaşını bitirenler şeklinde değıştirilmiş ve ... (Zükür) [erkek] kaydı kaldırılarak yerine kadın, erkek konulmuştur”. ibid 85.

79 “İstibdad ve cehalet devirlerinden arta kalan kötü ve sakat zihniyetlerin ... Cumhuriyet ve inkılâbın temiz ve erdemli muhitinde yeri yoktur. ... Yüksek Türk kadınına mebus seçmek ve mebus seçilmek yolunda da erkeği yanında mevkiini vermediği ve ... yurdunun bütün işlerinde onun temiz duygulu çalışmalarından istifade etmeyi temin etmek için bu kanun teklif edilmiştir” (TBMM Zabıt Ceridesi, 05.12.1934 Ek 2/131).

80 TBMM Zabıt Ceridesi, 05.12.1934-Çarşamba, C. XXV, Esas No: 2/131, Karar no: 3.

ise, Ankara Halkevi adına Afet İnan ve arkadaşlarının Meclis'e bizzat giderek⁸¹ sunduğu teşekkür mektubuna yer verildi⁸².

Tüm bunlara karşın yine de, değişiklik sonrası ilk seçim olan 1935'te 17⁸³ kadın milletvekilinin seçilmiş olması önemlidir⁸⁴. Belirtildiği üzere, yüzyıllar boyunca toplumsal-siyasal yaşamdan dışlanmış kadının Meclis'te ve sandık başında görülmesi ileri bir adımdır⁸⁵.

Gerçi teknik açıdan bakınca, esasen bu tarihte ne erkeklerin, ne de kadınların seçme hakkı yoktur. Yurttaş, en yalın hâliyle seçenekler arasında birini tercih etme anlamına gelen seçme hakkını, 1946'da çok partili seçime geçildiğinde kazandı. Zira, tek partili rejimlerde "seçme hakkı" veya "oylama hakkı" değil, yalnızca "onaylama görevi" vardır! Ayrıca, 1934'te kadına milletvekili seçme hakkı gelse de, tıpkı erkekler gibi kadınlar da, 2. seçmene oy verdi⁸⁶. Yani, seçim tek dereceli değil, hâlâ 2 dereceli idi. Dolayısıyla bu açıdan da gerçek bir seçim söz konusu değildir.

Sonuç olarak, kadına genel seçimde oy hakkı, 1923 taslağı ve 1924 Anayasası'nın komisyon teklifinde yer almasına rağmen, Anayasa görüşmelerinde tuhaf biçimde reddedildi. Ancak hak, 10 yıl sonra bu kez Anayasa değişikliği ile kabul edildi. Bu gecikmeye karşın, Dünya ile kıyaslandığında 1934 gibi erken bir yılda tanınmış olması kayda değerdir. Ne var ki, yaş yükseltme sorunlu ve onur kırıcı⁸⁷, en hafif deyimle "geriye doğru bir adım"dır⁸⁸. Hakkın hiçbir mücadeleye girilmeden alındığına yönelik iddialar⁸⁹ gerçekte örtüşmediği gibi, Afet İnan ve diğer kadınların çabalarına haksızlık ve emeklerine saygısızlıktır⁹⁰. Dahası, kadınların da konuya ilişkin yayınlarında bırakınız tartışmayı, nedenine ilişkin tek bir soru dahi yönelt(e)miyor olması hayli ilginçtir.

81 Afet İnan, *Atatürk Hakkında Hatıralar ve Belgeler*, yay. haz. Arı İnan (8. Basi İş Bankası 2009) 350.

82 "Türk kadımlarına sayılay seçmek ve seçilmek hakkını verdiğinden dolayı Büyük Türk Ulusuna müntehiblerinin bildirilmesini mutazammun Ankara Halkevinde toplanan kadınlar namına mektub" başlıklı belgede şu cümleler yer aldı: "[TBMM] Yüksek Başkanlığı'na / Diün [BMM] Türk kadınlarının sayılay seçmek, sayılay seçilmek kanununa onay verdi. Biz Türk kadımları bundan gönenc duyduk. Gerekli olan iş yapıldı. Türk kadını bundan sonra daha eyi anlaşılacaktır. Bu hakikati anlayan, ortaya koyan, kanunla teyit eden Büyük Türk ulusunun mümessillerine minnet". TBMM Zabıt Ceridesi, C. XXV Fihrist, 1935 20; TBMM Zabıt Ceridesi, 06.12.1934 90-91.

83 Bu seçimde TBMM'ye giren kadın milletvekili sayısı, bazı kaynaklarda 15'tir. Kemal Karpat, *Türk Demokrasi Tarihi* (Timaş 2010) 141; Tevfik Çavdar, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi* (İmge 1995) 325-326. Bazı kaynaklarda 18 olarak geçer. İnan (n 81) 350; Nur Akdağ, *Türkiye Tarihinde İlk'ler* (Yeşil Elma 2009) 94-95. Resmî olarak referans yapılabilecek TBMM Albümü'nde de 18'dir (Biyografiler için bkz. TBMM Albümü 239-294). Bunun nedeni şudur: TBMM'nin 5. dönemi için yapılan 1935 seçiminde, 17 kadın milletvekili olarak Meclis'e girdi. 1936'da boşalan sandalyeler için yapılan ara seçimde Hatice Özgener de seçilince, bu sayı 18'e yükseldi (Türkiye İstatistik Kurumu: X).

84 1935 seçiminin diğer özelliği, ilk defa azınlıklardan milletvekili seçilmesidir. Olgun (n 67) 16; Ülkü Varlık & Banu Ören, *Seçim Sistemleri ve Türkiye'de Seçimler* (Der 2001) 80.

85 Mumcuoğlu (n 44) 152.

86 "Ankara'da 40.860 seçmenden 37.542 kadın ve erkek vatandaş, ikinci seçmenlere oy vermiştir". İnan (n 81) 350.

87 "Kanımızca değişiklik, bu yönüyle onur kırıcıdır. Ancak, TBMM'de tartışılmadığı gibi, bu 'aşğılamaya hakkın muhataplarından da ciddi eleştirisi gelmemesi, düşündürücüdür". Sezer *Demokrasi Teorisi ve Pratiğinde Seçim Barajları* (n 3) 104.

88 Nitekim bir yazar, kadına genel seçimde oy hakkı tanınmasını "devrimci değişiklik", buna karşın yaş yükseltmeyi ise "geriye doğru bir adım" olarak niteler. Cem Eroğul, *Anatüzeeye Giriş* (15. Basi İmaj 2016) 252.

89 "... daha önce bu yönde verilmiş bir mücadele söz konusu olmamıştır". Teziç (n 44) 303. "1934'te kadınların hiçbir talebi yokken, devletin kararı ile kadımlara seçme ve seçilme hakkı verildi". Karatepe 272.

90 Bu konuda Arı İnan'ın yayına hazırladığı bir eserde aktardıkları önemlidir. İnan (n 81) 342-352.

En azından kadınların, konuya ilişkin yayınlarında bırakınız tartışmayı, nedenine ilişkin tek bir soru dahi yönel(e)miyor olması hayli ilginçtir. Nadir tepkilerden biri ise, Tanör'e aittir:

*“1934 tadilleri, kadınları seçme seçilme hakkına kavuşturmuştur. ... Ancak, bu defa da **kadınların siyasal rüste erkeklerden geç ulaştıklarına hükmedilmiş olacak ki**, ... kadınlara da bu hakkın tanınmasıyla birlikte çıta, 22 yaşını bitirme koşuluna yükseltmiştir”⁹¹ (vurgular tarafımıza aittir).*

1950'de ise, her ne kadar yaşla ilgili bir değişiklik gelmese de, kanunla⁹² gizli oy ve açık sayım-döküm ilkelerinin ilk kez tanındığı⁹³, seçme yaşının ise 22⁹⁴ olarak saptandığını görüyoruz.

5. 1961 Anayasası: Kanuna bırakma

Seçme ve seçilme yaşının Anayasa'da gösterilmesi hiç kuşkusuz önemli bir güvencedir. Zira, özellikle kodifiye edilmiş ve katı bir anayasa varsa, olağan yasa yapma çoğunluğu ile değiştirilemeyecek bir güvence söz konusudur.

Oysa 1961 Anayasası'nda bu konu düzenlenmeyip, kanuna bırakılır: “*Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme ve seçilme hakkına sahiptir*” (m. 55/1).

İlgili seçim kanununun Temsilciler Meclisi'ndeki müzakerelerinde⁹⁵, ilk teklifteki 18 yaş 21'e yükseltildi: “*21 yaşını bitiren her Türk seçmendir*” (STHK, m. 6).

Türkiye İşçi Partisi eşitlik ilkesine aykırılık savıyla konuyu AYM'ye taşısa da, Mahkeme oybirliği ile reddetmiştir. İlginç nokta, Mahkeme'nin, Anayasa'da yaşın düzenlenmemiş olmasının medenî ve siyasî rüşt yaşlarının eşitlenmesi anlamına geldiği savını isabetsiz bulmasıdır⁹⁶.

91 Tanör (n 63) 1999 323-324. Aynı görüşe bir referans için bkz. Varlık & Ören (n 84) 135-136, dp. 33.

92 Kanun no. 5545, kabul tarihi: 16.02.1950.

93 M. 1: “*Milletvekilleri seçimi tek derecelidir ve ekseriyet usulüne göre geneleşit, gizli oyla yapılır. Oy serbest ve şahsidir. Oyların sayılması ve ayrılması açıktır*”. Akt. Erdoğan (n 43) 7.

94 M. 2: “*Milletvekili seçiminde 22 yaşını bitiren her vatandaş seçmendir*”. Akt. ibid 28.

95 Muhittin Gürün: “[M]emleketimizde nüfusun % 70[']i eğitimden geçirilememiştir. Bu bakımdan demokratik ehliyet için eğitim esas alınmıyor. Elimizde kala kala bir yaş unsuru kalıyor. Yaşın seçmen yeterliği verebilecek bir yüksekliğe gelmesini beklemek icabeder. / ... 18 yaş, seçmen yeterliği için kâfi bir çağ değildir. Bilhassa köyde yaşayan vatandaşlar, ancak askerlik sebebiyle köylerinden dışarı çıkabiliyor”. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, B. 25, O. 3, 09.03.1961 583. Nurettin Ardiçoğlu: “*Tahsil çağında bulunan gençlere parti münakaşası yaptırmıyalım, seçmen yapmak suretiyle*”. ibid 584. İsmet Giritli: “*... her reşit olan Türkün seçmen olarak ilân edilmesini rica ediyorum. / ... Eğer muhterem heyetiniz 18 yaşın Türk vatandaşı için medenî rüşt bakımından kâfi bir yaş olmadığı kanaatinde ise, o zaman işe Medenî Kanunu tadil etmekle başlamalıdır*”. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 2, B. 37, O. 3, 04.04.1961 535. Kaludi Laskaris: “*18 yaşındaki çocuklarımızı siyaset sahasının patırtıları içerisine atmak benim kanaatime göre iyi bir yol değildir*”. ibid 536. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu: “*Arkadaşlar; bir genç askerliğe gitmeden önce oy vermemelidir*”. ibid 543.

96 “*... Kanunun iptali istenen 6 ncı maddesinde (21 yaşını bitiren her Türk seçmendir) denilmektedir. Bunun, ... eşitlikle bir ilgisi olmamak gerekir. Çünkü 12 nci maddedeki 'eşitlik' deyimi ile kanun önündeki eşitlik yani hukuki eşitlik kastedilmiştir. Yoksa, bu madde ile yaş farkını gözetmeksizin herkesin aynı hakkı haiz olacağı yolunda tabii bir eşitlik öngörülmemiştir. / İptal isteminde, milletvekili ... ve Cumhuriyet Senatosu Üyelğine seçilebilmek için ... belli bir yaş kabul edildiği halde, seçmenlik için herhangi bir yaş kabul edilmemiş olmasının, Anayasa'nın, seçmen olabilmek konusunda Medenî Kanun*

1975'te bu kez Of Asliye Ceza Mahkemesi itirazla AYM'ye götürmüş ve yine – ancak 8-7 çoğunlukla – Anayasa'ya uygunluk kararı çıkmıştır⁹⁷.

1978'de kanun tekrar AYM'ye geldi. Yine 8-7 çoğunlukla Anayasa'ya uygunluğun yanı sıra, yaşın indirilmesine herhangi bir engel bulunmadığı vurgulandı⁹⁸. Bir karşı oyda ise, rüşt yaşlarını eşitleme gereği savunuldu⁹⁹. 1982 Anayasası'nın ilk metninde ise, seçme hakkı, "yirmibir yaşını dolduran her Türk vatandaşı"na tanınmıştı.

6. 1987: 20 yaşına girme

Anayasa değişikliği ile, seçimlerin yapıldığı yılda, ay ve gün hesaba katılmaksızın, "20 yaşına giren her Türk vatandaşı"nın bu hakka sahip olacağı düzenlendi (Anayasa, m. 67/3).

Değişiklikte, iki husus dikkati çekmektedir. *İlkin*, mevcut Kanun'un düzenlemesine tamamen karşıt biçimde, seçimin yapılacağı yılda kişinin doğduğu ay ve gün hesaba katılmayacaktır. *İkinci* olarak, diğer kurallardaki gibi belli bir yaşı "dolduran" değil, belli bir yaşa "giren" kişi bu hakkın süjesi olabilecektir. Dolayısıyla değişiklik, her iki açıdan genel tercihlerden farklı gibi görünse de, asıl sapma ilk özelliiktir. Zira, ikinci açıdan ortaya çıkan farklılıkta, bir yaşı "doldurma" şartının sonraki yaşa "girme" ile – aynı olmasa dahi – yakın anlama geleceği belirtilebilir.

uyarınca reşit olmayı yeterli saydığına delâlet eylediği yolu ileri sürülen gerekçede isabet görülmemiştir. Aksine, Anayasa tasarisın[da]... yer alan '18 yaşını dolduran ve kısıtlı veya kamu hizmetinden yasaklı olıyan her Türk, Millet Meclisi seçimlerinde seçmendir.' şeklindeki hükmünün metinden çıkarılmış bulunması seçmenlik için Anayasa'nın yaş tâyin etmek istemediğini ve bunu Özel kanuna bıraktığını gösterir. Nitekim ... (Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme ve seçilme hakkına sahiptir) denilmiştir. Buna göre seçmenlik yaşının belirtilmesi bir Anayasa meselesi değildir. / ... Anayasa'nın 55 inci maddesindeki seçme hakkını, 298 sayılı kanunun 6 ncı maddesinin yaş bakımından sınırlaması, bu hakkın özüne dokunmamaktadır". AYM, E. 1963/192, K. 1963/161, K.T. 21.06.1963.

97 "Anayasaya göre seçmen yaşının kanunla düzenlenmesi gereklidir. Yasa Koyucunun bu konudaki takdir yetkisini bu ölçüde kullanmış olmasında Anayasa'nın demokratik hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan veya seçme hakkının özüne dokunan bir yön yoktur. ... / ... itiraz konusu kural, yirmibir yaşını dolduran herkesi kapsadığı, herhangi bir kişiye veya zümreye bir imtiyaz tanıyan nitelik taşımadığı için Anayasa'nın 12. maddesine ... aykırı olmadığı...". AYM, E. 1975/147, K. 1975/201, K.T. 21.10.1975.

98 "Şayet Anayasa Koyucu, seçmen yaşının erginlik yaşı olmasını isteseydi, Anayasanın 68., 72. ve 95. maddelerinde yaptığı gibi bunu da açıkça belli ederdi, yukarıda değinildiği gibi, belli etmek bir yana bunun tamamen tersini yapmıştır. / ... yasa koyucu kamu yönetimiyle ilgili hakların kullanılmasında, bunların etki ve önem derecelerine göre farklı yaşlarda olma ilkesini benimsemiştir. / 298 Sayılı Kanunun 6. maddesi de seçmen olarak kamu yönetimine katılabilmek için, medenî hukuk alanındaki işlerde aranan ehliyet yaşından farklı olan bir yaşın, yani 21 yaşın doldurulmasını uygun bulmuştur. Yasa Koyucunun bu takdirinde Anayasa ilkelerine ters düşen bir yön yoktur. Ancak ... Yasa Koyucunun, günün ekonomik ve sosyal koşullarının gerektirmesi halinde yeni bir kanunla seçmen yaşını 18'e indirmesine Anayasa açısından bir engel de bulunmamaktadır". AYM, E. 1977/123, K. 1978/16, K.T. 16.02.1978. Kararda, önceki kararlara da referans yapılır. Bkz. K. 1963/161, K. 1975/201.

99 Karşı oy (Hasan Gürsel): "Medenî Kanunumuza göre 18 yaşını bitiren ... kişi serbestçe evlenip aile yuvası, ticari şirketler ve dernekler kurabilir, her türlü hukukî bağlantılarda bulunabilir, bir suç işlerse ceza kanunlarına göre tam ceza sorumluluğu altındadır. 18 yaşını bitiren vatandaş siyasi parti üyesi olabilir, siyasi partilerde her çeşit faal görevler alabilir, parti başkanı dahi seçilebilir. / Yukarıda bir kısmı sıralanan medenî ve siyasi hakların kullanıcıları olan 18 yaşındaki bir vatandaşın seçim hakkını kullanabilmesi için ... 21 yaşını beklemesi, normal ve haklı bir teşriî düzenleme değildir". K. 1975/201.

7. 1995: Kadına ilk kez 18 yaşında oy kullanma hakkı

Anayasa değişikliği ile, seçmen yaşı 20'den 18'e indirildi. Tercih, doktrinde Avrupa'daki düzenlemelerle de uyumlu bulundu¹⁰⁰.

Anayasaya uyum sağlamak için, ayrıca kanun da değiştirildi. Ne var ki, seçimde oy kullanmanın diğer şartları düzenlenmemişti. Anayasa'da 18 yaşını doldurana seçme hakkı tanınmasına karşın, kanunun bu hakkı kullanmayı kolaylaştıracak hiçbir düzenlemeye yer vermediği, dolayısıyla yeterli güvence sağlamadığı gerekçesiyle iptali istendi. Bu bağlamda, demokratik hukuk devleti, millî egemenlik ilkesi ve seçme hakkına aykırılık olduğu ve hakkın engellendiği iddia edildi¹⁰¹. AYM ise, 2 karşı oya rağmen iddiayı reddetti¹⁰².

Böylece tarihimizde 2. kez, kadın-erkek siyasî rüşt yaşı ile medenî rüşt yaşı eşitlenmiş oldu. Ancak kadın ve erkek açısından bakınca, bu bir ilktir¹⁰³. Zira 1923'teki eşitleme sadece erkekler açısından geçerli idi.

Değişiklik genel olarak olumlu bulunmuş olup¹⁰⁴, biz de eşitleme tercihinin gerek oy hakkının genelliği ilkesine, gerekse demokratik ilkelere uygun olduğu kanaatindeyiz.

2003 Anayasa değişiklikleri sırasında bu kez seçilme yaşının eşitlenmesi gündeme gelse de polemige konu olmaktan öteye geçmedi¹⁰⁵.

100 İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (16. Bası Legal 2021) 211.

101 “[B]ir hakkın kullanılabilmesi için Anayasa’da tanınmış olması yetmez, ayrıca bu hakkın kullanımının yasa ile de düzenlenmesi gerekir. / Ancak, ... 18 yaşını bitiren seçmenlerin yazımı, yine aynı Yasada düzenlenen ‘sandık seçmen listelerine itiraz’ biçimiyle yapılacaktır. / ... ilk kez yazılması gereken yurttaş sayısı 8.000.000 (Sekiz milyon) dolayındadır ki, bu 10 günlük süre içinde her gün 800.000 (sekizyüzbin) kişinin ... yazılmasını gerektirir. / ... Bu durumda, seçmen sıfatını Anayasa değişiklikleriyle ilk defa kazanmış olanların kendilerini yazdırmaları, yeni bir takım formaliteleri yerine getirmeleri gerekecektir. Oysa, aslolan seçmenlerin seçmen kütüğüne kamu makamlarınca yazılmasıdır. Yasa, daha önce yazılmış seçmenlere göre yeni seçmenlere yüklediği bu ‘külfet’le seçme hakkının kullanımını güçleştirmektedir. Seçmenin kendisini yazdırması ancak, itiraz gibi arizi durumlar için sözkonusudur. Bir anayasal hakkın kullanılması, ancak itiraz durumlarında kullanılması gereken bir yönetime bağlanamaz”. AYM, E. 1995/54, K. 1995/59, K.T. 18.11.1995, başvuru gerekçesi.

102 “... oylama hakkını engelleyen bir durum söz konusu değildir. Yazım başlangıcıyla oylama günü arasındaki sürenin kısalığı Yasanın Anayasa’ya aykırılığını değil uygulama güçlüklerini gündeme getirir. Kaldığı Yüksek Seçim Kurulu’na yazım için belirlenen on günlük süre de bu sorunu çözmeye yeterlidir”. K. 1995/59.

103 “Böylece, anayasa hukukumuzda ilk defa kadın-erkek normal rüşt yaşı ile siyasî rüşt yaşı eşitlenmiştir”. Bülent Tanör & Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (9. Bası YKY 2009) 207.

104 Ekici (n 54) 63; Bahadır Koç, *1982 Anayasası’na Göre Siyasal Haklar ve Ödevler* (Yüksek Lisans Tezi Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011) 58.

105 Resul Tosun (Ak Parti): “Seçme yaşı 18, seçilme yaşı 30; aslında, ortada bir çelişki var. ... Biz, Türkiye’yi yönetecek insanları seçebilmek için 18 yaşını yeterli görürken, ... eğer meseleye sadece yaş açısından bakarsak, bir çelişki içinde olduğumuzu görürüz”. Orhan Eraslan (CHP): “Zekâ yaşına da bakmak lazım!” TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Yasama yılı: 1, Birleşim 59, 01.04.2003-Salı 63.

8. 2017: Seçme ve seçilme yaşında eşitleme

Seçilme yaşı, ilk kez 18'e indirildi. Böylece öncelikten farklı olarak (medenî ve siyasî rüşt yaşında eşitleme), bu kez ilk defa seçme ve seçilme yaşı eşitlenmiş oldu.

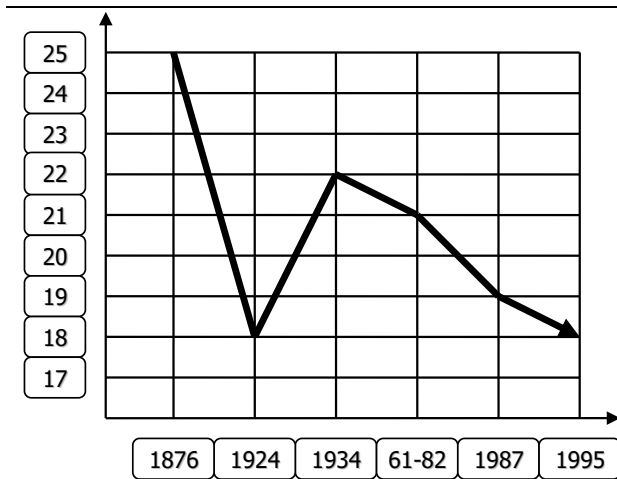
Dolayısıyla, oy kullanma yaşı, – 1934 hariç – gerek Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) ve gerekse yerel seçimlerde sürekli düşme eğiliminde oldu.

Tablo I: Seçme Yaşında Gelişim (TBMM)

Tarih	Düzenlenen norm	Cinsiyet	Yaş
1876	Talimât	E	25
1921	-	E	– (düzenlenmez)
1923	Kanun değ.	E	18'i ikmâl
1924	Anayasa	E	18'i ikmâl
1934	Anayasa değ.	E + K	22'yi ikmâl
1961	Kanun	E + K	21'i doldurma
1982	Anayasa	E + K	21'i doldurma
1987	Anayasa değ.	E + K	20'ye girme
1995	Anayasa değ.	E + K	18'i doldurma

Gelişimi bir çizgi grafik üzerinde somutlaştırma, başlıca kırılmaları yansıtacaktır. Aşağıda açıkça görüldüğü üzere, yaş eğrisinin düşme eğilimindeki tek istisna, 1934'te gerçekleşmiştir.

Grafik I: Seçme Yaşında Gelişim (TBMM)



B. “18 YAŞI DOLDURMA” ŞARTI VE ANLAMI

I. Anayasa ve kanun'daki düzenleme

Seçmen yaşı “en üst norm” olan Anayasa’da belirlenmekte olup, aynı yaş ilgili Kanun’da da tekrarlanır (Normlar arasındaki tek fark aşağıda altı çizilen sözcükler olup, önemsiz sayılabilir):

- 1982 Anayasası, m. 67/3: “Onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halkoylamasına katılma haklarına sahiptir”.
- STHK, m. 6: “Onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halk oylamasına katılma hakkına sahiptir”.

Seçme ve seçilme yaşının Anayasa’da gösterilmesi hiç kuşkusuz önemli bir güvencedir. Zira, kanunla bu sınırın altında bir yaş belirlenmesi dahi mümkün iken, aşılması olanaksız hâle gelmiş olur. Ayrıca, özellikle – Türkiye gibi – katı anayasa sisteminin tercih edildiği örneklerde bu yaşı yükseltmek, türev kurucu iktidar sıfatıyla (anayasa normunu değiştirme veya ilga yoluyla) daha zor olduğu hâlde, kurulu iktidar sıfatıyla (kanunu yapma, değiştirme veya ilga yoluyla) nispeten daha kolay ve güvencesizdir.

Hâl böyle iken, anayasal düzeyde düzenleme, istisnanın kanunla düzenlenmesine de kesin bir engel teşkil eder. Diğer deyişle, eğer makûl gerekçeye dayanan bir istisna getirilecekse, bu da aynı düzeyde normda (Anayasa) yer almalıdır. Aksi hâlde AYM’nin iptal yaptırımı devreye girecektir.

Nitekim Anayasa m. 67/1’e göre, vatandaşlar seçme hakkını “kanunda gösterilen şartlara uygun olarak” kullanabilirler. Ancak Anayasayı kaleme alan irade, kanuna yaptığı bu referansa karşın, yaş şartını doğrudan Anayasa ile düzenlemiştir:

“Onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halkoylamasına katılma haklarına sahiptir” (m. 67/3).

Anayasa m. 67’de yaş şartı 18’i doldurma olarak belirlenmesine karşın, f. 4’te kanuna tekrar referans yapılırken, sınırlama değil, “düzenleme” izni verilir. Dolayısıyla, bahse konu f. itibariyle seçme hakkının, yaş boyutu açısından nitelikli veya basit yasa kaydı değil, “yasa kayıtsız” kategoriye dâhil olduğu kanısındayız:

“Bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir” (m. 67/4).

Buna göre, söz konusu yaşın yasayla yalnızca tekrarlanması veya anayasal ilkelere uygun olmak kaydıyla “doldurma”nın anlamının açıklığa kavuşturulup somutlaştırılabilmesi mümkündür. Nitekim, buna karşın, yasayla yaşın yükseltilmesi veya istisnasının oluşturulması yolu ise kapatılmıştır. Nitekim ilgili Kanun m. 6, “doldurma”nın anlamını açıkça belirlediği için, hakkın kullanımını yaş boyutu itibariyle kişi bakımından daraltma (sınırlama) değil, 18 yaşı doldurmanın anlamını açıklığa kavuşturduğu için bir somutlaştırma (düzenleme) maddesidir.

2. “18 yaşı doldurma” şartında yıl ve gün

Esasen yaş olgusu yılla ilgili bir konu olmasına karşın, gerek “yaşı doldurma” şartı ve gerekse seçimin zamana bağlı kullanılan bir hak/özellik olması dolayısıyla “seçim günü” kaydı, doğum gününü de önemli hâle getirmektedir. Seçmen yaşı en üst norm düzeyinde Anayasa’da belirlense de, 18 yaşı doldurma şartının ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı hususu düzenlenmemekte ve kanuna bırakılmaktadır. Bu yüzden, yaşa ilişkin diğer kurallar Kanun’da düzenlenmektedir. Bu bağlamda, aşağıdaki norm, anayasa normunun (Anayasa m. 67/3) bir anlamda tekrarından ibârettir.

“Onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halk oylamasına katılma hakkına sahiptir” (STHK m. 6).

Oysa Kanun’daki diğer ilgili norm, yaşı tekrar etmek yerine, söz konusu Anayasa normunda geçen “onsekiz yaşını doldur”ma şartını somutlaştırmakta ve açıklığa kavuşturmuştur. Diğer deyişle aşağıdaki norm, Anayasa’nın sonraki fıkrasındaki (m. 67/4) “kanunla düzenlenir” kuralının gereği olan bir “düzenleme” normudur:

“Bu Kanunun uygulanmasında herkes, nüfus kütüğünde yazılı bulunan doğduğu ay ve güne göre işleme tabi tutulur. Ancak, o yıl seçim yapılması durumunda seçmen listeleri hazırlanırken on sekiz yaşın doldurulmuş olmasının hesabında seçim günü (o gün dahil) esas alınır” (STHK m. 34/3¹⁰⁶).

Anayasa ve yasa hükümlerinden, 18 yaşın hesaplanmasına ilişkin bazı ilkesel çıkarımlar yapılabilir¹⁰⁷:

- İlke 1: Yaş, “yazım günü” itibarıyla değil, “seçim günü” itibarıyla hesaplanır.
- İlke 2: Yaş, yıl olarak değil, “ay ve gün” olarak hesaplanır.
- İlke 3: Hesaplama yaşa girmiş veya işlemekte olmak yetmez, “doldurmuş olma” şartı aranır.

Özetle, kişi doğduğu gün itibarıyla 18 yaşını doldurduğu güne rastlayan seçimde ve sonrasındaki her seçimde, gün içindeki doğduğu saate bakılmaksızın¹⁰⁸ oy kullanabilecektir.

106 Şu anda (10 Aralık 2021 tarihi itibarıyla) yürürlükte olan ve yukarıda aktardığımız metin, 1995’te yapılan değişiklikle kabul edilmiştir. Kanun no. 4125, kabul tarihi: 27.10.1995. Kanun’un ilk metni epeyce eskiye dayanır. Kanun no. 298, kabul tarihi: 26.04.1961. 1979’da getirilen değişiklik ise, oldukça farklıdır: “298 sayılı Kanunun uygulanmasında, herkes, nüfus kütüğünde doğduğu ay ve günün yazılmış olup olmadığına bakılmaksızın, nüfus kütüğünde gösterilen doğum yılının son günü doğmuş gibi işleme tabi tutulur” (m. 34/3). Kanun no. 2234, kabul tarihi: 17.05.1979. 21 yaşın geçerli olduğu dönemde benzer hüküm, halkoylaması için geçici hükümlerle de getirilmiştir (ek geçici m. 1/4): “Kütüklerde ismi bulunmayanlardan, seçmen kütüklerinin kesinleştiği tarihe kadar 21 yaşını bitirmiş olanlar, başvuruları üzerine seçmen kütüklerine kaydedilirler. Nüfus kütüğünde doğduğu ay ve günü belli olmayanlar o yılın son günü doğmuş gibi işleme tabi tutulurlar”. Kanun no. 2812, kabul tarihi: 05.04.1983.

107 Gözler (n 18) 484.

108 Buna göre, seçim gününe tekabül eden 18 yıl önceki aynı günün akşam saatinde sandıklar kapandıktan sonraki bir saatte doğan kişi, gün içinde hangi saatte oy kullanırsa kullansın, aslında 18 yaşını fiilen tam olarak doldurmasa da, hukuken doldurmuş kabul edilip hak sahibi kılınmaktadır. Benzer durum, sandıkların kapatılmasından önceki bir saatte doğduğu hâlde, sabah erken saatte oyunu kullanan seçmen için de geçerlidir. Ancak bu tercih, zorunluluktan kaynaklanmakta olup, isabetli ve makuldür.

Ancak bu durum, doğum günü belirli olan kişiler için geçerlidir. Bir diğer husus ise, doğum gününün yıl olarak belirli olmasına karşın, gün olarak belirsiz olmasıdır. 1960'larda yayınlanan bir seçim kanunu şerhinde aktarıldığına göre, Dahiliye Vekâleti'nin 24.02.1954 T. ve 56 no.lu yazısına cevaben Adliye Vekâleti mütalâası ile verilen görüşe göre, bu tür durumlarda bulunan şahısların lehine yorumla, yılın ilk gününde doğduklarının kabul edildiği görülür¹⁰⁹. Önceki kuşağın nüfus cüzdanlarında "01.01.1954" gibi sonradan eklenen doğum tarihleri görülse de, günümüzde artık doğumlar günü gününe, hatta saat ve dakika itibarıyla kayıt altına alındığı için, benzer sorunların oldukça azaldığı belirtilebilir.

IV. SONUÇLAR VE ÖNERİLER

Tüm tartışmalardan ulaştığımız sonuçların yanı sıra, inceleme konumuzla doğrudan ve dolaylı ilgili olduğunu düşündüğümüz iki öneriyi özetleyeceğiz.

A. SONUÇLAR

Çalışmamızda, seçme hakkında yaş şartının makûl bir sınır olduğu, ancak belirlenen yaşın konu (seçim türü), yer, zaman, kişi vb. açılardan ayrımcı uygulanmasının reddedilmesi gerektiği belirtildi.

Hatta bu bağlamda, birtakım ideal ilkeler denemesi yapıldı: Medenî ve siyasî rûşt yaşında eşitlik, seçim türüne göre yaş şartında eşitlik, oy hakkı ve seçme hakkı açısından eşitlik, oy hakkı ve diğer siyasal faaliyetler açısından eşitlik, seçme ve seçilme hakkı açısından eşitlik, yaş şartını kişi açısından ayrımcı uygulamama, yaşı düşürme ve artırmama, vb.

İlkelerden ilk 5'i yaş şartını saptamada eşitlik, 6. ilke uygulamada eşitlik, sonuncusu ise hakta geri götürmeme ilkesidir (geliştirme görevi).

Söz konusu ilkeler açısından bakınca; – 18 yaşı doldurma koşulunun pratiğindeki sorunları rezerv tutmak kaydıyla¹¹⁰ – 2017 Anayasa değişikliği ile seçme ve seçilmede yaşın eşitlenmesiyle, 1982 Anayasası'nın belirlediğimiz ideal ölçütlerle uyumlu hâle geldiği sonucuna varabiliriz.

109 "Ceza hukukunda kabul edilmiş bulunan umumî prensibe kıyasen, 1932 senesinde doğup da nüfusta ayı günü belli olmıyan şahısların lehine hareket edilerek bunların 932 senesinin ilk gününde yani 1/1/1932 tarihinde doğmuş olduklarının kabulü. / 954 Milletvekilleri seçiminin 2/5/1954 tarihinde yapılması düşünülmekte olmasına göre, 932 senesinde doğup da nüfusta ayı günü belli olan şahısların 2/5/1932 günü saat 0 ile rey atımının başlangıç saati olan 8 arasında doğmalarının mümkün bulunduğu nazara alınıp yine lehte hareket edilerek, en son 2/5/1932 tarihinde doğmuş olanlarla bunlardan büyük bulunanların Milletvekilliği seçmen kütüklerine kaydı, / muvafık görülmektedir". Akt. Erdoğan (n 43) 31.

110 Ancak, 18 yaşın uygulanmasında bazı sorunlar olduğu da gerçektir. 2019 İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçiminin "tekrar"ında tanık olunduğu üzere, 18 yaşı "doldurma" şartını iki seçim arasında kazanan seçmenlere 2. seçimde oy kullandırılmaması, hak temelli yorumla çelişen bir uygulama olmanın ötesinde, Anayasa ve yasaya da açıkça aykırıdır. Zira, yaş boyutu itibarıyla "yasa kayıtsız hak" niteliğine sahip olan seçme hakkının bu açıdan sınırı doğrudan Anayasada belirlendiği ve yasayla aşılamayacağı, üstelik yasada da açıkça sınırlanmadığı için, söz konusu uygulama yanlıştır. Ancak bu konu başkaca bir çalışmanın konusu olduğu için, şimdilik yalnızca sorunu saptamakla yetineceğiz...

B. ÖNERİLER

İlkin, kademeli sınırlama tezi, hak ve özgürlüklerin farklılaşmış kategorilere dâhil olması esasına dayanır: Basit yasa kaydı, nitelikli yasa kaydı, yasa kayıtsız hak, mutlak hak. Bir hak veya özgürlük, farklı boyutlarından (kişi, konu, zaman, mekân, vb.) biri itibariyle bir kategoride, bir başka boyutu itibariyle başka kategoride yer alabilir. Dolayısıyla, hak veya özgürlüğün tüm boyutlarını kapsayacak biçimde genel bir nitelemenin isabetsiz yorumlara yol açabileceğini düşünüyoruz. Bu sebeple, haklarda her boyut açısından ayrı değerlendirmeler yapılarak, her birine uygun düşen sınırlama rejiminin belirlenmesini öneriyoruz. Bu açıdan bakınca, Anayasa m. 67’de seçme hakkına “kanunda gösterilen şartlara uygun olarak” sahip olunması ilkesi (f. 1), – sayılan diğer haklar (seçilme, siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma, halkoylamasına katılma) üzerine tartışmayı bir yana bırakarak – konumuz olan seçme hakkı (ve özellikle yaş boyutu açısından) açık bir sınırlama formülü içermemektedir. Ancak, velev ki f. 1’deki ibâre “basit yasa kaydı” olarak nitelense dahi, Anayasa m. 13’teki güvence ölçütlerinin getirdiği korumanın devam edeceğini kabul etmek gerekir¹¹¹. İzleyen fıkrada ise, kanunun “uygulanabilir tedbirleri” yurt dışındaki vatandaşların “oy hakkını kullanabilmeleri amacı” ile belirleyeceği (f. 2) belirtilmektedir. “Bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir” hükmünü içeren f. 4 ise, 18 yaş şartını belirleyen f. 3’ten sonra geldiği için, seçme hakkının yaş boyutu itibariyle kişi bakımından “yasa kayıtsız” kategoriye dâhil olduğu sonucuna varıyoruz. Üstelik, f. 1’in düzenleme değil sınırlama hükmü olarak değerlendirilmesi hâlinde dahi, yaş şartı f. 3’te açıkça düzenlendiğinden, f. 1 için yapılabilecek herhangi bir “basit yasa kaydı” nitelemesinin f. 3’ü kapsamayacağı görüşünderiz. Ayrıca, seçme hakkı kişi bakımından doğrudan anayasa ile 2 açıdan (yaş ve vatandaşlık) daraltılmış olmanın ötesinde, hak sahibinin (seçmen) istediği zaman, istediği yerde ve istediği konuda oy kullanması (zaman, mekân, konu) hakkın doğası gereği kendine özgü sınırlarla çevrilidir. Bu bağlamda, seçme hakkının sahibi söz konusu iki açıdan kanuna bırakılmayıp doğrudan Anayasa ile belirlendikten sonra, belirli usûlî koşullara bağlayan diğer normların amacı ise, hak-hak (seçme hakkı-seçilme hakkı) ya da hak-anayasal değer (seçme hakkı-seçimin dürüstlüğü) arasında âdil bir denge kurmaktan ibârettir. Nihayet, “seçim kanunlarının temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlen”mesini emredici Anayasa normu ise (f. 6), bu kez iki anayasal değer arasında âdil denge kurulmasını temine yöneliktir.

İkinci olarak, bu vesileyle bir başka hususun daha altını çizmekte yarar görüyoruz: 2001’de Anayasa değişikliği ile 9 genel sınırlama nedeninin Anayasa m. 13’ten çıkarılması sonrasında nitelikli yasa kaydı içeren maddelerde sınırlama olanağı azalmasına karşın, aynı çıkarımı basit yasa kayıtlı maddeler için yapmak güçtür. Zira, daha önce 9 nedenle sınırlı bir listeyi kullanabilen yasa koyucunun, 2001 sonrasında ucu açık listeden neden seçebilmesinin yolunun açıldığı kabul edilirse, basit yasa kayıtlı hakların öncesine oranla daha zayıf biçimde korunuyor olduğu sonucuna ulaşmak gerekecektir. Ne var ki, ulaşılan bu sonuç, 2001 Anayasa değişikliğinin temel amacı ile açık biçimde

111 Zira basit yasa kaydına tâbi bir hak, meşrû neden bakımından daha geniş sınırlamaya maruz kalsa ve yasa koyucunun takdir alanı genişlese de, m. 13’teki güvence ölçütleri (hakkın özü, ölçülülük, vb.) devre dışı kalmayıp, ayrıca hakkın düzenlendiği maddedeki esaslara uygunluk gereği de devam etmektedir. Sibel İnceoğlu, ‘Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi’ *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* Ed. Sibel İnceoğlu (Avrupa Konseyi 2013) 24.

çelişecektir. Dolayısıyla, sınırsız liste yerine, Anayasadaki nedenlerle sınırlı bir analizin yapılması gerektiği kanısındayız.

Bu çerçevede, özetlediğimiz her iki önerinin tartışılması, yalnızca seçme hakkı değil, tüm hakların yorumlanması açısından katkı sağlayabilir.

KAYNAKÇA

- 90 Yılda 90 Belge (TBMM Genel Evrak ve Arşiv Müdürlüğü 2010).
- AB Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları (Adalet Bakanlığı 2011).
- Akbulut O, 'Serbest Seçim Hakkı' *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* Ed. Sibel İncoğlu (Avrupa Konseyi 2013) 543-555.
- Akdağ N, *Türkiye Tarihinde İlk'ler* (Yeşil Elma 2009).
- Aliefendioğlu Y, 'Temsili Demokrasinin 'Seçim' Ayağı' (2005) 60 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 71-96.
- Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım* (3. Bası Seçkin 2020).
- Armağan S, 'Türkiye'de Parlamento Seçimleri' (1967) 33/3-4 *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 45-100.
- Atatürk, *Medeni Bilgiler: Türk Milletinin El Kitabı* Haz. Ayşe Afet İnan (2. Bası Toplumsal Dönüşüm 2010).
- Atatürk, *Teşkilât-ı Esasiye Kanunu (Proje Hâlinde)* 1339-1342 (Boyut 1998).
- Atatürk, *Teşkilât-ı Esasiye Kanunu: Ek Kitapçık: Temel Kuruluş Yasası: Türkiye Cumhuriyeti İlk Anayasa Taslağı: Türkçeleştirilmiş Metin (Taslak halindedir)* (Boyut 1998).
- Brown B, 'If You're Old Enough to Fight, You're Old Enough to Vote' *Public Land & Resources Law Review* (2020) 43/30 August 60-85. <https://scholarship.law.umt.edu/plrlr/vol43/iss1/30> (erişim tarihi: 11.03.2021).
- Çavdar T, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi* (İmge 1995).
- Devellioğlu F, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat (Eski ve Yeni Harflerle)* (16. Bası Aydın 1999).
- Doğru O & Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar C. 2* (Avrupa Konseyi 2013).
- Döner A, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin 2021).
- Ekici S, *1982 Anayasasında Seçme ve Seçilme Hakları* (Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009).
- Erdem T, *Anayasalar ve Seçim Kanunları (1876-1982)* (Milliyet 1992).
- Erdoğan F, *Türk Seçim Mevzuatı ve Tatbikatı* (Ege 1960).
- Eren A, *Anayasa Hukuku Dersleri* (3. Bası Seçkin 2021).
- Eroğul C, *Anatüzeğe Giriş* (15. Bası İmaj 2016).
- Eroğul C, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı* (İmge 1991).
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (2. Bası Ekin 2018).
- Gözübüyük A Ş & Sezgin Z, *1924 Anayasası Hakkında Meclis Görüşmeleri* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1957).
- Hanski R & Scheinin M, *İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları* Çev. Defne Orhun (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2005).
- Harris D J & Q'Boyle M & Bates Ed P & Warbrick C, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* Çev. Mehves Bingöllü Kılıcı & Ulaş Karan (Avrupa Konseyi 2009).
- İnan A, *Atatürk Hakkında Hatıralar ve Belgeler* yay. haz. Arı İnan (8. Bası Türkiye İş Bankası 2009).

- İnceoğlu S, 'Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi' *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* Ed. Sibel İnceoğlu (Avrupa Konseyi 2013) 23-52.
- Johnston N & Uberoi E, 'Voting Age' (2020) *1747 House of Commons Library Briefing Paper* 19 November 2020 5.
- Kaboğlu İ Ö, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (16. Bası Legal 2021).
- Karamustafaoğlu T, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1970).
- Karatepe Ş, *Anayasa Hukuku* (Savaş 2013).
- Karpat K, *Türk Demokrasi Tarihi* (Timaş 2010)
- Koç B, *1982 Anayasası'na Göre Siyasal Haklar ve Ödevler* (Yüksek Lisans Tezi Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011).
- Milletvekili Genel Seçimleri: 1923-2011* (Türkiye İstatistik Kurumu 2012).
- Mumcu A, '1924 Anayasası' (1986) *2/5 Mart Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 383-399.
- Mumcuoğlu M, *Çağdaş Demokrasi Kuramlarında Katılma ve Türkiye'de Katılmanın Gelişimi* (Doçentlik tezi Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1982)
- Nohutçu A. & Ziyrek A, *Osmanlı Türk Anayasa Metinleri* (Savaş 2020).
- Olgun K, 'Türkiye'de Cumhuriyetin İlanından 1950'ye Genel Seçim Uygulamaları' (2011) *27/79 Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 1-35.
- Ormanoğlu H D, *Demokratik Sistemlerde Temsilde Adalet ilkesinin Gerçekleştirilmesi* (Doktora Tezi Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019).
- Özbudun E, *1924 Anayasası* (Bilgi Üniversitesi (2012).
- Özdemir S S, *Kadın Hakları Bağlamında Türkiye'de Pozitif Ayrımcılık İlkesi* (XII Levha 2019).
- Özön M N, *Küçük Osmanlıca-Türkçe Sözlük* (4. Bası İnkılâp 1998).
- Sağlam F, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2013).
- Savcı B, 'Seçmenlik Şartları Bakımından Seçim Rejimi' (1947) *2/3 Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 217-234.
- Seleman C, 'Around the World: Children's Suffrage: Giving 16 Year Olds the Right to Vote' (2018) *38/2 Article 8 Children's Legal Rights Journal* 174-177. <https://lawcommons.luc.edu/clrj/vol38/iss2/8> (erişim tarihi: 11.03.2020).
- Sezer A, *1982 Anayasası Ekseninde Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi* (Doktora tezi Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2006).
- Sezer A, *Demokrasi Teorisi ve Pratiğinde Seçim Barajları [Adalet-İstikrar İkileminde % 10 Ulusal Baraj Açısından Karşılaştırmalı Bir Analiz]* (Legal 2014).
- Sezer A, *Ulusal-üstü Belgeler ve Önceki Anayasalarla Karşılaştırmalı & Gerekçeli & Açıklamalı 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat* (Beta 2004).
- Şirin T, 'İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Serbest Seçim Hakkı' (2011) *17/1-2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 283-348.
- Tanör B & Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (2. Bası YKY 2009).
- Tanör B, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)* (4. Bası YKY 1999).
- TBMM Albümü (1920-2010) C. I: 1920-1950* (2. Bası TBMM Basın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü TBMM 2010).
- Teziç E, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)* (21. Bası Beta 2017).
- Uyar L, *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006* (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2006).
- Varlık Ü & Ören B, *Seçim Sistemleri ve Türkiye'de Seçimler* (Der 2001).

Yardımcı G, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarıyla Serbest Seçim Hakkı* (Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020).
Yılmaz F, *Türk Anayasa Tarihi (1808-2010)* (İz 2012).

II. DİĞER KAYNAKLAR

<https://anayasa.gov.tr> (AYM web sitesi).

<https://www.cia.gov> (CIA Factbook web sitesi).

<https://www.constituteproject.org> (Constitute Project web sitesi).

TBMM Zabıt Ceridesi, *TBMM Tutanak Dergisi*, *Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi*, vb.

‘Voting age: What is the legal voting age in the national elections?’, *The Electoral Knowledge Network*, https://aceproject.org/electoral-advice/archive/questions/CDTable?question=ES004&view=country&set_language=en (erişim tarihi: 11.03.2021).

III. KARARLAR

A. AYM KARARLARI (NORM DENETİMİ)

AYM, E. 1963/192, K. 1963/161, K.T. 21.06.1963.

AYM, E. 1975/147, K. 1975/201, K.T. 21.10.1975.

AYM, E. 1977/123, K. 1978/16, K.T. 16.02.1978.

AYM, E. 1995/54, K. 1995/59, K.T. 18.11.1995.

AYM, E. 2018/69, K. 2018/47, K.T. 31.05.2018.

B. İHAM KARARLARI

Hirst v. United Kingdom (No. 2), Grand Chamber, App. no. 74025/01, Judg. 06.10.2005.

Mathieu-Mohin & Clerfayt v. Belgium, App. No. 9267/81, Judg. 02.03.1987.

Ždanoka v. Latvia, Grand Chamber, App. No. 58278/00, Judg. 16.06.2006.

Türk-Yunan İlişkileri Kapsamında Kıta Sahanelığı Uyuşmazlıının Çözüm Yeri Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Olabilir mi?

Can the United Nations International Court of Justice be the Solution Place for the Continental Shelf Dispute Within the Scope of Turkish- Greek Relations?

Hakkı Hakan Erkiner* , Mehmet Emin Büyük** 

ÖZ

Ege Denizi üzerindeki kıta sahanlığı sınırlandırması meselesi, Türkiye ve Yunanistan arasında çözüm bekleyen uyuşmazlıklardan biridir. Özellikle 70'li yıllardan itibaren görünürlük kazanan bu sorun, Yunanistan'ın tek taraflı başvurusu ertesinde Uluslararası Adalet Divanı'nın 1978 tarihli yetkisizlik kararıyla birlikte bütünüyle siyaset ve diplomasi sorunu haline gelmiştir. Öte yandan birçok devletin benzer sınırlandırma sorunları yaşadığı ve bunları Divan veya farklı uluslararası yargı organları eliyle çözüme kavuşturma çabası içine girdiği görülmektedir. Bunun sonucunda yargı organlarının deniz alanlarının sınırlandırılması meselesine dair ciddi bir içtihat birikimi ortaya çıkmıştır. Deniz alanlarının sınırlandırılması hukukunda baskın ilke, sınırlandırmanın hakça bir çözüme kavuşturacak şekilde yapılmasıdır. Bu düşünce, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne de girmiştir. Bu bakımdan Ege Denizi'nde yapılacak bir sınırlandırmada, en doğudaki Yunan adaları ile Türkiye anakarası arasında çizilecek bir eşit uzaklık çizgisine dayalı bir sınırlandırma yapılmasının hakça olmaması sebebiyle, yargı organlarından bu yönde bir karar çıkmayacağı beklenebilir. Öte yandan bu çalışmanın ortaya koyduğu görüş, her ne kadar Divan'dan çıkacak kararın içtihat ışığında, Türkiye tezleri lehine bir sonuç getirebileceği düşünülse de bu karar bir kez verildikten sonra dönüşün olmayacağı bilinmeli, uyuşmazlığın diplomasi ve 1982 Sözleşmesi'ndeki öncelikli usul olan anlaşma yoluyla çözülmesi yönündeki çabalar sürdürülmelidir.

Anahtar Kelimeler: Kıta Sahanelığı Sınırlandırması Uyuşmazlığı, Ege Denizi, Ege Sorunu, Uluslararası Adalet Divanı, Deniz Alanlarının Sınırlandırılması, İchtihat Hukuku

* Doç. Dr. , Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-0779-6414

** Arş. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-7392-4488

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hakkı Hakan Erkiner

E-posta/E-mail: herkiner@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 25.09.2021

ABSTRACT

The issue of the continental shelf delimitation on the Aegean Sea is one of the disputes pending between Turkey and Greece. This problem, which has gained visibility especially since the 70s, has become a purely political and diplomatic problem with the 1978 decision of the International Court of Justice, following the unilateral application of Greece. On the other hand, it is seen that many states have similar limitation problems and try to resolve them through the Court or different international judicial bodies. As a result, a serious accumulation of jurisprudence (case-law) has emerged on the issue of the delimitation of maritime areas by the judicial bodies. The predominant principle in the law of delimitation of maritime areas is that the delimitation should be done in a way that provides an equitable solution. This idea was also included in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea. In this respect, since it would not be fair to make a delimitation based on an equidistance line to be drawn between the easternmost Greek islands and the Turkish mainland, it can be expected that a decision in this direction will not be made by the judicial organs. On the other hand, the view put forth by this study is that although it is thought that the decision of the Court may bring a result in favor of the Turkish theses in the light of case law, it should be known that once this decision is made, there will be no turning back and that the efforts to resolve this conflict through diplomacy and agreement which is the primary procedure in the 1982 Convention, should continue.

Keywords: Dispute of Continental Shelf Delimitation, Aegean Sea, Aegean Dispute, The International Court of Justice, Maritime Delimitation, Case-Law

GİRİŞ

Türkiye ve Yunanistan arasında çözüm bekleyen birden fazla sorundan bahsetmek mümkündür. Ege Denizi üzerinde karasuları, kıta sahanlığı, muhtemel bir gelecekte gündeme gelebilecek olan münhasır ekonomik bölge sorunu, adaların aidiyeti ve silahsızlandırılmasına ilişkin sorunlar, Doğu Akdeniz üzerinde münhasır ekonomik bölge ve ilintili olarak kıta sahanlığı sorunu gibi farklı başlıklar altında özetlenebilecek bu sorunların ve özelde bu çalışmada ele alınan kıta sahanlığı sorununun Uluslararası Adalet Divanı veya bir tahkim mahkemesi eliyle çözülmesi dönem dönem gündeme getirilmektedir. Bu çalışmada, Ege Kıta Sahanelığı sorununa ilişkin tarihsel süreç hatırlatıldıktan sonra, deniz alanlarına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından mahkemelerin yargı yetkisi meselesi incelenecek, deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin içtihat hukukuna dair bilgiler verilecek ve bu bilgiler ışığında Ege Denizi üzerinde var olan kıta sahanlığı uyuşmazlığına dair olası bir yargılamada ne gibi sonuçlar çıkabileceğine dair öngörüler ifade edilecektir. Son olarak, uluslararası hukukta Lahey Divanı tarafından verilen yargı kararlarının uygulanması hususu açıklanacak ve çalışmanın ele aldığı konularla ilişkilendirilecektir.

70'li yıllarda görünürlük kazanan Ege Denizi Kıta Sahanelığı Uyuşmazlığı, büyük oranda diplomasinin konusu olmuştur. Dönemsel olarak taraflar arasında olası bir savaş sebebi haline gelen bu sorun, genelde ikili ilişkiler ve diplomasi yoluyla çözüme kavuşturulmaya çalışılmış ancak günümüze kadar bir çözüm bulunamamıştır. Bu süreçte, Yunanistan tarafından Uluslararası Adalet Divanı'na yapılan başvuru, 1978 tarihli kararla yetkisizlik sebebiyle reddedilmiştir. Bu sorunun zaman içinde Avrupa Birliği ve Türkiye arasındaki ilişkilere yansıyan bir soruna dönüştüğü de ifade edilmelidir.

Uluslararası hukukta devletler üstü bir otorite bulunmadığı gibi, devletlerin tarafı oldukları bir uyuşmazlığı yargı organları önüne götürmeleri konusunda zorlanmaları da mümkün değildir.¹ Devletlerin yargı organlarının yetkisini çeşitli yöntemlerle kabul etmeleri mümkün olabilir. Türkiye 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne taraf olmadığı için burada öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemlerine de tabi değildir. Aynı şekilde, Ege kıta sahanlığı sorunu açısından Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisini kabul eden bir fiili bulunmamaktadır. Türkiye, istediği zaman bu sorunun Divan tarafından çözülmesi hususunda rıza açıklamasında bulunabilir.

1969 tarihli Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'ndan itibaren yargı kararlarıyla şekillenen bir deniz alanları sınırlandırması hukukundan bahsetmek mümkündür. Bu davadaki görüşlerin 1982 Sözleşmesi'nde de yer aldığını ifade etmek gerekir. Deniz alanlarının sınırlandırılmasında içtihat hukuku, hakça ilkeler temelli ancak zaman içinde soyutluktan arındırılmış birtakım yöntemlere doğru gelişim göstermiştir.

Uluslararası Adalet Divanı tarafından verilen kararlar kesindir. Birleşmiş Milletler Andlaşması da, andlaşmanın tarafı devletlerin Divan'ın kararına uymakla yükümlü olduklarını düzenlemektedir. Duruma göre, Divan kararlarının uygulanması için Güvenlik Konseyi tarafından tedbirler alınabilir. Hakça ilkeler tezinin ve birçok yönüyle içtihadın Türkiye'nin görüşleri lehine olduğu açıktır. Bu bakımdan Uluslararası Adalet Divanı'na Ege kıta sahanlığı sorununun götürülmesi durumunda hakça bir çözüm beklenmesi mümkündür. Ancak özellikle sınırlandırmaya esas alınacak esas hatların nereden başlatılacağı gibi sorunlarda bütünüyle bir öngörülebilirlikten bahsetmek zordur.

Bu çalışmada, dört ayrı başlık kapsamında yukarıda özetlenen hususlara dair ayrıntılara yer verilerek çalışmanın ana fikri için zemin hazırlanacaktır: (1) Uyuşmazlığın tarihçesi, (2) yargı organlarının yetki meselesi, (3) deniz alanları uyuşmazlıklarında içtihat hukukunun seyri ve Ege sorunu bakımından öngörüler ve son olarak (4) Divan kararlarının niteliği ve uygulanması. Böylece ulaşılabilecek sonuç tek cümle ile ifade edilecek olursa; her ne kadar Divan'dan çıkacak kararın içtihat ışığında, Türkiye tezleri lehine bir sonuç getirebileceği düşünülse de bu karar bir kez verildikten sonra dönüşün olmayacağı bilinmeli, uyuşmazlığın, 70'li yıllardan bugüne olduğu gibi, diplomasi ve 1982 Sözleşmesi'ndeki öncelikli usul olan anlaşma yoluyla çözülmesi yönündeki çabalar sürdürülmelidir.

I. UYUŞMAZLIĞA İLİŞKİN TARİHSEL GELİŞİM VE TARAFLARIN HUKUKİ GÖRÜŞLERİ

A. UYUŞMAZLIĞIN ORTAYA ÇIKIŞI

Yunanistan, 1960'lı yıllarda o dönemin bilinen birtakım petrol şirketlerine Ege Denizi'nin çeşitli yerlerinde petrol ve çeşitli madenlerin keşfine dair ruhsatlar vermeye başlamıştır. Türkiye ise, bu girişimlere karşı 1973 yılında Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı'na, Yunanistan'ın kendi kıta sahanlığı olduğunu iddia ettiği Ege Denizi'ndeki açık deniz alanlarında 27 adet petrol arama faaliyeti

¹ Hakkı Hakan Erkiner, 'Uluslararası Topluluk Kavramı' (2010) 16(1-2) MÜHF-HAD 67; Hakkı Hakan Erkiner, 'Uluslararası Topluluk Kavramının Başlıca Görünümleri' (2010) 16(1-2) MÜHF-HAD 88.

konusunda ruhsat vermiştir. Söz konusu bölgeler, Limni, Midilli, Sakız ve Semendirek gibi Yunan adalarının 6 mil karasularının hemen dışında kalan açık deniz alanlarıdır. Yunan tarafı, bu deniz alanlarının 1958 Cenevre Kıta Sahanelığı Sözleşmesi uyarınca kendisinin kıta sahanlığı içerisinde yer aldıklarını ve egemen haklarının saklı olduğunu ifade eden 7 Şubat 1974 tarihli bir nota göndermiştir ve 1974 ve 1975 yıllarında karşılıklı protestolar içeren bir dizi nota teatisi iki devlet arasında sürdürülmüştür. 1975 yılına gelindiğinde, taraflar bu uyuşmazlığın Uluslararası Adalet Divanı'na götürülmesine dair bir tahkimname hazırlanması ve gerekli teknik meselelerin çözülmesine dair müzakerelere girişmişlerdir. İki devletin dışişleri bakanları bu amaçla 17-19 Mayıs 1975'te Roma'da birtakım görüşmelerde bulunmuştur. Bu toplantılardan kısa bir süre sonra NATO Zirvesi için bir araya gelen iki devlet Başbakanı Demirel ve Karamanlis, 31 Mayıs 1975 tarihli Brüksel Bildirisi'ni açıklamışlardır. Söz konusu bildiri de iki devlet arasındaki sorunların barış içinde "görüşmeler yoluyla ve Ege Denizi kıta sahanlığı sorununun ise Lahey'deki Milletlerarası Mahkeme tarafından çözümlenmesi gerektiğini kararlaştırdıkları" vurgulanmış ve yine bu amaçla "kıta sahanlığı sorunuyla ilgili olduğu gibi hava sahası sorunuyla da ilgili olarak teknik heyetlerin toplantı tarihini öne almayı kararlaştırdıkları" açıklanmıştır.²

B. ULUSLARARASI ADALET DİVANI – EGE DENİZİ KİTA SAHANLIĞI DAVASI³

İki devlet arasında daha sonra yapılan bir dizi görüşmede anlaşmaya varılamamıştır. Bunun üzerine Türkiye, MTA Sismik I araştırma gemisini, Yunan karasuları dışında kalan Ege Denizi açık deniz alanlarında deniz tabanında araştırmalar yapması için görevlendirdiğini ilan etmesi üzerine, Yunanistan, bu deniz alanlarının kendi kıta sahanlığı alanları olduğunu ileri sürerek, uyuşmazlığı 7 Ağustos 1976 tarihli dilekçesiyle tek taraflı olarak Uluslararası Adalet Divanı'na sunmuş ve yine aynı şekilde 10 Ağustos tarihli bir dilekçeyle de tek taraflı olarak konuyu Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin gündemine taşımıştır.⁴

Yunanistan, BM Güvenlik Konseyi'ne başvurusunu, Türkiye'nin yaptığı araştırmaların kendi kıta sahanlığında olması hasebiyle uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiği argümanına dayandırmıştır. Güvenlik Konseyi 25.8.1976 tarih ve 395 (1976) sayılı kararında taraflara görüşmelere yeniden başlama ve uygun yargı usullerinin, bilhassa Uluslararası Adalet Divanı'na meselesinin taşınmasının çözüme katkı sunacağı konusundaki görüşlerini taraflara bildirmiştir.⁵

Yunanistan'ın Uluslararası Adalet Divanı başvurusu, Türkiye'nin arama ruhsatı verdiği alanlarda dava sonuçlanana kadar herhangi bir araştırma faaliyetinde bulunmaması yönünde bir ihtiyati tedbir kararı vermesi talebini de içermektedir. Davanın esasına ilişkin olarak da Divan'dan, Yunan adaları

2 Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk Dersleri – Devletin Yetkisi* (4. Baskı, Beta 1989) 248-249. Ayrıca bkz. Aslan Gündüz, 'Discord Between Greece and Turkey over the Extent of Their Continental Shelves in the Aegean' (1996) 4(2) *Hellenic Studies* 96-97; Angelos Syrigos ve Thanos Dokos, *Atlas of Greek-Turkish Relations* (Kathimerini 2020) 46.

3 *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, Judgment (ICJ Reports 1978).

4 Selami Kuran, *Uluslararası Deniz Hukuku* (6. Baskı, Beta 2020) 240; Toluner (n 2) 249-250.

5 Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri – 2. Kitap* (9. Baskı, Turhan Kitabevi 2013) 376-377.

ve Türkiye arasında kıta sahanlığı sınırlandırmasının ne şekilde yapılacağına belirlenmesi talep edilmiştir.

Uluslararası Adalet Divanı, başvuruya ilişkin olarak, bir yandan görüşünü almak üzere Türkiye'yi bilgilendirmiş, diğer yandan da ihtiyati tedbir talebini öncelikli olarak incelemeye almıştır. Divan'ın 11 Eylül 1976 tarihli kararında, Türkiye tarafından yapılmakta olan araştırmaların deniz yatağına veya buradaki canlı varlıklara zarar veren bir nitelikte olmadığı ve tarafların lehine veya aleyhine bir hak kazancı veya kaybı ortaya çıkarmayacağı gerekçesiyle, giderilmesi imkansız bir zararın verilmesi durumu söz konusu olmadığına ve dolayısıyla bir ihtiyati tedbir kararına ihtiyaç bulunmadığına hükmetmiştir.⁶

Türkiye, Yunanistan tarafından açılan bu davada başından itibaren yetkisizlik itirazında bulunmuş ve *ad hoc* yargıç atama yoluna da gitmemiştir. Divan, yetkiye ilişkin incelemelerine geçmeden önce, Türkiye'nin sunduğu birtakım ön itirazları karara bağlamış ve bunların tümünü reddetmiştir. Buna göre, 1) taraflar arasında müzakerelerin devam ediyor olması Divan önünde bir davanın görülmesine engel oluşturmaz; 2) halihazırda müzakerelerin devam ediyor olması "uyuşmazlığın varlığı"nı etkileyen bir husus değildir; 3) meselenin siyasi yönleri olsa da, Divan tarafından incelenebilecek bir "hukuki sorun" olayda mevcuttur.⁷

Yunanistan'ın Divan'ın yetkisine ilişkin iki temel dayanak ileri sürdüğü görülmektedir. Bunlardan ilki, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 36/1 ve 37. maddeleri bağlamında 1928 tarihli Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümüne Dair Genel Senedin 17. maddesidir. Yetkiye dair ikinci dayanağı ise, yukarıda da bahsi geçen, 1975 tarihli Brüksel ortak bildirisidir.

1928 tarihli Genel Senedin 17. maddesi, sözleşmenin tarafları arasındaki uyuşmazlıkların, çekincelere dair 39. madde hükümleri saklı kalmak üzere, Uluslararası Daimi Adalet Divanı önünde çözümlenmesini öngörmektedir. Türkiye bahsi geçen Genel Senedin yürürlükte olmadığını, olsa bile Yunanistan'ın "ülke statüsü"ne ilişkin ihtilafların Divan'ın yargı yetkisi dışında kalacağına dair çekincesi nedeniyle Divan'ın yargı yetkisinin bulunmadığını iddia etmiştir. Divan, daha önce de Nükleer Denemeler Davası'nda gündeme gelmiş olan Genel Senedin yürürlükte olup olmadığı tartışmalarına bu davada da girmemiş ancak kararını Yunanistan'ın ilgili sözleşmeye koyduğu çekinceye dayandırarak vermiştir. Sonuç olarak Divan, Yunanistan'ın kıta sahanlığı meselelerinin ülkesel statüye ilişkin ihtilaflar kapsamında olmadığı argümanını reddetmiştir.⁸

Yunanistan'ın yetkiye ilişkin öne sürdüğü diğer husus olan Brüksel Ortak Bildirisi'nin de yine aynı şekilde Divan'ın davaya bakma yetkisi konusunda geçerli bir temel oluşturmadığı kanaatine varılmıştır. Divan'a göre bu tür bir ortak bildirinin andlaşma olarak kabul edilmesi önünde herhangi bir engel bulunmaz. Ancak diğer yandan bahsi geçen ortak bildirinin içeriğine ilişkin taraflar arasındaki uzlaşma ve ilgili şartlar göz önüne alındığında, açıklanan bildirinin niyetinin uyuşmazlığın

6 Toluner (n 2) 250-251.

7 Karin Oellers-Frahm, 'Aegean Sea Continental Shelf Case' in Rudolf Bernhardt (ed), 2 *Encyclopedia of Public International Law* (North Holland, Elsevier 1981) 6.

8 Oellers-Frahm (n 7) 6; Toluner (n 2) 251-252.

derhal Divan'a sunulmasına yönelik olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu bildiriyle ortaya çıkan bir yargı yetkisinin varlığından söz edilemez.⁹

Sonuç olarak Divan, 19 Aralık 1978 tarihinde, Yunanistan'ın tek taraflı başvurusu ile açılmış olan Ege Denizi kıta sahanlığının sınırlandırılmasına ilişkin davada 12 oya karşı 2 oyla yargı yetkisinin bulunmadığına hükmetmiş ve başvuruyu reddetmiştir.

C. DİVAN KARARI SONRASI SÜREÇ

BM Güvenlik Konseyi kararı ve Divan'ın geçici önlemler alınması gerekliliğinin olmadığına dair kararı sonrasında iki devlet arasındaki gerginlikler yeni bir aşamaya geçmiştir ve müzakerelerin yeniden başladığı bir döneme girilmiştir. 1 Ekim 1976'da iki devletin dışişleri bakanları (Bitsios ve Çağlayangil) New York'ta bir araya gelmiş ve kıta sahanlığı sorunlarının çözümüne ilişkin bir ilke belirlenmesi hususunda toplantılara başlanması konusunda anlaşmışlardır. 2-11 Kasım 1976 tarihinde Bern'de yapılan toplantılarda ilkeleri saptayan 11 Kasım 1976 tarihli Bern Anlaşması yapılmış ve "*kıta sahanlığının sınırlandırılmasında karşılıklı rızalara dayanarak oluşturulacak bir anlaşmanın sağlanabilmesi için samimi, ayrıntılı ve güven içerisinde bir yaklaşım izlemeyi, yapılacak olan görüşmelerin içeriğinden dolayı gizli tutulmasını kararlaştırmışlardır.*" Yine yapılan anlaşma gereğince, tarafların bu toplantılar esnasında ifade ettiği görüşlerin uyumsuzluğa ilişkin hususlar bakımından görüş değişikliği olarak kabul edilmemesi ve görüşmelerin kapsamı dışında kullanılmaması konularında uzlaşmıştır. Ayrıca taraflar Ege Denizi kıta sahanlığı ile ilgili olarak yapılan müzakerelere zarar verebilecek girişimlerden kaçınma yükümlülüğü ile birlikte, ikili ilişkilerle ilgili olduğu kadar, diğer tarafı güvensizliğe itebilecek herhangi bir inisiyatif ya da davranıştan kaçınmayı da kararlaştırmışlardır. Bu hususların yanında, kıta sahanlığı sınırlandırılması konusunda göz önünde bulundurulacak temel ilkeler ve ilgili kriterleri belirlemek amacıyla, uluslararası hukuk ve örf ve adet kurallarının araştırılması konusunda uzlaşmış ve buna yönelik, iki devletin temsilcilerinden oluşan bir karma komisyonun kurulması kararlaştırılmıştır.¹⁰

Bern Anlaşması sonrasında iki devlet başbakanları (Ecevit ve Karamanlis), 1978 yılı içerisinde Montreux'de ve Washington'da bir araya gelmişler ve görüşmelerin karşılıklı güven içerisinde sürdürülmesi hususunda anlaşmışlardır. Buradaki uzlaşmaya uygun olarak 1978-79 yılları içerisinde Dışişleri Genel Sekreterleri ve çeşitli uzmanlar düzeyinde bir dizi görüşme gerçekleştirilmiştir.¹¹

Yunanistan ve Türkiye'nin kıta sahanlığı meselesine dair yorumlarındaki farklılık, 5 Ekim 1980 tarihinde New York'ta bir araya gelen Türk Dışişleri Bakanı İlter Türkmen ile Yunan Dışişleri Bakanı Konstantinos Mitsotakis arasında geçen görüşmelerde net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Gürün'ün aktardığına göre, bu toplantı sırasında Mitsotakis, "*Kıta sahanlığı konusunda bunun siyasi olmaktan çok, hukukî bir sorun olduğunu belirtmekle yetineceğim. Kıta sahanlığının sınırlandırılması kadar, kaynakların müştereken işletilmesi meselesine bir hal şekli bulunmasını oldukça güç görüyorum. Bunun*

9 Oellers-Frahm (n 7) 6-7; Toluner (n 2) 252-253.

10 Toluner (n 2) 254-255.

11 Ibid 255.

için, hakkaniyeti içeren milletlerarası hukuka atıf yapmak zorunluluğundayız. Eğer, prensiplerde anlaşamaz ve ikili görüşmelerden de sonuç alamazsak, milletlerarası tahkim yoluna başvurmak zorunluluk olacaktır. İki tarafın da bu alandaki hassasiyeti malum olduğuna göre, tahkim yolu en sağlıklı yol olacaktır.” demiştir. İlter Türkmen ise, buna karşılık olarak, “Kıta sahanlığı siyasal bir konudur. Bu itibarla biz, karşılıklı görüşmeyi tercih ediyoruz. Halen de başka bir forumu düşünmüyoruz. İkili görüşmeleri yürüten müzakerecilerle güvenmeye devam etmeliyiz.” demiştir.¹²

1980 yılında NATO'nun askeri kanadına Yunanistan'ın dönüşü konusunda Türkiye'nin tavrına rağmen bu dönemde ikili ilişkilerin kötüye gittiği görülmektedir. Özellikle de 1981 seçimlerinde, Yunanistan'da PASOK lideri Papandreu'nun iktidara gelmesi, ilişkilerin daha da kötüye gitmesine sebep olmuştur. 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin kabulüyle birlikte Yunanistan'ın karasularını 12 deniz miline çıkarma arzusu ve buna karşılık Türkiye'nin bunu bir savaş sebebi sayması da gerginliği tırmandırmıştır. Bu dönemde yaşanan bir diğer olay da 1987 yılında Yunanistan'ın Bern Anlaşmasından doğan yükümlülüklerini geçersiz sayarak, Ege Denizinde yeniden petrol arama faaliyetlerinde bulunacağını açıklaması olmuştur. Bunun üzerine Türkiye de, TPAO'ya petrol arama ruhsatı verilmesine ilişkin süreci başlatmış ve Ege Denizi yeniden bir sıcak çatışma potansiyeli taşıyan bir deniz alanı durumuna evrilmiştir. 1987 krizi, Başbakanların karşılıklı iyi niyet açıklamalarıyla çözüme kavuşturulmuştur.¹³

Yunanistan'ın, 1981 yılında Avrupa Birliği (o zamanki adıyla Avrupa Topluluğu)'ne üye olmasıyla birlikte, Ege Denizi'ne ilişkin sorunlar yeni bir boyut kazanmıştır. Bu durumun yansımalarına 17 Aralık 2004 tarihli AB Zirvesi Sonuç Bildirisinde yer verilmiş; yine aynı şekilde 3 Ekim 2005 tarihli Müzakere Çerçeve Belgesinde de bu sorunun çözümü Türkiye'nin üyeliği yolunda bir ön şart haline getirilmiştir. Ayrıca, 5-16 Haziran 2006 tarihinde Brüksel'de gerçekleştirilen Avrupa Konseyi Başkanlık Zirvesi Sonuç Bildirgesi'nin Türkiye paragrafında iyi komşuluk ilişkilerinin Kopenhag kriterlerinin bir gereği olduğu ve sorunun çözümünü engelleyen faaliyetlerden kaçınılması gerekliliği ifade edilmiştir.¹⁴

D. TARAFLARIN HUKUKİ GÖRÜŞLERİ

Ege Denizi üzerinde kıta sahanlığı konusunda uyumsuzluğa ilişkin tarafların hukuki yaklaşımları, o dönemde kabul gören uluslararası hukuk düzenlemelerine göre ortaya çıkmış ve gelişmelere göre de değişim göstermiştir. Bu bakımdan öncelikle, 1970'li yıllarda deniz hukukunda kıta sahanlığını düzenleyen sözleşmenin 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi olduğunu hatırlatmak gerekir. Türkiye bu sözleşmeyi imzalamamıştır. Buna karşılık Yunanistan, sözleşmenin imzacıları arasındadır. 1958 Sözleşmesi, kıyıları karşılıklı veya bitişik olan devletler açısından kıta sahanlığı sınırlandırmasının öncelikle anlaşma yoluyla olmasını; anlaşmanın olmadığı ve özel şartların haklı

12 Kamuran Gürün, *Fırtınalı Yıllar* (Ad Yayıncılık 1995) 197'den aktaran: Fuat Aksu, *Türk-Yunan İlişkileri: İlişkilerin Yönelimini Etkileyen Faktörler Üzerine Bir İnceleme* (SAEMK Yayınları 2001), <http://www.turkishgreek.org/ikili-iliskiler/uyusmazliklar/ege-denizi-ne-iliskin-uyusmazliklar/k-ta-sahanl-g-soru-nu> (Erişim Tarihi: 31.05.2021).

13 Nurser Gökdemir Işık, *Kıta Sahanlığı, Hukuki Rejimi ve Ege Sorunu* (Doktora Tezi – 9 Eylül Üniversitesi 2006) 189-191.

14 Ibid 193-194.

kılmadığı durumlarda ise ortay hat metoduyla sınırlandırmanın belirlenmesini öngörmektedir.¹⁵ 3. Deniz Hukuku Konferansı'nda kabul edilen 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde ise, 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nın da etkisiyle, kıta sahanlığı sınırlandırmasının “hakça bir çözüm bulmak üzere, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde zikredilen milletlerarası hukuka göre anlaşma ile gerçekleştirileceği” ifade edilmiştir.¹⁶

Tarafların görüşleri özetlenecek olursa;

Yunanistan, Ege Denizi üzerinde kıta sahanlığı olarak kabul ettiği alanlarda Türkiye'nin TPAO'ya verdiği petrol arama ruhsatlarına başından itibaren karşı çıkmaktadır. Zira Yunanistan'a göre, adaların da anakaralar gibi kıta sahanlığı bulunmaktadır. Bu bakımdan Türkiye'nin bu adaların varlığını göz ardı ettiğini öne sürmektedir. Buradan hareketle, sınırlandırma yapılırken eşit uzaklık – ortay hat esaslarına göre sınırlandırma yapılmalı ve bu karşılıklı anakaralardan değil, en doğudaki Yunan adalarıyla Türkiye anakarası arasında yapılmalıdır.

Türkiye, her iki deniz hukuku sözleşmesinde de vurgulanan, sınırlandırmanın anlaşma ile yapılması hususunu öncelemektedir. Eşit uzaklık – ortay hat yöntemi kullanılacak doğru yöntem değildir. Yine Türkiye'nin belli bir döneme kadar Ege Denizi'nde kıta sahanlığı bölgelerinin Anadolu kıtasının doğal uzantısı olduğu tezini savunduğu görülmektedir. Öte yandan, uluslararası hukukta her adanın kıta sahanlığı olması gibi bir kural mevcut değildir. Adaların niteliği ve ilgili deniz alanının özel durumu göz önünde bulundurulmalıdır. Özellikle de sınırlandırmanın hem Divan'ın yargılamalarında yerleşmiş olan hem de 1982 Sözleşmesine girmiş olan hakça ilkelere göre yapılması gerekir.¹⁷

II. DENİZ ALANLARININ SINIRLANDIRILMASI UYUŞMAZLIKLARININ ULUSLARARASI YARGI ORGANLARINA TAŞINMASINA İLİŞKİN HUSUSLAR

Uluslararası hukuk, en sade tanımıyla, devletler arasındaki ilişkileri ele alır. Bu hukuk sisteminde iç hukuklardan farklı olarak hiyerarşik bir üst otorite bulunmaz; devletler, eşit egemen süjelerdir. Klasik uluslararası hukuk bu yapı üzerine inşa edilmiştir ve günümüzde de ana hatlarıyla bu yapı sürdürülmektedir.¹⁸

Uluslararası hukukun bu doğası, uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusunda da iç hukuklardan farklı bir modelin ortaya konulmasını zorunlu kılar. İç hukuklarda uyuşmazlık çözümleri devlet otoritesi altında, gerektiğinde rızaya dayanmayan ve sonucunda yaptırımlarla desteklenen bir görünüm arz eder. Buna karşılık uluslararası hukukta ise eşit egemen yapılar olarak devletler, uyuşmazlıklarını bir tahkim veya yargı organı önüne götürmek konusunda serbesttirler; bu konuda zorlanmaları mümkün değildir.¹⁹

15 Bkz. 1958 Cenevre Kıta Sahınlığı Sözleşmesi, md. 6, Selami Kuran, Derya Aydın Okur, Reşat Volkan Günel, Meltem Sarıbeyoğlu, *Uluslararası Hukuk Temel Metinler* (3. Baskı, Beta 2014) 337.

16 Bkz. 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, md. 83, Ibid 388.

17 Kuran (n 4) 241-249; karşılaştırmak için bkz. Syrigos and Dokos (n 2) 52.

18 Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha 2010) 65.

19 Ibid 62.

Devletlerin egemenliklerinin uzantısı olarak, diğer devletlerle uluslararası sözleşmeler yapması mümkündür. Bu sözleşmeler sonucunda devletler birtakım yükümlülükler altına girer ve bu yükümlülüklerin ihlali, o devletin uluslararası hukuk bakımından sorumluluğunu doğurur.²⁰ Ancak devletin bir andlaşma ile böyle bir yükümlülük altına girmiş olması, egemenlikten vazgeçilmesi anlamına gelmez. Uluslararası Daimî Adalet Divanı, Wimbledon Buharlı Gemisi Davası'nda²¹ bu hususu, “*Divan, bir Devletin, belli bir davranışta bulunma veya bir davranışta bulunmaktan kaçınma yükümlülüğü altına girdiği herhangi bir andlaşmanın sonucunda egemenliğinden vazgeçtiği görüşünü kabul etmemektedir. Şüphe yoktur ki, bu türde bir yükümlülük meydana getiren herhangi bir andlaşma, Devletin egemenlik yetkilerinin icrasına, bu yetkilerin belli bir şekilde kullanılması anlamında, kısıtlama getirir. Ancak, uluslararası sözleşmelere (taahhütlere) girebilme hakkı, Devlet egemenliğinin bir sembolüdür.*”²² şeklinde ifade etmektedir.

Uluslararası hukukta uyuşmazlıkların çözümü de – ve özel olarak inceleme kapsamındaki deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından da – aynı prensipler geçerlidir. Hiçbir devlet rızası olmaksızın tarafı olduğu bir uyuşmazlığı uluslararası bir mahkeme önüne götürmek konusunda zorlanamayacaktır.²³

Bu başlık altında, deniz alanlarının belirlenmesinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların uluslararası yargı mercileri – özellikle de Uluslararası Adalet Divanı – önüne götürülmesi hususu, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi de göz önünde bulundurularak, tarafların rızalarının varlığı ve yokluğu durumları bakımından ayrı ayrı ele alınmaya çalışılacaktır.

A. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER DENİZ HUKUKU SÖZLEŞMESİ'NDE ÖNGÖRÜLEN UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

1982 BMDHS, uyuşmazlıkların çözümüne dair Kısım XV'de, sözleşmenin uygulanması veya yorumlanmasına ilişkin uyuşmazlık çözümünde Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2/3 hükmüne de uygun olarak barışçıl yöntemlerin kullanılmasını öngörmektedir. Bu tür bir çözüm metodunu taraflar kendi aralarında belirleyebilirler. Eğer bahsi geçen barışçıl çözüm yollarıyla bir sonuca varılamamış ise, Kısım XV Bölüm 2 hükümlerine göre uyuşmazlığın taraflarından birisi, yetkisi olan bir mahkemeye veya tahkim merciine uyuşmazlığı götürebilecektir.²⁴

Birleşmiş Milletler Şartı'nın 33. ve 95. maddelerinde de yer aldığı üzere, uluslararası hukukta, uyuşmazlık çözüm usullerinin seçiminde serbestlik ilkesi kabul edilmektedir. İlkenin deniz

20 Erkiner, Devletin Sorumluluğu (n 18) 4; Hakkı Hakan Erkiner, 'Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları' (2007) 13(3-4) MÜHF-HAD 149.

21 S.S. “*Wimbledon*”, Judgment (Series A No. 1, PCIJ Reports 1923).

22 Ibid 25; Karar metninin çevirisi için bkz. Mehmet Emin Büyük, 'Uluslararası Adalet Divanı – “Wimbledon” Buharlı Gemisi Davası' (2018) 25 Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi 35-52; Kararın özet metni için ayrıca bkz. Mehmet Emin Büyük, *Uluslararası Daimi Adalet Divanı – Kararlar, Danışma Görüşleri ve Emirnameler (1922-1930)* (Beta 2020) 28-36.

23 Hakkı Hakan Erkiner, 'Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Aracılığıyla Uygulanması' 2017 23(2) MÜHF-HAD 90.

24 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, md. 279-281, Kuran ve diğerleri (n 15) 445.

hukukuna yansması ise 1982 BMDHS m. 287'de görölmektedir.²⁵ Kısım XV Bölüm 2'de yer alan Madde 287/1'de; “*Bu Sözleşme'yi imzalararken, onaylarken veya ona katılırken yahut daha sonra herhangi bir zamanda bir devlet yazılı bildirim ile bu Sözleşme'nin yorumlanması veya uygulanması ile ilgili uyuşmazlıkların çözümlenmesi konusunda aşağıdaki araçlardan birisini veya daha fazlasını seçmekte serbest olacaklardır: i. Ek VI'ya göre kurulmuş olan Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (International Tribunal for the Law of the Sea), ii. Uluslararası Adalet Divanı (International Court of Justice), iii. Ek VII'ye göre oluşturulan tahkim mahkemesi (Annex VII Arbitral Tribunal), iv. Ek VIII'de belirtilen uyuşmazlık kategorilerinden (balıkçılık, deniz çevresinin korunması ve muhafazası, bilimsel deniz araştırmaları, gemilerden kaynaklanan kirlenme de dâhil olmak üzere seyrüsefer konuları) biri veya daha fazlası için Ek VIII'e göre oluşturulan tahkim mahkemesi (Annex VIII Arbitral Tribunal)*” denilmektedir.²⁶

Sözleşme'nin hazırlık safhasında uyuşmazlık çözümüne ilişkin farklı fikirler ortaya çıkmış; bu görüşmeler sonucunda, öne sürülen dört farklı yargısal çözüm yolunu da içeren ve bu yargısal çözüm yolları içerisinde çözüm yapılabilmesini sağlayan bir sistem öngörölmüştür. Burada öncelikle 1982 Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin, aynı uyuşmazlık çözüm yöntemini seçmiş olup olmadıklarına bakılır. Eğer taraflar aynı uyuşmazlık yöntemini seçmişler ve bu hususta aksi bir anlaşmaya varmamışlarsa uyuşmazlık zorunlu olarak bu yargısal çözüm yoluna havale edilir. Eğer farklı çözüm yollarını kabul etmişlerse ve aksi yönde bir anlaşmaya varılmamış olursa uyuşmazlık zorunlu olarak Ek VII uyarınca teşkil edilecek tahkim mahkemesine havale edilir. Bu ihtimaller dışında, 1982 Sözleşmesi'ne taraf ancak herhangi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi seçimine dair bildirimde bulunmamış veya yaptığı bildirim kapsamının dar olması nedeniyle tarafı olduğu uyuşmazlık bu usulün dışında kalmış bir devlet, Ek VII uyarınca teşkil edilecek tahkim mahkemesine gitmeye rıza göstermiş kabul edilir.²⁷

Kısım XV Bölüm 1 ve 2'de yer alan bu düzenlemelerin yanında, Bölüm 3'te zorunlu yargı yetkisine dair istisnalara yer verilmiştir. Bu çalışmanın konusu bakımından da önemli olarak, 298. madde Bölüm 2'nin uygulanabilirliğine dair ihtiyari istisnaları konu edinmektedir ve hemen ilk paragrafta, sözleşmenin tarafı olan devletlerin, sınırların tespitiyle ilgili 15, 74 ve 83. maddelerin – yani kıyıları bitişik veya karşı karşıya olan devletler arasında karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmalarına ilişkin maddelerin – yorumlanması veya uygulanmasına dair uyuşmazlıklar bakımından, yazılı bir beyanla, BMDHS'de öngörölen uyuşmazlık çözüm yollarını kabul etmediklerini bildirebileceklerdir. Bu bildirim imzalama, onaylama veya katılma aşamasında olabileceği gibi, daha sonraki bir aşamada da yapılabilir.²⁸

Sonuç olarak, BMDHS'ye taraf olan devletler bakımından deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin uyuşmazlıkların her durumda barışçıl çözüm yollarıyla çözülmesi esastır. Taraflar aralarında BM Şartı'nda da öngörölen bir uyuşmazlık çözümü yöntemi belirleyebilirler. Eğer bu yolla çözüm

25 Abdulkadir Gülçür, *Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin Yapısı ve Yargı Yetkisi* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 29.

26 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, md. 287/1, Kuran ve diğerleri (n 15) 447.

27 Gülçür (n 25) 29-30.

28 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, md. 297-298, Kuran ve diğerleri (n 15) 451-453.

mümkün olmazsa, BMDHS'de öngörülen çözüm yöntemlerinden birine taraflardan birinin tek taraflı başvurusuyla gidilebilir. Burada zorunlu yargı yetkisi öngörülmektedir. Gidilecek yargı veya tahkim organı tarafların önseçimine göre değişebilir. Eğer her iki taraf da bir çözüm yöntemi belirlememişse Ek VII uyarınca oluşturulacak tahkim mahkemesine gidilir. Ancak tüm bu olasılıklar, tarafların sınırlandırmaya ilişkin meseleleri Sözleşme kapsamındaki çözüm yöntemleri bakımından istisna olarak bildirmemiş olmaları şartına bağlıdır. Tabidir ki, bildirimde bulunan devletin bu bildirimini geri alabilmesi veya almamış olsa bile, böyle bir bildirimde bulunmamış bir devlete karşı bu istisna kapsamında yer alan bir uyuşmazlığı Sözleşme kapsamındaki uyuşmazlık çözümü mercilerine havale etmesi mümkündür.

B. DENİZ ALANLARININ SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN MESELELER BAKIMINDAN ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN YARGI YETKİSİ

Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisi tarafların rızaları üzerinde temellenmektedir. Divan, sadece rızası olan devletler üzerinde yargı yetkisi icra edebilir ve aynı şekilde, yargılamaya taraf olmayan üçüncü devletlere ilişkin hukuki meselelere dair kararlar veremez. Bu ilkelerin bir sonucu olarak, Divan, aslında rızası bulunmayan üçüncü bir devlet aleyhine dava açmış olan devletlerin aralarındaki davaya bakmayacaktır. Doktrinde Monetary Gold²⁹ ilkesi olarak adlandırılan bu kurala ilgili davada özel olarak vurgu yapılmış ve üçüncü bir devletin hukuki menfaatlerinin esaslı bir unsur teşkil ettiği davalarda, Divan'ın bu devletin yokluğunda davaya bakamayacağı ifade edilmiştir.³⁰

Aşağıda açıklanacağı üzere, rızanın belirli bir şekilde olması gerekliliği bulunmamaktadır ve hatta bazı durumlarda Divan, tarafların davranışlarından bu tür bir rızanın varlığı sonucunu çıkarmaktadır. Ancak her durumda rızanın kesin bir biçimde var olması gerekir. Rıza varsayılamaz. Duruma göre rızanın varlığı çıkarıma dayansa da Divan'ın, Korfu Boğazı davasında ifade ettiği üzere, bu şekilde varsayılan bir rızanın “gönüllü ve tartışılmaz” olarak görünür olması gereklidir.³¹

Konu bakımından yetki bakımından, uzmanlaşmış mahkemelerden farklı olarak Divan, tarafların kendisine sunacağı herhangi bir meseleye bakmak konusunda yetki sahibidir.³² Dolayısıyla Uluslararası Adalet Divanı, deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin davalara da bakabilir. Divan tarafından görülen bu tür davalara örnek olarak 1951 tarihli İngiliz-Norveç Balıkçılık Davası, 1969 tarihli Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, 1982 tarihli Tunus-Libya Kıta Sahanlığı Davası, 1984 tarihli Maine Körfezi'nde deniz alanlarının belirlenmesi Davası ve 2009 tarihli Romanya ve Ukrayna arasında Karadeniz'de deniz alanlarının sınırlandırılması Davası örnek olarak verilebilir.

Devletlerin, Divan'ın yargı yetkisini tanımaları veya buna dair rıza göstermeleri ise farklı yollarla olabilir.

29 İlgili dava için bkz. *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question)*, Judgment (ICJ Reports 1954).

30 Malcolm Shaw, *International Law* (8th, Cambridge University Press 2017) 816-818.

31 Ibid 817-818.

32 Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, md. 36/1, Kuran ve diğerleri (n 15) 36.

– Taraflar aralarındaki uyuşmazlıkla ilgili bir tahkimname (*special agreement; compromis*) düzenleyebilir ve konuyu Divan'a havale edebilirler. Uyuşmazlıkların Divan önüne taşınması bakımından en sık uygulanan yöntem tahkimname düzenlenmesi yoludur. Bu sayede taşınan uyuşmazlığın ve Divan'ın yargı yetkisinin de sınırları belirlenmiş olur.³³ Bahse konu sınırlandırmaya ilişkin uyuşmazlıklar bakımından da bu hususa dair önemli bir örnek Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davaları'nda Divan'ın yetkilendirildiği tahkimnamede ortaya konulmuştur. Almanya-Hollanda ve Almanya-Danimarka arasındaki bu davalarda Divan'dan doğrudan sınırlandırmayı belirlememesi, bunun yerine Kuzey Denizi'nde yapılması planlanan kıta sahanlığı sınırlandırmasında uygulanacak uluslararası hukuk kurallarını ve ilkelerini belirlemesi istenmiştir. Taraflar, bu ilke ve kurallara göre sınırlandırmayı kendilerinin belirleyecekleri konusunda anlaşmışlardır. Yine aynı şekilde, usul hukukuna ilişkin olarak, yazışma ve duruşmaların sıralaması bakımından Almanya davacı olarak gösterilmiş ancak bu durumun ispat yükümlülüğü hususuna halel getirmeyeceği ifade edilmiştir. Tüm bunların yanında, ayrı iki tahkimname hazırlanmış olmasına rağmen Divan'dan davaları birleştirmesi istenmiştir ve Divan bu iki davayı tek bir dava olarak birlikte ele almıştır.³⁴

– Devletlerin yaptıkları bazı andlaşmaların, andlaşmaya dair uyuşmazlıklarda Divan'ın yetkili olacağına dair bir hüküm içermesi durumunda da Divan'ın yargı yetkisi tesis edilmiş kabul edilmektedir. Bu tür düzenlemeler yetki sözleşmesi veya yetki kaydı olarak bilinmektedir. Yukarıda açıklanan BMDHS, Divan'a seçimlik yetki vermesi bakımından buna dair bir örnek olarak verilebilir. Yine 1928 tarihli Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Genel Senet de bu niteliktedir.³⁵

– Divan'ın yargı yetkisinin tesis edilmesine dair diğer bir yöntem ise, tek taraflı bildiri yöntemidir. İhtiyari kayıt olarak adlandırılan bu yöntem, Divan Statüsü'nün 36/2 maddesinde düzenlenmiştir. İlgili paragraf şu şekildedir: “2 – İş bu Statü'ye taraf olan devletler, herhangi bir zaman, aynı vebibeyi kabul eden herhangi bir devlete karşı, konusu aşağıda gösterilmiş olan hukuki mahiyetteki uyuşmazlıkların hepsi hususunda Divan'ın yargı yetkisini bihakkın (*ipso facto*) ve özel anlaşma (*special agreement*) olmaksızın, zorunlu olarak tanıdıklarını beyan edebilirler: a) bir andlaşmanın yorumlanması; b) Devletlerarası hukuka dair her husus; c) gerçekleşmesi halinde devletlerarası bir taahhüdün ihlalini teşkil edebilecek her olayın gerçekliği; d) uluslararası yükümlülüğün ihlalinin gerektirdiği tazminatın mahiyeti ve kapsamı.”

Türkiye 12 Mayıs 1947 tarih ve 5047 sayılı kanunla Divan'ın zorunlu yargı yetkisini 5 yıllık süre için ve belli çekincelerle kabul etmiştir. Bu beş yıllık sürenin dolmasından sonra, yine 4 ayrı dönem 5'er yıllık süreler ve aynı çekincelerle süre uzatılmıştır. Divan'ın zorunlu yargı yetkisinin tanınmasına dair en son beyanın süresi 23 Mayıs 1972 tarihinde dolmuş ve bu tarihten sonra, Türkiye zorunlu yargı yetkisinin tanınmasına dair herhangi bir beyanda bulunmamış ve bu durum günümüze kadar da devam etmiştir.³⁶

33 Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II* (3. Baskı, Seçkin 2015) 268-269; Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (8. Baskı, Beta 2014) 196.

34 Günther Jaenicke, 'North Sea Continental Shelf Cases' in Rudolf Bernhardt (ed) *2 Encyclopedia of Public International Law* (North Holland, Elsevier 1981) 206.

35 Aksar (n 33) 269-270; Sur (n 33) 196.

36 Aksar (n 33) 270-273; Sur (n 33) 196.

– Son olarak Divan'ın yargı yetkisinin tanınması, *forum prorogatum* olarak adlandırılan, bir anlamda davanın taraflarından biri bakımından yargı yetkisinin dolaylı olarak tesis edilmesidir. Divan önüne, Divan'ın zorunlu yargı yetkisini daha önce tanımamış olan bir devlet aleyhine bir dava getirildiğinde, bu devletin davranışlarından Divan'ın yargı yetkisinin doğması mümkündür. Yukarıda ifade edildiği üzere, rızanın her durumda açık bir şekilde anlaşılması gerekir. Korfu Boğazı davasında olduğu gibi, verilen cevapta yargı yetkisinin kabul edildiği bildirilebileceği gibi, Divan önünde davaya ilişkin prosedürlere katılma veya Divan'ın yetkisizliğinin ileri sürülmemesi gibi durumlarda *forum prorogatum* yoluyla Divan'ın yetkilendirilmesi mümkündür.³⁷

Çalışmanın konusu açısından da önemli olarak, Ege Denizi'ndeki kıta sahanlığı sınırlandırmasına dair uyuşmazlık, taraflar arasındaki görüşmelerin sonuçsuz kalması üzerine, tek taraflı olarak Yunanistan tarafından, 7 Ağustos 1976 tarihli bir dilekçeyle Divan'a sunulmuştur. Türkiye, Divan'a, davaya bakma konusunda yetkisinin olmadığını belirttiği bir dilekçeyi, diğer iddialarıyla birlikte 25 Ağustos 1976 tarihinde yollamıştır. Aynı şekilde yargılamanın hiçbir aşamasında da yer almamıştır. Türkiye, Yunanistan Divan'ın yargı yetkisine ilişkin öne sürdüğü 1928 tarihli Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne Dair Genel Senet'in yürürlükte olmadığını, olsaydı bile Yunanistan'ın ülke statüsüne ilişkin konular bakımından çekince koyduğunu ileri sürmüştür. Divan, bahsi geçen sözleşmenin geçerliliği konusunu ayrıca ele almamış ancak çekincenin yargı yetkisinin tesisine engel olduğu sonucuna ulaşmıştır. Sonuç olarak Divan, 19 Aralık 1978 tarihli kararında, Yunanistan'ın tek taraflı başvurusuyla önüne getirilen Ege Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda 2 olumsuz oya karşı 12 oyla yargı yetkisinin bulunmadığına hükmetmiştir.³⁸

Sonuç olarak, deniz alanlarının sınırlandırılması bakımından, BMDHS'ne taraf olmayan bir devlet bakımından ortaya çıkan uyuşmazlıklar açısından Divan'ın yargı yetkisi, ancak tarafların bu hususta rızalarının varlığı halinde söz konusu olacaktır. Hiçbir devlet, bu türden bir uyuşmazlığını, yukarıda belirtilen yargı yetkisinin kabulüne ilişkin yöntemlerden biri mevcut değilse, Divan'a götürmek veya karşı taraf böyle bir başvuruda bulunmuşsa davaya taraf olmak zorunda değildir.³⁹

III. KITA SAHANLIĞI SINIRLANDIRMASINA İLİŞKİN YARGI KARARLARI VE EGE DENİZİ BAKIMINDAN OLASI SONUÇLAR

A. KITA SAHANLIĞI SINIRLANDIRMASINDA İÇTİHAT HUKUKUNUN GELİŞİMİ⁴⁰

1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde kıyıları karşı karşıya veya bitişik olan devletler arasında kıta sahanlığı (münhasır ekonomik bölge sınırlandırması bakımından da aynı

37 Aksar (n 33) 273-275; Sur (n 33) 196-197.

38 Oellers-Frahm (n 7) 5-7; Aksar (n 33) 275.

39 Hakkı Hakan Erkiner, Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Aracılığıyla Uygulanması' 2017 23(2) MÜHF-HAD 89.

40 Bkz. Kuran (n 4) 233-239; Toluner (n 2) 202-247; Pazarcı (n 5) 371-374; Yücel Acer, 'Ege Kıta Sahanlığı Sorunu ve Uluslararası Yargı Kararları' iç Aslan Gündüz ve Hüseyin Öztürk (edr) *Ege Kıta Sahanlığı ve İlişkili Sorunlar Sempozyumu Bildiriler Kitabı* (Türk Deniz Araştırmaları Vakfı 2002) 60-80; Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea* (Cambridge University Press 2012) 192-198; Yoshifumi Tanaka, *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime*

kurallar geçerlidir) sınırlandırmasına ilişkin getirilen düzenleme, Divan uygulamaları ışığında ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan, söz konusu maddenin yorumlanması ve uygulanmasında Divan'ın ve ilgili diğer mahkemelerin kararları ışığında yorumlanması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, deniz alanlarının sınırlandırılması, büyük oranda içtihatlarla şekillendirilmiş bir alandır. Aşağıda ayrıntıları ile ifade edileceği üzere bu kararlarda ortaya çıkan genel eğilim, hakça ilkeler başlığı altında hakkaniyete önem veren, eşit uzaklık ve orta hat ilkelerinin, hakkaniyete uygun bir sonuç verdiği durumlarda uygulandığı, adaların statüsünün anakaralardan farklı olarak ayrıca değerlendirildiği bir görünüm arz etmektedir.⁴¹

Kıta sahanlığı sınırlandırmasına ilişkin içtihat hukukunu 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları⁴² ile başlatmak mümkündür. Yukarıda da ifade edildiği üzere, 1958 Sözleşmesi, kıyıları karşılıklı veya bitişik olan devletler açısından kıta sahanlığı sınırlandırmasının öncelikle anlaşma yoluyla olmasını; anlaşmanın olmadığı ve özel şartların haklı kılmadığı durumlarda ise ortay hat metoduyla sınırlandırmanın belirlenmesini öngörmektedir. Tarafların talebine uygun olarak sonradan tek bir dava olarak birleştirilen Almanya-Hollanda ve Almanya-Danimarka arasındaki bu uyuşmazlıklar, Kuzey Denizi'nde yapılacak kıta sahanlığı sınırlandırmasında uygulanacak ilkelerin ne olduğunun Divan tarafından belirlenmesi talebiyle yargı organı önüne getirilmiştir. Federal Almanya Cumhuriyeti, 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'ne taraf değildi. Bu bakımdan eşit uzaklık ilkesinin kendisi açısından bağlayıcı olmadığını ileri sürmekteydi. Danimarka ve Hollanda ise, tüm sınır çizgilerinin eşit uzaklık ilkesine göre belirlenmesi gerektiğini iddia etmekteydi; davanın bu taraflarına göre eşit uzaklık ilkesi ve bu ilkenin düzenlendiği 1958 Sözleşmesi'nin 6. maddesi teamül kuralı niteliği kazanmıştı. Almanya, içbükey (konkav) sahil şeridinden dolayı, bu metodun hakkaniyetli olmadığını düşünmekteydi zira eşit uzaklık yöntemiyle Almanya'nın kıta sahanlığı alanı daralmaktaydı.⁴³

Divan, eşit uzaklık ilkesinin, Danimarka ve Hollanda'nın iddialarının aksine, henüz bir teamül kuralı niteliği kazanmadığına, dolayısıyla Almanya bakımından bağlayıcı olmadığına karar vermiştir.⁴⁴ Divan'a göre her durumda uygulanabilecek sabit bir sınırlandırma metodu bulunmamaktadır. Sınırlandırma yapılırken öncelikli amaç hakça çözüme ulaşılmasıdır.⁴⁵ Divan'ın bu davada kıta sahanlığının kara ülkesinin deniz tabanına doğru uzaması anlamında doğal uzantısı olması hususuna ayrıca vurgu yaptığı da belirtilmelidir.

Delimitation (Hart Publishing 2006); Lucius Caflisch, 'Maritime Boundaries, Delimitation' in Rudolf Bernhardt (ed.), 11 *Encyclopedia of Public International Law* (North Holland, Elsevier 1989) 212-219; Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, (çev.) İbrahim Kaya ve diğerleri, (8th Ed., Türkiye Bilimler Akademisi 2018) 420-430; Louis B. Sohn, *Cases and Materials on the Law of the Sea* (2nd, Brill Nijhoff 2014) 269-342; *United Nations Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries* (United Nations Publications 2002); James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th, Oxford University Press 2012) 281-293; Malcolm D. Evans, 'The Law of the Sea' in Malcolm D. Evans (ed), *International Law* (Oxford University Press 2003) 647-650.

41 Toluner (n 2) 227-228.

42 *North Sea Continental Shelf Cases*, Judgment (ICJ Reports 1969).

43 Jaenicke (n 34) 205-206.

44 *North Sea Continental Shelf* (n 42) 38.

45 *North Sea Continental Shelf* (n 42) 53; Ayrıca bkz. Mehmet Emin Büyük, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 286 vd.

1977-78 yıllarında Tahkim Mahkemesi'nce verilen İngiltere-Fransa Kıta Sahanlığı Davası'na⁴⁶ ilişkin kararlarda ise, Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'ndan farklı bir düşünce üzerinden benzer bir sonuca ulaşılmıştır. Bu davanın tarafı olan devletler, aynı zamanda 1958 Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'ne de taraftırlar. Divan tarafından verilen karardan farklı olarak, Tahkim Mahkemesi, 1958 Sözleşmesi'nde ifade bulan "eşit uzaklık – özel durumlar" kuralının birlikte uygulanmasını, hakça ilkeler teamül hukuku kuralıyla eşitlemiştir.⁴⁷ Buna göre, 1958 Sözleşmesi'ndeki "6. maddenin, *birleşik eşit uzaklık-özel koşullar kuralı olan genel geçer bir kural içerdiği ve bu kuralın uygulamada anlaşmaya varılamamasının devletler arasındaki aynı kıta sahanlığına bitişik sınırın hakça ilkelere uygun biçimde belirlenmesi gerektiğine ilişkin genel norma belirli bir anlam kattığı sonucuna varılmıştır.*"⁴⁸

Böylece Tahkim Mahkemesi, mevcut vakada herhangi bir özel durumun varlığı söz konusu olsa dahi eşit uzaklık metodunu bir başlangıç noktası olarak ele almıştır. Bu yöntemle Mahkeme, hakça ilkeler bir düzeltici unsur olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla iki aşamalı bir sınırlandırma metodunun ortaya çıktığı söylenebilir: ilk aşamada eşit uzaklık yöntemiyle bir ortay hat çizilecek, daha sonra ise özel durumlara göre bu hat üzerinde gerekli değişiklikler yapılarak sınırlandırma hakça bir çözüme kavuşturulacaktır.⁴⁹ Sonuç olarak, yeniden ifade edilecek olursa, Tahkim Mahkemesi'ne göre 1958 Sözleşmesi'nde de teamül hukukuna uygun olarak, kıta sahanlığı sınırlandırmasının hakça ilkelere göre yapılması öngörülmektedir.

1982 yılında Uluslararası Adalet Divanı tarafından verilen Tunus-Libya Kıta Sahanlığı Davası'na⁵⁰ ilişkin kararda da Divan'ın hakça ilkelere göre sınırlandırma içtihadını sürdürdüğü görülmektedir. Bu davanın tarafları olan devletler 1958 Sözleşmesi'ne taraf değillerdir. Uyuşmazlığın Divan'a sunulmasına ilişkin tahkimnamede, Divan'dan, Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı'ndaki eğilimlere ve "hakça ilkeler" ve bölgeyle "ilgili durumlar"a göre karar vermesi istenmiştir. Divan'ın sınırlandırma bakımından hakkaniyetin yerine getirilmesine özel bir vurgu yaptığı görülmektedir. Diğer yandan, doğal uzantı kriterinin belli bir önemi bulunsa da, hakkaniyetin gerçekleştirilmesinin yanında görece arka plana düştüğü ifade edilmiştir. Kaldı ki, sınırlandırmayla ilgili bölgenin tek bir kıta sahanlığı teşkil etmekte olup, doğal uzantı ilkesinden yola çıkılarak belirlenecek bir sınırlandırma kriteri dava bakımından hakkaniyetli çözüme ulaştırmayacaktır.⁵¹

12 Ekim 1984 tarihinde Uluslararası Adalet Divanı Basit Yargılama Dairesi tarafından karara bağlanan Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada arasındaki Maine Körfezi bölgesindeki kıta sahanlığı ve balıkçılık bölgelerinin tek bir sınır olarak belirlenmesi için açılan davada⁵² yargı merci,

46 *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (UK, France), 30 June 1977 – 14 March 1978*, XVIII Reports of International Arbitral Awards (United Nations 2006) 3-413.

47 Tanaka, Law of the Sea (n 40) 242.

48 Shaw, Uluslararası Hukuk (n 40) 422.

49 Tanaka, Law of the Sea (n 40) 242.

50 *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment (ICJ Reports 1982).

51 Kuran (n 4) 236; Tanaka, Law of the Sea (n 40) 243.

52 *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, ICJ Reports, 1984.

tüm sınırlandırma uyuşmazlıklarına uygulanacak birtakım kurallar belirlemiştir. Bunlardan ilki, sınırlandırmanın öncelikle taraflar arasında iyi niyet çerçevesinde yapılacak anlaşmayla yapılmasıdır. Dolayısıyla sınırlandırma, kıyıları karşılıklı veya bitişik olan devletler bakımından, tek taraflı olarak yapılamaz. İkinci olarak da, “*her durumda, hakça kriterlerin uygulanması ile ve bölgenin coğrafi şekli ve diğer ilgili durumlara ilişkin olarak hakça bir sonuç ortaya çıkmasını mümkün kılacak pratik yöntemlerin kullanımı yoluyla ortaya konulmalıdır.*”⁵³ Divan Dairesi’nin hakça ilkelere göre yapılması istenen sınırlandırma açısından davadan davaya geçebilecek “hakça kriterler” ve “pratik yöntemler” gibi kavramlara gönderme yaptığı görülmektedir.⁵⁴

Uluslararası Adalet Divanı tarafından kıyıları karşılıklı olan Libya ve Malta devletleri arasındaki kıta sahanlığı sınırlandırması uyuşmazlığında⁵⁵ da 1958 Sözleşmesi’ne Libya’nın taraf olmaması nedeniyle davayı teamül hukukuna göre çözüme kavuşturduğu görülmektedir. Divan’a göre doğal uzantı gibi coğrafi kriterler tek belirleyici unsur olmadığı gibi, eşit uzaklık da sınırlandırmada kullanılacak tek yöntem değildir. Dolayısıyla hakça ilkelerin de dikkate alınması gereklidir. “*Kararda, bu hakça ilkelerin neler olabileceğine dair birtakım örnekler sayılmıştır. Buna göre, bir tarafın diğerine ait alanları ihlal etmemesi, ilgili tüm durumların göz önünde bulundurulması, eşitliğin mutlak anlamda hakkaniyetli sonuca ulaştırılamayabileceği gibi ilkeler ilgili durumlar ışığında göz önünde bulundurulmalıdır. Divan, bu hususlar doğrultusunda, kıyı şeritlerinin özellikleri, aralarındaki uzaklık ve uzunluklarını dikkate almış ve tarafların kıyı şeritlerinin uzunluğuyla kıta sahanlıkları arasında bir orantısızlığın ortaya çıkmasından özellikle kaçınmıştır.*”⁵⁶

Tahkim Mahkemeleri tarafından verilen 1985 tarihli Gine/Gine-Bissau Tahkimi’nde⁵⁷ ve 1992 tarihli St. Pierre ve Miquelon Tahkimi’nde⁵⁸ de bu döneme kadar olan hakça ilkeler temelli yaklaşımın aynı şekilde kabul edildiği görülmektedir. Özellikle de, aşağıda da değinileceği üzere, 1985 tarihli tahkim kararında, kıyı önünde bulunan çok sayıda adanın varlığı sebebiyle eşit uzaklık ilkesinin öncelikli uygulama alanı bulamayacağı ifade edilmiştir. İlgili mahkemeye göre sınırlandırma işleminin amacı, vakaya ilişkin koşullar bağlamında hakça çözüme ulaşılmasıdır. Davanın çözümlenmesinde de doğal uzantı ve ekonomik faktörlere sıklıkla atıf yapılmıştır.⁵⁹

1993 tarihli Jan Mayen/Grönland Davası’yla birlikte Divan, sınırlandırmada uygulanan yöntem bakımından değişikliğe gitmiştir. Bu döneme kadar uygulanan yöntem hakça sonuçların ortaya çıkarılmasına yönelik daha esnek ve her bir vaka açısından yeniden oluşturulan sınırlandırma işlemlerini içerirken, bu dönemle birlikte hakça ilkeler ve eşit uzaklık prensibinin birlikte uygulandığı ve hakkaniyetin uygulanan yöntem üzerinde düzeltici işlem olarak etki gösterdiği bir yöntemin

53 Gulf of Maine Case, s. 300.

54 Tanaka, Law of the Sea (n 4) 244; Kuran (n 4) 237.

55 *Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment (ICJ Reports 1984).

56 Kuran (n 4) 237.

57 *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, 14 Février 1985, XIX Recueil Des Sentences Arbitrales (Nations Unies 2006) 149-196.

58 *Delimitation of Maritime Areas Between Canada and France*, 10 June 1992, XXI Reports of International Arbitral Awards (United Nations 2006) 265-341.

59 Shaw, Uluslararası Hukuk (n 40) 424; ayrıca bkz. 425.

uygulandığı görülmektedir. Aşağıda ifade edileceği üzere, üçüncü bir aşama olarak, 2009 yılındaki Karadeniz’de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası’yla birlikte üç aşamalı bir sınırlandırma işlemine geçildiği görülecektir.⁶⁰

Danimarka ve Norveç arasındaki Jan Mayen Davası’nda⁶¹ balıkçılık alanları ve kıta sahanlığı sınırlandırmasına ilişkin talepler söz konusudur. Her iki devlet de 1958 Kıta Sahanlığı Sözleşmesi’nin taraflarıdır. Tek bir deniz alanı sınırlandırması talebi söz konusu olmadığından her bir deniz alanı ayrı ayrı incelenmiştir. Öncelikle kıta sahanlığı bakımından, 1977 tarihli İngiltere-Fransa Kıta Sahanlığı Davası’na da atıfla, 1958 Sözleşmesi ve teamül hukukuna uygun olarak önce geçici bir ortay hattın çizilmesi, sonra da bu hattın değiştirilmesini gerektirecek “özel durumlar”ın var olup olmadığının inceleneceği ifade edilmiştir. Balıkçılık alanlarına uygulanacak hukuk bakımından, tarafların da rızasıyla münhasır ekonomik bölgeye ilişkin kurallar göz önünde bulundurulmuştur. Daha sonra da, kıta sahanlığı sınırlandırmasına ilişkin kurullarla balıkçılık alanlarına ilişkin kurullar teamül hukuku seviyesinde bir araya getirilmiştir. Bu bağlamda hem kıta sahanlığı için hem de balıkçılık alanları için öncelikle bir ortay hat çizilmesi ile sınırlandırma işlemi başlatılacaktır. Böylece içtihadın yönü düzeltici hakkaniyet yaklaşımına doğru değişmiştir. Bu yaklaşım bakımından eşit uzaklık ilkesinin hakça ilkeler kapsamında teamül hukuku içerisine alındığı ifade edilmelidir.⁶² Bu kararda Divan Dairesi’nin kıyı uzunlukları arasında karşılaştırma yaptığını ve Grönland’ın Jan Mayen’den dokuz kattan daha fazla kıyı uzunluğuna sahip olduğunu tespit ettiğini, aradaki bu farkın sınırlandırmada hesap edildiğini belirtmek gerekir.⁶³

Jan Mayen Davası sonrası bir dizi kararda Divan’ın ve birtakım tahkim mahkemelerinin bu yeni yöntemi uygulama konusu ettiği görülmektedir. 1999 tarihindeki Eritre/Yemen Tahkimi’nde⁶⁴ Daimî Tahkim Mahkemesi’nin, 2001 tarihli Katar/Bahreyn⁶⁵ ve 2002 tarihli Nijerya/Kamerun⁶⁶ davalarında da Uluslararası Adalet Divanı’nın düzeltici hakkaniyet yöntemiyle sınırlandırmayı belirledikleri görülmektedir. Eritre ve Yemen arasındaki davada, Tahkim Mahkemesi’nin adaları ileri sürerek daha fazla deniz alanı talep eden Yemen’in taleplerini kabul etmediğini; eşit uzaklık çizgisinin belirlenmesinde ise kıyılara yakın bazı adalara ağırlık verirken, birtakım adaları ise dikkate almadığını ayrıca belirtmek gerekir.⁶⁷ 1982 Sözleşmesi’nde münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmalarını düzenleyen 74 ve 83. maddelerde sınırlandırmaya ilişkin yöntemin somut olarak düzenlenmediği düşünüldüğünde, Divan’ın yargı faaliyetinin yaratıcı yorumlama

60 Tanaka, bahsi geçen sınırlandırmaya ilişkin dönemseller üç yaklaşıma dair geniş bilgiler vermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tanaka, *Law of the Sea* (n 40) 242-250.

61 *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Judgment (ICJ Reports 1993).

62 Tanaka, *Law of the Sea* (n 40) 244-245.

63 Shaw, *Uluslararası Hukuk* (n 40) 426.

64 *Eritrea/Yemen – Sovereignty and Maritime Delimitation in the Red Sea (Second Phase)*, *Permanent Court of Arbitration*, (17 December 1999), XXII Reports of International Arbitral Awards (United Nations 2006) 335-410.

65 *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Judgment, (ICJ Reports 2001).

66 *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Judgment (ICJ Reports 2002).

67 Gökdemir-Işık (n 13) 120-121.

faaliyeti teşkil ettiği ifade edilebilir.⁶⁸ 2006 tarihli Barbados/Trinidad ve Tobago arasındaki tahkim davasında⁶⁹ ve yine 2007 tarihli Guyana/Surinam Tahkimi'nde⁷⁰ de tahkim organlarının Divan'ın belirlediği sınırlandırma metodunu uygulama konusu ettikleri görülmektedir. Öte yandan Uluslararası Adalet Divanı tarafından karara bağlanan 2007 tarihli Nikaragua/Honduras arasında deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin davada⁷¹ ise Divan'ın, sınırlandırmanın ilk aşamasında eşit uzaklık yoluyla orta hat çizilmesinin zorunlu olmadığını ifade ettiği görülmektedir. Divan, bu davada açığortay yöntemiyle tek bir sınır çizgisi belirlemiştir. Ancak yine de, eşit uzaklık metodunun genel kural olarak geçerliliğini koruduğunu özellikle ifade etmiştir. Hatta uyuşmazlık konusu deniz alanındaki adaların çevresindeki sınırlandırmalarda düzeltici hakkaniyet metoduyla sonuca ulaşmıştır. Bu bakımdan önceki içtihadından ayrılmasının kısmi olduğu söylenebilir.⁷²

16 Eylül 2004 tarihinde Romanya'nın, "Karadeniz'de iki devlet arasında tek bir deniz alanı sınırlandırmasının tesis edilmesi ve böylelikle taraflara ait kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge alanlarının sınırlandırılması" talebiyle Ukrayna aleyhine açtığı dava üzerine Uluslararası Adalet Divanı, 2009 tarihli Karadeniz'de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası⁷³ kararını açıklamıştır. Divan, bu davada kendisine getirilen deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin uyuşmazlıklarda belli aşamalar üzerinden ilerlediğini ifade etmiştir. Buna göre ilk önce geçici eşit uzaklık çizgisi çizilecektir. Sonraki ikinci aşamada hakça bir sonucun elde edilebilmesi için geçici eşit uzaklık çizgisinin düzenlenmesi veya değiştirilmesini gerektiren etkenlerin var olup olmadığını değerlendirecektir. İlgili dava bakımından bunlar (1) kıyı uzunlukları arasındaki olası orantısızlık; (2) Karadeniz'in kapalı yapısı ve bölgede halihazırda yapılmış olan sınırlandırmalar; (3) sınırlandırmaya konu bölgedeki Yılan Adası'nın varlığı; (4) tarafların faaliyetleri (petrol ve doğalgaz imtiyazları, balıkçılık faaliyetleri ve deniz devriyeleri); (5) taraflardan herhangi birinin kıta sahanlığı veya münhasır ekonomik bölge üzerindeki haklarına dair olası bir kısıtlama; ve (6) tarafların belirli güvenlik kaygıları.

Son olarak ve üçüncü aşamada ise Divan, çizginin (ilgili durumlar göz önünde bulundurularak ayarlanmış veya ayarlanmamış olabilecek bir geçici eşit uzaklık çizgisi), her bir devletin kıyı uzunlukları oranı ile bu sınırlandırma çizgisinin mevcut haliyle her bir devletin sahip olduğu ilgili deniz alanları oranı arasında belirgin bir orantısızlık nedeniyle hakça olmayan bir sonucu ortaya çıkarıp çıkarmadığı konusunu inceleyecektir. Hakça bir sonuç için son bir kontrol, kıyı uzunluklarının oranına kıyasla deniz alanları arasında büyük bir orantısızlığın belirgin olmadığına dair bir teyit gerektirmektedir.⁷⁴

68 Tanaka, Law of the Sea (n 40) 245-246.

69 *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them, decision of 11 April 2006*, XXVII Reports of International Arbitral Awards (United Nations 2008) 147-251.

70 *Award in the arbitration regarding the delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname, 17 September 2007*, XXX Reports of International Arbitral Awards (United Nations 2012) 1-144.

71 *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea*, Judgment (ICJ Reports 2007).

72 Tanaka, Law of the Sea (n 40) 246.

73 *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment (ICJ Reports 2009).

74 *Maritime Delimitation in the Black Sea*, para. 115-122.

Böylece Divan'ın içtihadında yeni bir aşamaya geçtiği söylenebilir. Divan, açık bir şekilde üç aşamalı bir sınırlandırma yöntemini formüle etmiştir. Önceki içtihatlarından farklı olarak, burada orantısızlık testi özel olarak ayrı bir aşama olarak ele alınmıştır.

Karadeniz'de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası'nın bu çalışma bakımından ayrı bir önemi de, dava bakımından önemli olan Yılan Adası'na kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge hakkının tanınıp tanınmadığı konusudur. Bu hususta Divan'ın değerlendirmeleri şu şekildedir:

“Yılan Adası'nun durumunun, eşit uzaklık çizgisinin tespit edilmesinde hususi bir incelemeye konu edilmesi gerekmektedir. Esas hat noktalarının seçimiyle bağlantılı olarak Divan, kıyı adalarının, özellikle de kıyının bir adalar saçağı kümesinden oluştuğu durumlarda, bir devletin kıyısının bir parçası olarak kabul edildiği durumlar olduğunu gözlemlemektedir. Nitekim bir deniz alanlarının sınırlandırılması tahkiminde, uluslararası bir mahkeme, esas hat noktalarını taraflardan birinin kıyı şeridinin bir parçası olarak düşünülen birtakım saçak adaların en düşük cezir çizgileri üzerine yerleştirmiştir (Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage of the Proceedings between Eritrea and Yemen (Maritime Delimitation), 17 December 1999, RIAA, Vol. XXII, pp. 367-368, paras. 139-146). Bununla birlikte, Yılan Adası, izole bir şekilde ve anakaradan 20 deniz mili kadar uzakta, Ukrayna'nın “kıyısı”nı oluşturan saçak adalar kümesinden bir ada olarak kabul edilemez.

Yılan Adası'nı kıyının bağlantılı bir parçası olarak kabul etmek, Ukrayna'nın kıyı şeridine yabancı bir unsurun eklenmesi anlamına gelecektir; bunun anlamı coğrafyanın hukuk yoluyla yeniden şekillendirilmesidir, ki ne hukuk ne de deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin uygulama böyle bir yetkiyi tanımaktadır. Dolayısıyla Divan, Yılan Adası'nın Ukrayna kıyı düzeninin bir parçasını oluşturamayacağı kanaatindedir (karşılaştırmak için bkz. Filfla kayalığının durumu: Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 13).

Bu nedenle Divan, Romanya ve Ukrayna kıyıları arasında geçici eşit uzaklık çizgisinin tespit edilmesinde Yılan Adası'ndaki herhangi bir esas hat noktasını seçmenin uygun olmadığını görüşündedir.”⁷⁵

Divan'ın üç aşamalı sınırlandırma metodu yaklaşımının daha sonraki Uluslararası Adalet Divanı, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ve Ek VII Tahkim Mahkemeleri tarafından da kabul edildiği görülmektedir.⁷⁶

75 Maritime Delimitation in the Black Sea, para. 149. Adalar saçağı ve böyle bir coğrafyada esas hattın belirlenmesinde temel alınacak ilkeler ve Ege Denizi deniz alanları sınırlandırması bakımından değerlendirmesi için ayrıca bkz. Deniz Tekin Apaydın, Tekin-Apaydın D, 'Düz Esas Hatların Belirlenmesinde Adaların Rolü: Adalar Saçağı Bilmeces'i' (2019) 25(2) MÜHF-HAD 565-589. Referans verilen çalışmada yazar Kuzey Denizi gibi birtakım örneklerde var olanın aksine Ege Denizi'nde adaları da içine alan bir düz esas hat sınırlandırmasının uluslararası hukuk ilkelerine uygun olmayacağına kanaatine ulaşmıştır – ki bu çalışmanın yazarları da aynı görüşü paylaşmaktadır.

76 Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı tarafından verilen 2012 tarihli Nikaragua/Kolombiya Kara ve Deniz Alanları

Verilen kararların bütününe ilişkin bir değerlendirme yapılacak olursa, Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı ile başlayan süreçte 1958 Sözleşmesi'nin görünürdeki eşit uzaklığı önceleyen katı sınırlandırma sistemi başlangıçtan itibaren kabul görmemiştir. Öte yandan 1977-78 tarihli İngiltere-Fransa Kıta Sahanlığı Tahkimi'yle birlikte, 1958 Sözleşmesi de hakkaniyeti – veya hakça ilkeleri – içeren bir yorumla uygulanmaya başlanmıştır denilebilir. Jan Mayen Davası'na kadar hakça çözüm amaçlı sonuç odaklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu sayede ilgili yargı organları için daha esnek bir karar verme süreci ortaya çıkmıştır ancak davayı bu yargı organları önüne taşıyan taraflar açısından ise kısmi bir öngörülemezlik durumu söz konusudur. Uluslararası Adalet Divanı, Jan Mayen kararıyla birlikte sınırlandırma sürecinde izlenecek aşamaları ortaya koymuş; hakkaniyet ise eşit uzaklığın ortaya çıkaracağı adaletsiz durumlar açısından bir düzeltici işleve kavuşmuştur. Böylece verilecek karar açısından öngörülebilirlik de artmıştır. Son olarak Karadeniz'de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası ile birlikte sınırlandırma faaliyeti üç aşamalı bir işlem olarak uygulanmış ve ilk aşamada geçici bir eşit uzaklık çizgisi çizilmiş; ikinci aşamada hakça ilkelere göre – somut bir takım durumlar dahilinde – bu çizgide değişiklik yapılması veya yapılmaması hususu incelenmiş; son olarak da ortaya çıkan sınırlandırma orantısızlık testine tabi tutulmuştur.

B. İÇTİHADİŞİĞİNDA ULUSLARARASI ADALET DİVANİ'NİN EGEDENİZİ UYUŞMAZLIĞINA İLİŞKİN KARARINA DAİR ÖNGÖRÜLER

1969 tarihli Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası ve 1977-78 tarihli İngiltere/Fransa Kıta Sahanlığı Tahkimi ile başlayan kıta sahanlığı sınırlandırmasına dair içtihadın Türkiye'nin tezleri lehine geliştiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu uyuşmazlıklardan ilkinde eşit uzaklık prensibinin teamül kuralı niteliği kazanmadığı hükme bağlanmış; ikincisinde ise 1958 Sözleşmesi'nin de aslında kıta sahanlığı sınırlandırmasında hakkaniyeti öncelediği görüşüne, eşit uzaklık-özel durumlar ilkeleri birlikte yorumlanarak ulaşılmıştır. Bu bakımdan, olası bir Ege Denizi üzerinde kıta sahanlığı veya kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırılması davasında hakça ilkelerin eşit uzaklık ilkesi lehine geri plana bırakıldığı bir karar çıkması olası görünmemektedir.

Doğal uzantı ilkesinin, özellikle de münhasır ekonomik bölge konseptinin devreye girmesiyle birlikte tek bir sınırlandırma çizgisi talep edilen vakalar açısından geri plana düştüğü ifade edilmelidir. Ancak yine de anakaralar ve adalar arasında, kıta sahanlığının anakaranın bir uzantısı olması dolayısıyla hakkaniyet gerektiren anakara lehine bir sınırlandırmanın talep edilmesi söz konusu olabilir. Bununla birlikte olası bir sınırlandırma kararında hakça ilkelere göre yapılacak düzenlemelerde doğal uzantıya ağırlık verilmesi zayıf bir ihtimal olarak görünmektedir.

Uyuşmazlığı Davası, 2014 tarihli Peru/Şili Deniz Alanları Uyuşmazlığı Davası, Karayip Denizi ve Büyük Okyanus'ta Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası kararları; Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi tarafından verilen 2012 tarihli Bengal Körfezi'nde Bangladeş ve Myanmar Arasındaki Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Uyuşmazlığı Davası kararı ve yine UDHM Özel Dairesi tarafından verilen 2017 tarihli Gana ve Fildişi Sahili Arasında Atlas Okyanusu'nda Deniz Alanlarının Sınırlandırılması davası kararı; Ek VII Tahkim organları tarafından verilen Bangladeş/Hindistan ve Hırvatistan/Slovenya deniz alanlarının sınırlandırılması uyuşmazlıklarına ilişkin kararlar. Tüm sınırlandırma davalarına ve ilgili mahkemeler ve bu mahkemelerin yaklaşımlarına ilişkin özet niteliğinde bir liste için bkz. Tanaka, Law of the Sea (n 40) 248.

Yukarıda açıklandığı üzere, Divan'ın 2009 tarihli Karadeniz sınırlandırma davasından itibaren kabul ettiği üç aşamalı sınırlandırma metodunun Ege Denizi bakımından da uygulanması olası görünmektedir. Buna göre önce geçici bir eşit uzaklık çizgisi çizilecek, sonra bu çizgi üzerinde hakça ilkelerin gerektirdiği değişiklikler yapılacak ve son aşamada kıyılar ve deniz alanları arasındaki orantısızlık değerlendirilecektir.

Burada en büyük sorun henüz ilk aşamada, eşit uzaklık çizgisinin hangi esas hatlardan itibaren çizileceği meselesinde ortaya çıkmaktadır. Divan'ın 2009 tarihli kararında Yılan Adası'nda herhangi bir noktayı eşit uzaklık çizgisinin çizilmesinde esas hat başlangıcı olarak kabul etmediği bilinmektedir. Ancak Ege Denizi'nde sorun daha karmaşıktır. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 121/3 hükmüne göre; *“İnsanların oturmasına elverişli olmayan veya kendilerine özgü ekonomik bir yaşamı bulunmayan kayalıkların münhasır ekonomik bölgeleri veya kıta sahanlıkları olmayacaktır.”*⁷⁷

Yılan Adası tamamen insan yaşantısından izole bir yer değildir. Dava tarihinde de 100 civarı insan bu ada üzerinde yaşamaktaydı. Ancak buna rağmen Divan, deniz alanlarının sınırlandırılmasında bu adayı dikkate almamış; böylece tarafların deniz alanları arasında ciddi bir orantısızlık meydana gelmesinin önüne geçmiştir.

Şüphesiz Divan'ın bu tespitleri Türkiye'nin tezleri lehinedir. Ancak ifade edildiği üzere Ege Denizi'nde durum daha karmaşıktır zira büyük bir kısmı Türkiye anakarasına yakın olan 3000'e yakın ada bulunmaktadır ve bunların içinde nüfusu otuz binlerden yüz binlere kadar çıkan Sisam, İstanköy, Sakız ve Midilli gibi görece büyük adalar yer almaktadır.

Sonuç olarak Divan'ın olası bir Ege Denizi Kıta Sahanlığı uyuşmazlığında üç aşamalı yöntemi uygulaması muhtemeldir ve çizilecek esas hatların nereden başlatılacağı esasen davanın muhtemel sonucunu da ortaya çıkaracaktır. Anakaralar yerine adalar ve Türkiye anakarası arasında çizilecek bir eşit uzaklık çizgisi ile Ege Denizi büyük oranda Yunanistan'ın kıta sahanlığı içerisinde kalacaktır.

Sınırlandırma hukukuna hâkim olan genel ilkeler şüphesiz Türkiye lehinedir. Öyle ki, sınırlandırmaya esas alınan esas hatlar en doğudaki Yunan adalarından başlatılsa dahi hakça ilkeler ve orantısızlık testi ile birlikte Türkiye lehine eşit uzaklık çizgisinin geriye çekilmesi muhtemel görünmektedir. Bunun da ötesinde, henüz ilk aşamada esas hatların belirlenmesinde nispi bir hakkaniyet kriterinin uygulanması da kaçınılmazdır. Ancak tüm bunlara rağmen sınırlandırmanın yapılmasında anlaşma yoluna gidilmesinin Türkiye'nin lehine olacağı ifade edilmelidir. Zira sınırlandırmaya ilişkin içtihat hukukunda son 25 yılda belirsizlik daha aza indirgenmiş olsa da çıkacak kararın ne olacağı – adalara esas hatların belirlenmesinde ne derece önem verileceği hususundan hareketle – açık bir şekilde görülememektedir.

77 Kuran ve diğerleri (n 15) 399.

IV. ULUSLARARASI ADALET DİVANI KARARLARININ UYGULANMASI

Ege Denizi Kıta Sahaneliği Sorununun Uluslararası Adalet Divanı'na götürülmesi tarafların rızasına bağılı bir konudur. Ancak yargısal yolla çözümün tercih edilmesi durumunda bu tercihin getireceğı birtakım sonuçların da farkında olunması gerekmektedir.⁷⁸ Birleşmiş Milletler üyesi olan her devlet taraf olduğu tüm uyuşmazlıklarda, Uluslararası Adalet Divanı kararına uymayı yükümlenir (UAD Statüsü madde 34/1). Bir uyuşmazlığın taraflarından biri, UAD'nın verdiği bir hükme göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmese, öbür taraf BM Güvenlik Konseyi'ne başvurabilir; Konsey de gerekli görürse, hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir ya da alınacak önlemleri kararlaştırabilir (BM Antlaşması madde 94/2). Divan durumun gerektirdiğine hükmederse, tarafların her birinin haklarını korumak için hangi geçici önlemlerin alınması gerektiğini belirleme yetkisine sahiptir (UAD Statüsü madde 41/1). Öngörülen bu önlemler, kesin karardan önce hemen taraflara ve Güvenlik Konseyi'ne bildirilir (UAD Statüsü madde41/2). Divan'ın kararı ancak uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen dava için bağılayıcıdır (UAD Statüsü madde 59). Hüküm kesindir ve buna karşı başvurma yolu yoktur (UAD Statüsü madde 60). Hükümün anlamı ya da kapsamı üzerinde uyuşmazlık çıkması durumunda, taraflardan herhangi birinin isteğı üzerine Divan hükmü yorumlar. Hükümün yenilenmesi isteğı ile Divan'a başvurulması ancak, kesin bir etki yapabilecek nitelikte olup hükmün açıklanmasından önce Divan'ca ve hükmün yenilenmesini isteyen taraflarca bilinmeyen bir olayın keşfedilmiş olması nedeniyle ve olayın bilinmemesi anılan tarafın kusurundan ileri gelmemişse mümkündür (UAD Statüsü madde 61/1).

BM Güvenlik Konseyi, Uluslararası Adalet Divanı tarafından verilen kararın uygulanması yönünde karar alabileceğı gibi uygulanmasına yönelik önlemlerin alınmasına da karar verebilir. Örneğın kararda kendisine getirilen yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınan devlete karşı ekonomik önlemler alınmasına karar verebilir. Siyasal organ olarak Güvenlik Konseyi, UAD'nın kararının içeriğini değıştiremez. UAD Statüsü'nün 60. maddesine göre UAD'nın verdiği bir hüküm kesindir.

Güvenlik Konseyi kararın uygulanmamasının barış ve güvenliğı tehdit ettiğini düşünürse VII'nci bölümü işletebilir. VII'nci bölüm haricinde 94/2, 25 ve 103. maddeye dayanarak karar alabilir. BM Antlaşması 39. madde, "Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğın korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur veya 41. ve 42. maddeler uyarınca hangi önlemlerin alınacağını kararlaştırır." demektedir. BM Antlaşması 41'inci maddeye göre, "Güvenlik Konseyi, kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanımını içermeyen ne gibi önlemler alınması gerektiğini kararlaştırabilir ve Birleşmiş Milletler üyelerini bu önlemleri uygulamaya çağırabilir. Bu önlemler, ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğere iletişim ve ulaştırma araçlarının tümüyle ya da bir bölümüyle kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesini içerebilir." BM Antlaşması 42. maddeye göre ise, "Güvenlik Konseyi, 41. maddede öngörülen önlemlerin yetersiz kalacağı ya da kaldığı kanısına varırsa, uluslararası barış ve güvenliğın korunması ya da yeniden kurulması için, hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla, gerekli saydığı her türlü girişimde bulunabilir. Bu girişimler gösterileri, ablukayı ve Birleşmiş Milletler üyelerinin hava, deniz ya da kara kuvvetlerince yapılacak başka operasyonları

78 Erkiner, UAD Kararlarının Uygulanması (n 39) 91-99.

içerebilir.” Güvenlik Konseyi gerekli görürse VII. bölüm haricinde sadece 94. maddeye dayanarak askerî önlemlere karar verebilir. BM Antlaşması 94. maddenin 2. fıkrası UAD’nın yargısal kararlarını hedeflemektedir.

Sonuç olarak, Uluslararası Adalet Divanı’nın etkin kılınabilmesi amacıyla BM Antlaşması birtakım tedbirler öngörmüştür.⁷⁹ BM üyesi her devlet, taraf olduğu tüm uyuşmazlıklarda, UAD kararına uymayı yükümlenir. Bir uyuşmazlığın taraflarından biri, UAD’nın verdiği bir hükme göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmezse, öbür taraf BM Güvenlik Konseyi’ne başvurabilir. Konsey de gerekli görürse, hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir ya da alınacak önlemleri kararlaştırabilir. BM Antlaşması’nın 94/2 maddesi birçok hususu kapsamaktadır. Bunlardan ilkinde göre, lehine karar olan fakat uygulanmayan tarafın başvurusuyla Güvenlik Konseyi meseleye dahil olur. İkinci olarak Güvenlik Konseyi bir karar almak zorunda değildir. Üçüncü olarak Güvenlik Konseyi gereken önlemleri BM Antlaşması VII. bölüme göre ya da doğrudan BM Antlaşması 94. maddeye göre kararlaştırabilir. Dördüncü olarak Güvenlik Konseyi sadece UAD’nın bir kararının uygulanmamasına karşı önlem kararlaştırabilir. Güvenlik Konseyi, UAD’nın kararının içeriğini değiştiremez. UAD Statüsü’nün 60. maddesine göre UAD’nın verdiği bir hüküm kesindir. UAD Statüsü’nün 61’nci maddesine göre Güvenlik Konseyi hükmün yenilenmesini isteyebilir. Daimi üyelere birinin BM Antlaşması madde 94’e 2 hakkında veto yetkisini kullanıp kullanamayacağı ayrıca cevaplandırılması gereken bir husustur. 27. madde 3. fıkrada 94. maddenin 2. fıkrası sayılmadığı için veto yetkisinin var olduğunun kabul edilmesi gereklidir ayrıca veto yetkisinin mevcudiyeti ile UAD kararlarının bir daimi üye aleyhine uygulanmasını hukuken olanak dışına çıkarmaktadır.⁸⁰

SONUÇ

Öncelikle tekraren ifade etmek gerekirse, Türkiye ve Yunanistan arasındaki uyuşmazlıkların sadece kıta sahanlığı meselesinden ibaret olmadığını hatırlatmak gerekir. Halihazırda, Ege Denizi üzerinde karasuları, kıta sahanlığı, henüz ortaya çıkmamış ancak gelecekte muhtemel bir münhasır ekonomik bölge, adaların aidiyeti ve adaların silahsızlandırılması, Doğu Akdeniz üzerinde münhasır ekonomik bölge ve yine dolaylı olarak kıta sahanlığı gibi uyuşmazlık başlıklarından bahsetmek mümkündür.

Türkiye ve Yunanistan arasında var olan deniz alanları sınırlandırmalarının ve özel olarak kıta sahanlığı sınırlandırmasının çözüm yeri olarak Uluslararası Adalet Divanı seçilecek olursa, bu mahkemeden çıkacak kararın kesin olduğu ve dolayısıyla geri dönüşün olmadığı bilinmeli ve meseleye böyle yaklaşılmalıdır.

Uluslararası Adalet Divanı’nın uyuşmazlığa muhtemel yaklaşımı yukarıda mahkemenin içtihadı ışığında açıklanmıştır. Deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin uyuşmazlıklarda hakça ilkelere dayanan uygulama zaman içinde 1982 BMDHS’ye de girmiş ve içtihadta da yerleşmiştir. Öte yandan belirsizliklerin giderilmesi adına eşit uzaklık yöntemiyle geçici bir ortay hat çizilmesi ve hakça ilkelere göre bu çizgi üzerinde düzenleme yapılması ve nihayetinde tarafların kıyıları ve deniz alanları

⁷⁹ Erkiner, UAD Kararlarının Uygulanması (n 39) 99.

⁸⁰ Ibid 95.

arasında bir orantısızlık bulunup bulunmadığı testinin yapılması yargı içtihatlarında güncel olarak kullanılan sınırlandırma yöntemidir. Tüm bu sürecin de yine hakça bir çözümü ortaya çıkarması aranmaktadır.

Türkiye 1982 BMDHS'ye taraf değildir. Taraf olsaydı dahi kıta sahanlığı uyuşmazlığını ilgili sözleşmede öngörülen uyuşmazlık çözüm mercilerine havale etmek zorunda olmayacaktı. Aynı şekilde Divan açısından bu uyuşmazlığa ilişkin yargı yetkisi doğuran bir durum da söz konusu değildir. 1978 tarihli Ege Denizi Kıta Sahanlığı Uyuşmazlığı'nda da bu durum teyit edilmiştir ve o günden bugüne Türkiye'nin Divan'ın bu husustaki yargı yetkisini kabul eden bir girişimi bulunmamaktadır. Sonuç olarak Türkiye istemediği sürece uyuşmazlığa Uluslararası Adalet Divanı'nın veya farklı bir tahkim organının müdahale etmesi söz konusu olmayacaktır.

Uluslararası hukukta uyuşmazlıklar sadece yargı organları eliyle çözümlenmemektedir. 1958 ve 1982 Sözleşmeleri, hem kıta sahanlığı hem de münhasır ekonomik bölge bakımından karşılıklı veya bitişik kıyıları bulunan devletler için öncelikli çözüm yöntemi olarak anlaşmayı göstermektedir. Bu çalışmanın yazarlarının kanaati de, uyuşmazlığın Divan'a sunulmasının veya başka bir tahkim organına götürülmesinin, hukuki açıdan Türkiye lehine çok ciddi bir biçimde güçlü olan argümanlara rağmen, Türkiye'nin lehine olup olmayacağından emin olunamayacağı şeklindedir. Anılan durumda böyle bir emniyet mekanizması ne uluslararası ilişkiler sistemi ne de uluslararası hukuk düzeni bakımından mevcut değildir. Bu bakımdan uyuşmazlığın ortaya çıktığı günden bugüne kadar olan Türkiye Devleti politikasının aynı şekilde devam ettirilmesinin ve kıta sahanlığı ve bu uyuşmazlıkla ilintili diğer uyuşmazlıkların diplomasi, ikili/karşılıklı görüşmeler ve siyaset alanında çözülmesinin Türkiye'nin ulusal çıkarları bakımından daha isabetli bir yol olacağı kanaatimizce aşikardır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler (Alfabetik):

- Acer Y, 'Ege Kıta Sahanlığı Sorunu ve Uluslararası Yargı Kararları' iç Aslan Gündüz ve Hüseyin Öztürk (edr) *Ege Kıta Sahanlığı ve İlişkili Sorunlar Sempozyumu Bildiriler Kitabı* (Türk Deniz Araştırmaları Vakfı 2002).
- Aksar Y, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II* (3. Baskı, Seçkin 2015).
- Aksu F, *Türk-Yunan İlişkileri: İlişkilerin Yönelimini Etkileyen Faktörler Üzerine Bir İnceleme* (SAEMK Yayınları 2001).
- Büyük ME, 'Uluslararası Adalet Divanı – “Wimbledon” Buharlı Gemisi Davası' (2018) 25 *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi* 35-52.
- Büyük ME, *Uluslararası Daimi Adalet Divanı – Kararlar, Danışma Görüşleri ve Emirnameler (1922-1930)* (Beta 2020).
- Büyük ME, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri* (On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Caflich L, 'Maritime Boundaries, Delimitation' in Rudolf Bernhardt (ed.), 11 *Encyclopedia of Public International Law* (North Holland, Elsevier 1989).
- Crawford J, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th, Oxford University Press 2012).
- Erkiner HH, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha 2010).

- Erkiner HH, 'Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları' (2007) 13(3-4) MÜHF-HAD 145-180.
- Erkiner HH, 'Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Aracılığıyla Uygulanması' 2017 23(2) MÜHF-HAD 87-102.
- Erkiner HH, 'Uluslararası Topluluk Kavramı' (2010) 16(1-2) MÜHF-HAD 39-75.
- Erkiner HH, 'Uluslararası Topluluk Kavramının Başlıca Görünümleri' (2010) 16(1-2) MÜHF-HAD 77-133.
- Evans MD, 'The Law of the Sea' in Malcolm D. Evans (ed), *International Law* (Oxford University Press 2003).
- Gökdemir-Işık N, *Kıta Sahaneliği, Hukuki Rejimi ve Ege Sorunu* (Doktora Tezi – 9 Eylül Üniversitesi 2006).
- Gülçür A, *Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin Yapısı ve Yargı Yetkisi* (On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Gündüz A, 'Discord Between Greece and Turkey over the Extent of Their Continental Shelves in the Aegean' (1996) 4(2) *Hellenic Studies* 95-119.
- Jaenicke G, 'North Sea Continental Shelf Cases' in Rudolf Bernhardt (ed) 2 *Encyclopedia of Public International Law* (North Holland, Elsevier 1981).
- Kuran S ve Aydın-Okur D, Günel RV, Sarıbeyoğlu M, *Uluslararası Hukuk Temel Metinler* (3. Baskı, Beta 2014).
- Kuran S, *Uluslararası Deniz Hukuku* (6. Baskı, Beta 2020).
- Oellers-Frahm K, 'Aegean Sea Continental Shelf Case' in Rudolf Bernhardt (ed), 2 *Encyclopedia of Public International Law* (North Holland, Elsevier 1981).
- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri – 2. Kitap* (9. Baskı, Turhan Kitabevi 2013).
- Shaw MN, *Uluslararası Hukuk*, (çev.) İbrahim Kaya ve diğerleri, (8th Ed., Türkiye Bilimler Akademisi 2018).
- Shaw MN, *International Law* (8th, Cambridge University Press 2017).
- Sohn LB, *Cases and Materials on the Law of the Sea* (2nd, Brill Nijhoff 2014).
- Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları* (8. Baskı, Beta 2014)
- Syrgios A and Thanos D, *Atlas of Greek-Turkish Relations* (Kathimerini 2020).
- Tanaka Y, *The International Law of the Sea* (Cambridge University Press 2012).
- Tanaka Y, *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation* (Hart Publishing 2006).
- Tekin-Apaydın D, 'Düz Esas Hatların Belirlenmesinde Adaların Rolü: Adalar Saçağı Bilmecesi' (2019) 25(2) MÜHF-HAD 565-589.
- Toluner S, *Milletlerarası Hukuk Dersleri – Devletin Yetkisi* (4. Baskı, Beta 1989).
- United Nations Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries* (United Nations Publications 2002).

Kararlar (Kronolojik):

- S.S. "Wimbledon", Judgment (Series A No. 1, PCIJ Reports 1923).
- Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question)*, Judgment (ICJ Reports 1954).
- North Sea Continental Shelf Cases*, Judgment (ICJ Reports 1969).
- Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (UK, France), 30 June 1977 – 14 March 1978*, XVIII Reports of International Arbitral Awards (United Nations 2006).
- Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, Judgment (ICJ Reports 1978).
- Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment (ICJ Reports 1982).
- Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)* Judgment (ICJ Reports 1984).
- Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment (ICJ Reports 1984).

- Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, 14 Février 1985, XIX Recueil Des Sentences Arbitrales (Nations Unies 2006).
- Delimitation of Maritime Areas Between Canada and France*, 10 June 1992, XXI Reports of International Arbitral Awards (United Nations 2006).
- Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Judgment (ICJ Reports 1993).
- Eritrea/Yemen – Sovereignty and Maritime Delimitation in the Red Sea (Second Phase)*, Permanent Court of Arbitration, (17 December 1999), XXII Reports of International Arbitral Awards (United Nations 2006).
- Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Judgment, (ICJ Reports 2001).
- Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Judgment (ICJ Reports 2002).
- Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them, decision of 11 April 2006*, XXVII Reports of International Arbitral Awards (United Nations 2008).
- Award in the arbitration regarding the delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname*, 17 September 2007, XXX Reports of International Arbitral Awards (United Nations 2012).
- Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea*, Judgment (ICJ Reports 2007).
- Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment (ICJ Reports 2009).

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yükseköğretim Öğrencileri Disiplin Rejiminin Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of the University Disciplinary Regime in the Light of the Constitutional Court Decisions in terms of the Principle of Legality

İlhami Öztürk* , Arif Emre Sümer** 

ÖZ

Disiplin suçları, belirli bir meslek grubu ile statü sahibi kişilerin oluşturduğu kısmi düzenin korunması için bu kimselere yönelik öngörülen yasak ve yükümlülükler anlamına gelirken; disiplin cezaları, bu yasak ve yükümlülüklere uyulmaması halinde tatbik edilecek idari yaptırımları ifade eder. Hukukumuzda çeşitli meslek mensubu ya da statü sahibi kişilere yönelik disiplin suç ve cezaları öngören düzenlemeler mevcuttur. Bunlardan biri de yükseköğretim kurumlarında eğitim-öğretim gören öğrencilerin disiplin rejimini düzenleyen, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'dir. Doktrinde ve yargı içtihatlarında suçta ve cezada kanunilik ilkesi de dahil olmak üzere, ceza hukukunun temel ilkelerinin disiplin suç ve cezaları bakımından da geçerli olduğu ifade edilmektedir. Çalışmamızda, yükseköğretim öğrencileri disiplin rejiminin suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygunluğu Anayasa Mahkemesi kararları ışığında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Disiplin suçu, Disiplin cezası, Kanunilik ilkesi, Yükseköğretim öğrencileri, Yükseköğretim kurumları

ABSTRACT

While disciplinary offenses mean prohibitions and obligations foreseen for a certain professional group and status holders in order to protect the order created by these persons; Disciplinary penalties refer to the administrative sanctions stipulated in case of failure to comply with these prohibitions and obligations. In our law, there are regulations stipulating disciplinary crimes and penalties for persons with various professions and status. One of them is the Higher Education Law No. 2547, which regulates the disciplinary regime of students studying in higher education institutions, and the Higher Education Institutions Student Discipline Regulation issued based on this Law. It is stated in the doctrine and jurisprudence that the basic principles of criminal law, including the principle of legality in crime and punishment, are valid in terms of disciplinary crimes and penalties. In our study, in the light of the decisions of the Constitutional Court, the compliance of the disciplinary regime of higher education students with the principle of legality in crime and punishment will be discussed.

Keywords: Disciplinary offense, Disciplinary punishment, Principle of legality, Higher education students, Higher education institutions

* Doç. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-9828-8861.

** Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, arifemre.sumer@bakircay.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7382-4922.

GİRİŞ

Kamu hizmetlerinin daha iyi yürütülebilmesi için bu hizmetlerle ilişkili kişilerin uyması gereken birtakım kurallar ile yükümlülükler öngörülmüştür. Bu kural, yasak ve yükümlülükler uyulmaması halinde ilgili kişilere tatbik edilen idari yaptırımlara disiplin cezaları denir. Hukukumuzda kamu hizmetleriyle ilişkili tüm kişiler için geçerli olacak ortak bir disiplin rejimi bulunmayıp, her bir meslek ya da statü mensubu kişiler için ayrı ayrı disiplin kuralları öngörülmüştür. Örneğin, genel nitelikte bir düzenleme olan ve özel kanunlarda hüküm bulunmaması hallerinde tüm devlet memurları hakkında uygulanacak disiplin suç ve cezalarına 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda¹ (DMK) yer verilmiştir. Avukatlık mesleği mensupları için öngörülen disiplin suç ve cezalarına 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda², yükseköğretim kurumlarında öğrenci olan kişiler için öngörülen disiplin hükümlerine ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu³ ile bu Kanuna dayanarak çıkarılan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nde⁴ yer verilmiştir.

İdare hukuku ile ceza hukukunun kesişim alanında kalan disiplin hukukuna, ceza hukukunun temel ilkelerinin uygulanacağı bugün yerleşmiş bir görüştür. Ancak ceza hukukunun bazı müesseseleri disiplin hukukunda ceza hukukunda olduğu kadar katı bir şekilde uygulanmaz. Nitekim Anayasa Mahkemesi ile Danıştay da bu doğrultuda hüküm tesis etmektedir. Ezcümle, disiplin suç ve cezaları bakımından geçerli olan ilkelere biri de suçta ve cezada kanunilik ilkesidir. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında yükseköğretim kurumlarında eğitim-öğretim gören öğrenciler için öngörülen disiplin suç ve cezalarının, suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygunluğu tetkik edilecektir.

I. DİSİPLİN SUÇ VE CEZASI KAVRAMLARI İLE YÜKSEKÖĞRETİM ÖĞRENCİLERİ İÇİN ÖNGÖRÜLEN DİSİPLİN REJİMİ

A. DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARI

Disiplin kavramı sözlükte; *“Bir topluluğun, yasalarına ve düzenle ilgili yazılı veya yazısız kurallarına titizlik ve özenle uyması durumu, sıkı düzen, düzenece, düzen bağı, zapturapt”* olarak ifade edilmektedir.⁵ Disiplin kavramının hukuk dilindeki anlamı da sözlükteki tanımıyla paraleldir.⁶

Disiplin suçları, belirli bir meslek veya statü mensubu kişiler için öngörülen yasaklara uyulmaması ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi şeklindeki fiilleri ifade eder⁷. Disiplin cezaları ise belirli

1 Devlet Memurları Kanunu, Kanun Numarası: 657, Kabul Tarihi: 14.7.1965, RG. 23.7.1965/12056.

2 Avukatlık Kanunu, Kanun Numarası: 1136, Kabul Tarihi: 19.3.1969, RG. 7.4.1969/13168.

3 Yükseköğretim Kanunu, Kanun Numarası: 2547, Kabul Tarihi: 4.11.1981, RG. 6.11.1981/17506.

4 Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği, RG. 18.08.2012/28388.

5 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Mart 2021.

6 Bu kavram hukuk sözlüğünde; *“Bir topluluğu yönetmeye yarayan yasa ve kuralların tamamı; düzen; bir toplulukta kurallara tam olarak gösterilen uyum”* şeklinde tanımlanmaktadır. Tanım için bkz. Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (10. Baskı, Yetkin Yayınları 2011) 329; Disiplin yalnızca kamu kurum ve kuruluşlarının değil, toplumun her kesiminin ve sosyal organizasyonlarının olmasa olmaz bir unsurudur. Bkz. Celal Işıklar, *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları* (1 .Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 47.

7 Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 524; Bahtiyar Akyılmaz, ‘Anayasal Esaslar

bir meslek grubu ya da statüye mensubiyet kapsamında, bu meslek ya da statü içi düzenin tesis edilebilmesi ve ilgili kişilerin kendileri için öngörülen yükümlülüklere uymalarının sağlanması için uygulanan idari cezalar şeklinde tanımlanabilir⁸. Disiplin cezaları; idarenin bir yargı kararı olmadan, kendisine kanunla verilen yetkiye dayanarak idari düzenin sağlanması için uyguladığı “idari yaptırımlar”dan biridir⁹.

Disiplin yaptırımları, bir kamu veya özel teşkilat düzenini devam ettirmek, onun verimli, süratli ve yararlı bir biçimde çalışmasını sağlamak, onur ve saygınlığını korumak amacıyla tesis edilirler. Özellikle kamu görevi yürüten bireyler açısından disiplin cezalarının amacı, kamu görevlisini görevine bağlamak, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini temin etmektir. Disiplin cezaları kamu hizmetlerinin gereği gibi yapılması ve memurların kanunla belirlenen düzen içerisinde uyumlu hareket etmeleri amacıyla uygulanır. Disiplin hukuku kapsamında, kamu görevlilerinin işlem ve eylem tarzlarıyla ilgili bazı sınırlamalar getirilmesi, belirtilen bu meşru temellere dayanır. Disiplin cezaları, kamu hizmetinin gereği gibi ve belli bir düzen içerisinde yürütülmesi bakımından kamu görevlilerinin mevzuat uyarınca yerine getirmek zorunda oldukları ödev ve sorumlulukları ifa etmemeleri veya mevzuatta yasaklanan fiilleri işlemeleri durumunda uygulanan yaptırımlardır. Disiplin cezalarının, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin özlük hakları üzerinde doğrudan ve önemli sonuçlar doğurmaları sebebiyle bireysel ve subjektif etkileri bulunduğu gibi kamu görevinin gereği gibi sürdürülmesi ve kamu düzeninin sağlanması bakımından objektif ve kamusal önem taşıyan yönleri de mevcuttur. Disiplin cezaları ile kamu hizmetinin zamanında ve gereği gibi yerine getirilmesi bir başka ifadeyle kamu yararı ve kamu düzeninin tesisi ve temini amaçlanmaktadır. Niteliği gereği öteki idari işlemlerden farklılık arz eden disiplin cezası işlemi, sıkı şekil şartına bağlı olarak uygulanabilmekte, disiplin soruşturmalarının yapılmasında izlenecek yöntem, ceza verilecek fiiller ve ceza vermeye yetkili makam ve kurullar, bu organların oluşumu, çalışma usulü, karar oluşturması, bu kararlara itiraz ve bütün bu sürecin her aşaması için öngörülen süre koşulları pozitif olarak mevzuatta belirlenmektedir¹⁰.

Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar’ (2002) 6(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 241, 242; Bahattin Duman, *Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması* (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2014) 17.

- 8 Ali D. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2013) 149; Disiplin cezası kavramı hukuk sözlüğünde; “Mevzuatın öngördüğü düzen kurallarına uymama halinde uygulanacak olan idari cezalar; kamu görevlerinin gereği gibi görülebilmesi için görevliler hakkında uygulanan cezalar” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Yılmaz (n 6) 330; Disiplin cezası kavramı Anayasa Mahkemesinin bir kararında şu şekilde tanımlanmıştır: “Disiplin cezaları, kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla yasal olarak düzenlenmiş idari yaptırımlardır. Kamu hizmetlerini yürütenlerin görev anlayışları, yetki ve sorumlulukları kamu hizmeti ve hizmet gerekleri ile sınırlanmıştır; bu sınırlar dışına çıkanların ise disiplin cezaları ile cezalandırılmaları ilgili kanunlarda öngörülmüştür.”, Anayasa Mahkemesi, E. 2018/30, K. 2018/94, T. 25.09.2018.
- 9 Haluk Toroslu, *Ceza Müeyyidesi* (1. Baskı, Savaş Yayınevi 2010) 14.
- 10 Uğur Yiğit ve İlhami Öztürk, *Yargı Hukuku* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 98; Anılan eserde; disiplin hukukunun niteliği ve doğasına uygun olarak Anayasa Mahkemesi üyeleri, Yargıtay üyeleri, Danıştay üyeleri ve Sayıştay üyelerinde olduğu gibi Hâkimler ve Savcılar Kurulu üyeleri de disiplin hükümlerine tabi kılınmış iken Türk Hukukunda disiplin hükümlerine tabi tutulmayan kamu personelinin bulunduğu, örneğin, 2499 (Mülga) Sermaye Piyasası Kanunu ile yürürlükte olan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) üyelerine disiplin cezası verilmesine ilişkin hükme yer verilmemiş olduğu, böylece 2499 sayılı Kanun’un yayım tarihi olan 30.07.1981 tarihinden bugüne Sermaye Piyasası Kurulu üyeleri disiplin hükümlerine tabi kılınmadığı, anılan kanunlarda yer alan idari ve mali özreklige sahip olma, Kanunla ve mevzuatla kendisine verilen görev ve yetkileri kendi sorumluluğu altında bağımsız

Bahsedilen bu meslek veya statü sahibi kişilerin oluşturduğu düzen kamu hizmetlerini ilgilendirdiği için, bu hizmetlerin sürekli ve düzenli bir şekilde sürdürebilmesi maksadıyla ceza hukukundan farklı birtakım kurallara ihtiyaç vardır¹¹. Bu sebeplerle Devlet, kamu hizmetlerinin aksamaması için bu hizmetlerle ilişkili kimseler için disiplin suç ve cezaları belirler¹².

Her meslek veya statü mensubu kişi bakımından geçerli olacak bir genel disiplin rejimi bulunmamaktadır¹³. Farklı meslek grubu ya da statüler itibarıyla farklı disiplin suçları ve bu suçlar karşılığında öngörülen disiplin cezaları sevk edilmiştir. Ceza ve idare hukukunu ilgilendiren disiplin cezaları; kamu görevlilerine verilen disiplin cezaları, öğrencilere verilen disiplin cezaları ve meslek mensuplarına yönelik disiplin cezaları olmak üzere üç ana başlıkta toplanabilir¹⁴. Örneğin devlet memurlarının işleyebileceği disiplin suçları ve bunlar karşılığında öngörülen yaptırımlar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda (DMK), askeri personellerin disiplin rejimi 6143 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nda¹⁵, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personeline ilişkin disiplinsizlik ve cezaları 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'da¹⁶, avukatlık mesleği mensuplarının disiplin rejimi 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda ve yükseköğretim kurumları öğrencilerinin disiplin rejimi 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde düzenlenmiştir.

Buna ek olarak, disiplin hükümleri, ilk derece ve istinaf mahkemeleri hâkim ve savcılar için Anayasa'nın 140/3, 144 (savcılar yönünden) ve 159³uncu maddeleri ile 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu¹⁷, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun¹⁸ ile 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'nda¹⁹, Yargıtay, Danıştay üyeleri için Anayasa'nın 140/3 maddesi ile Yargıtay ve Danıştay Kanunlarında²⁰,

olarak yerine getirme ve kullanma, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin Kurulun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceği yönündeki hükümlerin tek başına Sermaye Piyasası Kurulu üyelerinin disiplin hükümlerinden bağımsız tutulmasına haklı ve yeterli bir dayanak teşkil etmeyeceği görüşüne yer verilmiştir.

- 11 Zehreddin Aslan ve Halil Altındağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 27; Veysel Candan Canoğlu, 'Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat' (2018) 132 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 231, 232; Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu hususu şu şekilde açıklamaktadır: "*Disiplin cezaları, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla öngörülmüş, yapma veya yapmama biçiminde beliren davranış kurallarının ihlali hâlinde uygulanan, yasal olarak düzenlenmiş idari yaptırımlardır. Kamu hizmetlerini yürütenlerin görev, yetki ve sorumlulukları kamu hizmeti ve hizmet gerekleri ile sınırlanmıştır, bu sınırlar dışına çıkanların ise disiplin cezaları ile cezalandırılmaları ilgili kanunlarda öngörülmüştür*", Anayasa Mahkemesi, E. 2015/85, K. 2016/3, 13.01.2016.
- 12 İbrahim Pinar ve Öner Çalışkan, *Açıklamalı-İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları ve Disiplin Soruşturması* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013) 19.
- 13 Canoğlu (n 11) 234.
- 14 Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 472.
- 15 Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, Kanun Numarası: 6143, Kabul Tarihi: 31.1.2013, RG. 16.02.2013/28561.
- 16 Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun, Kanun Numarası: 7068, Kabul Tarihi: 31.1.2018, RG. 8.3.2018/30354 (Mük.).
- 17 Hâkimler ve Savcılar Kanunu, Kanun Numarası: 2802, Kabul Tarihi: 24.2.1983, RG. 26.2.1983/17971.
- 18 Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5235, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG. 7.10.2004/25606.
- 19 Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu, Kanun Numarası: 6087, Kabul Tarihi: 11.12.2010, RG. 18.12.2010/27789.
- 20 Yargıtay Kanunu, Kanun Numarası: 2797, Kabul Tarihi: 4.2.1983, RG. 8.2.1983/17953; Danıştay Kanunu, Kanun

Anayasa Mahkemesi üyeleri için Anayasa'nın 140/3 maddesi ile Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da²¹, Hâkimler ve Savcılar Kurulu üyeleri için; hâkim savcı sınıfından üyeler için Anayasa'nın 140/3 maddesinde, Bakan yardımcısı ve seçimle gelen üyelerin tamamı için 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'nda, Sayıştay meslek mensupları için 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nda²² kurala bağlanmıştır²³.

Öncelikle, disiplin cezası yaptırımının ne anlama geldiği ortaya koyulduktan sonra bu müeyyidenin suç karşılığında öngörülen yaptırımlardan biri olan cezalardan farkını ortaya koymak gerekecektir. Cezalar, genel olarak toplum düzenini ilgilendiren kurallara uymama sonucunda uygulanan yaptırımlar iken, disiplin cezaları yalnızca belirli bir meslek ya da statü grubunun düzenini bozan fiiller bakımından tatbik edilirler²⁴. Buradan da anlaşılacağı üzere cezalar toplumun düzenini sağlamak amacıyla uygulanırken, disiplin cezaları belirli bir meslek ya da statü gruplarının düzenini sağlamak için tatbik edilirler²⁵. Dolayısıyla cezaların muhatabı herkes olabilecek iken, disiplin yaptırımlarının muhatabı ancak belirli bir meslek ya da statü sahibi kişiler olabilir²⁶. Bu iki yaptırım arasındaki diğer bir farklılık bu yaptırımları uygulayan makamlar yönünden ortaya çıkmaktadır. Cezalara ancak bir iddianame ile açılan davada yapılacak yargılama sonucunda hükmedilebilecek iken, disiplin yaptırımlarına ilgili idari merciler hükmeder²⁷. Disiplin yaptırımlarına hükmetme yetkisinin idareye bırakılması adli makamların yükünü hafifletir²⁸. Ayrıca suçlar karşılığında öngörülen cezalar kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı nitelikte olmalarına rağmen, disiplin cezaları yalnızca bazı hak ve yetkilerin kısıtlanması sonucunu doğurur²⁹. Burada önemle ifade etmek gerekir ki bir fiilin hem ceza hukuku anlamında suç hem de disiplin suçu teşkil etmesi mümkündür. Bu durumda bu fiili işleyen kişi hakkında hem ceza hem de disiplin yaptırımına hükmetmek olanaklıdır³⁰. Bu durum,

Numarası: 2575, Kabul Tarihi: 6.1.1982, RG. 20.1.1982/17580.

21 Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6216, Kabul Tarihi: 30.3.2011, RG. 3.4.2011/27894.

22 Sayıştay Kanunu, Kanun Numarası: 6085, Kabul Tarihi: 3.12.2010, RG. 19.12.2010/27790.

23 Yiğit ve Öztürk (n 10) 56 vd.

24 Serkan Çınarlı, 'Yükseköğretim Kurumlarında Disiplin Soruşturması Sorunu ve Alman Disiplin Mahkemeleri Modeli Önerisi' (2011) 19(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39, 43; Pınar ve Çalışkan (n 12) 41; Çağlayan, *İdare Hukuku* (n 7) 526; Enver Kaşlı, *Polis Disiplin Hukuku* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 40.

25 Akyılmaz (n 7) 3; Çağlayan, *İdare Hukuku* (n 7) 527; Toroslu, *Ceza Müeyyidesi* (n 9) 20.

26 Cengiz Topel Çiftçiöğlü, '2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununa Göre Hakim ve Savcılar Disiplin Soruşturmaları' (2013) 13(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127, 132.

27 Çağlayan, *İdare Hukuku* (n 7) 526; Akyılmaz (n 7) 3; Pınar ve Çalışkan (n 12) 41.

28 Toroslu, *Ceza Müeyyidesi* (n 9) 15.

29 Pınar ve Çalışkan (n 12) 42; Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: "Gerek adli gerekse idari suçlarda, davranış normlarına aykırı ve haksızlık teşkil eden bir fiille kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değer in ihlali söz konusu olduğundan her iki suç türü arasında büyük benzerlikler bulunmaktadır. Adli suçlarla idari suçlar arasındaki fark, esas itibarıyla nicelik yönünden olup adli suçlardaki haksızlık içeriği idari suçlara nazaran daha yoğundur. Öte yandan adli suçlar karşılığında öngörülen yaptırımlar idari suçlardan farklı olarak hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirse de her iki alanda öngörülen yaptırımlar yoğun maddi cebir içermektedir. Bu nedenle Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen ilkelerin idari suçlar yönünden de uygulanması gerekmektedir.", Anayasa Mahkemesi, E. 2018/30, K. 2018/94, 25.09.2018; Benzer açıklamalara yer verilen başka bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2015/85, K. 2016/3, 13.01.2016.

30 Toroslu, *Ceza Müeyyidesi* (n 9) 18; Ersan Şen, 'İdari Ceza Hukuku' (1994) (8) İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 21, 23.

bir fiilden dolayı bir kez yargılama ve cezalandırma anlamına gelen *non bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir³¹.

Disiplin hukukuna hakim olan ilkeler, genellikle yargı içtihatları sonucunda şekillenmiştir³². Suç ve cezalara ilişkin temel ilkelerden olan; cezaların şahsiliği ilkesi, kanunilik ilkesi, savunma hakkının verilmesi ilkesi, soruşturmanın gizliliği ilkesi, hukuka aykırı delil yasağı ve bir fiilden dolayı bir kez cezalandırma gibi ilkeler disiplin suç ve cezaları bakımından da geçerlidir³³. Ancak aşağıda kanunilik ilkesi özelinde ifade edileceği gibi bu ilkelerden bazıları disiplin hukukunda suç ve cezalarda olduğu kadar katı bir şekilde uygulanmaz.

B. YÜKSEKÖĞRETİM ÖĞRENCİLERİNİN DİSİPLİN REJİMİ

Eğitim ve öğrenim hakkı Anayasa'nın 42'nci maddesinde düzenlenmektedir³⁴. Maddenin ilk fıkrasında "Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz" şeklinde bir hükme yer verilip bu temel hak ve hürriyet bakımından ana ilke ortaya koyulduktan sonra; ikinci fıkrada eğitim hakkının kapsamının kanunla tespit edilip düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Eğitim hakkı, eğitim-öğretim faaliyetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesi için, eğitim kurumlarından çıkarma da dahil olmak üzere çeşitli disiplin tedbirlerine başvurulmasına engel teşkil etmez. Zira disiplin yaptırımları hem öğrencilerin gelişimi hem de eğitim kurumunun amaçlarına ulaşılması noktasında önemli bir vasıta³⁵. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin de bir kararında belirttiği gibi; "eğitim hakkının özüne dokunan ve etkinliğini ortadan kaldıran kısıtlamalardan korunmak için bu kısıtlamaların öngörülebilir olması ve meşru amaç çerçevesinde ölçülü olarak yapılması" gerekmektedir³⁶.

31 Ramazan Çağlayan, *İdari Ceza Hukuku* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2013) 24; Çiftçioğlu (n 26) 134.

32 Selman Sacit Boz, 'Memur Disiplin Hukukuna Aykırı Olan Temel İlkeler' (2017) 25(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15, 20.

33 Ulusoy, *İdare Hukuku* (n 14) 473; Çağlayan, *İdare Hukuku* (n 7) 527; Canoğlu (n 11) 235-237; Kaşlı (n 24) 42; Toroslu, *Ceza Müeyyidesi* (n 9) 15; Şen (n 30) 23; Ümit Güveyi, 'Memur Disiplin Hukukunda Mobbing' (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1455, 1468; Çiftçioğlu (n 26) 133.

34 *Eğitim ve Öğrenim Hakkı ve Ödevi* başlığını taşıyan maddenin tam hâli şu şekildedir: "Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir. Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz. Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz. İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır. Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir. Devlet, maddî imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılabacak tedbirleri alır. Eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez. Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası anlaşma hükümleri saklıdır."

35 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2014/5881, 15.02.2017: "Eğitim hakkı, esas itibarıyla kurallara uyulmasını sağlamak amacıyla bir eğitim kurumundan uzaklaştırma veya çıkarma da dâhil olmak üzere disiplin tedbirlerine başvurmayı engellemez. Şüphesiz disiplin cezaları, gerek öğrencilerin gelişiminin gerekse de bir okulun amaçlarına ulaşmasını sağlayacak araçların önemli bir parçasıdır."

36 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/583, 10.12.2014.

Yükseköğretim kurumlarında eğitim-öğretim gören öğrenciler için öngörülen disiplin suç ve cezaları, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 54 ve 65'inci maddeleri ile Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

Anayasanın “yükseköğretim kurumları” başlığını taşıyan 130'uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan “Yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, öğretim elemanı yetiştirme, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri, öğretim düzeyleri ve süreleri, yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler, **disiplin ve ceza işleri**, mali işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşullar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, Yükseköğretim kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı mali kaynakların kullanılması **kanunla düzenlenir.**” hükmü uyarınca disiplin işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Madde metninde kanunla düzenlenecek disiplin işlerinin, öğrencilere mi yoksa yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim elemanları ya da idari personel mi yönelik olduğu hususu açık değildir. Benzer şekilde Anayasa gerekçesinde de bu konuda bir açıklama yer almamaktadır. Ancak, anılan madde metninde “disiplin ve ceza işleri” ibaresinden önce yer alan ve kanunla düzenlenecek hususlar arasında sayılan “yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar”ın öğretim elemanları ya da idari personel için değil yükseköğrenim gören öğrenciler için söz konusu olduğu dikkate alındığında, madde metninde yer alan ve kanunla düzenlenecek olan disiplin işlerini “öğrenci” disiplin işleri şeklinde anlamak daha uygundur. Kaldı ki disiplin işlerinin madde metninde zikredilen öğretim elemanlarını ya da idari personeli de kapsadığı şeklinde yapılacak bir yorum³⁷ öğrencilerin kapsam dışında tutulduğu yönünde bir sonuç doğurmayacak, disiplin işlerine müteallik kanunilik ilkesinin öğrenciler bakımından da geçerli olduğu şeklinde bir neticeye ulaşmayı engellemeyecektir. Madde metninde yer alan kanunla düzenlenmesi gerekli disiplin işleri kapsamına “öğrencileri” dahil etmeyecek şekilde yapılacak katı bir yorum ise maddenin lafzına ve ruhuna uygunluk taşımayacaktır. Doktrinde vergi, resim ve harçlar bakımından kanunilik ilkesine dayanak olarak gösterilen Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan “Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır” hükmünün dışında, yükseköğretim hizmeti karşılığında harç alınması durumunda, alınacak olan bu harçlar için Anayasa'nın

37 Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümleri düzenleyen Anayasa'nın “Genel ilkeler” başlıklı 128/2 maddesinde yer alan “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” hükmü ile “Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence” başlıklı 129/2-3 maddesinde yer alan; “Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanımadıkça disiplin cezası verilemez. Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.” hükmüyle, yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim elemanları ve idari personeli de içerecek şekilde, memurların ve diğer kamu görevlilerinin disiplin işlerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği ile disiplin işlerine ilişkin esaslar kurala bağlanmıştır. Bu durumda, Anayasa'nın 130/9 maddesinin yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim elemanları ve idari personelinin disiplin işlemlerini de kapsayacak şekilde ikinci bir kez hüküm sevk ettiği bahsetmede hukuki isabet bulunmamaktadır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi kararlarında ve doktrinde de memurlar ve diğer kamu görevlilerinin disiplin işlerinin kanunla düzenlenmesi gereğine dayanak olarak Anayasa'nın 128'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “diğer özlük işleri” ibaresi gösterilmektedir. Buna karşılık, madde metinlerinden anlaşılacağı üzere, yükseköğretim öğrenci disiplin işlerine kanuni dayanak olarak Anayasa'nın 128 ve 129'uncu maddelerini göstermeye imkân yoktur. Bu nedenle de öğrenci disiplin işlerinin kanunla düzenlenmesi zorunluluğunun Anayasal dayanağının 38'inci maddenin yanı sıra 130'uncu madde olarak kabulü bir başka gerekliliktir.

130'uncu maddesinde yer alan “*alınacak harçlar... kanunla düzenlenir*” hükmünün de “kanunilik” ilkesine dayanak olarak gösterileceği yönünde görüşler bulunmaktadır³⁸. Buradan hareketle Anayasa'nın 130'uncu maddesinde yer alan alınacak harçların kanunla düzenleneceği hükmü açıkça “öğrencilerden alınacak harçlar” şeklinde öğrenci vurgusu yapmadığı halde sistematik bir yorumla bunun yükseköğretimden yararlanan öğrencilerden alınan harçlar bakımından kanunilik ilkesine dayanak olarak kabulü, disiplin işlerinin kanunla düzenleneceği ibaresinin de “öğrenci disiplin işleri” şeklinde açık bir öğrenci vurgusu taşımasa da yükseköğretimden yararlanan öğrencilerin disiplin işlerinin kanunla düzenlenmesi gereğinin Anayasal dayanağının 130'uncu madde olduğu yönünde bir neticeye varmak mümkündür. Bu itibarla, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 54 ve 65'inci maddelerinde yer alan yükseköğretim kurumlarında eğitim-öğretim gören öğrenciler için öngörülen disiplin suç ve cezalarına ilişkin kanun düzenlemelerinin, daha açık bir ifade ile yükseköğretim öğrencilerinin disiplin rejimine esas kanunilik ilkesinin Anayasa'nın 130'uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasında dayanak bulunduğunu söylemek mümkündür.

Yükseköğretim Kanunu'nun 54'üncü maddesinin (a) bendinde aynen şu hükme yer verilmektedir: “*Yükseköğretim kurumları içinde veya dışında yükseköğretim öğrenciliği sıfatına, onur ve şerefine aykırı harekette bulunan, öğrenme ve öğretme hürriyetini, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükûn, huzur ve çalışma düzenini bozan, boykot, işgal ve engelleme gibi eylemlere katılan, bunları teşvik ve tahrik eden, yükseköğretim mensuplarının şeref ve haysiyetine veya şahıslarına tecavüz eden veya saygı dışı davranışlarda bulunan ve anarşik veya ideolojik olaylara katılan veya bu olayları tahrik ve teşvik eden öğrencilere; eylem başka bir suçu oluştursa bile ayrıca uyarma, kınama, bir haftadan bir aya kadar veya bir veya iki yarıyıl için kurumdan uzaklaştırma veya yükseköğretim kurumundan çıkarma cezaları verilir.*” Görüldüğü üzere ilgili düzenlemede yükseköğretim kurumlarında öğrenci olan kişiler için öngörülen disiplin suç ve cezalarına yer verilmiştir. Bu düzenleme yapılırken her fiil karşılığında öngörülen disiplin cezalarına ayrı ayrı yer verilmeyip, disiplin suç ve cezaları toplu halde sayılmıştır. Ayrıca bu fiillerin yükseköğretim kurumları içinde ya da dışında işlenmesi noktasında da herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Buna göre, yükseköğretim kurumları öğrencileri için öngörülen disiplin suçları şu şekildedir:

- Yükseköğretim öğrenciliği sıfatına, onur ve şerefine aykırı harekette bulunmak,
- Öğrenme ve öğretme hürriyetini, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kısıtlamak,
- Kurumların sükûn, huzur ve çalışma düzenini bozmak,
- Boykot, işgal ve engelleme gibi eylemlere katılmak, bunları teşvik ve tahrik etmek,
- Yükseköğretim mensuplarının şeref ve haysiyetine veya şahıslarına tecavüz etmek veya saygı dışı davranışlarda bulunmak,
- Anarşik veya ideolojik olaylara katılmak veya bu olayları tahrik ve teşvik etmek.

Bu fiiller karşılığında öngörülen disiplin cezaları ise; uyarma, kınama, bir haftadan bir aya kadar veya bir veya iki yarıyıl için kurumdan uzaklaştırma ve yükseköğretim kurumundan çıkarma cezalarıdır. Bu fiillerin başka bir suç oluşturması disiplin cezası vermeye engel teşkil etmeyecektir³⁹.

38 Mustafa Umur Tosun ve İlhami Öztürk, ‘Yükseköğretim Hizmeti Karşılığında Devlet ve Vakıf Yükseköğretim Kurumlarına Yapılan Ödemelerin Hukuki Niteliği’ (2017) 13(148) Legal Mali Hukuk Dergisi 765, 792-793.

39 Pınar ve Çalışkan (n 12) 787.

Maddenin (b) bendinde, öğrencilerin işlemiş oldukları disiplin suçlarından dolayı soruşturma yapmaya veya disiplin cezası vermeye yetkili kurul ve makamlar belirtilmiştir⁴⁰. Maddenin (c) bendinde, disiplin soruşturmasına ne zaman başlanacağı ve hangi süre içerisinde tamamlanacağı düzenleme altına alınmıştır⁴¹. Maddenin (d) bendinde hakkında disiplin soruşturması yapılacak öğrenciye savunma hakkının verilmesi⁴², (e), (f) ve (g) bentlerinde ise verilen disiplin cezasının öğrenciye ve diğer ilgili kurum ve kuruluşlara tebliğ edilmesi ile ilgili usul ve esaslara yer verilmiştir⁴³.

Yükseköğretim Kanunu'nun Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikleri düzenleyen 65'inci maddesinde yer alan; "Öğretim elemanları, memur ve diğer personel ile öğrencilerin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususlar"ın Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda Yükseköğretim Kanunu'nun 54 ve 65'inci maddelerine dayanılarak ilk olarak 13/01/1985 tarihli ve 18634 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği kabul edilerek uzun süre uygulanmıştır. 18/08/2012 tarihli ve 28388 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği, önceki yönetmeliği yürürlükten kaldırmış ve uygulanmaya başlamıştır⁴⁴. Bu yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce soruşturmasına başlanmış ancak tamamlanmamış bulunan disiplin suçları bakımından bu yönetmelik düzenlemeleri uygulanmıştır⁴⁵. Bu yönetmeliğin ilk üç maddesinde amaç, kapsam ve dayanak hükümlerine yer verildikten sonra, 4 ila 10'uncu maddeleri arasında yükseköğretim öğrencileri için disiplin suçu teşkil eden fiiller ile bu fiiller karşılığında öngörülen; uyarma⁴⁶, kınama⁴⁷, yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya

40 MADDE 54/b: "Bir fakülte, enstitü veya yüksekokulunda içinde veya dışında öğrencilerin işlemiş oldukları disiplin suçlarından dolayı soruşturma yapmaya ve doğrudan gerekli cezayı vermeye veya disiplin kuruluna sevk etmeye ilgili fakülte dekanı, enstitü veya yüksekokul müdürü yetkilidir."

41 MADDE 54/c: "Disiplin soruşturmasına, olay öğrenilince derhal başlanılır ve soruşturma en geç on beş gün içinde sonuçlandırılır."

42 MADDE 54/d: "Hakkında kovuşturma yapılan öğrenciye sözlü veya yazılı savunma hakkı verilir. Tanınan süre içinde savunma yapmayan öğrenci bu hakkından vazgeçmiş sayılır."

43 MADDE 54/e: "Disiplin cezaları, ilgili öğrenciye yazılı ile bildirilir. Durum, öğrenciye burs veya kredi veren kuruluşa ve Yükseköğretim Kuruluna duyurulur. Yükseköğretim kurumundan çıkarma kararlarına karşı on beş gün içinde üniversite yönetim kuruluna itiraz edilebilir. Cezalar öğrencinin dosyasına ve siciline işlenir."

MADDE 54/f: "Bu maddeye göre yapılacak işlemler sırasında gerekirse öğrenciye, bağlı bulunduğu öğretim kuruluşunda, ilan yoluyla tebliğat yapılabilir."

MADDE 54/g: "Yükseköğretim kurumundan çıkarma kararı bütün yükseköğretim kurumlarına, Yükseköğretim Kurulu, emniyet makamları ve ilgili askerlik şubelerine bildirilir."

44 İki yönetmelik arasındaki farklılıklar konusunda detaylı bilgi için bkz. Pınar ve Çalışkan (n 12) 788-789.

45 GEÇİCİ MADDE 1: "Bu yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce soruşturmasına başlanmış ancak tamamlanmamış bulunan disiplin soruşturmalarında bu Yönetmelik hükümleri uygulanır"

46 MADDE 4 : " (1) Uyarma cezasını gerektiren eylemler şunlardır; a) Yükseköğretim kurumu yetkililerince sorulan hususları haklı bir sebep olmadan zamanında cevaplandırmamak, b) Yükseköğretim kurumu yetkililerince tespit edilen yerler dışında ilan asmak, c) Yükseköğretim kurumunun izniyle asılmış duyuruları, program ve benzerlerini koparmak, yırtmak, değiştirmek, karalamak veya kirlenmek."

47 MADDE 5: " (1) Kınama cezasını gerektiren eylemler şunlardır; a) Yükseköğretim kurumu yetkililerince istenilen bilgileri eksik veya yanlış bildirmek, b) Ders, seminer, uygulama, laboratuvar, atölye çalışması, bilimsel toplantı ve konferans gibi çalışmaların düzenini bozmak, c) Yükseköğretim kurumu içinde izinsiz olarak bildiri dağıtmak, afiş ve pankart asmak, ç)

kadar uzaklaştırma⁴⁸, yükseköğretim kurumundan bir yarıyıl için uzaklaştırma⁴⁹, yükseköğretim kurumundan iki yarıyıl için uzaklaştırma⁵⁰ ve yükseköğretim kurumundan çıkarma⁵¹ cezalarına ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, yükseköğretim kurumlarındaki öğrenciler için öngörülen disiplin cezalarının hangi fiiller karşılığında tatbik edileceği yönetmelikle düzenlenmiştir. Kanun koyucu, yükseköğretim kurumlarındaki öğrencilerin disiplin rejiminin kamu görevlileri için geçerli olan disiplin rejimini düzenleyen DMK'nın 125'inci maddesinde olduğu gibi kanunla düzenlemek yerine yönetmeliğe bırakmayı tercih etmiştir. Burada önce disiplin hukukunda da geçerli olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve bu ilkenin disiplin hukukundaki yansımalarına değinilecek, ardından ise yükseköğretim kurumu öğrencileri için öngörülen bu disiplin rejiminin suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygunluğu Anayasa Mahkemesi kararları ışığında irdelenecektir.

Yükseköğretim kurumunca asılmış duyuruları, program ve benzerlerini koparmak, yırtmak, değiştirmek, karalamak veya kirliletmek, d) Sınavlarda kopyaya teşebbüs etmek.”

- 48 MADDE 6: “ (1) Yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma cezasını gerektiren eylemler şunlardır; a) Öğrenme ve öğretme hürriyetini engelleyici veya yükseköğretim kurumlarının işleyiş ve huzurunu bozucu eylemlerde bulunmak, b) Disiplin soruşturmalarının sağlıklı bir şekilde yürütülmesini engellemek, c) Yükseköğretim kurumundan aldığı kendine hak sağlayan bir belgeyi başkasına vererek kullanırdmak veya başkasına ait bir belgeyi kullanmak, ç) Yükseköğretim kurumunda kişilerin şeref ve haysiyetini zedeleyen sözlü veya yazılı eylemlerde bulunmak, d) Yükseköğretim kurumu personelinin, kurum içinde ya da dışında, şeref ve haysiyetini zedeleyen sözlü veya yazılı eylemlerde bulunmak, e) Yükseköğretim kurumunda alkollü içki içmek, f) Yükseköğretim kurumuna ait kapalı ve açık mahallerde yetkililerden izin almadan toplantılar düzenlemek.”
- 49 MADDE 7: “ (1) Yükseköğretim kurumundan bir yarıyıl için uzaklaştırma cezasını gerektiren eylemler şunlardır; a) Yükseköğretim kurumu personeli ve öğrencilerini tehdit etmek, b) Yükseköğretim kurumlarında işgal ve benzeri fiillerle yükseköğretim kurumunun hizmetlerini engelleyici eylemlerde bulunmak, c) Kurum personeli ve öğrencilerine fiili saldırıda bulunmak, ç) Yükseköğretim kurumlarında hırsızlık yapmak, d) Yükseköğretim kurumu bünyesinde mevcut bina, demirbaş eşya ve benzeri malzemeyi tahrip etmek veya bilişim sistemine zarar vermek, e) Sınavlarda kopya çekmek veya çektirmek, f) Seminer, tez ve yayımlarında intihal yapmak. g) Yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma cezası almış olmasına rağmen, bu karara uymamak.”
- 50 MADDE 8: “ (1) Yükseköğretim kurumundan iki yarıyıl için uzaklaştırma cezasını gerektiren eylemler şunlardır; a) Yükseköğretim kurumu görevlilerine karşı cebir ve şiddet kullanarak görevin yapılmasına engel olmak, b) Öğrencilere karşı cebir ve şiddet kullanarak yükseköğretim hizmetlerinden yararlanmalarını engellemek, c) Suç sayılan eylemleri işlemek veya bir kimseyi veya grubu, cebir veya tehditle suç sayılan bir eylemi düzenlemeye veya böyle bir eyleme katılmaya zorlamak, ç) Yükseköğretim kurumları içerisinde uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanmak, taşımak, bulundurmak, d) Sınavlarda tehditle kopya çekmek, kopya çeken öğrencilerin sınav salonundan çıkarılmasına engel olmak, kendi yerine başkasını sınava sokmak veya başkasının yerine sınava girmek, e) Yükseköğretim kurumlarında cinsel tacizde bulunmak, f) Yükseköğretim kurumlarında 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanuna aykırı olarak ateşli silahlarla mermilerini ve bıçaklarla saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış bulunan diğer aletleri, patlayıcı maddeleri taşımak ve bulundurmak, g) Yükseköğretim kurumunun bilişim sistemine girerek kendisine veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamak, ğ) Soruşturma ile görevlendirilenleri tehdit etmek.”
- 51 MADDE 9: “ (1) Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasını gerektiren eylemler şunlardır; a) Mahkeme kararıyla kesinleşmiş olmak kaydıyla, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, böyle bir örgütü yönetmek veya bu amaçla kurulan örgüte üye olmak, üye olmamakla birlikte örgüt adına faaliyette bulunmak veya yardım etmek, b) Yükseköğretim kurumlarında uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri satmak, satın almak, başkalarına vermek ve ticaretini yapmak, c) 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanuna aykırı olarak ateşli silahlarla, mermilerini ve bıçaklarla saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış bulunan diğer aletleri, patlayıcı maddeleri kullanmak, ç) Kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunmak suretiyle cinsel dokunulmazlıklarını ihlal etmek.”

II. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ VE BU İLKENİN DİSİPLİN HUKUKUNDAKİ YANSIMASI

A. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi en genel tanımıyla, suçların ve suçlar karşılığında öngörülen yaptırımların yalnızca kanunla ihdas edilebilmesini ifade etmektedir⁵². Bu ilke sonucunda kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimse cezalandırılmayacak ve suç teşkil eden fiil karşılığında bir kimse hakkında kanunda yazılandan fazla cezaya hükmedilemeyecektir⁵³. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ceza hukukunun evrensel ilkelerinden biridir⁵⁴. Bu ilke ayrıca, hukuk devleti ilkesi ile onun bir uzantısı olan hukuki güvenlik ilkelerinin de temellerinden birisini oluşturmaktadır⁵⁵.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 7'nci maddesinde "Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" denilmek suretiyle açıkça düzenlenmiştir⁵⁶. Ayrıca AİHS uyarınca kurulan ve sözleşmeye taraf devletlerin yargılama yetkisini kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de verdiği kararlarında suçta ve cezada kanunilik ilkesinin önemini sıklıkla vurgulamaktadır⁵⁷. Bu ilkeye ayrıca, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin de 11'inci maddesinin ikinci fıkrasında "Hiç kimse işlendikleri sırada milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkum edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez"⁵⁸ denilmek suretiyle yer verilmiştir.

52 Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I* (14. Baskı, Der Yayınları 2016) 21; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları 2014) 45; Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: I Genel Hükümler* (8. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968) 68.

53 Erem (n 52) 69; Centel, Zafer ve Çakmut (n 52) 46; Abdullah Batuhan Baytaç, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018) 8.

54 Ekrem Çetintürk, 'Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz İlkesi' (2017) 5(9) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 39, 42.

55 Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbiri Hukuku* (20. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 41-42; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 65-66; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 12; Kanunilik ilkesi kabahatler hukuku bakımından da geçerli bir ilke olmakla beraber, Kabahatler Kanunu'nun *Kanunilik İlkesi* başlıklı 4'üncü maddesinde yer verilen " (1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. (2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir" hükmünden de anlaşılacağı üzere, bu ilke kabahatler karşılığında uygulanacak yaptırımlar bakımından mutlak bir şekilde uygulanacak iken kapsamının kanunla ortaya koyulması şartıyla kabahat teşkil eden fiillerin belirlenmesi noktasında idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 55) 51; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 94; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 251.

56 Dönmezer ve Erman (n 52) 38; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 55) 68.

57 "Mahkemenin bir sanığın kovuşturulmasına ve mahkûm edilmesine yol açan eylemi işlediği sırada, söz konusu eylemi cezalandırılabilir kılan bir kanun hükmünün yürürlükte olduğunu ve verilen cezanın söz konusu hükümle getirilen sınırları aşmadığını teyit etmesi gerekmektedir.", *Del Río Prada v İspanya*, App no 42750/09, (ECtHR, 21 October 2013) par. 80.

58 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi tam metni için bkz. <<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203->

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin yanı sıra, ulusal hukukumuzda yer verilmiştir. Anayasa'nın *Suç ve cezalara ilişkin esaslar* başlıklı 38'inci maddesinin birinci fıkrasında “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*” denilmek suretiyle suçların kanuniliği ilkesi, aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” denilmek suretiyle cezaların kanuniliği ilkesi hükme bağlanmıştır⁵⁹. Bu ilke ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun⁶⁰ (TCK) ikinci maddesinde de düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz*” denilmek suretiyle hem suçların kanuniliği hem de cezaların kanuniliği ilkesi düzenlenmiş bulunmaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin benimsenmesiyle kişilerin keyfi olarak cezalandırılmasını engellemek suretiyle onların hak ve hürriyetlerini korumak amaçlanmaktadır⁶¹. Bu bakımdan bu ilke devletin cezalandırma yetkisini sınırlandırıcı bir etki doğurur⁶². Bireyin fiili yasa da suç olarak öngörülen düzenlemenin unsurlarını taşıyor ise hakim tarafından cezalandırılmayacaktır⁶³. Bu ilkeyle ayrıca kişi hangi fiillerinin suç teşkil edebileceğini önceden bilecek ve davranışlarını ona göre yönlendirecektir⁶⁴.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ceza kanunlarının uygulanması noktasında bazı sonuçlar doğurmaktadır. Bu sonuçlar; belirlilik ilkesi, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilememesi, geriye yürüme yasağı, kıyas yasağı, örf ve adet hukukunun ceza hukukunda doğrudan kaynak olamaması şeklinde ifade edilebilir.

1. BELİRLİLİK İLKESİ

Belirlilik ilkesi suç ve ceza içeren kanun normunun, tüm bireyler tarafından rahatlıkla anlaşılabilir şekilde açık ve net olarak düzenlenmesi gerektiği anlamına gelmektedir⁶⁵. Nitekim bu husus TCK'nın 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında da suç sayılan fiillerin “açıkça” kaleme alınması gerektiği şeklinde ifade edilmiştir⁶⁶. Suç ve ceza içeren kanun düzenlemesinde açıklamalar öyle iyi yapılmalıdır ki birey,

208.pdf>, Erişim Tarihi 24 Mart 2021.

59 Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (19. Baskı, Savaş Yayınevi 2013) 41.

60 Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG. 12.10.2004/25611.

61 Demirbaş (n 55)116; Bu husus Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulanmaktadır: “*Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hukuk devletinin kurucu unsurlarındandır. Kanunilik ilkesi, genel olarak bütün hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde temel bir güvence oluşturmanın yanı sıra suç ve cezaların belirlenmesi bakımından özel bir anlam ve öneme sahip olup bu kapsamda kişilerin kanunen yasaklanmamış veya yaptırma bağlanmamış fiiller dolayısıyla keyfi bir şekilde suçlanmaları ve cezalandırılmaları önlenmekte; buna ek olarak suçlanan kişinin lehine olan düzenlemelerin geriye etkili olarak uygulanması sağlanmaktadır.*”, Anayasa Mahkemesi, Karlis A.Ş Başvurusu, 2013/849, 15.04.2014, par. 32.

62 Akbulut (n 55) 98.

63 Centel, Zafer ve Çakmut (n 52) 45-46.

64 Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 71.

65 Öztürk ve Erdem (n 55) 45; Centel, Zafer ve Çakmut (n 52) 55.

66 Baytaz (n 53) 72.

hangi eylemlerinin suç teşkil ettiğini hangilerinin ise suç oluşturmadığını önceden bilmelidir⁶⁷. Görüleceği üzere bu ilke kanun koyucu makama yani yasama organına bir yükümlülük yüklemektedir. Buna göre yasama organı ceza kanunları ihdas ederken açık ve sade bir dil kullanmalı, hükümlerin yorumlanmasında karışıklığa sebebiyet verecek ibarelerden kaçınmalıdır.

2. İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİYLE SUÇ VE CEZA İHDAS EDİLEMEMESİ

Kanunilik ilkesinin bir diğer sonucu, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilememesidir⁶⁸. Bu ilkeye Anayasada açıkça yer verilmemiş olsa da TCK'nın 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında "İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz" denilmek suretiyle bu kural ortaya koyulmuştur⁶⁹.

Bu kurala göre; cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik, tüzük ve genelge gibi idare tarafından çıkarılan düzenleyici işlemler ile suç ve ceza öngörülmesi mümkün değildir⁷⁰. Dolayısıyla, ceza hukukunda "açık hüküm", "beyaz hüküm" veya "açık ya da beyaz ceza normu" olarak ifade edilen, suçun çerçevesinin kanun hükmüyle çizildiği ancak içeriğinin idare tarafından belirlenmesi usulüne⁷¹ başvurmak mümkün değildir⁷².

3. GERİYE YÜRÜME YASAĞI

Kanunilik ilkesinin bir diğer sonucu olan geriye yürüme yasağı, suç teşkil eden fiile, fiilin işlendiği zaman yürürlükte olan ceza kanununun uygulanmasını, daha sonra yürürlüğe girecek bir kanunun

67 Akbulut (n 55) 107; Hakeri (n 55) 16.

68 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 55) 69; Özen (n 64) 73.

69 Toroslu, *Genel Kısım* (n 59) 43: Yazara göre TCK'nın 2'nci maddesinde yer verilen bu kural idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdas edilmesine engel olmayacaktır. TCK'dan daha sonra yürürlüğe giren bir kanun ile idareye suç yaratma yetkisinin verilmesi mümkündür. Eğer bu sonuç istenmiyor ise böylesi bir hükme Anayasada yer verilmelidir. Aynı yönde başka görüşler için bkz. Öztürk ve Erdem (n 55) 51, Centel, Zafer ve Çakmut (n 52) 62.

70 Hakeri (n 55) 25-26; Baytaz (n 53) 98-99.

71 Bu konuda yapılan tartışmalar hakkında detaylı bilgi için Bkz. Baytaz (n 53)100-124; Suç oluşturan fiillerin kapsamının kanunla ortaya koyulmasından sonra içeriğinin idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulması anlamına gelen "beyaz hüküm" uygulaması kabahatler hukukunda mümkündür. Bu durum, yukarıda da belirtildiği üzere Kabahatler Kanunu'nun 4'üncü maddesinde açıkça ortaya koyulmuştur.

72 765 sayılı TCK'nın 526'ncı maddesinde düzenlenen ve resmi makamların emirlerine riayetsizliği suç halinde getiren hükmün Anayasa'ya aykırı olduğundan bahisle yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi şu açıklamalarla ilgili hükmün Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir: "Yasama organının bütün olasılıkları göz önünde bulundurarak ayrıntı kuralları da saptamak yetkisi varsa da sık sık değişen durum ve ihtiyaçlar karşısında bu organın, yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü dolayısıyla kanunda esaslı hükümleri saptadıktan sonra acil olaylarda hükümete veya kimi makamlara tedbir almak yetkisi bırakması da yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Bu durum karşısında yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı gibi bir anlam çıkarmak doğru olmaz. Bundan başka, yukarıda da değinildiği gibi 526. maddenin birinci fıkrasında suçun ne gibi eylemleri kapsadığı açıkça belirtildiğine ve cezası da önceden saptandığına göre itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 33. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesindeki 'kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesine de uymayan bir yönü yoktur.", Anayasa Mahkemesi, E. 1973/12, K. 1973/24, 06.07.1973. Görüleceği üzere bu karar 1961 Anayasası döneminde verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin son dönemde verdiği kararlarında ise bu usulün kanunilik ilkesine uygun olmadığı vurgulanmaktadır.

geçmişe yönelik uygulanamamasını ifade eder⁷³. Dolayısıyla ceza hukukunda kural, fiilin işlendiği zaman yürürlükte olan ceza kanunlarının uygulanmasıdır. Bu ilkenin bir sonucu olarak işlendiği zaman suç teşkil etmeyen bir fiilin daha sonra yürürlüğe giren kanunla suç olarak düzenlenmesi halinde faile ceza verilemez⁷⁴. Ancak fiilin işlendiği zamandan daha sonra yürürlüğe giren kanunun fiili suç olmaktan çıkarması ya da önceki kanuna göre daha lehe bir durum öngörmesi halinde bu kanun geriye yürütülebilecektir⁷⁵. Buna göre, ceza hukukunda lehe kanunlar geriye yürütülürler⁷⁶. Lehe kanun, önceden işlenen fiil dolayısıyla hükmedilen cezanın infazının tamamlanmasına kadar uygulanabilir. İnfaz tamamlandıktan sonra ortada lehe kanunu uygulayacak bir durum da kalmayacaktır⁷⁷.

Ceza hukukunda istisnai olarak bazı kanunlar yürürlükten kalksalar dahi yürürlükte buldukları süre zarfında işlenen suçlara uygulanma kabiliyetini haizdir. Bunlar süreli ve geçici kanunlardır. Süreli kanun, kanun metninde yürürlükte kalacağı süre belirtilen kanundur. Geçici kanun ise, belirli bir olayın devamı süresince yürürlükte kalacağı düzenlenen kanunlardır. Bu olaylara savaş veya olağanüstü hal örnek olarak gösterilebilir. Bu kanunlar yürürlükten kalksalar dahi, yürürlükte iken işlenen suçlar bakımından uygulanmaya devam edilirler, yani ileriye dönük olarak etki doğururlar. Bu durum TCK'nın 7'nci maddesinin dördüncü fıkrasında da şu şekilde ifade edilmiştir: *“Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir.”*

73 Dönmezer ve Erman (n 52) 23.

74 *“Bu bağlamda toplumun ihtiyaçlarına göre suç sayılan fiiller için uygulanacak cezalar, nitelik ve nicelik olarak zamanla değişebilmektedir. Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunla bir suç için daha hafif bir ceza öngörülebileceği gibi daha ağır bir ceza da belirlenebilir. Hukuki belirliliğin ve hukuk güvenliğinin gereği olarak Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” hükmüyle aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasaklanmıştır. Ceza normlarının zaman bakımından uygulanmasını düzenleyici nitelikteki bu kural kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasağı olarak ifade edilmektedir. Bu yasadaki kişiyi özgürlüğü lehine kabul edilmiş bir güvence niteliğindedir.”*, Anayasa Mahkemesi, E. 2019/9, K. 2019/27, 11.04.2019, par.16.

75 Öztürk ve Erdem (n 55) 47; Akbulut (n 55) 117; Baytaş (n 53) 143-144.

76 *“Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunun aynı fiili suç olmaktan çıkarması veya aynı suç için daha hafif bir ceza öngördüğü durumlarda ise diğer bir alt ilke olan lehe kanunun uygulanması ilkesi gündeme gelmektedir. Sonraki kanunun fiili suç olmaktan çıkarması veya daha hafif bir ceza öngörmesi durumunda lehe kanundan söz edilir. Aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasağından farklı olarak lehe kanunun uygulanması ilkesine ilişkin bir hükme Anayasa'nın 38. maddesinde açıkça yer verilmemiştir. Bununla birlikte aynı maddede suç için mutlaka fiilin işlendiği zaman yürürlükte olan kanunun öngördüğü cezanın verilmesi yönünde bir kural da bulunmamaktadır.”*, Anayasa Mahkemesi, E. 2019/9, K. 2019/27, 11.04.2019, par.17.

77 Anayasa Mahkemesi, CMK'nın 251'inci maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen ve basit yargılama usulüne ancak hükme bağlanmamış dosyalarda başvurulabileceğine ilişkin hükmü kanunilik ilkesine aykırı bularak şu açıklamalarla iptal etmiştir: *“İtiraz konusu kural belirli bir tarih itibarıyla hükme bağlanmış dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanamayacağını öngörmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere Kanun'un 251. maddesinin (3) numaralı fıkrası basit yargılama usulünün uygulanması sonucunda mahkûmiyet kararı verildiği takdirde verilecek sonuç cezada dörtte bir oranında indirim yapılmasını öngörmektedir. Buna göre itiraz konusu kural yargılama aşamasında olup henüz kesinleşmiş hükümlerle sonuçlanmamış, dolayısıyla yeni yargılama usulünün uygulanabileceği dosyalarda ceza miktarı üzerinde fail lehine etkisi olan basit yargılama usulünün belirli bir tarih itibarıyla hükme bağlanmış dosyalarda uygulanmamasını öngörmek suretiyle Anayasa'nın 38. maddesini ihlal etmektedir. Kuralın bu niteliği ve yargılama üzerindeki etkisi dikkate alındığında Anayasa Mahkemesinin 25/6/2020 tarihli ve E.2020/16 K.2020/33 sayılı kararında ulaştığı sonuçtan ayrılmayı gerektirir bir durum söz konusu değildir.”*, Anayasa Mahkemesi, E. 2020/81, K. 2021/4, 14.01.2021.

4. KIYAS YASAĞI

Kıyas, kanunda düzenlenmeyen bir hususun kanunda düzenlenen başka bir hususa benzetilerek doldurulması işlemidir⁷⁸. Kıyas işlemi bu yönüyle, kanunda düzenlenmiş bir normun kapsamının ve anlamının ortaya koyulması için yapılan düşünsel bir faaliyet anlamına gelen “yorum” kavramından farklıdır⁷⁹. Ceza hukukunda yorum serbest ancak kıyas yasaktır. Bu sonuç, TCK’nın 2’nci maddesinin üçüncü fıkrasında “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz*” denilmek suretiyle düzenleme altına alınmıştır⁸⁰.

Ceza hukukunda yorum faaliyetinin serbest olduğunu ifade etmekle beraber, kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum yapılması yasaktır. Bu hususa da TCK’nın 2’nci maddesinin üçüncü fıkrasında “*Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*” denilmek suretiyle yer verilmiştir. Önemle ifade etmek gerekir ki, ceza hukukunda yasak olan genişletici yorum yapmak değil, bu yorum yönteminin kıyasa yol açacak şekilde kullanılmasıdır⁸¹. Dolayısıyla ceza hukukunda genişletici yorum yapmak serbesttir.

5. ÖRF VE ADET HUKUKUNUN DOĞRUDAN KAYNAK OLAMAMASI

Kanunilik ilkesinin bir diğer sonucu olarak örf ve adet hukuku ceza hukukunda doğrudan kaynak olamaz⁸². Örf ve adet hukukuna, suç teşkil eden fiiller ile bunlar karşılığında öngörülen yaptırımların belirlenmesi noktasında başvurulamazken, bazı kavramlarının yorumlanmasında örf ve adet hukukundan yararlanmak mümkündür⁸³. Örneğin, TCK’nın 125’inci maddesinde düzenlenen hakaret suçunun oluşup oluşmadığı tespit edilirken mahkeme, sarf edilen sözlerin hakaret teşkil edip etmediği değerlendirmesini yaparken örf ve adetten yararlanabilir. Zira bazı sözler toplumun bir kesiminde ya da bölgesinde hakaret olarak algılanmaz iken, başka bir kesim veya bölgesinde hakaret olarak algılanabilir. Hakim, görev yaptığı yerin örf ve adetini göz önünde bulundurarak, ilgili sözün hakaret suçunu oluşturup oluşturmadığına karar verecektir. Böylesi bir tutum kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmez.

78 Öztürk ve Erdem (n 55) 48; Centel, Zafer ve Çakmut (n 52) 53; Akbulut (n 55) 112; Bu kavram hukuk sözlüğünde; “*Yasalarda düzenlenen belli bir hukuki durum ve ilişki için konulmuş hükümlerden yararlanarak, o durum ve ilişkiye benzeyen ve fakat yasalarda düzenlenmemiş bir durum ve ilişkiyi çözümleme yöntemi*” şeklinde tanımlanmaktadır. Tanım için bkz. Yılmaz (n 6) 766.

79 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 55) 70; Yorum kavramı hukuk sözlüğünde; “*Yasa, tüzük, yönetmelik, karar gibi her türlü belgedeki ifadenin açıklanması ve belirlenmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır. Tanım için bkz. Yılmaz (n 6) 1511.

80 Hakeri (n 55) 29-30.

81 Akbulut (n 55) 113; “*Tefecilik suçunun konusunun sadece para ile sınırlandırılması karşısında para yerine geçen kıymetli evrak, altın veya sair menkul kıymetler madde kapsamında bulunmadığından, kanunilik ilkesi gereğince yorum veya kıyas yoluyla bir eşyanın kazanç elde etmek amacıyla ödünç verilmesi suçun konusunu oluşturmayacağından, sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi...*”, Yargıtay 9 CD, E. 2020/4193, K. 2021/353, 28.01.2021.

82 Baytaz (n 53) 124.

83 Toroslu, *Genel Kısım* (n 59) 44-45; Öztürk ve Erdem (n 55) 50; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 55) 69; Hakeri (n 55) 25.

B. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİN DİSİPLİN HUKUKUNDAKİ YANSIMASI

Anayasa'nın 38'inci maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin suç ve cezaları bakımından da geçerli olduğu doktrin ve yargı kararlarında genel olarak ifade edilmektedir⁸⁴. Anayasa Mahkemesi de süreklilik kazanan içtihatlarında Anayasa'nın 38'inci maddesinde düzenlenen ceza hukukunun temel ilkelerinin disiplin suç ve cezaları bakımından da geçerli olduğunu şu cümlelerle açıklamaktadır: *“Burada öncelikle çözümlenmesi gereken konu disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan suç ve cezalar kapsamında olup olmadığıdır. Genel olarak disiplin cezaları kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsenmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındadır.”*⁸⁵ Yüksek mahkeme bu doğrultudaki başka bir kararında Anayasa'nın 38'inci maddesinde adli suç-idari suç ayırımı yapılmadığından bahisle bu maddede yer verilen ilkelerin disiplin suç ve cezaları bakımından da geçerli olduğuna şu cümlelerle hükmetmiştir: *“ Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında 'Kimse,...kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz' denilerek 'suçun yasallığı' üçüncü fıkrasında da 'ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur' denilerek, 'cezanın yasallığı' ilkesi getirilmiştir. Anayasa'nın 38.maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir.”*⁸⁶

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin suç ve cezaları bakımından da uygulanma kabiliyeti olduğu kabul edilmekle birlikte, bu ilkenin disiplin hukukundaki uygulama yönteminin nasıl olacağı hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bir görüş suçta ve cezada

84 Çağlayan, *İdare Hukuku* (n 7) 531; Akyılmaz (n 7) 1; Pınar ve Çalışkan (n 12) 21: Yazarlar ceza hukukundaki suçta ve cezada kanunilik ilkesinin dayanağının Anayasa'nın 38'inci maddesindeki düzenleme olduğunu ifade ederken, disiplin suç ve cezalarının dayanağının ise Anayasa'nın 128'inci maddesinde düzenlenen hüküm olduğunu ifade etmektedirler. *Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler* başlığını taşıyan ilgili hüküm şu şekildedir: *“Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.”* Bu hüküm tek başına tüm disiplin suç ve cezalarının anayasal temelini oluşturmak noktasında yeterli değildir. Zira söz konusu hüküm yalnızca memurlar ve diğer kamu görevlileri ile ilgili açıklamalara yer verirken, hakkında disiplin yaptırımı öngörülen kişiler yalnızca bunlarla sınırlı değildir. Örneğin; ilköğretim, ortaöğretim ya da yükseköğretim kurumlarında eğitim-öğretim gören öğrenciler bakımından da disiplin suç ve cezaları öngörülmüş bulunmaktadır. Nitekim, 07.09.2013 tarih ve 28758 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin 163 vd. maddelerinde kurala bağlanan disiplin hükümleri memurlar ve diğer kamu görevlileri kapsamına dahil olmayan ortaöğretim kurumlarındaki öğrencilere ilişkindir. Dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda da geçerli olduğuna ilişkin bir çıkarımı sadece Anayasa'nın 128'inci maddesine dayandırmak hukuken muteber değildir.

85 Anayasa Mahkemesi, E. 1990/12, K. 1991/7, 04.04.1991; Anayasa Mahkemesinin suçta ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda da geçerli olduğuna hükmettiği bir başka kararında şu açıklamalara yer verilmiştir: *“İnsan haklarına önem veren bir ceza infaz sisteminin amaçlarına ulaşabilmesi için, öncelikle Anayasa ve uluslararası belgelerde kabul edilen hukukun temel ilkelerine uygun kurallara dayanması zorunludur. Ceza infaz kurumlarında uygulanacak disiplin yaptırımlarının da aynen diğer ceza yaptırımları gibi belirlilik ve kanunilik ilkelerine uygun şekilde düzenlenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle bu kurumlarda bulunan hükümlü ve tutukuların hangi fiillerinin disiplin suçunu oluşturduğunu açık olarak bilmeleri gerekmektedir.”*, Anayasa Mahkemesi, E. 2013/28, K. 2013/106, 03.10.2013.

86 Anayasa Mahkemesi, E. 2010/28, K. 2011/139, 20.10.2011: *“Anayasa'nın 38. maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir.”* Aynı yönde başka bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/110, K. 2018/99, 17.10.2018.

kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda da mutlak olarak uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁸⁷. Doktrinde başka bir görüş suçta ve cezada kanunilik ilkesine disiplin hukukunda ihtiyaç olmadığını savunmaktadır⁸⁸. Ceza hukukunun temel ilkelerinin disiplin hukuku bakımından da geçerli olduğu görüşünde olan yazarların çoğunluğu ise disiplin suç ve cezaları bakımından; cezaların kanuniliği ilkesinin mutlak olarak uygulanması gerektiğini, suçların kanuniliği ilkesinin ise ceza hukukunda olduğu gibi katı bir şekilde uygulanmasına gerek olmadığını, kanun ile disiplin suçu teşkil eden fiillerin çerçevesinin çizilmesinden sonra içeriğinin idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulmasının mümkün olduğunu ifade etmektedirler⁸⁹. Bu durumun gerekçesi olarak, tüm düzeni bozucu fiillerin listesinin yapılmasının imkansız olduğu ve disiplin hukukunda suçta kanunilik ilkesinin benimsenmesi durumunda hızla değişen hayat dinamikleri karşısında kanunla öngörülmemiş bir düzen bozucu fiilin cezalandırılmasının olanaklı olmayacağı ifade edilmektedir⁹⁰. Bu görüşte olan yazarlar Anayasa Mahkemesi ile Danıştay'ın bazı kararlarını da görüşlerine dayanak olarak göstermektedirler⁹¹.

Hukukumuzda disiplin suç ve cezası öngören bazı kanunlarda bu doğrultuda hükümlere yer verilmektedir. Örneğin DMK'nın 125'inci maddesinde disiplin cezası öngörülen fiiller tek tek sayıldıktan sonra şu hükme yer verilmektedir: *“Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir.”* Görüleceği üzere Kanun disiplin suçu teşkil eden fiillerin çerçevesini çizmiş, bu fiillere benzeyen diğer bazı eylemlere de kıyas yoluyla disiplin cezası uygulama noktasında idareye yetki vermiştir⁹². Ancak Kanun bu çerçeveyi çizirken, içeriğin yönetmelikle doldurulmasına ilişkin

87 Hasan Dursun, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2015) 455-461; Özen (n 64) 73; Yazar şu gerekçelerle suçta kanunilik ilkesinin disiplin hukuku bakımından da geçerli olması gerektiğini ifade etmektedir: *“Bize göre, suçta kanunilik ilkesi, disiplin suçlarında da geçerli olmalıdır. Ülkemizde disiplin hukuku (disiplin suç ve cezaları) bakımından temel bir kanun bulunmamaktadır. Çok sayıda farklı kanunlarda disiplin suç ve cezaları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler bakıldığında, genel olarak, disiplin suçlarında kanunilik ilkesine uyulmadığı, idareye disiplin suçu oluşturma konusunda takdir yetkisi verildiği ve fakat disiplin cezalarında kanunilik ilkesine uyulduğu görülmektedir. Ancak, özel olarak, idarenin disiplin suç ve cezaları konusunda düzenleme yapma yetkisine sahip kılınması, disiplin cezalarında da kanunilik ilkesine uyulmadığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında ifade ettiği gibi, disiplin suç ve cezaları da kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendirdiği için, KHK ile düzenlenemez. KHK ile düzenlenemeyecek olan disiplin suç ve cezalarının idari düzenlemeler ile düzenlenmesi ve uygulanması Anayasa'ya aykırıdır. Yapılması gereken, bütün disiplin suç ve cezaları için geçerli olacak genel bir disiplin kanunu çıkartılmaldır”*; Disiplin hukukunda kanunilik ilkesine mutlak anlamda uyulması gerektiğini savunan bir başka görüş için bkz. Duman (n 7) 18.

88 Ahmet Erdoğan, 'Yeni Disiplin Cezaları' (1972) (6-7) Danıştay Dergisi 12, Aktaran: Metin Bulut, 'Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek' (2018) 6(12) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 227, 255.

89 Ulusoy, *İdare Hukuku* (n 14) 473; Disiplin hukukunda kanunilik ilkesinin mutlak olarak uygulanması gerektiğini savunan görüşler ile disiplin hukukunda kanunilik ilkesini reddeden görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bulut (n 88) 243 vd.; Kaşlı (n 24) 44.

90 Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (10. Bası, Turhan Kitabevi 2014) 881; Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (16. Baskı, Ekin Yayınları 2015) 661; Yazarlara göre kamu görevlileri için öngörülen disiplin suçlarını düzenleyen Devlet Memurları Kanunu'nun 125'inci maddesiyle de suçta kanunilik ilkesi katı bir şekilde benimsenmemiş bilakis, *“yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir”* demek suretiyle, bu ilkenin ceza hukukunda olduğu gibi katı bir şekilde uygulanmayacağı kabul edilmiş olmaktadır.

91 Çetintürk (n 54) 147.

92 Boz (n 32) 22.

herhangi bir hükme yer vermemiştir⁹³. Çeşitli yargı makamları bu durumu suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulmamaktadır⁹⁴.

Bu doğrultuda benzer bir hükme yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim görevlilerinin disiplin rejimini düzenleyen 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/D maddesinin beşinci fıkrasında da yer verilmiştir. İlgili fıkra şu hükmü içermektedir: *“Bu Kanunda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiillere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer fiilleri işleyenlere de hangi disiplin fiiline benzediği belirtilerek aynı türden disiplin cezaları verilir.”* Burada da önce disiplin suçu teşkil eden fiiller sayılmış, ardından bu fiillere nitelik ve ağırlık yönünden benzeyen diğer eylemlere de disiplin cezası verilebilmesi noktasında idareye sınırlı bir alan bırakılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin son zamanlarda verdiği kararlar da bu doğrultudadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi, avukatlık mesleği mensuplarının disiplin rejimini düzenleyen 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 134'üncü maddesinde yer verilen; *“Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, meslekî çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır”* hükmünün Anayasa'nın 38'inci maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada, bu düzenlemenin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olmadığına şu açıklamalarla hükmetmiştir: *“Bununla birlikte idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değer in ihlal edilmesi nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza dışında bir yaptırımın öngörülmesi karşısında Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması iş in mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere disiplin suçunun kanunda belirlenerek karşılığında bir disiplin cezasının gösterilmiş olması yeterli olup suç sayılan eylemler ve cezası kanunda gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin kamu hizmetlerinin ve toplumsal ihtiyaçların değişkenliği çerçevesinde duyulan*

93 Benzer bir düzenlemeye 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nda da yer verilmiştir. Kanun'un 8'inci maddesinin ilk fıkrasında *“Disiplinsizliği tespit edilen personele disiplin amiri tarafından bu Kanundaki esaslara uygun olarak disiplin cezası verilir”* hükmüne yer verilmiş ve disiplin cezası gerektiren eylemler Kanun'da tek tek sayılmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise DMK'daki düzenlemeye benzer şekilde; *“Bu Kanunda belirlenmiş olan disiplinsizliklere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara, eylemleri adli veya askeri suç teşkil etse dahi aynı neviden disiplin cezaları verilebilir”* şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Görüldüğü üzere burada da Kanun'da düzenlenen fiiller benzer eylemlerin işlenmesi halinde idareye disiplin cezası verebilme noktasında bir yetki verilmiş ancak benzer eylemlerin yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

94 *“657 sayılı Kanunun 125/4. Maddesinde anlaşılabacağı üzere, bir fiilin disiplin cezası ile cezalandırılabilmesi için mutlaka Kanunun 125. maddesinde sayılan fiillere lafzen tam olarak uymasının gerekmediği, ortada memur disiplin hukukunun ruhuna aykırı bir fiil bulunması halinde, fiil 125. Maddenin 1. fıkrasının A, B, C, D ve E bentlerinin alt bentlerinde sayılan fiillerden hangisine nitelik ve ağırlıkları itibarıyla en çok benziyor ise, o alt bent kapsamında disiplin cezası verilebileceği tabiidir. Olayda, davacının yukarıda aktarılan paylaşımı yaptığı açık ve ihtilafsız olup, bu paylaşımın disiplin hukukunun ruhuna ters düşen ve disiplin cezası ile cezalandırılması gereken bir fiil olduğu konusunda Dairemizde en ufak bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, bu fiilin nitelik ve ağırlığı itibarıyla en çok benzer olduğu alt bent, 125. Maddenin 1. fıkrasının D bendinin (o) alt bendi, yani 657 sayılı Kanun yukarıda aktarılan 125/D-o maddesi olduğu, davacının fiilinin 125/E-a ve 125/E-b maddelerine değil, 125/D-o maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.”*, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, E. 2018/2927, K. 2019/829, 24.04.2019.

*gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla yürütme organına yetki vermesi idari kararlarla suç ihdası ve dolayısıyla kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelmemektedir.*⁹⁵ Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi bu kararı verirken disiplin suçlarında kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değer ihlal edildiği ve ekonomik ve teknik hayatın hızla gelişmesi gerçeği karşısında suçta ve cezada kanunilik ilkesini disiplin yaptırımları bakımından da ceza hukukunda olduğu gibi katı uygulanmasının isabetli olmayacağı tespitinden hareket etmiştir.

Disiplin suçlarının yönetmelikle düzenlenebilmesi, hangi fiillerin disiplin cezası gerektiren eylemler olduğunun kapsamının kanunla çizilmeden yalnızca yönetmeliğe bir atıf yapılarak disiplin suç ve cezaları ihdas edilmesinin hukuka uygun olacağı anlamına gelmemektedir⁹⁶. Ezcümle, her ne kadar idarenin düzenleyici işlemleriyle karşılığında disiplin cezası öngörülen eylemlerin belirlenmesi mümkünse de bu eylemleri içerisine alacak kapsamlı bir çerçeve hükme kanunda yer verilmesi elzemdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de Türk Standartları Enstitüsü'nün (TSE) görev ve yetkilerini düzenleyen 662 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 10/A maddesinde yer verilen *“Enstitü personelinin izin, disiplin, intibak işleri ile diğer hususlar yönetmelikle belirlenir”* şeklinde hükmü şu açıklamalarla Anayasa'ya aykırı bulmuştur: *“Buna karşılık suçta ve cezada kanunilik ilkesinin daha esnek uygulandığı idari suçlar yönünden de suç ve cezalara ilişkin olarak kanun metninde yalnızca genel bir atıfla yetinilmesi yeterli değildir. Anayasa Mahkemesinin 14/1/2015 tarihli ve E.2014/100, K.2015/6 sayılı kararında da vurgulandığı üzere idari suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Bu açıdan kanun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek nitelikte olmalıdır.”*⁹⁷ Görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin yaptırımları bakımından ceza hukukunda olduğu gibi katı bir şekilde uygulanmasına gerek olmadığını ifade etmiş, ancak disiplin yaptırımı gerektiren eylemlerin çerçevesinin kanunla çizilmeden yalnızca bir yönetmeliğe atıf yapılmasını Anayasa'nın 38'inci maddesine aykırı bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 83'üncü maddesinde yer alan *“Gerek inzibat komisyonları tarafından ve gerek salahiyet dairesinde re'sen verilecek inzibat cezalarını icap ettiren fiil ve hareketlerin ne olduğunu ve cezaların derece ve miktarı, polis mesleğinin haiz olduğu hususiyet ve ehemmiyet gözetilerek tanzim edilecek nizamnamede tayin olunur. Memuriyetten ihraç cezası müstesnadır”* şeklindeki hükmü Anayasa'ya aykırılık bakımından

95 Anayasa Mahkemesi, E. 2018/30, K. 2018/94, 25.09.2018.

96 *“Buna karşılık suçta ve cezada kanunilik ilkesinin daha esnek uygulandığı idari yaptırımlara ilişkin düzenlemelerin yalnızca kanun metninde yer alması yeterli değildir. Anayasa Mahkemesinin 14/1/2015 tarihli ve E.2014/100, K.2015/6 sayılı kararında da vurgulandığı üzere söz konusu düzenlemelerin içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Bu açıdan kanun, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek nitelikte olmalıdır.”*, Anayasa Mahkemesi, E. 2018/73, 27.07.2019.

97 Anayasa Mahkemesi, E. 2018/107, K. 2018, 20.12.2018: *“İtiraz konusu kural yaptırım türlerini ve yaptırım konusu eylemleri belirlemediğinden ilgililerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun uygulanacağını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine yasal çerçevede imkân tanımamaktadır. Bu nedenle kural suçun ve cezanın kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.”*

incelemiştir⁹⁸. Yüksek mahkeme bu kararında da öngörülen disiplin suçları ile disiplin cezalarının nelerden ibaret olduğunun belirsiz olması sebebiyle bu hükmü Anayasa'nın 38'inci maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.

III. YÜKSEKÖĞRETİM ÖĞRENCİLERİ DİSİPLİN REJİMİNİN SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda da ifade edildiği gibi, yükseköğretim öğrencileri için öngörülen disiplin rejiminin kanuni dayanağı 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 54 ve 65'inci maddeleridir. Kanun'un 54'üncü maddesinin (a) bendinde disiplin suçu teşkil eden fiiller; yükseköğretim kurumları içinde veya dışında yükseköğretim öğrenciliği sıfatına, onur ve şerefine aykırı harekette bulunma, öğrenme ve öğretme hürriyetini, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kısıtlama, kurumların sükûn, huzur ve çalışma düzenini bozma, boykot, işgal ve engelleme gibi eylemlere katılma, bunları teşvik ve tahrik etme, yükseköğretim mensuplarının şeref ve haysiyetine veya şahıslarına tecavüz etme veya saygı dışı davranışlarda bulunma ve anarşik veya ideolojik olaylara katılma veya bu olayları tahrik ve teşvik etme şeklinde toplu olarak sayılmıştır. Kanun'da bu fiiller karşılığında öngörülen disiplin cezaları da uyarma, kınama, bir haftadan bir aya kadar veya bir veya iki yarıyıl için kurumdan uzaklaştırma veya yükseköğretim kurumundan çıkarma şeklinde ifade edilmiştir. Kanun'un 65'inci maddesinde yükseköğretim öğrencilerinin disiplin işlemlerinin yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmış ve bu doğrultuda Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği kabul edilerek yürürlüğe koyulmuştur. Yukarıda bahsedilen disiplin cezalarını öngören fiillerin ne olduğu bu yönetmelikte düzenlenmiştir. Örneğin, yönetmeliğin 4'üncü maddesinin (a) bendinde *“Yükseköğretim kurumu yetkililerince sorulan hususları haklı bir sebep olmadan zamanında cevaplandırmamak”* eylemi uyarma cezasını gerektiren bir fiil olarak düzenlenmiş iken, 9'uncu maddenin (a) bendinde ise *“Mahkeme kararıyla kesinleşmiş olmak kaydıyla, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, böyle bir örgütü yönetmek veya bu amaçla kurulan örgüte üye olmak, üye olmamakla birlikte örgüt adına faaliyette bulunmak veya yardım etmek”* fiili yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasını gerektiren bir eylem olarak düzenlenmiştir.

Evvence ifade edildiği gibi, disiplin suçu olarak öngörülen fiillerin tamamının kanunla düzenlenmesine gerek bulunmayıp, bu fiillerin kapsamının kanunla belirlenmesi şartıyla içeriğinin idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurma usulü Türk hukuk doktrini ve yargı makamları tarafından Anayasa'nın 38'inci maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Ancak disiplin cezalarının mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Yükseköğretim öğrencileri disiplin rejimi bakımından da bu esaslara uyulmuş ve öğrencilerin işleyeceği disiplin suçları bakımından hangi yaptırımların uygulanacağı kanunda tek tek sayılmıştır⁹⁹. Ancak, yönetmelikte disiplin suçu olarak düzenlenen eylemlerin Kanun hükmünün kapsamında

98 Anayasa Mahkemesi, E. 2015/85, K. 2016/3, 13.01.2016.

99 Yukarıda da ifade edildiği gibi bunlar; uyarma, kınama, yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma, yükseköğretim kurumundan bir veya iki yarıyıl için uzaklaştırma ve yükseköğretim kurumu öğrenciliğinden çıkarma cezasıdır.

kalıp kalmadığı ve Kanun'da öngörülen fiillerin karşılığında yer verilen disiplin cezalarının hangileri olduğu hukuki bir belirlemeyi zorunlu kılmaktadır. Zira, Kanun'un 54'üncü maddesinin (a) bendinde yer verilen açıklamalar hangi nitelikte eylemlere hangi cezaların verileceğini açık ve belirli bir şekilde ortaya koymuyorsa, bu hükmün Anayasa'nın 38'inci maddesine aykırılığı gündeme gelebilecektir¹⁰⁰. Anayasa Mahkemesi'nin de yukarıda yer verilen bir kararında belirttiği gibi; “*eğitim hakkının özüne dokunan ve etkinliğini ortadan kaldıran kısıtlamalardan korunmak için bu kısıtlamaların öngörülebilir olması ve meşru amaç çerçevesinde ölçülü olarak yapılması*” gerekmektedir¹⁰¹.

Doktrinde bazı yazarlar, yükseköğretim kurumu öğrencileri için öngörülen disiplin hükümlerinin kanunda kapsamının açık ve belirli bir şekilde ortaya konulmadan yönetmeliğe bırakılmasını suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğunu ifade etmektedir¹⁰². Bu görüşte olan yazarlardan Dursun; 2547 sayılı Kanun'da yükseköğretim öğrencileri için öngörülen disiplin suçlarının tamamına yer verilmediğini, kısmi bir düzenleme yapıldığını, yönetmelikte Kanun'da yer verilemeyen disiplin suçlarının düzenlendiğini ve bu durumun Anayasa'nın 38'inci maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğunu savunmaktadır¹⁰³. Yazar ayrıca, yükseköğretim öğrencileri için öngörülen tüm disiplin suçlarına 2547 sayılı Kanun'da yer verilse bile suçta ve cezada kanunilik ilkesine uyulmuş olunmayacağını ifade etmektedir. Zira, kanunilik ilkesine uygun bir düzenlemeden bahsedilebilmesi için disiplin cezasının hangi fiil ve davranışlar karşılığında uygulanacağını açıkça gösterilmesi gerekir. Çünkü, her bir disiplin suçunun cezasının ayrı ayrı gösterilmesi kanunilik ilkesinin “kanunun açıklığı” alt ilkesinin bir gereğidir¹⁰⁴.

100 “Hukuk devletin temel ilkelerinden biri belirliliktir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi gereklilikleri karşılama koşuluyla mahkeme içtihatları ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi gereklilikleri karşılama koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleriyle de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.”, Anayasa Mahkemesi, E. 2018/73, K. 2019/65, 24.07.2019; Aynı yönde açıklamalara yer veren başka bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2014/100, K. 2015/6, 14.01.2015.

101 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/583, 10.12.2014; Danıştay da vermiş olduğu kararlarında, yalnızca disiplin suç ve cezası öngörülen düzenlemelerin değil, disiplin soruşturmasına ilişkin diğer kuralların da kanunla sevk edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Örneğin; Yükseköğretim Kanunu'nun 54'üncü maddesinde; disiplin soruşturması yapma, gerekli cezaı verme ve disiplin kuruluna sevk etmekle yetkili kişiler arasında Rektör sayılmamış olmakla birlikte, Yönetmeliğin 12'nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi ile, Rektöre de bazı durumlarda soruşturma açma emri verme yetkisi tanınmıştır. Bu düzenleme Danıştay 8. Dairesi tarafından iptal edilmiştir (Bu karar için bkz. Danıştay, E. 2019/6735, K. 2020/5892). Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu önceki tarihli bir kararında ise söz konusu düzenlemenin iptal talebini reddetmişti. Bkz. Danıştay İDDK., E. 2016/4019, K. 2017/1660.

102 Güneş Okuyucu Ergün ve Eylem Baş, “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Suçları, Cezaları ve Soruşturmalarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler” (2021) 27(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 26, 29-30; Pinar ve Çalışkan (n 12) 789-793: “Anayasa Mahkemesinin yukarıda anılan kararları, Anayasa'nın 153.maddesi uyarınca herkesi bağladığına göre, yükseköğretim kurumları öğrencilerinin disiplin suç ve cezalarının, belirgin biçimde yasayla düzenlenmesinin; yalnızca ayrıntıların yönetmeliğe bırakılmasının gerekli olduğunu kesin bir şekilde ortaya koymaktadır.”

103 Dursun (n 87) 353-354.

104 Dursun (n 87) 354-356: Yazar ayrıca, 2547 sayılı Kanun ile Yönetmelik'te düzenlenen birçok disiplin suç ve cezasının kanunilik ilkesinin sonuçlarından olan ve yukarıda aynı anlama gelen belirlilik ilkesi bağlamında detayları açıklanan

Aynı görüşteki bir başka yazar olan Şen'e göre de; Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği ile sevk edilen disiplin rejiminde suçta ve cezada kanunilik ilkesine uyulmamış, Kanun'da yer verilmeyen birçok fiil yönetmelik ile disiplin suçları kapsamına sokulmuştur¹⁰⁵.

Şimdi bu mesele Anayasa Mahkemesi kararları ışığında irdelenecektir.

İlk olarak, Anayasa Mahkemesinin mülga Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği döneminde verdiği bir kararı analiz etmekte yarar vardır. Kanuni dayanağı halen uygulanmakta olan Yönetmelikte olduğu gibi 2547 sayılı Kanun'un 54 ve 65'inci maddeleri olan mülga Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinin (e) bendinde; *“kanun dışı kuruluşlar adına faaliyet yapmak veya yardımda bulunmak”* fiili öğrencilikten çıkarma cezası öngörülen bir disiplin suçu olarak düzenlenmişti.

Bir terör örgütü içerisinde faaliyet gösterdiği tespit edilen yükseköğretim kurumu öğrencisine bu hükme dayanarak öğrencilikten çıkarma cezası verilmiş, verilen disiplin cezasının doğrudan kanunla düzenlenmediğinden bahisle eğitim hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu ile müracaat edilmiştir. Yüksek mahkeme, mevcut Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin uygulanmasına da ışık tutacak şekilde ilgili düzenlemenin Anayasa'nın 38'inci maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olmadığına şu cümlelerle hükmetmiştir: *“Bu kapsamda yükseköğrenime ilişkin disiplin suç ve cezaları 2547 sayılı Kanun'un 54. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede yükseköğrenim kurumları içinde veya dışında “anarşik veya ideolojik olaylara katılan veya bu olayları tahrik ve teşvik eden eylem başka bir suçu oluştursa bile ayrıca uyarma, kınama, bir haftadan bir aya kadar veya bir veya iki yarıyıl için kurumdan uzaklaştırma veya yükseköğretim kurumundan çıkarma cezalarının” verileceği hüküm altına alınmıştır... Bu şekilde Kanun'da disiplin cezasını gerektiren eylemler topluca sayılmış ve bunlara verilebilecek cezalar topluca ifade edilmiştir. Kanun, hangi eyleme hangi cezanın verileceğini ise Yönetmelik'e bırakmıştır... Dolayısıyla 2547 sayılı Kanun'a uygun olarak kabul edilen mülga Yönetmelik'in ilgili hükmünün öngörülebilir ve ulaşılabilir bir şekilde ‘Kanun dışı kuruluşlara üye olma,*

“kanunların açıklığı” ilkesine de aykırı olduğunu ifade etmektedir. Örneğin, Yönetmeliğin “Kınama Cezasını Gerektiren Disiplin Suçları” başlıklı 7'nci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde “öğrencilik sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak” şeklindeki düzenleme oldukça muğlak ifadeler içerdiğinden suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından olan “kanunların açıklığı” ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

105 Ersan Şen, 'Disiplin Hukuku ve Öğrenci Disiplin Yönetmeliği' (HukukiHaber.net, 22 Haziran 2015) <<https://www.hukukihaber.net/diisiplin-hukuku-ve-ogrenci-disiplin-yonetmeliigi-makale,4062.html>> 2 Nisan 2021: *“Belirtmeliyiz ki; her ne kadar disiplin cezaları ‘kanunilik’ prensibine uygun olsa da, aşağıda kısaca yer verdiğimiz disiplin suçları bakımından aynı tespitite bulunamayacağımız bir gerçektir. ‘Disiplin suç ve cezalarında kanunilik’ prensibine göre, işlendiği tarih itibariyle bir eylemi net bir şekilde disiplin suçu sayan ve ceza öngören yazılı hukuk kuralı olmadıkça kimseye ceza verilemeyeceği gibi, bir kimse hakkında yazılı hukuk kuralında öngörülen suçtan ve cezadan başka, örneğin kıyas yaparak veya daha fazla ceza tayini yoluyla yaptırım uygulanamaz. Maalesef bu Yönetmelikte ve genel olarak tüm disiplin kurallarında, özellikle ‘kanunilik’ prensibi açısından keyfiliğin olduğu ve bu sorunun çözümünde olumlu adımlar atılmadığı görülmektedir. Bu keyfiliğten başka, disiplin suçlarının çok ağır olduğu ve her yöne çekilebilecek muğlaklığa da sahip olduğu, ayrıca her gün gelişen bilim ve teknik karşısında yetersiz kaldığı, yeni disiplin suçları ile ilgili yeterli düzenlemelerin yapılmadığı bir gerçektir.”* Görüldüğü üzere yazar yükseköğretim kurumları öğrencileri için öngörülen disiplin suçlarının kanunda kapsamı ortaya koyulmadan yönetmelikle düzenlenmesini suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulmakta ve bu durumun disiplin kuralları öngören düzenlemelerde sıklıkla yapıldığını vurgulamaktadır.

Dursun (n 87) 353-354.

*bu kuruluşlar adına faaliyet yapma veya yardımda bulunma' eylemine karşılık disiplin yaptırımını kabul ettiğinden başvurusunun eğitim ve öğrenim hakkına yönelik müdahalenin kanuni dayanağının olduğu açıktır.*¹⁰⁶” Anayasa Mahkemesi bu kararında kısaca, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinin (e) bendinde düzenlenen “*kanun dışı kuruluşlar adına faaliyet yapmak veya yardımda bulunmak*” eylemini, 2547 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinde düzenlenen “*Anarşik veya ideolojik olaylara katılmak veya bu olayları tahrik ve teşvik etmek*” eyleminin kapsamına dahil olduğunu, dolayısıyla öğrenciye verilen disiplin cezasının yasal dayanağının bulunduğunu ifade etmiştir. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, yükseköğretim öğrencileri için öngörülen disiplin cezalarının Kanunda tek tek sayılması ve bu cezaların karşılığında öngörüldüğü disiplin suçlarının kapsamının da belirli, açık ve ulaşılabilir bir şekilde ortaya koyulduğundan bahisle, ilgili öğrenciye verilen öğrencilikten çıkarma cezasını suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi, yine yasal dayanağı 2547 sayılı Kanun'un 54 ve 65'inci maddelerinin olduğu mülga Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği döneminde gerçekleşen benzer bir olayda, öğrenci hakkında yönetmeliğe dayanılarak öğrencilikten çıkarma cezasının verilmesini şu açıklamalarla hukuka aykırı bulmamıştır: “*Başvurucu, disiplin cezasına neden olan Yönetmelik'in 10. maddesinin (e) bendinin 2547 sayılı Kanun'da açıkça yer almadığını ileri sürmüştür. 2547 sayılı Kanun'a uygun olarak kabul edilen mülga Yönetmelik'in ilgili hükmünün öngörülebilir ve ulaşılabilir bir şekilde “kanun dışı kuruluşlara üye olma, bu kuruluşlar adına faaliyet yapma veya yardımda bulunma” eylemine karşılık disiplin yaptırımını kabul ettiğinden başvurusunun eğitim ve öğrenim hakkına yönelik müdahalenin kanuni dayanağının olduğu açıktır.*¹⁰⁷” Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi; disiplin hukukunda, disiplin suçu teşkil eden fiillerin kapsamının kanunla ortaya koyulmasından sonra içeriğinin idareye verilecek yetki uyarınca yönetmelikle düzenlenmesinin Anayasa'nın 38'inci maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olduğu, 2547 sayılı Kanun'un 54 ve 65'inci maddelerinin ilgili yönetmeliğin yasal dayanağı olduğu ve söz konusu yönetmelik hükümlerinin açık, belirlenebilir ve ulaşılabilir olmasından bahisle, mülga Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'ne dayanılarak yükseköğretim öğrencilerine disiplin cezası verilmesini hukuka uygun bulmuştur.

Bahsedilen yönetmelik, 18/8/2012 tarihli ve 28388 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır. Mevcut yönetmelik doğrultusunda yükseköğretim kurumları öğrencilerine verilen disiplin cezalarını

106 Anayasa Mahkemesi, Selçuk Taşdemir Başvurusu, 2013/7860, 03.03.2016.

107 Anayasa Mahkemesi, İdris Esen Başvurusu, 2013/7171, 13.04.2016; Anayasa Mahkemesi'nin çok benzer açıklamaları içerisinde barındıran başka bir kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi, 2014/5881, 15.02.2017: “*Yükseköğretim öğrencilerinin disiplin işlemlerine ilişkin soruşturma usulleri, yetkiler ve cezalar 2547 sayılı Kanun'un 54. maddesinde düzenlenmiştir. Başvurucuya verilen yükseköğretim kurumundan çıkarma disiplin cezası da aynı maddede yer almaktadır. Yönetmelik'in 10. maddesi de söz konusu Kanun hükmüne dayanarak çıkarılmıştır. Başvurunun sonucuna ve mevcut başvurunun koşullarına göre yukarıda zikredilen kuralların yeterince “öngörülebilir” olup olmadığı konusunda daha ileri bir değerlendirme yapılması gerekli görülmemiştir. Yapılan değerlendirmeler neticesinde 2547 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (a) bendi ile Yönetmelik'in 10. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır*”; Anayasa Mahkemesi başka bir kararında üniversite yönetimine verdiği dilekçenin içeriği sebebiyle öğrenci hakkında ilgili yönetmeliğe dayanılarak disiplin cezası verilmesini suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulmamıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 2014/5881, 15.02.2017.

kanunilik ilkesi bağlamında inceleyen bir Anayasa Mahkemesi kararı tespit edilememiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin mülga yönetmelik döneminde gerçekleşen olaylar hakkında verdiği ve yakın tarihli olan bu kararlarda, 2547 sayılı Kanun'un 54 ve 65'inci maddelerine dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükmü uyarınca öğrencilere disiplin cezası verilmesi yönündeki durumu suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulmama yönündeki içtihadını yeni yönetmelik döneminde de sürdürmesi kuvvetle muhtemeldir. Zira 18/8/2012 tarihli ve 28388 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin yasal dayanağı da önceki yönetmelikte olduğu gibi 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 54 ve 65'inci maddeleridir. Dolayısıyla, yönetmelikte yer verilen disiplin suç ve cezalarının kanuni dayanağında bir değişiklik bulunmamaktadır. Bunun aksine mevcut yönetmelik, eski yönetmeliğe nazaran öğrenciler hakkında öngörülen disiplin suçlarının sayısını azaltmış, bazı disiplin suçlarının işlenmiş sayılmasını da daha zor şartlara bağlamıştır. Örneğin, mülga Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinin (e) bendinde *"Kanun dışı kuruluşlara üye olmak , bu kuruluşlar adına faaliyet yapmak veya yardımında bulunmak"* fiili yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak düzenlenmişti. Yeni Yönetmeliğin bu hükme karşılık gelen ve yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası gerektiren disiplin suçuna ise 9'uncu maddenin (a) bendinde yer verilmiştir. İlgili düzenleme şu hükmü içermektedir: *"Mahkeme kararıyla kesinleşmiş olmak kaydıyla, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, böyle bir örgütü yönetmek veya bu amaçla kurulan örgüte üye olmak, üye olmamakla birlikte örgüt adına faaliyette bulunmak veya yardım etmek."* Görüldüğü üzere bu düzenleme ile yasa dışı faaliyetlerde bulunan kişi hakkında yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasının verilebilmesi için hem faaliyette bulunulan yasadışı organın suç işlemek amacıyla kurulan bir örgüt¹⁰⁸ olması şartı aranmış hem de öğrencinin bu örgütleri kurduğuna veya yönettiğine, bu örgütlere üye olduğuna ya da bu örgütlere yardım ettiğine dair kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı gerekli görülmüştür. Dolayısıyla yeni yönetmeliğin eskisine nazaran öğrenciler bakımından daha güvenceli bir içeriği bulunmaktadır. Durum böyle olunca Anayasa Mahkemesi'nin eski yönetmelik döneminde gerçekleşen olaylar hakkında verdiği; disiplin suçları öngören yönetmeliğin yasal dayanağının bulunduğu, yönetmelik hükümlerinin kanunla çizilen çerçeve kapsamında kaldığı ve bu sebeple yükseköğretim kurumları öğrencilerine verilen disiplin cezalarının Anayasa'nın 38'inci maddesinde yer verilen suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmediği yönündeki içtihadını, yukarıda yer verilen doktrindeki eleştirilere rağmen yeni yönetmelik döneminde de sürdürmesi muhtemeldir.

108 Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak veya yönetmek, bu örgütlere üye olmak ve bu örgütlere yardım etmek suçları TCK'nın 220'nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde, örgüt suçları bakımından sevk edilen genel ve tamamlayıcı bir hüküm niteliğindedir. Kurulan, yönetilen, üye olunan veya yardım edilen örgütün başka bir hukuki düzenleme kapsamında kalan örgüt olması halinde öncelikli olarak o hükümler uygulanır. Örneğin; söz konusu örgütün TCK'da düzenlenen *devletin güvenliğine karşı suçlar ile anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar*'ı işlemek maksadıyla kurulması halinde TCK'nın 314'üncü maddesi hükümleri, Terörle Mücadele Kanunu'nun 1'inci maddesinde sayılan amaçları gerçekleştirmek için kurulması halinde aynı Kanun'un 7'nci maddesinin ikinci fıkrası hükümleri uygulanacaktır. Bu düzenlemelerde yer verilmeyen hususlar bakımından ise, genel ve tamamlayıcı bir hüküm olması sebebiyle TCK'nın 220'nci maddesi uygulanacaktır. Bkz. Vesile Sonay Evik, 'Silahlı Örgütlenme Suçu' (2006) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101, 127; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım (8.Baskı, Savaş Yayınevi 2015) 267; Önder Tozman, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (2.Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017) 253.

SONUÇ

Yükseköğretim kurumlarında eğitim-öğretim gören öğrenciler için öngörülen disiplin suç ve cezalarını içeren hükümlere, Yükseköğretim Kanunu'nun 54 ve 65'inci maddeleri ile Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nde yer verilmiştir. Kanunda disiplin suçu olarak öngörülen fiillerin kapsamı ortaya koyulmuş, bu fiiller karşılığında verilebilecek tüm disiplin cezaları tek tek sayılmış ancak disiplin cezası gerektiren eylemlerin detaylı bir şekilde ortaya koyulması Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca Yükseköğretim Kurumunun çıkaracağı yönetmeliğe bırakılmıştır. Türk doktrinindeki genel görüşe ve Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre disiplin hukuku bakımından cezada kanunilik ilkesinin mutlak olarak uygulanması gerekmele birlikte, suçta kanunilik ilkesinin ceza hukukunda olduğu kadar katı bir şekilde uygulanmasına gerek görülmemektedir. Disiplin suçu teşkil eden fiillerin genel çerçevesinin Kanunla çizilmesi kaydıyla, içeriğinin idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulması mümkündür. Anayasa Mahkemesi de bu yönde kararlar vermektedir.

Disiplin suçu olarak öngörülebilecek eylemlerin idarenin düzenleyici işlemleriyle ortaya koyulabilecek olması, kanunla bu fiillerin kapsamının açık, belirgin ve kapsamlı bir şekilde ortaya koyulmadan yönetmeliklere atıf yapmakla yetinmesi bu düzenlemeleri suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı hale getirecektir. Burada, yükseköğretim kurumları öğrencileri için öngörülen disiplin suçlarının ve bu eylemler karşılığında öngörülen disiplin cezalarının Kanun'da toplu halde sayılması ancak hangi nitelikteki eyleme hangi cezanın verileceğinin belirtilmeyerek yönetmeliğe atıf yapmakla yetinilmesinin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği ifade edilebilir. Nitekim, doktrinde de bazı yazarlar mevcut disiplin rejimi düzenlemelerinin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğunu ifade etmektedirler. Anayasa Mahkemesi ise mülga Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği döneminden itibaren verdiği ve süreklilik kazanan içtihatlarında; ilgili disiplin rejimi düzenlemelerinin kapsamının kanunla ortaya koyulduğu, içeriğinin ise yönetmelikle belirleneceğinin yine aynı Kanun'un 65'inci maddesinde belirtildiği ve hem Kanun hem de yönetmelik hükümlerinin açık, belirli ve ulaşılabilir olması gerekçeleriyle yükseköğretim kurumları öğrencileri için öngörülen disiplin rejiminin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olmadığı görüşünü benimsemektedir.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).
- Akyılmaz B, 'Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku Ve Uygulamadaki Sorunlar' (2002) 6(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 241-262.
- Aslan Z ve Altındağ H, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Baytaz AB, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Boz SS, 'Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler' (2017) 25(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15-41.
- Bulut M, 'Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek' (2018) 6(12) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 227-278.

- Canoğlu VC, 'Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat' (2018) 138 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 231-272.
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (8. Bası, Beta Yayınları 2014).
- Çağlayan R, *İdari Ceza Hukuku* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2013).
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri* (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Çetintürk E, 'Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz İlkesi' (2017) 5(9) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 39-180.
- Çınarlı S, 'Yükseköğretim Kurumlarında Disiplin Soruşturması Sorunu ve Alman Disiplin Mahkemeleri Modeli Önerisi' (2011) 19(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39-63.
- Çiftçioğlu CT, '2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununa Göre Hakim ve Savcıların Disiplin Soruşturmaları' (2013) 13(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127-157.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I* (14. Bası, Der Yayınları 2016).
- Duman B, *Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması* (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2014).
- Dursun H, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2015).
- Erem F, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt I Genel Hükümler* (8. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968).
- Evik VS, 'Silahlı Örgütlenme Suçu' (2006) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101-133.
- Gözler K ve Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri* (16. Baskı, Ekin Yayınevi 2015).
- Gözübüyük Ş ve Tan T, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (10. Bası, Turhan Kitabevi 2014).
- Güveyi Ü, 'Memur Disiplin Hukukunda Mobbing' (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1455-1481.
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).
- Işıklar C, *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).
- Kaşlı E, *Polis Disiplin Hukuku* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2020).
- Okuyucu Ergün G ve Baş E, 'Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Suçları, Cezaları ve Soruşturmalarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler' (2021) 27(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 26-47.
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Özen M, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).
- Öztürk B ve Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbiri Hukuku* (20. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Pınar İ ve Çalışkan Ö, *Açıklamalı-İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları ve Disiplin Soruşturması* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013).
- Şen E, 'Disiplin Hukuku ve Öğrenci Disiplin Yönetmeliği' (HukukiHaber, 22 Haziran 2015) <<https://www.hukukihaber.net/disiplin-hukuku-ve-ogrenci-disiplin-yonetmeli-makale,4062.html>> Erişim Tarihi 2 Nisan 2021.
- Şen E, 'İdari Ceza Hukuku' (1994) (8) İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 21-50.
- Toroslu H, *Ceza Müeyyidesi* (1. Baskı, Savaş Yayınevi 2010).
- Toroslu N, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (19. Baskı, Savaş Yayınevi 2013).
- Toroslu N, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (8. Baskı, Savaş Yayınevi 2015).
- Tosun MU ve Öztürk İ, 'Yükseköğretim Hizmeti Karşılığında Devlet ve Vakıf Yükseköğretim Kurumlarına Yapılan Ödemelerin Hukuki Niteliği' (2017) 13(148) Legal Mali Hukuk Dergisi 765-822.

- Tozman Ö, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017).
- Ulusoy AD, *İdari Yaptırımlar* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2013).
- Ulusoy AD, *Yeni Türk İdare Hukuku* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2020).
- Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü* (10. Baskı, Yetkin Yayınları 2011).
- Yiğit U ve Öztürk İ, *Yargı Hukuku* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2020).

6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapılarda Pay (Hisse) Satışı

Share Sale in Hazardous Structures Under Law No. 6306

Hüseyin Melih Çakır* , Barış Ülker** 

ÖZ

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, büyük bölümü deprem kuşağında yer alan ülkemizde deprem kaynaklı riskleri mümkün olan en süratli şekilde asgari düzeye indirmeyi amaçlamaktadır. Riskli olduğu belirlenen yapı ve alanlar, bu Kanun sayesinde, malikler arasında oybirliği bulunmasa dahi nitelikli çoğunluk kararı ile kentsel dönüşüme tabi tutulabilmektedir. Bu kapsamda söz konusu Kanunla, çeşitli nedenlerle kentsel dönüşüm kararına muhalif kalan paydaşların paylarının idare aracılığıyla satılabilmesi mümkün kılınmıştır. Ancak bu payların satışına ilişkin mevzuatta öngörülen şartlar ve usul konusunda bazı hukuki belirsizlikler bulunmaktadır. Bu belirsizlikler, Kanun'un "depreme süratli şekilde hazırlanma" amacına sekte vurmasının yanı sıra, kentsel dönüşüm umuduyla riskli yapılarını tahliye etmek zorunda kalan vatandaşların mülkiyet haklarını uzun yıllar olumsuz etkileyebilmektedir. Bu çalışmada, riskli yapılarda pay satışının konusu, şartları ve usulüne ilişkin mevzuatın yazımından veya başka sebeplerle ortaya çıkan gri alanlar üzerinde durularak, uygulamada yaşanan veya yaşanması muhtemel hukuki problemlere çözüm önerileri getirilmek istenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Pay Satışı, Kentsel Dönüşüm, Riskli Yapı, 6306 sayılı Kanun, Deprem, Mülkiyet Hakkı

ABSTRACT

Law on the Transformation of Areas under Disaster Risk ["Law No. 6306"] intends to reduce the risks arising from earthquakes as rapidly as possible in Turkey, which is mostly located in an earthquake zone. Structures and areas that are determined to be hazardous can be subjected to urban transformation with a majority decision of the owners under the Law, even if there is no unanimity among the owners. As a matter of fact, the Law stipulates the shares of minority stakeholders – who are dissenting to the decision taken by the majority sought by the Law – sold through the administration. However, there are uncertainties about the statutorily mandated conditions and procedure for the sale of owners' shares. In addition to obstructing the Law's purpose of "Preparation promptly for an earthquake beforehand", these uncertainties may have a long-term negative impact on the property rights of residents who have been forced to evacuate hazardous structures in the hope of urban transformation. This study will highlight gray areas stemming from the writing of laws regarding subject, conditions, and procedure of the sale of shares in terms of hazardous structures or other reasons; so, with this study, it is intended to recommend provide solutions to these legal issues that have arisen or are expected to arise in this area of practice.

Keywords: Share Sale, Urban Transformation, Hazardous Structure, Law No. 6306, Earthquake, Property Right

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, ORCID:0000-0003-3164-3407.

** Avukat, b.ulker@guleryuz.av.tr, ORCID: 0000-0001-5777-7070.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hüseyin Melih Çakır

E-posta/E-mail: melih.cakir@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 15.09.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 11.11.2021

I. GİRİŞ

Neredeyse her yıl yaşanan irili ufaklı doğal afetler, ülkemizin talihsiz kaderi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu afetlerin ortaya çıkardığı sonuçların ağırlığı, çoğu zaman afetin büyüklüğüyle değil, afetin gerçekleştiği alan veya bu alanda bulunan yapıların durumlarıyla bağlantılıdır. Özellikle ülkemizde yaşanan depremlerin ortaya çıkardığı ağır sonuçların, yapıların kalitesizliğinin bir çıktısı olduğu her platformda dile getirilmektedir. Deprem kuşağında yer alan ülkemizde, geçmişte yaşanan depremlerin son büyük deprem olmadığı da bilimsel bir gerçektir. Öte yandan, başta İstanbul olmak üzere ülkemizde şiddetli bir depremin gerçekleşmesi ihtimalinde, afet riski altındaki yapılara bağlı olarak kişilerin yaşama haklarının büyük bir tehlike altında kalacağını öngörmek hiç de zor değildir.

Kanun koyucu, böylesine olumsuz bir senaryonun önüne geçmek amacıyla, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'u ["**6306 sayılı Kanun**"]¹ ihdas etmiş; sonrasında, bu kanunun uygulanmasını göstermek üzere, 6306 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği ["**Uygulama Yönetmeliği**"]² yürürlüğe konmuştur. Bu mevzuat, riskli yapı ve alanları depreme hazır hale getirme amacı gütmekte ve günümüz kentsel dönüşüm uygulamalarının esasını oluşturmaktadır.

6306 sayılı Kanun, afet riski altında bulunan, **i.** riskli alan; **ii.** riskli yapı ve **iii.** rezerv yapı alanlarını kapsamakla birlikte; bu çalışmanın konusu 'riskli yapılar'la sınırlıdır. Kanun'da, Kanun'un ihdas edilme amacı doğrultusunda riskli yapılarda gerçekleştirilecek kentsel dönüşüm uygulamalarını kolaylaştırıcı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu doğrultuda, riskli yapılarda gerçekleştirilecek uygulama işlemleri için 2/3 çoğunluk yeterli görülmüştür. Şu halde, kentsel dönüşüme muhalif 1/3 azınlık paydaş(lar)ın payına ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Kanunda, riskli yapıların bulunduğu parsellerde hisseleri oranında paydaşların en az 2/3 çoğunluğu ile alınan karara katılmayan maliklerin arsa paylarının satışının gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Mezkûr mevzuatta öngörülen şartların sağlanması halinde ise, Uygulama Yönetmeliği'nin 15/A maddesinde gösterilen usul dairesinde muhalif paydaşın payının satışı mümkün kılınmıştır. Şu hâlde, pay satışı müessesesi, kentsel dönüşüm uygulamalarının gerçekleştirilmesinin önemli bir aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak gerek pay satışı için aranan şartlara gerekse de pay satış usulüne ilişkin kurallar, yeterli açıklığa sahip olmaması nedeniyle hukuki sorun yaratmaya aday niteliktedir. Zira, mevzuatın lafzı son derece karışıktır.

Öte yandan, 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'nin, kısa sayılabilecek zaman diliminde fazlaca değişikliğe uğraması da var olan karmaşayı her defasında biraz daha artırmıştır. 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği ihdas tarihinden itibaren defalarca kapsamlı değişikliğe uğramıştır. 'Kervan yolda düzelir' anlayışıyla hareket edilerek, uygulamada ortaya çıkan ihtiyaç ve/veya eksiklikler nedeniyle mevzuatta sıkça değişikliğe gidilmesi, 6306 sayılı Kanun uygulamasının – hem yargı hem de idare açısından – yeknesaklaşmasını engellemiş; bu durum, hukuki belirlilik ve

1 Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6306, Kabul Tarihi: 16.05.2021, RG 31.05.2012/28309.

2 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, RG 15.12.2012/28498.

öngörülebilirliğin sağlanmasının önüne geçmiştir. 6306 sayılı Kanun kapsamında riskli yapılarda pay satışı müessesesi de bu sonuçlardan nasibini almıştır.

Bu çalışmada, 6306 sayılı Kanun kapsamında yer alan riskli yapılarda uygulama işlemlerine ilişkin olarak alınacak kararlara muhalif kalan maliklere ait pay (hisse) satışının konusu, şartları, usulü, sonuçları ve satışa karşı başvuru yolları gibi hususlar üzerinde durulacaktır. Böylece, güncel mevzuat ve yargı kararları ışığında, pay satışı müessesenin hukuki çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır. Bu sayede, en azından riskli yapılarda pay satış müessesesinin 6306 sayılı Kanun'un karmaşasından sıyrılması, 6306 sayılı Kanun'un afet riski altındaki riskli yapılarda "süratli dönüşüm sağlama" amacının gerçekleştirilmesi, uygulamada ve yargı kararlarındaki farklılıkların önüne geçilmesi ile kişilerin mülkiyet haklarının ihlal edilmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır.

II. GENEL OLARAK 6306 SAYILI KANUN VE KENTSEL DÖNÜŞÜM

6306 sayılı Kanun, günümüz kentsel dönüşüm uygulamalarının ana kaynağı niteliğindedir³. Bu Kanun, kentsel dönüşüme ilişkin daha önce çıkarılan mevzuata⁴ göre çok daha kapsayıcı nitelik taşımaktadır. Kanun'un 1.maddesinde, "(b)u Kanunun amacı; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek" olarak belirlenmiştir⁵. Bu Kanun'la kanun koyucu, olası afetler sonucunda can ve mal güvenliğinin zarar görmesine neden olacak riskleri kaldırmayı, kentsel alanların ve yapıların planlama ve şehircilik ilkelerine uygunluğunun sağlanmasını⁶, yani kentsel dönüşümü⁷ hedeflemiştir.

Her ne kadar 6306 sayılı Kanun'un başlığında "afet"⁸ kavramına yer verilmiş olsa da bu Kanun incelendiğinde, esas odak noktasının deprem afeti olduğu görülecektir. Bilindiği ve müteaddit defalar

3 Gül Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2014) 128.

4 *Bkz* 6306 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kentsel dönüşümü konu edinen düzenlemeler ile bu düzenlemelere ilişkin değerlendirmeler hakkında *bkz* Melikşah Yasin, 'Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu' Türkiye Barolar Birliği Dergisi (2005) 18(60) 105, 116 vd.; Selami Demirkol ve Zuhul Bereket Baş, 'Kentsel Dönüşümün, 6306 Sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması' (2013) (108) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 23, 40-42.

5 6306 sayılı Kanun'un ihdas edilmesindeki ekonomik, hukuki, sosyal ve siyasi nedenler için *bkz* Esin Gürsel, *Kentsel Dönüşüm* (1. Bası, Adalet Yayınları 2018) 65 vd.

6 Osman Oy ve Selahattin Nazik, *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Rezerv Yapı Alanı – Riskli Alan ve Riskli Yapılar* (1.Bası, Beta 2014) 46. Bu yönde ayrıca *bkz* Yargıtay 14 HD, E 2017/1069 K 2018/3038, 17.04.2018; Yargıtay 3 HD E 2018/4855 K 2019/8655, 04.11.2019. (Bundan sonra Yargıtay kararları için ayrıca bir kaynak belirtilmeyen hallerde, kararların 'Lexpera' bilgi bankasından alındığı kabul edilecek ve ayrıca kaynak gösterilmeyecektir).

7 "Kentsel dönüşüm, farklı nedenlerden ötürü zaman içerisinde eskimiş, köhneleşmiş, yıpranmış ya da kimi durumlarda terk edilmiş, vazgeçilmiş kent dokusunun, günün sosyo-ekonomik ve fiziksel koşulları göz önünde tutularak değiştirilmesi, dönüştürülmesi, ıslah edilmesi ve yeniden canlandırılarak kente kazandırılmasıdır". Anayasa Mahkemesi, E 2010/82 K 2012/159, 18.10.2012. (Bundan sonra Anayasa Mahkemesi kararları için ayrıca bir kaynak belirtilmeyen hallerde, kararların Anayasa Mahkemesi'nin resmi internet sitesinde yer alan 'Kararlar Bilgi Bankası'ndan alındığı kabul edilecek ve ayrıca kaynak gösterilmeyecektir).

8 Jeolojik bir afet olan depremin yanı sıra sel gibi iklimatik afetler, salgın gibi biyolojik afetler, terör gibi sosyal afetler ve nükleer kaza gibi teknolojik afetler vb. vardır. Nitekim mevzuatta da bu şekilde tanımlanmıştır. Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 26.08.2013 / 2013/5703, Dayandığı Kanunun

acı şekilde tecrübe edildiği üzere Türkiye bir depremler ülkesidir⁹. Türkiye'nin 1999 depremine benzer büyük yeni bir depreme hazır olmadığı resmi makamlar başta olmak üzere, düzenli şekilde gündeme getirilmektedir.

6306 sayılı Kanun'un gerekçesinde de¹⁰ yukarıda açıklananlara paralel şekilde Türkiye'nin deprem riski altında olduğu; buna rağmen mevcut yapıların büyük kısmının muhtemel afetlere karşı dayanıklı olmadıkları ve orta şiddetteki bir depremde bile ağır derecede hasar görüp yıkıldıkları ifade edilmiştir. İşte 6306 sayılı Kanun'la¹¹ beraber, mümkün olan en kısa sürede risk altında bulunan yapı ve alanları dönüştürmek¹² ve Türkiye'yi olası afetlere, depremlere hazır hale getirmek istenmiştir. 6306 sayılı Kanun'un kapsamı da bu doğrultuda belirlenmiştir¹³. Kanun, özel mülkiyette bulunan taşınmazlar üzerindeki yapıların, depreme dayanıklılık testlerine tabi tutulmasını, bu testler sonucunda riskli bulunan yapıların yıkılarak yerlerine afetlere dayanıklı yeni yapıların inşa ettirilmesini öngörmekte¹⁴; üzerindeki zeminin özelliği nedeniyle afete maruz kalacak alanların tahliyesini ve bu alanlarda yaşayan kişilerin yeni yapılacak yerleşim alanlarına naklini konu almaktadır¹⁵.

“Şüphesiz bunda riskli yapı maliklerinin önemli kişisel menfaatleri bulunmaktadır¹⁶”. Ancak bu menfaatin her durumda tüm malikler açısından özdeş olduğunu söylemek zordur. Kentsel dönüşüm uygulamalarıyla elde edilmek istenen menfaat (yarar) ile mülkiyet hakkı¹⁷ zaman zaman karşı karşıya

Tarihi : 29.05.2009/5902, RG 18.12.2013/28855'nin 4.maddesine göre afet, “Toplumun tamamı veya belli kesimleri için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğuran, normal hayatı ve insan faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan, etkilenen toplumun baş etme kapasitesinin yeterli olmadığı doğal, teknolojik veya insan kaynaklı olayları,” ifade eder.

9 Türkiye'nin yüzölçümünün %92'si 1. 2. 3. ve 4. derece deprem bölgesinde bulunmaktadır; toplam nüfusunun %70'i 1. ve 2. derece deprem bölgesinde yer almaktadır; nüfusunun %23'ü tarihsel süreç içinde doğrudan bir afete maruz kalmıştır. <https://webdosya.csb.gov.tr/db/altyapi/icerikler/r-skl-_alan_ilan-_ve_uygulama_klavuzu-201.802.22090434.pdf> Erişim Tarihi: 3 Ağustos 2021

10 <<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0569.pdf>> Erişim Tarihi: 27 Ağustos 2021

11 6306 sayılı Kanun'a ilişkin değerlendirmeler için **bkz** Ergun Özsunay, ‘6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler’ İstanbul Barosu Dergisi (2014) 88(6) 15, 15-52.

12 “Anayasa'nın 5. maddesinde, “Devletin temel amaç ve görevleri, [...] kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; [...] insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” denilmiştir. Anayasa'nın 56. maddesinde ise “herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmiş; çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek” Devletin ve vatandaşların ödevleri arasında sayılmıştır: “Afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi, Anayasa'nın anılan maddelerinde Devlete yüklenen ödevlerle ilgilidir”. Anayasa Mahkemesi, E 2012/87 K 2014/41, 27.02.2014.

13 6306 sayılı Kanun **i.** riskli alanları; **ii.** riskli yapıları ve **iii.** rezerv yapı alanlarını kapsamaktadır. Bu kavramlar, 6306 sayılı Kanun'un 2.maddesinde tanımlanmıştır.

Madde 2: “Bu Kanunun uygulanmasında; [...]”

c) Rezerv yapı alanı: Bu Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, TOKİ'nin veya İdarenin talebine bağlı olarak veya resen Bakanlıkça belirlenen alanları,

ç) Riskli alan: Zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan alanı,

d) Riskli yapı: Riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıyı, [...] ifade eder”.

14 Suat Şimşek, *Türkiye'de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları* (4. Bası, Seçkin Yayıncılık 2016) 25.

15 Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2014) (n 3) 131.

16 Anayasa Mahkemesi, E 2012/87 K 2014/41, 27.2.2014.

17 Anayasa Mahkemesi, E 2016/133 K 2017/155, 15.11.2017: “Mülkiyet hakkı; kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden

gelebilmekte; dönüşüm, her zaman kolaylıkla gerçekleş(e)memektedir. Nitekim bu çalışmanın konusunu oluşturan “pay satışı” müessesesi de bu karşılığın ve zorluğun bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

III. SATIŞIN KONUSU: PAY (HİSSE)

6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'nin farklı noktalarında¹⁸ kanun koyucunun ayrı ayrı “pay”, “arsa payı” ve “hisse” kavramlarına yer verdiği görülmektedir. Pay, arsa payı ve hisse kavramlarının aynı anda kullanılmasının bir terminoloji karmaşasına yol açtığı aşikardır. Bu durum, ister istemez, kavramların farklı bir anlam ifade edip etmediği; farklı bir anlam ifade ediyorsa, bu kullanımın sebep(ler)inin ve sonuçlarının ne olduğu gibi soruları akla getirmektedir. Söz konusu soruların cevabı, kavramların ayrı ayrı kullanımının bilinçli bir tercih olup olmadığını tespiti yaramanın yanı sıra, çalışmada ele alınan satışın konusunu hangisinin oluşturduğunu da ortaya çıkaracaktır. Bunun için öncelikle kavramların ne anlama geldiklerinin incelenmesi gerekmektedir.

Pay, konumuz bakımından birlikte sahip olunan mülkiyete ‘katılma’ yetkisi sağlayan, bünyesinde haklar ve borçlar barındıran bir kavramdır. Bu pay sayesinde paydaşlar TMK md.688’te belirtilen “malik hak ve yükümlülüklerine” sahip olurlar. Kelime anlamı olarak, “pay” ve “hisse” eş anlamlıdır¹⁹. Gerçekten de riskli yapı kararına konu taşınmazda hak sahibi olan malikler arasında, müşterek (paylı) mülkiyet söz konusu değilse; pay ve hisse, 6306 sayılı Kanun sistematığında kelime anlamına uygun şekilde kullanılmaktadır.

Ancak riskli yapı malikleri içerisinde müşterek (paylı) mülkiyet rejimine tabi olanlar varsa; kanun koyucu, bu maliklerin taşınmazdaki pay(lar)ı üzerinde sahip oldukları hisselerini esas almaktadır. Gerek uygulama işlemlerine karar verme asgari nisabı olan paydaşların 2/3’ünün hesabında, gerekse de satışın konusunu oluşturması bakımından; müşterek mülkiyete konu payın tamamı değil, her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olan paydaşların pay üzerindeki hisseleri dikkate alınmaktadır. 6306 sayılı Kanun kapsamında alınan kararlara katılan müşterek mülkiyet paydaşları, hisseleri kapsamında dönüşüm uygulamaları sonrasında taşınmazdaki mülkiyet haklarını muhafaza ederken; karara katılmayan(lar)ın hisseleri ise satışa konu edilebilmektedir. Bu durumda satışın konusunu ise, payın tamamı değil, müşterek maliklerden uygulamaya ilişkin karara katılmayan(lar)ın hisseleri oluşturmaktadır.

Böylece, 6306 sayılı Kanun uyarınca, riskli yapı olarak belirlenen ve hızlı bir şekilde dönüşüme tabi tutulması arzulanan binada gerçekleştirilecek uygulama işlemlerinde, 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu²⁰

yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır”.

18 “Pay” kavramının geçtiği maddeler için **bkz** 6306 Sayılı Kanun md.6; Yönetmelik md.13, md.15, md.15/A. “Arsa payı” kavramının geçtiği maddeler için: **bkz** 6306 Sayılı Kanun md.6, md.6/A; Yönetmelik md.7, md.13, md.15, md.15/A.

19 Türk Dil Kurumu: “Pay – **I.** isim Bir den fazla kişi arasında bölüşülmüş bir bütünden, bu kişilerin her birine düşen bölüm, hisse.” <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 25 Eylül 2021; Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügati*, (1. Bası, Başbakanlık Basımevi 1991) (129), 278; Nişanyan Sözlük: “Hisse – **I.** Pay [...]” <<https://www.nisanyansozluk.com/?k=hisse>> Erişim Tarihi: 25 Eylül 2021.

20 Türk Medeni Kanunu: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2201/24607.

[“**TMK**”] hükümleri uyarınca paylı mülkiyette yönetim ve tasarrufa ilişkin ortaya çıkması muhtemel bir “ön sorun”ün önüne geçilmekte; tabir-i caizse müstakbel sorun *bypass* edilmektedir. Ayrıca, her bir paydaşın pay üzerindeki hissesine karşılık gelecek şekilde 6306 sayılı Kanun kapsamındaki uygulama işlemlerinin karar alma süreçlerine katılmaları sağlanarak, taşınmazda mülkiyet hakkına sahip olan herkesin, mülkiyetin bahsettiği yetkileri kullanmasına imkân tanınmaktadır.

Arsa payı kavramı ise 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu²¹ [“**KMK**”] md.2/d ile Toplu Yapılarda Kat Mülkiyeti ve Kat Mülkiyeti Tesisine Dair Yönetmelik²² md.4/b’de tanımlanmıştır. Paralel düzenlemelere sahip olan bu mevzuata göre arsa payı, arsanın kanunda yazılı esasa göre bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet paylarına denilmektedir. Buna göre, arsa payı kavramının, kat mülkiyetinin veya kat irtifakının kurulu olduğu yapılarda söz konusu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır²³. Şu hâlde, kat mülkiyetine/irtifakına özgülenen arsa payı kavramı, paylı mülkiyete dair bir kavram olan pay kavramından²⁴ tamamen bağımsız olmamakla birlikte²⁵, daha farklı bir anlama sahiptir.

Görüldüğü üzere, arsa payı ve pay kavramları birbirinden farklı anlamlar ihtiva etmektedir. Bu noktada kanun koyucunun hem arsa payı hem de pay kavramını zikretmesinin anlamlandırılması gerekmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere arsa payı, kat mülkiyetinin/irtifakının kurulu olduğu yapılarda söz konusu olabilmektedir²⁶. Şu hâlde arsa payı, kat mülkiyeti/irtifakının halihazırda var olduğu; henüz yıkımı gerçekleşmemiş taşınmazlar açısından söz konusu olabilir. KMK’nın arsa payı ve bağımsız bölüm arasında kurduğu sıkı bağ nedeniyle, yapı yıkılarak kat mülkiyeti/irtifakı terkin edilmeksizin arsa payının satışı söz konusu olamaz. Bu terkin gerçekleştikten sonra ise bir ‘arsa payı satışı’ndan değil; aslında ‘pay satışı’ndan bahsedilebilir. Zira ortada kat mülkiyeti/irtifakı bulunmadığı için, KMK kapsamında ona bağlı bir arsa payından da söz edilemez²⁷. Şu hâlde, 6306 sayılı Kanun kapsamında satışın konusunu, pay veya paydaki hissenin oluşturduğunu söylemek mümkündür.

21 Kat Mülkiyeti Kanunu: 634, Kabul Tarihi: 23.06.1965, RG 02.07.1965/12038.

22 Toplu Yapılarda Kat Mülkiyeti ve Kat Mülkiyeti Tesisine Dair Yönetmelik, RG 16.08.2008/26969.

23 İmar Kanunu, [“**İK**”] Kanun Numarası: 3194, Kabul Tarihi: 03.05.1985, RG 09.05.1985/18749, İmar Kanunu’na aykırı inşa edilmiş yapılarda kat mülkiyetinin kurulamayacağına ilişkin olarak *bkz* Yargıtay 23 HD, E 2014/10194 K 2015/5890, 15.09.2015.

24 Birlikte mülkiyetin bir türü olan elbirliğiyle mülkiyette paylı mülkiyetten farklı olarak payın söz konusu olmayacağına ilişkin *bkz* Mustafa Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (18. Bası, Filiz Yayıncılık 2015) 348. Nitekim TMK md.701/2 göre de “(e)birliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır”. Şu hâlde, elbirliğiyle mülkiyetin söz konusu olduğu durumlarda, 6306 sayılı Kanun kapsamında işlem tesisi için, TMK md.702 çerçevesinde hareket edilmesi veya TMK md.703 uyarınca elbirliğiyle mülkiyetin sona erdirilmesi gerektiği söylenebilecektir.

Buna karşın Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (2. Bası, Beta 2018) 390’a göre vergi vb. konularda yine de paydan söz edilmesi gerekmektedir.

25 Etem Sabâ Özmen ve Ahmet Ayar, ‘Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Eski Arsa Payından Paylı Mülkiyete ve Yeni Arsa Payına Uzanan Süreçte Yanılgılar’ *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (2021) (156) 107, 139-163. Yazarlar, arsa payı kavramın, pay kavramına dayalı olduğunu söylemekte ve bunu şu şekilde formüle etmektedirler: “*Arsa payı yalnızca kat mülkiyeti elbisesi giymiş pay kavramı ile birlikte vücut bulur.*” ibid 142.

26 Etem Sabâ Özmen ve Mehmet Şengül, *Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynı Haklar ve Şerhler* (1.Bası, On İki Levha Yayıncılık 2018) 171.

27 Bu husustaki açıklamalar hakkında *bkz* “Yapının Yıkılmış Olması” başlığımız.

Peki 'arsa payı' kavramının kullanılmasının sebebi nedir? Bir dairenin arsa payının, konumu ve büyüklüğüne göre diğer dairelerle farklılık gösterebileceği bilinmektedir^{28 29}. Bu husus, payın gerçek değeri üzerinden satılmasına doğrudan etki edecek olması nedeniyle mülkiyet hakkını da yakından ilgilendirmektedir. Bu açıklamalardan hareketle, kat mülkiyeti/irtifakı kurulu taşınmazlarda da satışın konusunu 'pay'ın (hissenin) oluşturduğunu; ancak satışa konu edilecek payın ve değerinin, öncesindeki arsa payı üzerinden hesaplanacağını söylemek yanlış olmaz.

IV. PAY SATIŞININ ŞARTLARI

6306 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilecek pay satışı, belirli şartların tamamlanmasının ardından, bir idari usul neticesinde söz konusu olur. Bir diğer ifadeyle, riskli yapı maliklerine ait payın idarece satışının gerçekleştirilebilmesi, öncelikle pay satışına ilişkin mevzuatta gösterilen şartların varlığına bağlıdır. İdare, pay satışına ilişkin şartların var olmadığına karar verirse istemi reddedecek; şartları taşıyan başvuruları ise kabul ederek, pay satışına ilişkin usul doğrultusunda satış işlemini gerçekleştirecektir. İhtiva ettiği bu önem dolayısıyla aşağıda pay satışının şartları üzerinde durulacaktır.

A. RİSKLİ YAPI KARARININ VARLIĞI

Riskli yapı, 6306 sayılı Kanun md.2 f.1/d uyarınca “*riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı*” olarak tanımlanmaktadır³⁰.

- 28 Bu yönde **bkz** Özmen / Ayar (n 25) 145 vd.: “Değer, rayiç (sürüm) değeridir. Bir bağımsız bölümün kat mülkiyetine geçiş sırasında değeri alım-satım değeridir. Ekonomik verilere göre arz ve talebin bulunduğu anda oluşan bu değer objektif kriterlerin irdelenmesi sonucu oluşur; yoksa sübjektif nedenlerle oluşan bedelin dikkate alınmayacağı açıktır. Sürüm veya rayiç değer olarak ifade edilen bu değer oluşumunda piyasa kuralları göz önüne alınır ve bu değer zamanla farklılaşması mümkündür.” Mahir Ersin Germeç, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, (10. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021) 80 vd.: “[...] arsa üzerindeki anayapının bağımsız bölümlerine arsa payı özgülendirken her bir bağımsız bölümün yüzölçümü, biçimi, kaçınıcı katta bulunduğu, cadde veya sokağa cephele olup olmadığı, güneşten yararlanma olanağı gibi unsurlar dikkate alınacaktır.” Nitekim KMK md.3 f.2’de de “Kat mülkiyeti ve kat irtifakı, bu mülkiyete konu olan ana gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden her birinin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleri ile oranlı olarak projesinde tahsis edilen arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulur [...]” denerek kat mülkiyeti / irtifakı projesinde arsa payının bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüğüne göre belirleneceği belirtilmiştir.
- 29 Yargıtay da kararlarında bu hususu arsa payının belirlenmesinde bağımsız bölümlerin cinsi, bulunduğu katı, alanı, ısınma sistemi, aydınlanması, mimari kullanımı ve konumu, cephesi ve manzarası, kullanma amacı [konut, işyeri vs.], eklentileri, güneşten yararlanma, rüzgâr ve diğer dış etkenlerden etkilenme olayı gibi hususlar dikkate alınır demek suretiyle belirtmektedir. Bu yönde **bkz** Yargıtay 20 HD, E 2017/2569 K 2017/6174 04.07.2017; Yargıtay 18 HD, E 2018/10404 K 2009/700, 05.02.2009.
- 30 Danıştay 6 D, E 1992/2066 K 1993/913, 08.03.1993 çerçevesinde riskli yapı “*ancak esaslı bir onarımla tehlike arz etmeyecek duruma gelebileceği aksi takdirde yıkılma tehlikesine altında olduğu anlaşılan yapı*” olarak tanımlanmıştır. Kararda Danıştay, taşıyıcı unsurların bakımsızlıktan çürümesini, duvarlarda çatlakların olmasını ve duvar içindeki harcın bağlayıcı özelliğini kaybetmesini yapının yıkılacak dereceye getiren somut emareler olarak kabul etmektedir. (Bundan sonra Danıştay ve Bölge İdare Mahkemesi kararları için ayrıca bir kaynak belirtilmeyen hallerde, kararların ‘Lexpera’ bilgi bankasından alındığı kabul edilecek ve ayrıca kaynak gösterilmeyecektir).

Şu hâlde, 6306 sayılı Kanun kapsamında pay satışı işleminin gerçekleşebilmesi için öncelikle ortada bir yapı olması gerekmektedir. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun ["İK"] 5. maddesine göre yapı, "*karada ve suda, daimî veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir*". Görüldüğü üzere İK, yapıyı oldukça geniş tanımlamaktadır³¹. Ancak Uygulama Yönetmeliği, İK'ya göre yapı tanımını içerisinde değerlendirilebilecek her imalatı riskli yapı kararına konu olabilecek şekilde düzenlememiş; riskli yapı kararına konu olabilecek yapıların kapsamını daraltmıştır. Buna göre, "*(r)iskli yapı tespiti; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan yapılar ile hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar hakkında yapılır. İnşaat halinde olup ikamet edilmeyen yapılar ile metrukluk veya başka bir sebeple statik bakımdan yapı bütünlüğü bozulmuş olan yapılar riskli yapı tespitine konu edilmez*". [Uygulama Yönetmeliği, md.7.f.1] Uygulama Yönetmeliği'nin bu hükmünden hareketle, 6306 sayılı Kanun ve alt mevzuatı kapsamında dönüşüme tabi tutulabilecek yapılardan, aslında İK'nın 5. maddesinde tanımlanan 'bina'ların³² anlaşılması gerektiği söylenebilir^{33 34}.

Uygulama Yönetmeliği ayrıca, '*inşaat halinde olmama ve ikamete elverişli olma*' ile '*statik bakımdan yapı bütünlüğü bozulmamış olma*' şeklinde iki ek koşul öngörmek suretiyle, dönüşüme tabi olabilecek binaların kapsamını biraz daha daraltmıştır. Buna karşın, dönüşüme tabi olabilecek bina niteliğindeki yapılar hakkında, ruhsatlı-ruhsatsız, yapı kullanma izni olan-olmayan şekilde ayrımlara gidilmeyerek³⁵, 6306 sayılı Kanun'un amacına paralel şekilde kapsam bu yönden geniş tutulmuştur.

Şüphesiz bu nitelikte bir binanın varlığı, tek başına, uygulama işlemlerine konu edilmesine imkân tanımayacaktır. Bunun için anılan nitelikteki binanın fenni bakımdan '*riskli*' nitelik taşıması ve bu yönde bir risk tespiti yapılması gerekmektedir³⁶. Taşınmazın hukuki statüsünü değiştiren bu

31 'Yapı' kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için **bkz** Hasan Nuri Yaşar, *İmar Hukuku* (1. Bası, Filiz Kitabevi 2008) 229 vd.; Taner Ayanoglu, *Yapı Hukukunun Genel Esasları* (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2014) 6 vd.; Ömer Koroğlu, *İmar Hukukunda Yapı Kavramı ve Temel Yapı Belgeleri* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 11 vd.

32 İK md.5: "*Bina; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır*".

33 Bu nedenle çalışmanın bundan sonraki kısmında imar mevzuatı ve 6306 Sayılı Kanun arasında kavramsal bütünlüğü sağlamak adına, riskli yapı kararına konu edilmiş yapı için mümkün olduğunca '*bina*' kavramı tercih edilecektir.

34 Nitekim 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinde "[...] (ü)zerindeki bina yıkılarak arsa hâline gelen taşınmazlarda(n) [...]" bahsederken; Uygulama Yönetmeliği'nde de riskli yapı tespit raporuna konu edilen binanın Ulusal Adres Veri Tabanında belirtilen adresinin ve bina kodunun yer alması zorunluluğu hüküm altına alınmıştır (md.7/3).

35 Aynı yönde **bkz** Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2014) (n 3) 131. "*634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmadığı için arsa paylı tapu var ise, arsa üzerinde fiilen bulunan yapının riskli yapı tespiti, yapının sahibi olan arsa payı sahibince; arsa üzerindeki yapının başkasına ait olması ve bunun da tapu kütüğünde belirtilmiş olması halinde, riskli yapı tespiti lehine serh olan tarafta yaptırılacaktır*".

36 Riskli yapı tespiti hakkında **bkz** Gürsel (n 5) 146 vd.; Gün Yazıcı, *Yargı Kararları Işığında Kentsel Dönüşüm, Riskli Yapılar ve Yargısal Denetim* (1. Bası, Seçkin Kitabevi 2018) 34 vd.; Hakan Karadabağ, *Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm* (1. Bası, Legal Yayıncılık 2020) 76 vd.; Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2014) (n 3) 131.

tespit, 6306 sayılı Kanun kapsamında kentsel dönüşüm sürecinin de başlangıcı³⁷ ve pay satışının ilk şartıdır³⁸. Bu karardan sonra taşınmaz, 6306 sayılı Kanun'un hukuki rejimine tabi olacaktır³⁹.

Riskli yapı tespit kararı, idari davaya konu edilebilen, kesin ve yürütülebilir nitelikte bir idari işlemdir. 6306 sayılı Kanun⁴⁰ ve Uygulama Yönetmeliği'nde⁴¹ öngörülen itiraz yolu, ihtiyari nitelikte olup; yapılacak itiraz, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun [“İYUK”] 11.maddesi kapsamında gerçekleştirilen bir başvurudur.

Malikler veya kanuni temsilcilerince bu yola başvurulmaksızın idari yargıda dava açılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Şu hâlde, itiraz yolu için öngörülen süre geçmeden veya bu yola başvurulmuşsa sonucu beklenilmeden kararın hüküm ve sonuçlarını doğurmadığını söylemek mümkün değildir. Riskli yapı tespit kararının varlığı, maliklerce veya kanuni temsilcilerince itiraz yoluna gidilmesinden bağımsız olarak, yapının hukuki statüsünü değiştirmekte; böylece pay satışının ilk şartı gerçekleşmektedir. Uygulama Yönetmeliği'nin 8/1.maddesinde yer alan, “(r)iskli yapı tespitine karşı yapılan itirazın reddedilmesi veya riskli yapı tespitine itiraz edilmemesi suretiyle, riskli yapı tespitinin kesinleşmesi halinde Müdürlük, gerekli tebligatların yapılmasını ve riskli yapının yıktırılmasını İdareden ister” şeklindeki hüküm ise yapının yıktırılması için ön görülmüş bir şart olup; idari işlemin [riskli yapı tespiti kararı] niteliğinde bir değişiklik yaratmamaktadır.

B. MALİKLERİN ANLAŞMASI VE PAY SATIŞI KARARININ ALINMASI

Riskli yapı tespit kararının alınmasından sonra maliklerin taşınmazda gerçekleştirilecek uygulama işlemleri konusunda bir karar alması gerekmektedir. Maliklerin riskli yapı kararına konu taşınmazda gerçekleştirilecek uygulama işlemleri konusunda oy birliği ile karar almaları durumunda paydaşlar arasında bir hukuki ihtilaf doğmayacağı açıktır. Bu anlamda hukuki problem, maliklerin riskli yapı olarak tespit edilmiş taşınmazda ne yönde tasarruf edeceklerine ilişkin tam bir mutabakata varamaması halinde ortaya çıkar.

37 Riskli yapı tespitinin, pay satışının dayanağı olduğu yönünde **bkz** İstanbul BİM 4 İDD, E 2017/1173 K 2017/1346, 29.12.2017.

38 Tespiti yapmaya yetkili idareler [Yönetmelik md.6, md.7 / Kanun md.3]; tespit talebinde kimlerin bulunabileceği [Yönetmelik md.7 / Kanun md.3] ve usulü [Yönetmelik md.7 / Kanun md.8] ile tespite yapılacak itirazlara [Yönetmelik md.7 / Kanun md.3, md.8] ilişkin hükümler, 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliğinde belirlenmiştir.

39 Bu hukuki rejime tabi olmanın beraberinde getirdiği sonuçlardan birisi de, doğacak uyumsuzlukların idari yargıda çözümlenmesi gerekeceğidir. “[...] (D)avaya konu satış işlemine dayanak olarak gösterilen 26.06.2014 tarihli, 12 nolu kat malikleri kurulu kararı veya 03.07.2015 tarihli arsa payı hak sahipleri ortak kararı, 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesi ve 6306 sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliğinin 15. ve 15/A. maddeleri hükümleri uyarınca alınmış kararlar olup bu kararların hukuki denetiminin İdari Yargı mercilerince 6306 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılması gerektiğinden [...]”, Danıştay 14 D, E 2016/8636 K 2017/1089, 28.02.2017.

40 6306 sayılı Kanun md. 6/1: “[...] Bakanlıkça veya İdarece yaptırılan riskli yapı tespitlerine karşı maliklerce veya kanuni temsilcilerince on beş gün içinde itiraz edilebilir. Bu itirazlar, Bakanlığın talebi üzerine üniversitelerce, ilgili meslek disiplini öğretim üyeleri arasından görevlendirilecek dört ve Bakanlıkça, Bakanlıkta görevli üç kişinin iştiraki ile teşkil edilen teknik heyetler tarafından incelenip karara bağlanır.”

41 6306 sayılı Kanun md. 7/6: “Riskli yapı tespitine karşı yapı malikleri veya kanuni temsilcilerince on beş gün içinde yapının bulunduğu yerdeki Müdürlüğe veya Bakanlıkça yetki devri yapılması durumunda İdareye verilecek bir dilekçe ile itiraz edilebilir.”

Kanun'un "uygulama işlemleri" başlıklı 6. maddesine göre, "[...] riskli yapılarda [...] bu yapıların bulunduğu parsellerde, yapılar yıktırılmadan önce, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, ifraz, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemlerine, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine, yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir".

Görüldüğü üzere, mevzuatta riskli yapı kararına konu binanın bulunduğu parselin ne şekilde değerlendirileceği hususu *numerus clausus* değildir⁴². Malikler, riskli yapı tespiti kararı üzerine, taşınmazda gerçekleştirilecek imar uygulamaları ve taşınmazın ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin kararlar almaktadırlar. Maliklerin alacakları bu karar(lar), paydaşların muhalif kalmalarına, pay satış kararı alınmasına, sonrasında satışa konu edilecek payların değerine ve mülkiyet hakkına doğrudan etki edecek niteliktedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir uyuşmazlıkta, riskli yapı tespiti kararı sonrası malikler aldığı kamuya bedelsiz terk⁴³ kararı neticesinde gerçekleşen terk işlemi bakımından, uygulama işlemleri içerisinde 'terk'in düzenlenmediği⁴⁴, terk miktarına⁴⁵ ilişkin hüküm bulunmadığı ve muhalif paydaşların payının yola

42 Madde metninde geçen "[...] diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine [...]" ifadesinin, en az 2/3 çoğunlukla karar alan maliklerin sınırsız bir takdir yetkisine sahip oldukları anlamına gelmediği; bu ifadenin – "yıkılacak taşınmazın arsasının tüm maliklere (azınlığa da) ekonomik olarak makul ve yüksek yarar sağlayacağı bir değerlendirme" olarak dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Malikler tarafından bu nitelikte bir karar alınmışsa, 6306 sayılı Kanun'un 6.maddesi kapsamında alınmış bir kararın bulunmadığının kabul edilmesi gerektiği hususunda **bkz** Turgut Öz, 'Kentsel Dönüşüm Kanunu Çerçevesinde Yapı Maliklerinin Üçte İki Çoğunlukla Alacakları Kararın İçeriğinin Amaca Göre Sınırlanabilmesi' İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2016) 15(1) 391, 396-399.

43 Bir imar hukuku kurumu olan bedelsiz terk, "malikin parselinde yapılaşmaya gidebilmesi için imar planında yol veya kamu hizmetleri için gösterilmiş kısmını terk etmesidir", Oğuz Sancakdar, *İmar Hukuku* (1. Bası, SBNET Uzaktan Eğitim ve Yayıncılık 2020) 299-300; "İmar hukuku bakımından bedelsiz terk genel olarak bir taşınmazın tamamının veya bir bölümünün, belli şartlar gerçekleştiğinde, yasadaki sayılan kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde ihtiyaç duyulan taşınmazların sağlanması amacıyla sahibine herhangi bir bedel ödenmeden yetkili ve görevli idare lehine mülkiyetinin terk edilmesini, dolayısıyla anılan taşınmazın mülkiyetinin idareye geçirilmesini ifade eder", Ramazan Yıldırım, 'İdareye Taşınmaz Mal Kazandıran Bedelsiz Terk, Devir ve Temlikler' KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2016) 1(2) 13,14. Şu hâlde terk, riskli yapının bulunduğu parselde var olan imar rejimi kapsamında yapılaşmaya gidilebilmesi için gerçekleştirilmesi zorunlu bir uygulama olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Kişi yapı yapmak istemeyi müddetçe terkin gündeme gelmeyeceği; yapı yapılmak istenmesi halinde ise, terk talebinin her parsel için olmayabileceği, olması halinde ise DOP'tan farklı olarak aynı oranda istenilmeyebileceği hususunda **bkz** Sancakdar (n 43) 300.

44 Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ["7281 sayılı Kanun"], Kanun Numarası: 7281, Kabul Tarihi: 18/2/2021, RG 05.03.2021/31414, 7281 sayılı Kanun'la 6.maddede yapılan değişikliklerle, maddeye "terk" ibaresi eklenmiştir. Ancak, riskli yapıda en az 2/3 çoğunlukla alınacak 'terk' kararına ilişkin, Yüksek Mahkemenin aradığı üst sınır 6306 sayılı Kanun'da bulunmamaktadır.

45 Terk'e ilişkin üst sınır belirlenmesinin, imar hukukunun arazi esaslı olması, arazinin her yerde aynı nitelikte olmaması, farklı imar planlarına dayalı farklı yapılaşma koşullarının varlığı gibi sebeplerle ne denli mümkün ve isabetli olacağı üzerinde ayrıca düşünülmelidir.

Öte yandan, terk işlemi neticesinde taşınmazın yüzölçümünde azalma olmaksızın da değerinde bir artış olacağı kuşkusuzdur. Anayasa Mahkemesi kararında, bu değer artışı ile terk nedeniyle katlanılan külfetin, terke ilişkin üst sınır belirlenmemiş olması nedeniyle ölçülemediğinden bahsedilmektedir. Ancak, üst sınırın belirlendiği DOP'ta da bu ölçümün tam olarak gerçekleştirilemediğini ifade etmek gerekmektedir. Şu hâlde, nimet-külfet dengesine ilişkin bu değerlendirmenin, üst sınırın belirlenmesiyle doğrudan ilgili olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Ayrıca terk işleminin, imar rejimine aykırılık taşınması veya taşınmazın yüzölçümünde gerçekleşecek azalma ile değerinde gerçekleşecek artış arasında, payı satışa konu edilecek maliklerin mülkiyet haklarına ölçüsüz müdahale teşkil edecek

terk kararı sonrasında taşınmazın yüzölçümünde gerçekleşen küçülme neticesi satılması sebebiyle, mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁴⁶.

Riskli yapı tespiti kararı sonrasında maliklerin, karara konu taşınmazın değerlendirilmesi konusunda alacakları kararlar içinse, 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'nde, kararın zamanı ve nisabı ile alınma usulüne ilişkin özel hükümler getirilmiştir. Kanun koyucu, maliklerin taşınmazın ne şekilde değerlendirileceği hususunda anlayamamaya, aralarında hukuki ihtilafın doğması ihtimaline binaen riskli yapı olarak tespit edilmiş binada gerçekleştirilecek uygulama işlemleri konusunda karar almaya ilişkin genel hükümlerden ayrı bir nisap ve usul öngörmüştür. Bu karara katılmayanların sahip oldukları payların ise satılmasına imkân tanımıştır. Bu olanak, kentsel dönüşüm rejiminin kamusal yönünün tezahürüdür⁴⁷. Kişilerin [riskli yapı maliklerinin] mülkiyet hakkını doğrudan etkileyen – hatta sonlandıran – bu hukuki imkânın hukuka uygun şekilde kullanılabilmesi için karar nisabı ile kararın alınma zamanı ve usulü üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir.

1. KARAR NİSABI

Riskli yapıda gerçekleştirilecek uygulama işlemleri konusunda riskli yapı maliklerinin oy birliği ile mutabakat sağlayamamaları halinde kanun koyucu, afet riski altındaki binanın fen ve sanat norm ve standartlarına uygun şekilde dönüşümünü sağlayabilme adına, paydaşların en az 2/3 çoğunluğuyla alınan kararı yeterli bulmaktadır. Bu durumda, karara katılmayan maliklerin paylarının akıbeti sorunu gündeme gelmekte; 6306 sayılı Kanun'da bu payların satışına imkân tanımaktadır. 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre, "[...] riskli yapılarda ise bu yapıların bulunduğu parsellerde, yapılar

nitelikte olması halinde, terk işlemine karşı yargı yoluna gidilebileceğine kuşku yoktur. Bu nedenle, 6306 sayılı Kanun'un 6.maddesinin açık hükmüne karşın, üst sınır belirlenmemesi nedeniyle en az 2/3 nisapla terke ilişkin karar alınamayacağını söylemek mümkün gözükmemektedir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir husus ise, en az 2/3 nisapla alınan terk veya diğer uygulama işlemlerine (tevhit, ifraz gibi) ilişkin kararının ne zaman icra edileceğidir. Bu sorunun cevabını, yukarıda yer verilen Anayasa Mahkemesi kararına konu olan terk işlemi üzerinden vermek mümkündür. Terke ilişkin kararın en az 2/3 çoğunlukla alınmasını müteakip, terk işleminin satıştan sonraya bırakılmasının, muhalif paydaşın elde edeceği bedele (mülkiyet hakkına) olumlu etki edeceği düşünülebilecektir. Gerçekten de terk kararının alınmasından sonra ve/fakat işlemler tamamlanmadan pay satışının gerçekleştirilmesi halinde, taşınmazın yüzölçümü küçülmeksizin pay satışa çıkarılacaktır. Ancak satışa katılacak malikler ve üçüncü kişiler, terkin gerçekleştirileceğini maliklerce alınan karardan bilmektedirler. Hatta üçüncü kişilerin satışa katılabilmeleri için, "satıştan önce üçte iki çoğunluk ile alınan kararı kabul edeceklerini ve üçte iki çoğunluk ile alınan karar doğrultusunda yapılan sözleşmeyi ve yapılacak uygulamanın gerektirdiği diğer belgeleri imzalayacaklarını yazılı olarak beyan etmeleri" gerekmektedir. Bu durumun, imar durumu belirsiz bir taşınmaza ait payın satışına katılacakların tekliflerine olumsuz etki edeceğini öngörmek hiç de zor değildir. Öte yandan, terk işlemlerinin pay satışından sonraya bırakılmasında ortaya çıkacak bir başka sorun da satışa konu edilecek payın rayiç bedel tespitinde ortaya çıkacaktır. Terke ilişkin alınan karar doğrultusunda, terkin gerçekleşmesi, satışa konu edilecek payın rayiç bedelinin doğru tespit edilmesine direkt etki edecektir. Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, en az 2/3 çoğunlukla, 6306 sayılı Kanun'un 6.maddesi uyarınca, pay satışı yanında terke – ya da diğer imar uygulamalarına – ilişkin de karar alınması halinde, muhalif paydaşların satışa konu edilecek paylarının rayiç bedelinin doğru tespiti ve satışın rekabet koşulları altında gerçekleştirilebilmesi için, işlemlerin tamamlanarak payın satışa çıkarılması isabetli olacaktır.

46 Anayasa Mahkemesi 1 B, B 2018/1406, 30.06.2021.

47 Emrah Kulaklı, 'Türkiye'de Kentsel Dönüşüm Rejimini Ortaya Çıkaran Nedenler, Uygulaması ve Özel Hukuk Alanına Bazı Etkileri' in Furkan Beşel, Fatih Yardımcıoğlu ve Hakkı Bağcı (eds), *Uluslararası Politik, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Kongresi ICPSS 2017 Bildiri Özetleri Kitabı* (Kaşkoprü Yayınları 2017) 289.

yıktırılmadan önce, [...] payların satışına, [...] yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir. Bu karara katılmayanların arsa payları, Bakanlıkça rayiç değeri tespit ettirilerek ve bu değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık artırma usulü ile satılır". Şu hâlde, riskli yapılarda gerçekleştirilecek uygulama işlemleri konusunda, paydaşların en az 2/3'ü ile karar verilmesi durumunda, karara katılan maliklerce karara katılmayan maliklerin paylarının satışı yönünde de bir karar tesisi gerekmektedir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken husus ise üçte iki çoğunluğun ne şekilde belirleneceğidir. 6306 sayılı Kanun'da bu hesap yapılırken "yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir" hükmü yer almaktadır. Anılan hükümdeki nisabın, pay ve paydaş çoğunluğunu mu yoksa yalnızca pay çoğunluğunu mu kastettiği doktrinde tartışılmış; bu nisabın pay çoğunluğu olduğu görüşü kabul edilmiştir⁴⁸. Gerçekten de kanun koyucu bu hususta, TMK'nın paylı mülkiyet veya KMK'nın kat mülkiyetinde maliklerin taşınmazda tasarrufta bulunmalarına ilişkin öngörülen karar nisabından farklı bir kural belirlemiştir. Kanun, 2/3 nisaba ilişkin olarak, yalnızca 'pay'ı (hisseyi)⁴⁹ esas almıştır⁵⁰. 6306 sayılı Kanun'un amacı gözetildiğinde, riskli olduğunun tespit edilmesi nedeniyle – güçlendirmeye konu edilemeyecekse – yıkılacak bir bina hakkında pay satışına karar verilmesinde 'pay (hisse)'in esas alınmasının isabetli bir yaklaşım olduğu söylenebilecektir.

Burada dikkat çekilmesi gereken bir diğer ifade ise 2/3 nisabının "yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin" maliklerin hisseleri oranında hesaplanacağını düzenlenmiş olmasıdır⁵¹. Bu ifadeden hareketle, yapının paydaşı olmadan hisse sahibi olan paydaşın söz konusu olup olmayacağı sorusu akla gelmektedir. Bu ifadenin, uygulama işlemlerine [dolayısıyla pay satışına] yönelik alınacak kararlarda, paydaş sayısının hesaba katılmayacağına, yalnızca hissenin esas alınacağına ve bina ile arzın mülkiyetinin farklılaşabildiği durumlarda, arsa malik(ler)inin hissesinin hesaba katılması gerektiğine işaret etmek üzere getirildiği söylenebilecektir⁵².

48 2/3 oranının yalnızca pay üzerinden hesaplanması gerektiği yönünde **bkz** Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2014) (n 3) 163; Şimşek (n 14) 149 vd.; Öz (n 42) 391-402; Özsunay (n 11) 32; Yazıcı (n 36) 56; Gürsel (n 5) 191; Özmen / Şengül (n 26) 74 vd.

49 Pay ve hisse kavramları hakkında **bkz** "Satışın Konusu: Pay (Hisse)" başlığı.

50 Kat mülkiyeti/kat irtifakı kurulu binalarda, yapı yıkılmadan önce bu kararın alınması söz konusu ise karar nisabı toplam arsa payı üzerinden hesaplanacaktır.

51 "Yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin" ibaresi, Uygulama Yönetmeliği'nin 15/2.maddesinde de yer alan almaktadır. Yönetmelik'te yer alan bu ibare iptal davasına konu edilmiş; ancak Danıştay bu ifadenin iptali istemini şu gerekçeyle reddetmiştir: "(A)fet riski altındaki yapıların iyileştirilmesi, tasfiyesi ve yenilenmesine ilişkin uygulamaların ivedilikle yapılmasının kamu yararına hizmet ettiği, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere afet riski altındaki alanlarda bulunan veya bu alanlar dışında olup da riskli olduğu tespit edilen yapıların yıkılarak yerine yenisinin yapılması sürecinde maliklerin haklarına zarar vermeden, ancak uygulamanın da sürüncemede kalmasına mahal vermeden iş ve işlemlerin yürütülmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; kanun koyucu tarafından idareye tanınan düzenleme yetkisi uyarınca dava konusu Yönetmelik hükümlerinin öngörüldüğü, normlar hiyerarşisine, dayanağı Kanun maddelerine ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ilkesine uygun olarak, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda düzenleme yapıldığı sonucuna ulaşıldığından, yukarıda belirtilen iptale konu Yönetmelik kuralında hukuka aykırılık bulunmamaktadır", Danıştay 6 D, E 2019/15170 K 2020/11080, 18.11.2020.

52 Bu yönde bir karar için **bkz** Danıştay 6 D, E 2019/15170 K 2020/11080, 18.11.2020.

Gerçekten de 6306 sayılı Kanun'un uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan Uygulama Yönetmeliği'ne bakıldığında bu çıkarımların hukuki dayanaklarını görmek mümkündür. Uygulama Yönetmeliği'nin 15/7.maddesine göre, “(b)ir parselde birden fazla yapı bulunması ve bu yapıların tamamının riskli yapı olarak tespit edilmiş olması halinde, yürütülecek uygulamalara yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında bütün maliklerin en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir”. Görüldüğü üzere, bir parsel üzerinde birden fazla riskli yapının varlığı halinde⁵³, 2/3 nisabı her bir riskli yapı için ayrı ayrı aranmamakta; riskli yapıların maliklerinin⁵⁴ sahip oldukları toplam hisse üzerinden bu nisap hesaplanmaktadır. Ayrıca, Uygulama Yönetmeliği'nin “Riskli yapıların tespiti ve itiraz” başlıklı 7/2.maddesinde, “(a)rsa üzerindeki yapının başkasına ait olması ve bunun da tapu kütüğünde belirtilmiş olması halinde, riskli yapı tespiti lehine şerh olan tarafta yapıdır” hükmüne yer verilerek, yapı maliki ile arsa malikinin farklılaşabileceğine işaret edilmiştir. Böyle bir durumda, riskli yapı tespiti için başvurabilecek olan kişi(ler) ile uygulama işlemlerine karar verecek kişi(ler) ayrılmakta; riskli yapı tespiti gerçekleştirildiği takdirde, taşınmazda ne yönde tasarruf edileceğine (ve pay satışına), yapının maliki olup olmadığına bakılmaksızın, arsa maliklerinin payları doğrultusunda karar verilecektir⁵⁵.

Şu hâlde, uygulama işlemlerine [ve pay satışına] ilişkin alınacak kararlarda aranan 2/3 nisabın, parsel üzerinde bulunan riskli yapı/yapıların maliklerinin arsa üzerinde sahip oldukları hisseler üzerinden hesaplanacağını söylemek mümkündür.

2. KARARIN ALINMA ZAMANI

6306 sayılı Kanun'un 6/1.maddesine göre, “[...] riskli yapılarda [...] bu yapıların bulunduğu parsellerde, yapılar yıktırılmadan önce, [...] payların satışına, [...] yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir”. Buna göre kanun koyucu, pay satışına ilişkin alınacak kararın – riskli yapı hakkında alınabilecek diğer kararlar gibi – riskli yapı tespiti kararından sonra ve/fakat yapı yıktırılmadan önce alınacağını hüküm altına almıştır.

Peki, yapı yıkıldıktan sonra malikler, pay satışına veya riskli yapıda ne yönde tasarrufa girişileceğine ilişkin bir karar tesis edemeyecekler midir? Kanun'un lafzına bakılarak pay satışına ilişkin kararın mutlaka yapı yıktırılmadan önce alınabileceği gibi anlam çıkarılması mümkünse de mezkûr maddeye

53 Bu durum, – toplu yapılarda olduğu gibi – yapıların ilk inşaa aşamasından itibaren söz konusu olabileceği gibi; yapılması tamamlanmış alanlarda idarece, tek taraflı olarak, İK'nın 18. maddesi uyarınca gerçekleştirilecek bir imar uygulaması (arazi ve arsa düzenlemesi) sonucunda veya tevhid işlemi neticesinde de ortaya çıkabilecektir. İK'nın yanı sıra, 6306 sayılı Kanun'un 6/5.maddesinde bu işlemlere ilişkin olarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na geniş yetkiler verilmiştir.

54 Ayrıca **bkz** Uygulama Yönetmeliği, md.15/8: “Bir parselde birden fazla yapı bulunması ve bu yapılardan bazılarının riskli yapı olarak tespit edilmiş olması halinde;
b) Yürütülecek uygulamalara sahip oldukları hisseleri oranında riskli olarak tespit edilen yapıların maliklerinin en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir”.

55 İstanbul BİM 4 D, E 2017/474 K 2017/293, 24.04.2017: “[...] (B)inada ortak olup olmadıklarına bakılmaksızın arsanın üçte iki çoğunluk hissesine sahip maliklerce alınacak karar ile pay satışının mümkün olduğu hususunda tartışma bulunmamaktadır”.

6704 sayılı Kanun'la eklenen⁵⁶ “[...] yapılar yıktırılmadan önce [...]” ifadesinin ihdas edilme nedenine yakından bakıldığında⁵⁷, kanun koyucunun iradesinin bu yönde olmadığı anlaşılacaktır⁵⁸. Gerçekten de malikleri, riskli yapı tespiti kararı verilmesi ile binanın yıkımı arasındaki kısa sayılabilecek bir sürede anlaşmak zorunda bırakmaya; yıkımdan önce en az 2/3 nisapla anlaşma sağlanamaması halinde ise 6306 sayılı Kanun’un kapsamı dışına çıkarmaya olanak bulunmamaktadır.

Bina hakkında 6306 sayılı Kanun kapsamında riskli yapı tespit kararı alınmasıyla birlikte, taşınmaz artık 6306 sayılı Kanun’un hukuki rejimine tabi olacaktır. Alınan riskli yapı tespit kararının kesinleşmesini müteakiben yapının yıkılacağı⁵⁹ veya şartların varsa (Uygulama Yönetmeliği md.8/5) güçlendirilmek suretiyle afete dayanıklı hale getirileceği muhakkaktır. Bir binanın riskli yapı olarak tespiti ve buna bağlı olarak kamu düzeni açısından yarattığı tehlikenin yıkım suretiyle giderilmesi, 6306 sayılı Kanun’un amacına ne kadar uygunsuz; riskli yapının yıkımı sonrasında, taşınmazın ve maliklerin 6306 sayılı Kanun kapsamında mütalaa edilemeyeceğinin söylenmesi de dönüşüm uygulamalarını zorlaştıracak olması nedeniyle 6306 sayılı Kanun’un amacına bir o kadar aykırıdır. Bu nedenle, maliklerin yapı yıktırılmadan önce veya sonra pay satışı veya diğer uygulama işlemleri yönünden karar almasının önünde herhangi bir engel bulunmadığının kabulü gerekmektedir. Kaldı ki, gerek 6306 sayılı Kanun’da⁶⁰ gerekse de Uygulama Yönetmeliği’nde⁶¹, yapının yıkımı sonrasında da pay satışı veya dönüşüm uygulamalarına yönelik diğer kararların alınabileceğine ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Şu hâlde, taşınmaz maliklerinin pay satışına ilişkin kararı, bina yıkılmadan önce veya sonra almalarının mümkün olduğuna kuşku yoktur.

- 56 6306 sayılı Kanun’un 6/1.maddesinin 6704 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önceki hali şu şekildedir: “*Üzerindeki bina yıkılarak arsa hâline gelen taşınmazlarda daha önce kurulmuş olan kat irtifakı veya kat mülkiyeti, ilgililerin muvafakatleri aranmaksızın Bakanlığın talebi üzerine ilgili tapu müdürlüğünce resen terkin edilerek, önceki vasfı ile değerlendirilerek bulunulacak veya malik ile yapılan anlaşmanın şartları tapu kütüğünde belirtilerek malikleri adına payları oranında tescil edilir. [...] Bu çerçevede, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir*”.
- 57 26.04.2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 6704 sayılı Kanun’un 23.maddesiyle, Kanun’un 6/1.maddesinde değişikliğe gidilmiş; yapılar yıktırılmadan önce uygulama işlemleri ve pay satışına ilişkin olarak kat malikleri kurulunca karar alınabilmesinin önü açılmıştır. Zira, bu değişiklikten önceki Yargıtay içtihadı, Kanun’un değişiklikten önceki lafzından hareketle, yapı yıkılmadan, kat mülkiyeti ve kat irtifakı müşterek mülkiyete dönüştürülmeden, 6306 sayılı Kanun’un uygulama alanı bulamayacağı yönündeydi. Bu yöndeki Yargıtay kararları ile eleştirisi hakkında **bkz** Bilgehan Çetiner, ‘Kentsel Dönüşüm İlişkin Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 04.11.2015 Tarihli Kararına İlişkin İnceleme ve Değerlendirmeler’ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (2016) 74(1) 233, 233-240.
- 58 Emrehan İnal, *Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 94-95; Kürşad Yağcı, ‘Kat Mülkiyetine Tabi Binaların Kentsel Dönüşüm Çerçevesinde Yıkılıp Yeniden Yapıtılmasında Aranacak Karar Nisabı’ iç Tufan Ögüz ve Baki İlkyay Engin (edr), *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt 1 Eşya Hukuku* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2016) 68.
- 59 Riskli yapının yıktırılması hususunda **bkz** “Riskli Yapının Yıkılması” başlığımız.
- 60 6306 sayılı Kanun md.6/2: “*Üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması halinde, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar için Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından acele kamulaştırma yoluna da gidilebilir*”.
- 61 6306 sayılı Kanun md.15/5: “*Kanununun 6’ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca, üzerindeki riskli binanın yıkılmasından sonra arsa haline gelen taşınmazın satışına karar verilmesi halinde, bu satışın öncelikle Bakanlığa veya Bakanlığın uygun gördüğü bağlı veya ilgili kuruluşuna veyahut da İdareye veya TOKİ’ye teklif edilmesi gerekir*”.

Ancak, üzerindeki binanın yıkılmış olmasına karşın, maliklerce taşınmazın ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin en az 2/3 çoğunlukla karar alınmaması halinde, bu anlaşmanın gerçekleştirilmesini temin etmek için maliklere idarece tebligat yapılabilir. Bu tebligat sonrasında otuz gün içerisinde maliklerce en az 2/3 çoğunlukla karar alın(a)maması halinde taşınmaz, Bakanlık, TOKİ veya İdarece acele kamulaştırmaya konu edilebilecektir. (6306 Sayılı Kanun Madde 6/2)⁶².

Bu hükümden hareketle, bu statüde bulunan taşınmazlarda, maliklerce anlaşma sağlanmasının, tebligatı takip eden otuz günlük süreyle sınırlandırıldığı söylenebilecektir⁶³. Ancak Danıştay bir kararında, bu hükmün ve otuz günlük sürenin, riskli alan ilan edilen bölge içerisinde kalan taşınmazlar için geçerli olduğunu işaret eder ifadelerde bulunmuştur. Buna göre: “*Uyuşmazlıkta, davalı idarece verilen bilgiler ışığında, 6306 sayılı Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasında uygulama işlemleri için paydaşların hisseleri oranında aranan en az üçte iki çoğunluk nisabının sağlandığı beyan edildiğine göre “Üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması [...]” hâlinde hüküm ifade eden ve riskli alan içerisinde yer alan taşınmazların idarelerce acele kamulaştırılmasına imkan sağlayan aynı maddenin ikinci fıkrası uygulama alanı bulamamakta, usulüne uygun olarak tebliğ edilerek, yeterli karar nisabının alındığı toplantıya ya da karara katılmadığı resmi belge ile kanıtlanan kişilere ait hisselerden kaynaklanan uygulama problemlerinin birinci fıkra uyarınca çözümlenmesi gerekmektedir*”⁶⁴. Görüldüğü üzere Danıştay, 6306 sayılı Kanun’un 6/2. maddesinde yer alan hükmün, “*riskli alan içerisinde yer alan taşınmazların idarelerce acele kamulaştırılmasına imkân sağlayan*” bir düzenleme olduğunu ifade etmektedir. Bu ifadenin, anılan karara konu somut uyuşmazlığın riskli alanda bulunan taşınmazlara ilişkin olması sebebiyle mi, yoksa genel bir şart olarak değerlendirilmiş olması nedeniyle mi kullanıldığı, karardan tam olarak anlaşılammamaktadır.

Maliklerce alınacak kararın bina yıkılmadan önce veya yıkıldıktan sonra alınması, kamu düzenini ilgilendirmemekte; taşınmaz maliklerinin, mülkiyetten doğan haklarının kullanımını etkilemektedir. Üzerindeki bina, riskli yapı tespit kararı neticesinde yıkılarak arsa haline gelmiş bir taşınmazın, kamu düzenine herhangi bir olumsuz etkisi olmamasına karşın; malikleri otuz gün gibi kısa bir sürede anlaşmaya zorlamanın; sonrasında ise – özellikle riskli yapılar açısından – hiçbir “ivedilik”

62 Anayasa Mahkemesi, “[...] (A)fet riski altındaki yerleşim merkezlerinin iskân durumunun yeniden düzenlenmesinin bir parçası olarak malikleri tarafından kendi iradeleriyle değerlendirilmeyen taşınmazların, ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamulaştırma yoluyla değerlendirilmesinde kamu yararı bulunduğu açıktır [...]” şeklindeki soyut gerekçeyle bu hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir, Anayasa Mahkemesi GK, E 2012/87 K 2014/41, 27.02.2014. Anılan durumdaki taşınmazların acele kamulaştırmaya konu edildikten sonra, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 3. Maddesi uyarınca bedellerin taksitle ödeneceğinin düzenlenmiş olmasının adil olmadığı hususunda ayrıca **bkz** Gürsel Öngören, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (Öngören Hukuk Yayınları 2013) 39.

63 Ancak bu süre ve acele kamulaştırma yoluna başvurma, üzerindeki riskli yapı yıkılmış her taşınmaz için geçerli değildir. Burada idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Nitekim maddede yer alan, “[...] *acele kamulaştırma yoluna da gidilebilir*” hükmü buna işaret etmektedir. İdare, üzerindeki riskli yapı yıkılmış olan taşınmazlar hakkında, kamulaştırma yoluna gitme/gitmeme; gidecekse, hangisi/hangileri için acele kamulaştırma yoluna başvuracağını belirleme ve başvurma zamanını tayin etme konusunda, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri doğrultusunda değerlendirme yapma yetkisine sahiptir. Zira, idarenin, maliklerin taşınmazda ne yönde tasarruf edileceği konusunda anlaşamaması nedeniyle, özel mülkiyette bulunun bir taşınmazı kamulaştırmak zorunda bırakılması, kamu yararı anlayışıyla bağdaşmayacaktır.

64 Danıştay 6 D, E 2016/9228 K 2017/7848, 18.10.2017; aynı yönde **bkz** Danıştay 6 D, E 2015/5196 K 2016/7403, 16.11.2016.

hali olmamasına rağmen, acele kamulaştırma yoluyla taşınmazlarını kamu mülkiyetine geçirmeye imkân tanınmanın, mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale teşkil ettiğine kuşku yoktur. Zira burada artık, dönüşüm uygulamalarını ivedi şekilde gerçekleştirebilmek adına yapılan bir pay satışı değil, taşınmazın bütün olarak kamu mülkiyetine geçirilmesi söz konusudur.

Buna karşın, pay satışına ilişkin kararın, yapının yıkımından önce/sonra alınması, kararın alınmasına ilişkin usule etki edebilecek niteliktedir. Aşağıda bu husus üzerinde ayrıca durulacaktır.

3. TOPLANTI USULÜ

Riskli yapı tespiti kararının alınmasından sonra maliklerin taşınmazda ne şekilde tasarrufta bulunulacağına ilişkin karar almaları gerektiği daha önce ifade edilmişti. Bu kararın – ve pay satışı kararının – alınma usulü, sonuç işlem olan pay satışının hukuka uygunluğuna doğrudan etki etmesi sebebiyle büyük önem arz etmektedir. Bu kararın alınacağı toplantıya ilişkin olarak 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'nde bir düzenleme yer almamaktadır. Uygulama Yönetmeliği'nin ilk halinde getirilmiş olan toplantı usulüne ilişkin kuralın, yıllar içerisinde birden fazla kere değişmiş olması nedeniyle konu daha da girift bir hal almıştır. Bu durum, kentsel dönüşüm uygulamalarında farklı toplantı usullerinin uygulanmasına yol açmaktadır. Uygulamadaki bu farklılık, yargı kararlarına da yansımakta; bu anlamda bir hukuki belirsizlik ortaya çıkmaktadır.

Nitekim İstanbul 7. İdare Mahkemesinin 31.05.2021 tarih, 2020/1762 E. ve 2021/823 K. sayılı dosyasında⁶⁵ pay satışına ilişkin idari işlemin iptaline karar verilmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Uygulama Yönetmeliği'ndeki toplantı usulü müteaddit defalar değişikliğe uğramıştır. Nitekim 2014 yılında yapılan değişiklikle, maliklere noter yoluyla tebligat yapılması usulü kaldırılmış olmasına karşın, mezkûr kararda İdare Mahkemesi, değişiklikten önceki hükmü esas alarak, maliklerin – her ne kadar kararın içeriğinde zikretme de – noter vasıtasıyla toplantıya çağrılmadığından bahisle pay satış işleminin iptaline karar vermiştir⁶⁶.

Uygulama ve yargı kararlarında, kentsel dönüşüme yönelik toplantı usullerine ilişkin olarak bazı farklılıklara rastlanmaktadır. Bunun temel nedeni ise, toplantı usulüne ilişkin bir kuralın 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'nde düzenlenmemiş olması ya da var olan düzenlemenin kaldırılmış olmasıdır.

Uygulama Yönetmeliği'nin 15/2.maddesine göre, *“(b)u karar anlaşma şartlarını ihtiva eden teklif ile birlikte karara katılmayanlara noter vasıtasıyla veya 7201 sayılı Kanuna göre tebliğ edilir. Bu tebliğde, on beş gün içinde kararın ve teklifin kabul edilmemesi halinde arsa paylarının, [...] satılacağı bildirilir”*. Maliklerce riskli yapıda gerçekleştirilecek uygulama işlemlerine ilişkin alınan karara sonradan katılma

65 Karar yayınlanmamıştır.

66 Buna karşın İstanbul 14. İdare Mahkemesinin 2021/825 E. sayılı iptal davasında, mahkemenin 30.06.2021 tarihli ara kararı [karar yayınlanmamıştır] ile bütün maliklerin noter aracılığıyla davet edilmediği bir kat malikleri kurulu akabinde alınan pay satışına ilişkin işlemin yürütmesinin durdurulması istemi reddedilmiştir. Söz konusu karara karşı davacı tarafından İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Altıncı İdare Dava Dairesi nezdinde yapılan 2021/916 YD itiraz numaralı itiraz yine, *“itiraz istemine konu edilen mahkeme kararı uygun görüldüğünden”* reddedilmiştir.

şart ve usulüne ilişkin kural ihdas eden idarenin, toplantı usulüne ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamış veya yapılmış bir düzenlemeye atıfta bulunmamış olmasını bir ‘unutkanlık’ ya da ‘ihmal’ olarak düşünmek mümkün gözükmemektedir. Nitekim Uygulama Yönetmeliği’nin ilk halinde bu konuya ilişkin düzenleme de yer almaktadır⁶⁷. İdare, Yönetmelik’te değişiklik yapmak suretiyle, Uygulama Yönetmeliği’nin ilk halinde var olan bir usulden vazgeçmiştir. Yukarıda yer verdiğimiz yargı kararlarına ve uygulamaya bakıldığında, toplantı usulüne ilişkin kuraldan vazgeçme gerekçe ve amaçlarının gerçekleştiğini söylemek pek mümkün değildir. Uygulamada gerek mahkemelerin gerek maliklerin herhangi bir usul öngörülmemiş olmasına karşın noter marifetiyle tebligat yapılması şartını aradıkları müşahede edilmektedir. Bu nedenle, halihazırdaki hukuki durumun tespiti büyük önem arz etmektedir.

Peki, bu belirsizlik ne şekilde giderilecektir? Bu noktada, kat mülkiyeti/irtifakı kurulu olan veya kurulu olmayan taşınmazlar arasında ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Zira KMK’da kat mülkiyeti/irtifakı kurulu taşınmazlarda, karar alma usulüne ilişkin hükümler bulunmaktadır⁶⁸. Burada cevaplanması gereken soru ise, kat mülkiyeti/irtifakı kurulu olmayan riskli yapılarda, KMK hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağıdır.

Kat mülkiyeti/irtifakı kurulu ve 6306 sayılı Kanun kapsamında riskli yapı olarak belirlenmiş taşınmazlara ilişkin olarak KMK ile 6306 sayılı Kanun hükümleri arasında bir farklılık bulunması durumunda, özel ve sonraki kanun olması nedeniyle, 6306 sayılı Kanun’un uygulanacağına kuşku yoktur. Ancak, bu nitelikteki taşınmazların kısmen veya tamamen KMK kapsamı dışına çıkarıldığına ilişkin ne 6306 sayılı Kanun’da ne KMK’da bir düzenleme vardır. Bu nedenle, – her ne kadar 6306 sayılı Kanun ve alt mevzuatıyla getirilmek istenen bu olmasa da – riskli yapılarda, 6306 Kanun’la bağdaştığı ölçüde KMK hükümlerinin uygulanacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu durumda, kat mülkiyetine tabi binalar bakımından çağrı şekline ilişkin olarak KMK md.29 f.2 hükmünün göz önünde bulundurulması gerekecektir⁶⁹.

67 Uygulama Yönetmeliği md.15/2: “Riskli yapılarda, Kanunun 6 ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, yeniden bina yapılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine esas karar alınmak üzere, yöneticinin veya denetçinin veya kat maliklerinin üçte birinin istemi üzerine, noter vasıtası ile yapılacak tebligat ile kat malikleri kurulu toplantıya çağrılır.” [Uygulama Yönetmeliği’nin ilk hali için bkz RG 15.12.2012/28498]

68 Bkz KMK md.29 vd.

69 İnal (n 58) 106-107. 6306 sayılı Kanun m.6 hükmü çerçevesinde karar alınacak toplantı çağrısının TK Ek m.1 uyarınca fiilen oturana yapılmak veya apartman girişinde buldurulacak ilan tahtasına asılmak suretiyle yapılamayacağı, bu şekilde yapılan çağrının 6306 sayılı Kanun kapsamında geçerli bir tebligat sayılamayacağı hususunda bkz Yağcı (n 58) 170-171. Yazar’a göre, “söz konusu hüküm kat mülkiyeti kanunun uygulandığı hallerde ve ‘apartman yönetimine ve ortak giderlere ilişkin tebligatlar’ hakkında geçerlidir. Oysa kentsel dönüşüm uygulaması, kat mülkiyeti kanununa tabi olmadığı gibi, mülkiyetin esasını ilgilendiren ve apartman yönetimi ve giderlerinin çok üzerinde öneme sahip bir konudur. Bu sebeple de söz konusu tebliğ usulünün kentsel dönüşüm konulu bir kat malikleri toplantısı bakımından uygulanmaması gerekir. Kaldı ki 6306 sayılı Kanunun riskli yapı tespitinin tebliğine dair 5/3 hükmü, tebliğe rağmen 2/3 çoğunlukla anlaşma sağlanamamasına dair 6/f.2 hükmü, bu kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı dava açma süresinin tebligattan itibaren başlayacağına dair 6/f.9 hükmü dikkate alındığında, 7201 s. Tebligat Kanununun Ek m.1 hükmü uyarınca fiilen oturana ve/veya ilan tahtasına asılma suretiyle çağrı yapılmasının, kural olarak, 6306 sayılı Kanunun uygulama alanı kapsamında geçerli bir tebligat sayılamayacağı kanaatindeyiz.” Fakat ne 6306 sayılı Kanun’da ne de 7201 sayılı Tebligat Kanunu’nda kentsel dönüşüm uygulamalarında KMK’de öngörülen tebligat hükümlerinden sapılacağına dair bir hüküm bulunmaktadır. Mevzuatta düzenlenmemiş olmasına karşın, ayrıksı bir tebligat usulünün benimsenmesi

KMK'nın bu hükmü uyarınca yapılacak toplantı çağrısı önemli bir sebebin çıkması halinde, yöneticinin veya denetçinin ya da kat maliklerinden üçte birinin istemi üzerine ve toplantı için istenilen tarihten en az on beş gün önce bütün kat maliklerine imzalatılacak bir çağrı veya bir taahhütlü mektupla, toplantı sebebi de bildirilmek şartıyla, kat malikleri kurulu her zaman toplanabilir⁷⁰.

Kat mülkiyeti/irtifakı kurulmamış veya terkin edilmiş paylı mülkiyete tabi yapılar bakımından ise paydaşların toplantı yapmasına ve toplantıya çağırılması usulüne ilişkin bir düzenleme mevzuatta bulunmamaktadır. Paydaşlar arasında oybirliği sağlanamaması durumunda, paylı mülkiyete tabi bir riskli yapıya ilişkin olarak karar alınabilmesi için toplantı yapılması zorunluluğuna işaret eden açık bir hüküm 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'nde yer almamaktadır. Mevzuatımızda bu hususta bir kural yer almadığı için, bu durumda 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'nin lafzı ve amacı doğrultusunda hareket etmek gerekmektedir⁷¹.

Uygulama Yönetmeliği'nde toplantı usulü hakkında mülga kanun döneminde var olan usul kaldırılmış; 2/3 çoğunluktaki paydaşların karar vermesi yeterli görülmüş; muhalif paydaşlara ise alınan karara Uygulama Yönetmeliği md.15 f.2 uyarınca sonradan katılma imkânı tanınmıştır. Dolayısıyla kat mülkiyeti/irtifakı kurulmamış veya terkin edilmiş paylı mülkiyete tabi yapılar bakımından mevzuatın lafzının ve amacının 'yeter ki pay satışına ilişkin 2/3 çoğunlukla alınmış bir karar olsun' yönünde olduğu gerçeğinden hareket edilmelidir. Bu yapılar bakımından, KMK'da öngörülen usulün geçerli olmadığı; bu durumda olan taşınmazlar hakkında paydaşların dürüstlük kuralı çerçevesinde iradelerini ortaya koymalarına imkân tanınarak, en az 2/3 çoğunlukla alınan bir kararın yeterli kabul edilmesi gerektiği söylenebilecektir.

C. RAYİÇ BEDELİN TESPİTİ ETTİRİLMESİ

Riskli yapı tespiti kararının ardından, maliklerce alınan karara katılmayan muhalif paydaşlara ait taşınmazların değeri, satış öncesinde Sermaye Piyasası Kurulu ["SPK"] lisanslı gayrimenkul değerlendirme

halinde, kanun koyucu yerine geçilmesinin yanı sıra, kanun koyucunun "ivedi" kentsel dönüşüm isteğinin önüne uzun yıllar alabilen tebligat sorunu çıkabileceği; kat malikleri kurulu toplanana kadar yapının yıkımı ve kat maliklerinin mağduriyeti söz konusu olabilecektir. Zira uygulamada da uzun yargılama sürelerinin en büyük nedenlerinden birinin 'uzun süren tebligat süreçleri' olduğu bilinmektedir. Bu nedenle, kat mülkiyeti/irtifakı kurulu riskli yapılarda, KMK ve TK Ek Madde 1 hükümlerine uygun tebligatı, usulüne uygun olarak yapılmış bir tebligat olarak kabul etmenin hem mezkûr kanunun lafzına hem de 6306 sayılı Kanun'un ruhuna uygun olduğu kanaatini taşımaktayız.

70 Bu yönde *bkz* Yargıtay 20 HD, E 2019/4723 K 2020/585, 10.02.2020; Yargıtay 20 HD, E 2019/931 K 2019/3370, 13.05.2019; Yargıtay 20 HD, E 2017/3690 K 2017/9936, 23.11.2017.

71 Bu boşluğun KMK md.29 f.2 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle doldurulması hem amaca uygun hem de pratik bir çözüm olacağı yönünde *bkz* Yağcı (n 58) 171.

şirketince tespit ettirilmelidir^{72 73}. Uygulama Yönetmeliği'nde rayiç bedel tespitine konu olacak "taşınmaz" tanımlanmıştır. Buna göre taşınmaz, "22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 704'üncü maddesi uyarınca taşınmaz mülkiyeti kapsamına giren arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümleri" olarak tanımlanmaktadır.

Rayiç bedelin doğru tespiti, muhalif paydaşların mülkiyet hakkı bakımından büyük önem arz etmektedir. Zira, pay satışına esas alınacak rayiç değer, maliklerce SPK lisanslı değerlendirme kuruluşlarına tespit ettirilmiş olan taşınmazın değeri de gözetilerek Bedel Tespiti Komisyonunca belirlenmektedir⁷⁴. Nitekim uygulamada, Bedel Tespiti Komisyonunca belirlenen bedel ile değerlendirme kuruluşu tarafından saptanan bedel arasında çok da fark olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, değerlendirme raporunda tespit edilen rayiç değer, muhalif paydaşın pay satışından elde edeceği tutarın temelini oluşturacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Peki bu tespit ne zaman yaptırılacaktır? 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'nde riskli yapı tespiti kararı sonrasındaki pay satışı şartlarının hangi sırayla gerçekleştirileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu yönde bir düzenlemenin olmayışı, maliklerin bu anlamda bir usul sorunuyla karşı karşıya kalmalarını önleme ve dönüşümün hızlı şekilde gerçekleştirilmesini sağlama adına, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu şeklinde yorumlanabilir. Buna mukabil, rayiç bedel tespitinin en az 2/3 çoğunlukla pay satış kararının alınmasından sonra yapılacağı söylenebilecektir. Zira, ancak yapılacak kat malikleri toplantısından veya – kat mülkiyeti/irtifakı bulunmayan taşınmazlar açısından – en az 2/3 çoğunlukla pay satış kararının alınmasından sonra herhangi bir paydaşın alınacak karara muhalif olup olmadığı; muhalif kalan paydaş varsa da hangi paydaş(lar)ın payının satışa konu olacağı belli olacaktır. Alınan karar(lar)a muhalif kalarak paylarının satışa konu edilmesi kararlaştırılan maliklere ait taşınmazın rayiç bedeli tespit ettirilecek; sonrasında bu pay satışa konu edilebilecektir. Nitekim, Uygulama Yönetmeliği'nin "açık artırma usulü ile satış" başlıklı 15/A maddesinde, pay satışı için istenilen belgeler arasında, "(üçte iki çoğunlukla alınan karara katılmayan maliklere ait taşınmazların Sermaye Piyasası Kuruluna kayıtlı olarak faaliyet gösteren lisanslı değerlendirme kuruluşlarına tespit ettirilen değerine ilişkin belgeler" yer almaktadır.

Şu hâlde, en az üçte iki çoğunlukla alınan karara katılmayan malikler ve payları, ancak yapılacak kat malikleri toplantısından veya en az 2/3 çoğunlukla maliklerin anlaşmasından sonra ortaya

72 6306 sayılı Kanun md.6 f.1: "[...] Bu çerçevede, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir. Bu karara katılmayanların bağımsız bölümlerine ilişkin arsa payları, Bakanlıkça rayiç değeri tespit edilerek bu değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık artırma usulü ile satılır [...]" Yönetmelik md.15/A f.1/c: "Riskli alanlar, rezerv yapı alanları ve riskli yapıların bulunduğu parsellerde hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile alınan karara katılmayan maliklerin arsa paylarının satışı için [...] c) Üçte iki çoğunlukla alınan karara katılmayan maliklere ait taşınmazların Sermaye Piyasası Kuruluna kayıtlı olarak faaliyet gösteren lisanslı değerlendirme kuruluşlarına tespit ettirilen değerine ilişkin belgeler [...] ile birlikte yazılı olarak Müdürlüğe veya Bakanlıkça yetki devri yapılması durumunda İdareye müracaatta bulunulur. Satış işleminin yapılabilmesi için yapıların yıktırılmış olması gerekmez."

73 Uygulamada, değerlendirme şirketinin lisans belgeleri raporun arkasına eklenmesi değerlendirme raporunun tüm sayfalarının parafı, sonuçlar kısmının ise kaşeli ve ıslak imzalı olması istenilmektedir.

74 **Bkz** Uygulama Yönetmeliği md.15/A/3.

çıkabilecektir. Maliklerin oy birliğiyle karar alması durumunda ne pay satışına ne de SPK lisanslı değerlendirme kuruluşunca yapılacak bir bedel tespitine gerek olacaktır. Maliklerce en az 2/3 çoğunlukla alınan karara katılmayan muhalif paydaşların varlığı halinde ise, bu tespit ve pay satış kararı alındıktan sonra, taşınmazların SPK lisanslı değerlendirme kuruluşunca bedeli tespit ettirilebilecektir.

Burada, yapılacak bedel tespitinin zamanı da önem taşımaktadır. Her ne kadar hukuken bir zorunluluk olmasa da bina yıkılmadan bedel tespitinin gerçekleştirilmesinde fayda bulunmaktadır. Zira, bedeli tespit edilecek taşınmazlar içerisinde “bağımsız bölümler” de yer almaktadır. Binanın yıkılarak, kat mülkiyeti/irtifakının terkin edilmesi halinde, bağımsız bölümler ortadan kalkacak ve rayiç bedel tespiti zorlaşabilecektir. Bu nedenle, taşınmaza ilişkin rayiç bedel tespitinin, maliklerce en az 2/3 çoğunlukla karar alınmasından sonra ve/fakat bina yıkılmadan önce gerçekleştirilmesinin isabetli olacağı kanaatini taşımaktayız⁷⁵.

Öte yandan ne 6306 sayılı Kanun, ne de Uygulama Yönetmeliği’nde değerlendirme raporunun alınmasına ilişkin karar için ayrı bir toplantı/karar gerekip gerekmediği düzenlenmiştir. Pay satışı kararının alınmasından sonra, bu değerlendirme için ayrıca bir karar alınabileceği gibi; muhalif paydaşların payının satışına ve bunlara ilişkin değerlendirme raporu alınacağına aynı kararda da yer verilebilecektir⁷⁶. Dolayısıyla değerlendirme raporu alınması kararı, her ne kadar ‘pay satışı kararı’nın doğal bir sonucu olsa da bu yönde ayrıca karar alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Zira, bu değerlendirme raporunun alınması, maliklere ayrı bir mali külfet yükleyebilecektir. Uygulamada çoğu zaman yapıda dönüşümü sağlayacak müteahhit tarafından bu mali külfete katlanılmaktaysa da maliklerin kendilerinin de dönüşüm uygulamalarını gerçekleştirebilecekleri gözden kaçırılmamalıdır. Böyle bir durumda, genel hükümler dahilinde harekete etmek gerekecektir. Kat mülkiyeti kurulu taşınmazlar bakımından, KMK md.20’de⁷⁷, – aksine bir karar alınmamışsa – kat maliklerinin ana gayrimenkulün giderlerine katılmakla yükümlü olduğunu ve ortak yer veya tesisler üzerindeki kullanma hakkından vazgeçmek veya kendi bağımsız bölümünün durumu dolayısıyla bunlardan faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmek suretiyle bu gider ve avans payını ödemekten kurtulamayacağını hüküm altına almıştır. Kat mülkiyeti bulunmayan taşınmazlarda ise bu sefer TMK’nın giderler ve yükümlülüklerle ilişkin 694. maddesini⁷⁸ uygulamanın isabetli olacağı görüşündeyiz. Payı satışa konu edilecek muhalif

75 Aynı yönde **bkz** “Anayapının yıktırılmasından sonra dairelerin fiziksel durumlarının kanıtlanabilmesi mümkün olamayacağından, ortada tipik bir ‘delillerin kaybolması’ durumu söz konusudur”. Özsunay (n 11) 35. Yazar bu sakıncanın önlenmesi için, yıkımdan önce ‘delil tespiti davası’ açılmasını önermektedir.

76 **Bkz** Uygulama Yönetmeliği md.15 f.2.

77 KMK md.20: “Kat maliklerinden her biri aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça: [...] b) Anagayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payı oranında; katılmakla yükümlüdür [...] Kat malikleri ortak yer veya tesisler üzerindeki kullanma hakkından vazgeçmek veya kendi bağımsız bölümünün durumu dolayısıyla bunlardan faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmek suretiyle bu gider ve avans payını ödemekten kaçınamaz.”

78 TMK md.694: “Paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren yönetim giderleri, vergiler ve diğer yükümlülükler, aksine bir hüküm bulunmadıkça, paydaşlar tarafından payları oranında karşılanır. Payına düşenden fazlasını ödemiş bulunan paydaş, diğerlerine payları oranında rücu edebilir.”

paydaşların böyle bir mali yükümlülük altına sokulmasının adil olmayacağı düşünülebilecekse de SPK lisanslı değerlendirme kuruluşunca yapılacak doğru bedel tespitinde, payı satışı konu edilecek malikin de menfaati bulunmaktadır. Bu nedenle, bu hususta genel hükümlerden ayrılmayı gerektiren bir durum olmadığı kanaatindeyiz.

Rayıç bedelin tespitinin hangi değer üzerinden hesaplanacağı konusu ise üzerinde durulması gereken bir başka husustur. 6306 sayılı Kanun, pay satış kararının alınmasına yıkımdan önce de sonra da imkan tanımaktadır. Eğer yapı yıktırılmamışsa, rayiç bedel değerinin 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesi doğrultusunda arsa payı üzerinden hesaplanması gerekecektir⁷⁹. Eğer yapı yıkılmış ise de hisseye ait rayiç bedel değerinin taşınmazın toplam değerinin hisse oranına bölünmesiyle hesaplanması gerektiğini düşünüyoruz.

Nitekim, 6306 sayılı Kanun'un 6/1.maddesine göre, *“üzerindeki bina yıkılarak arsa hâline gelen taşınmazlarda daha önce kurulmuş olan kat irtifakı veya kat mülkiyeti, [...] tapu müdürlüğünce resen terkin edilerek, önceki vasfı ile değerlemede bulunularak [...] malikleri adına payları oranında tescil edilir”*. Görüldüğü üzere, kat mülkiyeti/kat irtifakı kurulu bina yıkıldıktan sonra, maliklerin payları, *“önceki vasfı ile değerlemede bulunularak”* adlarına tescil edilecektir. Tescil işlemi, idare işlevine ilişkin bir faaliyettir⁸⁰. Bu cümleden hareketle, kat mülkiyeti/irtifakı kurulurken, bağımsız bölümün sahip olduğu vasıflar dikkate alınarak hesaplanan arsa payının, pay hesabına esas alınacağını; rayiç bedel hesabına konu edilecek payın ise, arsa payı esas alınarak hesaplanan ve tapuya bu şekilde tescil edilen hisse olduğunu söylemek mümkündür⁸¹.

79 Her bir bağımsız bölümün yüzölçümü, biçimi, kaçınıcı katta bulunduğu, cadde veya sokağa cephe olup olmadığı, güneşten yararlanma olanağı gibi unsurlar dikkate alınarak hesaplanan arsa payı hakkındaki açıklamalar için **bkz** “Satışın Konusu: Pay (Hisse)” başlığı.

Arsa payının gerçek değeri üzerinden satışı konu edilebilmesi ve mülkiyet hakkının ihlal edilmemesi için, arsa payının doğru hesaplanmış olması gerektiğine kuşku bulunmamaktadır. Arsa payı hesabının doğru yapılmamış olması ve gerçeği yansıtmadığı ihtimalinde, arsa payı düzeltim davası açılabilir. hususunda **bkz** İnal (n 58) 39. Arsa payı düzeltim davası hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca **bkz** Etem Saba Özmen ve Berna Çakmak, ‘6306 Sayılı Yasa Uygulamalarında Arsa Payının Düzeltilmesi Davasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar’ İstanbul Barosu Dergisi (2013) 87(5) 725, 725-750.

80 Danıştay 14 D, E 2019/79 K 2019/189, 17.01.2019: *“Davacılar tarafından 6306 sayılı Kanun kapsamında yıkılan riskli yapıda dükkan olan taşınmazlarının niteliğinin mevcut duruma göre tescil edilmesi gerektiğinden bahisle 2577 sayılı Kanunun 10.maddesi uyarınca yapıldığı anlaşılan başvurunun reddine ilişkin İstanbul Valiliği Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğününün 20/06/2016 günlü, E:20722 sayılı işleminin ilgililerin hukuksal durumunu etkileyen, kamu gücüne dayanan, tek yanlı, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlem niteliğinde olduğu, bu işleme karşı açılan davanın idari yargı tarafından çözümlenmesi gerektiği açıktır”*.

81 Riskli yapılarda maliklerce gerçekleştirilecek dönüşüm uygulamalarında, maliklerce aksi yönde yapılmış bir anlaşma yoksa *“önceki vasfı ile değerlemede bulunularak”* ifadesini, *“önceki vasfı ile hesaplamada bulunularak”* şeklinde anlamak daha doğru olacaktır. Nitekim İnal'a göre de burada, *“tapu müdürlüğünce resen yapılacak işlem, kat irtifakı veya kat mülkiyetinin terkinine ile, taşınmazın, malikleri adına payları oranında tescilinden ibarettir. Bu tescil sırasında değerlendirme veya anlaşma şartları tapuda belirtilecektir. Burada tapu memuru tarafından tescil edilebilecek paylar ise, kat mülkiyeti sicilinde gösterilmiş olan arsa paylarından ibarettir. Yoksa, tapu müdürlüğünün, resen değerlendirme yapmak suretiyle, kat mülkiyeti sicilindeki arsa paylarından farklı bir pay tespiti ve tescili yapabilmesi mümkün değildir”*. İnal (n 58) 52-53.; Aksi yönde **bkz** Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2014) (n 3) 155-156; Zekeriya Kurşat, ‘6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri’ iç Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (edr), *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2015) 40-41.

D. PAY SATIŞI KARARINA İLİŞKİN İHTARNAME GÖNDERİLMESİ

Pay satış kararı alındıktan sonra, alınan kararın, anlaşma şartlarını içeren teklifle birlikte, karara muhalif kalan paydaş(lar)a noter vasıtasıyla veya 7201 sayılı Tebligat Kanunu [“TK”] uyarınca tebliğ edilmesi gerekmektedir. (Uygulama Yönetmeliği, Madde 15/A/1/b) Uygulama Yönetmeliği'nin bu maddesinin önceki halinde, satışa ilişkin işlemin tebliğinin maliklerin MERNİS adresine yapılacağı belirtilmekteydi. 21.06.2019 tarih ve 30808 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan değişiklikle birlikte, muhalif kalan paydaş(lar)a noter vasıtasıyla veya 7201 sayılı TK uyarınca tebliğ edilmesi usulü benimsenmiştir. Bu usulün belirlenmesinin, maliklere ulaşılamaması halinde nasıl tebligat yapılacağına ilişkin belirsizlik oluşturduğu; bu belirsizliğin malikten habersiz satışın yapılabilmesine imkân tanıyacağı ve mülkiyet hakkını ihlal edeceği gerekçesiyle hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüşse de Danıştay bu iddiayı yerinde bulmamıştır⁸².

Uygulama Yönetmeliği'nin 15/2. maddesinde, gönderilecek tebligatta, “[...] on beş gün içinde kararın ve teklifin kabul edilmemesi halinde arsa paylarının, Bakanlıkça tespit edilecek veya ettirilecek rayiç değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık artırma usulü ile satılacağı, paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde, [...] anlaşma sağlayan diğer paydaşlara veya yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılmasını kabul etmek şartıyla üçüncü şahıslara satılacağı bildirilir”.

İhtarname, maliklerce alınan karar ile birtakım belgelerin ve ibarelerin yer alması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre ihtarname ekinde, karara katılmayan malikin 2/3 çoğunlukla alınan karara katılma/katılmamasına etki edecek belgeler yer almalıdır. Bu kapsamda, ihtarname ekinde, imzalı karar tutanağı, üzerinde çoğunlukça mutabakat sağlanan teklif/arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve kat paylaşım planı ile bu nitelikteki diğer belgelerin yer alması gerektiği söylenebilecektir.

Uygulamada, mevzuatta öngörülmemiş olmasına karşın, ihtarname içeriğinde bir önceki paragraftakilere ek olarak, Uygulama Yönetmeliği md.15/A f.11'de yer alan “Yapılan ilk satışta anlaşma sağlayan paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde, anlaşma sağlayan paydaşlara veya anlaşma sağlayan paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılmasını kabul etmek şartıyla üçüncü şahıslara satış yapılınca kadar satış işlemi tekrarlanır.” ibaresinin yer almasının idarelerce istendiği görülmektedir.

Yapılan bu tebligat sonrasında muhalif paydaş, on beş gün içerisinde 2/3 çoğunluğun kabul ettiği anlaşmaya katıldığına yönelik irade beyanını – herhangi bir kayıt veya şarta bağlamaksızın⁸³ – ortaya

82 Danıştay 6 D, E 2019/2494 K 2019/5508, 12.06.2019: “[...] (K)anun koyucu tarafından idareye tanınan düzenleme yetkisi uyarınca dava konusu Yönetmelik kurallarının öngörüldüğü, normlar hiyerarşisine uygun olarak, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda düzenleme yapıldığı sonucuna ulaşıldığından, yukarıda belirtilen hükümlerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır [...]”.

83 Yapılan ihtar neticesinde, muhalif paydaşın ihtirazi kayıtla anlaşmaya katılacağını beyan etmesinin, anlaşmaya katılma iradesi olarak nitelendirilemeyeceği, bu nedenle muhalif paydaşın payının sattırılmasının hukuka uygun olduğu yönünde bkz. “[...] (D)avacının ihtirazi kayıt ileri sürmesinin 2/3 çoğunluğu sağlayan paydaşlar tarafından alınan karara katılmadığı sonucunu doğuracağı açıktır. Zira yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinde, hissesi azınlıkta kalanların bu

koyarak, payının satışa çıkmasını engelleyebilir. Malik paydaş(lar) tarafından on beş gün içerisinde maliklerce alınan karara katılma iradesi sergilenmemesi halinde, malikin payına ilişkin olarak pay satış süreci devam edecektir.

E. YAPININ YIKILMIŞ OLMASI

Pay satışının gerçekleştirilebilmesi için, riskli yapının yıkılmasının şart olup olmadığı üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir. Uygulama Yönetmeliği'nin 15/A/1-ç maddesinde açıkça "(s)atış işleminin yapılabilmesi için yapıların yıktırılmış olması gerekmez" hükmü yer almaktadır. Ayrıca satış işleminin gerçekleştirilebilmesi için istenilen belgeler arasında, yapının yıkıldığına ve kat mülkiyetinin/irtifakının terkin edildiğine ilişkin bir belge de aranmamaktadır. Bu hükümlerin lafzından yola çıkarak, kural olarak, yapı yıktırılmamışken pay satışının mümkün olduğu söylenebilecektir. Buna karşın, farklı mülkiyet türleri açısından konunun ele alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

1. KAT MÜLKİYETİ/İRTİFAKI KURULU TAŞINMAZLAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Hatırlanacağı üzere arsa payı, kat mülkiyetinin/irtifakının kurulu olduğu yapılarda söz konusu olabilmektedir. KMK incelendiğinde, arsa payı ile kat mülkiyeti arasında ayrılmaz, sıkı bir ilişki olduğu anlaşılmaktadır⁸⁴. KMK md.5/1E2'ye göre, "(k)at mülkiyetinin başkasına devri veya miras yoluyla geçmesi halinde, ona bağlı arsa payı da birlikte geçer; arsa payı, kat mülkiyetinden veya kat irtifakından ayrı olarak devredilemeyeceği gibi, miras yoluyla da geçmez ve başka bir hakla kayıtlanamaz". Görüldüğü üzere KMK'ya göre arsa payının, kat mülkiyeti veya kat irtifakından bağımsız şekilde devri mümkün değildir. Nitekim Yargıtay kararlarında da⁸⁵ arsa payı ile kat mülkiyeti arasındaki bağın önemine "Arsa paysız bağımsız bölümün tescili olanaksızdır [...]" denerek dikkat çekilmektedir.

Şu hâlde, KMK ile 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği arasında arsa payının, kat mülkiyetinden/irtifakından ayrı şekilde satışı konusunda bir farklılık-karmaşa olduğu aşikardır. 6306 sayılı Kanunun hem sonraki hem de özel kanun olmasından hareketle, 6306 sayılı Kanun'un ve Uygulama Yönetmeliği'nin düzenlemeleri ekseninde konunun çözüme kavuşturulmasının doğru olacağı düşünülebilir. Ancak bu durumda da arsa payının satışı işleminden sonra, arsa payı maliki ile bağımsız bölüm maliki farklılaşacak; arsa payı malikinin hakkının tapu siciline tescili

yenilemeleri sürüncemede bırakmaması için en az 2/3 arsa payı çoğunluğu sağlayan diğer maliklere işlemleri yürütmesi için yetki verilmiş olup olayda 2/3 arsa payı maliki müdahil firma tarafından, davacı tarafından ihtirazı kayıtlı yapılan bu teklifi kabul edilmeyerek davacıya ait arsa payının satışına yönelik işlemlere başlanılmasında ve İstanbul Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü tarafından davacıya ait arsa payının satışa çıkarılmasına dair işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir[...]", Danıştay 14 D, E 2018/103 K 2018/575, 14.02.2018.

84 Arsa payının kat mülkiyeti ile sınırlı olduğuna ilişkin bkz Özmen / Şengül (n 26) 23.

85 Yargıtay 14 HD, E 2004/571 K 2004/2394, 29.03.2004; Yargıtay 14 HD, E 2001/8352 K 2001/8615, 10.12.2001; Yargıtay 14 HD, E 1976/6278 K 1977/518, 25.01.1977.

sorunu gündeme gelecektir⁸⁶. Bu sorunun çözümü ise, yine yapının yıkılarak, kat mülkiyetinin/irtifakının terkinine⁸⁷ bağlı olacaktır.

6306 sayılı Kanunun amacının, can ve mal güvenliği üzerinde olası afetler nedeniyle var olan riskleri kaldırmak, kentsel alanların ve yapıların planlama ve şehircilik ilkelerine uygunluğunu sağlamak olduğu daha önce ifade edilmişti. Bu yüzden dönüşümün süratli bir şekilde gerçekleştirilmesinin esas olması ve pay satışı için yapının yıkılmış olma şartının aranmaması normal karşılanmalıdır. Ancak, 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği hükümleri doğrultusunda, kat mülkiyeti/irtifakı kurulu taşınmazlarda, arsa payı satışının kat mülkiyeti/irtifakı terkin edilmeksizin tüm sonuçlarıyla gerçekleştirilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, kat mülkiyeti/irtifakı kurulu taşınmazlarda pay satışının gerçekleştirilebilmesi için, KMK'da öngörülen kat mülkiyeti/irtifakı-arsa payı bağıni koparılmaksızın, öncelikle yapının yıkılıp, kat mülkiyeti/irtifakının terkin edilmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız. Bu terkin gerçekleştirildikten sonra ise, bir 'arsa payı satışı'ndan değil; 'pay satışı'ndan bahsedilebilecektir. Zira ortada kat mülkiyeti/irtifakı bulunmadığı için, ona bağlı bir arsa payından da söz edilemeyecektir⁸⁸. Bu nedenle, kat mülkiyeti/irtifakı kurulu taşınmazlarda pay satışının gerçekleştirilebilmesi için, yapının yıkılmış olması bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. KAT MÜLKİYETİ/İRTİFAKI KURULU OLMAYAN TAŞINMAZLAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Kat mülkiyeti/irtifakının söz konusu olmadığı, paylı mülkiyete tabi riskli yapılar açısından yapının yıkılmış olup olmamasının pay satışına bir etkisi bulunmamaktadır. Zira, kat mülkiyetinin/irtifakının kurulu olmadığı paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda, pay satışına konu edilmek istenilen pay, üzerindeki binadan bağımsız şekilde tasarruf edilebilir niteliktedir. Parsel üzerinde bulunan riskli yapının yıkılmamasının, tapuda gösterilen pay üzerinde gerçekleştirilecek tasarrufa engel niteliği yoktur. Bu nedenle, kat mülkiyeti/irtifakı kurulu olmayan riskli yapılarda, Uygulama Yönetmeliğinin

86 Nitekim KMK md.5 f.1'de "[...] arsa payı, kat mülkiyetinden veya kat irtifakından ayrı olarak devredilemeyeceği gibi..." denmekte; md.13 f.2'de "...kat mülkiyetine konu olan her bağımsız bölüm, kat mülkiyeti kütüğünün ayrı bir sayfasına o bölüme bağlı arsa payı ve anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu genel kütükteki pafta, ada, parsel, defter ve sayfa numaraları gösterilmek suretiyle tescil edilir[...]" denmekte; Tapu Sicil Tüzüğü md.8 f.1'de "Tapu siciline taşınmaz olarak şunlar kaydedilir: [...] Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler" denmekte; md.11'de "Ana taşınmazın bağımsız mülkiyete konu olan bölümleri, kat mülkiyeti kütüğünün ayrı sayfalarına kaydedilir." denmekte; yine TMK md.998'de "Tapu siciline taşınmaz olarak şunlar kaydedilir:[...] Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler" denmekte, böylece arsa payı maliki ile bağımsız bölüm malikinin farklılaşmasının mümkün olmadığı gözler önüne serilmektedir.

87 6306 sayılı Kanun, md.6/1: "Üzerindeki bina yıkılarak arsa hâline gelen taşınmazlarda daha önce kurulmuş olan kat irtifakı veya kat mülkiyeti, ilgililerin muvafakatleri aranmaksızın Bakanlığın talebi üzerine ilgili tapu müdürlüğünce resen terkin edilerek, önceki vasfı ile değerlendirilerek bulunularak veya malik ile yapılan anlaşmanın şartları tapu kütüğünde belirtilerek malikleri adına payları oranında tescil edilir."

"6306 sayılı Yasa uyarınca, kat mülkiyetinin binanın yıkılması ile sona ereceği ve terkinin açıklayıcı olacağı; buna karşılık kat irtifakının binanın yıkılması ile değil kurucu terkin niteliğindeki terkinin yapılması ile sona ereceği kabul edilmelidir". Kurşat (n 81) 41-42. Riskli yapı kararının 6306 sayılı Kanunda belirlenmiş prosedür sonrası kesinleşmiş olmasının, kat mülkiyetini kendiliğinden sonlandırdığı; bu konuda 6306 Sayılı Kanun'un 3. maddesinde tapuya yapılan idari bildirim ve bu bildirim dayalı tapu dairesinin re'sen yapacağı terkinin artık kurucu değil bildirici nitelikte olduğu yönündeki aksi görüş için **bkz** Özmen / Çakmak (n 79) 745.

88 Bu hususta **bkz** "Satışın konusu: pay (hisse)" başlığı.

15/A/1-ç maddesinde yer alan “(s)atış işleminin yapılabilmesi için yapıların yıktırılmış olması gerekmez” kuralı uyarınca yapı yıkılmaksızın pay satış işleminin gerçekleştirilebileceğini söylemek mümkündür. Bir diğer ifadeyle, anılan niteliği haiz taşınmazlarda, yapının yıkılmış olması, pay satışı için bir şart değildir.

F. BAŞVURU YAPILMASI

Pay satış için öncelikle bu istemle pay satışı işlemi gerçekleştirmeye Uygulama Yönetmeliği'nin 15/A/1. maddesi uyarınca yetkili, Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğüne; Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğüne veya yetki devri bulunan hallerde belediyelere başvurulması gerekmektedir.

Uygulama Yönetmeliği'nde pay satışına ilişkin başvurunun kim tarafından yapılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Paydaşlar dilerse aralarından birini veya müteahhit firma yetkilisini bu konuda yetkilendirebilecekleri gibi; genel hükümlerdeki temsil ilişkisi çerçevesinde tek paydaşın veya malikin başvurusunun da ortak yararın korunması kapsamında geçerli kabul edilmesi gerekmektedir⁸⁹. Şu hâlde, muhalif azınlığın payının satışı için 2/3 çoğunlukta yer alan paydaşların herhangi biri veya bu paydaşlar tarafından vekil olarak tayin edilen kişi tarafından Uygulama Yönetmeliği md.15/A/1'de sayılan belgeler ile ilgili idareye yazılı olarak başvuruda bulunulması yeterlidir. Bu başvuru, “(i)lgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler” şeklindeki İYUK md.10 kapsamında gerçekleştirilen bir başvuru niteliğindedir.

Başvuru ekini oluşturacak belgeler, imzalı karar tutanağı, üzerinde çoğunluk tarafından mutabakat sağlanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi örneği, anlaşılan paydaşlar tarafından müteahhit şirkete verilen vekaletnameler, muhalif paydaş(lar)a gönderilen ihtarname, rayiç bedel değerlendirme raporu olarak belirtilmiştir [Uygulama Yönetmeliği md.15/A/1].

Başvurunun zamanı açısından ise Uygulama Yönetmeliği'nde bir süre öngörülmediğinden, şartlar sağlandıktan sonra, dilendiği zaman başvuruda bulunulabilecektir. Dolayısıyla başvuru yapılmadığı takdirde, riskli yapının uygulamaya tabi tutulması ve pay satışı işlemi sürüncemede kalabilecektir.

Yapılan başvurunun geri alınıp alınmayacağı ise bu noktada üzerinde durulması gereken bir başka konudur. Burada, başvuruyu yapan kişi ve temsil kabiliyeti göz önünde bulundurulmalıdır. Paydaşlardan birinin yaptığı başvurunun, ortak yarar gereği yalnızca başvuruyu yapan paydaşın iradesiyle geri çekilmesi mümkün olmadığı gibi; başvuru yapma konusunda yetkilendirilmiş kişinin de başvurunun geri çekilmesi konusunda ayrıca yetkilendirilmedikçe pay satışı başvurusunu geri alamayacağı kabulü gerekmektedir. Şu hâlde, pay satış kararını alan, bu yönde irade sergileyen en az 2/3 çoğunluğu sağlayan aynı maliklerin, pay satış işlemi gerçekleşene kadar, 6306 sayılı Kanun kapsamında yeni bir karar alarak pay satışına ilişkin başvurularını geri almaları mümkündür⁹⁰.

89 Etem Sabâ Özmen ve Gülşah Sinem Aydın, '6306 Sayılı Kanun Uyarınca Paylı Mülkiyet Sürecinde Paylaşma Davasına (İzale-i Şuyu) İlişkin Hüküm ve Sonuçlar' Legal Hukuk Dergisi (2018) (188) 35, 60.

90 Aksi yönde *bkz* İnal (n 58) 157; Özmen / Şengül (n 26) 127-128: “[...] Geçerli bir karar almaya yönelik irade beyanı

Zira, burada İYUK md.10 kapsamında yapılmış bir başvuru ve bu idari başvurunun geri alınması söz konusudur. Söz konusu madde uyarınca, ilgililer haklarında bir idari işlem veya eylem tesis edilmesi amacıyla idareye başvurma hakkına sahiptir. Bu başvuruyu yapan kişi ya da kişilerin, yapmış oldukları başvuruyu, hukuki sonuçları doğmadan önce geri çekebilecekleri hususunda duraksama bulunmamaktadır⁹¹. Kurul halinde alınan kararlar neticesinde yapılan başvurularda, kurulun bir tüzel kişiliğin organı sıfatı bulunmakta ise, kişiliği temsilen kurulun kim veya kimlerden oluştuğu herhangi bir önem ifade etmemektedir. Ancak pay satış kararını alan malikler topluluğunda olduğu gibi, her bir iradenin ayrı ayrı birleşmek suretiyle hukuki sonuç doğurduğu durumlarda, topluluğu oluşturan katılımcıların kişilikleri önem arz etmektedir. Bu durumda, en az 2/3 çoğunlukla pay satışına karar alan maliklerin her birisinin iradesi birleşerek, pay satışına ilişkin usulün işletilmesi amacıyla idareye başvuru yapılmaktadır. Dolayısıyla başvuruyu yapan malik veya kanunî temsilcinin yapılan başvuruyu geri çekebilmesi için, karara katılan tüm maliklerin iradesinin bu yönde sergilenmiş olması şarttır.

V. PAY SATIŞININ USULÜ

6306 sayılı Kanun kapsamında pay satışı için yukarıda yer verilen şartlar sağlandıktan sonra, dönüşüm uygulamalarının gerçekleştirilebilmesi için idare aracılığıyla payın satışı söz konusu olacaktır. Bu satışa ilişkin usul de Uygulama Yönetmeliği'nde gösterilmiştir. Aşağıda bu usul, konunun anlaşılmasını kolaylaştırmak adına, satış öncesi satışa hazırlık aşaması ile satış aşaması olarak, iki aşamada ele alınacaktır.

A. HAZIRLIK AŞAMASI

Pay satışı işleminin gerçekleştirilebilmesi için, öncesinde idare tarafından gerçekleştirilmesi gereken iş ve işlemler bulunmaktadır. Pay satışı usulünün birer parçası olarak, bu iş ve işlemlerin – mümkün olduğunca – kronolojik olarak ele alınması gerekmektedir.

1. BAŞVURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ VE TAPU KÜTÜĞÜNE ŞERH VERİLMESİ

Pay satışı için yapılan başvurunun ne süre içerisinde ve ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin bir düzenleme mevzuatta bulunmamaktadır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bu konunun Uygulama Yönetmeliğinde düzenlenmesi faydalı olacaktır. Başvuru üzerine, satışa yetkili idare tarafından, başvuru ve ekinde yer alan belgelerin, pay satış şartlarının sağlanıp sağlanmadığı yönünden inceleneceği söylenebilecektir. Nitekim, maliklerce alınan karara muhalif kalan malikin pay satışı kararı, imzalanan kat malikleri toplantısında kabul edilen sözleşmenin kendi içinde çelişkiler içerdiği

niceliği ne ise, aynı veya daha fazla bir niceliğe sahip ortak malik irade beyanıyla karardan dönme veya fesih mümkündür."

91 "[...] (İ)stek üzerine emekliye ayrılabilme bir hak olarak tanındığından, makul bir tarih belirtmek suretiyle yapılan isteğe bağlı emeklilik talepleri yönünden, ilgililerin emekli olmak istedikleri tarihten önce bu taleplerinden vazgeçebileceklerinin kabulü gerekir", Danıştay 11 D, E 2001/3220 k 2004/3925, 06.10.2004; Aynı yönde **bkz** Danıştay 11 D, E 2007/8864 K2008/665, 30.01.2008; Danıştay 5 D, E 1999/2302 K 1999/2444, 09.09.1999.

gereğesiyle idari yargı yerince iptal edilmiştir⁹². Bu karardan hareketle, pay satışını gerçekleştirmeye yetkili idarenin, pay satış şartlarının gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine ilişkin yapacağı değerlendirme ve vereceği kararın, yapılacak pay satışı işleminin hukuka uygunluğuna doğrudan etki edeceğini söylemek mümkündür.

Öte yandan, pay satış başvurusu üzerine idarece yapılacak değerlendirmenin kapsam ve içeriği, idarenin sorumluluğuna da etki edecek niteliktedir. İdarece yapılacak değerlendirmenin, pay satış dosyası içerisinde yer alan belgelerin hukuka uygunluğunu denetlemeyi de ihtiva ettiği kabul edilirse; – bir üst paragrafta bahsi geçen yargı kararında olduğu gibi – pay satış şartlarının hukuka uygun şekilde sağlanmamasına karşın, idarece başvurunun kabul edilerek payın satılması nedeniyle payı satılan malik(ler)in uğradığı/uğrayacağı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. İdarece yapılacak değerlendirmenin kapsamının, Uygulama Yönetmeliği'nin 15/A maddesinde yer alan bilgi ve belgelerin varlığını 'şeklen' kontrol etmekten ibaret olduğu söylenirse; pay satış şartlarının hukuka aykırı şekilde ve/fakat şeklen sağlanmış olması ve idarenin bu denetimi gerçekleştirmiş olması nedeniyle, pay satışının gerçekleştirilmesinden idarenin sorumluluğunun bulunmadığı söylenebilecektir.

Bu iki yaklaşım tarzından ilkinin kabul edilmesi daha doğru olacaktır. Zira, pay satış işlemi, idari faaliyet neticesinde gerçekleşmektedir. Maliklerce pay satışı için gerekli olan şartların sağlanması, pay satışı için yeterli olmamaktadır. Kanun koyucu, bu şartların sağlanması neticesinde pay satışının idarece gerçekleştirilmesini öngörmüştür. İdarece pay satışının gerçekleştirilebilmesi içinse, pay satış şartlarının hukuka uygun şekilde sağlandığının idarece tespiti gerekmektedir. Bu nedenle, pay satışı için idareye yapılacak başvurunun, başvuru ekinde yer alan belgelerin içeriğini de kapsayacak şekilde idarece şartların sağlanıp sağlanmadığı yönünden değerlendirilmesi gerekmektedir.

Pay satış başvuru dosyası üzerinden yapılan incelemede; başvuruda eksiklik bulunması veya şartlarını sağlamadığına kanaat getirilmesi halinde, başvuru reddedilecektir. Bu eksikliklerin, pay satış usulünün ilerleyen aşamalarında (açık artırma aşaması gibi) fark edilmesi veya ortaya çıkması durumunda, – pay satış kararı verilip mülkiyet el değiştirene kadar – pay satış işlemleri durdurularak, başvuru yine reddedilmelidir. Ret kararı, idari davaya konu edilebilir, kesin ve yürütülebilir nitelikte bir idari işlemdir. Öte yandan, bir üst başlıkta da ifade edildiği üzere, pay satışı için yapılan başvuru

92 İstanbul BİM 6 İDD, E 2018/1159 K 2018/1019, 06.09.2018: "Olayda, dava dosyasında bulunan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, davacının imzalamadığı iddia edilen sözleşmede yıkılan taşınmaz yerine yapılacak yeni taşınmazda 8 adet konut 2 adet işyeri yapılacağı bilgisinin yer aldığı ancak söz konusu taşınmaz için hazırlanan projede bağımsız bölüm olmayan mağaza katlarının çiziminin yapıldığı, yeni taşınmazın konut mu yoksa başka bir amaçla kullanılacak işyeri mi (alışveriş merkezi vb) olduğu hususunun belli olmadığı, kat malikleri toplantısında 157 ay kiralama karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin kabulüne karar verildiği ancak sözleşme içeriğinde 8 adet konut 2 adet işyeri olmak üzere 10 adet bağımsız bölüm inşa edileceği hükmünün yer aldığı, sözleşmede maliklerin arsa paylarının ve hisselerinin belirlenmeyerek boş bırakıldığı, bağımsız bölüm maliklerine hangi şartlarda bağımsız bölüm verileceği bilgisine yer verilmediği görülmektedir. Bu durumda; davacının imzalamadığı kat malikleri toplantısında kabul edilen sözleşmenin kendi içinde çelişkiler içerdiği, bu haliyle 6306 sayılı Kanun ile ilgili Yönetmeliğin amacına ve ruhuna uygun olarak maliklerin haklarının korunmasına yönelik yeterli şartlara haiz olmadığı, sözleşmede bağımsız bölüm maliklerine hangi şartlarda bağımsız bölüm verileceği bilgisine yer verilmediği gibi maliklerin arsa paylarının ve hisselerinin belirlenmeyerek boş bırakıldığı görüldüğünden, davacının Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının devrine neden olacak hissesinin satışına ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır".

İYUK m.10 kapsamında. Bu nedenle, yapılan başvurunun otuz gün içerisinde neticelendirilmemesi halinde, bu süre sonunda da başvurunun zımnen reddedildiği sonucu ortaya çıkacaktır.

İdarece yapılacak değerlendirme neticesinde, pay satışına ilişkin şartların sağlandığı sonucuna ulaşırsa, Uygulama Yönetmeliği md.15/A f. uyarınca, satışı yapılacak payın tapu kütüğünün beyanlar hanesine, 6306 sayılı Kanun'a göre satış işlemine tabi olduğu ve satışa veya taşınmazın devrini gerektiren benzeri bir işleme tabi tutulamayacağı yönünde belirtme yapılması ilgili tapu müdürlüğünden yazılı olarak istenecektir. Böylelikle, iyiniyetli üçüncü kişilerin sicile güvenerek⁹³ hak elde etmeleri engellenebilecektir⁹⁴.

2. BEDEL TESPİTİ VE SATIŞ KOMİSYONUNUN BELİRLENMESİ

Satışı yapılacak arsa paylarının rayiç değerini tespit etmek ve sonrasında satış işlemi gerçekleştirilmek üzere, yetkili idare bünyesinde, biri başkan ikisi üye olmak üzere en az üç kişiden oluşan Bedel Tespit Komisyonu ve Satış Komisyonu teşkil olunmaktadır. Bedel tespiti ve payın satışına ilişkin işlemler, bu komisyonlar tarafından yürütülmektedir.

Ancak mevzuatta, komisyonların üyelerinde aranacak nitelikler bakımından herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu da komisyonu görevlendirecek makama, komisyonu oluşturacak kişileri belirleme konusunda oldukça geniş takdir yetkisi bahşetmektedir. Sahip olunan bu takdir yetkisinin, yürütülen faaliyetin gerekleri doğrultusunda kullanılmasına dikkat edilmelidir. Özellikle bedel tespitinin, uzmanlığı ve teknik bilgiyi gerektirdiğine şüphe yoktur. Her ne kadar öncesinde maliklerce SPK lisanslı değerlendirme kuruluşundan alınmış bir bedel tespit raporu varsa da, bu rapor, Bedel Tespit Komisyonunu bağlayıcı nitelik taşımamaktadır. Bu nedenle Bedel Tespiti Komisyonu üyelerinin, bu tespiti yapabilecek yeterliliğe sahip kişilerden teşkili, satışa esas alınacak bedelin 6306 sayılı Kanun'un öngördüğü 'rayiç bedel'i yansıtmasına ve mülkiyet hakkına doğrudan etkisi bulunmaktadır. Bu nedenle, Uygulama Yönetmeliğinde bedel tespiti komisyonu üyelerinin niteliklerine ve görevlendirmelerine ilişkin düzenleme yapılmasının isabetli olacağı kanaatini taşımaktayız⁹⁵.

3. BEDELİN BELİRLENMESİ

Satışı yapılacak payın bedeli, 'rayiç bedel' olarak belirlenmiştir⁹⁶. Rayiç bedelin kim tarafından tespit edileceği belirlenmiş olmakla birlikte; nasıl belirleneceğine ilişkin düzenleme mevzuatta yer

93 Yargıtay 1 HD, E 2005/13101 K 2006/680, 06.02.2006 çerçevesinde bu yönde "[...] Bir aynı hak tapu kütüğüne yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi söz konusu yolsuz tescile dayanarak yeni veya başka bir hak iktisap edemez. Ancak, tapu kütüğündeki sicile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir ayn, hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı kütükteki sicil yolsuz olsa da korunur. Tapu kütüğündeki yolsuz tescilden sonra ikinci ve üçüncü el durumunda bulunan yeni maliklerin iyi niyeti yönünden yeterli araştırma yapılmaksızın verilen kararın bozulması gerekir. Kötü niyet iddiasının def'i olmayıp itiraz olması sebebiyle, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın her zaman ileri sürülmesi mümkündür [...]" denmektedir.

94 Aynı yönde **bkz** Onur Kaplan, *İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 162.

95 Örneğin, teknik değerlendirme gerektiren riskli yapı tespitlerine karşı yapılacak itirazları değerlendirmek üzere kurulacak teknik heyetlerin teşkiline ilişkin düzenlemeye Uygulama Yönetmeliği md.9'da yer verilmiştir.

96 6306 sayılı Kanun md.6, Uygulama Yönetmeliği md.15/A/3, md.15/A/7, md.15/A/8, md.15/A/9, md.15/A/13.

almamaktadır⁹⁷. Uygulama Yönetmeliği'nin 15/A/3. maddesine göre rayiç bedel, paydaşlarca SPK'ya kayıtlı olarak faaliyet gösteren lisanslı değerlendirme kuruluşlarına tespit ettirilmiş olan taşınmazın değeri de gözetilerek Bedel Tespiti Komisyonunca belirlenecektir. Bir diğer ifadeyle, satışa konu edilecek payın rayiç bedeli, idarece belirlenmektedir.

Uygulamada idare bünyesinde kurulan Bedel Tespit Komisyonu'nun, payın bedelinin belirlenmesi için taşınmazın bulunduğu alana görevlileri göndererek, yerinde inceleme/değerleme yaptığı bilinmektedir. Buna karşın yine uygulamada SPK lisanslı değerlendirme kuruluşu tarafından tespit edilen değer ile Bedel Tespit Komisyonu tarafından tespit edilen değer arasında çok ufak farklılıklar olduğu görülmektedir. Uygulama Yönetmeliği'nde de rayiç değer SPK lisanslı değerlendirme kuruluşunun raporu "gözetilerek" tespit edileceği ifade edilerek, adeta bu raporun esas alınması gerektiği telkin edilmektedir. Ancak maliklerce alınan değerlendirme raporu, rayiç bedel tespiti yapacak idare açısından bağlayıcı değildir.

İdare tarafından belirlenen rayiç bedel tespitine ilişkin kararın, kesin ve yürütülebilir nitelikte bir işlem olup olmadığı üzerinde ise ayrıca durulması gerekmektedir. Bilindiği üzere, idari yargı yerlerinde dava konusu edilen idari işlemlerin kesin ve yürütülebilir işlem olması zorunludur. Kesin ve yürütülebilir nitelikte olmayan işlemlere karşı açılan davaların ise reddine karar verilmektedir⁹⁸. *"Kesin ve yürütülmesi zorunlu, idari davaya konu edilebilecek işlemler, idarenin kamu gücüne dayanarak, tek yanlı irade beyanıyla tesis ettikleri, hukuk düzeninde değişiklik yapan başka bir deyişle ilgililerin hukukunu etkileyen işlemlerdir"*⁹⁹.

Rayiç bedel tespitine ilişkin karar, başkaca bir makamın değerlendirme veya onayına ihtiyaç duymaksızın, idarece belirlenen tarihte gerçekleştirilecek pay satışına esas alınmakta ve satılacak payın asgari bedelini göstermektedir. Payın, ilk ihalede satılmaması halinde, pay satışı gerçekleşene kadar satış işlemi tekrar edilmekte; ancak yeni bir rayiç bedel hesabı yapılmamaktadır. İdarece belirlenen bedelin, rayiç bedelden fazla belirlenmesi, ilk artırımda payı satın almak isteyen paydaşların; düşük belirlenmesi ise, payı satılan malikin hukuki durumuna olumsuz etki etmektedir. Şu hâlde, Bedel Tespiti Komisyonunca belirlenen ve maliklere tebliğ edilen rayiç bedel tespiti kararının hem payı satılacak malik hem de payı satın alacaklar açısından hukuki durumu etkilediği; bu yönüyle kesin ve yürütülebilir nitelik taşıdığı söylenebilecektir.

4. SATIŞ TARİHİNİN BELİRLENMESİ VE PAYDAŞLARA TEBLİGAT YAPILMASI

Rayiç bedel tespit edildikten sonra idare, satışın yapılacağı yeri ve zamanı, 2/3 çoğunlukla anlaşılan paydaşlara ve müteahhit firmanın adreslerine taahhütlü posta yoluyla veya TK'ya göre tebliğ edecektir. Uygulama Yönetmeliği'nin 15/A/4. maddesinde, *"(s)atışın yapılacağı yer ve zaman satışı izlemek üzere arsa payı satılacak maliklere de bildirilir. Ancak, arsa payı satılacak maliklere tebliğat yapılamamış olması veya bu maliklerin satışa izleyici olarak katılmaması satışın geçerliliğine etki etmez ve gıyaplarında yapılan satış işlemi geçerli olur"* hükmü yer almaktadır.

97 Uygulama alanlarında bedel tespitine ilişkin kurallar için **bkz** Uygulama Yönetmeliği md.12.

98 Bu yönde bir örnek için **bkz** Danıştay 12 İDD, E 2004/4077 K 2005/1353, 13.04.2005.

99 Danıştay 14 İDD, E 2015/11430 K 2018/396, 06.02.2018 Danıştay Dergisi (2018) (148) 382-384.

Uygulama Yönetmeliği'nin bu hükmü, kendi içerisinde çelişkili görünmektedir. Satışın yapılacağı yer ve zamanın, satışı izlemek üzere payı satılacak maliklere de bildirileceği söylendikten sonra, payı satılacak paydaşlara tebligat yapılamamış olmasının satışın geçerliliğine etki etmeyeceği ifade edilmiştir.

Uygulama Yönetmeliği'ne bakıldığında, 'bildirim' ve 'tebligat' ifadelerine de ayrı ayrı yer verildiği görülmektedir. Yönetmeliğin lafzından hareketle, idarece yapılması zorunlu olanın 'bildirim' olduğu ve her türlü vasıta (whatsapp, sms, e-posta vb.) kullanılarak gerçekleştirilebileceği; yapılması zorunlu olmayanın ise 'tebligat' olduğu düşünülebilecektir. Ancak, payı satılacak maliklere tebligat dışındaki vasıtalarla 'bildirim'in yapıldığı ve muhatabına ulaştığının belirlenmesi oldukça zordur. Bu nedenle, payı satılacak maliklere idarece yapılacak 'bildirim'in, esas itibariyle tebligat yoluyla yapılması gerektiği; bu tebligat yapılmaksızın gerçekleştirilecek satış işleminin hukuka uygun bir satış olmayacağı söylenebilir¹⁰⁰.

Nitekim uygulamada idareler satış kararının muhalif paydaşlara da tebliğ edilmesini sağlamakta ve buna önem göstermektedir. Ayrıca, satış tarihinin – paydaşların şehir içi / şehir dışında ikamet etme durumlarına göre – muhtemel tebligat süreleri dikkate alınarak saptandığı görülmektedir. Böylece, payı satılacak olması sebebiyle mülkiyet hakkına müdahale edilen maliklere, satışın hukuka uygun şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini gözlemleme; satış sırasında herhangi bir hukuka aykırı iş veya işlem gördüğünde ise hukuki yollara başvurma imkânı sağlanmaktadır. Satış kararın paydaşlara tebliği ile birlikte yazılı bildirim yapılmış sayılacak [Anayasa md.125 f.3/6306 sayılı Kanun md.6/9] ve dava açma süresi işlemeye başlayacaktır.

B. SATIŞ AŞAMASI

Satışa dair hazırlık aşaması tamamlandıktan sonra sırada satış aşaması vardır. Satışın ne şekilde yapılacağı Uygulama Yönetmeliği'nin 15/A. maddesinde belirtilmiştir.

1. SATIŞA KATILACAKLARIN TESPİTİ

İdarece belirlenen ve maliklere tebliğ edilen satışın yapılacağı yer ve zamanda, satışa katılma hakkı olanlar hazır bulunmak zorundadırlar. Yapılacak ilk satışa en az 2/3 çoğunluk ile anlaşılan paydaşlar dışında herhangi biri katılamayacaktır. Satışa katılanların kimliği bu doğrultuda Satış Komisyonu tarafından kontrol edilerek bir tutanak ile kayıt altına alınmaktadır. Bu aşamada, satışa katılamayacak kişilerin varlığı halinde, durum tutanak altına alınarak; bu kişilerin satışa katılmasının

¹⁰⁰ Ancak uygulamada payı satışa konu edilecek maliklerin, satışı geciktirmek adına tebligat adreslerini yurt dışına taşıdıkları görülmektedir. Böyle bir durumda, idarece yapılacak bildirim hukuka uygunluğu konusunda yapılacak değerlendirmede, adresin taşınma zamanı ile payı satışa konu edilecek malikin 'dürüstlük kuralı' çerçevesinde hareket edip etmediği göz önünde bulundurularak, elverişli araçlarla yapılacak 'bildirim'in yeterli kabul edilmesinin, 6306 sayılı Kanun'un amacı ve Uygulama Yönetmeliği'nin lafzına uygun olduğu kabul edilebilecektir. Fakat yukarıda da ifade edildiği üzere, böyle bir durumda payı satılacak maliklere 'bildirim'in yapıldığının ortaya konulması bir başka zorluk olarak karşımıza çıkacaktır.

önüne geçilmelidir. Aksi takdirde, satış işlemi hukuka aykırı olacaktır. Nitekim Danıştay, en az 2/3 çoğunlukla anlaşma sağlayan maliklerle kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzalayan yüklenicinin¹⁰¹ ve 2/3 çoğunluk ile anlaşan maliklerden birinin payını, anlaşma sonrasında ve/fakat pay satışı öncesinde satın alan kişinin¹⁰², paydaşlara yapılacak ilk satışa katılamayacaklarını ifade etmiş ve bu kişilere yapılan satışı iptal etmiştir. İdarece belirlenen yer ve zamanda hazır bulunmayan maliklerin ilk satışa katılma hakları düşecektir.

2. AÇIK ARTIRMANIN YAPILMASI

Katılımcı durumunu gösteren tutanağın tanziminden sonra Satış Komisyonu Başkanınca, satışa çıkarılan arsa paylarına ilişkin bilgiler satışa katılanlara bildirilir ve satış işlemi başlatılır. Satış Komisyon Başkanı, rayiç bedelin altında olmamak üzere satışa katılan paydaşlardan, sözlü olarak pey sürmelerini ister. Sürülen peyler arttırma tutanağına yazılarak, karşısı pey sahibi tarafından imzalanır. Arttırma işlemine devam etmeyecek katılımcıların keyfiyeti, arttırma tutanağına yazması ve imzalaması zorunludur. Satışa tek bir katılımcının dahil olması halinde, rayiç değerinden az olmamak üzere bu katılımcının vereceği teklif geçerli kabul edilir.

3. BEDELİN ÖDENMESİ VE TAPUYA TESCİL

Yapılan satış işlemi sonunda, tespit edilen rayiç bedelden az olmamak üzere, en yüksek bedeli teklif eden katılımcıya satış yapılması karara bağlanarak, bu katılımcıdan satış bedelini yedi gün içerisinde banka nezdinde açtırılacak vadeli hesaba yatırması istenir. Bu süre içerisinde satış bedeli yatırılmaz ise, malikin satın alma hakkı düşecektir. Belirlenen sürede satış bedelinin yatırılmasından sonra, satış işlemi, tapuda yeni paydaş adına tescil yapılmak üzere, ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Tapu müdürlüğüne tescil işlemi tamamlandıktan sonra, yeni tapu

101 Danıştay 14 D, E 2015/8136 K 2017/3582, 30.05.2017: "...(H)isse satışının gerçekleştiği açık arttırmaya sadece üçte iki çoğunluk ile anlaşan mülkiyet hakkına sahip paydaşların katılabileceği hükme bağlandığından, taşınmaz satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle yapılacak işi üstlenen yüklenici şirketin bu paydaşlar adına açık arttırmaya katılarak satış yapılan hisseleri satın almasıyla sonuçlanan satışa ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık, Mahkemece verilen davanın reddi yolundaki kararda da hukuki isabet bulunmamaktadır".

102 Danıştay 14 D, E 2016/7079 K 2017/436, 01.02.2017: "Uyuşmazlıkta; yukarıda belirtilen mevzuat uyarınca toplanılarak riskli yapının bulunduğu parselde yapılacak uygulamalara ilişkin alman 02/07/2014 tarihli kararın altında imzası bulunan paydaşlar arasında Şükrü Sincar'ın olmadığı, aksine 2/3 çoğunluğu sağlayan paydaşların yeni yapılacak uygulama için müteahhitlik firması Ş.S. İnşaat ile anlaştığı görülmüş, taşınmaza ilişkin tapu kayıtlarının incelenmesinden ise paydaşlardan İ. B.'nin payının bir kısmını 16.12.2015 tarihinde Ş.S.'a satmak suretiyle devrettiği ve Ş. S.'ın bunun üzerine 07.01.2016 günü açık artırma suretiyle yapılan ihaleye katılımının sağlandığı ve ihale sonucunda davacıların paylarının müteahhit Ş. S.'a satışının yapıldığı görülmüştür.

Öte yandan, paydaşlardan tarafından, 16.12.2015 tarihinde yapılan tapu tescil işleminin iptal edilerek (Şuf'a hakkı dolayısıyla) satışa konu payın tapuda kendi adına tescilinin sağlanması istemiyle müteahhit Şükrü Sincar'a karşı açılan davada, [...] 3.Asliye Hukuk Mahkemesinin 06/10/2016 tarih, E:2015/709, K:2016/452 sayılı kararıyla, davanın kabul edildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda; 2/3 çoğunluk ile anlaşan paydaşlar arasında olmadığı, 16.12.2015 tarihinde satın aldığı pay nedeniyle ihaleye katıldığı, ancak yukarıda belirtilen verilen karar üzerine paydaş sıfatını kaybettiği sabit olan müteahhit Ş.S.'a 07.01.2016 tarihinde yapılan açık artırma sonucunda yapılan dava konusu satış işleminde hukuka uyarlık, temyize konu İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır".

kaydı idareye gönderilir ve idarece durum payı satılan ilgiliye bildirilir. Payı satılan malik, açık artırmaya katılmamışsa, pay satışını bu bildirimle öğrenmekte; dava açma süresi bu anda başlamaktadır.

Pay satış süreci, pay satış kararı verilmesiyle birlikte tamamlanmakta; pay satış bedelinin ödenmesi ve tescille mülkiyet yeni malike devrolunmaktadır. Bu noktadan sonra, aynı taşınmaza ilişkin pay satış usulünün tekrar işletilmesine olanak bulunmamaktadır¹⁰³.

En yüksek bedeli teklif eden malikin, belirlenen süre içerisinde satış bedelini yatırmaması halinde ise, pey süren diğer katılımcılara sırasıyla bildirimde bulunulur ve satış bedelini yatıran katılımcıya satış yapılır. Satışa tek bir katılımcının dahil olması halinde, rayiç değerinden az olmamak üzere bu katılımcının vereceği teklif geçerli kabul edilir. Satış bedelinin yatırılmasından sonra, satış işlemi, tapuda yeni paydaş adına tescil yapılmak üzere, ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Tapu müdürlüğüne tescil işlemi tamamlandıktan sonra, yeni tapu kaydı idareye gönderilir ve idarece durum payı satılan ilgiliye bildirilir.

4. SATIŞIN TEKRARLANMASI VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KATILIMI

İlk satış işleminde satılacak hissenin anlaşma sağlayan paydaşlarca alınmak istenmemesi durumunda yeniden yapılacak satış işleminin yeri ve hangi tarih ve saatte yapılacağı belirlenerek tutanağa bağlanır. Bu tutanağın bir örneği satış için huzurda bulunan paydaşlara verilir. Satışı yapılacak hisseye ilişkin bilgiler ile satışın yapılacağı yer, tarih ve saat idare yayın araçlarıyla ve ilan panosuna asılacak yazı ile ilan edilir.

103 Ankara BİM 5. İDD, E 2019/1009 K 2020/206, 05.03.2020: "Uyuşmazlık konusu olayda; davacının Ankara İli A3 İlçesi, A1 Mah. 23521 Ada ve 4 numaralı parselde yer alan taşınmazın hissedarı olduğu, anılan taşınmazın 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun kapsamında riskli yapı olarak tespiti yapıldığı, bu kararın yargı sürecinden de geçerek kesinleştiği, sonrasında maliklerin üçte iki çoğunluğunun yeniden yapım konusunda anlaştığı ve Altındağ 3. Noterliğinin 24.12.2012 tarih ve 28736 yevmiye no lu düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi düzenledikleri, karara katılmayan malik K4'ye ait hissenin satışının 15.10.2015 tarihinde gerçekleştirildiği, [...] sonrasında satış işleminin tapuda tescil edildiği, daha sonra maliklerden birisi tarafından A3 Belediye Başkanlığı'na verilen dilekçe ile söz konusu ada parseline ilişkin imar durumu sorulması üzerine ilgili belediyece adı geçen malike "imar durumunda değişiklikler olduğu ve özellikle bina yüksekliğinin serbest olarak değiştiği" yönünde cevap verilmesi üzerine, yapılan imar planı değişikliği sebebiyle sözleşmenin yenilenmesi gerekliliği kapsamında maliklerin üçte iki çoğunluğunun yeniden inşaat yapımı konusunda 2. kez anlaştığı ve müteahhitle yeni bir gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi düzenledikleri, davacının ilk sözleşmeyi imzaladığı ancak dava konusu satış işlemine konu olan ikinci sözleşmeyi imzalamadığı, öte yandan Altındağ 3. Noterliğinin 24.12.2012 tarih ve 28736 yevmiye no lu düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ayakta olduğu anlaşılmalıdır. Olayda, 6306 sayılı Yasa ve Uygulama yönetmeliği kapsamında riskli yapı olduğu belirlenen taşınmazların yıkılacağı, yıkım sonrasında arsa haline dönüşen taşınmazın parsel malikleri tarafından değerlendirilmesinin esas olduğu, bu kapsamda taşınmazda yeniden bina yaptırılması hususunda parsel maliklerinin en az üçte iki çoğunluk ile karar verebilecekleri, karara katılmayan hisse sahiplerine karara katılmaları yönünde 15 gün süre verileceği, aksi takdirde arsa paylarının değeri tespit edilerek diğer arsa sahiplerine açık arttırma yolu ile satılacağı açık olmakla birlikte bu sürecin bir kez mümkün olduğu, yapımın imar durumunda sonradan meydana gelen değişiklik nedeniyle bir kısım malik ile müteahhit arasında imzalanan yeni sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu ve artık 6306 sayılı Yasa ve Uygulama yönetmeliğindeki hükümlerin uygulanamayacağı, yeni sözleşmeyi imzalamayarak üçte birlik kısımda kalan maliklerin hisselerinin 6306 sayılı Kanun kapsamında idarece satışa çıkarılmayacağı, dolayısıyla ikinci sözleşmeyi imzalamayan davacının hissesinin 2/3 kararı oluşturan maliklere satışına dair dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır".

Tekrar yapılacak satış işlemlerine yine en az 2/3 çoğunluk ile anlaşılan paydaşlar ve satıştan önce 2/3 çoğunluk ile alınan kararı kabul edeceklerini ve 2/3 çoğunluk ile alınan karar doğrultusunda yapılan sözleşmeyi ve yapılacak uygulamanın gerektirdiği diğer belgeleri imzalayacaklarını yazılı olarak beyan eden ve satışı yapılacak arsa payının rayiç değerinin %10'u oranında nakit teminat veren üçüncü kişiler katılabilir.

İkinci satışa katılmak isteyen üçüncü kişilerin verecekleri nakit teminatın ilgili muhasebe birimine yatırılması zorunludur. Yapılacak satış neticesinde satış ihalesi üzerinde kalmayanların teminatları ise hemen geri verilir. Satış ihalesi üzerinde kalan üçüncü şahsın teminatı ise satış bedelinin yatırılmasından ve tapuda yeni paydaş adına tescil işleminden sonra, bu şahsın yedi gün içinde 2/3 çoğunluk ile alınan karar doğrultusunda yapılan sözleşmeyi ve yapılacak uygulamanın gerektirdiği diğer belgeleri anlaşılan diğer malikler gibi şartsız ve şerhsiz olarak imzalayarak idareye vermesinden sonra iade edilir. Eğer bu üçüncü kişi satış bedelini yatırmaz ise teminatı Hazine'ye gelir kaydedilir ve Uygulama Yönetmeliği md.15/A/8 uyarınca yeniden satış yapılır. Dolayısıyla, açık artırmada payı satan alan yeni paydaşın karara katılması için Uygulama Yönetmeliği birtakım zorlamalar/teşvikler geliştirmiştir.

Satış bu sefer de gerçekleşmez ise satış gerçekleşinceye kadar her satış işleminin sonunda yapılacak diğer satışın yeri, tarihi ve saati Uygulama Yönetmeliği'nin 15/A/12.maddesine göre belirlenerek ilan edilir.

VI. PAY SATIŞININ SONUÇLARI

Payı satışının gerçekleşmesiyle mülkiyet el değiştirmekle beraber, payı satışa konu edilen malikin payı dolayısıyla sahip olduğu yükümlülükler sonlanmamaktadır. Kanun koyucu, pay satışı sonucunda, eski malikin payı üzerindeki mükellefiyetlerine ilişkin düzenleme getirmiştir. Aşağıda, pay satışı sonucunda ortaya çıkan bu yükümlülükler üzerinde durulacaktır.

A. BEDELE BLOKE KONMASI

Satışı yapılacak payın üzerinde ipotek, ihtiyati haciz, haciz, intifa hakkı, oturma hakkı gibi hakların bulunması halinde¹⁰⁴, satışın akabinde, satış bedelinin yatırıldığı banka hesabına, malike ödeme yapılmaması için Satış Komisyonu tarafından bloke bildiriminde bulunulur ve bu doğrultuda hesaba bloke konur¹⁰⁵. Eski paydaş/borçlu hesabına pay satışından gelen bedelin yattığı, Uygulama Yönetmeliği'nin 15/A/5. maddesi doğrultusunda ipotek, haciz ve intifa hakkı gibi hakların alacaklısına veya ilgili icra müdürlüğüne veya mahkemeye bildirilir. Satış bedelinin, belirtilen hak sahiplerine ödenmesi ile ilgili iş ve işlemler ise ilgili mevzuata göre ve ilgililerince yürütülmektedir.

104 6306 sayılı Kanun md.6 f.1 uyarınca taşınmazların sicilinde bulunan taşınmazın niteliği, aynı ve şahsi haklar ile temlik hakkını kısıtlayan veya yasaklayan her türlü şerh, hisseler üzerinde devam eder.

Uygulama Yönetmeliği md.15/A f.5 uyarınca satışı yapılacak payın üzerinde ipotek, ihtiyati haciz, haciz ve intifa hakkı gibi hakların bulunması satış işlemine engel teşkil etmez.

105 Özmen / Şengül (n 26) 444.

Alacaklılar tatmin edildikten sonra tapu kaydındaki haklar ve şerhler İdarenin talebi üzerine ilgili tapu müdürlüğünce resen terkin edilmektedir.

B. HAKLARIN BEDEL ÜZERİNDE DEVAM ETMESİ

6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'nde satışı yapılacak payın üzerinde ipotek, ihtiyati haciz, haciz ve intifa hakkı gibi hakların bulunmasının satış işlemine engel teşkil etmeyeceği; belirtilen hakların satış sonrasında satış bedeli üzerinde devam edeceği düzenlenmiştir¹⁰⁶. Görüleceği üzere, satışı yapılacak payın üzerindeki haklar *numerus clausus* sayılmamış; “[...] *intifa hakkı gibi* [...]” denerek payın üzerinde bulunabilecek bütün haklar maddenin kapsamına alınmıştır. Ne var ki akla, pay üzerindeki – örneğin – oturma hakkının satış bedeli üzerinde nasıl devam edeceği sorusu gelmektedir¹⁰⁷.

Kanaatimizce kanun koyucunun bu konudaki düzenlemesinin anlaşılması için, TMK'nın “*İntifa hakkı sahibinin durumu*” başlıklı 700. maddesinin incelenmesi gerekmektedir¹⁰⁸. Söz konusu hükümde satış yoluyla paylaşmada intifa hakkının, buna ilişkin paya düşecek bedel üzerinde devam edeceği öngörülmüştür¹⁰⁹. Nasıl ki TMK md.700'de intifa borçlusu-yükümlüsü olmayan paydaşların korunması amaçlanmışsa, 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'nin ilgili maddelerinde de “hakların satış sonrasında satış bedeli üzerinde devam edeceğinin” düzenlenmesinin, payın satışının önündeki engelleri kaldırmak olduğu düşünülmektedir. Böylece, muhalif paydaş ile üçüncü kişi arasında kurulabilecek muvazaalı anlaşmanın etkisini göstermesi engellenebilecek; üzerinde şerh/hak bulunan bir pay satışının zorlukları giderilebilecek ve pay üzerindeki haklardan, bunların doğmasından hiçbir sorumluluğu olmayan üçüncü kişilerin etkilenmesinin önüne geçilebilecektir.

VII. PAY SATIŞINA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

6306 sayılı Kanun'un 6/9.maddesine göre, “*Bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu*

106 Uygulama Yönetmeliği md.15 f.10 uyarınca 6306 sayılı Kanun kapsamındaki yapıların yıktırılmasından sonra bu taşınmazların sicilinde bulunan aynı ve şahsi haklar ile temlik hakkını kısıtlayan veya yasaklayan her türlü şerh, hisseler üzerinde devam eder.

6306 sayılı Kanun md.6 f.1'de yer alan “*hisseler üzerinde devam eder*” şeklindeki düzenlemenin, ancak binanın yeniden yaptırılması durumunda anlam ifade edeceği yönünde **bkz** İnal (n 58) 121.

107 Sınırlı aynı hak ve şerhlerin paylı mülkiyet payında varlıklarını mutlak bir şekilde sürdürmelerinin mümkün olmadığı, ancak nitelikleri ile bağdaştığı ölçüde bunun söz konusu olabileceği yönünde **bkz** Özmen / Şengül (n 26) 214-215.

108 Bu hususta **bkz** Abdulkadir Arpacı, ‘Müşterek Mülkiyette Pay Üzerinde İntifa Hakkı Kurulmasının Diğer Paydaşlara Etkisi’ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2014) 20(1) 981, 985.

109 Satışın paya dayalı intifa ile yükümlü olarak yapılması halinde, kural olarak ihale bedelinin bu nedenle düşük satış rakamına yol açacağına hayatın olağan akışına ve günlük yaşam tecrübelerinin gereği olacağı ve intifa hakkının yükümlüsü olmayan ve bu konuda hiçbir şekilde irade beyanı bulunmayan paydaşların, pay üzerinde kurumuş bir intifa hakkının getirdiği külfete katlanmalarının hiçbir mantıkla izah edilemeyeceği yönünde **bkz** Etem Saba Özmen ve Melek Bilgin Yüce, ‘MK “Madde 700” Hükmünce Pay Üzerindeki İntifa Haklarının Paylı Halin Giderilmesi Davalarına İlişkin Hukuki Sonuçlar’ İstanbul Barosu Dergisi (2007) 81(3) 949, 965; Yargıtay İBGK E 1/ K 3, 14.03.1960; Yargıtay 14 HD, E 2014/12215 K 2015/4089, 14.04.2015; E 2014/13943 K 2015/9164, 19.10.2015 ve E 2017/3490 K 2018/1061, 15.02.2018.

uyarınca dava açılabilir". Görüldüğü üzere kanun koyucu, 6306 sayılı Kanun kapsamında tesis edilen idari işlemlere karşı yargı yolunu düzenlemiş; süresini ise idari yargıda genel dava açma süresi olan altmış gün yerine, otuz gün olarak belirlemiştir. Bu hükümden hareketle öncelikle vurgulanması gereken husus, dava konusu edilebilecek olan işlemler, 6306 sayılı Kanun'dan kaynaklı 'idari işlem'lerdir. Bir diğer ifadeyle, kesin ve yürütülebilir nitelikte olan işlemler dava konusu edilebilecektir. Aynı sonuca İYUK'tan hareketle de ulaşmak mümkündür. Bu durumda pay satış usulü kapsamında idarece gerçekleştirilen, pay satış başvurusunun reddi, bedel tespiti, satış ilanı ve pay satışı gibi kararların idari yargıda dava konusu edilebileceğini söylemek mümkündür.

Bu hükümden çıkan bir diğer sonuç ise, 6306 sayılı Kanun kapsamında tesis edilen ve/fakat kesin ve yürütülebilir nitelikte olmayan – bedel tespit komisyonunun belirlenmesi gibi – işlemlere karşı herhangi bir başvuru yolu olmadığıdır. Bu işlemlerin hukuka uygunluğu, – maliklerce, pay satışı şartlarının sağlanmasına yönelik tesis edilen iş ve işlemlerinde olduğu gibi¹¹⁰ – ancak dava konusu olabilecek idari işlemlerle birlikte denetlenebilecektir.

Yine bu hükümden hareketle akla gelen bir diğer soru da, 6306 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı otuz gün içinde dava açılabilmesinin açıkça düzenlenmesinin, bu işlemlere karşı idari başvuru yolunun kapatıldığı anlamına mı geldiğidir. Bir diğer ifadeyle, bu düzenleme, İYUK m.11'de düzenlenen itiraz yolunu dışlamakta mıdır, yoksa İYUK'ta gösterilen genel dava açma süresinden farklı bir dava açma süresi göstermek için mi ihdas edilmiştir? Bu yorumlardan ikincisinin amaçlandığını söylemek mümkündür. Zira mevzuatta, idari başvuru yoluna gidilemeyeceğine ilişkin açık bir yasak bulunmadığı gibi¹¹¹; bu kararların 'kesin' olduğuna yönelik bir düzenleme de yer almamaktadır. Bu nedenle 6306 sayılı Kanun'un 6/9.maddesinin idari başvuru yollarını dışladığını söylemek mümkün değildir. Şu hâlde, pay satışına ilişkin işlemlere karşı hukuki başvuru yolları, idari başvuru yolu ve yargısal başvuru yolu olarak iki ayrı başlıkta ele alınmalıdır.

A. İDARİ BAŞVURU YOLU

Pay satış usulü kapsamında gerçekleştirilen idari işlemlere karşı mevzuatta özel bir başvuru yolu öngörülmediği gibi; bu işlemlere karşı idari başvuru yapılmasını engelleyen bir hükümde bulunmamaktadır. İYUK md.11'e göre "*(i)lgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst*

110 Maliklerce tesis edilen işlemlerin, doğrudan idari yargıda dava konusu edilmesine olanak bulunmamaktadır. Ancak, bu iş ve işlemlerin hukuka uygunluğu/aykırılığı, pay satış usulü kapsamında tesis edilen idari işlemlerin sıhhatine doğrudan etki etmektedir. Ayrıca, idarece pay satışı şartlarının sağlanıp sağlanmadığı satış öncesinde denetlenmektedir (Bu hususta ayrıca *bkz* "Başvurunun Değerlendirilmesi ve Tapu Kütüğüne Şerh Verilmesi" başlığı.). Bu nedenle, maliklerce pay satış şartlarının sağlanmasına yönelik olarak tesis edilen hukuka aykırı nitelikteki işlemlerin, idari yargıda dava konusu edilebilir işlemlerle birlikte yargı denetimine tabi tutulabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu husustaki bir karar için *bkz* İstanbul BİM 6 İDD, E 2018/1159 K 2018/1019, 06.09.2018.

111 Kanun koyucu, "16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Cumhurbaşkanlığı kararları"ni İYUK md.20/A/1'de saymak suretiyle ivedi yargılama usulü kapsamına almış ve 6306 sayılı Kanun kapsamında yer alan bu idari işlemler için itiraz yolunu kapamıştır. Zira, aynı maddenin 2.fıkrasında "*İvedî yargılama usulünde [...] Bu Kanunun 11 inci maddesi hükümleri uygulanmaz*" hükmü yer almaktadır.

makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.” Buna göre, pay satış usulü kapsamında gerçekleştirilen idari işlemlerin hukuka aykırı şekilde tesis edildiğini düşünen malik, bu işlemlerin değiştirilmesi, kaldırılması veya geri alınması amacıyla üst makama başvurabilecektir. Bu başvuru, ihtiyari niteliktedir.

Buradaki üst makam işlemi tesis eden idareye göre değişkenlik gösterebilecektir. Uygulama Yönetmeliği'ne göre pay satışına ilişkin işlemler, Müdürlükçe¹¹² veya Bakanlıkça yetki devri yapılması durumunda İdare¹¹³ tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Buna göre idari işlemlerin, Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü'nce gerçekleştirilmesi halinde, Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne; Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü'nce gerçekleştirilmesi halinde Valiliğe; belediye veya büyükşehir belediyesi veya il özel idarelerince gerçekleştirilmesi halinde ise üst makam bulunmaması nedeniyle bu idarelere itiraz yapılabilir. İtirazın doğru makama yapılması, işlemeye başlayan dava açma süresini durdurması açısından önemli olmakla beraber, itirazın yapılması pay satışına ilişkin işlemleri durdurmaz. İtirazın açık veya zimnen reddi halinde ise dava yoluna gidilmesi mümkündür.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, itirazın ne süre içerisinde yapılacağıdır. 6306 sayılı Kanun'un 6/9.maddesinde, 6306 sayılı Kanun kapsamında tesis edilen idari işlemlere karşı dava açma süresinin otuz gün olarak belirlendiği yukarıda ifade edilmişti. İYUK md.11'de, üst makama başvurunun, “[...] idari dava açma süresi içinde” yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu cümleden olmak üzere, 6306 sayılı Kanun kapsamında tesis edilen idari işlemlere karşı üst makama başvuru yoluna gidilmek istenilmesi halinde, bu başvurunun otuz gün içerisinde yapılması gerekecektir.

B. YARGISAL BAŞVURU YOLU

Pay satışı usulü kapsamında gerçekleştirilen idari işlemlere karşı otuz gün içinde idari yargı yoluna gidilebileceği Kanun'da açıkça düzenlenmiştir. 6306 sayılı Kanun'un 6/9.maddesinde bu sürenin “*tebliğ tarihinden itibaren*” itibaren başlayacağı da hüküm altına alınmıştır. Aslında bu ifade, “(i)dari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar” [Anayasa md.125/3] şeklindeki Anayasa hükmünün bir tezahürüdür. Dolayısıyla, pay satış usulü kapsamında gerçekleştirilen idari işlemler için öngörülen otuz günlük dava açma süresi, bu işlemlerin yazılı bildiriyle başlayacaktır.

Uygulama Yönetmeliği'nin 15/A/10.maddesine göre, “(s)atış bedelinin yatırılmasından sonra, satış işlemi, tapuda yeni malik adına tescil yapılmak üzere, ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Tapu müdürlüğü'nce tescil işlemi tamamlandıktan sonra, yeni tapu kaydı Müdürlüğe veya İdareye

112 Uygulama Yönetmeliği, md.3/1: “Bu Yönetmelikte geçen;

d)Müdürlük: Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü olan illerde bu Müdürlüğü, diğer illerde ise Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü'nü [...] ifade eder”.

113 Uygulama Yönetmeliği, md.3/1: “Bu Yönetmelikte geçen;

b)İdare: Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini, Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini, ifade eder”.

gönderilir ve Müdürlük veya İdarece durum payı satılan ilgiliye bildirilir". Görüldüğü üzere, 6306 sayılı Kanun'un 6/9.maddesi uyarınca dava açma süresinin başlangıcı olarak kabul edilen yazılı bildirim, pay satış işlemi açısından "*tapu müdürlüğünce tescil işlemi tamamlandıktan sonra*" gerçekleştirilmekte; dava açma süresi de bu andan itibaren başlamaktadır. Ancak payı satışa konu edilen malikin, pay satış kararını tebliğden önce öğrenmesi halinde¹¹⁴, bu karara karşı dava açabilmesi mümkündür¹¹⁵.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, pay satış başvurusuyla başlayan satış usulü içerisinde tesis edilen idari işlemlerin ayrı ayrı dava konusu edilip edilemeyeceğidir. Bu usul içerisinde yer alan – rayiç bedel tespiti gibi – kesin ve yürütülebilir nitelikte bulunan işlemler, ayrılabilir işlem kuramı¹¹⁶ gereğince, sonuç işlem olan pay satışı kararından önce iptal davasına konusu edilebilecekleri kabul edilmelidir. Gerçekten de bir işlemi oluşturmak üzere bir araya gelmiş bulunan çok sayıdaki işlemi bir bütünlük içinde ele almak, onları nihai işlemin bir parçası, unsuru olarak görmek ve sadece sonuç işlemle dava konusu edilebileceğini kabul etmek etkili bir yargısal denetimin önüne geçebilecektir. Her bir işlemin tek tek ele alınarak, hukuki yapıları, etkileri bakımından bir ayrıma tabi tutmak mümkündür. İşte bu fonksiyonu 'ayrılabilir işlem kavramı' ifa etmektedir¹¹⁷. Şu halde, pay satış başvurusu neticesinde, payı satışa konu edilecek veya payı satın alacak malik(ler)in¹¹⁸, yalnızca rayiç bedel tespitinin – veya ihale kararının – hukuka aykırılığını ileri sürmeleri ve bu kararı otuz gün içinde iptal davasına konu etmeleri mümkün olmakla beraber¹¹⁹; Bedel Tespit Komisyonu tarafından tesis edilen hatalı rayiç bedel

114 Payı satışa konu edilen malik, payın satılacağı açık artırmaya izleyici olarak katılabilmektedir. (Uygulama Yönetmeliği md.15/A/4)

115 Ancak, tescil gerçekleşmeden pay satış kararına dava açılması halinde, davanın konusuz kalması tehlikesi söz konusu olabilecektir. Zira, yapılan satış işlemi sonunda, en yüksek bedeli teklif eden katılımcıya satış yapılmasına karar verilmekte ve satış bedelini yedi gün içerisinde banka nezdinde açtırılacak vadeli hesaba yatırması istenmektedir. Bu süre içerisinde satış bedeli yatırılmaz ise pey süren diğer katılımcılara sırasıyla bildirimde bulunularak, satış bedelini yatan katılımcıya satış yapılmaktadır. (Uygulama Yönetmeliği md.15/A/8) En yüksek bedeli teklif eden katılımcının, satış bedelini yatırmaması ihtimal dahilindedir. Bu durumda ilk satış kararı idarece iptal edilerek, sırasıyla en yüksek bedeli yatan katılımcılara satış yapılmaktadır. Hiçbir katılımcı tarafından bedelin ödenmemesi halinde ise, yeni bir satış günü belirlenerek satış işlemi tekrarlanmaktadır. (Uygulama Yönetmeliği md.15/A/12) Pay satış kararına karşı tescil gerçekleşmeden önce dava açılması ve yukarıda yer verilen olasılıklardan birinin ortaya çıkması durumunda, satış kararı iptal edileceği için açılmış bulunan dava konusuz kalacak; diğer katılımcılara dair alınacak yeni satış kararının da dava konusu edilmesi gerekecektir.

116 Ayrılabilir işlem kuramına göre, yer aldıkları idari süreç ve statülerden bağımsız olarak farklı birtakım hukuki sonuçlar yaratabilen idari işlemlerin, söz konusu statü ve süreçten ayrılarak iptal davasına konu olmaları mümkündür. Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği* (Danıştay Matbaası 1990) 130.

117 Murat Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı* (1. Bası, Yetkin Yayıncılık 2000) 58.

118 Rayiç bedel tespiti kararı hem payı satılacak hem de payı satın almak isteyen malikin menfaatini ihlal edebilecek niteliktedir. Bu hususta ayrıca *bkz* "Bedelin Belirlenmesi" başlığımız.

119 6183 sayılı Kanun uyarınca amme alacağının tahsil usulü kapsamında gerçekleştirilecek taşınmaz satışı öncesinde, ihaleden ayrılabilir nitelikteki idari işlemlerin ayrıca dava konusu edilebileceği hususundaki benzer değerlendirmeler için *bkz*. Gül Üstün, *İdare Hukuku Boyutuyla 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulamalarında Görev Sorunu*, (1.Bası, On İki Levha Yayıncılık 2013) 205-206.

Uygulama Yönetmeliği md.15/A/4 kapsamında, maliklere yapılacak tebligatta, satışın yapılacağı yer ve zaman bilgisinin yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak uygulamada Bedel Tespit Komisyonu tarafından saptanan pay bedelinin de satış yer ve tarihiyle birlikte tebliğ edildiği görülmektedir. Bu durumda, itiraz veya dava yoluna başvurma süresinin bu

tespit işleminin, pay satış kararıyla birlikte davaya konu edilmesi ve hukuka aykırılık iddiasının bu işlemle birlikte ileri sürülmesi de mümkündür¹²⁰. Rayiç bedel tespitine karşı iptal davası açılmış olması, pay satışı kararına karşı dava açılmasına (iptal ve/veya tam yargı davası) engel değildir. Her iki işleme de ayrı ayrı dava açılmış olması ihtimalinde, bu davaların bağlantılı davalar olarak nitelendirilmesi gerekmektedir¹²¹. Öte yandan, pay satış usulü kapsamında tesis edilen idari işlemlere karşı dava açılmış olması, – davada yürütmenin durdurulması kararı alınmadıkça – pay satış sürecini durdurmayacaktır.

Payı satışa konu edilecek maliklerin, pay rayiç bedelinin hatalı şekilde belirlendiği iddiasıyla açtığı davada, pay satışının idarece belirlenen değerden gerçekleştirildiği ve/fakat mahkemece saptanan rayiç değerinin daha yüksek olduğu tespit edilirse, idarenin tazmin yükümlülüğü gündeme gelecektir.

VIII. SONUÇ YERİNE

6306 sayılı Kanun'un yürürlüğünden bu yana yaklaşık on yıl geçmiş olmasına karşın ne uygulamada ne de yargı kararlarında Kanun'un uygulanmasına ilişkin tam anlamıyla bir istikrar sağlanmıştır. Bu durum, Kanun kapsamında yer alan ve bu çalışmanın konusunu oluşturan pay satışı müessesesi açısından da geçerlidir. Bunda, pay satışına dayanak teşkil eden mevzuatın

tarihten başlayacağına kuşku bulunmamaktadır. Bedel Tespit Komisyonunca belirlenen rayiç bedelin maliklere tebliğ edilmemesi halinde ise, bu süre bedelin öğrenilmesi anından başlayacaktır.

120 Uyuşmazlık Mahkemesi de böyle bir davanın idari yargı yerinde görülmesi gerektiğini ifade etmiştir. “(D)avacılar vekili tarafından idari yargı yerinde, müvekkillerinin hisselerinin satışı için tespit edilen bedelin düşük olduğundan bahisle söz konusu değer tespitine yönelik işlemin iptali istemiyle; [...] dava açıldığı anlaşılmaktadır. [...] Konuya ilişkin mevzuat hükümleri ile somut olay birlikte değerlendirildiğinde; davacıların hisseli kat maliki oldukları taşınmazın bulunduğu Sitenin 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca riskli yapı tespit edilerek yıkıldığı; davacılar tarafından, taşınmazın değerinin tespiti ve ihaleyle satışı sırasında davalı idarenin mevzuata aykırı iş ve işlemlerinin bulunduğu iddiasıyla zarara uğradıklarından bahisle, işlemin iptali ve tazminat istemiyle açılan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi hükmü ve 6306 sayılı Yasanın 6/9 maddesindeki düzenleme gereğince idari yargı yerinde görülmesi gerektiği sonucuna varılmıştır”, Uyuşmazlık Mahkemesi HB, E 2019/585 K 2019/739, 25.11.2019; Aksi yönde isabetsiz bir karar için **bkz** “[...] (K)at maliklerince 2/3 oranında oy çokluğuyla karar alındığı, paydaşlardan anlaşma sağlayamayan maliklerin 1/3 oranındaki arsa paylarının satışı işlemlerine başlanıldığı, bu amaçla davalı idare tarafından her bir hissedar için ayrı ayrı Tahmin Edilen Bedel Tespit Raporu düzenlenmek suretiyle, davacıların söz konusu arsadaki toplam 12/320 oranına (74,437-m2) isabet eden hisselerinin Bedel Tespiti ve Satış Komisyonu'na 22.09.2014 tarihinde, günün alım satım rayiçlerine göre tespit edilen m2 birim fiyatı 7.000,00-TL bedel üzerinden ihaleye çıkarıldığı ve 23.09.2014 tarihinde açık arttırma usulüyle anlaşma sağlayan paydaşlara satışın yapıldığı, görülmekte olan davanın ise davacıların hisselerinin satışı için tespit edilen bedelin düşük olduğundan bahisle söz konusu değer tespitine yönelik işlemin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır. [...] Olayda, davacıların yapısının riskli olduğunun belirlenmesi sonrasında davacıların çoğunluk kararına katılmaması üzerine paylarının satışına karar verildiği, bu satış işlemine karşı açılan davanın İstanbul 9. İdare Mahkemesinin 31.12.2014 tarih ve E:2014/711, K:2014/2517 sayılı kararı ile reddedildiği anlaşılmıştır. Davacıların bu davada ise paylarının m2 birim fiyatı 7.000,00-TL bedel üzerinden ihaleye çıkarılarak satıldığı, m2 birim değerinin daha yüksek olduğu iddiasına ilişkindir. Bu durumda, idari işlem mahiyetinde olan satış işleminin davaya konu edilerek reddedilmesi sonrasında yapılan ihalede bedelin düşük olduğuna, taşınmazın daha yüksek değerde olduğuna dair itirazın ihaleye yönelik bedele ilişkin olması nedeniyle Adli Yargının görev alanına girdiği sonucuna ulaşılmıştır”, İstanbul BİM 4 İDD, E 2017/706 K 2017/434, 23.05.2017.

121 Bağlantılı davalar hakkında **bkz** Gül Üstün, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilir Haller (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2018).

lafzının karışık olmasının rolü büyüktür. Mevzuatı eline alan bir kişinin – hatta hukukçunun-, en başta satışın konusunu payın mı, hissenin mi yoksa arsa payının mı oluşturduğunu ilk bakışta anlaması mümkün gözükmemektedir. Öte yandan, mevzuatta sık sık değişiklik yapılması da pay satışına ilişkin uygulamanın ve yargı kararlarının istikrar kazanmasının önüne geçmektedir. Yeni hükümlerin getiriliş amacının anlaşılmasının ve idare ile yargı organının mevcut uygulama alışkanlıklarından sıyrılarak bu değişikliklere uyum sağlamasının zaman alması, hatta bu uyum sağlanmaksın yeni bir değişiklik ile karşı karşıya kalınması, pay satışı müessesesine ilişkin istikrarlı bir uygulama ve içtihadın oluşmasını engelleyen faktörlerden bazılarıdır. Bu durumun değişmesi de pek mümkün gözükmemektedir. Zira, mevzuat içerisinde hala, Bedel Tespit Komisyonu ve Pay Satış Komisyonunun teşkili ve görevlendirilmesi, idarece rayiç bedel tespitinin belirlenmesi usulü, payı satışa konu edilecek maliklere yapılacak ‘bildirim’, pay satışı için yapılan başvurunun idarece değerlendirilmesi gibi konularda düzenleme eksikliğinin varlığından söz edilebilir. Bu eksikliklerin, kanun koyucunun ve idarenin, – toplantı yapılması ve maliklerce rayiç bedel tespit zamanı gibi konulardaki – bilinçli sessizliği olarak yorumlanması mümkün değildir. Tüm bu hususların, 6306 sayılı Kanun’un uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan Uygulama Yönetmeliği’nde açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Pay satışına ilişkin olarak mevzuatta var olan bu eksiklikler ile mevzuatın yazımındaki özensizliklerin, hukuki ihtilafların doğmasına yol açması kuvvetle muhtemeldir. Nitekim uygulamada bu durum müşahade edilmektedir. 6306 sayılı Kanun’da düzenlenen pay satış müessesesinin, TMK ve KMK’nın temel prensipleriyle çatışabildiği ve mülkiyet hakkını doğrudan etkilediği hususuyla birlikte düşünüldüğünde, herhangi bir hukuki ihtilafın doğumunda mevzuatın ne şekilde yorumlanacağı konusu büyük önem arz etmektedir. Bu çalışmada, 6306 sayılı Kanun kapsamında riskli yapılarda pay (hisse) satışı konusundaki belirsizlikler ile uygulama ve yargı kararlarındaki farklılıklar üzerinden, birtakım çözüm önerileri getirilmeye, hukuki çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. Ancak, riskli yapılarda pay satışına ilişkin sürecin, pay satış şartlarının sağlanmasına ilişkin kısmı, maliklerce gerçekleştirilen işlemlerden oluşmaktadır. Maliklerin, sözleşme serbestisi ilkesi ve mülkiyet haklarının beraberinde getirdiği yetkiler çerçevesinde çok farklı anlaşmalar akdetmeleri mümkündür. Buna ek olarak, pay satışına konu olacak hisselerin bulunduğu taşınmazlar, imar hukukunun arazi esaslı olması nedeniyle farklı imar rejimine tabi olmaktadır. Bu anlamda, pay satışına ilişkin ortaya çıkması muhtemel sorunların her birinin eksiksiz şekilde tespiti mümkün değildir. Aslında buna gerek de yoktur. Burada önemli olan, ortaya çıkan hukuki ihtilafın çözümünde nasıl bir yaklaşım sergileneceğidir. 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği, 6306 sayılı Kanun’un amacı göz önünde bulundurularak yorumlanmalıdır. Zira, 6306 sayılı Kanun, afet riski altındaki yapılarda ve alanlarda hızlı şekilde dönüşümü sağlayabilmek adına genel hükümlerden (TMK ve KMK) farklı düzenlemeler getirmiş; pay satışı müessesesi de bu amaca ulaşmanın bir aracı olarak öngörülmüştür. Bu doğrultuda, araya yargı makamı girmeksizin, idari faaliyet neticesinde pay satışının yapılmasına imkân tanınmıştır. Bu nedenle, kentsel dönüşüm olgusu ve pay satışı müessesesi, riskli yapı malikleri arasındaki bir hukuki ihtilafa indirgenemez. Konunun, afet riski altındaki yapıların ‘sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı’ kapsamında dönüştürülerek kamu düzeninin korunmasına ilişkin bir boyutunun bulunduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle, pay satış müessesesine ilişkin olarak ortaya çıkabilecek

hukuki problemlerin çözümünde, 6306 sayılı Kanun ve pay satışı müessesesinin amacının göz önünde bulundurulması şarttır. 6306 sayılı Kanun gereğince muhalif paydaşların paylarının satılacak olmasının mülkiyet hakkına etki ettiğine kuşku yoktur. Ancak, riskli yapı niteliğindeki binada kentsel dönüşümü talep eden nitelikli çoğunluğa sahip maliklerin de mülkiyet ve sağlıklı çevrede yaşama haklarının korunması gerektiği unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Akipek JG, Akıntürk T ve Ateş D, *Eşya Hukuku* (2. Bası, Beta 2018).
- Arpacı A, 'Müşterek Mülkiyette Pay Üzerinde İntifa Hakkı Kurulmasının Diğer Paydaşlara Etkisi' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2014) 20(1) 981-988.
- Ayanoğlu T, *Yapı Hukukunun Genel Esasları* (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2014).
- Çetiner B, 'Kentsel Dönüşüme İlişkin Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 04.11.2015 Tarihli Kararına İlişkin İnceleme ve Değerlendirmeler' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (2016) 74(1) 233-240.
- Demirkol S ve Bereket Baş Z, 'Kentsel Dönüşümün, 6306 Sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması' (2013) (108) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 23-70.
- Erkut C, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği* (Danıştay Matbaası 1990).
- Germeç ME, *Kat Mülkiyeti Hukuku* (10. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Gürsel E, *Kentsel Dönüşüm* (1. Bası, Adalet Yayınları 2018).
- İnal E, *Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Kaplan O, *İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Karadabağ H, *Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm* (1. Bası, Legal Yayıncılık 2020).
- Koroğlu Ö, *İmar Hukukunda Yapı Kavramı ve Temel Yapı Belgeleri* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Kulaklı E, 'Türkiyede Kentsel Dönüşüm Rejimini Ortaya Çıkaran Nedenler, Uygulaması ve Özel Hukuk Alanına Bazı Etkileri' in Furkan Beşel, Fatih Yardımcıoğlu ve Hakkı Bağcı (eds), *Uluslararası Politik, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Kongresi ICPESS 2017 Bildiri Özetleri Kitabı* (Kaşköprü Yayınları 2017).
- Kurşat Z, '6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri' iç Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (edr), *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (18. Bası, Filiz Yayıncılık 2015).
- Oy O ve Nazik S, *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Rezerv Yapı Alanı – Riskli Alan ve Riskli Yapılar* (1. Bası, Beta 2014).
- Öngören G, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (Öngören Hukuk Yayınları 2013).
- Öz T, 'Kentsel Dönüşüm Kanunu Çerçevesinde Yapı Maliklerinin Üçte İki Çoğunlukla Alacakları Kararın İçeriğinin Amaca Göre Sınırlanabilmesi' İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2016) 15(1) 391-402.
- Özmen ES ve Ayar A, 'Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Eski Arsa Payından Paylı Mülkiyete ve Yeni Arsa Payına Uzanan Süreçte Yanılgılar' Türkiye Barolar Birliği Dergisi (2021) (156) 107-134.
- Özmen ES ve Aydın GS, '6306 Sayılı Kanun Uyarınca Paylı Mülkiyet Sürecinde Paylaşma Davasına (İzale-i Şuyu) İlişkin Hüküm ve Sonuçlar' Legal Hukuk Dergisi (2018) (188) 35-76.
- Özmen ES ve Çakmak B, '6306 Sayılı Yasa Uygulamalarında Arsa Payının Düzeltilmesi Davasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar' İstanbul Barosu Dergisi (2013) 87(5) 725-750.

- Özmen ES ve Şengül M, *Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynı Haklar ve Şerhler* (1.Bası, On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Özmen ES ve Yüce MB, 'MK "Madde 700" Hükmünce Pay Üzerindeki İntifa Haklarının Paylı Halin Giderilmesi Davalarına İlişkin Hukuki Sonuçlar' İstanbul Barosu Dergisi (2007) 81(3) 949-970.
- Özsunay E, '6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler' İstanbul Barosu Dergisi (2014) 88(6) 15-51.
- Sancakdar O, *İmar Hukuku* (1. Bası, SBNET Uzaktan Eğitim ve Yayıncılık 2020).
- Sezginer M, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı* (1. Bası, Yetkin Yayıncılık 2000).
- Şimşek S, *Türkiye'de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları* (4. Bası, Seçkin Yayıncılık 2016).
- Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügatı* (1. Bası, Başbakanlık Basımevi 1991) (129).
- Üstün G, *2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılacak Haller* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Üstün G, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2014).
- Üstün G., *İdare Hukuku Boyutuyla 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulamalarında Görev Sorunu* (1.Bası, On İki Levha Yayıncılık 2013).
- Yağcı K, 'Kat Mülkiyetine Tabi Binaların Kentsel Dönüşüm Çerçevesinde Yıkılıp Yeniden Yapıtılmasında Aranacak Karar Nisabı' iç Tufan Öğüz ve Baki İlkay Engin (edr), *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt 1 Eşya Hukuku* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2016).
- Yasin M, 'Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu' Türkiye Barolar Birliği Dergisi (2005) 18(60) 105-137.
- Yaşar HN, *İmar Hukuku* (1. Bası, Filiz Kitabevi 2008).
- Yazıcı G, *Yargı Kararları Işığında Kentsel Dönüşüm, Riskli Yapılar ve Yargısal Denetim* (1. Bası, Seçkin Kitabevi 2018).
- Yıldırım R, 'İdareye Taşınmaz Mal Kazandıran Bedelsiz Terk, Devir ve Temlikler' KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2016) 1(2) 13-22.

İcrai Olmayan İşlem Türlerinden Yol Gösterici İşlemin Hukuki Değeri

The Legal Value of the Guiding Administrative Act Types of Non-Executive Administrative Acts

Hulüsi Alphan Dinçkol* 

ÖZ

İdare, idari faaliyetlerin yürütülmesi bakımından birçok işlem ve eylem icra etmektedir. Ancak bazı işlemler doğrudan kişi ya da eşyalar üzerinde etki yaratmayabilir. İcrai olmayan idari işlemler olarak adlandırılan bu işlemlerden birisi de, yol gösterici işlemdir. Toplum ve ilgili idareleri aydınlatma, bu bağlamda idari faaliyetlerin yapılabilmesi noktasında belirleyici olması ve idarenin iç işleyiş bakımından etki üretmesi amacıyla tesis edilen yol gösterici işlemler, kimi zaman sorulan bir soru üzerine, kimi zaman ise resen tesis edilebilirler. Yol gösterici işlemler, belirli bir hususta işlemi tesis eden idarenin görüş ve fikrini ortaya koyarlar. Her ne kadar ilgililer ya da idareler üzerinde dolaylı bir etki yaratsa da bu işlemlerin doğrudan icrai bir niteliği bulunmaz. İcrai etkilerinin ortaya çıkabilmesi için bir idari işleme ihtiyaç duyarlar. Yol gösterici işlem türünün alt türlerinin ise ağırlıklı olarak doktrindeki görüşler doğrultusunda şekillendiği gözlenmektedir. Özellikle tanımlama bakımından çeşitli yönler doktrinde ele alınmıştır. İdari yargı kararları ise, türün tespitini yaparken, daha çok icrailik konusu üzerinde durmuştur. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilk inceleme hükümlerince dava şartı olarak işlemin icrailiği üzerinde durulması, yargının uygulaması bakımından bağlayıcı bir durum ortaya çıkarmıştır. Ancak yargı kararlarında icrai olmayan işlemlerin alt gruplarına değinilmese de, alt grupların tespit edilmesi önem arz etmektedir. İlgililer, kendileri hakkında tesis edilen yol gösterici işlemlerden doğrudan etkilenmeseler de, dolaylı yoldan etkilenebilirler. Bu nedenle kendileri hakkında uygulanacak icrai işlemlerin gerekçesi olacak yol gösterici işlemler ile ilgili inceleme yapılmasını talep hakları, hukuk devleti ilkesi gereğince bulunacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yol Gösterici İşlem, Aydınlatma Yükümlülüğü, İcrai Olmayan İdari İşlem, İdari Yargı, İptal Davası.

ABSTRACT

The administration executes many transactions and acts in terms of carrying out administrative activities. However, some actions may not directly affect people or things. One of these acts, which are called non-executive administrative acts, is the guiding acts. Guiding acts which are established for the purpose of enlightening the society and the relevant administrations at the point of being able to carry out administrative activities, can be exercised sometimes upon a solution to a question or sometimes ex officio. Guiding acts reveal an opinion or a thinking of the administration that established this action on a particular issue. Although it creates an indirect effect on the related parties or administrations, it does not have a direct executive quality. They need an administrative act in order to maintain their executive effects. The sub-types of the guiding act types are mainly tried to be shaped by the views in the doctrine. Especially in terms of the definition are discussed with the various aspects with the doctrine. On the other hand, administrative judicial decisions are focused more on the issue of execution power of administrative act while determining the type. Emphasizing the execution of the act as a condition of action in the first review provisions of the Procedure of Administrative Justice Act (no: 2577) has created a binding situation in terms of the implementation of the judiciary. Although subgroups of non-executive transactions are not mentioned in judicial decisions, it is important to identify subgroups. The persons concerned are not directly affected by the guiding acts established for them, though they may be affected indirectly. For this reason, people has the right to demand an examination regarding the guiding acts that will be the reason for the enforcement acts to be applied against them will be found in accordance with the principle of the rule of law.

Keywords: Guiding Act, Obligation of Enlightenment, Non-executive Administrative Act, Administrative Justice, Action for Annulment.

* Dr. Öğr. Üy., Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-5698-4449.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hulüsi Alphan Dinçkol

E-posta/E-mail: alphandinckol@maltepe.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 24.08.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 05.12.2021

GİRİŞ

İdari işlem kavramı hakkında yapılan incelemelerde ilk akla gelen kavramlardan birisi, işlemin “icrailiği” kavramıdır. İlgililer üzerinde doğrudan etki yaratması nedeniyle idari yargıya taşınan idari işlem, doğrudan iptal davasının konusu yapılabilir. Ancak idare hukukumuz bakımından icrai işlem tek başına tüm idari işlem grubunu temsil etmez.

İdare, faaliyetlerini yürütürken bazı durumlarda, kimsenin ya da hiçbir eşyanın üzerinde tek başına hukuki bir etki yaratmayacak işlemler tesis edebilir. Bu işlem türü, icrai olmayan işlem olarak adlandırılmaktadır. İcrai olmayan işlem, idari yargıda tek başına iptal davasına konu edilemeyen ve ilgililer üzerinde etki yaratabilmek için başka bir işleme ihtiyaç duyan bir işlemdir. Bu işlem çeşitli biçimlerde kendini gösterebilmektedir. Bu işlem türü, idarenin iç işleyişini sağlayan bir biçimde ortaya çıkabilirken, kimi durumlarda da icrai bir işlemin tesis edilebilmesi için öncelikle tüketilmesi gereken bir şekil şartı olabilmektedir. Kimi durumlarda ise ilgililere yol gösterme amacıyla, onların soruları üzerine ya da resen tesis edilebilirler. Çalışmanın esası bakımından incelenecek olan icrai olmayan işlem türü ise icrai olmayan yol gösterici işlemdir.

Yol gösterici işlemler birçok biçimde tesis edilebilirler. Ancak bu işlemlerin temel amacı “ilgilileri aydınlatma”dır. İdare, görüş veya fikirlerini, kendisine sorulan sorular üzerinden ilgililere ya da topluma sunabilecekken, herhangi bir soruya bağlı kalmaksızın resen de duyuru yapabilmektedir. İyi yönetim ilkesi bakımından idarenin bilgilendirme fonksiyonu önem arz eden bir ödevdir. Bu ödevin gereği gibi yerine getirilebilmesi için yol gösterme fonksiyonunun idarece kullanılması zaruridir.

Çalışma kapsamında yol gösterici işlemin icrai olmayan işlem türleri arasındaki yeri ortaya konulmaya çalışılacak; diğer icrai olmayan işlemlerden farklılığının belirlenebilmesi için yol gösterici işlemin alt türleri tespit edilecektir. Ayrıca idari yargının bakış açısı doğrultusunda konuya ilişkin içtihatlar irdelenecektir.

I. YOL GÖSTERİCİ İŞLEM VE İDARİ İŞLEM TÜRLERİ ARASINDAKİ YERİ

A. YOL GÖSTERİCİ İŞLEMİN ARASINDA BULUNDUĞU İCRAİ OLMAYAN İŞLEM GRUBU

İdare, idari faaliyetlerini yerine getirirken birçok hukuki işlem ve eylemin tesis edilmesine ihtiyaç duyar. Kimi zaman idari işlem ve eylemle sonuca ulaşmaya çalışırken, kimi zaman ise özel hukuk işlemlerine başvurur. İdarenin günlük ölçekte bu faaliyetleri yerine getirirken kullandığı bazı idari işlemlerin, faaliyetlerin devamlılığı bakımından önemi bulunmasına rağmen kişiler ya da eşyalar üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmayabilir. Dolayısıyla idarenin bu tip işlemler tesis etmesinin kişiler ve eşyalar bakımından doğrudan hukuki bir sonuç doğurmayacağı da açıktır¹. Bu kapsamda, kişi veya eşyaların hukuki durumunu icrai olarak etkilemeyen, hukuk âleminde herhangi bir değişim

1 Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün ve Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku* (Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık 2018) 336.

oluşturmayan işlem türüne, “icrai olmayan işlem” denilmektedir². Duran bu işlem türünü, “idari karara benzeyen işlem” olarak adlandırmaktadır³.

İcrai olmayan işlemler, hukuk düzeninde kişiler ya da eşyalar üzerinde doğrudan etkiye sahip değildirler. Söz konusu bu işlemler, idarenin iç işleyişine dair olabilir ya da icrai bir idari işlemin hazırlayıcısı olabilirler⁴. Bunlarla beraber kimi zaman idare, kendi faaliyet alanına ilişkin bir görüş, yol gösterici bir öneri, fikir ya da tanıyı, kendine sorulan bir soru üzerine ya da resen incelemesi sonucunda beyan edebilir ve bu işlemi, başka bir icrai işlemin dayanağı olabilir. Belirtilen tüm bu işlemlerin ortak yönü ise tesis edildikleri zaman bağımsız ve tek başlarına icrai bir rol üstlenememeleridir.

İcrai olmayan işlemlerin idari işlem niteliği bulunmadığı görüşü doğrultusunda, idarenin sadece hukuki sonuç doğuran tek yanlı işlemlerini idari işlem olarak nitelendiren Yayla’ya göre; “*hukuki sonuç doğurmayan, henüz bir uyumsuzluk yaratmayan idare işlemleri, “icrai ve dava konusu olabilir” işlemler değildir: hazırlık, görüş bildirme, öneri, tavsiye gibi muamele ve asıl işlemin aşamaları tek başlarına idari işlem olarak kabul edilmezler*”⁵. Yayla çeşitli işlemleri bu kapsamda sayarken, bu işlemlerin sadece esas işlemten ayrılarak dava konusu edilebilmesi halinde idari işlem sıfatına bürünebileceğini belirtmektedir⁶. Bu yoruma karşın icrai olmayan işlemleri idari işlem türü olarak saymamanın, idarenin faaliyetleri bakımından bazı olumsuz etkilere yol açabileceğini düşünebiliriz. Özellikle kimi icrai işlemin sebep unsuru olabilecek icrai olmayan işlemin, icrai işleme karşı açılacak davayı inceleyen idari yargı mercii tarafından göz ardı edilebileceği sonucu ortaya çıkabilecektir. Bu husus, çalışmada inceleme altına alacağımız olası durumlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

İcrai idari işlemlerin en ayırt edici özelliği, terimin isminde de yer alan icrailik özelliğidir. İcrailik niteliği, idarenin günlük yaptığı binlerce işlemten sadece bir bölümünde bulunmaktadır⁷. İptal davasına doğrudan konu edilemeyecek olan geri kalan icrai işlemlerin ise ayrıca incelenmesi gerekir. İcrai olmayan bu işlemlere karşı açılan iptal davalarının ilgili idari yargı yerince ilk inceleme safhasında reddedilmesi durumu gerçekleşmektedir⁸. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun

2 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (12. Baskı, Savaş Yayınevi 2020) 336; Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği* (T.C. Danıştay Yayınları No: 51 2015) 163; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt: I* (İkinci Baskı, Ekin Yayınevi 2009) 703; Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün ve Okay Tekinsoy (n 1) 336; Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (Seçkin Yayınevi, Eylül 2019) 314; Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)* (4. Baskı, Turhan Kitabevi 2018) 261 vd. Kimi eserlerde bu işlem türü, “etkisi olmayan işlem”, “karar olmayan işlem” olarak adlandırılmaktadır: Turgut Tan, *İdare Hukuku* (Turhan Kitabevi, Eylül 2013) 230; Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku (Genel Esaslar)* (Der Yayınevi 2014) 262; Cemil Kaya, ‘Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler’ (2004) 9(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 253, 260; Bige Açımız, ‘İdarenin Esnek Hukuk İşlemlerinin Yargısal Denetime Konu Edilmesi: Fransız Hukuku Odaklı İnceleme’ (2018) 24(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 530, 538.

3 Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (Fakülteler Matbaası 1982) 397.

4 Dilşat Yılmaz, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği* (Astana Yayınları 2014) 65.

5 Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku* (2. Basım, Beta Yayıncılık Eylül 2010) 109.

6 Yayla (n 5) 109.

7 Erkut (n 2) 163.

8 Kaya, ‘Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler’ (n 2) 254.

14 ve 15. maddeleri kapsamında yetkili ve görevli idari yargı yeri, icrai olmayan ve ayrıca kesin olmayan ve yürütülmesi gerekmeyen işleme karşı açılan iptal davasını doğrudan reddetmektedir⁹. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14 ve 15. maddelerinin beraber incelenmesi bu bağlamda önemlidir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinde yer alan; “*İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı*” ifadesi, bir işleme karşı idari yargıya başvurulabilme bakımından önem taşır. Öncelikle *yürütülebilir bir işlem* kavramı ile icrailiğin ifade edildiğini belirtmemiz gerekir¹⁰. Özellikle kamu gücünün kullanılması bakımından tek taraflı iradesinin yeterli olması, idarenin icrai bir işlem tesis etmesini sağlamaktadır. Bu güce dayanılarak tesis edilen işlemin çeşitli hukuki sonuçlar doğurması da, icrai nitelikte aranan bir diğer özelliktir¹¹. Herhangi bir işleme tabi olmaksızın hukuki etki yaratan icrai işlemin kaynağının nereden geldiğinin ise belirtilmesi lazımdır. Kamu yararı adına idari faaliyetlerde bulunarak işlem tesis eden idarenin icrai işlem tesis edebilmesindeki kaynak da bu bakımdan açıktır. İdarece tesis edilen idari işlemler, kamu yararı amacından gelmektedir¹². Kamu yararı amacından gelmemekle birlikte etkili olabilen işlemler hem icrai işlem sayılamazlar hem de böyle bir durum hukuk devleti niteliğine uygun değildir. Her ne kadar yargı denetimi söz konusu olsa da bir hukuk devletinde idare, kullandığı yetkinin nitelik ve sınırları konusunda yönetilenlere güvence vermek durumundadır. Kamu otoritelerinin ancak hukuken yetkilendirildiklerinde ve yetki sınırları çerçevesinde faaliyet yapabilmeleri gerekir. Bu davranış devletin hukuksal meşruiyetini de güçlendirir.

Kesinlik kavramı, hukuk düzeninde farklı anlamlarda kullanılmaktadır¹³. Ancak kesinlik kavramından anlaşılması gereken hususun tek olması gerekir. İdari bir itirazın öngörülmediği ve idari işlemin sonuçlandığı anlamına gelen kesinlik, yargı yolunun kapalı olduğu anlamına gelmemektedir¹⁴. Erkut işlemin bu durumunu; “*işlemin uygulanmaya hazır, tamam (nihai) bir işlem olduğunu göstermekte*” olduğu şeklinde açıklamaktadır¹⁵.

Danıştay, kesin ve yürütülebilir işlem kavramını, “*işlemin tamamlanmasına yönelik idarî usûl kuralları uygulanarak yetkili kamu görevlisi veya görevlileri tarafından imzalanıp bu durumuyla uygulamaya konulan ve kendi başına hukukî sonuçlar doğurarak idarenin tek taraflı ve emredici gücüne dayanan*

9 İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 06.01.1982, RG 20.01.1982/17580'nin “Dilekçeler üzerine ilk inceleme” başlıklı 14/III-d maddesi kapsamında idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı ilk incelemeye tabidir. Yine 2577 sayılı Kanunun “İlk inceleme üzerine verilecek karar” başlıklı 15/I-b maddesi kapsamında ilk inceleme safhasında idari davaya konu olamayacak bir işlemin tespit edilmesi sonucunda davanın reddedilmesi gerekmektedir.

10 Murat Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı* (Yetkin Yayınları 2000) 43.

11 Erkut (n 2) 144.

12 Yılmaz, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği* (n 4) 32. İcrailik, diğer bir deyişle yürütülebilirlik kavramları bakımından detaylı bilgi için bakınız; Erkut (n 2) 144; Sezginer (n 10), 43.

13 Dilşat Yılmaz, ‘Türk İdare Hukuku’nda İdari İşlemin “Kesinliği” Üzerine Bir Değerlendirme: “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik’ (2017) 21(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105, 111.

14 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (4. Baskı, Savaş Yayınevi 2020) 298.

15 Erkut (n 2) 146. Kesinlik kavramı bakımından detaylı bilgi için bakınız; Erkut (n 2) 146 – 147; Yılmaz (n 10) 109.

işlem anlamına gelmekte” tanımlamasıyla ifade etmektedir¹⁶. Tanımlamadan da anlaşılacağı üzere, bir işlemin kesin ve yürütülebilir olmasında, kendi başına hukuki sonuç doğurmaya yönelik oluşu ve ilgili idarenin tek taraflı kamu gücüne dayanması hususları ön plana çıkmaktadır.

İcrai olmayan işlemler her ne kadar idari yargıda doğrudan dava konusu olmasalar da idarenin işleyişine egemen ilkelere göre tesis edilmektedirler¹⁷. Yetki ve şekilde paralellik ilkesi gibi kimi ilkelerin doğrudan icrai olmayan işlemlere de uygulanması gerekmektedir. Bu durum aslında, idari işlem sınıflandırması bakımından icrai olmayan işlemlerin incelenmesinin önemini arttırmaktadır.

Tesis edilen hukuka uygun icrai olmayan işlemlerin yanı sıra, hukuka aykırı olarak tesis edilen çeşitli icrai işlemlerin de icraîlik niteliklerini kaybedebileceğini belirtmek gerekir. Yetkisiz idarelere yapılan başvurular sonucu tesis edilen idari işlemlerin icrai olmayan işlemler olduğu açıktır¹⁸. Bu kapsamda hem doktrin hem de yargı kararları fikir birliği içerisinde¹⁹. Ağır ve açık hukuka aykırı yetki tecavüzü ile tesis edilmiş idari işlemler de bu kapsamda ilgililer üzerinde icrai bir etki yaratmayacaktır. Örneğin özel bir idari kolluk yetkisinin tanınmış olduğu kamu kurumu dışında başkaca bir kamu kurumunun açık ve ağır yetki tecavüzü ile yetkisiz biçimde tesis edeceği idari işlemin icraîliğinin bulunmayacağı kesindir. Aynı doğrultuda yokluk ile sonuçlanacak fonksiyon gaspı ile tesis edilecek işlemlerin de, icrai olmayacağını belirtmek gerekir. Örneğin yasal düzenleme yapılması talebine karşı idare tarafından verilecek cevaba karşı da dava açılmayacaktır²⁰.

Önemle belirtmek gerekir ki, somut olayların değişkenliği, bir idari işlemin icrai etkisinin tespitinde yol göstermektedir. İdari işlemde ayrı olarak kendine özgü bir hukuka aykırılık taşıyan uygulama işleminin, somut olayın özelliğine göre iptal davasına konu olabileceği açıktır²¹.

İdarenin işlemlerinin isimlerine bakarak icrai olup olmadığını tespit etmeye çalışmak hem zor hem de sakıncalı olabilecektir. Dolayısıyla bir idari işlemin icrai bir işlem olup olmadığını tespit etmek için ortaya çıkaracağı hukuki sonucu incelemek gerekir²². Diğer bir deyişle iptal davasına konu edilebilecek bir idari işlem olup olmadığının tespiti, icrai olmayan işlem kategorisinin sınırlarının çizilmesini sağlayacaktır.

İcrai olmayan işlem türleri üç ana başlık altında toplanmaktadır. Bunlar; yol gösterici işlem, hazırlık işlemi ve iç düzen işlemdir²³.

16 Danıştay 2 D, E 2008/849 K 2010/255, 29.01.2010.

17 Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün ve Okay Tekinsoy (n 1) 336-337.

18 Kaya, ‘Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler’ (n 2) 259; Yılmaz, *İdari İşlemin İcraîlik Özelliği*, (n 4) 65.

19 Detaylı bilgi için bakınız; Kaya, ‘Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler’ (n 2) 259-260.

20 Yılmaz, *İdari İşlemin İcraîlik Özelliği*, (n 4) 65.

21 Mutlu Kağıtçıoğlu, ‘İdari İşlemin İcraîliği’ (2012) 103 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 267, 281.

22 Erkut (n 2) 163.

23 Bu işlemleri Duran, gösterici işlemler, hazırlayıcı işlemler ve iç düzen işlemleri olmak üzere üç gruba ayırır; Duran (n 2) 398-399. Aynı doğrultuda doktrinde aynı gruptandırma yapılmaktadır; Tan (n 2).230; Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün ve Okay Tekinsoy (n 1) 336; Metin Günday, *İdare Hukuku* (İmaj Yayınevi 2011) 124. Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk ise gösterici işlem grubunu bildirici ve beyan edici işlemlere ayırmaktadır; İsmail Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, *İdare Hukuku* (5. Baskı, Der Yayınevi 2012) 812. Akyılmaz / Sezginer / Kaya da bildirici işlem grubunu, icrai olmayan işlem grubunun bir ayrı alt başlığı olarak ele almıştır; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku* (n 2) 342.

B. YOL GÖSTERİCİ İŞLEM

I. YOL GÖSTERİCİLİK KAVRAMI

Belirli bir faaliyetin yapılabilmesi ya da bir işin görülebilmesi için yol / yordam göstermek idarenin pozitif yükümlülüklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. İdarenin bu pozitif yükümlülüğünü ifade ederken, yol gösterici düşünce açıklamalarının ilgili idarenin kendi faaliyet alanlarıyla sınırlı olması gerektiğinin de belirtilmesi lazımdır.

Yol göstermek fiili, Türk Dil Kurumu tarafından mecazi anlamda; “*ne yapılacağını, nasıl davranılacağını öğretmek*” olarak ifade edilmektedir²⁴. Yol gösterici işlemlerin özünü anlamak için yol göstericilik deyimini bu açıdan ele almak gerekir.

İdarenin belki de en önemli görevlerinden birisi, toplumu aydınlatma, bilgi sunma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğün idari usul ilkelerine yerleşmesi, hukuk devletinde görülecek idari faaliyetlerde kullanılması zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Akyılmaz’a göre idareye, faaliyetlerinde yürütmesi gereken idari usul ilkeleri kapsamında iki yükümlülük verilmiştir; “yol gösterme yükümlülüğü” ve “bilgilendirme yükümlülüğü”²⁵. Bu iki yükümlülüğün yol gösterme yükümlülüğü, açık bir şekilde anlaşılacağı üzere idarenin tüm başvurululara yol gösterme niteliğini belirtmektedir. Gerekli hallerde ilgililere hak ve görevlerini bildirme şeklindeki yükümlülük ise bilgilendirme yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶.

Bu iki yükümlülüğe ek olarak Avrupa Parlamentosu tarafından 06.09.2001 tarihinde kabul edilen Avrupa İyi Yönetim Kodu bir yükümlülüğü daha gündeme getirmiştir; “bireyin haklı beklentilerine uygun davranmak”²⁷. Tabii bu durumda haklı beklentinin nasıl tanımlanacağı da önemlidir. Boz, haklı beklentiyi; “*idarenin belirli yönde hareket edeceği hususunda idareden sadır bir tasarruf sonucunda oluşan, bireyin idareye olan güveninin, bazı durumlarda uygun bir görüşme ortamında usuli bir korumayla, bazı durumlarda ilgisine idareye karşı kendi lehinde bir tasarrufla bulunulmayı talep etme imkânının tanındığı esas korumayla sağlanan, bazı durumlarda ise tazminat yoluyla karşılanan bir menfaat/çıkar elde etme beklentisi*” olarak ve bizim de katıldığımız bir şekilde tanımlanmaktadır²⁸. Toplumdaki bireylerin menfaatlerinin korunması bakımından haklı beklentinin korunması da, idari usul ilkeleri arasında kendisine yer bulmaktadır.

Yol gösterme ve hukuki yardımın önemini tespit eden merkezi idare, bu hususta tüm idarelerin kullanması gereken bazı esaslar üzerinde çalışmıştır. Bu doğrultuda Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanan Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uygulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik²⁹

24 <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

25 Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü* (2000) 130.

26 ibid 130.

27 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku* (n 2) 531.

28 Haklı beklenti kavramına ilişkin incelemeler bakımından detaylı bilgi için bakınız; Selman Sacit Boz, *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması* (Seçkin Yayıncılık 2017) 42.

29 Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uygulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik, Bakanlar Kurulu Karar Numarası:

yürürlüğe konulmuştur³⁰. Yönetmeliğin “Kurum içi ve kurum dışı yazışma” başlıklı 11. maddesi uyarınca; “*Kurum içi ve kurum dışı görüş, bilgi ve belge talep yazıları günlük yazılır. İlgili mevzuatındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, idareler belge taleplerini en geç beş gün, bilgi ve görüş taleplerini ise en geç onbeş gün içinde yerine getirir. İdare, bilgi ve görüş yazıları için onbeş günü geçmemek üzere ek süre kullanabilir. Bu yazışmalar elektronik ortamda da yapılabilir*”. Hükümden de anlaşılacağı üzere, ilgili idarelerin kendilerine danışılan konularda görüş bildirme yükümlülüklerinin var olduğu kesindir. Ayrıca cevap süresinin de, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda belirtilen otuz günlük süreden daha az olduğu görülmektedir. Yönetmeliğin idarelere kamu hizmetlerinin sunulması konusunda yol gösterici bir etkisi olacağının yanı sıra, düzenleyici bir işlem olması sebebiyle buna aykırı işlem ve eylemde bulunmadan kaçınmaları için de zorlayıcı bir unsur niteliği taşıdığı açıktır.

2. YOL GÖSTERİCİ İŞLEMİNİN NİTELİĞİ

Mevzuatta bir zorunluluk koşulu aranmasa bile, idarenin bir konuya ilişkin düşüncesini açıklaması, kendisine sorulan bir soruyu cevaplaması veya gelecekteki bir düzenleme hakkında bilgi vermesi gerekebilir. Bu kapsamda işlemlerin niteliği de, icrai olmamaktadır. Belirtilen türdeki idarenin bu işlemleri, kendilerine yöneltilen sorulara cevap ya da resen yapılan açıklama şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Farklı türde tebliğ ya da ilan edilseler bile bu tür işlemlerin icrai nitelikte olmadığını belirtmek gerekir³¹.

İdareye yapılan bir başvuru üzerine ya da idare tarafından resen hazırlanan öneri, fikir ve görüşler doğrudan bir bağlayıcılığa sahip değildirler. Bu nedenle bu işlemlerin idari karar niteliğinde olmadığı da ayrıca belirtilmelidir³².

Bu işlem türünde idare, belirli bir konu veya sorun ile ilgili fikrini, niyetini, düşüncesini, görüşünü ve tasarılarını açıklamaktadır. Kimi zaman idarenin bu fikirleri, sonradan düzenleyici işleme dönüşebilirken, kimi zaman ise birel işlem olarak tebliğ edilebilirler³³.

Yetkili idari birimlerin danışma iradesi olup olmamasına bakılmaksızın hiyerarşi ilişkisinin doğal sonucu olarak bu işlemlerin düzenlenebildiği de görülmektedir³⁴. Bu yöndeki yol gösterici işlemler, hazırlık işlemlerinde yer alan zorunluluk unsuruna sahip olmaktadırlar. Buradaki amaç, belirli bir konunun açıklığa kavuşması veya uygulamada birliğin ilgili idare tarafından sağlanmasıdır.

Yol gösterici işlem türü incelenirken, hazırlık işlemi niteliğindeki rapor, görüş ve tutanak işlemleri kapsam dışında tutulmalıdır. Mevzuat kapsamında alınması zorunlu ya da ihtiyari görüş veya raporların tesis edilmesi, tesis edilen bu işlemlerin “hazırlık işlemi” olduğunu göstermektedir. Hazırlık

2009/151169, Karar Tarihi: 29.06.2009, RG 31.07.2009/27305.

30 Yönetmelik ile ilgili detaylı görüşler için bakınız; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku* (n 2) 531.

31 Yılmaz, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, (n 4) 66.

32 Yaşar (n 2) 263.

33 Kaya, ‘Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler’ (n 2) 269.

34 Erkut (n 2) 174.

işlemi türünde olan bu görüş ve raporların alınmasından sonra bu işlemlerdeki görüşlere uyulmadan icrai işlemlerin tesis edilmesinde bile, görüş ve raporların hazırlık işlemi niteliği değişmeyecektir.³⁵

II. YOL GÖSTERİCİ İŞLEMİN TÜRLERİ

Yol gösterici işlem, tesis edilme sebebi, işlemin konusu, tesis edilme şekli, tesis eden idarenin türü veya tesis edilme ile ulaşılan sonuç bakımından çeşitli alt türlere ayrılabilir. Alt türlere ayırıştırma ile yol gösterici işlemin, diğer icrai olmayan idari işlemlerden farklılığı ortaya çıkmaktadır. Bu farklılığın ortaya konmasındaki önem ise, kendilerine bağlanarak tesis edilecek icrai işlemlerin unsurlarının incelenmesinde önem arz etmeleridir.

Yol gösterici işlemler, diğer icrai olmayan işlemlerden ayrılabilirler açısından, “teklif niteliğinde yol gösterici işlem”, “cevap niteliğinde yol gösterici işlem” ve “bildiri / duyuru / açıklama niteliğinde yol gösterici işlem” şeklinde üçlü kategoride incelenmektedir.

A. TEKLİF NİTELİĞİNDE YOL GÖSTERİCİ İŞLEM

Bir idarenin içerisinden ya da dışından gelen bir teklif, kimi zaman bir idari işlemin tesis edilmesini sağlamaktadır. Bu teklif, idari teşkilat içerisinde yer almayan gerçek ya da tüzel kişilerden gelebileceği gibi her bir kamu tüzel kişiliğinin her bir biriminden de gelebilmektedir.

Teklif niteliğindeki yol gösterici işlem, teklif yapılan idareyi, bu konuda bir icrai işlem yapma ya da yapmamaya ilişkin karar almaya yönelen ve icrai olmayan bir işlem türüdür. Söz konusu işlem, aynı kamu tüzel kişiliği içerisinde bulunan birimler arasında tesis edilebileceği gibi, farklı kamu tüzel kişileri arasında da gerçekleştirilebilir. Teklif niteliğindeki yol gösterici işlemin tesis edilebilmesi için ilgili mevzuatta, işlemin yapılmasına yönelik bir hükmün açıkça bulunmasına ihtiyaç yoktur. Diğer bir deyişle teklif işleminin bir mevzuat hükmüne dayalı olarak tesis edilmesinde zorunluluk bulunmamaktadır.

Danıştay da teklif niteliğindeki yol gösterici işlemlerin icrai niteliği olmadığını belirtmektedir. Danıştay tarafından verilmiş olan bir kararda bu husus üstünde durulmuştur. Karara konu edilen somut olayda, disiplin soruşturması kapsamında oluşturulan disiplin cezası önerisinin yanı sıra, İl Millî Eğitim Disiplin Kurulu'nca ilgili memurun başka bir yere atanmasına yönelik teklif de idari yargının önüne gelmiştir. İl Millî Eğitim Kurulu'nun disiplin cezası önerisine ek olarak memurun atanmasına ilişkin teklifi, teklif niteliğinde yol gösterici işlem kapsamında düşünülmelidir. Danıştay bu doğrultuda atama teklifi işlemi hakkında; “*görüş belirten bir işlem olup, ortada kesin ve icrası lazım gelen bir karar yoktur*” kararı vermiştir³⁶. Atama konusunda yetkisi bulunmayan İl Millî Eğitim Disiplin Kurulu'nun bu hususta görüş bildirmesi, icrai niteliği olmayan fakat ilgili idari birime icrai bir işlem tesis etmesi yönünde bilgi sunmaktan öteye geçemez. Yine Danıştay bir diğer kararında

35 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku* (n 2) 337.

36 Danıştay 5 D, E 1972/7204 K 1976/2153, 19.04.1976.

da, tesis edilen teklif niteliğindeki yol gösterici işlemin idari davaya konu olamayacağı üzerinde durulmuştur. Merkezi idarenin müfettişleri tarafından düzenlenen teklif işlemlerinin idari davaya konu edilmeyeceğinin belirtildiği kararda; “*Danıştay’da iptal davası açılabilmesi için iptali istenen işlemin kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olması gerektiği idare hukukunun en belirgin ilkesidir... Müfettişlerce düzenlenen teftiş layihası Belediye Nizamnamesi uyarınca, layihada belirtilen tenkit ve tavsiyeler Belediye Meclisinden geçirildikten sonra yürütülmesi gereken bir karar olabilecektir*” hükmüne varılmıştır³⁷.

Hazırlık işlemi niteliğindeki teklif işlemi ile teklif niteliğindeki yol gösterici işlemi birbirinden ayırmak gerekir. Asıl nitelikteki bir icrai işlemin hazırlayıcısı olarak tesis edilen teklif işlemi, yol gösterici işlem gibi doğrudan iptal davasına konu edilemez³⁸. Benzer oldukları bu husus dışında, neden olacakları ana icrai işlemin oluşmasında farklı yöne sahiptirler. Hazırlık işlemi niteliğindeki tekliflerin, ana işlemin yapılabilmesi bakımından zaruri bir şekil şartı olmaları söz konusudur. Diğer bir deyişle teklif, eğer ilgili mevzuat gereği bir icrai işlemin tamamlanabilmesi adına zorunlu ise, bu durumda kendisinin bir hazırlık işlemi olduğundan bahsedilmesi gerekecektir. Bu nedenle icrai işlemin şekil şartının tamamlanabilmesi açısından önem arz etmektedir. Kamu görevlileri kapsamında yürütülen disiplin soruşturmalarındaki soruşturma raporunda yer alan disiplin cezası teklifi, bu duruma bir örnek olarak gösterilebilmektedir. Soruşturma raporunun bu anlamda hazırlık işlemi kategorisinde olduğunu belirtmek gereklidir³⁹.

Danıştay’ın konuya ilişkin ağırlıklı bakış açısını yansıtan bir kararda; “... *soruşturma raporu düzenlenmesi tek başına hukuki sebepler doğuran, davacının hukuki durumunda değişiklikler yapan idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülebilir işlemler niteliğini taşımadıkları gibi soruşturma raporu bir bütün olup sonucuyla etki doğurduğundan, raporda yer alan bölümleri ayrıca dava konusu yapma olanağı da bulunmadığından, istemin incelenmeksizin reddi gerekli(dir)*” denilerek, tek başına icrai olmayan soruşturma raporunun, tek başına dava konusu edilemeyeceği bir kez daha vurgulanmıştır⁴⁰.

Her ne kadar soruşturma sonucu teklif edilen cezanın tanzim edildiği rapor icrai nitelikte olmasa da, bunun bir hazırlık işlemi olduğu açıktır. Kaya, disiplin soruşturması kapsamında soruşturmacı tarafından düzenlenen ceza teklifi yazısının yol gösterici nitelikte teklif işlemi olduğunu belirtmektedir⁴¹. Ancak kanaatimizce mevzuatta disiplin soruşturmasına ilişkin düzenlemelerde bir şekil unsuru olarak kendisine yer bulan soruşturma raporundaki ceza teklifi bir hazırlık işlemidir.

37 Danıştay 5 D, E 1976/9152 K 1980/2001, 05.05.1980.

38 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku* (n 2) 341.

39 Danıştay’ın ağırlıklı bu görüşe sahip olmasının yanı sıra aksi yönde de kimi kararlarının bulunduğunu belirtmemiz gerekir. Konuya ilişkin olarak detaylı bilgi için bakınız; Ender Ethem Atay, ‘Müfettişlerin Hazırladıkları Disiplin Soruşturma Raporlarından Dolayı Sorumlu Tutulabilirliği Sorunu’ (2016) 7 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 167, 175.

40 Danıştay 2 D, E 2005/2684 K 2007/3695, 05.10.2007 kararından aktaran Atay, ‘Müfettişlerin Hazırladıkları Disiplin Soruşturma Raporlarından Dolayı Sorumlu Tutulabilirliği Sorunu’ (n 39) 176.

41 Kaya, ‘Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler’ (n 2) 270.

Teklif edilen ceza, cezaya karar verecek makamca uygun bulunarak icrai nitelik kazanmaktadır⁴². Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin "Muhakkikin çalışma usulü" başlıklı 29/III. maddesi kapsamında; disiplin raporunun değerlendirme ve kanaat bölümünde, yapılan soruşturma sonucunda tespit edilen disiplin cezasının ne olması gerektiğine dair teklifin yer alması zorunludur⁴³. Dolayısıyla karar verilecek disiplin cezasından önce bu teklifin yapılması, mevzuatın ortaya koyduğu bir yükümlülük olması sebebiyle, teklifin burada ana icrai işlemin şekil unsurunu tamamlayan bir ögesi olduğunu belirtmek yerinde olacaktır. İşte bu bakımdan da yol gösterici işlem niteliğinde olan teklife dayanılarak yapılan ana icrai işlemde aranması gereken zorunlu bir şekil unsurundan bahsetmememize karşın, hazırlık işlemi niteliğindeki teklifte ise tamamlanması gereken bir şekil unsuru zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak her iki işlem türünde de, tesis edilmesine neden oldukları ana icrai işlemin sebep unsurunu oluşturdukları gerçeğini vurgulamamız gerekmektedir.

B. CEVAP NİTELİĞİNDE YOL GÖSTERİCİ İŞLEM

İdarenin en temel özelliklerinden birisi resen hareket edebilme gücüdür. İdare, bir idari işlem tesis ederken ilgilinin iradesini aramadan hareket edebilmektedir⁴⁴. Ancak kimi zaman idarece kendisine sorulan bir soru üzerine icrai olmayan cevaplar verilebilmektedir. Bu cevapların verilebilmesi için doğal olarak idareye yapılmış bir başvurunun bulunması gerekecektir.

Sorulan soruların türlerine göre cevapların niteliği de değişime uğramaktadır. İdare kimi zaman icrai bir işleme başlamadan önce başkaca bir idare tarafından sorulan teyit sorusuna, kimi zaman ise kendi uzmanlık alanlarına ilişkin özel ve teknik bilgi gerektiren bilimsel sorulara cevap vermek durumunda kalabilir. Bu soruların dışında, idare dışı ilgililerin sorularına da yol gösterici cevapların verilmesi gerekebilmektedir.

I. TEYİT TALEBİYLE SORULAN SORUYA VERİLEN CEVAP İŞLEMİ

Bireyler ve idareler, bazı durumlarda bir faaliyete başlamadan önce başka idarelere, bu konuda teyit alma talepli soruları yöneltebilirler. Faaliyete geçilmeden alınması istenen teyit, yol gösterici nitelikte olacağı için, yasal bir zorunluluk bulunmasa da ilgililer açısından önem taşıyacaktır. Ayrıca her ne kadar önemini belirtsek bile bu işlemlerin icrai nitelikte olmadığı da vurgulamalıdır.

Teyit talepli sorular, ilgililer tarafından yöneltilen ve soruldukları konuda özellikle ilgililerin aydınlatılma ihtiyaçlarını karşılama amacıyla idarelere yöneltilen sorular olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu talepler soru niteliğinde sunulsa da, özlerinde bir faaliyette bulunma ya da bulunmama kapsamında yol gösterme ve bilgi sahibi olma ile teyit alınması ihtiyacının karşılanması amacını içerir. Bu niteliği gereği teyit talepli sorulara verilen cevapların dolaylı bir etkilerinden

42 Atay, 'Müfettişlerin Hazırladıkları Disiplin Soruşturma Raporlarından Dolayı Sorumlu Tutulabilirliği Sorunu' (n 39) 177.

43 Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği, Cumhurbaşkanlığı Karar Numarası: 3935, Karar Tarihi: 29.04.2021, RG 30.04.2021/31470.

44 Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün ve Okay Tekinsoy (n 1) 323.

bahsedilse de, doğrudan bir etkisi olmadığından bahsetmemiz gerekir. Dolayısıyla icrai bir işlem olmadığını belirtmek gerekir⁴⁵.

Danıştay, bireylerin ilgili idarelere teyit amaçlı sordukları sorulara verilen cevapların icrai niteliğe sahip olmadığını belirtmektedir. Bir işletme tarafından Maliye Bakanlığı'na, imal edilen bir cihazın belli oranda istihsal vergisine tabi olup olmayacağına dair teyit amaçlı soruya, Bakanlıkça verilen cevabın niteliği Danıştay tarafından incelenmiştir. Danıştay bu kapsamda dava konusu işlemle ilgili; "... *ortada henüz Gider Vergisini doğuran bir olay vuku bulmadığının tarh, tahakkuk ve tebliğ işlemlerinin yerine getirilmediğinin, kısaca vergi alacağına doğmadığının, söz konusu müracaat üzerine davalı Bakanlıkça verilebilecek cevabın sadece bir görüşten ibaret olabileceğinin, nitekim dosyada da bulunan cevabi yazının bir görüş ve mütalaadan ibaret bulunduğu anlaşılmasına, Danıştay'da ise ancak kesin ve yürütülmesi gerekli nitelikteki işlemlerin dava konusu yapılabilmesinin mümkün olmasına binaen istisari nitelikteki Bakanlık işleminin dava konusu edilmesinde isabet bulunmamaktadır*" kararını vermiştir⁴⁶. Böylece Danıştay, teyit amaçlı soruya verilen cevabın doğrudan icrai niteliğinin olmamasını vurgulamış ve bu tür bir işlemin iptal davasına konu edilemeyecek olduğunu da belirtmiştir.

İdareler bazı konularda icrai bir işlemi tesis etmeden önce başka bir idareden ya da aynı idare içinde başka bir idari birimden teyit almak isteyebilirler. Bu teyit talebinin, "istenmesi ve uyulması zorunlu olan" bir danışma işlemi olmasına gerek yoktur⁴⁷. İdare hiyerarşi ilişkisinin doğal gereklerinden kaynaklanan teyit edici bir talepte bulunulabilirken⁴⁸, kimi zaman ise ilgili konuda uzman başkaca bir idareye bu talebini sunabilir. Burada dikkat çeken önemli husus, talepte bulunan idarenin icrai bir işlem yapıp yapmamasını etkileyecek bir teyittin, yasal bir zorunluluğa dayanmamasıdır.

Danıştay da, idareler arasında teyit edici yönde verilen görüşlerin icrai niteliğinin bulunmadığı görüşüne sahiptir. İmar planında ilköğretim yeri olarak tespit edilen ve ayrılan taşınmaz malın, kamulaştırılmaması nedeniyle kamulaştırmadan vazgeçme yönündeki görüş işleminin iptali için açılan iptal davasında Danıştay, işlemin icrai niteliğinin bulunmadığı üzerinde durmuştur⁴⁹. Karar, 3194 sayılı İmar Kanunu⁵⁰ ile birlikte incelendiğinde, ilgili hüküm olan 13/III. maddesi bakımından yasal bir zorunluluk olmayan görüş alınması işleminin icrai niteliğinin bulunmaması nedeniyle iptal davasına doğrudan konu edilemeyeceği açıktır. Kararda ayrıca bu görüş işleminin iptal davasına konu

45 Mustafa Gündüz, *Türk İdare Hukukunda İcrai Nitelikte Olmayan İşlemler* (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2016) 73.

46 Danıştay 7 D, E 1975/213 K.1975/2514, 24.12.1975.

47 Erkut (n 2) 174.

48 ibid 174.

49 Danıştay 6 D, E.1994/3836 K.1995/298, 18.01.1995.

50 İmar Kanunu, Kanun Numarası: 3194, Kabul Tarihi: 03.05.1985, RG 09.05.1985/18749'un "İmar planlarında umumi hizmetlere ve kamu hizmetlerine ayrılan yerler" başlıklı 13/III. maddesi uyarınca; "İlgili mevzuat uyarınca hiçbir şekilde yapı yapılamayacak alanlarda muvakkat da olsa yapı yapılmasına izin verilmez. Mevcut yapılar kamulaştırılincaya kadar korunabilir. Bu alanlarda beş yıllık imar programı süresi içinde, birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerine göre işlem tesis edilerek parsel, kamu mülkiyetine geçirilmek zorundadır. Bu süre en fazla bir yıl uzatılabilir". Hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, umumi hizmetlere ve kamu hizmetlerine ayrılacak yerler bakımından görüş almaya ilişkin bir yasal zorunluluk bulunmamaktadır.

edilemeyeceğinin tespit edilmesi gerekirken, yerel idare mahkemesinin işlemi bilirkişi incelemesine tabi tutması yerinde bulunmamıştır.

Danıştay teyit amaçlı sorulara verilen görüş cevabının icrai olmadığına ilişkin verdiği bir başka kararda da, idareler arası görüş iletiminin bir öneri olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'na Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi İşletme Eğitimi Bölümü müfredatının karşılaştırılarak Muhasebe ve Finansman alanına kaynaklık teşkil edip edemeyeceği hususunun sorulması üzerine, Başkanlık'tan verilen görüşün nitelendirilmesi bakımından Danıştay incelemede bulunmuştur. Danıştay; "... İşletme Eğitimi Bölümünün müfredatının Muhasebe ve Finansman alanına kaynak teşkil edemeyeceğine dair öneri niteliğindeki kararın, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'na sunulduğunun bildirildiği görülmektedir" kanaatine ulaşmıştır⁵¹. Danıştay, idari uyumsuzluk konusu olan işlemin öneri niteliğinde olduğunu vurgulamaktadır.

YÖK Başkanlığı'nın kendisine gelen teyit amaçlı sorulara yanıt vermesi, kamu hizmetinin sürekli bir şekilde sağlanması adına da önem taşımaktadır. Bu nedenle kendisine sorulan sorulara teyit amaçlı verdiği cevaplar, yükseköğretim kurumları için son derece önem taşımaktadır. YÖK'ün bu tür cevapları, yasal bir dayanağa bağlı olmasalar bile, icrai nitelikte yapılacak işlemlere de yol gösterecektir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun⁵² "Yükseköğretim Kurulunun görevleri" başlıklı 7. maddesi incelendiği zaman, hem genel anlamda yükseköğretim kurumlarının işleyişinin denetlenmesi hem de tüm yurt çapındaki yükseköğretim programlarının koordineli çalışabilmesi adına faaliyette bulunma sorumluluğu göze çarpmaktadır. Dolayısıyla yükseköğretim kurumlarından YÖK'e gelen soruların cevaplanmasında temel bir sorumluluğun olduğu da görülmektedir.

İdareden teyit alabilmek amacıyla sorulan bu sorulara verilecek cevapların yanlış, noksan veyahut yanıltıcı olması durumunda ilgililer açısından ne gibi sorunların oluşacağı da ayrı bir tartışma konusudur. Bu durumda verilen cevabın icrai olup olmaması hususu ve hatta icrai olup olmamasından da öte işlemin olası hukuki sonuçlarını tespit etmek ayrı bir inceleme gerektirmektedir. Buradaki belirlemede faydalanacağımız ilke ise idareye güven ilkesidir. Hukuk devletinin ayakta kalabilmesi adına idareye güvenin korunması elzemdir. Dolayısıyla idarenin her çeşit faaliyetinde bireylere güven aşılması gerekir. Bunun içinde idarenin faaliyetlerinde saydam, istikrarlı ve öngörülebilir hareket etmesi gerekir⁵³. Kişinin kendisine uygulanacak hukuku önceden bilebilmesi hukuk güvenliğinin gereği olduğu gibi, idarenin kendisine davranışı konusunda önceden bilgi ve öngörü sahibi olması da aynı şekilde hukuk devletinin zorunluluğudur. Bu doğrultuda idarenin olası yanlış, noksan ya da yanıltıcı teyit cevabı, ilgililerin idareye olan güvenini zayıflatarak ilgili üzerinden manevi bir etki yaratabilirken, belki de ilgililerin bu cevaba dayalı başkaca faaliyetleri kapsamında maddi zararlara uğramasına da neden olacaktır. Dolayısıyla ilgililerin idareye karşı zararlarının tazmini bakımından hak sahibi olabilmelerinin de yolu açılacaktır. Hizmet kusurunun gelenekselleşmiş tanımı içerisinde bulunan şartların ve idarenin sorumluluğunun gerçekleştiğini bu yönde belirtebiliriz.

51 Danıştay 2 D, E 2010/6219 K 2014/2483, 20.03.2014.

52 Yükseköğretim Kanunu, Kanun Numarası: 2547, Kabul Tarihi: 04.11.1981, RG 06.11.1981/17506.

53 İdareye güven ilkesi hakkında detaylı inceleme için bakınız; Harun Yılmaz, *Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar* (1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, 2019) 45.

İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir idari faaliyette oluşan bozukluk, gecikme veya noksanlık, yürütülen o faaliyetin gereği gibi işlememesi; geç işlemesi veya hiç işlememesine neden olabilecektir ve bu nedenle idarenin kusuru ortaya çıkacaktır⁵⁴. Buradan yola çıktığımızda ise teyit cevabı alınma talebiyle başvuruda bulunulan idarenin hatalı tesis ettiği cevap nedeniyle oluşacak zararlardan da sorumlu olması gerekir.

2. BİREYLERCE BİLGİ ALINMAK AMACIYLA SORULAN SORUYA YOL GÖSTERİCİ CEVAP İŞLEMİ

Kişiler bir işe ya da faaliyete başlamadan önce kimi zaman bir yönlendirmeye ihtiyaç duyabilirler. Özellikle daha önce hiç dâhil olmadıkları bir süreç içerisinde yer alacaklarsa, yollarını aydınlatacak bilgilere ihtiyaçları olabilir. Bu doğrultuda ilgili bir idarenin yol gösterici olması, kişilerin hem hukuka uygun hem de yerinde faaliyette bulunabilmelerini sağlamaktadır.

Kendisine başvuruda bulunan kişilere nasıl ve ne yönde hareket etmelerini belirtmesine yönelik idarenin verdiği cevap işlemi, doğrudan doğruya iptal davasına konu edilebilecek bir icrai idari işlem değildir⁵⁵. Enformel yani bilgi verici bir yol gösterici niteliğe sahip olan bu idari işlemler, idareye başvuru neticesinde tesis edilir⁵⁶. Yapılan bu tip başvurular üzerine idare, kişilere kimi zaman doğrudan, kimi zaman ise mevzuatı yorumlayarak izlenilmesi gereken süreçleri açıklar⁵⁷.

Bireylerce sorulan sorulara yol gösteren bu işlem tipi, başvuru sahibini aydınlatıcı bir fonksiyon taşır. Bu fonksiyonun üzerine çıkış yapılamayacağı da bellidir. Aydınlatıcı bu fonksiyon kapsamında bilgilendirici, gösterici ve yönlendirici, mevzuatı yorumlayıcı, kişilere hak ve yükümlülüklerini bildirici tavsiyelerde bulunulması doğaldır⁵⁸. Tabi bu fonksiyonun yerine getirilmesinde tesis edilen işlemlerin niteliği de incelemeye tabi tutulmalıdır. Bu doğrultuda inceleme yapıldığında, somut bir duruma ilişkin idarece sunulan görüşün icrai nitelikte kabul edilemeyeceği sonucu ortaya çıkar⁵⁹.

İdarenin bireylerin yaptığı başvurular hakkında, başvuru sahibinin yanlış mercie başvurduğunu ve doğru mercii göstermesinin bu tip bir işlem olduğunu söylemek gerekir. Örneğin tamire muhtaç bir evi olan ve bu kapsamda ne yapılmasını sormak amaçlı belediyeye başvuran şahsa, tamirat izni alınması gerektiğini belirten belediye yazısının icrai olmayan bir yol gösterici işlem olduğu kabul edilir⁶⁰. Danıştay ayrıca, bu işlemin iptal davasında kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olmadığına karar vermiştir⁶¹.

54 Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün ve Okay Tekinsoy (n 1) 837; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (n 14) 496; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (3. Baskı, Ekin Yayınevi, 2018) 271.

55 Kaya, 'Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler' (n 2) 272.

56 Açımız (n 2) 542.

57 Erkut (n 2) 178.

58 Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (4. Bası, Turhan Yayınevi 2014) 436.

59 Hasan Dursun, 'İdari İşlemin İcrailiği (II)' (2011) 58 (6) *Terazi Hukuk Dergisi* 40, 75; Açımız (n 2) 543.

60 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku* (n 2) 342.

61 Danıştay 6 D, E 1965/137 K.1966/2261, 30.05.1966 kararından aktaran Kaya, 'Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler' (n 2) 272.

Danıştay verdiği bir diğer kararda, yine iptal davasına konu edilebilecek bir işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu olan bir işlem olduğunu belirterek, icrası mümkün olmayan yol gösterici işlem niteliğindeki cevapların iptal davasına konu edilemeyeceğini ifade etmiştir. Kademe farkından doğan alacaklarının ödenmesi için valiliğe başvuran bir ilkokul öğretmenine, yanlış idari birime başvurduğunu belirterek doğru muhatabın Milli Eğitim Bakanlığı olduğunu bildiren cevap yazısının iptali için açılan davada Danıştay görüşünü korumuştur. Kararda “... Valiliğinin yukarıda sözü edilen yazısı davacının doğrudan doğruya Milli Eğitim Bakanlığına müracaat etmesini bildiren bir yazı olup ortada kesin ve icrası lazım gelen bir karar yoktur” yönünde kanaate varan Danıştay, yol gösterici niteliği sebebiyle işlemin hukuk dünyasında doğrudan icrai bir etkiye sahip olmadığını yine vurgulamıştır⁶².

3. BİLİMSEL NİTELİKTE SORGULAMA AMACIYLA SORULAN SORULARA VERİLEN CEVAP İŞLEMİ

İdare, faaliyet gösterdiği uzmanlık alanına ilişkin olarak her zaman sorularla karşılaşabilmektedir. Bu durumlarda idarenin bu sorulara cevap verme yükümlülüğünün doğacağı da açıktır. İdarelerin ve özellikle hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarının çeşitliliğinin fazla olması, soruların uzmanlığa göre ilgiliye yöneltilmesi bakımından da çeşitliliğin artmasını sağlamaktadır. Bu sayede ilgililerin tüm idari teşkilat düşünüldüğünde, cevapsız sorusunun kalmaması sağlanacaktır.

Uygulamanın incelenmesinde, bu tür sorulara yanıt verilebilmesi amacıyla, idarelerin çeşitli idari birimlerinin kurulduğu da görülmektedir. Örneğin 4 numaralı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu'nu düzenlediği 38. Bölümün “Danışma kurulları” başlıklı 539. maddesi kapsamında kurumun görev alanına ilişkin danışmanlık verebilecek kurulların oluşturulabileceği belirtilmektedir⁶³. Geçici bir danışmanlık görevine sahip olacak bu kurulların, kamunun sorularına yanıt bulma adına teknik ve ilmi (bilimsel) konularda araştırma yapma ve sonucunu açıklama yükümlülüğüne sahip olması gerekmektedir. Bu yükümlülüğün daha da somutlaşması açısından Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Geçici Danışma Kurulları Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir⁶⁴. Yönetmeliğin 5/II. maddesinin ikinci cümlesi uyarınca; “... Radyo ve Televizyon yayımları hakkında kamuoyunun düşünce ve dileklerini tespit etmek üzere ...” bu kurulların görev yapacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda yapılacak incelemelerde ortaya çıkacak sonuçların, kamuoyunun sorguladığı ve düşündüğü konuların çözümlenmesi amacıyla elde edilmesinin gerekliliği ortaya

62 Danıştay 5 D, E.1975/3447 K.1975/6663, 31.10.1975.

63 30479 sayı ve 15.07.2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 4 Sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 539.maddesi uyarınca; “Yönetim Kurulu veya Genel Müdür tarafından Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun bu Bölümde belirtilen görevleri çerçevesinde; radyo ve televizyon yayımları hakkında kamuoyunun düşünce ve dileklerini tespit etmek, ilmi veya teknik araştırmalar yaptırmak veya lüzumlu görülecek konularda özel ihtisaslarından yararlanmak maksadıyla geçici danışma kurulları teşkil edilebilir”. Bu hükümden önceki mevzuat hükmü olan 18221 (2. Mükerrer) sayı ve 14.11.1983 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 2954 sayı ve 11.11.1983 kabul tarihli Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 15. maddesi, 703 sayı ve 02.07.2018 tarihli Kanun Hükmünde Kararname'nin 95. maddesi ile ilga edilmiştir.

64 Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Geçici Danışma Kurulları Yönetmeliği, RG 06.08.2009/27311.

konmaktadır. Diğer bir deyişle, kamunun sorguladığı konularda teknik ve bilimsel bir araştırma yaparak bir sonuç ortaya koyma yükümlülüğünün bu geçici danışma kurullarına verildiği açıktır. Ortaya çıkan bu cevapların kesin ve yürütülebilir idari işlemler ile somutlaşmaması durumunda, bu cevaplara karşı iptal davasının açılmayacağını da belirtmek gerekir.

Yargı kararlarında da bilimsel nitelikli cevapların icrai olmadığı yönünde görüş bulunmaktadır. Örneğin bir kitap yazma düşüncesi ile ezanın hoparlörden okunmasının bilimsel gerekçesini Din İşleri Yüksek Kurulu'na soran bir başvurucunun aldığı “*ibadete çağrı olan ezanın hoparlörle okunmasının gayesine uygun olduğunu, bununla beraber hoparlörün fazla açılmaması gerektiği*” cevabının iptali için açtığı iptal davasında Danıştay, cevabın mütalaa kapsamında bulunduğunu belirtmiştir⁶⁵. Danıştay, cevap türünü icrai olmayan bir işlem olarak belirlemiş ve davanın kesin ve yürütülmesi gereken bir işleme karşı açılmadığını tespit etmiştir.

Her ne kadar icrai niteliği bulunmasa da, bilimsel nitelikli sorgulama sonucu verilecek cevapların, icrai işlemlere etkisinin büyük olduğu yargı kararları ile ifade edilmiştir. Tesis edilecek kimi icrai işlemlerde bilimsel nitelikteki bu icrai olmayan işlemlerin noksanlığı, icrai bir işlemin sebep unsurunda eksikliğe yol açmaktadır. Yargı kararları ile de bu durum tespit edilmekle beraber, icrai işlemin hukuka aykırı olarak tesis edildiği sonucuna varılmaktadır. Danıştay, uzman hekim fikirleri ve bilimsel görüşler alınmadan, aktif relapsing remitting multiple skleroz hastalığının tedavisinde etkin olan Tysabri isimli ilacın kullanım şartlarını sınırlama amaçlı tesis edilen 28597 sayılı ve 24.03.2013 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Sağlık Uygulama Tebliğinin 4.2.34/III-(b) hükmünün iptali istemiyle açılmış olan davada; “... söz konusu ilacın kullanım şartına ilişkin olarak dava konusu düzenleme ile getirilen sınırlamaları destekleyici nitelikli bilimsel bir görüş de ortaya konulmadığından dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır” kanaatine varmıştır⁶⁶. Bu doğrultuda icrai idari işlem niteliğinde olan tebliğ hükmünü, sebep unsuru sakatlığı gerekçesi ile iptal etmiştir. Danıştay’ın da belirttiği üzere, bilimsel incelemeler neticesinde tesis edilen yol gösterici işlemlerin icrai bir idari işlemin sebep unsurunu oluşturabilme özelliği nedeniyle önemi yadsınamaz.

B. BİLDİRİ / DUYURU / AÇIKLAMA NİTELİĞİNDE YOL GÖSTERİCİ İŞLEM

İdarenin belirli bir konuya dair düşünce, niyet ya da görüşünü belirten, ancak icrai bir sonuç doğurmayan açıklamaları, toplumu ve ilgileri aydınlatma amacıyla yapılabilmektedir. Tavsiyeler, alınması gereken önlemler veya bir konu hakkında fikir belirttikleri bu işlemler, doğrudan hukuki sonuç doğurmamaktadırlar⁶⁷. Açıklayıcı nitelikteki bu işlemler bir hususu aydınlatma amacı ile alınan kararlardan oluşurlar. Dolayısıyla tebliğ ve ilan edilme amaçlarının yanı sıra mevcut bir maddi olguyu ya da hukuki durumu açıklama amacını da güderler.

65 Danıştay 12 D, E 1968/1150 K 1969/702, 10.04.1969’dan aktaran Kaya, ‘Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler’ (n 2) 273.

66 Danıştay 15 D, E 2017/287, K 2018/6547, 02.10.2018.

67 Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün ve Okay Tekinsoy (n 1) 337.

Bir başvuru üzerine veya idarece resen tesis edilebilen bu işlemler, kendi başlarına herhangi bir bağlayıcılığa sahip değildirler⁶⁸. Uygulamaya tabi tutulmaları adına, bunlara bağlı bir birel ya da düzenleyici işlemin tesis edilmesi gereklidir. İdari karar niteliğinde olmayan bu açıklamaların hem toplumu hem de ilgili kamu tüzel kişilerini bilgilendirme gayesiyle yapıldığını vurgulamakta fayda vardır.

Kimi zaman idareler, sadece kendileri ile ilişkili kişileri bilgilendirme amacıyla hareket edebilmektedirler. Meslek odalarının üyelerine yol gösterici olarak kimi açıklamalarda bulunduğu görülmektedir. Örneğin barolar tarafından avukatlara gönderilmiş olan uyarı ve tavsiyeleri bu kategoride belirtebiliriz⁶⁹. Yine aynı doğrultuda Bakanlıkça yapılacak proje yarışmalarında, Mimarlar Odası Yönetmeliğine uyulması yolundaki Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği'nin bildirisinin de, kesin ve yürütülebilen bir idari işlem niteliğinde olmadığı belirtilmiştir⁷⁰.

Meslek odalarının somut olaylara ilişkin yaptıkları kınama ya da bilgilendirme metinleri de yine bildiri niteliğinde yol gösterici işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin İstanbul Barosu tarafından 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun, hayvan hakkı ihlallerini durdurmak, failleri cezalandırmak ve hayvanların haklarını teslim etmek yönündeki toplum beklentisini karşılamakta eksik ve yetersiz kalması sebebi ile hayvan hakları alanında yeni bir yasal düzenleme ihtiyacını belirterek, bu yönde yapılan çalışmalara katkı vermek amacıyla yayınlanan görüş, yol gösterici niteliğe sahipken, icrai bir idari işlem değildir⁷¹.

Açıklama niteliğinde icrai olmayan idari işlemler kimi zaman, kamu idareleri ya da kamu kurumlarının tesis ettikleri idari işlemler hakkında diğer kamu tüzel kişileri tarafından alınan yerindelik görüşü içerikli kararlar olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Kamu Denetçiliği Kurumu'nun vermiş olduğu kararlar bu hususa örnek olarak verilebilir. Kurum kararları, bağlayıcılık niteliğinden yoksundur. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun "Kurumun görevi" başlıklı 5. maddesi uyarınca; "*Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir*"⁷². İdareye önerilerde bulunma görevi bulunan Kurumun, bu kararlarını uygulatabilme bakımından yetkisi yoktur. Diğer bir deyişle bağlayıcılık unsurundan yoksun olan bu kararlar, görüş ve açıklamadan öteye geçemeyecektir. Ancak bu kararlar kimi zaman başka bir idari işlemin gerekçesi olarak kendilerine yer bulabilirler.

Kamu Denetçiliği Kurumu, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmeliğin⁷³ 5. maddesinde yer alan "görev mahallinde baş daima açık" ibaresinin, "*insan haklarına, eşitlik ilkesine, din ve vicdan hürriyetine, çalışma ve sözleşme hürriyetine, adalet anlayışına,*

68 Yaşar (n 2) 263.

69 ibid 263.

70 Kaya, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler" (n 2) 273.

71 <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=16442&Desc=Kamuoyuna-Duyuru>> Erişim Tarihi 23.08.2021.

72 Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 6328, Kabul Tarihi: 14.06.2012, RG 29.06.2012/28338.

73 Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmeliği, RG 25.10.1982/17849.

hukuka ve hakkaniyete, iyi yönetim ilkelerine ve aynı zamanda Anayasa'ya ve uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil ettiğini belirterek, başörtüsü yasağının kaldırılması ve insanların serbestçe kamu kurum ve kuruluşlarında çalışmalarının olanaklı kılınması” gerekçesi ile metinden çıkarılması yönünde tavsiye kararı almıştır⁷⁴. Bu tavsiye kararı gerekçe gösterilerek Bakanlar Kurulu'nca 4/10/2013 tarihinde; “*Elbise, pantolon, etek temiz, düzgün, ütülü ve sade, ayakkabılar ve/veya çizmeler sade ve normal topuklu, boyalı, görev mahallinde baş daima açık, saçlar düzgün taranmış veya toplanmış, tırnaklar normal kesilmiş olur. Ancak bazı hizmetler için özel iş kıyafeti varsa görev sırasında kurum amirinin izni ile bu kıyafet kullanılır”* ibaresi ilga edilmiştir. Somut örnekte de görüldüğü üzere, ilgili idarenin başkaca bir kamu kurumu tarafından verilen tavsiye nitelikli kararını gerekçe göstererek, yeni bir icrai işlem tesis edebileceğini söylemek gerekir. Diğer bir deyişle Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kararlarının tavsiye özelliğine sahip olması, bu kararların hiçbir fonksiyona sahip olmayacağı anlamına gelmemektedir⁷⁵. Dolayısıyla özellikle Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yol gösterici sınıfta addedilebilecek icrai olmayan tavsiye kararlarının, dolaylı yoldan icrai niteliğe sahip olacağı görülmektedir. Özellikle Kurumun iyi yönetim ilkesi yönünden diğer kamu tüzel kişilerinin faaliyetleri üzerinde denetimde bulunması bakımından verdiği kararların etkinliği yönünden de ne denli önemli olduklarını göstermektedir⁷⁶. Ayrıca tavsiye kararlarının, idari yargı üzerindeki etkisinin de yadsınamaz olduğunu belirtmek gerekir. İdari yargı tarafından yapılacak uyuşmazlık konusunun esasına ilişkin değerlendirmelerde, Kurumun tavsiye kararlarının idari yargı mercilerine yardımcı özelliğe sahip olacağı açıktır⁷⁷.

Kamu Denetçiliği Kurumu'nun bir kararında, idareye yön verici ve yol gösterici nitelikte bir tavsiyede bulunulduğu görülmektedir. Şanlıurfa Barosu tarafından savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesini sağlamak amacıyla kolluk birimlerinde ifade alınması sırasında ifade tutanağında avukat beyanlarına da yer verilmesi ve bu konuda kolluk birimleri arasında uygulama birliğinin sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması hususunda İçişleri Bakanlığı'na tavsiyede bulunulmasına ilişkin yapılan başvuruda, Kurum başvuruyu kabul ederek tavsiye kararı vermiştir⁷⁸. Bu doğrultuda merkezi idarenin Kurumun kararı doğrultusunda düzenleyici bir işlem tesis edebileceği de düşünülebilmektedir. Diğer bir deyişle tavsiye niteliğinde verilen karara bağlı olarak, idari işlem ya da işlemler tesis edilebilir.

74 Kamu Denetçiliği Kurumu, 20.08.2013 tarihli tavsiye kararı.

75 Ender Ethem Atay 'Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu' (2014) 1(1) Ombudsman Akademik Dergisi 22; Onur Kaplan, 'Kamu Denetçiliği Kurumu Tarafından Verilen Tavsiye Kararlarının Hukuki İşlevi ve Etkisi' (2020) 7(13) Ombudsman Akademik Dergisi 113.

76 Kamu Denetçiliği Kurumu'nun vermiş olduğu tavsiye kararlarının hukuki niteliğinin detaylı olarak incelenmesine ilişkin olarak detaylı bilgi için bakınız; Kaplan 'Kamu Denetçiliği Kurumu Tarafından Verilen Tavsiye Kararlarının Hukuki İşlevi ve Etkisi' (n 68) 101, 109. Kamu Denetçiliği Kurumu'nun vereceği tavsiye kararlarının idareler üzerindeki etkinliğinin oluşup oluşamayacağı yönünde şüpheler bakımından detaylı bilgi için bakınız: Mutlu Kağıtçıoğlu, 'Kamu Denetçiliği Kurumunu (Türk Ombudsmanını) Yeniden Tasarlamak' (2018) 7(14) Anayasa Hukuku Dergisi 505, 506.

77 Kaplan 'Kamu Denetçiliği Kurumu Tarafından Verilen Tavsiye Kararlarının Hukuki İşlevi ve Etkisi' (n 76) 112.

78 Kamu Denetçiliği Kurumu, 2021/2150 başvuru sayı ve 09.07.2021 tarihli tavsiye kararı. https://d.barobirlik.org.tr/2021/tbb_202.107.16154657.pdf Erişim Tarihi 05.08.2021.

III. YOL GÖSTERİCİ İŞLEMİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Yol gösterici icrai olmayan işlemlerin, diğer icrai olmayan işlemlerle ortak bazı temel özellikleri bulunmaktadır. Ancak doğaları gereği diğer icrai işlemlerden ayrılan özelliklerinin de bulunduğunu belirtmek gerekir.

A. DOĞRUDAN BAĞLAYICI NİTELİKTE OLMAMASI

Yol gösterici işlemler bağlayıcı bir fonksiyona sahip değildirler. Hukuk dünyasında bir etki yaratamamalarının yanı sıra, ilgili idareleri bir işlem tesis etmeye zorlama kabiliyetleri yoktur. Görüş ve fikirlerin ifade edildiği bu işlem türünün, bağlayıcılık unsurundan yoksun olduğunu belirtmemiz gerekmektedir.

İcrai bir idari işlemin hukuki etkiye sahip olduğu açıktır⁷⁹. Ancak icrai olmayan yol gösterici işlemde böyle bir etkinin bulunmadığını belirtmek gerekir. Her bir idari işlemin icrai niteliğe sahip olmadığı, aralarında icrai olmayan idari işlemlerinde var olduğu doktrinde kabul görmüş bir düşüncedir⁸⁰. Dolayısıyla doğrudan icrai bir etkiye sahip olmasa bile yol gösterici işlemlerin idari işlem niteliğinin var olmadığını belirtmek yanlış bir ifade olacaktır.

Fransız ve Türk Hukukunda bir işlemin icrailik özelliğinden yoksun olması, daha önce bahsettiğimiz gibi o işlemin iptal davasına konu olabilme durumunu etkilemektedir. Kesin ve yürütülebilir bir icraileğe sahip olmamaları nedeniyle iptal davasına konu edilemeyecek bir işlem oldukları ayrıca vurgulanmaktadır⁸¹.

İdareye veya bireylere yol gösterme amacı, bağlayıcılık tartışmasından uzak olarak danışma ve öneri fonksiyonlarını içermektedir. Kılavuzluk eden bu işlemlerin bağlayıcılık niteliğinden yoksun olması bu anlamda yine vurgulanmaktadır ve bu nedenden ötürü doktrinde hukuki değerlerinin ihmal edildiği de belirtilmektedir⁸².

Yol gösterici icrai olmayan işlem türlerinin incelenmesiyle aslında Danıştay'ın da konuya bakış açısı ortaya çıkmıştır. Türleri incelediğimiz bölümde de açıkça görüldüğü üzere, yargı kararlarında bu işlemlerin icrai olmama özellikleri ile bağlayıcılık fonksiyonu arasında doğru orantı kurulmuştur. Diğer bir deyişle idari yargının bu işlem türünü bağlayıcılıktan yoksun olarak gördüğü açıktır. Özellikle kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmaması yönünde yapılan açıklamalar ile bu durum belirlenmiştir.

79 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku* (n 2) 332.

80 Onur Kaplan, *İdari İşlem Teorisi Açısından İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri* (Oniki Levha Yayıncılık, 2021) 123.

81 Erkut (n 2) 163.

82 Yaşar (n 2) 263.

B. İCRAİ BİR İDARİ İŞLEME SEBEBİYET VEREBİLMESİ

Her ne kadar bağlayıcılık fonksiyonu bulunmasa da, bir yol gösterici işlemi gerekçe göstererek yeni bir icrai işlem tesis edilebilir. Bu durumda yol gösterici işlemin bağlayıcılık fonksiyonu bulunmamasına rağmen başka bir icrai işlemine sebebiyet verebileceğinden bahsedebiliriz.

İcrai olmayan bir işlem de olsa yol gösterici işlem, icrai bir işlemin sebep unsurunu oluşturabilir. Bir icrai bir işlemin yapılmasına yol açan hukuki işlem veya maddi olay olarak karşımıza çıkan sebep unsuru, işlemin dayanağını meydana getirir⁸³. Bu nedenle icrai bir işlemin olmazsa olmaz unsuru olan sebep unsurunu, kimi durumlarda yol gösterici işlem oluşturabilir.

Bu noktada aslında yol gösterici işlemlerin dayanak olma hususunda da bahsetmek gerekmektedir. Özellikle yönlendirici fonksiyon ile dayanak olma fonksiyonu arasında sıkı bir ilişki olduğunun vurgulanması gerekir⁸⁴. Bir diğer işleme dayanak olabilmesi nedeniyle aslında bir diğer işleme yön vermesi bakımından yol gösterici işlemin önemi oldukça fazladır. Bu nedenle icrai bir işleme sebebiyet verme özelliğinin yadsınamayacağını vurgulamak gerekir.

Kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlemin sebep unsurunu oluşturan yol gösterici işlemin, idari yargı mercii tarafından incelenmesinde hem zorunluluk hem de gereksinim vardır. İcrai idari işlemin neden yapıldığının ortaya çıkması ve hukuka uygunluk denetiminin yapılması bakımından öneme sahip olan yol gösterici işlemlerin bu anlamda göz önünde bulundurulmaları zaruridir.

Yol gösterici işlemler, icrai işlemlerin sebep unsurunu oluşturacak bir niteliğe sahipken, kimi zaman kendilerinden sonra bir icrai işlemin tesis edilmemesi de söz konusu olabilmektedir. Yol gösterici işlemlerin ilgili idarelere sunulmasından sonra, bilgi edinen bu idarelerin herhangi bir icrai işlem tesis etmemesi de gündeme gelebilmektedir. Diğer bir deyişle, yol gösterici işlem ile bilgi edinen idarenin, her bir somut olayın özelliğine göre icrai bir işlem tesis etmesinde zorunluluk bulunmamaktadır.

Danıştay da kararlarında icrai olmayan yol gösterici işlem ile bu işleme bağlı icrai işlemin bir arada değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Danıştay, belediye meclisi tarafından yürürlüğe konmuş bir imar planında dayanak olan nüfus ihtiyacına karşılık gelecek yeterli sosyal ve teknik alt yapının ayrılmadığı hususundaki görüşün, imar planıyla birlikte incelenmesi gerektiği kararını vermiştir⁸⁵.

Sebepler oldukları icrai işlemler ile aralarında bağ oluşan icrai işlemlere karşı yargısal başvuru ise kademeli şekilde ilerlemektedir. İcrai işlem olmamaları nedeniyle ilgililer ne kadar yol gösterici işlemlerden etkilenseler de, doğrudan doğruya idari yargıya başvuramazlar. İlgililerin bu durumda uygulayabilecekleri tek çözüm, yol gösterici işlemlerin sebep oldukları icrai işlemlere karşı iptal

83 Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün ve Okay Tekinsoy (n 1) 382.

84 Yol gösterici işlemlerdeki yönlendirici fonksiyon ile dayanak olma fonksiyonu arasındaki sıkı ve benzeşen ilişki hakkında doktrinde ayrıca üzerinde durulan görüşler yer almaktadır. Özellikle yol gösterici işlemler ile tespit edici işlemlerin yakın ilişkiye sahip olması nedeniyle dayanak olma fonksiyonunda da ortak bir özellik karşımıza çıkmaktadır. Tespit edici işlemler hakkında detaylı inceleme için bakınız; Kaplan, *İdari İşlem Teorisi Açısından İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri* (n 80) 277.

85 Danıştay 6 D, E 211/5597 K 2014/565, 30.01.2014'den aktaran Yılmaz, *İdari İşlemin İcraîlik Özelliği* (n 2) 69-70.

davası açmaktır⁸⁶. Bu doğrultuda ortaya çıkan izlenim idarenin yol gösterici işlemlerinin etkisinin olmayacağı değil, bunun yerine bu işlemlere dayanılarak yapılacak işlemler bakımından dolaylı bir etkiye sahip olabilecekleridir⁸⁷.

C. HERHANGİ BİR ŞEKİL ŞARTI ZORUNLULUĞUNUN BULUNMAMASI

Yol gösterici işlemler incelendiği zaman, belirli bir şekil şartına bağlı olmadan tesis edilebildikleri görülmektedir. Her bir türü açısından geçerli olan bu özellik, bu işlemlerin belirli kalıplara koyulmasına gerek duyulmamasını ve bu sayede işlemin tesis edilmesine kolaylık sağlamaktadır.

Hazırlık işlemlerinden farklı olarak ilgili mevzuatta uyulması gereken şekil zorunluluğu bulunmaması sayesinde idare, amacına uygun olarak yol gösterme fonksiyonunu rahatça kullanabilmektedir. Görüş ve düşüncelerini gerçek kişiler gibi ifade edebilme kabiliyetine sahip olan kamu tüzel kişilerin, belirli sınırlamalara tabi olmadan bu ifade özgürlüğünü kullanabilmeleri, işleyişin hızlanmasını sağlamaktadır.

İdari Usul Kanunu'nun yokluğu, idarenin bu alandaki faaliyetlerini rahatça tesis etmesine neden olmaktadır. Her ne kadar doktrinde bu kanunun yokluğu eleştiriye tabi tutulsa da, kabul edilen görüşlerce idarenin icrai olmayan görüşlerinin tesis edilmesinin zaten bu kanunun kapsamı dışında olması gerektiği belirtilmektedir⁸⁸. Diğer bir deyişle İdari Usul Kanunu'nun ihdas edilmesi söz konusu olsa bile, icrai olmayan yol gösterici işlemlerin bu kanun kapsamına girmeyerek belirli bir usule tabi tutulmaması gerektiği vurgulanmaktadır.

İdari usulün genel kurallarla önceden belirlenmesi, hukuk devletinin temel amaçları arasında yer almaktadır⁸⁹. Ancak kabul etmek gerekir ki, hak ve/veya yükümlülük kurmak yerine bir maddi olguyu ya da hukuki durumu ortaya koyan yol gösterici işlemler bakımından temel amacın farklı olduğunu tekrar belirtmek gerekir. Yol gösterici işlemlerin temel amacının idarenin aydınlatma yükümlülüğünü sağlamak olması, usul ilkelerinin bir adım daha önüne geçmesine neden olmaktadır. Bu nedenle belirli bir usule tabi olma gereğinin yol gösterici işlemler bakımından uygulanmaması, yol gösterici işlemlerin temel amacının korunmasını sağlamaktadır.

D. YOL GÖSTERİCİ İŞLEMİN TESPİT EDİCİ İŞLEM DEN AYRI BİR İŞLEM OLMASI

Yol gösterici işlemin kimi icrai olmayan diğer işlem türleri ile birçok benzerliği bulunmasına karşılık bazı farklılıklarının bulunduğu da kaçınılmazdır. Benzer nitelikli işlem türlerinden birisi de tespit edici işlemdir.

86 ibid 70.

87 Gül Fiş Üstün, 'Yatırımcıları Koruma Fonu Tarafından Tesis Edilen İdari Para Cezası Bildirim Tutanaklarının Niteliği' (2011) 1(2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 70.

88 Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün ve Okay Tekinsoy (n 1) 542.

89 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku* (n 2) 521.

Sübjektif (öznel) bir katkıda bulunmadan irade açıklamasını yalın bilgi ile sunan idarenin bu tür işlemi, tespit edici işlem sınıfını oluşturmaktadır. Bilginin verilmesi sırasında belirli bir hukuki durumu veya maddi olguyu açık bir şekilde, idarenin herhangi bir sübjektif katkısı bulunmaksızın sunulması tespit edici işlemin kimliğini ortaya koymaktadır⁹⁰. Bildirici bu niteliklerinden dolayı ilgililer üzerinde ya da hukuk düzeninde herhangi bir değişiklik yapmayan işlemlerdir⁹¹.

Tespit edici işlemlerin esasını oluşturması bakımından bir işlemde belli bir durumu veya olgunun ortaya çıkarılması gerekir. Diğer bir deyişle idari işlemin mevcut durumu ortaya koyması, o işlemin tespit edici özelliğini ortaya koymaktadır⁹². Bu durum özellikle idarenin irade açıklaması ile ortaya çıkacaktır.

Yol gösterici işlemler ile tespit edici işlemlerin ortak yönü, iki tür işlemde de ilgililerin menfaatlerini etkileme vasıflarının olduğudur⁹³. Bu kapsamda her ne kadar tek başlarına icrai nitelikte olmasalar da, bu iki tür işlemin icrai işlemlere dayanak olacakları açıktır.

Özellikle bilgi vericilik konusunda yol gösterici işlemler ile benzerliğe sahip olan tespit edici işlemler değerlendirme içeriğine haiz olmamaktadırlar. Tespit edicilik fonksiyonuyla tesis edilen bu işlemlerde düşünsel özelliğinin bulunmaması söz konusudur⁹⁴. İşte bu yönüyle tespit edici işlemlerin, idarenin kendi özgün fikrini açıklama yoluyla tesis ettiği yol gösterici işlemden farklılığının ortaya çıktığını belirtebiliriz.

E. YOL GÖSTERİCİ İŞLEMİN İÇ DÜZEN İŞLEMİNDEN AYRI BİR İŞLEM OLMASI

İdarenin iç işleyişi ve düzeninin sağlanması açısından öneme sahip olan iç düzen işlemleri⁹⁵, icrai olmayan işlem türlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. İç düzen işlemleri, hiyerarşi gücü ve yetkisinin irade beyanına dönüşmesi ile ortaya çıkmaktadır⁹⁶. İdare bakımından işleyişe, verimliliğe ve yer, zaman ve yöntemlerde düzeni sağlayan iç düzen işlemleri, diğer icrai olmayan işlemler gibi icrai niteliğe sahip değildirler⁹⁷.

İdare, iç düzen işlem ile tüzel kişilik içerisindeki nizam ve düzeni sağlamayı amaçlar. Bu doğrultuda iç düzen işlemlerine karşı açılacak iptal davalarının doktrinde, idarenin iç çalışma düzeni ile birlikte ilgili idari faaliyetin işleyişinin zedeleneceği ve bu nedenle idarenin olumsuz etkileneceği vurgulanmaktadır⁹⁸.

90 Kaplan, *İdari İşlem Teorisi Açısından İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri* (n 80) 56.

91 Kaya, 'Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler' (n 2) 273.

92 Kaplan, *İdari İşlem Teorisi Açısından İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri* (n 80) 58.

93 Gündüz (n 42) 79.

94 Kaplan, *İdari İşlem Teorisi Açısından İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri* (n 80) 60.

95 İç düzen işlemleri, "hizmet içi işlemler" ya da "iç yazışmalar" isimleriyle de doktrinde anılmaktadırlar; Kaya, 'Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler' (n 2) 279.

96 Erkut (n 2) 133.

97 Gündüz (n 45) 87.

98 Erkut (n 2) 140; Kaya, 'Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler' (n 2) 279.

İdarenin iç düzenine ilişkin bu işlemler, yol gösterici işlemlerden farklılığını korumaktadır. Bir kamu tüzel kişisi içerisindeki düzenin oluşturulması ana amacıyla oluşturulan iç düzen işlemler ile yol gösterici işlemlerin, tesis edilme amaçları da bu yönde farklılık göstermektedir. Yol gösterici işlem, idareye başvuruda bulunan idare dışı kimselere ya da diğer kamu kurum ve idarelerine yol gösterme amacıyla tesis edilebilmektedir. Bu nedenle işlemin süjesi yönünden açık bir farklılığın oluşacağını da belirtmek gerekir.

SONUÇ

Hukuk âleminde doğrudan etki yaratan icrai işlemler dışında doğrudan etki yaratmayan işlemler de bulunmaktadır. Bu işlemler icrai olmayan işlemler grubu adı altında bir araya gelirken, her bir alt grup farklı fonksiyonlara sahiptir. İdare, somut durumlara kimi zaman icrai bir işlem için hazırlık işlemi tesis ederken, kimi zaman ise ilgili somut durum üzerine sorulan sorulara yanıt verebilir ya da inceleme yaparak resen bir duyuru yapabilir. İdare, ilgilileri bilgilendirmek amacıyla çeşitli görüş ya da fikir açıklamalarında bulunabilir. İşte bu bakımdan her ne kadar icrai bir işlem tesis etmese de, kişiler ya da kurumlar üzerinde önem arz eden icrai olmayan işlemler tesis etmiş olur. Ayrıca bu işlemler her ne kadar doğrudan icrai bir etkiye sahip olmasalar da, o işlemlerin idari işlem niteliğine sahip oldukları gerçeğini değiştirmez.

İdarenin önemli görevlerinden birisi olan toplumu aydınlatma, bilgi sunma yükümlülüğü, idari usul ilkelerine yerleşmiştir. Bu nedenle idarenin bu görevi yerine getirebilmesi adına yol gösterici işlemlerin tesis edilmesi ve bu işlemlerin amaca uygun olarak ilgililere sunulmasında önem arz eden bir kamu yararının bulunduğu belirtmek yanlış olmayacaktır.

Kimi zaman bireyler, kimi zaman ise toplum üzerinde önemli sonuçları olan yol gösterici işlemin fonksiyonel olarak çeşitli alt türleri bulunmaktadır. Bu alt türlerin ayrımındaki önem, somut olaylara ilişkin doğru işlemin tesis edilmesini sağlamanın yanı sıra, yargı önüne gelebilecek işlem türlerinin de tespit edilebilirliğini ortaya koymaktadır.

Yol gösterici işleminde içinde bulunduğu icrai olmayan işlemler sınıfı bakımından icrai etkilerinin hiç olmadığı yorumunu yapmak, aslında tam olarak doğru olmayabilecektir. Belirli kesin ve yürütülebilecek bir idari işleme sebep olan yol gösterici işlemler her ne kadar doğrudan idari yargıda dava konusu edilemeyecek olsalar bile, yapılacak yargılamada esasa ilişkin kararın verilmesine etki edeceklerdir. Bu durumun yanı sıra yol gösterici işlemlerle birlikte geriye kalan tüm icrai olmayan işlemlerin, ilgililer ya da eşyalar üzerinde de dolaylı bir etkilerinin olacağı açıktır.

Kimi iptal davalarında, davaya konu edilen icrai işlemin sebep, amaç ya da şekil unsurunu doğrudan etkileyecek icrai olmayan işlemlerin de yargı yeri tarafından denetlenmesi gerekecektir. Her ne kadar icrai olmayan işlemlerin iptal davasına konu edilip yargı yerince iptal edilmesinin söz konusu olamayacağı kesin olsa da, bu tür işlemlerin yargı yerince hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmasında hiçbir engel bulunmamaktadır. İcrai olmayan işlemler üzerinde hukuka uygunluk denetiminin yapılması, yargılamada zorunluluktan öte bir gereklilik arz edecektir. Bu kapsamda iptal

davasına konu edilecek icrai bir idari işlemin sebep unsurunu oluşturan yol gösterici işlemin, idari yargı merciince incelenmesi hem zorunlu hem de gereklidir.

İçtihatından da anlaşılacağı üzere, idari yargı bakımından idarenin tesis ettiği işlemin sadece icrai olup olmadığının tespiti ön plandadır. Yargı yerleri icrai olmayan gösterici işlemin alt gruplarına bakmaksızın ilgili işlemin kesin ve yürütülebilir bir işlem olup olmadığı üzerinde durmaktadır. Diğer bir deyişle, icrai olmayan işlemin alt türünün tespitinden öte işlemin iptal davasına konu olabilirliliği idari yargının esas olarak incelediği husustur.

İcrai idari işlemlerin sebep unsurunu oluşturabilecek şekilde bir etkiye sahip olan kimi yol gösterici işlemlerin, kişiler ve eşyalar üzerinde de dolaylı bir etkisi olduğu açıktır. Bu nedenle icrai işleme dayanak oluşturan yol gösterici işlemlerin “dolaylı icrai işlem” niteliğinde olduğunu belirtmek yerinde ve doğru olacaktır.

KAYNAKÇA

- Açımız B, ‘İdarenin Esnek Hukuk İşlemlerinin Yargısal Denetime Konu Edilmesi: Fransız Hukuku Odaklı İnceleme’ (2018) 24(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 530 – 568.
- Akyılmaz B, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü* (2000).
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (12. Baskı, Savaş Yayınevi 2020).
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (4. Baskı, Savaş Yayınevi 2020).
- Atay EE, ‘Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu’ (2014) 1(1) Ombudsman Akademik Dergisi 1 – 30.
- Atay EE, *İdare Hukuku* (4. Bası, Turhan Yayınevi 2014).
- Atay EE, ‘Müfettişlerin Hazırladıkları Disiplin Soruşturma Raporlarından Dolayı Sorumlu Tutulabilirliği Sorunu’ (2016) 7 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 167 – 182.
- Boz SS, *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması* (Seçkin Yayıncılık 2017).
- Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları*, (Fakülteler Matbaası 1982).
- Dursun H, ‘İdari İşlemin İcrailiği (II)’ (2011) 58(6) Terazi Hukuk Dergisi 40 – 74.
- Erkut C, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, (T.C. Danıştay Yayınları No: 51 2015).
- Fiş Üstün G, ‘Yatırımcıları Koruma Fonu Tarafından Tesis Edilen İdari Para Cezası Bildirim Tutanaklarının Niteliği’ (2011) 1(2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 64 – 72.
- Giritli İ, Bilgen P, Akgüner T ve Berk K, *İdare Hukuku* (5. Baskı, Der Yayınevi 2012).
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt: I* (İkinci Baskı, Ekin Yayınevi 2009).
- Günday M, *İdare Hukuku* (İmaj Yayınevi 2011).
- Gündüz M, *Türk İdare Hukukunda İcrai Nitelikte Olmayan İşlemler* (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2016).
- Kağıtçıoğlu M, ‘İdari İşlemin İcrailiği’ (2012) 103 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 267 – 284.
- Kağıtçıoğlu M, ‘Kamu Denetçiliği Kurumunu (Türk Ombudsmanını) Yeniden Tasarlamak’ (2018) 7(14) Anayasa Hukuku Dergisi 457 – 512.
- Kaplan G, *İdari Yargılama Hukuku* (3. Baskı, Ekin Yayınevi, 2018).

- Kaplan O, 'Kamu Denetçiliği Kurumu Tarafından Verilen Tavsiye Kararlarının Hukuki İşlevi ve Etkisi' (2020) 7(13) Ombudsman Akademik Dergisi 93 – 119.
- Kaplan O, *İdari İşlem Teorisi Açısından İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri* (Oniki Levha Yayıncılık, 2021).
- Karahanogulları O, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)* (4. Baskı, Turhan Kitabevi 2018).
- Kaya C, 'Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler' (2004) 9(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 253 – 284.
- Sancakdar O, Önüt LB, Us Doğan E, Kasapoğlu Turhan M ve Seyhan S, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (Seçkin Yayınevi 2019).
- Sezginer M, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı* (Yetkin Yayınları 2000).
- Tan T, *İdare Hukuku* (Turhan Kitabevi 2013).
- Yaşar HN, *İdare Hukuku (Genel Esaslar)* (Der Yayınevi 2014).
- Yayla Y, *İdare Hukuku* (2. Basım, Beta Yayıncılık 2010).
- Yıldırım T, Yasin M, Kaman N, Özdemir HE, Üstün G ve Okay Tekinsoy Ö, *İdare Hukuku* (Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık 2018).
- Yılmaz D, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği* (Astana Yayınları 2014).
- Yılmaz D, 'Türk İdare Hukuku'nda İdari İşlemin "Kesinliği" Üzerine Bir Değerlendirme: "Kime Göre?", "Ne İçin?" Kesinlik' (2017) 21(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 105 – 153.
- Yılmaz H, *Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar* (1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, 2019).

Yumuşak Hukuk Tartışmaları Çerçevesinde BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin Değerlendirilmesi

Analyzing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) in the Context of Soft Law Debates

Cansu Atılğan Pazvantoğlu* 

ÖZ

Bu çalışmanın amacı, BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'ni, yumuşak hukuk ve sert hukuk ilişkisi çerçevesinde uluslararası hukukta güncelliğini koruyan yumuşak hukuk tartışmaları ve eleştirileri kapsamında değerlendirmek, Rehber İlkeleri'nin güncel durumunu irdeleyerek, var olan etkinliğinin söz konusu tartışmalarla ilişkisini çözümlenektir. Çalışma kapsamında yumuşak hukukun tanım ve kapsamına yer verilmiş, yumuşak hukuka ilişkin tartışmalar sınıflandırılmış ve örneklenmiştir. Uluslararası alanda insan hakları ve iş dünyası alanlarının etkileşiminin ve bununla birlikte yumuşak hukukun önemli bir örneğini oluşturan BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (UNGPs) çalışmanın çözümleme ögesi olarak ele alınmış, Rehber İlkeleri'ne yönelik sert hukuk, yumuşak hukuk ve karma yaklaşımları uluslararası hukuktaki yumuşak hukuk tartışmalarıyla ilişkilendirilmiştir. Tarihsel süreçte insan hakları ve iş dünyası etkileşimi konuya ilişkin BM düzenlemelerinin incelenmesiyle aktarılmış, BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin bu süreçteki yeri, güncel COVID 19 krizindeki etkinliği sorgulanarak temellendirilmiştir. Yumuşak hukukun bağlayıcılığının olmaması ve denetim işleyişinin yokluğu Rehber İlkeleri konusunda en önemli eleştiriler arasında yer alırken bir uluslararası anlaşma yapılabilmesi konusunda da uluslararası bir uzlaşa sağlanamamaktadır. Değerlendirme, BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin yumuşak hukuk olarak etkinliğini sürdürmesini, sert hukuka dönüşmesini ya da karma biçimde varlık göstermesini savunan görüşlerle süregelen tartışmalar doğrultusunda yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yumuşak Hukuk, Sert Hukuk, BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri, COVID 19

* Dr. Öğretim Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Hukuk Ana Bilim Dalı, ORCID: 0000-0002-5404-8064.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Cansu Atılğan Pazvantoğlu

E-posta/E-mail: cansuatilgan@ogu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 13.09.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 08.11.2021

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the UN Guiding Principles on Business and Human Rights within the scope of current soft law debates, and criticisms in the international law arena considering the relationship between soft law and hard law and scrutinize the relationship of its existing effectiveness with these debates through analyzing the current status of the Guiding Principles. The definition and extent of soft law are covered in the study's scope, as are discussions on soft law are categorized and demonstrated. The UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), which are outstanding facets of the interaction of human rights and business areas as well as a soft law illustration in the international arena, have been addressed as study's analysis element, and hard law, soft law, and mixed approaches to the Guiding Principles were associated with soft law debates in the international arena. The historical interaction of human rights and the business world has been presented by a review of the relevant UN regulations, and the position of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in this process has been founded upon questioning its effectiveness in the current COVID 19 crisis. While the absence of binding force in soft law and the lack of an audit function are among the most serious criticisms of the Guidelines, there is no international consensus regarding a future global agreement. The study was carried out in light of ongoing debates that highlight various advocacy points, such as whether the UN Guiding Principles on Business and Human Rights should continue in effect as soft law, be transformed into hard law, or operate in a mixed form.

Keywords: Soft Law, Hard Law, UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), COVID 19

GİRİŞ

Yumuşak hukuk sert hukukla ilişkisi doğrultusunda yasa benzeri, gönüllülük esasına dayalı, bağlayıcı olmayan belgeler olarak ifade edilirken ya bütünüyle dışlanmış, sert hukuku zedeleyen bir rakip olarak görülmüş ya da uluslararası hukukun duruk nitelikte olmadığını savunan görüşlerce savunulmuştur. Uluslararası hukukta güncelliğini koruyan yumuşak hukuk tartışmaları yumuşak hukukun sert hukuk yerine tercih edilebilirliği, ona karşıt konumda bulunması ve birbirlerini tamamlamaları üzerinde yoğunlaşmaktadır. Yumuşak hukukun varlığının artan oranda ve birçok örnekle gündeme gelmesi, varlık gösterdiği her bir alan ve konu kapsamında çözümlenmeler yapılmasını gerekli kılmaktadır.

Bu çalışma öncelikli olarak yumuşak hukukun tanım ve kapsamı doğrultusunda farklılık ve benzerlik gösteren tartışmalara yer vermekte, uluslararası hukukta yürütülen yumuşak hukuk tartışmalarını sınıflamakta ve yumuşak hukuk ve sert hukuk ilişkisini irdelemektedir.

Uluslararası alanda İnsan Hakları ve İş Dünyası etkileşimin en önemli örneklerinden biri olan BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (UNGPs) çalışmanın odak noktasını oluşturmaktadır. Bunun nedeni Rehber İlkeleri'nin önemli bir yumuşak hukuk örneği olarak ortaya çıkmış olmasıdır. Rehber İlkeler'e giden süreç öncelikle BM Küresel İlkeleri'nin (Global Compact) tanım ve kapsamının incelenmesiyle başlatılacak, tarihsel sıralamayla BM bünyesinde insan hakları ve iş dünyasına yönelik alınan kararlar incelenecektir. Belirtilen temellendirmenin ardından BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri bir başka başlıkla ele alınarak, COVID 19 krizinde ilkelerin etkinliği kapsamında güncel durum değerlendirilecektir. Çalışmanın son kısmında BM İş Dünyası ve İnsan

Hakları Rehber İlkeleri, yumuşak hukuk çerçevesinde kalması gerektiğini ileri süren görüşler, sert hukuka dönüşmesini savunan görüşler ve ikisinin bir karışımıyla etkinliğini sürdürmesi gerektiğini savunan görüşlerle şekillenen yumuşak hukuk tartışmaları çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu çözümlenmeyle Türkçe literatürde yumuşak hukuka ilişkin tartışmaların görünürlüğünün artmasına ve güncel tartışmaların uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirilmesine katkı sunmak hedeflenmektedir. Çalışma, yumuşak hukuk ve sert hukuk ilişkisinin BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri özelinde değerlendirilmesi ile sınırlı tutulmuştur.

I. YUMUŞAK HUKUKUN TANIMI VE KAPSAMI

Uluslararası hukukta yumuşak hukuk kavramının tanımlamaları konusunda tartışmalar sürse de çoğunlukla yasa görünümünde olan ancak bağlayıcı olmayan belgeler olarak tanımlanmakta, standartlar, üstlenmeler, bir politikaya ya da amaca yönelik bildiri ya da ortak bildirimler, Birleşmiş Milletler Genel Kurul ya da diğer çok taraflı organların kararları gibi ögelerle örneklenmektedir. Genel olarak uluslararası örgütler tarafından ya da en azından onlardan destek alınmasıyla oluşmaktadır. Çoğunlukla insan hakları, uluslararası ekonomik ilişkiler ya da çevrenin korunması konularıyla ilişkili konularda görülmektedir.¹ Yumuşak hukuk farklı kaynaklardan var olan normları tek bir belgeyle birleştiren, bağlayıcı olmayan düzgüsel (normatif) çerçevenin bir örneğidir.²

Daha geniş bir ifadeyle uluslararası yumuşak hukuk normları, çok taraflı olarak bir uluslararası örgüt ya da bir organı (tavsiyeler) ya da devletler (siyasi düzenlemeler, hükümetler arası konferans kararları) tarafından oluşturulan, ilkeler ya da belirli kurallar olarak tanınmaktadır. Bununla birlikte devletler ve diğer aktörler tarafından ulusal ya da uluslararası hukukta gönüllülük temelinde uygulanan isteğe bağlı, bir yasanın gerektirmediği kurallardır.³

Tarihsel süreçte yumuşak hukukun geçmişini değerlendirilirken Ortaçağ hukuk sistemine ve özellikle uluslararası ticaret hukuku, özgün adıyla *lex mercatoria*'ya gönderme yapılmaktadır. Bazıları tarafından ise 19.yy ve erken 20.yy sosyal hukuk ve yasal çoğulculuk kuramlarına dayandırılmaktadır.⁴ 1970'lerden beri, hukukun bağlayıcı doğasını bilgi kuramsal olarak farklı bir şekilde ifade etme olasılığını gündeme getirmesi ve sert hukuka yakın bir ulamda gösterilmesiyle uluslararası hukukçular arasında tartışılmaktadır. 1980'li yıllarda ve 1990'lı yılların başında tartışmalar sürerken yumuşak hukuku olumlu gören, yumuşak bir düzenlemenin hiç anlaşma olmamasından iyi olduğu görüşünü benimseyen çalışmalar çoğunluğu oluşturmuştur. 1990'ların bu konuda pekiştirme dönemi olduğu,

1 John P. Grant and J. Craig Barker, *Encyclopaedic Dictionary of International Law* (Oxford University Press 2009) 558.

2 Alexander Betts, 'Towards a 'soft law' Framework for the Protection of Vulnerable Migrants' (2008) 13 *New Issues in Refugee Research* (Policy Development and Evaluation Service, United Nations High Commissioner for Refugees) 162.

3 Gönderme ve uluslararası yumuşak hukuk-ulusal hukuk ilişkisi için bkz: Sergei Marochkin and Rustam Khalafyan, 'The Norms of International Soft Law in the Legal System of the Russian Federation' (2013) 6(2) *Journal of Politics and Law* 90, 91.

4 Anna Di Robilant, 'Genealogies of Soft Law' (2006) 54(3) *The American Journal of Comparative Law* 499-554.

sonrasında ise yumuşak hukukun kullanıldığı alanların ve tanımlamaların çeşitliliğinin artmasıyla tartışmalı yapısının sürdüğü görülmektedir.⁵

2. Dünya Savaşı sonrası dönemde, uluslararası hukukun kapsam ve aktör genişlemesinin bir sonucu olarak gelişen uluslararası kamu hukukundaki yapısal eksikliklerle birlikte uluslararası yumuşak hukukun etkinliği artmıştır. BM'nin kurulması, Soğuk Savaş'ın etkileri, anti kolonileşme süreci, bilim ve teknolojinin gelişmesi, uluslararası pazar ekonomisinin genişlemesi, devlet dışı aktörlerin rolünün artması gibi gelişmelerle yaşanan süreçte devletler dışında uluslararası örgütler, BM sistemi ve organları, uluslararası konferanslar, çok uluslu şirketler, hükümet dışı örgütler bugünkü uluslararası düzgüsel (normatif) düzeni şekillendirmektedir.⁶ Bu uluslararası ortam yumuşak hukukun gelişmesine ve işlerlik kazanmasına zemin hazırlamıştır. Örneğin Uluslararası mülteci hukuku altındaki dayanışma ilkesi ve yük paylaşımının en iyi şekilde uluslararası yumuşak hukuk şemsiyesi altında anlaşılabilirliği belirtilmekte, yumuşak hukukun uluslararası hukuk alanında bu gibi konularda tanınırlığının gittikçe arttığına değinilmektedir.⁷ Özellikle uluslararası ticaret hukukunda yumuşak hukukun kazanımları sıkça tartışılmaktadır.⁸ Bu gelişmeler yumuşak hukukun birçok alanda sıklıkla gündeme geleceğini duyurmuştur.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA YUMUŞAK HUKUKA İLİŞKİN TARTIŞMALAR

Yumuşak hukuk etkinliğini artırırken uluslararası alandaki varlığı tartışmalara neden olmuştur. Öncelikle yumuşak hukuk "eğer hukuksa neden yumuşak?" sorusunu gündeme getirmiştir. Yasal kuralları yasal olarak nitelemenin yolu bellidir ve kurallardan biri diğerinden daha yasal olarak nitelenmemektedir. Yasal söylem yumuşak hukukla birlikte yeni bir terimle tanışmıştır.⁹ Abbott ve Snidal'a göre yumuşak hukukun varlığı yasal düzenlemeler, yükümlülük, kesinlik ve yetkilendirme boyutlarından bir ya da daha fazlası zayıflatıldığında başlamaktadır.¹⁰ Yumuşak hukuk özellikle tutucu hukukçuların kabul etmekte zorlandıkları tarifi zor bir kavram olarak değerlendirilmekte, tanınmış kaynakların ölçütlerini karşılamayan bu kuralların uluslararası uygulamada artan oranda önemli rol oynadığı belirtilmekte ve söz konusu hukukçuların bu gerçekliğe gözlerini kapadığı yorumu yapılmaktadır.¹¹

5 Jan Klabbers, 'Reflections on Soft International Law in a Privatized World' in Jan Klabbers (ed), *Finnish Yearbook of International Law c. XVI* (Leiden: Koninklijke Brill NV 2008) 314-316.

6 İlhami Alkan Olsson, 'Four Competing Approaches to International Soft Law' (2013) 58 *Scandinavian Studies in Law* 176, 179.

7 Agnès G. Hurwitz, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees* (Oxford University Press 2009) 163.

8 Henry Deeb Gabriel, 'The Advantages of International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL and The Hague Conference' (2009) 34(3) *Brooklyn Journal of International Law* 655, 672.

9 Laszlo Blutman, 'In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law' (2010) 59 *International and Comparative Law Quarterly* 605, 609.

10 Kenneth W. Abbott and Snidal Duncan, 'Hard and Soft Law in International Governance' (2000) 54 *International Organization* 421, 422.

11 Hanspeth Neuhold, 'The Inadequacy of Law Making by International Treaties: Soft Law as an Alternative?' in Rüdiger Wolfrum and Volker Röben (eds) *Developments of International Law in Treaty Making* (Springer 2005) 47.

Yumuşak hukukun var olmadığını savunan görüşe göre, yumuşak hukuk bağlayıcı hukuk ve hukuk olmayan ögeler arasında tanımlansa da uygulama açısından anlamlı bir orta ulam söz konusu değildir.¹² Örneğin Shaw, yumuşak hukukun uluslararası yasal gelişme açısından dikkate değer bir konu olmakla birlikte hukuk olmadığını söylemiştir. Bunun yanında bir belgenin uluslararası politikada etki oluşturabilmesi için bağlayıcı bir antlaşma oluşturmasına gerek olmadığını da vurgulamıştır. Yumuşak hukuk olarak nitelendirilen belgelerin gerekli şartları sağladıklarında yasal olarak bağlayıcı kurallara dönüşebileceklerini ekleyerek yumuşak hukukun sunduklarının etkili ve önemli olduğunu ancak kendi kendilerine yasal kurallar oluşturmadıklarını belirtmiştir.¹³ Yumuşak hukukun uluslararası hukuktaki kesin yeri saptanamamış, belirsiz olmakla birlikte geleneksel uluslararası hukukçular yumuşak hukuku sert hukuk içindeki antlaşmalar ve yapılagelişten daha az hukuk olarak görmektedir. Bununla daha az yükümlülük getiren ve davranış üzerinde daha az etkili olan hukuk kastedilmektedir.¹⁴ Tartışmalar çoğunlukla hukuk olarak görülmemesi, hukuk olarak görülme dahi etkinliğinin olumlu değerlendirilmesi ve yumuşak hukuk düzenlemelerinin herhangi bir kıyasa tabi olmadan daha fazla gündeme geleceğini savunan görüşler etrafında şekillenmiştir.

A. YUMUŞAK HUKUK VE SERT HUKUK İLİŞKİSİ

Yumuşak hukuk bağlayıcı değildir, kurallardan değil genel norm ya da ilkelerden oluşmaktadır, çok yönlüdür ve sert hukukla incelikli ve çok çeşitli ilişkileri bulunmaktadır.¹⁵ Yumuşak hukuk ve sert hukuk ilişkisinde, yumuşak hukukun iç hukuka ya da bağlayıcı uluslararası antlaşmalara güç kazandıracakı beklentisiyle oluşturulabildiği dolayısıyla bağlayıcı hukuku sırtladığı düşünülmektedir. Böyle bir tanımlamayla bağlayıcı olmayan anlaşmaların yalnızca teşvik edici ya da tamamıyla siyasi anlaşmalar olduğu görüşü dışlanmaktadır.¹⁶ Yumuşak hukuk metinlerinin sert hukukla aile benzerliği bulunduğu ancak yasal bir kaynaktan yoksun olmak gibi oldukça önemli bir noktada yetersiz kaldıkları belirtilmektedir.¹⁷ Yumuşak hukuku gereksiz bulan benzer bir görüşe göre hukukun geleneksel ikincil görüşü genellikle yumuşak hukuka gönderme yapılan işlevleri yerine getirmekte yeterlidir.¹⁸ Yumuşak hukukun kurallar ve ölçünler yelpazesi oldukça geniş olabilmektedir, sert hukuka benzer normlar içerebildiği gibi daha basit düzenlenmiş belgeleri de içerebilmektedir. Ayrıca belirsizlik ve farklılıkların yer aldığı durumlarla baş etmede sert hukukun başarısız olduğu bu gibi durumlarda uluslararası yumuşak hukukun daha etkili çözümler sunabileceği de görüşler arasındadır.¹⁹

12 Kal Raustiala, 'Form and Substance in International Agreements' (2005) 99(58) The American Journal of International Law 581, 586-588.

13 Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press 2008), 117-118.

14 Andrew T. Guzman, 'The Design of International Agreements' (2005) 16(4) The European Journal of International Law 583, 584, 591.

15 A. E. Boyle, 'Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law' (1999) 48(4) International and Comparative Law Quarterly 901, 902, 913.

16 Timothy Meyer, 'Soft Law as Delegation' (2009) 32 Fordham Int'l L.J. 888, 906, 907, 940.

17 Daniel Bodonsky, *The Art and Craft of International Environmental Law* (Harvard University Press 2011), 14.

18 Jan. Klabbbers, 'The Redundancy of Soft Law' (1996) 65(2) Nordisk Journal of International Law 167, 168.

19 Sebastian Paulo and Helmut Reisen, 'Eastern Donors and Western Soft Law: Towards a DAC Donor Peer Review of China and India?' (2010) 25(5) Development Policy Review 535, 543.

Yumuşak ve sert hukuk birbirlerine seçenek oluşturabilmekte, tamamlayıcı ya da karşıt olabilmektedir. Tamamlayıcı olduklarında ilk olarak yumuşak hukukun zamanla gelişebileceği, sertleşebileceği ve sert hukuku oluşturabileceği, ikinci olarak ise sert hukukun yumuşak hukuk doğrultusunda genişletilebileceği ve geliştirilebileceği belirtilmektedir. Karşıt olduklarında ise yasal olarak yasalar çatışması söz konusu olabilmektedir ya da siyasi açıdan devletler ve devlet dışı aktörler stratejik olarak sert hukuku baltalamak için de yumuşak hukuku kullanabilecektir.²⁰ Örneğin Silahların Kontrolü konusunda antlaşmalara uyma meselesi tartışılırken yumuşak hukuk ve sert hukuk etkileşimi (tercih birleşimleri, karşıtlıkları vs.) sıklıkla gündeme gelmektedir. Silahların kontrolü alanında yumuşak hukuk sert hukuk yanında oldukça az yer bulsa da destekleyici rolü yadsınmamaktadır.²¹ Yumuşak ve Sert hukuku tamamlayıcı olarak görenler üç kampta ayrılmaktadır. Olgucu (pozitivist) yasal bilimciler yasal bağlayıcılıktan yoksun olmasından ötürü yumuşak hukuku sert hukuktan aşağıda görüp yine de sert hukukla sonuçlanabileceği için yabana atılmaması gerektiğini savunurken, inşacılaşma yönelen bilim insanları devlet çıkarları algısının, anlayışların ve normların dönüştürülme sürecini kolaylaştırdığı için yumuşak ve sert hukukun tamamlayıcılığını benimsemişlerdir. Kurumsalçı akılcı seçenek yaklaşımına göre ise devletler siyasi amaçlarına göre sert ya da yumuşak hukuku seçebilmektedir ve yumuşak hukuk sert hukukun maliyetlerinden ötürü başlangıçta elverişli olmaması nedeniyle tamamlayıcı özellik göstermektedir.²²

Yumuşak ve sert hukukun birlikte kullanılıp kullanılmayacağı ya da birbirlerine seçenek oluşturup oluşturamayacağı tartışmaları Avrupa Birliği örneğinde sıkça gündeme gelmektedir. AB çevre hukuku yumuşak hukukun sert hukukla birlikte kullanıldığı ve bu melezliğin oldukça iyi kotarıldığı alana en iyi örnek olarak sunulmaktadır.²³ Bununla birlikte Avrupa Birliği istihdam politikasında yumuşak hukuku seçmiştir, bunun sebebi ise 1990'ların ilk yarısında bu konuya ilişkin herhangi bir antlaşma yapılmamış olması olarak açıklanmıştır. Bazı durumlarda anlaşmalar bağlayıcı olmadığından karşı çıkan devletleri ikna etmek daha kolay olmaktadır.²⁴ Belirli alanlarda yeni bağlayıcı normlar tartışmaya gerek duyulmadan, açık ve güvenilir bir rehberlik sağlayabilecek olması yumuşak hukuku değerli kılan özelliklerden biri olarak gösterilmektedir.²⁵ Yumuşak hukuk denildiğinde akla gelen en önemli alanlardan biri olan uluslararası ticaret hukuku kapsamında Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) yumuşak hukukuna en çok gönderme yapan örgütlerden biridir. Yapısı ve işleyişinde yumuşak hukuku sert hukuka tamamlayıcı olarak ya da birbirlerine seçenek olarak sıklıkla kullanan örgüt yumuşak hukuk çerçevesindeki uygulamaları desteklemekte ve artırmayı amaçlamaktadır.²⁶

20 Gregory C. Shaffer and Mark A. Pollack, 'Hard Versus Soft Law in International Security' (2011) 52(4) Boston College Law Review 1147, 1167.

21 Richard L. Williamson Jr., 'Hard Law, Soft Law, and Non-Law in Multilateral Arms Control: Some Compliance Hypotheses' (2003) 4(1) 59, 67-68.

22 Gregory C. Shaffer and Mark A. Pollack, 'Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance' (2010) 9 (23) University of Minnesota Law School Legal Studies Research Paper Series 706, 722.

23 David M. Trubek and Louise G. Trubek, 'Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination' (2005) 11(3) European Law Journal 343, 362.

24 Armin Schäfer, 'Resolving Deadlock: Why International Organisations Introduce Soft Law' (2006) 12(2) European Law Journal 194, 207, 208.

25 Betts (n 3) 13.

26 Mitsuo Matsushita, 'A View on Future Roles of The WTO: Should There be More Soft Law in The WTO?' (2014) 17

Bu doğrultuda yumuşak hukuk yalnızca ahlaki ve/veya siyasi yükümlülük doğurur anlayışının yanılıcı olacağı çünkü yumuşak hukukun siyasi ve ahlaki olanlarla birlikte doğrudan ya da dolaylı yasal etkileri olabileceği belirtilmektedir. Yumuşak hukukun yapılageliş hukuku kuralı başlatabileceği ya da onun kanıtı olabileceği bu bağlamda oldukça önemli bir özelliği olarak sunulmaktadır.²⁷ Yumuşak hukuk belirli olaylarla devlet uygulaması desteği olduğunda yapılageliş yaratan belgeler olarak nitelendirilebilmektedir.²⁸

Yumuşak hukukun yumuşak hukuku benimseyen örgütler ilişkin bağlayıcı etkisi konuyla bağlantılı olarak önem taşımaktadır. Yumuşak hukuk, Genel Kurul örneğinde olduğu gibi örgütün üyelerini bağlamamakta ancak örgütü iç işlemlerinde aldığı karara uyumlu davranma konusunda bağlamaktadır. Bununla birlikte yumuşak hukuk var olan *opinio juris*'e ve devlet davranışlarına karşı bir normsa kendisi yasallık kazanarak daha önceki bir normun yasal statüsünü ya da bağlayıcı etkisini değiştirebilmektedir. Bir diğeri bununla bağlantılı olarak yapılageliş kuralı açısından manevi ögede kendisini göstermektedir. Yumuşak hukuk psikolojik etkiyi sağlamaya destek olabilmektedir.²⁹ Yumuşak hukuk bütünüyle kapsamaya yeterli olmasa da davranış kuralları kapsamında değerlendirilmeye de uygun bir kavram olarak görülmektedir. Birçok davranış kuralı, özellikle uluslararası örgütler tarafından belirlenenler bu kapsamdadır. Zamanla bu davranış kurallarının da yumuşaktan serte dönüşebileceği bu bağlamda bunun hukukun belirginleşmesi için bir sıçrama tahtası olarak görülebileceği belirtilmektedir.³⁰

Yumuşak hukuku uluslararası hukukun bütünüyle dışına iten yaklaşım, uluslararası hukukun devletler üzerindeki etkisinin azalacağı endişesi taşımaktadır.³¹ Olgucu yaklaşımlar, yumuşak hukuku sert hukuku yumuşattığı gerekçesiyle dışlayan ve kötileyen bir tavır sergilemektedir. Bu yaklaşımın terkedilmesi gerektiğini savunanlar yumuşak hukukun, kuralların anlaşılması, biçimlendirilmesi ve yorumlanmasında fayda sağladığını belirtmektedir. Yumuşak hukuk uluslararası sistemin karmaşık doğasıyla uyumlu bir kavram olarak da görülmektedir. Buna göre yumuşak hukuk yadsınamaz biçimde yeni bir biçim olarak yasal sistemde yer bulmaktadır.³² Yumuşak hukuk tartışmalarına hız kazandıran örneklerin artışı bu savı desteklemektedir.

Journal of International Economic Law 701, 715.

27 Olsson (n 7) 193.

28 Dinah L. Shelton, 'Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity' (Thomson Gale, 2005) 567; Finn Seyersted, *Common Law of International Organizations* (Nijhoff 2008) 220.

29 Tadensz Grnchalla-Wesierski, 'A Framework for "Understanding Soft Law"' (1984) 30 McGill Law Journal 37, 52-57.

30 Helen Keller, 'Codes of Conduct and their Implementation: the Question of Legitimacy' in Rüdiger Wolfrum and Volker Röben (eds) *Legitimacy in International Law* (Max-Planck Institut, Springer 2008) 249, 295.

31 Matthias Goldmann, 'We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law' (2012) 25(2) Leiden Journal of International Law 335, 344.

32 Ulrich Fastenrath, 'Relative Normativity in International Law' (1993) 4(1) European Journal of International Law 324, 339.

III. TARİHSEL SÜREÇTE BM İŞ DÜNYASI VE İNSAN HAKLARI REHBER İLKELERİ

A. BM KÜRESEL İLKELERİ (UN GLOBAL COMPACT)

BM Küresel İlkeleri (UN Global Compact) şirketlere insan hakları, çalışma standartları, çevre ve yolsuzlukla mücadele konularında evrensel ilkeler çerçevesinde hareket edilmesi üzerine çağrıda bulunan kurumsal sürdürülebilirlik girişimi olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda hazırlanan 10 ilke şirketlere söz konusu alanlarda yol gösterici bir nitelik taşımaktadır.³³ Küresel İlkeler'in şirketlerin davranışları üzerinde denetleyici, değerlendirici ya da zorlayıcı bir araç olarak görülmemesi gerektiği vurgulanmakta ve bunun yerine şirketlerin yararı doğrultusunda ve ilkeler rehberliğinde şeffaflık ve hesap verebilirlik gibi ilkelerle hareket edilmesinin teşvik edildiği belirtilmektedir. BM bünyesinde çekirdeğini oluşturan İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Kalkınma Programı, Çevre Programı gibi yapılarla birlikte devletler, iş gücü, sivil toplum örgütleri gibi ilişkili tüm sosyal aktörlerle birlikte hareket eden bir ağ olarak görülmektedir. Küresel İlkeler'e dahil olunmasıyla sürdürülebilir ve kapsayıcı bir küresel ekonominin parçası olunabileceği, küreselleşmeyle birlikte gelen sorunlara hızlı çözümler üretilmesinden ve risklerin değerlendirilmesinden yararlanılabileceği, geniş bir bilgi ağının paylaşılabilmesi, deneyimlerin aktarılabilmesi ve işbirlikleriyle teknik faydalar sağlanabileceği değerlendirilmektedir.³⁴

Söz konusu ilkelerin uygulanmasına yönelik soru ve kaygılara yönelik adımlar da atılmıştır. Farklı ülke ve şirket örnekleriyle uygulamada karşılaşılabilecek zorluklara ilişkin kılavuzlar geliştirilmiştir. İnsan haklarına saygılı olmak konusunda tüm şirketlere sorumluluk yükleyen ve insan hakları politikaları yayımlamaya teşvik eden ilkeler hakkında detaylı tartışmalar yürütmek önemsenmiştir. Kılavuzda İlkeler'de yer alan kavramların şirketler için uygulamada ne anlam taşıdığı, şirketlerin bu süreçte kendilerine yöneltebilecekleri sorular, dikkat edilmesi gereken ve tartışmalı konulara değinilmiştir.³⁵

İlkeler belirtilen konularda dört başlık altında sunulmuştur. İlk iki ilke insan haklarına ayrılmıştır. İlk ilkeye göre iş dünyası, ilan edilmiş insan haklarını desteklemeli ve haklara saygı duymalıdır. Bu kapsamda oluşabilecek olumsuz etkilerini de dikkate almalı ve önlemeli, etkilerini hafifletmeye çalışmalıdır. Zarar vermemenin ötesinde insan haklarını desteklemek için etkin bir biçimde eyleme geçilmelidir. Bu eylemler olumlu katkı sunmak adına atılan gönüllü eylemler olarak sınıflandırılmıştır. İnsan haklarını koruma, uygulama ve bu haklara saygı duyma devletlerin birincil sorumluluğundadır, diğer örgütlenmeler ve bireylerin bu konuda tamamlayıcı bir rolü bulunmaktadır. İş dünyası aktörlerinin bu konuda neler yapabileceği konusunda da yönlendirici olunmuştur. Öncelikle şirketler olumlu ve olumsuz biçimde insan haklarına yönelik olası etkilerinin farkında olmalıdır. Bununla birlikte temel alacakları belgeler, insan hakları evrensel beyanname,

33 United Nations Global Compact, 'What is the UN Global Compact' <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission>> accessed 05 July 2021; Ayrıca bkznz: UN Global Compact Network Türkiye, 'Hakkımızda', <https://www.globalcompactturkiye.org/un-global-compact/> Erişim Tarihi: 05 Temmuz 2021.

34 UN Global Compact Office, 'The Global Compact Brochure' (United Nations 2004).

35 Shift, Oxfam and Global Compact Network Hollanda, 'İnsan Haklarına Saygılı İş Yapma: Şirketlere Yönelik Kılavuz' (2016).

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi ve Human Rights Translated gibi uluslararası insan haklarını iş dünyası penceresinden inceleyen rehber ilkeler olarak sıralanmıştır.³⁶ Nadir olasılıkla iç hukukun doğrudan uluslararası standartlarla çatışması durumunda aktörler uluslararası biçimde tanınmış insan hakları ilkelerine saygılı hareket etmenin yollarını aramalıdır.³⁷ Şirketlerin insan haklarını koruma sorumluluğu devletlerin yükümlülüklerinden ayrı olarak değerlendirilmiştir, şirketler bu konuda zayıf ya da güçlü devletler içinde var olsalar da bu sorumluluklarını sürdürürler.³⁸

Şirketler insan hakları etkileşiminin kapsamını, olası olumsuz etkilerini belirlerken üç etken üzerinden hareket etmelidirler. Bunlardan ilki iş sahasının bulunduğu ülkeyi ve yerel şartları herhangi bir insan hakları konusunda karşılaşılabilecek zorluklar açısından değerlendirmektir. İkinci olarak şirketler uygulamalarının doğrudan dolaylı biçimde insan hakları ihlallerine yol açıp açmadığını ya da olumsuz bir etkisinin olup olmadığını değerlendirmelidir. Üçüncü olarak ise şirketlerin devletle, iş ortaklarıyla, üreticiler ve diğer devlet dışı aktörlerle olan ilişkileri bir insan hakları ihlaline neden olma olasılıkları üzerinden çözümlenmelidir.³⁹

Şirketler insan haklarına saygı sorumluluklarını yerine getireceklerini bildiren belgeler üretmeli ve ilgili organlarınca bu belgeleri onaylamalıdır. Söz konusu belgeler bu sorumluluğun nasıl yerine getirileceğine ilişkin bir yol haritası sunmalıdır. Bu konuda şirketlere yardımcı olmak adına bir rehber de sunulmuştur.⁴⁰ Şirketler alınabilecek önlemler konusunda da hazırlık yapmalı, etki değerlendirmesinden sonra eyleme geçtikten sonra da performansını izlemeli, raporlamalıdır. Yasal süreçlere dâhil olma konusunda da etkin rol oynamalıdır. Şirket içinde ve dışında insan haklarını teşvik edici eylemler üzerine düşünülmalıdır.⁴¹

İkinci ilkeye göre iş dünyası, insan hakları ihlallerine suç ortaklığı yapmadığından emin olmalıdır. Bu suç ortaklığı, diğer işletmelerin, hükümet veya bireylerin yol açtığı insan hakları ihlallerine dâhil olmak olarak tanımlanmıştır. Bu suç ortaklığının genellikle iki ögeden oluştuğu belirtilmiştir. Birincisi şirket ya da şirketi temsil eden birinin eylem ya da eylemsizliği sonucu bir başkasını bu konuda yüreklendirme, meşrulaştırma gibi eylemler de dâhil olmak üzere bir insan hakkı ihlali

36 'Universal Declaration of Human Rights, General Assembly resolution 217 A (III) of 10 December 1948' (OHCHR) <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf>> ; 'ILO Conventions and Recommendations' (ILO) <<http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang—en/index.htm>> accessed 10 July 2021; 'Human Rights Translated: A business Reference Guide' (Castan Centre for Human Rights Law, International Business Leaders Forum and Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights 2008).

37 UN Global Compact, Annie Golden Bersagel, "Meeting the Responsibility to Respect in Situations of Conflicting Legal Requirements", A Good Practice Note endorsed by the United Nations Global Compact Human Rights Working Group on 13 June 2011.

38 UN Global Compact, "Guidance on Responsible Business in Conflict-Affected and High-Risk Areas: A Resource for Companies and Investors", UN Global Compact Office-PRI Publication, 2010.

39 ibid.

40 UN Global Compact and OCHR, 'A Guide for Business: How to Develop a Human Rights Policy', (United Nations Global Compact Office and Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2015)

41 'The Ten Principles of the UN Global Compact, Principle One: Human Rights' (UN Global Compact) <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-1>> accessed 02 August 2021.

gerçekleştirmesine yardımcı olmasıdır. İkincisi ise şirketin, eyleminin veya ihmalinin bu tür bir yardımı sağlayabileceğine dair bilgiye sahip olmasıdır. Suçlamalar, doğrudan, fayda sağlayan ve sessiz suç ortaklığı kapsamında gerçekleşebilecektir.⁴² Söz konusu ağ BM bünyesinde konunun etkin kılınması için önemli bir araçtır.

B. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER'DE İŞ DÜNYASI VE İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN KARARLARIN İNCELENMESİ

1999 yılında dönemin BM Genel Sekreteri Kofi Annan, Dünya Ekonomik Forumu çerçevesinde paylaşılan değerler ve ilkeleri değerlendirerek küresel ekonomiye yönelik küresel ilkeler oluşturmanın önemine vurgu yaparak ve daha önce yapılmış uluslararası düzenlemeler ve girişimlere göndermelerde bulunarak iş dünyası ve BM işbirliğinin düzenlenmesini gündeme getirmiştir.⁴³ Tasarlanan ilkeler kabul eden katılımcıların uygulamalarını raporlamalarını da öngören bir metin oluşturularak bir Genel Kurul kararıyla 2000 yılında resmîyet kazanmıştır. Genel Sekreter ilkelerin uygulanmasını ileriye götürecek bu gelişmenin tüm katılımcılar tarafından memnuniyetle karşılandığını dile getirmiştir.⁴⁴ BM bünyesinde oldukça dikkate alınan ve geliştirilmesi üzerine birçok tartışma yürütülen söz konusu ilkeler için BM Global Compact Ofisi BM sistemiyle tüm katılımcıların etkileşimini geliştirmekte, özel sektör ve yerel ağların sürece katılımları ve birçok alanda işbirlikleri desteklenmektedir.⁴⁵

BM'nin uluslararası alanda iş dünyasıyla etkileşiminin artmasını hedefleyen çalışmaları 2000'li yıllarda insan hakları çerçevesinde hız kazanmaya başlamıştır. 2002 yılında Sierra Leone'deki genel durumun değerlendirdiği bir Güvenlik Konseyi kararında, bölgedeki elmas üretim bölgeleri güvenlik ve çatışma kapsamında ele alınmıştır. Yasa dışı elmas ticaretinin bölgedeki çatışmaları tetiklediği belirtilmiş ve ilgili devletler, elmas endüstrisi ve özelde Dünya Elmas Konseyi anılarak bu yasa dışı ticaret ve silahlı çatışmaların bağının koparılmasındaki katkıları ve bu katkıların sürmesinin önemi dile getirilmiştir.⁴⁶ Aynı örnek çerçevesinde alınan bir diğer kararda endüstri ve sivil toplumun elmasların belgelenmesi üzerine kurulan sisteme katkıları bir kez daha olumlu karşılanmıştır. Kimberley Süreci olarak tanımlanan sistemle bu bölgelerdeki elmasların yasal bir biçimde ticaretini sağlamak adına bir denetleme işleyişi oluşturulmuştur. Bu işleyişin sürdürülmesi çatışmaların ve

42 'The Ten Principles of the UN Global Compact, Principle Two: Human Rights' (*UN Global Compact*) <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-2>> accessed 02 August 2021.

43 United Nations 'Secretary-General Proposes Global Compact on Human Rights, Labaour, Environment, in Address to World Economic Forum in Davos, Press Release' (1 February 1999) UN Doc SG/SM/6881 Başlangıçta dokuz ilke sayılırken 2004 tarihinde gerçekleşen Global Compact Zirvesi'nde Kofi Annan yolsuzlukla mücadeleye ilişkin 10. ilkenin ilkelerle dâhil edildiğini duyurmuştur. United Nations 'Global Compact Summit Concludes with Emphasis on Need to Fight Corruption, Global Compact Leaders Summit Press Release' (24 June 2004) UN Doc ECO/70

44 United Nations 'Transcript of Press Conference by Secretary-General Kofi Annan at Headquarters' (26 July 2000) UN Doc SG/SM/7496

45 United Nations General Assembly 'Towards global partnerships: a principle-based approach to enhanced cooperation between the United Nations and all relevant partners' (7 February 2014) UN Doc A/RES/68/234

46 United Nations Security Council Resolution 1446 (2002) (4 December 2002) UN Doc S/RES/1446

dolayısıyla insan hakları ihlallerinin engellenmesi üzerinde etki taşımaktadır.⁴⁷ Irak'taki insani yardım sürecinin değerlendirildiği kararlardan birinde ise tedarikçilerle sağlanacak iletişimin ve ulaşım sürecinin ihtiyaçların karşılanmasındaki önemine vurgu yapılmıştır.⁴⁸

BM Ekonomik ve Sosyal Konsey, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar başlığı altında ulus aşırı ticaret ortaklıkları ve diğer iş teşebbüslerinin insan hakları sorumlulukları üzerine bir takım normları paylaştığı bir karar yayımlamıştır. Temel insan hakları normları ve belgelerinden hareketle söz konusu yapılar toplumun bir organı olarak insan haklarının güvence altına alınmasında sorumlu olarak nitelenmiştir. İnsan haklarına ilişkin tüm uluslararası düzenlemelere yer verilmekle birlikte Küresel İlkeler'e de göndermede bulunulmuştur. Artan iş ve ortaklık ağının ulusal sınırların ötesine taşındığı belirtilmiş, bu yapıların olumlu biçimde geliştirebilecekleri ögeler kadar insan haklarına ilişkin olumsuz eylemlere yol açma kapasiteleri de mevcut görülmüştür. İnsan haklarının evrenselliğine vurgu yapılarak düzenlenen normlar; genel yükümlülükler, eşit fırsat ve ayrımcılığa maruz kalmama hakkı, güvenlik hakkı, işçi hakları, ulusal egemenliğe saygı ve insan hakları, tüketicinin ve çevrenin korunmasına ilişkin yükümlülükler, uygulamanın genel hükümleri ve tanımlamalar başlıklarıyla sıralanmıştır.⁴⁹

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, ulus aşırı ticaret ortaklıkları ve diğer iş teşebbüslerinin insan hakları sorumluluklarını ele aldığı kararı, 1995 yılında söz konusu ortaklık ve teşebbüslerin işleyişlerinin değerlendirilmesini öngören ve 1998'te bu temelden hareketle bir alt komisyon çalışma grubu oluşturulan kararlara göndermelerle başlamıştır. Kararda daha önce belirlenen normların uygulanmasına ilişkin önemli noktalara vurgu yapılmıştır. Bu doğrultuda çalışma grubunun tüm aktörlerle bilgi ve yorum alış verişinde bulunması normların uygulanmasına ilişkin soruların yanıtlanması ve sorunların giderilmesi önem taşımaktadır. BM yapılanması içerisinde bu sürece destek olabilecek işleyişlerin katkısı için de çağrıda bulunulmuştur.⁵⁰ Belgelerde süregiden biçimde ulus aşırı ticaret ortaklıkları ve diğer iş teşebbüslerinin insan hakları sorumluluğuna vurgu yapan ifadeler kullanılmaktadır.⁵¹ Bununla birlikte ulusal yasal düzenlemelerin, devletlerin rolünün artırılmasının, yöntem ve materyaller geliştirilmesinin, insan hakları sorumluluğunu yerine getirmede katkı sunacağı değerlendirilmektedir.⁵² İnsan haklarının ve temel özgürlüklerin korunmasında öncelikli sorumluluk ve yükümlülüğün devlete ait olduğu ifade edilerek söz konusu yapıların sorumluluğu da hemen ertesinde vurgulanmaktadır. İşlevsiz ulusal yasal düzenlemelerin küreselleşmenin olumsuz etkileriyle baş etmede yetersiz olacağı, bu olumsuz etkileri azaltamayacağı, ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeyde var olan boşlukların giderilmesi gerektiği belirtilmektedir. Devletlerin ulus aşırı

47 UNSC Resolution 1459 (2003) (28 January 2003) UN Doc S/RES/1459

48 UNSC Resolution 1472 (2003) (28 March 2003) UN Doc S/RES/1472

49 United Nations Economic and Social Council 'Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights' (26 August 2003) UN Doc E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2

50 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) 'Responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights' (2003) UN Doc E/CN.4/Sub.2/RES/2003/16.

51 OHCHR 'Responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights' (22 April 2004) UN Doc E/CN.4/DEC/2004/116

52 OHCHR 'Human rights and transnational corporations and other business enterprises-Human Rights Resolution' (20 April 2005) UN Doc E/CN.4/RES/2005/69

ticaret ortaklıklarının ve diğer iş teşebbüslerinin yol açtığı ya da dâhil olduğu insan hakları ihlallerinin önüne geçilmesinde yükümlülüğü bulunduğu, ortaklaşa bir sorumluluğun var olması gerektiği ve etkin yasal başvuru yollarının önemi dile getirilmektedir. Bunlar çizilen çerçevenin “koru, saygı duy ve telafi et” olarak belirlenen üç sütununu oluşturmaktadır. Konuya ilişkin BM özel temsilciliğinin yetkisinin genişletilmesine karar verilerek temsilcilikten çalışmalarında cinsiyet temelli bir bakış açısı geliştirmesi, hassas gruplara mensup olan insanlara, özellikle çocuklara özel önem atfedilmesi, ilgili tüm kurum kuruluşlarla iş birliği halinde olması, İnsan Hakları Konseyi ve Genel Kurul'a yıllık raporlar sunması talep edilmiştir.⁵³ Bu tarihsel zemin, ilgili aktörleri yönlendirecek kapsamlı bir düzenleme arayışının bir sonucu olarak oluşmuştur.

C. BM İŞ DÜNYASI VE İNSAN HAKLARI REHBER İLKELERİ (UNGPS)

İnsan Hakları ve Ulus aşırı Ticaret Ortaklıkları ve diğer İş Teşebbüsleri Özel Temsilcisi John Ruggie 2005 ve 2011 yılları arasında gerçekleştirdiği çalışmalarla bir nihai rapor ortaya koymuştur. BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (UNGPs) olarak başlıklandırılan rapor BM'nin “koru, saygı duy, telafi et” çerçevesinin uygulanması olarak detaylandırılmıştır. Raporda, insan hakları ve iş dünyası etkileşimine yönelik ilginin 1990'larda özel sektörün dramatik biçimde artış göstermesi ve ulus aşırı ekonomik faaliyetlerin hız kazanmasıyla bir sosyal farkındalıkla söz konusu olduğu böylelikle BM'nin gündemine de girdiği belirtilmiştir. BM bünyesindeki önceki girişimlerin daha genelleyci bir işlevi olduğu bununla birlikte devletlerin desteğinden yoksun biçimde iş dünyası ve insan hakları savunucuları arasında bir bölünmeye ve tartışmalara yol açtığı ifade edilerek bu konuda özel bir birim oluşturulmuş olması yeni bir sürecin başlangıcı olarak görülmüştür. 2008'de belirtilen üç sütunun önemine tekrar vurgu yapılmış, bu tarihteki yetki genişlemesi ve çerçevenin uygulanabilir kılınması talebi doğrultusunda ilkelerin şekillendiği belirtilmiştir. İlkeler yalnızca uygulamalı bir rehberlik sağlamakta var olan uygulamalarla iletişim halinde süreç odaklı bir rehberlik sunmaktadır. İlkelerin normatif katkısı yeni uluslararası hukuk yükümlülükleri getirmemekle birlikte var olan standart ve uygulamaların geliştirilmesinde önemli rol oynamaktadır. Alandaki geniş ağ düşünüldüğünde her bir aktöre uygulanacak bir çözüm aracı olarak görülmesi mümkün görünmemektedir bununla birlikte sağlanacak işbirliği önemli katkılar sunacaktır. İlkeler üç başlıkta ifade edilerek sonrasında detaylandırılmıştır. Bu başlıklar insan haklarının korunmasında devlet sorumluluğu, insan haklarına saygıda kurumsal sorumluluk ve yasal yollara erişimdir.⁵⁴

Ertesinde konuya özel bir çalışma grubuyla birlikte bu grubun rehberliğinde İş Dünyası ve İnsan Hakları Forumu kurulmasına karar verilmiş, ilkelerin uygulamasının kolaylaştırılması, iyileştirilmesi ve sürdürülmesi hedeflenmiştir.⁵⁵ Sonraki süreçte bu hedefler yerine getirilirken oluşabilecek

53 United Nations Human Rights Council (UNHRC), 'Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises' (18 June 2008) UN Doc A/HRC/RES/8/7

54 UNHRC 'Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework' (21 March 2011) UN Doc A/HRC/17/31

55 UNHRC 'Human rights and transnational corporations and other business enterprises' (06 July 2011) UN Doc A/HRC/RES/17/4

aksaklıklar üzerine tartışılmış, ilkeler oluşturulurken BM sisteminin katkısının bir bütün olarak ele alınması olumlu karşılanmış, eşgüdüm halinde stratejik bir yaklaşıma duyulan ihtiyacın altı çizilmiş, Küresel İlkeler ağının bu ilkelerin uygulanmasında önemli katkıları olacağı değerlendirilmiştir.⁵⁶ Rehber İlkeler'e kaynaklık eden Ruggie sürecinin paydaşları plana dâhil eden yapısı BM'deki ilişkili girişimlerle desteklenmiş ve BM gündeminde de önemli yer bulmuştur. Özellikle forum paydaşlara, hükümetlere, iş dünyası ve sivil topluma yıllık gözden geçirme olanağı sunmuştur. Bilgi paylaşımının artması da forumu öne çıkararak özelliklerdendir.

Konu kapsamında ulus aşırı ticaret ortaklıkları ve diğer iş teşebbüslerinin faaliyetlerini uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde düzenleyen, uluslararası ve yasal bağlayıcılığı olan bir belge oluşturulabilmesi için hükümetler arası açık uçlu bir çalışma grubu kurulmasına karar verilmiştir. Yürütülecek tartışmalardan çıkan sonuçlarla, devletler ve ilgililerden toplanacak çıktılarla metnin olası ilkeleri, kapsamı ve ögelerinin belirlenmesi hedeflenmiştir.⁵⁷ Bir uluslararası antlaşma hedefini gözeten görüşler yumuşak hukuk tartışmalarının da önemli bir parçasını oluşturmaktadır.

Sivil toplumun ve hükümet dışı örgütlerin iş dünyasıyla bağlantılı insan hakları ihlalleri konusunda farkındalık oluşturulmasına katkı sunacağı değerlendirilmekte ilkelerin etkin biçimde uygulanmasında ulusal eylem planlarının oluşturulması teşvik edilmektedir. Mağdurların yasal yollara ulaşmasındaki engellerin giderilmesi için işbirliği halinde olunması gerekliliği vurgulanmıştır.⁵⁸ Hesap verebilirlik ve kanun yoluna erişim başlığıyla düzenlenen bir diğer kararda, tüm iş teşebbüslerine Küresel İlkelerde ve diğer uygulanabilir standartlarda da belirtilen insan haklarına saygı sorumluluklarını yerine getirme çağrısında bulunulmuştur. Bu standartlar hukukun üstünlüğüne saygıyı teşvik eden girişimlere etkin biçimde katkı sunma, yerel yasal süreçlerdeki iyi niyetin bir parçası olma ve şikâyetlere hızlı çözümler üretebilmek için etkin işleyişler geliştirme olarak örneklenmiştir.⁵⁹

Çalışma Grubunun görevlerini etkin bir biçimde yerine getirmesi için bölgesel ve uluslararası düzeyde tüm ilgili kuruluşlarla işbirliğinin önemine ve BM'nin tüm ilgili organlarıyla grubu desteklemesine vurgu yapılmıştır.⁶⁰ Devletlere de BM bünyesindeki tavsiyeleri göz önünde bulundurarak devlet temelli yargısal ya da yargısal olmayan işleyişlerin iyileştirilmesi konusunda ve iş dünyasının insan hakları ihlallerine karıştığı örneklerde hesap verebilirlik ve mağdurların yasal yollara erişiminin artırılması için ilgili hükümetler arası süreçlerle çalışma konusunda çağrıda bulunulmuştur.⁶¹

56 UNHRC 'Contribution of the United Nations system as a whole to the advancement of the business and human rights agenda and the dissemination and implementation of the Guiding Principles on Business and Human Rights' (16 October 2012) UN Doc A/HRC/RES/21/5

57 UNHRC 'Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights' (14 July 2014) UN Doc A/HRC/RES/26/9

58 UNHRC 'Human rights and transnational corporations and other business enterprises' (15 July 2014) UN Doc A/HRC/RES/26/22

59 UNHRC 'Business and human rights: improving accountability and access to remedy' (15 July 2016) UN Doc A/HRC/RES/32/10

60 UNHRC 'Business and human rights: mandate of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises' (14 July 2017) UN Doc A/HRC/RES/35/7

61 UNHRC 'Business and human rights: improving accountability and access to remedy' (18 July 2018) UN Doc A/HRC/RES/38/13

D. COVID 19 KRİZİNDE BM İŞ DÜNYASI VE İNSAN HAKLARI REHBER İLKELERİ'NİN ETKİNLİĞİ

Küresel İlkeler'in COVID 19 salgını gibi küresel krizler kapsamındaki ilişkisi ve devletlerin kriz ve iyileşme dönemi süresince sorumlu iş politikalarına olan ihtiyacı tanınarak, BM İş Dünyası ve Rehber İlkeleri'nin, bugüne dek verilen tavsiyelerin ve çalışma grubu gibi işleyişlerin bu süreçte de etkin biçimde uygulanmaya devam etmesi gerekliliği vurgulanmıştır.⁶² COVID 19 bugüne dek iş hayatı ve insan hakları etkileşiminde atılmış adımları ve geliştirilen ilkeleri dönüşüme uğratmıştır. Bu durumun bir kriz yaratması kabullenilmekle birlikte bir fırsata dönüştürülebileceği de vurgulanmaktadır. İnsan haklarını odak noktasına alan yaklaşımlarla iş dünyasının var olan düzenlemeleri, boşlukları ve yetersizlikleri yeniden gözden geçirerek işbirlikleri geliştirmeleri önerilmektedir.⁶³

COVID 19'a devletler ve iş dünyası tarafından verilecek karşılığın mevcut insan hakları standartları çerçevesinde verilmesi önem taşımaktadır. Bu doğrultuda BM Rehber İlkeleri'ne uyum gösterilmesinin önemi gündeme gelmiştir. Salgının öngörülemeyen yanlarıyla birlikte, sürecin devam ediyor oluşu ve birçok farklı şekilde krizlere neden oluyor olması verilen karşılıkları da karmaşıktır. Bu doğrultuda BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin daha önce "insan haklarının korunmasında devlet sorumluluğu, insan haklarına saygıda kurumsal sorumluluk ve yasal yollara erişim" olarak belirtilen üç sütunu kapsamında ve "koru, saygı duy ve telafi et" çerçevesinde bu önemli kriz için bazı önerilerde bulunulmuştur.

İnsan haklarının korunmasında devlet sorumluluğunu içeren ilk sütunda devletler COVID 19'un ekonomik etkisini hafifletmek için alınan önlemler doğrultusunda, özellikle en güvencesiz ve savunmasız durumlarda çalışanların korunmasını odak noktası olarak belirlemelidir. Devletler bu kriz yönetilirken ticari kuruluşların insan haklarına saygı duymasını zorunlu hale getirmek ve uygulamak adına yasal ve siyasi önlemlerin akılcı bir karışımını yürütmelidir. İkinci sütunda yer alan insan haklarına saygıda kurumsal sorumluluk başlığıyla kriz süreci ilişkilendirildiğinde, devletlerin insan haklarına saygı yükümlülüklerini yerine getirmelerinin yanında tüm şirketlerin ekonomik zorluklar ve toplum sağlığı krizleri süresince bu konuda sorumlu olduğu vurgulanmıştır. Yasal yollara erişim olarak ifade edilen üçüncü sütunda ise COVID 19 sürecinin başından beri haksız işten çıkarma, uygun olmayan koşullarda çalıştırılma gibi konular gündeme gelmektedir. Bu gibi durumlarda uluslararası insan hakları hukuku ve Rehber İlkeler oldukça açıktır, bu ihlallerden etkilenenler mutlaka etkin bir yasal sürece erişmelidir. Kriz zamanlarında bu sütun daha fazla önem taşımaktadır. Uygun şikâyet mekanizmaları işletilmelidir. Söz konusu mekanizmalar çevrim içi seçeneklere imkân tanıyacak biçimde düzenlenmeli, salgın süresince ortaya çıkabilecek durumları da kapsamına almalıdır.⁶⁴

62 UNHRC 'Business and human rights: the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, and improving accountability and access to remedy' (23 July 2020) UN Doc A/HRC/RES/44/15

63 International Organisation of Employers (IOE), '#UNGPsPlus10, Achievements, challenges, and the way forward in the uptake and implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights' (European Union February 2021).

64 OHCHR 'Human Rights at the Heart of Response, Business and Human Rights in times of COVID-19' (October 2020)

10 ilkenin benimsenmesi COVID 19'un yol açtığı zorlu koşulların, hasarların ve değişimin sonuçlarının iyileştirilmesi için oldukça temel bir kaynak olarak görülmekte ve sıklıkla dile getirilmektedir. İş dünyasının bu süreçteki dönüştürücü rolü vurgulanmakta Küresel İlkeler ağının bu doğrultuda önemli bir bağlantı oluşturduğuna dikkat çekilmektedir.⁶⁵ Bu kapsamda Küresel İlkeler, BM COVID 19 Response'un bir parçası olarak #UnitingBusiness rehberlik ve destek ağını geliştirmiştir. İş dünyası liderlerine COVID 19 salgınından etkilenen çalışanları, toplulukları ve şirketleri desteklemek ve şirketlere rehberlik ve destek sağlamak için çağrıda bulunulmuştur. COVID 19'un sürdürülebilirlik üzerindeki etkilerini çözümlenmek adına, cinsiyet eşitliği, iklim, temiz iş, sürdürülebilir finans, insan hakları, okyanus, yolsuzlukla mücadele, su yönetimi başlıkları belirlenmiş ve şirketlere bu başlıklar altında kolaylaştırıcı yönergelerle birlikte bilgilendirici görsel kaynaklar sunulmuştur.⁶⁶ Krize karşı yürütülen bu işleyiş sırasında Rehber İlkeleri'nin uygulanması, var olan haliyle etkinliğini sürdürmesi ve bağlayıcı bir metinle varlık göstermesi konusundaki tartışmaları güçlendirmiştir.

IV. YUMUŞAK HUKUK TARTIŞMALARI ÇERÇEVESİNDE BM İŞ DÜNYASI VE İNSAN HAKLARI REHBER İLKELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ulus aşırı ticari ortaklıklar için bağlayıcı metinler üretme girişimi 1970'lere dayanmaktadır. Bu ilk girişimlerde insan hakları konusu yer bulmamıştır. Yumuşak hukuk yaklaşımlarının devreye girişiyle girişimler hız kazanmış önceki bölümlerde çerçevesi çizilen Küresel İlkeler ile birlikte iş dünyası ve insan hakları etkileşimi önemli bir noktaya ulaşmıştır. Ruggie'nin Komisyon'a sunduğu rapor ve bunun neticesinde ortaya çıkan Rehber İlkeler tartışmaların odağını oluşturmaktadır. Ruggie insan haklarının korunması konusunda mevcut boşluklara işaret ederken iyileştirmenin uluslararası hukuk çerçevesinde olabileceğine de değinmektedir. Devletler ve şirketler arasındaki ayrışma, şirketlerin uluslararası hukuk düzenlemelerine tabi olmasını gerekli kılar gibi görünse de yasal yaptırım ve siyasi uygunluk konusundaki sorular yanıtlanamamaktadır. Bireysel yükümlülük anlayışı da süreci zorlaştırmaktadır. Küresel yönetimdeki dengesizlikler tüm aktörleri kapsayan daha geniş bir bakış açısıyla ele alınmalıdır. Bu tartışma yasal alanın ötesine taşmaktadır ancak ondan bağımsız ele alınmayacaktır.⁶⁷ İnsan hakları ve iş dünyasının birbirinden farklı olarak gelişen alanlar olması ve bir arada anıldıkları oldukça az kesişim noktasına sahip olmaları birbirlerine uyum sürecini zorlaştıran öğeler olarak görülmektedir. BM Küresel İlkeleri'yle birlikte gelişen algıyla birlikte her ne kadar zorlayıcılık işleyişinden yoksunluk gibi önemli zorluklarla karşılaşılsa da iki alanın yadsınamaz bir uyumlaştırma gelişimi gösterdiği görüşler arasındadır.⁶⁸

UN Doc <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/BusinessAndHR-COVID19.pdf> accessed 25 August 2021.

65 UN Global Compact, 'UN Global Compact Strategy 2021-2023' (19 January 2021) <https://unge-communications-assets.s3.amazonaws.com/docs/about_the_gc/UN-GLOBAL-COMPACT-STRATEGY-2021-2023.pdf> accessed 20 August 2021.

66 UN Global Compact, '#UnitingBusiness to Respond to COVID 19' <<https://www.unglobalcompact.org/take-action/20th-anniversary-campaign/uniting-business-to-tackle-covid-19>> accessed 21 August 2021.

67 John Gerard Ruggie, 'Business and Human Rights: The Evolving International Agenda' (2007) 101(4) The American Journal of International Law 819, 838-840.

68 Michael K. Addo, 'Is Business and Human Rights Suitable for the Compliance Function?' (7 January 2020) The University of Chicago Law Review Online <<https://lawreviewblog.uchicago.edu/2020/01/07/is-business-and-human->

Yumuşak ve sert hukuk tartışmaları kapsamında görüşler, İlkeler'in yumuşak hukuk çerçevesinde kaldığı sürece yerinde sayacağı ya da oldukça küçük adımlar atılabileceğini, ancak bir antlaşmayla söz konusu hedeflere ulaşılabileceğini savunanlar ve ilkelerin olumlu etkisine vurgu yaparak, bir antlaşmanın görüşmelerinin dahi yıllarca sürebileceğini ve çoğunluk sağlanamayabileceğini ve hedeflenen odaklardan uzaklaşabileceğini savunanlar arasında bölünmektedir.⁶⁹ Küresel İlkeler gibi gönüllü girişimlerin bağlayıcılıktan yoksun oluşunun birçok açıdan telafi edebileceğini öngören görüş, girişimin bir havuç-sopa yöntemine sahip olmasını örneklemiştir. Havuç gönüllülük ve taraflar için esnekliği temsil ederken sopa, uyum göstermeyen şirketlerin itibarını zedeleyen yaptırımları içermektedir. Sürecin yumuşak hukukla başlatılması kimseyi dışlamayan geniş oranda bir katılımın söz konusu olmasını sağlamaktadır, bu görüşe göre şirketler yolun başında sert hukuk içeren bir bağlayıcılık istememektedir.⁷⁰ Yumuşak hukuk düzenlemeleriyle yakalanan canlılığın sert hukuka dönüşüm söz konusu olduğunda kaybedilebileceğini öngören görüşler de bulunmaktadır. Farklı paydaş gruplarının yasal sınırlar, temel kavramların tanımlanması, kesinlik ve esneklik dengesi gibi konularda farklı görüşlere sahip olmasının bu dönüşümü zorlaştıracığı düşünülmektedir.⁷¹

Rehber İlkeler'in yasal boşluklarını doldurma girişimi, ilkelerin yumuşak hukuk niteliğine ilişkin şüpheler ve ilerleme kaydedilmediğine yönelik görüşlerle birleşerek bağlayıcı bir uluslararası antlaşma savunuculuğuna dönüşen bir hareket başlatmıştır. Bu hareket sınırları belli olan, öz ve uygulanabilir bir düzenlemeye olan ihtiyacı vurgulamaktadır.⁷² Yasal kesinliğin olması gerektiğini savunan görüşe göre yumuşak hukuk uygulamalarının artışı şirketlere güçlü haklar sağlayan, insan hakları yükümlülükleri getirmeyen ve de facto insan hakları ihlallerine yol açan bir yasal asimetriyle sonuçlanmaktadır.⁷³ Konuya ilişkin yapılacak bir antlaşmanın, ilgili aktörlerin uluslararası sistemdeki yerini, insan hakları sorumluluklarını, birbirleriyle olan ilişkilerini belirginleştirerek, devlet temelli hukuk ve kurumsal davranış kuralları arasında da birleştirici bir görev üstlenebileceği de düşünülmektedir.⁷⁴

rights-suitable-for-the-compliance-function-by-michael-k-addo/ > accessed 10 August 2021.

69 Doug Cassel, 'Does the World Need a Treaty on Business and Human Rights? Weighing the Pros and Cons' (Notre Dame Law School Notre Dame London Centre 14 May 2014). Konferans oturumunun tamamı Business and Human Rights Resource Centre youtube adresinde mevcuttur. <<https://www.youtube.com/watch?v=0Alq9dtbXI>> accessed 01 September 2021.

70 Roya Ghafele and Angus Mercer, 'Not Starting in Sixth Gear: An Assessment of the UN Global Compact's Use of Soft Law as a Global Governance Structure for Corporate Social Responsibility' (2011) 17(1) U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 41, 49-53; 59-60. Yazarlar girişim ve yumuşak hukuk ilişkisinin durumunu bir dağ bisikletçisine benzetmişlerdir. Yasallık izgesinde yumuşak hukuk ilk vitese, sert hukuk ise altıncı vitese karşılık gelmektedir. Yolculuk altıncı viteste başlayamayacaktır. Dağ bisikletçisinin yolculuğunda olduğu gibi birinci viteste, yumuşak hukukla başlayarak bu alanda gelişim gösterilebilecektir.

71 Kumaravel Guruparan and Jennifer Zerk, 'Influence of soft law grows in International governance' (Chatham House, The Royal Institute of International Affairs, 17 June 2021) <<https://www.chathamhouse.org/2021/06/influence-soft-law-grows-international-governance>> accessed 02 September 2021.

72 European Parliament, Directorate-General for External Policies, Policy Department, 'Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights' (February 2017) EP Doc EP/EXPO/B/COMMITTEE/FWC/2013-08/Lot8/09, doi:10.2861/29813

73 Julia Bialek, 'Evaluating the Zero Draft on a UN Treaty on Business and Human Rights: What Does it Regulate and how Likely is its Adoption by States?' (2019) (9) Goettingen Journal of International Law 501, 504-505.

74 Larry Cat 'a Backer, 'Moving Forward the UN Guiding Principles for Business and Human Rights: Between Enterprise

Antlaşmanın, devletlerin insan haklarını koruma sorumluluğunu mevcut çerçevede açıklığa kavuşturması ve güçlendirmesi, antlaşma doğrultusunda devletlerin ulusal eylem planlarıyla raporlama yapmasının sağlanması, iş ortaklıklarına yönelik insan hakları yükümlülüklerini zorunlu kılması ve süreci takip etmesi ve mağdurların yasal destek almasını garanti altına almak için işlevişler geliştirmesini şart koşan görüşler de mevcuttur. Bu konudaki herhangi bir yasal bağlayıcı metin bu ögelerin her birini içermelidir.⁷⁵ Ruggie, küresel sorunların küresel antlaşmalarla çözülmesi gerekliliğine olan yaygın kanının karmaşık ve tartışmalı konular için geçerli ve uygun olmadığını ifade etmektedir. İlkeler kural koyucu olarak değil insan haklarını desteklemek için bir sosyal alt yapı oluşturmak amacıyla geliştirilmiştir. Bununla birlikte ilkelerin koyduğu hedefler iç hukuklarda sert hukuk olarak düzenlenerek ileri taşınmaktadır. Bu gelişmeler bölgesel ve ulusal düzeyde sorunların tartışılmasına ve çözülmesine olanak tanıyacaktır. Ruggie'ye göre bu konuda yapılacak bir uluslararası antlaşmanın başarılı olması pek mümkün görünmemektedir.⁷⁶

Uluslararası bir antlaşmanın önündeki engellerden biri şirketlere atfedilecek insan hakları yükümlülüklerinin kapsamı konusunda uzlaşmaya varılmasının oldukça zor olması olarak görülmektedir. Bu görüşe göre, ilkelerde devletlerin insan haklarını koruma görevi ve iş dünyasının insan haklarına saygı göstermesi arasında yapılan belirgin ayırım farklı devlet yapılarıyla – örneğin uygun önlemleri alamayan bir ülkede bulunan bir şirketin bu boşlukları doldurup doldurmayacağı gibi sorularla – çeşitlilik gösterecektir.⁷⁷ İş Dünyası ve insan hakları konusundaki düzenlemeler tartışılırken tanımlamalar ve yasallık başlıca sorunlar olarak belirlenmektedir. İnsan hakları konusundaki kurumsal sorumluluğunun kapsamının ne olduğu ve nasıl uygulanacağı ile bu alanda yeterli bir yasal yönetim biçiminin onaylanabilmesinin nasıl mümkün olacağı temel sorular olarak sunulmaktadır. Yasallıkla ilgili soru işaretinin Ruggie'nin çalışmalarında da görüldüğü ileri sürülmüştür. Konuya ilişkin bir uluslararası antlaşma konusunda uzlaşma olmadığı ve buna ihtiyaç duyulduğu belirtilirken sivil toplum örgütlerinin antlaşma yapılması yönündeki baskısının etkili olabileceği de eklenmektedir.⁷⁸

Yumuşak hukuk ve sert hukuk ilişkisinin ele alındığı bölümden hareketle bir çözümleme yapıldığında Rehber İlkeler'e yönelik tartışmaların da yumuşak ve sert hukukun seçenek olarak görülmesi, tamamlayıcılığı ve karşıtlığı üzerinden yürütüldüğü görülmektedir. Söz konusu tamamlayıcılık daha çok bir kaynaştırma, birlikte kullanma şeklinde ifade edilmektedir.

Social Norm, State Domestic Legal Orders, and the Treaty Law That Might Bind Them All' (2015) 38(2) Fordham International Law Journal 457, 547, 541.

75 Oliver de Schutter, 'Towards a New Treaty on Business and Human Rights' (2015) 1 Business and Human Rights Journal 41, 43.

76 John G. Ruggie, 'Social Norms, Soft Law, Hard Law: The Evolution of Business and Human Rights', (The Castan Centre for Human Rights Law, Monash Business School and Global Compact Network Australia, Public Lecture, Docklands, 30 April 2019) <<https://www.monash.edu/law/research/centres/castancentre/public-events/events/2019/social-norms,-soft-law,-hard-law-the-evolution-of-business-and-human-rights>> accessed 02 September 2021. Konuşmanın tamamı "The Castan Centre for Human Rights Law" youtube hesabında yer almaktadır <<https://www.youtube.com/watch?v=VbAt2VjtBF4>> accessed 02 September 2021.

77 Ramona Elisabeta Cirlig, 'Business and human rights: from soft law to hard law?' (2016) 6(2) 228, 243-244.

78 Brigitte Hamm, 'The Struggle for Legitimacy in Business and Human Rights Regulation—a Consideration of the Processes Leading to the UN Guiding Principles and an International Treaty' (2021) Human Rights Review.

Yumuşak hukuk ve sert hukukun birbirlerine seçenek oluşturmak zorunda olmadıklarını savunan görüşler, amaç iş dünyasında insan haklarının korunması olduğunda bağlayıcı yükümlülüklerin şirketler tarafından kazançlı olmayacağını, bu iki alanı birleştiren girişimlerin temelde yumuşak hukuk doğasına sahip olsalar da sert hukuk öğeleriyle birlikte hareket ettiklerinde norm oluşturmakta etkili olabileceğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla yumuşak hukuk sertleşmeden, etkili dengeli bir sert hukuk karışımıyla uygulamada başarılı olabilecektir.⁷⁹ Şirketlerin daha katı bir düzenlemeden kaçınmak için yumuşak hukuku tercih ettikleri savına karşılık bazı yazarlar da bunun tam tersi biçimde yumuşak hukuk girişimlerinin zorlayıcı düzenlemeleri nedeniyle tercih edildiklerini ileri sürmüşlerdir.⁸⁰ Aynı zamanda Rehber İlkeler, sert hukuk gerekliliklerine uyum göstermek için yol gösterici bir araç olarak görülebilmektedir. Şirketler bu ilkeleri bir rehber olarak görüp riskleri ve önlemleri belirleyerek daha şeffaf düzenlemeler oluşturabileceklerdir.⁸¹

İş dünyası ve insan hakları alanlarında yumuşak hukuk ve sert hukuk tercihlerinin alandaki birçok aktör arasında da farklılık gösterebileceği tartışılması gereken bir diğer konu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu seçimlerin getirilerinin her zaman belirleyici olmayabileceği, bazı iş dünyası aktörlerinin rakiplerini göz önünde tutarak sert hukuk yaklaşımlarını benimseyebileceği, hükümet dışı örgütler ve bağlı iş kollarının yumuşak hukuku sert hukuka başlangıç olarak tercih edebileceği örneklenerek her aktör ve durum özelinde tercihlerde değişkenlik gösterebileceği çözümler arasında.⁸² Bununla birlikte bir antlaşma söz konusu olduğunda hangi insan haklarını ve şirketleri kapsayacağı, ev sahibi devletlerin, diğer devletlerdeki şirketlerinin eylemlerinden sorumlu tutulup tutulamayacağı, yaptırım öğelerinin neler olacağı gibi sorular belirsizliğini korumaktadır.⁸³

Ruggie ve Sherman, FIFA (Fédération Internationale de Football Association)'nın Rehber İlkeleri tanıyarak sözleşmeli ve tedarik zincirindeki ortakları için zorunlu tutacağına ilişkin duyuruyu örnekleyerek ilkelerin özel hukuk sözleşmeleri için bir insan hakları vurgusu getirdiğini belirtmiş, yeni *lex mercatoria* olarak ifade ederek, bu etkinin farklı alanlarda da sürebileceğini ileri sürmüşlerdir. Bu durumun sert hukuk ve yumuşak hukuk karışımı alanlarda sürece aşına olmayan uygulayıcılar tarafından zorlayıcı olabileceğini ve henüz yolun başında olduğunu ifade etseler de giderilmesi gereken boşluklar konusunda da olumlu görüş bildirmişlerdir.⁸⁴ Devlet kontrolünün ötesine taşan

79 Barnali Choudhury, 'Balancing Soft and Hard Law for Business and Human Rights' (2018) 67(4) International and Comparative Law Quarterly 961, 986.

80 Onna van den Broek, 'Soft Law Engagements and Hard Law Preferences: Comparing EU Lobbying Positions between UN Global Compact Signatory Firms and Other Interest Group Types' (2021) 23 Business and Politics 383, 405. Yazar gözlemleriyle desteklediği görüşünü David Vogel, 'Private global business regulation' (2008) 11 Annual Review of Political Science 261–82 künyeli çalışmaya atfen bir alternatif gerçeklik olarak ifade etmiştir.

81 Rae Lindsay, Anna Kirkpatrick and Jo En Low, 'Hardly Soft Law: The Modern Slavery Act 2015 and the Trend Towards Mandatory Reporting on Human Rights' (2017) 18(1) Business Law International 29, 50.

82 Kishanthi Parella, 'Hard and Soft Law Preferences in Business and Human Rights' (2020) 114 AJIL Unbound 168, 173.

83 Cassel, 'Does the World Need a Treaty on Business and Human Rights? Weighing the Pros and Cons' (n 75).

84 John Gerard Ruggie and John F. Sherman, 'Adding Human Rights Punch to the New Lex Mercatoria : The Impact of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights on Commercial Legal Practice' (2015) 6(3) Journal of International Dispute Settlement 455, 461; FIFA kararı için ayrıca bkz: FIFA EXECUTIVE COMMITTEE: FIFA Executive Committee sets presidential election for 26 February 2016 and fully supports roadmap for reform (FIFA, 20 Jul 2015) <<http://m.fifa.com/about-fifa/news/y=2015/m=7/news=fifaexecutive-committee-sets-presidential-election-for-26-february-20-2666448.html>> accessed 01 September 2021.

insan hakları ve iş dünyası etkileşimi, hükümetlerin Rehber İlkeler'i göz önünde bulundurarak bir sosyal norm yaratmasında da araç olarak görülmektedir. Kurumsal sosyal sorumluluğu ön plana çıkaran eylemlerin desteklenmesinin ekonomik ve siyasi fayda sağlayacak olmasının yanı sıra, bu yaklaşım devlet ve iş ortaklıkları ilişkileri de geliştirecektir.⁸⁵

Bu doğrultuda uluslararası sistemdeki uygulayıcı görüşleri de önem kazanmaktadır. İş dünyası avukatları insan hakları konusunda yumuşak ve sert hukuk düzenlemelerinin kafa karıştırıcı olabildiğini, şirketlerin sert hukuka dönüşebilecek yumuşak hukuk düzenlemelerine artan oranda uyum gösterdiklerini, bununla birlikte yumuşak hukuk uygulamalarının şirketleri yükümlülükten muaf kılmadığını ifade etmektedir. İnsan haklarına ilişkin yumuşak hukuk uygulamaları şirketler için yasal düzenlemelerden öte bir kültür ve anlayış meselesine dönüşmektedir.⁸⁶ Rehber İlkelerin uygulanması konusunda şirketlerle çalışan avukatlar öncelikli sorunun bağlayıcı olmayan ilkelere odaklanmanın gereği üzerine olduğunu belirtmektedir. Zamanla bu algının değiştiği, dünyanın birçok yerinde şirketlerin yasal olarak bağlayıcılığı olmasa da insan haklarını koruma ve iş dünyasını uyumlaştıran düzenlemelere yer verdikleri görülmektedir. Söz konusu yumuşak hukuk ilkeleri insan haklarına yüksek düzeyde ilgi göstermeyi gerektirmekte, şirketlerin insan hakları farkındalığını artırmakta, bu alandaki gelişmelere rehberlik etmekte ve insan hakları konularında şeffaflığı sağlamaktadır. Bununla birlikte şirketle ilişkili tüm aktörlerle etkileşimi artırmaktadır.⁸⁷

Özellikle iş dünyasında insan haklarının önemini öne çıkaran algı değişikliğine vurgu yapan alan avukatlar, uluslararası ve bölgesel mahkemelerde, kamuoyunda değişen bu algıyla birlikte yumuşak hukukun yükselişini (d)evrimsel olarak nitelemektedir. Bu değişim ve dönüşüm özellikle yatırım antlaşması davalarında görülmektedir. Bu konudaki uyuşmazlıkların çözümü işleyişlerinde de geleneksel olmayan seçeneklere olan eğilim atmaktadır.⁸⁸ Yasal kuruluşlar Rehber İlkeler'in uygulamadaki hukukla uyumlaştırılması konusunda rehberlik etme gayretinde olmuşlardır. Şirketlerin talepleri de bu doğrultuda artmıştır. Bu durum aynı zamanda yeni bir paradigma olarak da nitelenmiştir. Bu yeni eğilime karşılık hukuk şirketleri tarafından çok taraflı bu konuya ilişkin eğitim programları düzenlemek gibi değişime ayak uyduracak seçenekler de gündeme gelmektedir.⁸⁹ Uygulayıcıların var olan durumun kabulüyle çözüm arayışına girmesi yumuşak hukukun varlığını güçlendirmektedir.

85 Noura Barakat, 'The U.N. Guiding Principles: Beyond Soft Law' (2016) 12(3) Hastings Business Law Journal, 591, 613.

86 NautaDutilh, 'Soft Law, sometimes harder' (NautaDutilh International Law Firm) <<https://www.nautadutilh.com/en/our-stories/the-next-generation/soft-law>> accessed 03 September 2021.

87 Anna Triponel, 'When soft law is not so soft: The rapid legalisation of business and human rights' (Triponel Consulting, 14 October 2019) <<https://triponelconsulting.com/2019/10/14/when-soft-law-is-not-so-soft-the-rapid-legalisation-of-business-and-human-rights/>> accessed 03 September 2021.

88 Stéphane Brabant and Marco de Sousa and Caitlin Eaton, 'Business and Human Rights: A (R)evolution of the Law?' (Herbert Smith Freehills 2021) <<https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/business-and-human-rights-a-revolution-of-the-law>> accessed 03 September 2021. Makaledeki ifade Türkçe'ye (d)evrimsel olarak çevrilmiştir.

89 White & Case, 'Soft Law gets a hard look' (White&Case Legal Education, 24 March 2017) <<https://www.whitecase.com/publications/story/soft-law-gets-hard-look>> accessed 02 September 2021.

SONUÇ

İş ilişkili insan hakları ihlallerinin kapsamlı bir biçimde ele alınmasının önünü açan BM Küresel İlkeleri ile birlikte BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri, bir yumuşak hukuk örneği olarak uluslararası hukukta yumuşak hukuka yöneltilen olumlu olumsuz eleştirilerden payını almıştır. Yumuşak hukuk ve sert hukuk ilişkisinde yumuşak hukukun bir antlaşma ya da yapılageliş sonucunda sert hukuka dönüşmesi yoluyla tamamlayıcılık göstermesi, karşıt ögeler içererek birbirlerini dışlamaları ya da birbirleri yerine tercih edilmeleriyle seçenek oluşturmaları söz konusu olmaktadır. BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri örneğinde de yumuşak hukuka ilişkin tartışmalar bu kapsamda yürütülmüştür.

Bununla birlikte ilkelerin bağlayıcılığının olmaması, ilkelere uyum gösterilmediğinde, bir ihlal söz konusu olduğunda bir denetim işleyişi ya da öngörülen yasal bir yaptırımdan yoksun olması başlıca olumsuz eleştiriler arasında yer almaktadır. Yumuşak hukukun olumsuz yanlarına odaklanan eleştiriler, bir sert hukuk düzenlemesine ihtiyaç olduğunu belirterek bir uluslararası antlaşmanın yapılmasını savunmaktadır. Bu görüşler, ihlaller konusunda bir zorlayıcılık ögesinin bulunmamasının Rehber İlkeleri'ni zayıflattığı savıyla desteklenmektedir. Bu nedenle bu görüşlere göre Rehber İlkeleri sınırlı bir etkiye sahiptir ve ihlaller karşısında sorumlu tutma konusunda başarısızdır.

İncelenen düzenlemelerde devlet ve şirketlerin ayrı konumları, ortaklaşa sorumluluk kavramının belirsizliğini de beraberinde getirmiş iki aktör arasında bir ikilem olduğu yönündeki görüşleri güçlendirmiştir. Bir uluslararası antlaşma yapılmasının önündeki önemli engellerden biri bu karmaşık yapıdır. Rehber İlkeleri'nin sert hukuka dönüşmesinin gerekli olmadığını savunanlar tarafından öne çıkarılan en önemli sonuç insan hakları ve iş dünyası konusunda güçlü bir farkındalığın sağlanmış olmasıdır.

Genel olarak uluslararası hukuk özelde insan hakları hukuku ve iş dünyasıyla ilişkili alanlar açısından da oldukça önem taşıyan bu tartışmalarla birlikte çalışmada da COVID 19 süreciyle örneklendiği üzere güncelliğini koruyan konuların kesişim noktalarını artırdığı görülmektedir. Uluslararası alanda sınırları belirsizleşen konuların, tanım ve kapsam belirlemede zorluk yaşanan kavramların, devlet dışı aktörlerin varlık gösterdikleri alanların ve devlet temelli hukukun ötesine geçilmesi tartışmalarının artış göstermesiyle yumuşak hukuk ve sert hukuk ilişkisine ve bu ilişkinin kesişim noktalarında yer alan konulara dair daha çok çalışma yapılmasının gerektiği değerlendirilmektedir. Yumuşak hukuk tartışmaları çerçevesinde BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri örneği, yumuşak hukukun uluslararası hukuktaki zorlu konumunu göstermekle birlikte gelecekte de varlığını etkin bir biçimde sürdüreceğine işaret etmektedir.

KAYNAKÇA

Addo MK, 'Is Business and Human Rights Suitable for the Compliance Function?' (7 January 2020) The University of Chicago Law Review Online <<https://lawreviewblog.uchicago.edu/2020/01/07/is-business-and-human-rights-suitable-for-the-compliance-function-by-michael-k-addo/>> accessed 10 August 2021.

- Abbott KW and Duncan S, 'Hard and Soft Law in International Governance' (2000) 54 *International Organization* 421-456.
- Backer LC, 'Moving Forward the UN Guiding Principles for Business and Human Rights: Between Enterprise Social Norm, State Domestic Legal Orders, and the Treaty Law That Might Bind Them All' (2015) 38(2) *Fordham International Law Journal* 457-542.
- Barakat N, 'The U.N. Guiding Principles: Beyond Soft Law' (2016) 12(3) *Hastings Business Law Journal*, 591-613.
- Betts A, 'Towards a 'soft law' Framework for the Protection of Vulnerable Migrants' (2008) 13 (162) *New Issues in Refugee Research (Policy Development and Evaluation Service, United Nations High Commissioner for Refugees)* 1-26.
- Blutman L, 'In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law' (2010) 59 *International and Comparative Law Quarterly* 605-624.
- Bialek J, 'Evaluating the Zero Draft on a UN Treaty on Business and Human Rights: What Does it Regulate and how Likely is its Adoption by States?' (2019) (9) *Goettingen Journal of International Law* 501-536.
- Bodonsky D, *The Art and Craft of International Environmental Law* (Harvard University Press 2011).
- Boyle AE, 'Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law' (1999) 48(4) *International and Comparative Law Quarterly* 901-913.
- Boyle AE and Chinkin C, *The Making of International Law* (Oxford University Press 2007).
- Brabant S and Sousa M and Eaton C, 'Business and Human Rights: A (R)evolution of the Law?' (Herbert Smith Freehills 2021) <<https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/business-and-human-rights-a-revolution-of-the-law>> accessed 03 September 2021.
- Broek OV, 'Soft Law Engagements and Hard Law Preferences: Comparing EU Lobbying Positions between UN Global Compact Signatory Firms and Other Interest Group Types' (2021) 23 *Business and Politics* 383-405.
- Cassel D, 'Does the World Need a Treaty on Business and Human Rights? Weighing the Pros and Cons' (Notre Dame Law School Notre Dame London Centre 14 May 2014).
- Choudhury B, 'Balancing Soft and Hard Law for Business and Human Rights' (2018) 67(4) *International and Comparative Law Quarterly* 961-986.
- Cirlig RE, 'Business and human rights: from soft law to hard law?' (2016) 6(2) 228-246.
- European Parliament, Directorate-General for External Policies, Policy Department, 'Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights' (February 2017) EP Doc EP/EXPO/B/COMMITTEE/FWC/2013-08/Lot8/09, doi:10.2861/29813
- Fastenrath U, 'Relative Normativity in International Law' (1993) 4(1) *European Journal of International Law*, 324-339.
- Gabriel HD, 'The Advantages of International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL and The Hague Conference' (2009) 34(3) *Brooklyn Journal of International Law* 655-672.
- Ghafele R and Mercer A, 'Not Starting in Sixth Gear': An Assessment of the UN Global Compact's Use of Soft Law as a Global Governance Structure for Corporate Social Responsibility' (2011) 17(1) *U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y* 41-60.
- Goldmann M, 'We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law' (2012) 25 335-368.
- Grant JP and Barker JC, *Encyclopaedic Dictionary of International Law* (Oxford University Press 2009).
- Grnchalla-Wesierski T, 'A Framework for "Understanding Soft Law"' (1984) 30 *McGill Law Journal* 37-88.

- Guruparan K and Zerk J, 'Influence of soft law grows in International governance' (Chatham House, The Royal Institute of International Affairs, 17 June 2021) <<https://www.chathamhouse.org/2021/06/influence-soft-law-grows-international-governance>> accessed 02 September 2021.
- Guzman AT, 'The Design of International Agreements' (2005) 16(4) *The European Journal of International Law* 583-591.
- Hamm B, 'The Struggle for Legitimacy in Business and Human Rights Regulation—a Consideration of the Processes Leading to the UN Guiding Principles and an International Treaty' (2021) *Human Rights Review*.
- Hurwitz AG, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees* (Oxford University Press 2009).
- International Labour Organization, 'ILO Conventions and Recommendations' (ILO) <<http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang—en/index.htm>> accessed 10 July 2021
- International Organisation of Employers (IOE), '#UNGPsPlus10, Achievements, challenges, and the way forward in the uptake and implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights' (European Union February 2021).
- İlhami Alkan Olsson, 'Four Competing Approaches to International Soft Law' (2013) 58 *Scandinavian Studies in Law* 177-196.
- Keller H, 'Codes of Conduct and their Implementation: the Question of Legitimacy' in Rüdiger Wolfrum and Volker Röben (eds) *Legitimacy in International Law* (Max-Planck Institut, Springer 2008).
- Klabbers J, 'The Redundancy of Soft Law' (1996) 65(2) *Nordisk Journal of International Law* 167-182.
- Klabbers J, 'Reflections on Soft International Law in a Privatized World' in Jan Klabbers (ed), *Finnish Yearbook of International Law c. XVI* (Leiden: Koninklijke Brill NV 2008) 313-328.
- Lindsay R, Kirkpatrick A and Low JE, 'Hardly Soft Law: The Modern Slavery Act 2015 and the Trend Towards Mandatory Reporting on Human Rights' (2017) 18(1) *Business Law International* 29-50.
- Marochkin S and Khalafyan R, 'The Norms of International Soft Law in the Legal System of the Russian Federation' (2013) 6(2) *Journal of Politics and Law* 90-104.
- Matsushita M, 'A View on Future Roles of The WTO: Should There be More Soft Law in The WTO?' (2014) 17 *Journal of International Economic Law* 701-715.
- Meyer T, 'Soft Law as Delegation' (2009) 32 *Fordham Int'l L.J.* 888-940.
- NautaDutilh, 'Soft Law, sometimes harder' (NautaDutilh International Law Firm) <<https://www.nautadutilh.com/en/our-stories/the-next-generation/soft-law>> accessed 03 September 2021.
- Neuhold H, 'The Inadequacy of Law Making by International Treaties: Soft Law as an Alternative?' in Rüdiger Wolfrum and Volker Röben (eds) *Developments of International Law in Treaty Making* (Springer 2005).
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), 'Human Rights Translated: A business Reference Guide' (Castan Centre for Human Rights Law, International Business Leaders Forum and Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights 2008).
- OHCHR 'Responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights' (2003) UN Doc E/CN.4/Sub.2/RES/2003/16.
- OHCHR 'Responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights' (22 April 2004) UN Doc E/CN.4/DEC/2004/116
- OHCHR 'Human rights and transnational corporations and other business enterprises-Human Rights Resolution' (20 April 2005) UN Doc E/CN.4/RES/2005/69

- OHCHR 'Human Rights at the Heart of Response, Business and Human Rights in times of COVID-19' (October 2020) UN Doc <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/BusinessAndHR-COVID19.pdf> accessed 25 August 2021.
- Parella K, 'Hard and Soft Law Preferences in Business and Human Rights' (2020) 114 AJIL Unbound 168-173.
- Paulo S and Reisen H, 'Eastern Donors and Western Soft Law: Towards a DAC Donor Peer Review of China and India?' (2010) 25(5) Development Policy Review 535-552.
- Raustiala K, 'Form and Substance in International Agreements' (2005) 99(58) The American Journal of International Law 581-614.
- Robilant AD, 'Genealogies of Soft Law' (2006) 54(3) The American Journal of Comparative Law 499-554.
- Ruggie JG, 'Business and Human Rights: The Evolving International Agenda' (2007) 101(4) The American Journal of International Law 819-840.
- Ruggie JG and Sherman JF, 'Adding Human Rights Punch to the New Lex Mercatoria : The Impact of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights on Commercial Legal Practice' (2015) 6(3) Journal of International Dispute Settlement 455-461.
- Ruggie JG, 'Social Norms, Soft Law, Hard Law: The Evolution of Business and Human Rights', (The Castan Centre for Human Rights Law, Monash Business School and Global Compact Network Australia, Public Lecture, Docklands, 30 April 2019) <<https://www.monash.edu/law/research/centres/castancentre/public-events/events/2019/social-norms,-soft-law,-hard-law-the-evolution-of-business-and-human-rights>> accessed 02 September 2021.
- Schutter O, 'Towards a New Treaty on Business and Human Rights' (2015) 1 Business and Human Rights Journal 41-67.
- Shaffer GC and Pollack MA, 'Hard Versus Soft Law in International Security' (2011) 52(4) Boston Collage Law Review 1147-1167.
- Shaffer GC and Pollack MA, 'Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antogonists in International Governance' (2010) 9 (23) University of Minnesota Law School Legal Studies Research Paper Series 706-799.
- Schäfer A, 'Resolving Deadlock: Why International Organisations Introduce Soft Law' (2006) 12(2) European Law Journal 194-208.
- Shaw MN, *'International Law'* (Cambridge University Press 2008).
- Shelton DL, *'Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity'* (Thomson Gale, 2005) 567; Finn Seyersted, *Common Law of International Organizations* (Nijhoff 2008).
- Shift, Oxfam and Global Compact Network Hollanda, 'İnsan Haklarına Saygılı İş Yapma: Şirketlere Yönelik Kılavuz' (2016).
- Simma B, 'Consent, Strains in the Treaty System' in Ronald St. J. Macdonald and Douglas M. Johnston (eds) *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff 1983).
- Triponel A, 'When soft law is not so soft: The rapid legalisation of business and human rights' (Triponel Consulting, 14 October 2019) <<https://triponelconsulting.com/2019/10/14/when-soft-law-is-not-so-soft-the-rapid-legalisation-of-business-and-human-rights/>> accessed 03 September 2021.
- Trubek DM and Trubek LG, 'Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination' (2005) 11(3) European Law Journal 343-364.
- United Nations Economic and Social Council 'Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights' (26 August 2003) UN Doc E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2

- United Nations General Assembly, 'Universal Declaration of Human Rights, General Assembly resolution 217 A (III) of 10 December 1948' (OHCHR) <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf>
- UNGA, 'Towards global partnerships: a principle-based approach to enhanced cooperation between the United Nations and all relevant partners' (7 February 2014) UN Doc A/RES/68/234
- United Nations Global Compact, 'What is the UN Global Compact' <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission>> accessed 05 July 2021; Ayrıca bknz: UN Global Compact Network Türkiye, 'Hakkımızda', <https://www.globalcompactturkiye.org/un-global-compact/> Erişim Tarihi: 05 Temmuz 2021.
- UN Global Compact Office, 'The Global Compact Brochure' (United Nations 2004).
- UN Global Compact, "Guidance on Responsible Business in Conflict-Affected and High-Risk Areas: A Resource for Companies and Investors", UN Global Compact Office-PRI Publication, 2010.
- UN Global Compact, Annie Golden Bersagel, "Meeting the Responsibility to Respect in Situations of Conflicting Legal Requirements", A Good Practice Note endorsed by the United Nations Global Compact Human Rights Working Group on 13 June 2011.
- UN Global Compact and OCHR, 'A Guide for Business: How to Develop a Human Rights Policy', (United Nations Global Compact Office and Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2015).
- UN Global Compact, 'The Ten Principles of the UN Global Compact, Principle One: Human Rights' (UN Global Compact) <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-1>> accessed 02 August 2021.
- UN Global Compact, 'The Ten Principles of the UN Global Compact, Principle Two: Human Rights' (UN Global Compact) <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-2>> accessed 02 August 2021.
- UNGlobal Compact, 'UNGlobal Compact Strategy 2021-2023' (19 January 2021) <https://ungc-communications-assets.s3.amazonaws.com/docs/about_the_gc/UN-GLOBAL-COMPACT-STRATEGY-2021-2023.pdf> accessed 20 August 2021.
- UN Global Compact, '#UnitingBusiness to Respond to COVID 19' <<https://www.unglobalcompact.org/take-action/20th-anniversary-campaign/uniting-business-to-tackle-covid-19>> accessed 21 August 2021.
- United Nations, 'Global Compact Summit Concludes with Emphasis on Need to Fight Corruption, Global Compact Leaders Summit Press Release' (24 June 2004) UN Doc ECO/70
- United Nations Human Rights Council (UNHRC) 'Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises' (18 June 2008) UN Doc A/HRC/RES/8/7
- UNHRC 'Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework' (21 March 2011) UN Doc A/HRC/17/31
- UNHRC 'Human rights and transnational corporations and other business enterprises' (06 July 2011) UN Doc A/HRC/RES/17/4
- UNHRC 'Contribution of the United Nations system as a whole to the advancement of the business and human rights agenda and the dissemination and implementation of the Guiding Principles on Business and Human Rights' (16 October 2012) UN Doc A/HRC/RES/21/5
- UNHRC 'Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights' (14 July 2014) UN Doc A/HRC/RES/26/9

- UNHRC 'Human rights and transnational corporations and other business enterprises' (15 July 2014) UN Doc A/HRC/RES/26/22
- UNHRC 'Business and human rights: improving accountability and access to remedy' (15 July 2016) UN Doc A/HRC/RES/32/10
- UNHRC 'Business and human rights: mandate of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises' (14 July 2017) UN Doc A/HRC/RES/35/7
- UNHRC 'Business and human rights: improving accountability and access to remedy' (18 July 2018) UN Doc A/HRC/RES/38/13
- UNHRC 'Business and human rights: the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, and improving accountability and access to remedy' (23 July 2020) UN Doc A/HRC/RES/44/15
- United Nations 'Secretary-General Proposes Global Compact on Human Rights, Labour, Environment, in Address to World Economic Forum in Davos, Press Release' (1 February 1999) UN Doc SG/SM/6881
- United Nations Security Council Resolution 1446 (2002) (4 December 2002) UN Doc S/RES/1446
- UNSC Resolution 1459 (2003) (28 January 2003) UN Doc S/RES/1459
- UNSC Resolution 1472 (2003) (28 March 2003) UN Doc S/RES/1472
- United Nations, 'Transcript of Press Conference by Secretary-General Kofi Annan at Headquarters' (26 July 2000) UN Doc SG/SM/7496
- White & Case, 'Soft Law gets a hard look' (White&Case Legal Education, 24 March 2017) <<https://www.whitecase.com/publications/story/soft-law-gets-hard-look>> accessed 02 September 2021.
- Williamson JrRL, 'Hard Law, Soft Law, and Non-Law in Multilateral Arms Control: Some Compliance Hypotheses' (2003) 4(1) 5982.

Merkeziyetsiz Finans (Defi) Faaliyetlerinin İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu Bakımından Değerlendirilmesi

Considerations on Decentralized Financial (Defi) Activities in Terms of Unauthorized Banking Crime

Serkan Meraklı* 

ÖZ

Merkeziyetsiz finans alanı son yıllarda oldukça hızlı bir şekilde gelişmekte olup klasik finans araçlarına alternatif teşkil etme iddiası ile finans alanında oldukça köklü bir değişimin eşliğinde olduğumuz kanaatini uyandırmaktadır. Bu denli önemli bir değişimin eşliğindeyken merkeziyetsiz finans kavramının hukuki açıdan ne anlam ifade ettiğinin; merkeziyetsiz finans araçlarının neler olduğunun ortaya konulması ve bunların hukuki açıdan değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Öte yandan henüz merkeziyetsiz finans araçları ile ilgili detaylı bir hukuki düzenleme bulunmamasına rağmen bu faaliyetlerin Bankacılık Kanunu'ndaki izinsiz bankacılık suçu bakımından değerlendirilmesi özellikle kanunilik ilkesi bakımından büyük bir öneme sahiptir. Bu değerlendirme merkeziyetli finans ile merkeziyetsiz finans araçlarının niteliklerinin daha iyi anlaşılmasına katkı sunabilir.

Anahtar Kelimeler: Blokzincir, Akıllı Kontrat, Merkeziyetsiz Finans, Likidite Madenciliği, Staking

ABSTRACT

As a rapidly developing notion and an alternative to conventional financial instruments in recent years, decentralized finance has given the idea that a radical evolution in field of finance is inevitable. At the dawn of such a remarkable change the legal meaning of decentralized finance and the evaluation of the decentralized financial instruments are of a great importance. Besides, examination on decentralized financial instruments in connection with unauthorized banking crime prescribed by the Banking Code in terms of principle of legality is of a great importance either. Such an evaluation is able to make contribution for the better understanding of the characteristics of centralized finance and decentralized financial instruments.

Keywords: Blockchain, Smart Contrats, Decentralized Finance (DeFi), Yield Farming, Staking

* Dr. Öğr. Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0003-4414-5466.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Serkan Meraklı

E-posta/E-mail: serkan.merakli@deu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 17.09.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 05.11.2021

GİRİŞ

Merkeziyetsiz finans kavramı son yıllarda ortaya çıkan, klasik finans dünyasını yeniden şekillendirmeyi amaçlayan ve merkezi nitelik taşıyan finans araçlarının sahip olduğu dezavantajlı yönleri ortadan kaldırmayı hedefleyen bir kavramdır. Çalışmanın konusu belirlenirken bir üst kavram olarak merkeziyetsiz finans kavramını ve araçlarını hukuki açıdan değerlendiren çalışmaların Türk hukukunda neredeyse hiç bulunmadığı; bu alanda yapılan çalışmalarda çoğu zaman sadece blokzincir ve kripto paraların ele alınması ile yetiniliyor olmasından hareket edilmiştir. Bu bakımdan çalışmada öncelikle merkeziyetsiz finans kavramının taşıdığı anlam ve sahip olduğu uygulama alanları ele alınacaktır. Konunun teknolojik boyutu oldukça derin bir niteliğe sahip olduğundan bir hukukçu olarak teknik açıklamalara sınırlı ve ölçülü derecede yer verilecek olup bu araçların hukuki açıdan ifade ettikleri anlama yoğunlaşmaya çalışılacaktır.

Bu çalışmada merkeziyetsiz finans kavramı ve araçları hakkında okuyucularda bir fikir uyandırmak amaçlanmış olup 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 150/1'deki izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu bakımından bir değerlendirme yapılmak istenmiştir. Belki ilk bakışta merkeziyetsiz finans alanındaki işlemlerin Bankacılık Kanunu m. 150/1'de düzenlenen suç tipini oluşturmayacağı düşünülebilir; fakat suç genel teorisinin kurumları üzerinden bir inceleme yapılarak bu düşüncenin yerinde olup olmadığı sistematik bir şekilde ortaya konulmaya çalışılacaktır. Öte yandan merkeziyetsiz finans alanında gerçekleştirilen işlemlerin pek çok suç bakımından değerlendirilmesi mümkündür. Fakat çalışmanın olası bütün suçlar ölçüsünde geniş tutulması halinde bunun bir makalenin boyutlarını aşacağı açıktır. Bu bakımdan çalışmanın konusu sadece izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu ile sınırlı tutulacaktır. Bunun yanı sıra çalışmada, merkeziyetsiz finans araçlarının, getiriliş amaçları doğrultusunda kullanılmaları halinde bu faaliyetlerin izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunu oluşturup oluşturmayacağı ele alınacaktır. Dolayısıyla son günlerde uygulamada çok sık ortaya çıkmaya başlayan dolandırıcılık ya da bilişim suçları gibi eylemler bu çalışmanın konusunu oluşturmamaktadır.

Merkeziyetsiz finans araçları hakkında hukukumuzda genel düzenleyici işlem olarak sadece kripto paraların bir ödeme aracı olarak kullanılmasını yasaklayan Yönetmelik¹ bulunmakta olup bunun ötesine geçen ve merkeziyetsiz finans araçlarının tamamını kapsamayı hedefleyen genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla çalışmada, bu faaliyetlerin, hukukumuzda bankacılık sistemini ve araçlarını ceza hukuku yoluyla korumayı amaçlayan izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu karşısındaki konumu değerlendirilecektir. Bu değerlendirmede merkeziyetsiz finans araçlarının bankacılık sistemine bir alternatif oluşturmayı amaçladığı ve bankacılık sistemini kökten değiştirmeyi hedeflediği göz önünde tutulacaktır.

Bu arka plan göz önünde tutulmak suretiyle çalışmada ilk olarak merkeziyetsiz finans kavramının anlamı ve merkeziyetli finans kavramından farkı ele alınacak olup ardından merkeziyetsiz finans araçları incelenecektir. Daha sonra ise merkeziyetsiz finans alanındaki işlem türlerinin neler olduğuna yer verilecek ve ülkemizdeki merkeziyetsiz finans alanındaki hukuki duruma değinildikten sonra

1 Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik, RG 16.04.2021/ 31456.

merkeziyetsiz finans alanındaki işlemlerin izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunu oluşturup oluşturmayacağı suç genel teorisi bakımından değerlendirilecektir.

I. MERKEZİYETSİZ FİNANS (DeFi) KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Merkeziyetsiz finans (*Decentralized finance – DeFi*) kavramı en temel anlatımla, belirli bir otoritenin sunduğu somut bir güvenceye bağlı olmaksızın şekillenen bir finans sistemi olarak tanımlanabilir². Burada merkeziyetsiz finans kavramını daha iyi anlayabilmek için öncelikle merkeziyetli finans (*Centralized finance – CeFi*) kavramının ortaya konması faydalı olur. Çünkü merkeziyetsiz finans kavramının, merkeziyetli finans yapılanmasının eleştirilen çeşitli yönlerine bir meydan okuma olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Merkeziyetli finans yapılanmasının temelinde çoğu zaman bankalar ve finans kuruluşları yer almaktadır. Gerçekten finansal hayatta yapılan çoğu işleme bankalar ve diğer finans kuruluşları aracılık etmektedir. Bu yapının ortaya çıkışı aslında hem finansal hayatın gelişmesini sağlamış, hem de finansal hayatın hızlı ve güvenli bir şekilde işleyebilmesini mümkün kılmıştır. Ancak 21'inci yüzyıla gelindiğinde özellikle internet ve yazılım teknolojilerindeki baş döndürücü gelişmeler çoğu alanda olduğu gibi finans alanında da köklü değişiklik arayışlarını beraberinde getirmiştir. Bu arayış içerisinde değişiklik düşünülen kurumların başında bankalar yer almıştır. Merkeziyetsiz finans yapısı incelendiğinde de bu yapının özellikle bankacılık kurumunun değişimi ve dönüşümüne yol açacağı ve adeta bankaların finans alanındaki “tekel”lerinin yıkılmasını beraberinde getireceği söylenebilir. Bu açıklamalar ışığında finans alanında bir çağ değişiminin eşliğinde bulunduğu görülebilir. Bu noktada değişen çağın bu yeniliklerine sırt çevirmekten ziyade korkuya kapılmadan ona ayak uydurmak en faydacı ve akılcı yol olacaktır.

B. MERKEZİYETLİ FİNANS (CeFi) – MERKEZİYETSİZ FİNANS (DeFi) KAVRAMLARI

Merkeziyetsiz finans sistemi, bir merkezi otoriteden bağımsız faaliyet gösterilen bir finans sistemini ifade eder ve buna uygun finans araçlarını bünyesinde barındırır. Bu tür bir merkeziyetsizliği sağlayacak en önemli araç ise blokzincir teknolojisidir. Merkeziyetli finans (CeFi) sisteminde ise bu işlevi çoğu zaman bankalar yerine getirmektedir. Merkeziyetli finans sisteminde kişiler paralarını bankada açacakları hesaba yatırır ve bu şekilde mevduat faizi elde edebilirler. Bunun dışında bir başkasına para göndermek istediğinizde bankadaki hesabınızdan istediğiniz tutarı bir başkasının hesabına havale yapabilirsiniz. Ayrıca belirli bir miktar paraya ihtiyaç duyduğunuzda bankadan kredi çekebilirsiniz. Bu işlemlerin tamamında banka adı verilen kuruma güven duyduğunuz için paranızı bu kuruma yatırmaktan, paranızı bu kurum aracılığıyla bir başkasına göndermekten ya da bu kuruma borçlanmaktan çekinmezsiniz³. Çünkü banka ile aranızdaki ilişkinin esaslarını belirleyen ve güvence altına alan hukuk kuralları bulunur ve bunun yanı sıra bankaları denetleyen bir

2 Deniz Alp İmamoğlu, *Kripto Para Birimleri ve Türk Hukukunda Düzenlenmesi*, (2. Baskı, Seçkin 2021) 87.

3 Ceyhan Yakup Özkardes, 'Decentralized Finance: Was hinter dem Begriff steckt' (t3n, 11.11.2019) <<https://t3n.de/news/decentralized-finance-begriff-1216522/>> Erişim Tarihi: 24.05.2021.

otorite olarak ülkemizde BDDK ve diğer ülkelerde de benzer kurumlar bulunur. Bu noktada banka ile müşterileri arasındaki ilişkiyi güvence altına alan bir Yönetmelik hükmünden bahsedilebilir. Gerçekten bu yönetmeliğe göre, mevduat hesaplarının bugün için 150.000 TL'ye kadar olan kısmı TMSF vasıtasıyla sigorta altına alınmaktadır⁴. Bunun haricinde hisse senetlerinin işlem gördüğü menkul kıymetler borsaları da merkezîyetli bir finans yöntemi olarak anılabilir. Örneğin Borsa İstanbul'da bir işlem yaptığınızda ani düşüş ya da yükselişlerde Borsa İstanbul yönetimi tarafından devre kesici uygulamaları gerçekleştirilmektedir. Buna benzer şekilde açığa satış yasağı gibi uygulamalar da söz konusu olabilecek diğer yöntemlerdir. Bu tür faaliyetler, manipülasyonların önüne geçilebilmesini merkezi bir otorite aracılığıyla sağlamaktadır. Ayrıca Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK) da bu çerçevede pek çok yetki ve görevi bulunmaktadır. Buraya kadar anılan faaliyetler merkezi bir yapıdadır; çünkü mevduat hesabınızla ilgili olarak veya gerçekleştirdiğiniz havale işlemi ile ilgili ya da kullandığımız kredi ile ilgili bir sorun yaşadığımız takdirde karşınızda hukuken muhatap alabileceğiniz ve tek başına bu sorun hakkında işlem yapabilecek bir kurum bulunmaktadır. Benzer bir durum hisse senetlerinde de yukarıda anıldığı üzere söz konusudur⁵. İşte bu noktada merkezîyetli finans ile merkezîyetsiz finans arasındaki fark ortaya çıkmaktadır.

Merkezîyetsiz finans yönteminde banka kurumu aracı olmaktan çıkartılmakta ve işlem yapmak isteyen her bir kişi adeta kendisi bir bankaya dönüşmektedir. Aracılık edecek bir banka olmadan bir başkasına para havale etmek ya da bir başkasına borç vermek veya bir başkasından borç almak ya da merkezîyetli finansın araçlarından biri olan mevduat hesabı açılmasına benzer bir nitelik taşıyan faiz elde etmek amacıyla paranın kilitlenmesi merkezîyetsiz finans kapsamında mümkündür⁶. Merkezîyetsiz finans çerçevesinde bu işlemleri yapabilmek için eğer maddi kaynağınız mevcut ise internet bağlantınızın bulunması yeterli olacaktır⁷. Dolayısıyla merkezîyetsiz finansın özellikle finansal altyapı açısından geri kalmış ülkeler bakımından büyük bir avantaj olacağı öne sürülmektedir⁸. Merkezîyetsiz finans araçlarının getirilerinin merkezîyetli finans araçlarının getirilerine oranla daha yüksek olabileceği; örneğin aşağıda daha ayrıntılı yer verilecek olan staking adı verilen bir kripto para biriminin belirli bir miktarda sisteme kilitlenmesi ve belirli süreler sonunda buradan faiz getirisi elde edilmesinin herhangi bir bankaya yatırılan mevduat tutarına uygulanan faiz oranından çok daha fazla olabileceği ya da reel anlamda daha fazla getiri sunabileceği öne sürülmektedir⁹.

4 **Sigortaya Tabi Mevduat Ve Katılım Fonları İle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelik** (7/11/2006 tarih, R.G. 26339) m. 4/ 1'e göre "Tasarruf mevduatı hesaplarının anaparaları ile bu hesaplara ilişkin faiz reeskontları toplamının,
b) Katılma hesapları birim hesap değerlerinin ve özel cari hesapların her bir gerçek kişi için 150 bin Türk Lirasına kadar olan kısmı sigorta kapsamındadır."

5 Sébastien Bonset, 'Hype um Defi: Was du über Decentralized Finance wissen musst und wie du profitierst' (t3n, 28.05.2021) <<https://t3n.de/news/defi-erklaert-das-steckt-hinter-decentralized-finance-1356901/>> Erişim Tarihi: 24.05.2021.

6 Turan Sert, 'Sorularla Blockchain' (Bankalararası Kart Merkezi 2015) <<https://bkm.com.tr/wp-content/uploads/2015/06/Sorularlablockchain.pdf>> Erişim Tarihi 30.05.2021, 17.

7 İbid 17.

8 Ceyhun Yakup Özkardeş, 'Decentralized Finance: Was hinter dem Begriff steckt' (t3n, 11.11.2019) <<https://t3n.de/news/decentralized-finance-begriff-1216522/>> Erişim Tarihi: 24.05.2021.

9 Ceyhun Yakup Özkardeş, 'Decentralized Finance: Was hinter dem Begriff steckt' (t3n, 11.11.2019) <<https://t3n.de/news/decentralized-finance-begriff-1216522/>> Erişim Tarihi: 24.05.2021. Bu tür bir tespitte Euro bölgesindeki sıfıra yakın faiz politikasının yol açtığı söylenebilir.

Ancak her bir kripto para birimi bakımından farklı faiz oranları söz konusu olduğundan ve ayrıca kripto paralardaki dalgalanmaların çok yüksek olmasından ötürü bu staking işleminin getirisinin, merkeziyetli finanstaki mevduat faizinin getirisinden yüksek olduğunun genel geçer bir tespit olarak söylenebilmesi kanımızca mümkün değildir.

Merkeziyetsiz finansın, merkeziyetli finansa göre sahip olduğu avantajlar şu şekilde sıralanabilir:

- Aracı kurumlar ortadan kaldırılmaktadır¹⁰.
- Aracı kurumların ortadan kalkmasının bir sonucu olarak özellikle havale işlemlerinde bankaya ödenen komisyonlar ortadan kalkmaktadır.
- Staking gibi işlemlerde elde edilen faiz oranları bankaların sunduğu mevduat faizlerine göre daha yüksek olabilmektedir.

Merkeziyetsiz finansın, merkeziyetli finansa göre barındırdığı dezavantajlar ise merkeziyetsiz finans işlemi yapmak isteyen bir kişinin ya kendi blokzincirini ve yazılımını oluşturması gerekmekte ya da bir DeFi platformuna güvenerek kripto paralarını bu platform üzerinden işleme tâbi tutması gerekmektedir¹¹.

C. BLOKZİNCİR (TEKNOLOJİSİ) KAVRAMI

I. ANLAMI

Öncelikle belirtmek gerekir ki blokzincir kavramından ziyade blokzincir teknolojisi kavramından bahsetmek daha doğru bir tercih olacaktır. Öyle ki, çeşitli kullanım alanlarında pek çok farklı uygulamacı tarafından kendi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bu teknolojiye başvurulması ve bu teknolojinin geliştirilmesi söz konusu olmaktadır¹².

Blokzincir kavramı, birbiriyle uzaktan bağlı makinelerin belirli işlemleri (örneğin ticari işlemler ya da ödeme işlemleri) ortak bir mutabakat çerçevesinde değiştirilemez biçimde tuttıkları bir protokol ya da diğer bir deyişle defter sistemi anlamını taşımaktadır¹³. Blokzincir teknolojisi, verilerin

10 Burada aracı kurumların kaldırılması ile ifade edilmek istenen Ethereum ağı gibi ağlar üzerinden gerçekleştirilen merkeziyetsiz işlemlerdir. Dolayısıyla merkeziyetli kripto para borsaları burada ifade edilmemektedir. Kaldı ki merkeziyetli kripto para borsalarının doğrudan merkeziyetsiz finans aracı olduğunu söyleyebilmenin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Çünkü merkeziyetli kripto para borsalarında merkeziyetsiz bir işlem yapılmamakta olup bir merkezin aracılığı ile kripto paraların alınıp satılması sağlanmaktadır. Dolayısıyla esasen bu faaliyetin bankaların kambiyo işlemlerinden farklı olduğu söylenemez. Fakat bu açıklama merkeziyetsiz kripto para borsaları için geçerli değildir.

11 Ceyhun Yakup Özkardeş, 'Decentralized Finance: Was hinter dem Begriff steckt' (t3n, 11.11.2019) <<https://t3n.de/news/decentralized-finance-begriff-1216522/>> Erişim Tarihi: 24.05.2021.

12 Stefan Möllenkamp and Leonid Shmatenko, 'Blockchain und Kryptowährungen' in Thomas Hoern, Ulrich Sieber ve Bernd Holznapel (eds), *Handbuch Multimedia-Recht* (55th edn, Beck 2021), Teil 13.6, kenar no (kn) 1.

13 Joachim Schrey and Thomas Thalhoffer, 'Rechtliche Aspekte der Blockchain' (2017) NJW 1431; Sert (n 6) 49; Murat Volkan Dülger, 'Blockchain ve Hukuksal Kullanım Alanları' (2019) Hukuk ve Daha Fazlası Dergisi, 42 – 43; Umut Balcı, 'Kripto Paraların Ceza Hukuku Boyutu ve Türk Mevzuatındaki Muhtemel Düzenlenme Yeri'(2021) 155 Türkiye Barolar

merkezi bir yer üzerinden değil bireysel aktörlerin kendileri arasında (İng. Peer to peer) gönderildiği bilgisayar protokollerine ve iletişim ağlarına dayanmaktadır¹⁴. Blokzincir teknolojisinde her ilişki ve birbiri ardı sıra gerçekleşen her işlem, bireysel aktörler arasında kriptografik yöntemle özel olarak dijital bir defterde güvence altına alınmaktadır¹⁵. Bu defterde her bir işlem bloklara kaydedilmekte ve birbiri ardına dizilmektedir. Birbiri ardına dizilen bu bloklar kriptografik yöntemlerle şifrelenerek dijital parmak izleri ile birbirine zincirlenmektedir. Sisteme eklenen her bir blok kendisinden önce gelen parmak izini içermektedir. Bu sayede bloklar üzerindeki her bir değişiklik kaydedilmekte ve sistemdeki manipülasyonlar önlenilmektedir. Bu şekilde oluşan dijital zincir sisteme kayıtlı bilgisayarların tamamına yayılmakta olup bu sayede blokzincir sistemi tek bir merkezde tutulan bir kayıt değil; aksine dağınık şekilde pek çok bilgisayarda yer alan bir kayıt sistemi oluşturmaktadır¹⁶. Blokzincir vasıtasıyla eşler arası (Peer to peer) şekilde kurulan ağ tüm bilgisayarları birbirine bağlamakta ve her bir bilgisayar bu sistemde eşit muamele görmektedir. Bu sayede bu sisteme katılan her bilgisayar hem sistemdeki hizmetlerden faydalanmakta hem de sistemde hizmet sunabilmektedir¹⁷. Blokzincir teknolojisinin özelliklerini ortaya koyan dört ana unsur eşler arası ağ, dağınık defter sistemi, mutabakat mekanizması ve kriptografi sistemidir¹⁸. Blokzincir teknolojisi üzerinde pek çok hukuki işlem türünün gerçekleştirilmesi mümkündür¹⁹. İlerleyen yıllarda bu işlemlerin çeşitlerinin ve yaygınlığının artacağı düşünülmektedir. Aşağıda blokzincir uygulamalarının bazıları kısaca açıklanacaktır.

2. BLOKZİNCİR UYGULAMALARI

A. AKILLI KONTRATLAR

Akıllı kontratlar, kaynak kodlarında, belirli olaylar meydana geldiğinde veya belirli girdiler yapıldığında önceden tanımlanmış eylemleri veya bir veri kaydındaki değişiklikleri gerçekleştirmelerini sağlayan değişmez kurallar içeren bilgisayar protokolleridir²⁰. Blokzincir teknolojisi, olayları zamansal açıdan belgeleyebildiği ve malvarlığı değerlerini farklı hak sahipleri veya yetkili kişiler arasında tasnif etmek için token adı verilen araçları kullanabildiğinden, bu tür akıllı kontratların suretini çıkarmak için de

Birliği Dergisi 203, 207; Mete Tevetoğlu, 'Ethereum Ve Akıllı Sözleşmeler' (2021) 12(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 193, 195.

- 14 Gunnar Groh, 'Blockchain' in Klaus Weber (ed), *Creifelds Kompakt – Rechtswörterbuch*, (4th edn, Beck 2021) <www.beck-beckonline.de> Erişim Tarihi: 06.06.2021); Möllenkamp and Shmatenko, (n 12) Teil 13.6, kn. 3; Nicolas Hohn – Hein and Günter Barth, 'Immaterialgüterrechte in der Welt von Blockchain und Smart Contract' (2018) GRUR 1089; Cristoph Kumpan, 'WpHG' in Eberhard Schwark ve Daniel Zimmer (eds), *Kapitalmarktrechts-Kommentar* (5th edn, Beck 2020) § 2 kn. 82.
- 15 Gunnar Groh, 'Blockchain' in Klaus Weber (ed), *Creifelds Kompakt – Rechtswörterbuch*, (4th edn, Beck 2021) <www.beck-beckonline.de> Erişim Tarihi: 06.06.2021); Möllenkamp and Shmatenko, (n 12) Teil 13.6 kn. 3; Balcı (n 13) 207.
- 16 Kumpan (n 14) § 2 kn. 82; Schrey and Thalhofer (n 13) 1431.
- 17 Möllenkamp and Shmatenko, (n 12) Teil 13.6, kn. 3 dipnot 2. Ayrıca bakınız (bkz) Schrey and Thalhofer (n 13) 1431.
- 18 Melih Sefa Yavuz, 'Ekonomide Dijital Dönüşüm: Blockchain Teknolojisi ve Uygulama Alanları Üzerine Bir İnceleme' (2019) 4(1) Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi 15, 16.
- 19 Bu işlem türleri hakkında bkz. Dülger (n 13) 45 vd.
- 20 Möllenkamp and Shmatenko, (n 12) Teil 13.6, kn. 15; Sert (n 6) 127.

uygundur²¹. Bu nedenle akıllı kontrat kavramı çoğu zaman blokzincir teknolojisi ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Blokzincir teknolojisi yukarıda da belirtildiği üzere merkezî olmayan bir mutabakat mekanizmasına dayanan ve veri depolamaya imkan veren bir veri bankası organizasyonudur²². Akıllı kontratların blokzincir teknolojisi üzerine taşınması teknik açıdan her ne kadar zorunlu olmasa da blokzincir teknolojisi, dijital işlemlerin doğrudan yapılmasına imkan verdiği için, akıllı kontratların etkin şekilde kullanımı için oldukça önemli bir altyapı teşkil etmektedir²³. Blokzincir teknolojisi hem program kodlarını hem de tutulan kayıtların manipülasyonlara karşı korunmasını sağlamaktadır. Program kodları, belirlenen adımların uygulanması için teknik bir garantiyi beraberinde getirmektedir. Merkezi sunucuların varlığına dayanan klasik yapıların aksine, sözleşmenin taraflarını ödeme yapılamama riskinden kurtaran belirli bir üçüncü kişiye ihtiyaç kalmamaktadır²⁴.

Akıllı kontrat kavramı hukuken tanımlanmamış olsa da şu şekilde tanımlanması mümkündür: Kural olarak dijital olarak doğrulanabilen olayları işleyen ve bundan hareketle hukuki açıdan önem taşıyan hareketlerin gerçekleştirilmesini sağlayan ya da belgeleyen yazılımlardır²⁵.

Öte yandan akıllı kontrat kavramı, çoğu zaman sözleşme kavramı ile karıştırılmaktadır. Her ne kadar akıllı kontrat kavramında kontrat terimi bulunuyor olsa da bunlar özü itibarıyla hukuki anlamda birer sözleşme teşkil etmezler. Çünkü akıllı kontratlar kapsamında sadece, bir sözleşmenin çözmesi gereken otomatikleştirilmiş prosedürler ya da önceden bir sözleşme ile belirlenmiş eylemler söz konusu olmaktadır. Diğer bir deyişle akıllı kontratlar sadece önceden akdedilmiş bir sözleşmenin yerine getirilmesi anlamında bir icra aşaması teşkil eder²⁶. Akıllı sözleşmelerin amacı, program kodlarını kullanarak sözleşmelerin yürütülmesini otomatikleştirmektir²⁷. Akıllı kontratlar **üzerinden**, daha önce kurulan ve uygulanma aşamasına geçilen sözleşmenin maddi hükümleri uygulanır²⁸. Fakat bununla birlikte akıllı kontratın blokzincir içerisine sokulması ya da diğer bir deyişle programlanması bir sözleşmenin kurulması anlamını taşıyabilir²⁹.

Akıllı kontrat kapsamında sözleşmenin bütünü ya da belirli bir kısmı – bir sözleşmenin uygulanması için gerekli olduğu takdirde – oracle adı verilen veri kaynaklarıyla (örneğin borsa değerleri, üretim sayıları, hava durumu verileri gibi) gerçek dünyadaki olayları birbirine bağlayabilen bir yazılıma eklenmektedir³⁰. Belirli sözleşme şartları bir olayın ortaya çıkmasıyla yerine getirilmiş ya da belirlenen sözleşme yükümlülükleri ihlal edilmiş olursa, akıllı kontrat adı verilen yazılım, öngördüğü hukuki

21 Möllenkamp and Shmatenko, (n 12) Teil 13.6, kn. 15.

22 Stefan Möllenkamp and Nikolas Guggenberger, 'Blockchain und Kryptowährungen' in Thomas Hoern, Ulrich Sieber ve Bernd Holzngel (eds), *Handbuch Multimedia-Recht* (55th edn, Beck 2021) Teil 13.7, kn. 2.

23 Möllenkamp and Guggenberger, (n 22) Teil 13.7, kn. 2.

24 ibid kn. 2.

25 ibid kn. 1.

26 Möllenkamp and Shmatenko, (n 12) Teil 13.6, kn. 72. Ayrıca bkz. Sert (n 6) 127.

27 Hohn-Hein and Barth, (n 14) 1093.

28 Möllenkamp and Shmatenko, (n 12) Teil 13.6, kn. 72; Hohn-Hein and Barth, (n 14) 1093.

29 Möllenkamp and Shmatenko, (n 12) Teil 13.6, kn. 72.

30 Hohn-Hein and Barth, (n 14) 1093.

sonuçları kendiliğinden devreye sokmaktadır³¹. Akıllı kontratların bir blokzincire aktarılması, elektronik sözleşme şartlarının devreye sokulmasının (örneğin mutabık kalınan lisans ücreti ödenir ödenmez belirli bilgilere erişimin otomatik olarak temin edilmesi gibi) işlem olarak blokzincirde bağlayıcı ve tüm sözleşme tarafları için şeffaf şekilde doğrulanabilir olması avantajına sahiptir³². Akıllı kontratlar otomatlara benzetilebilirse de teknolojinin şu an geldiği aşama göz önünde bulundurulursa belirli limitlerinin söz konusu olduğu söylenebilir. Gerçekten akıllı kontratlar, standartlaştırılmış süreçlerin yerine getirilmesi işlevine sahip olduğundan, sözleşmeye dayalı haklar ve yükümlülüklerin her türünün bu konseptte uygun düşmesi mümkün olmayabilir. Örneğin belirsiz hukuki kavramların yorumlanması bakımından akıllı kontratlarda sorun yaşanabilir. Tarafların yükümlülüklerini ihlal etmeleri ya da öngörülmesi önceden mümkün olmayan olayların gerçekleşmesi veya akıllı kontratların program kodlarında hataların ortaya çıkması durumunda da çeşitli zorluklar söz konusu olabilir. Halen var olan teknik sorunlarına rağmen akıllı kontratlar zaman ve maliyet açısından önemli avantajlar getirdiği için yıllar içinde daha da büyük anlama sahip olacaktır³³.

B. KRIPTO PARA KAVRAMI

Kripto paralar, fiziksel bir varlığa sahip olmayan³⁴, kriptografik teknolojilere dayanan ve aracılık hizmeti sunan bir kuruma gerek duyulmaksızın para transferini mümkün kılan sanal para sistemi olarak isimlendirilebilir³⁵. Kripto paralar blokzincir teknolojisi üzerine kurulmuştur³⁶. Blokzincir teknolojisi, kripto paraların merkeziyetsiz olarak işlem görmesini sağlamakta olup kripto paralar sayesinde ödeme işlemlerinde bir finans kuruluşunun aracılık etmesine ya da onay vermesine gerek kalmamakta ve ilgili tutar doğrudan alıcıya transfer edilebilmektedir³⁷. Her kullanıcının sahip olduğu kripto para, bir para transferi durumunda halihazırda var olan ve merkezi olmayan şekilde

31 ibid 1093.

32 ibid 1093.

33 ibid 1093.

34 Kripto para birimlerinin öncüsü bitcoin fiziksel şekilde "casascius coin" olarak da üretilmiştir. Her bir madeni para altın, gümüş ve pirinç karışımından üretilmiş ve her birinin hologramının altında kendi bitcoin adresi ve özel anahtarı bulunmaktadır. (Bkz. Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, 'Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış', (2015) 73 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası, 173, 200 dipnot 158.) Ancak casascius coin olarak üretilen bu bitcoinler de aslında üzerlerinde bulundukları adres ve özel anahtarı temsil ettiği için yapıldığı maddeler olan gümüş, altın ve pirinç karışımının değerini değil üzerindeki adres ve özel anahtar ile ulaşılan fiziksel olmayan bitcoinin değerini temsil eder.

35 Möllenkamp and Shmatenko, (n 12) Teil 13.6, kn. 12; Murat Volkan Dülger ve Onur Özkan, 'Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi' (2020) Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan 963, 966; Derya Mutluoğlu, 'Kripto Para Birimleri ve Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu', (Yüksek Lisans Tezi Hacettepe Üniversitesi 2020) 28; Balcı (n 13) 210; Engin Tekin, 'Parada Sahtecilik Suçu', (Yüksek Lisans Tezi Hacettepe Üniversitesi 2019) 19.

36 Gunnar Groh, 'Kryptowährung' in Klaus Weber (ed), *Greifelds Rechtswörterbuch* (26th edn, Beck 2021) <www.beck-online.beck.de> Erişim Tarihi: 19.07.2021); Nicola Meier and Anastasia Kotovskaia, 'Finanzmarktregulatorische, währungs- und wettbewerbsrechtliche Problemstellungen', (2021) Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 348, 349; Möllenkamp and Shmatenko, (n 12) Teil 13.6, kn. 12; İmamoglu (n 2) 38.

37 Möllenkamp and Guggenberger, (n 22) Teil 13.7, kn. 12; Engin (n 35) 19.

arşivlenmiş çok taraflı işlemler dizisine eklenir³⁸. Bu şekilde çok taraflı işlemler dizisi zincir şeklinde birbirine bağlanmak suretiyle merkezi olmayan bir kayda dönüşmektedir. Bir kişiden bir başka kişiye para transfer edilebilmesi bakımından önemli bir yenilik getiren kripto paralar, blokzincir teknolojisine dayanan merkeziyetsiz finansın önemli ürünlerinden biridir.

Kripto paraların blokzincir teknolojisi üzerinde kurulması, blokzincirin sahip olduğu “uzlaşma mekanizması” ile mümkün olmaktadır. Buna göre iki taraf arasında yapılan işlem, bir makine tarafından kayda geçirilmekte ve anında diğer makinelere haber gönderilmektedir. Bu şekilde, yapılan bütün işlemler yaklaşık 10 dakikada bir toplanıp tek bir paket haline getirilmekte; makineler bu paketin doğru olduğu konusunda uzlaşırsa, tekrar çalışmaya ve bir sonraki paketi oluşturmaya başlamaktadırlar³⁹.

Öte yandan kripto paralar alternatif bir ödeme aracı anlamında “para birimi” ya da “para” olarak hukuki açıdan henüz tanınmamaktadır⁴⁰. Fakat şu an için dünyanın çoğu noktasında finans piyasası yönetimleri, kripto paralar hakkında çeşitli düzenleyici işlemler hazırlamaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki kripto paraların bazılarının sınırlı sayıda olduğu, bazılarının ise sınırsız sayıda olduğu görülmektedir. Sınırlı sayıda olan kripto paraların bu bakımdan paradan ziyade altına daha çok benzediği söylenebilir. Özellikle kripto para piyasasının başını çeken bitcoin sınırlı bir miktarda mevcuttur. Para ise daha ziyade enflasyonist bir yapıya sahip olup koşulları olduğu takdirde ya da ekonomik sonuçları göze alındığı takdirde sınırsız basılma özelliğine sahiptir⁴¹. Diğer yandan para kavramının sahip olduğu ödeme aracı olma özelliği her ne kadar kripto paralarda bulunuyor olsa da, bazı yönleri ile kripto paralar, para kavramı ile örtüşmemektedir⁴². Örneğin belirli bir otorite tarafından piyasaya sürülme özelliği⁴³ kripto paralarda bulunmamaktadır.

C. TOKEN KAVRAMI

Blokzincir teknolojisi, tokenlaştırma ya da tokenizasyon adında yeni bir alana sahiptir. Bu kavram hukuki ilişkiler hakkında önemli bir yenilik getirmekte olup hakların ve alacakların belge yerine tokenlar üzerinde vücut bulması anlamına gelmektedir⁴⁴. Token kavramı, birbirine bağlı karakterlerin somutlaştırılmamış bir dizisidir. Tokenlar, örneğin bir parasal değer ya da bir eşyanın mülkiyeti gibi herhangi bir bilgiyi temsil eder. Bitcoin gibi sanal para birimleri çoğu zaman para birimi tokenları (Currency Token) olarak da isimlendirilmektedir. Ancak tokenlar, hisse ya da kullanım hakları gibi birtakım başka değerleri de temsil edebilir⁴⁵. Tokenlarda veri bankası girişleri söz konusu olduğu için

38 Gunnar Groh, ‘Kryptowährung’ in Klaus Weber (ed), *Greifelds Rechtswörterbuch* (26th edn, Beck 2021) <www.beck-online.beck.de> Erişim Tarihi: 19.07.2021).

39 Sert (n 6) 94.

40 Meier and Kotovskaia (n 36) 349.

41 Bkz. ve karşılaştırınız (krşl) Sert (n 6) 95.

42 Para kavramının tanımı hakkında bkz. Serkan Meraklı, ‘Parada Sahtecilik Suçu (TCK m. 197)’ (2020) 26(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi s. 726, 732.

43 Möllenkamp and Shmatenko, (n 12) Teil 13.6, kn. 39; Balcı (n 13) 211.

44 Markus Kaulartz and Robin Matzke, ‘Die Tokenisierung des Rechts’, (2018) NJW 3278.

45 Nikolas Guggenberger, ‘Digitale Transformation in der Industrie’ in Andreas Leupold, Andreas Wiebe ve Silke Glossner

bir token işlemi, bir veri yığınının gönderenden alıcıya aktarılmasına yol açmayıp sadece belirli bir veri bankası girişi üzerindeki tasarruf imkanında değişikliğe yol açar⁴⁶.

Bir token, özgün, benzersiz ve çoğaltılma olanağı bulunmayan bir veri bankasına girmek anlamına gelir⁴⁷. Bu veri bankası da blokzincir temeline dayanır. Token kavramı bir verinin kişiler arasında paylaşılması ya da transferi değildir. İşlem adı verilen verilerin transferi, bir veri bankası üzerindeki hakkın değiştirilmesi suretiyle olmaktadır. A ile B arasındaki bir token işlemi teknik açıdan, A'nın değil B'nin bundan sonra veri bankası üzerinde hakimiyetinin bulunduğu ve tasarrufta bulunabileceği anlamını taşır⁴⁸.

Tokenlar söz konusu olduğunda iki ana gruba ayrılarak ele alınabilirler. Birincisi içsel (intrinsic) tokenlar olup bu tokenlar bir değer ifade ederler. İçsel tokenlar salt varlıkları itibarıyla belirli bir değer atfedilebilecek tokenlardır. Dışsal (extrinsic) tokenlar ise değerlerini, bir malvarlığı değeri ile arasında olan bağlantıdan ya da tokendan türetilen bir haktan almaktadır. Dışsal tokenlar örneğin belirli bir eşya, ürün, hizmet ya da bir şirket hissesini temsil edebileceği gibi bir kıymetli evrağı da temsil edebilir⁴⁹. İçsel tokenlar para birimi tokenı ya da diğer bir deyişle ödeme aracı tokenı (Currency token) şeklinde karşımıza çıkar. Örneğin bitcoin böyledir⁵⁰. Dışsal tokenlar ise hizmet tokenı (utility token) gibi bir eşya ya da hizmet üzerindeki hakkı tesis eden (buna NAGA Coin örnek verilebilir)⁵¹ ya da yatırım tokenı/ menkul kıymet tokenı (investment token/ security token) gibi sahibine klasik finans araçlarında olduğu gibi belirli bir süre sonra gelir elde etme hakkı temin eden ve klasik anlamdaki kıymetli evraklara ya da hisse senetlerine benzeyen tokenlardır⁵². Yatırım tokenlarına en güzel örneklerden biri aşağıda daha ayrıntılı değinilecek olan DAO Maker adını taşıyan tokendir⁵³.

Hizmet tokenı ya da yatırım tokenları belirli bir mal üzerindeki mülkiyeti temsil ettiğinden özellikle gayrimenkul alanında yatırım tokenlarının hızla genişlemesi ve bir gayrimenkul üzerinde birden fazla kişinin mülkiyetini temsil etmesi suretiyle gayrimenkul alanında geniş bir uygulama alanı bulması muhtemeldir.

(eds), *Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht* (4th edn, Beck 2021), Teil 14.2, kn. 17.

46 Guggenberger (n 45) Teil 14.2 kn. 17.

47 Ulrike Schäfer and Thomas Eckhold, 'Crowdfunding, Crowdlending, Crowdinvesting, Kryptowährungen und Initial Coin Offerings (ICOs)' in Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze ve Petra Buck – Heeb (eds), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, (5th edn, Beck 2020), § 16a kn. 24, 28; Kaulartz and Matzke (n 44) 3278.

48 Kaulartz and Matzke (n 44) 3278.

49 Möllenkamp and Shmatenko, (n 12) Teil 13.6, kn. 30.

50 Schäfer and Eckhold, (n 47) § 16a kn. 28; Möllenkamp and Shmatenko, (n 12) Teil 13.6, kn. 31.

51 Kumpan (n 14) § 2 kn. 83 – 84.

52 Schäfer and Eckhold, (n 47) § 16a kn. 29 – 30; Möllenkamp and Shmatenko, (n 12) Teil 13.6, kn. 31; Kumpan (n 14) § 2 kn. 83.

53 Kumpan (n 14) 2 kn. 83.

II. MERKEZİYETSİZ FİNANS KAPSAMINDA GERÇEKLEŞTİRİLEBİLECEK ÇEŞİTLİ İŞLEM TÜRLERİ

A. LİKİDİTE MADENCİLİĞİ (YIELD FARMİNG)

Yield Farming ya da diğer bir deyişle likidite madenciliği kavramı, merkezi olmayan borsalardaki (DEX) katılımcıların yani piyasa yapımcıların, bir piyasada likidite sağlayıp bunun karşılığında bir gelir elde ettikleri mekanizmayı ifade eder. Likidite madenciliği, merkeziyetli finans sisteminde bankaların sahip olduğu kredi verme faaliyetini ikame eder. Gerçekten likidite madenciliğinde, elinde belirli bir kripto para bulunduran kişi, elindeki bu kripto varlıktan gelir elde etmek amacıyla bunu merkeziyetsiz borsalar aracılığı ile başkalarına borç verir. Merkeziyetsiz borsalar da kendi sistemlerinde yapılan işlemlerden elde ettikleri komisyonlardan bir kısmını bu likiditeyi sağlayan kişilere öder. Bu şekilde sisteme kripto varlık sokan kişiler, bankaların verdiği mevduat faizine benzer bir gelir elde ederken sistemden borç alan kişilere de bu sayede finansman sağlanmış olur. Bu da bankaların sunduğu kredi verme hizmetine benzetilebilir. Burada belirtilmesi gereken önemli hususlardan bir tanesi de merkeziyetsiz borsalar üzerinden gerçekleştirilen bu işlemler akıllı kontratlar vasıtasıyla yapılabilmektedir. Dolayısıyla likidite madenciliğinin temelini akıllı kontratlar oluşturmaktadır⁵⁴.

Likidite madenciliği çeşitli merkeziyetsiz borsalar üzerinden yapılabilmektedir. Bunlardan en önemlileri arasında Compound, Synthetix, Aave, Uniswap, Balancer gibi merkeziyetsiz borsalar sayılabilir.

Likidite madenciliğinin en önemli özelliği olan ve onu merkeziyetsiz finans (Defi) aracı haline sokan husus blokzincir ve ona bağlı olarak akıllı kontratlar aracılığı ile adeta kendi kendine çalışan bir borç verme – borçlanma mekanizması sunuyor olmasıdır⁵⁵. Bu yönüyle merkezi bir otorite olan bankalar denklemden çıkartılmakta ve yeni bir finans ağı kurulmuş olmaktadır.

B. STAKING

Staking işlemi yukarıda değinilen likidite madenciliğine benziyor olsa da ondan ayrılan yönleri vardır. Stakingin iki türünden bahsedilebilir: Bunlardan birincisi, stakingin “proof of stake” (hisse ispatı) adı verilen sistemin işleyebilmesi için ihtiyaç duyulan bir işlem olmasıdır. Gerçekten proof of stake sistemi, bitcoinin işletim sistemi olan proof of work (iş ispatı) sisteminin aksine ne kadar çok madencilik yapıldığından bağımsız olarak, sisteme ne kadar kripto para kilitlendiğine bağlı olarak sistem üzerinde kullanıcıya oy hakkı tanımaktadır. Blokzincir ağı üzerinde gerçekleşen bir işleme belirli oranda kullanıcı onay verdikten sonra o işlem gerçekleşebilmektedir⁵⁶. İşte proof of stake

54 Sert (n 6) 17. Ayrıca bkz. ve krşl. Georg Langheld and Christian Haagen, ‘Decentralized Autonomous Organizations – verbandsrechtliche Einordnung und Gestaltungsmöglichkeiten’ (2021) Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 724, 725.

55 Sert (n 6) 18.

56 Schäfer and Eckhold, (n 47) § 16a kn. 25; Florian Schröder, ‘Protokoll zum 172. Bochumer Steuerseminar für Praktiker und Doktoranden vom 12. März 2021’ (Kompetenzzentrum Steuerrecht 2021) <https://www.kompetenzzentrum-steuerrecht.de/MEDIEN/publikationen/Protokoll_172._Bochumer_Steuerseminar_final.pdf?m=161.666.9816&>

sisteminde de kullanıcı, sisteme ne kadar çok kripto para kilitlerse o ölçüde oy hakkı olmakta ve buna bağlı olarak daha fazla işlem onaylayıp sistemden daha çok gelir elde edebilmektedir⁵⁷. Oysa ki bitcoinin çalışma prensibi olan proof of work sisteminde kullanıcı ne kadar çok madencilik yaparsa o denli onay işlemi yapabilmektedir⁵⁸. Bu da aşırı enerji tüketimini beraberinde getirmektedir.

Sisteme kripto para kilitleyip işlemlere bu kullanıcılar tarafından onay verilmesi suretiyle proof of stake sistemindeki bir işlemin gerçekleşmesi mümkün olmaktadır. Dolayısıyla staking, proof of stake sistemi üzerindeki işlemlerin onaylanabilmesi için bir gereklilik iken; likidite madenciliği ise salt gelir elde etmek amacıyla yapılan bir işlemdir.

Stakingin diğer bir türü ise “bir hizmet olarak staking” [Staking-as-a-Service (SaaS)] adı verilen türdür⁵⁹. Proof of stake sürecine katılan kullanıcılar, sahip oldukları kripto paralar üzerinden pasif gelir adı verilen bir gelir de elde etmektedirler. Bu gelir, merkezileti finans alanındaki banka mevduat faizlerine benzetilebilir. Elinde proof of stake niteliğinde kripto para bulduran kullanıcılar, ellerindeki bu kripto paraları, proof of stake sistemini kullanan bazı internet sitelerinin sistemlerine kilitleyerek kilitledikleri süre için bir pasif gelir elde etmektedirler. Bu yolu seçen proof of stake niteliğindeki kripto para sahipleri, proof of stake sisteminde onay verme faaliyetlerine katılmak yerine ellerindeki kripto paraları sadece faiz getiren bir varlık olarak kullanmayı tercih etmektedirler.

Öte yandan belirtmek gerekir ki staking faaliyeti, kripto paralarda deflasyon yaratmak için de faydalanılan bir yöntemdir. Gerçekten bu sayede piyasada bulunan kripto paralar kilitlenerek pasif bir konuma çekilmiş olduğundan piyasadaki işlemlere daha az konu olmaktadır. Bu sayede de ilgili kripto para türünün değerinin korunması mümkün olmaktadır.

C. BLOKZİNCİR ÜZERİNDE DOĞRUDAN FON TOPLAMA (ICO= INITIAL COIN OFFERING)

ICO kavramı blokzincir teknolojisi kullanılarak yatırımcılardan kripto para formunda bir risk sermayesi toplanması anlamını taşımaktadır⁶⁰. Bu şekilde sermaye toplama faaliyeti özünde bir fon toplama faaliyeti teşkil etmektedir. Ödenen sermaye karşılığında şirket payı ya da hissesi alınması yerine ICO kapsamında firmalar bir kripto para formunda tokenlar dağıtmakta olup daha sonra yatırımcılar bu tokenları ödeme aracı ya da değer yatırımı olarak değerlendirebilmektedirler⁶¹.

accessed 12.08.2021, 6 – 7.

57 Schröder (n 56) 6-7.

58 Kaulartz and Matzke (n 44) 3278.

59 Umut Sezer, ‘Çağımızın pasif gelir elde etme yöntemi kripto para staking seçenekleri nelerdir?’ (HWP, 30.07.2021), <<https://hwp.com.tr/cagimizin-pasif-gelir-elde-etme-yontemi-kripto-para-staking-secenekleri-nelerdir-189821>> Erişim Tarihi: 17.08.2021.

60 Jennifer Espich, ‘Potenziale der Blockchain-Technologie für die Finanzindustrie in Deutschland’ (Master thesis, Hochschule Landshut 2019), 31.

61 Michaela Hönig, ‘Initial Coin Offering Studie zu Kryptowährungen und der Blockchain-Technologie’, (Frankfurt University of Applied Sciences 2018) <https://www.frankfurt-university.de/fileadmin/standard/Hochschule/Fachbereich_3/Kontakt/Professor_inn_en/Hoenig/20180502_Bitcoin_Studie_fra_uas_Hoenig_V1.0.pdf> accessed 22.08.2021, 8.

ICO kavramı bir yönüyle yatırım tokenı/ menkul kıymet tokenı (investment token/ security token) kavramına benzemektedir. Fakat yatırım ya da diğer bir deyişle menkul kıymet tokenları, ICO'nun aksine, sahibine klasik finans araçlarında olduğu gibi belirli bir süre sonra gelir elde etme hakkı temin eden ve klasik anlamdaki kıymetli evraklara ya da hisse senetlerine benzeyen tokenlardır. Diğer bir deyişle menkul kıymet/ yatırım tokenları, fiziksel değerler ile desteklenmekte olup bu tokenları edinen kişiler bir malvarlığı değeri ya da bir işletme kazancı sahibi olmaktadır. Ancak ICO kavramında sadece bir yatırım söz konusu olup bu yatırım karşılığında yatırımcılar şirketin payını ya da kârını edinmemektedirler⁶².

ICO henüz hukuki olarak düzenlenmemiş bir fon toplama yöntemi olup grup finansmanı olarak da anılmaktadır. İşletme modelleri kripto paralar temelinde kurulan ve bu alanda global ya da yerel düzeyde herhangi bir düzenlemenin bulunmamasını fırsat olarak gören şirketlerin sermaye toplamada başvurduğu yeni bir araçtır. Sermaye oluşturmanın yeni ve dijital bir biçimi olan bu yöntem ile firmalar borsaların katı bir şekilde düzenlenen sermaye toplama süreçlerini ya da diğer bir deyişle borsaya açılma süreçlerini (*IPO= Initial Public Offering*) dolanmış olmaktadır. Bir ICO sürecinde şirket adına yeni yaratılan bir kripto para, yatırımcıların tedavüldeki basılı paralar ya da diğer kripto paraları şirkete sermaye olarak yatırmaları karşılığında kendilerine değiş tokuş edilmektedir⁶³.

Öte yandan ICO konusunda henüz herhangi bir hukuksal düzenleme bulunmadığından ICO gerçekleştirmek için belirli bir şirketin kurulmuş olması gerekmemektedir. Dolayısıyla gerçek kişiler de sermaye toplamak amacıyla teknik olarak token ihraç edebilir veya diğer bir deyişle topluluklara bunu sunabilir⁶⁴.

D. BLOKZİNCİR ÜZERİNDE VARLIK TOKENLAŞTIRMA

Blokzincir üzerinde varlık tokenlaştırma da merkeziyetsiz finans kapsamında gerçekleştirilebilecek işlem türlerinden bir diğeridir. Bu kapsamda yukarıda açıklandığı üzere⁶⁵ hizmet tokenı (utility token) gibi bir eşya ya da hizmet üzerindeki hakkı tesis eden (buna NAGA Coin örnek verilebilir)⁶⁶ ya da yatırım tokenı/ menkul kıymet tokenı (investment token/ security token) gibi sahibine klasik finans araçlarında olduğu gibi belirli bir süre sonra gelir elde etme hakkı temin eden ve klasik anlamdaki kıymetli evraklara ya da hisse senetlerine benzeyen tokenlar söz konusu olmaktadır⁶⁷. Bu şekilde özellikle bir eşya üzerinde birden fazla kişi arasında mülkiyet tesis edilebilmekte olup diğer bir deyişle bir malvarlığı değeri blokzincir üzerinde tokenlaştırılmak suretiyle paylara bölünebilmektedir. Bu

62 Espich (n 60) 102.

63 Hönig (n 61) 7; Patrick Schueffel, 'The Concise Fintech Compendium', (*Fintech Vitalizing Banking* 2017) <<http://schueffel.biz/wp-content/uploads/2017/09/Schueffel-2017-The-Concise-FINTECH-COMPENDIUM.pdf>> accessed 23.08.2021, 15.

64 Hönig (n 61) 7.

65 Bkz. I C 2 c altında yapılan açıklamalar.

66 Kumpan (n 14) § 2 kn. 83 – 84.

67 Schäfer and Eckhold, (n 47) § 16a kn. 29 – 30; Möllenkamp and Shmatenko, (n 12) Teil 13.6, kn. 31; Kumpan (n 14) § 2 kn. 83.

yolla ilerleyen yıllarda taşınmazlar üzerindeki mülkiyetin de blokzincir üzerinde tokenlaştırılması suretiyle mülkiyetin çeşitli kişiler arasında bölüştürülmesi gündeme gelebilecektir. Blokzincir üzerinde varlık tokenlaştırılması suretiyle merkezizetsiz bir düzen içerisinde malvarlığı değerlerinin mülkiyeti tesis edilebilmekte ve güvenli bir şekilde el değiştirebilmektedir⁶⁸.

E. BLOCKCHAIN KULLANARAK BORÇ VERME

Burada konunun daha iyi izahı bakımından bunlardan belki de en önemlilerinden biri olan MakerDAO akıllı kontratı hakkında bilgi vermekte fayda vardır. MakerDAO akıllı kontratının MKR isimli bir kripto para birimi bulunmaktadır. Bu kripto para birimine sahip olan kullanıcılar bu akıllı kontrat üzerinde oy hakkına sahip olmaktadır. Ayrıca bu akıllı kontratın DAI isimli bir sabit kripto para birimi de bulunmaktadır. Kullanıcılar, MakerDAO isimli akıllı kontrat üzerinden ellerinde bulunan kripto paraları teminat olarak göstermek suretiyle sistemin kripto para birimi olan ve her zaman 1 Amerikan Dolarına eşit ya da yakın olan sabit bir kripto para birimi niteliğindeki DAI üretebilmektedirler. Kullanıcılar sisteme teminat olarak koydukları 150 birim kripto paralarına karşılık (ki bu MakerDAO'da Ethereum olabilir; çünkü MakerDAO Erc-20 ağı üzerine kuruludur.) 100 birim DAI elde etmektedirler. Daha sonra bu DAI'leri kripto para borsalarında Amerikan Dolarına çevrilip harcaayabilmektedirler. Daha sonra sisteme teminat olarak yatırılan kripto para (Ethereum) sistemden geri çekilmek istendiğinde kripto para borsaları üzerinden DAI satın alınmakta ve tekrar MakerDAO üzerinden bu DAI'ler sisteme sokularak kullanıcılar teminatlarına kavuşabilmektedirler⁶⁹. Dolayısıyla sisteme adeta Ethereumlar teminat gösterilmek ya da diğer bir deyişle ipotek edilmek suretiyle sistemden 150 birim Ethereum karşılığında 100 birim DAI kredi olarak kullanılmaktadır. Bu işlem için sisteme kullanıcı tarafından belirli bir yüzde oranında ödeme yapılmaktadır. Bu ödemeye istikrar komisyonu denmektedir. Bunun özü sisteme, kredi olarak alınan DAI için bir faizin ödeniyor olmasıdır. Sistemden ne kadar çok DAI çekilirse piyasada o kadar çok DAI olacağından DAI'nin değeri bu durumda 1 Amerikan Dolarının altına düşecektir. DAI'nin değerinin 1 Amerikan Dolarına yaklaştırılması için kullanıcıların ortak kararı ile sistemden çekilen DAI için ödenecek faizin oranı artırılır. Sistemden DAI borç almanın maliyeti böylece artacağı için DAI talebi azalacak ve DAI'nin değeri artıp yeniden 1 Amerikan Dolarına yaklaşacaktır. Bu nedenle klasik merkezizetli finasta bankadan çekilen kredi faiz oranına benzetilebilecek istikrar komisyonu oranının miktarı DAI'nin değerinin 1 Amerikan Dolarına yaklaşık uzaklaşmasına göre belirlenmektedir⁷⁰.

Bu sistemin avantajlı yanı, merkezizetli finans aracı olarak bankalardan alınan kredilerin aksine, kullanıcıların bürokrasi ile ya da kredi notu ile uğraşmamalarıdır. Ayrıca sisteme yatırılan 150 birim teminat karşılığı sistemden 100 birim DAI alınabilmesinin sebebi de, kripto paralardaki

68 Bu hususta ayrıca bkz. Kaulartz and Matzke (n 44) 3280.

69 Sert (n 6) 18.

70 Bu hususta bkz. Maker Team, 'Das DAI Stablecoin System-Whitepaper' <<https://makerdao.com/whitepaper/Dai-Whitepaper-Dec17-de.pdf>> Erişim Tarihi: 22.07.2021; Ayrıca bkz. <https://coingenius.news/tr/makerdao-slashes-stability-fees-as-stablecoin-demand-wanes/>, erişim tarihi: 22.07.2021.

aşırı dalgalanmalardır. Gerçekten sisteme teminat olarak yatırdığınız ve üzerinden gelir elde etmek istediğiniz 150 birim Ethereum bir anda aşırı değer kaybedebilir. Bu nedenle sisteme yatırılan paranın daha altında bir tutarın kullanıcılara DAI olarak verilmesi esas benimsenmektedir. Ethereum aşırı değer kaybettiğinde teminat olarak yatırdığınız Ethereum sistem tarafından otomatik olarak bozdurulmaktadır.

Burada önemle vurgulanması gereken bir husus da şudur ki, merkeziyetsiz finans (Defi) aracı olan bu tür merkeziyetsiz borsaların tek elden yönetildiğini söylemek pek mümkün değildir. Gerçekten bu merkeziyetsiz finans araçları örneğin MakerDAO'nun temelinde yer alan Maker Protokolü, Maker Vakfı tarafından geliştirilmiştir. Fakat bu ağ üzerinde yapılan işlemler katılımcıların onayı ile ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle merkeziyetsiz finans araçlarının sahibinin bulunduğunu söyleyebilmek ya da tek bir merkezden yönetildiğini söylemek merkeziyetli finans araçlarına göre çok zordur. MakerDAO platformunun temelini oluşturan Maker Protokolü, Maker (MKR) bulunduranlar tarafından yönetilmektedir. Bu ağda elinde en çok Maker (MKR) bulunduran kişilerin en çok oy hakkı bulunmakta olup yapılan işlemlere verilen onaylar bu oy haklarına göre belirlenmektedir.

III. TÜRK HUKUKUNDA MERKEZİYETSİZ FİNANS FAALİYETLERİNİN TABİ OLDUĞU HUKUKİ DÜZENLEMELER

Türk hukukunda merkeziyetsiz finans faaliyetleri hakkında şu an için düzenleyici bir işlem bulunmamaktadır. Bu konuda sadece Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından çıkartılan ve 16.04.2021 gün ve 31456 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik'te sınırlı bir düzenleme bulunmaktadır. Bu Yönetmelik m. 3 ve 4'te şu hükümler getirilmiştir:

“Ödemelerde kripto varlıkların kullanılmaması

MADDE 3 – (1) *Bu Yönetmeliğin uygulanmasında kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtım yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder.*

(2) *Kripto varlıklar, ödemelerde doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılamaz.*

(3) *Kripto varlıkların ödemelerde doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılmasına yönelik hizmet sunulamaz.*

Ödeme hizmetlerinin sunulmasında ve elektronik para ihracında kripto varlıkların kullanılmaması

MADDE 4 – (1) *Ödeme hizmeti sağlayıcıları, ödeme hizmetlerinin sunulmasında ve elektronik para ihracında kripto varlıkların doğrudan veya dolaylı olarak kullanılacağı bir şekilde iş modelleri geliştiremez, bu tür iş modellerine ilişkin herhangi bir hizmet sunamaz.*

(2) *Ödeme ve elektronik para kuruluşları, kripto varlıklara ilişkin alım satım, saklama, transfer veya ihraç hizmeti sunan platformlara veya bu platformlardan yapılacak fon aktarımlarına aracılık edemez.”*

Görüldüğü üzere kripto varlıkların tanımı yapılmış ve bu kripto varlıkların sadece ödemelerde kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Buradan hareketle ödeme aracı olarak kullanılmadığı sürece kripto varlıkların oluşturulması, işletilmesi ve kullanılması şu an için hukukumuzda serbesttir⁷¹. Ancak bu konuda T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın yeni bir düzenleyici işlem yapma hazırlığı içinde olduğu bilinmektedir.

Öte yandan bu konuda eleştirilmesi gereken hususlardan biri merkezियetsiz finans alanında yapılacak düzenleyici işlemin yönetmelik düzeyinde kalmasıdır. Finans alanında yapılan ve çok yaygın etkileri olacak bir düzenleyici işlemin muhakkak kanun seviyesinde olması gerekir. Özellikle bu alanda merkeziyetsiz finans araçları hakkında yapılan düzenlemelerin kişilerin mülkiyet haklarını sınırlandırdığı göz önünde tutulduğu takdirde Anayasa m. 35/ 2 gereği bu konudaki bir sınırlandırmanın sadece kanunla yapılması gerekir. Nitekim bu konuda merkeziyetli finans alanında yapılan düzenlemelerin ve kısıtlamaların kanunla yapılıyor olması, aynı güvenceden merkeziyetsiz finans araçlarının da faydalanması gerektiği yönündeki görüşümüzü destekler niteliktedir. Örneğin merkeziyetli finans alanında en önemli düzenlemelerden olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu, 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun'un bu şekilde olduğu görülmektedir. Bu bakımdan kanımızca merkeziyetsiz finansın da tıpkı merkeziyetli finans araçlarının tabi olduğu esas ve usullere benzer şekilde düzenlenmesi bir zorunluluktur.

IV. MERKEZİYETSİZ FİNANS FAALİYETLERİNİN İZİNSİZ BANKACILIK FAALİYETİNDE BULUNMA SUÇU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 150/1'de izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma eylemi suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre;

“Madde 150 — Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın banka gibi faaliyet gösteren ya da mevduat kabul eden yahut katılım fonu toplayan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu suçun bir işyeri bünyesinde işlenmesi hâlinde bu işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.”

Bankacılık Kanunu m. 150/1'de suç sayılan eylemler, “Banka gibi faaliyet gösterme”, “mevduat kabul etme” ya da “katılım fonu toplama” faaliyetleridir. Bu bakımdan merkeziyetsiz finans faaliyetlerinin bu eylemlerin kapsamında kalıp kalmadığı incelenmelidir.

71 Bkz. ve krşl. İmamoglu (n 2) 118 – 119.

B. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

İzinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçuyla korunan hukuki değer bankacılık düzenidir⁷². Bu hukuki değer toplumun genelinin sahip olduğu bir nitelik taşımakta olup ekonomik hayatın sağlıklı bir şekilde işlemesi bu suç tipi ile güvence altına alınmak istenmiştir. Ekonomi düzenini koruyacak bu tür bir suç tipi bulunmadığı takdirde banka ve finans sektörünün sahip olduğu ayrıcalıklar ve işlev ortadan kalkacaktır. Gerçekten bu tür bir suç tipine yer verilmesi suretiyle yasadışı yapılanmaların ortaya çıkması ve ekonomik düzenin temelini sarsacak türden bankacılık benzeri paralel bir düzenin oluşmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Diğer taraftan toplumun bankacılık ve finans düzenine ve bu düzenin kurumlarına duyduğu güvenin de bu suç ile korunmakta olduğu söylenebilir⁷³. Son olarak bu suç tipi ile kişilerin mülkiyet haklarının korunduğu da savunulmaktadır⁷⁴.

C. BANKA GİBİ FAALİYET GÖSTERME

I. GENEL OLARAK

Merkeziyetsiz finans araçları ile gerçekleştirilen işlemlerin izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçuna yol açıp açmayacağı incelenirken bankacılık faaliyetlerinin neler olduğu konusunda 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 4'teki sınırlayıcı şekilde⁷⁵ yapılan sayımdan faydalanılabilir. Bu sayımda merkeziyetsiz finans araçları bakımından özellik ve benzerlik gösteren kısım şu şekildedir: “Bankalar, diğer kanunlarda öngörülen hükümler saklı kalmak kaydıyla aşağıda belirtilen faaliyetleri gerçekleştirebilirler:

a) *Mevduat kabulü.*

b) *Katılım fonu kabulü.*

c) *Nakdî, gayrinakdî her cins ve surette kredi verme işlemleri...*”

Merkeziyetsiz finans araçlarına benzerliği bakımından ele alınabilecek üç faaliyet alanı mevduat kabulü, katılım fonu kabulü ve kredi verme faaliyetidir. Mevduat kabul etme ve yatırım fonu kabul etme faaliyetlerine aşağıda ayrıca yer verilecektir. Bu nedenle bu başlık altında sadece kredi verme faaliyeti ele alınacaktır.

72 Hakan Karakehya, ‘İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu’ (2008) LXVI (1) İÜHF 63, 72; Selman Dursun, *Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, (Seçkin 2006) 196.

73 Hamide Zafer, ‘Tefecilik Suçu (TCK m. 241)’ (2018) 4(2) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, 77; Asuman Aytekin İnceoğlu, ‘Bankacılık Kanunu’nda Yer Alan Suçlar’ (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2006) 146; Davut Gürses, ‘İzinsiz Faaliyette Bulunmak Suçu’ (2012) 23(80) Bankacılar Dergisi 29, 32; Çağatay Çınar, ‘6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’ndaki Usulsüz Halka Arz ve İzinsiz Faaliyette Bulunma Suçları’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019) 141.

74 Gürses (n 73) 32; Çınar (n 73) 141.

75 Aysel Gündoğdu, *Bankacılık Hukuku*, (6. Baskı, Seçkin 2019) 29; Aliye Akgün, *Mevduat Sözleşmeleri* (Seçkin 2020) 19. Aksi yönde bkz. İnceoğlu (n 73) 127.

Kredi verme faaliyeti, belirli bir faiz oranı karşılığında bankaların müşterilerine borç ya da avans vermesidir⁷⁶. Bu faaliyet merkezîyetli finans sisteminin en önemli araçlarından olup bu sistemin en önemli aktörlerinin başında gelen bankaların varoluş sebeplerinden bir tanesidir. Merkezîyetsiz finans araçları da esasen merkezîyetli finans araçlarına bir alternatif oluşturma amacıyla ortaya çıktığından aralarında çeşitli benzerlikler bulunmaktadır. Bu benzerliklerden hareketle yukarıda saydığımız çeşitli merkezîyetsiz finans araçlarının kredi verme faaliyeti olarak nitelendirilmesi mümkün olur ise bu durumda Bankacılık Kanunu m. 150'deki izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu oluşabilir.

Kredi verme eylemine benzerlik taşıyan merkezîyetsiz finans aracı, blokzincir teknolojisi kullanılarak borç verilmesidir. Yukarıda bu başlık altında özellikle MakerDAO akıllı kontratı örnek verilmişti⁷⁷. Blokzincir kullanılarak borç verme faaliyeti, adından ötürü kredi verme faaliyeti ile aynı anlamı taşıyor gibi algılanabilir. Ancak blokzincir kullanılarak borç verme faaliyetinin, bankaların verdiği kredilerden oldukça farklı yönleri bulunmaktadır. Kısaca bu farklılıklara ve bunun yanısıra benzerliklere değinmekte fayda vardır.

Her iki faaliyet arasındaki benzerlikler,

- Belirli bir miktarda paraya ihtiyacı bulunan kişilerin bu ihtiyaçlarının karşılanması.
- İhtiyacını kredi kullanarak ya da blokzincir teknolojisi üzerinden aldığı tutarla karşılayan kişinin bu tutarı iade etme yükümlülüğünün bulunması.
- Bu iade işlemi sırasında kullandığı kredi ya da borcun üzerinde bir tutarın iade edilmesinin gerekmesi.
- Kredi kullanan kişi faiz öderken; blokzincir teknolojisi ile borç alan kişi istikrar komisyonu ödemektedir.

İki faaliyet arasındaki farklılıklar ise,

- Bankadan kredi kullanan kişinin bu tutarı banka adı verilen fiziken belirlenebilen bir kurumdan alması söz konusu iken, blokzincir teknolojisi üzerinden borç alan kişinin bu tutarı kimden aldığı net olarak tespit edilememektedir.
- Kredi kullanan kişinin ne kadar faiz ödeyeceği krediyi kullandığı an belli ve sabit iken blokzincir teknolojisi üzerinden borç alan kişinin ödeyeceği istikrar komisyonu oranı sürekli şekilde değişebilmekte olup sabit değildir.
- Kredi kullanmak için her zaman bir ipotek işlemi yapmak gerekmeseyse de, blokzincir üzerinden borç alınırken örneğin MakerDAO'da sisteme 100 birim borç karşılığında muhakkak 150 birim kilitlenmelidir.

⁷⁶ Gündoğdu (n 75) 34; Akgün (n 75) 20.

⁷⁷ Bkz. yukarıda II E başlığı altında yapılan açıklamalar.

- Bankadan kredi kullanan kişi bu tutarı para ya da gayri nakdi şekilde alabilirken blokzincir üzerinden borç alan kişi kripto para ile bu tutarı elde etmekte; daha sonra bu şekilde elde ettiği kripto parayı, arzu ederse kripto para borsalarına sokarak dolar ya da diğer para birimlerine çevirmek suretiyle harcayabilmektedir.

- Kredi kullanan kişinin kullandığı krediden elde edilen kar bankanın mülkiyetine geçmekte iken, blokzincir teknolojisi üzerinden elde edilen kar sisteme kalmakta ve sistemin paydaşları arasında oy hakları doğrultusunda dağıtılmaktadır. Dolayısıyla blokzincir teknolojisi üzerinden borç alma faaliyeti sonucu elde edilen karın kime kaldığının tespiti oldukça zorlaşmaktadır. Çünkü bu faaliyete binlerce, onbinlerce paydaş katılabilmektedir.

- Bununla bağlantılı olarak kredi verme süreci banka tarafından yürütülmekte iken blokzincir üzerinden borç verme eylemi pek çok kişinin bir araya gelmesi ve bu işleme onay vermesi ile gerçekleşmektedir.

İki faaliyet arasında bu denli farklılıkların bulunması, merkeziyetsiz finansın, merkeziyetli finansın özelliklerine karşı geliştirilmiş bir sistem olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de merkeziyetsiz finans, merkeziyetli finanstaki tekelleşme ve bu tekelleşmenin bankalar ya da kredi kuruluşları tarafından kötüye kullanılmasına karşı bir alternatif yol olarak ortaya çıkmıştır.

Bu açıklamaların ardından blokzincir kullanılarak borç verme faaliyetinin Bankacılık Kanunu m. 150'deki "banka gibi faaliyet gösterme" eylemine uyup uymadığı incelenmelidir. İlk bakışta suç tipinde yer verilen "banka gibi faaliyet gösterme" ibaresinin belirlilik ilkesine uygun düşmediği düşünülebilir. Belirlilik ilkesine göre suç tipinde yer verilen eylemlerin hiçbir şüpheye yer bırakmayacak surette net ve anlaşılır olması gerekmektedir⁷⁸. Ancak kanunkoyucu banka gibi faaliyet gösterme eylemine yer verirken Bankacılık Kanunu m. 4'te sınırlı şekilde saydığı faaliyetleri kastetmiştir⁷⁹. Dolayısıyla Bankacılık Kanunu m. 4'te bankacılık faaliyetleri açık ve net olarak sayıldığı için bu düzenleme belirlilik ilkesini ihlal etmemektedir. Buna karşılık Bankacılık Kanunu m. 4'teki faaliyetlerin bir defaya mahsus izinsiz olarak yapılmasının yeterli olup olmadığı; bu faaliyetlerin düzenli olarak izinsiz şekilde gerçekleşmesinin gerekip gerekmediği ise tartışmalıdır⁸⁰. Bu konuda kanımızca suçun oluşması için Bankacılık Kanunu m. 150 uyarınca banka gibi faaliyet göstermenin fail tarafından hiçbir şüpheye yer bırakmayacak ölçüde dış dünyaya yansıtılmış olması gerekir. Bu noktada bu davranışların bir defalık icra edilmesi ile failin bu yönde bir iradesinin bulunduğunu dış dünyaya yansıtılmış olduğunun kabul edilmesi mümkün olmayacaktır⁸¹. Dolayısıyla maddi unsur ile manevi unsur bir arada ele alınarak bir sonuca ulaşılmalıdır.

78 Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Baskı, Seçkin 2020) 123; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. Baskı, Adalet 2020) 51; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (16. Baskı, Seçkin 2020) 132; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (11. Baskı, Seçkin 2020) 70; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (13. Baskı, Seçkin 2020) 58; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6. Baskı, Adalet 2019) 107.

79 Çiğdem Güven, 'Bankacılık Faaliyetine İlişkin Ceza Sorumluluğu', (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2016) 157 vd.

80 Dursun (n 72) 202; Güven (n 79) 157.

81 Gürses (n 73) 36.

Blokszincir üzerinden borç verme faaliyetinin “banka gibi faaliyet gösterme” olarak nitelenebilmesi için;

- Blokszincir üzerinden borç verme eylemini işleyen failin belirlenebilir olması,
- Bu eylemin objektif olarak Bankacılık Kanunu m. 150’de ifade edilen “banka gibi faaliyet gösterme” eyleminin kapsamında kalıyor olması; diğer bir deyişle suçun maddi unsurunu gerçekleştirilmesi;
- Bu eylemin gerçekleşmesini sağlayan sürece katılan her bir kişinin, yaptığı bu faaliyetin yani onay verdiği borç verme işleminin “banka gibi faaliyet gösterme” eylemini oluşturduğunun bilincinde olması; diğer bir deyişle kasten hareket etmiş olması;

Bu eylemin cezalandırılabilmesi için;

- Bu eylemi gerçekleştiren her bir kişinin bu faaliyetin haksızlık teşkil ettiği hususunda bir bilince sahip olması; diğer bir deyişle haksızlık bilincinin bulunması gerekmektedir.

2. MADDİ UNSUR BAKIMINDAN

A. FAIL

Maddi unsur bakımından tartışılması gereken ilk husus fail kavramıdır. Blokszincir üzerinden borç verme eyleminin gerçekleşmesini sağlayan kişiler öncelikle ele alınmalıdır. Bu nedenle bu suçun oluşması bakımından, merkeziyetsiz finans alanında çeşitli şekillerde faaliyet gösteren kripto para kullanıcılarının, madencilerin, kripto para borsalarının, merkeziyetsiz borsaların, cüzdan sağlayıcıların ya da kripto paraları ilk olarak üreten ve ortaya çıkan kaşif adı verilen kişilerin fail olma imkanları bulunmamaktadır⁸². Çünkü bu sùjeler blokszincir üzerinden borç verme faaliyetine katılmamaktadır. Burada bu işlemlere onay verme faaliyetini gerçekleştiren kişilere yoğunlaşmak gerekmektedir. Staking faaliyeti bakımından ise aşağıda mevduat kabul etme eylemi altında fail unsuru hakkında yapılan açıklamalara bakılmalıdır.

Merkeziyetsiz finasta işlemler, merkezi bir kurum tarafından gerçekleştirilmediği için, örneğin MakerDAO akıllı kontratı üzerinde gerçekleştirilen işlemlere onay vererek bu sistemin işlemlerini sağlayan kişilerin her birinin fail olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak bu durumda da en ufak bir işlem için dahi binlerce ve belki de onbinlerce kişinin tespit edilmesi gerekecektir. Bu ise neredeyse imkansız bir durumdur.

Ayrıca MakerDAO akıllı kontratını hazırlayan yazılımcıların ise burada fail olarak kabul edilebilmeleri mümkün değildir. Çünkü bu yazılımcılar MakerDAO isimli akıllı kontratın yazılımını yapmış olup akabinde sistemin işleyişine ve her bir onay verme işlemine müdahil olamamaktadırlar. Bu sistem merkeziyetsiz şekilde sadece kullanıcıların onayı ile çalışmaktadır.

82 Merkeziyetsiz finans araçlarının sùjeleri için bkz. Balcı (n 13) 216 vd.

B. MAĞDUR

Bu suçun mağduru toplumdur. Suçun koruduğu hukuki değer göz önünde tutulmak suretiyle mağdur belirlenmektedir⁸³. İzinsiz bankacılık faaliyeti eylemleri söz konusu olduğunda da mağdur toplumu oluşturan herkes olmaktadır. Bu açıdan bu eylemlerin muhatapları suçtan zarar gören olarak nitelendirilebilir. Fakat kanımızca blokzincir üzerinden borç verme faaliyetine katılan kişilerin bu suçtan zarar gören olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. Çünkü bu kişiler bu faaliyete kendi özgür iradeleri ile katılmakta olup bu faaliyete katıldıkları için herhangi bir olumsuz netice ile de karşılaşmamaktadırlar. Aksine bu faaliyet aracılığı ile malvarlıklarını artırma fırsatı bulmaktadırlar. Bu açıdan izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunun tefecilik suçu ile benzerlik taşımasından ötürü mağdur unsuru açısından bir kıyaslama yapıldığı takdirde her iki suçun mağdurunun da toplum olduğu söylenebilir. Ancak tefecilik suçunda borç para alan kimsenin suçtan zarar gören olarak kabulü mümkün olmasına rağmen⁸⁴ izinsiz bankacılık faaliyeti suçu bakımından blokzincir üzerinden borç verme faaliyetine katılan tarafların suçtan zarar gören olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. Çünkü tefecilik suçunda borç alan kimse çoğu zaman piyasanın oldukça üstünde bir faiz oranı ile borçlanmakta iken blokzincir üzerinden borç verme faaliyeti genellikle bu şekilde ölçüsüz bir fark içermemektedir.

C. EYLEM

AA. BANKA GİBİ FAALİYET GÖSTERME EYLEMİ

Blokzincir üzerinden borç verme faaliyetinin, “banka gibi faaliyet gösterme” eyleminin kapsamında olduğunun söylenebilmesi için objektif olarak bankacılık faaliyetlerinden birini oluşturması gerekir. Blokzincir üzerinde borç verme faaliyeti maddi anlamda esasen bankanın verdiği krediden çok farklı değildir. Çünkü belirli bir tutara ihtiyaç duyan biri bankaya değil blokzincir sisteminde kurulu bir akıllı kontrata başvurarak bu akıllı kontratın kurallarına uymak suretiyle istediği tutardaki kripto paraya ulaşabilmektedir. Ayrıca kredi verme faaliyetinin özünde yer alan verilen krediden ya da borçtan fazlasının geri alınması kuralı blokzincir üzerinde gerçekleştirilen borç verme işlemleri bakımından da geçerliliğini korumaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere blokzincir üzerinden borç alındığında faiz yerine istikrar komisyonu adı verilen bir tutar sisteme ödenmektedir. Bu noktada faiz yerine istikrar komisyonu adı verilmesi, faaliyetin özünü etkilememektedir. Tüm bu açıklamalardan hareketle aslında blokzincir üzerinden borç verme işleminin, kredi verme faaliyetinden başka bir şey olmadığı söylenebilir. Bu yorumun temelinde bu faaliyetin sadece banka ve kredi kuruluşlarına özgü olması da yatmaktadır. Ancak izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunun oluşması için, blokzincir üzerinden borç verme faaliyetinin, salt objektif olarak “banka gibi faaliyet gösterme” eylemine uyması yeterli değildir. Ayrıca aşağıdaki unsurların da gerçekleşmesi gerekmektedir.

83 Özgenç (n 78) 175; Zafer (n 73) 79; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 78) 213. Ayrıca bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 78) 372; Koca ve Üzülmöz (n 78) 114 – 115; Akbulut (n 78) 383.

84 Zafer (n 73) 81. Borç alan kişinin tefecilik suçunun mağduru olduğu görüşü için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 83) 947 – 948.

Öte yandan bankadan alınan her kredi için ipotek işlemi yapılmadığı; ancak örneğin MakerDAO üzerinden borç alınmak istendiği takdirde borç alınacak her 100 birim tutar için sisteme mutlaka en az 150 birim tutarın kilitlenmesi gerektiği ve bunun da bankaların verdiği kredi ile birebir örtüşmediği söylenebilir de kanımızca bankalar her kredi işleminde ipotek işlemi yapmasalar dahi mutlaka kredi kullanıcısının malvarlığına ve kredisini ödeme gücünün bulunup bulunmadığını gösteren kredi notuna baktığı için aslında her iki faaliyet bu noktada da kesişmektedir.

BB. TEFECİLİK EYLEMİNDEN FARKI

Tefecilik suçu TCK m. 241'de topluma karşı suçlar kısmında düzenlenmiş olup “kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para vermek” şeklinde tanımlanmıştır. Tefecilik suçunun kanundaki tanımı oldukça geniş bir kapsama sahip olup özellikle aşırı faydalanma ya da gabin unsuruna suç tipinde yer verilmemesinin büyük bir eksiklik olduğu öğretiler sürülmektedir⁸⁵.

Blokszincir üzerinden borç verme faaliyeti, izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma eylemi bakımından değerlendirilirken bu eylemin tefecilik suç tipine uyup uymadığı hususuna da değinmekte fayda bulunmaktadır. Bu sayede tefecilik ve izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçları arasındaki farklılık da ortaya konulabilir. Tefecilik suçunda kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para vermek eylemi söz konusu olup bu ödünç para verme eyleminin bir meslek haline getirilmesi durumunda artık tefecilik suçunun değil izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunun oluşacağı söylenmelidir. Bu iki suç arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmayıp⁸⁶ eylemin ilk defa gerçekleştirildiği durumlarda ya da düzenli olarak gerçekleştirilmediği durumlarda tefecilik suçu; eylemin düzenli bir faaliyet şeklinde adeta bir meslek olarak gerçekleştirildiği durumlarda borç verilen tutarların boyutu da göz önünde tutularak izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu oluşacaktır⁸⁷.

Her iki suç tipi incelendiğinde, blokszincir üzerinden borç verme faaliyetine katılan kullanıcıların bu faaliyeti düzenli gerçekleştirip gerçekleştirmedikleri ve yaptıkları işlemlerin maddi açıdan değeri esas alınarak bir sonuca ulaşılmalıdır. Fakat bu faaliyetin kullanıcılar tarafından düzenli ve sürekli olarak gerçekleştirildiği söylenebilir de blokszincir üzerinden borç verilecek tutarların oldukça düşük bir tutar teşkil etmesi söz konusu olabilir. Bu unsurlar değerlendirilerek her somut olay özelinde eylemin kimi zaman tefecilik kimi zaman izinsiz bankacılık suçunun tanımına uyması mümkün olabilir⁸⁸.

85 Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (15. Baskı, Seçkin 2020) 944; Veli Özer Özbek, ‘Tefecilik Suçu’ (2010) 14 Ceza Hukuku Dergisi 29, 36 – 37; Zafer (n 73) 76. Ayrıca bkz. Zekiye Özen İnci, Tefecilik Suçu (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2017) 163.

86 Zafer (n 73) 75; Karakehya (n 72) 82-83; İnci (n 79) 53. Aksi yönde bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 85) 952.

87 Zafer (n 73) 75; Karakehya (n 72) 82 – 83; İnci (n 79) 53.

88 Karakehya (n 72) 77 – 78; İnci (n 79) 53.

3. MANEVİ UNSUR BAKIMINDAN

Blokszincir üzerinden borç verme işlemine onay vererek bu işlemin gerçekleşmesini sağlayan kullanıcıların eylemlerinin “banka gibi faaliyet gösterme” kapsamında değerlendirilebilmesi için bu eylemi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olmaları gerekir. Bunun anlamı bu işlemi gerçekleştirenlerin bu borç verme işlemine onay vererek ilgili akıllı kontratın banka gibi faaliyet gösterdiğinin farkında olmaları ve yine de buna rağmen bunu gerçekleştirmeleridir. Burada ortaya çıkan en önemli sorunlardan bir tanesi, bu işleme onay veren kullanıcıların bütün dünyaya yayılmış olmalarıdır. Dolayısıyla bu işleme katılan her kullanıcının bu tür bir eylemin bankacılık gibi faaliyet gösterme anlamına geldiğini bilmesi mümkün olmayabilir. Çünkü merkeziyetsiz finansın bankacılığa alternatif bir sistem olduğunun farkında bile olmadan bu sisteme dahil olan katılımcılar dahi söz konusu olabilir. Ancak buna rağmen bu tür teknik ve çetrefilli bir sisteme katılan kişinin bu sistemin içeriksel açıdan taşıdığı anlamı bilmediğini söylemek oldukça zordur. Şayet gerçekten bu faaliyetin banka gibi faaliyet gösterme anlamını taşıdığını bilmiyorsa en azından olası kastla hareket ettiği kabul edilebilir⁸⁹. Bu kişinin hiç sorgulamadan bu sisteme dahil olup bu denli teknoloji bilgisi gerektiren sisteme dahil olabilecek bilgisi bulunmasına karşın bu sistemde onay işlemi yapmanın ne anlama geldiğini bilmemesi pek mümkün gözükmemektedir.

4. HUKUKA AYKIRILIK BAKIMINDAN

Bu konuda araştırılması gereken diğer bir ihtimal ise blokszincir üzerinden borç verme işlemine katılan bir kullanıcının bu faaliyetin bir banka gibi faaliyet gösterme anlamına geldiğini bilmesine rağmen bunun bir hukuka uygunluk sebebi ile hukuka uygun hale geldiğini düşünmesidir. Örneğin bu kullanıcıların bir kanun ile bu işlemlere izin verildiğini düşünüyor olmaları mümkündür. Ya da merkeziyetli finans araçlarının ekonomik sisteme bir saldırı niteliği taşıdığını; bankacılık sisteminin ekonomik sistemi çökerten bir yapı olduğunu ve bu nedenle ekonomik sistemin bu saldırılara karşı korunabilmesi için merkeziyetsiz finans araçlarının kullanılması gerektiğini düşünerek adeta meşru savunma kapsamında hareket ettiklerini düşünüyor olabilirler.

Blokszincir üzerinden borç verme faaliyetine katılan kişilerin, bu davranışlarının, bankaların ekonomik sisteme bir saldırı teşkil ettiğini ve bankalara karşı merkeziyetsiz finans araçları ile ekonomik düzeni savunmak amacıyla meşru savunma kapsamında hareket ettiklerini düşünmeleri durumunda öncelikle ortada gerçekten haksız bir saldırının bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Kanımızca global toplumdaki kimi kesimler bankaların ekonomik düzeni talan eden ve dünyanın büyük bir kesiminin fakirleşmesine yol açan kuruluşlar olduğu düşüncesinde olsalar dahi bu yaklaşım, bankaların faaliyetlerinin haksız bir saldırı niteliği taşıdığını söylemek için yetersizdir⁹⁰. Çünkü

89 Bu durumda failin suçun oluşmasına karşı kayıtsız kaldığı söylenebilir. Kayıtsızlık hakkında bkz. Detlev Sternberg-Lieben and Frank Peter Schuster, ‘StGB § 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln’ in Albin Eser (ed), *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (30th edn, Beck 2019) 82; Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6th edn, Beck 2014) 105; Ali Emrah Bozbaşındır, *Olası Kast Kavramı ve Sınırları* (Adalet 2018) 317 vd.

90 Hukuk kurallarının izin verdiği bir faaliyete karşı meşru savunmada bulunmak mümkün değildir. Bkz. Johannes Wessels, Werner Beulke and Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (49th edn, Müller 2019) 162; Rengier (n 89) 147 – 148.

bankalar kuruldukları ülkelerin resmi otoritelerinin iznini alarak faaliyet gösteren kuruluşlardır. Bu bakımdan bankaların etkin olduğu kapitalist düzenin ekonomik anlayışı kimi kesimlerce benimsenmiyor ve saldırgan görülüyor olsa dahi hukuki açıdan bankaların faaliyetlerinin ekonomik düzene ya da toplumdaki bireylere bir saldırı olarak nitelenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla merkezizetsiz finans araçları kullanılmak suretiyle borç verme faaliyetine katılan kişilerin meşru savunma kapsamında hareket ettiklerini söyleyebilmek mümkün gözükmemektedir.

Kaldı ki meşru savunmanın söz konusu olabilmesi için gerçek bir kişiden kaynaklanan bir saldırının bulunması gerekir. Buradaki meselede ise bankaların faaliyetlerinin bir gerçek kişinin faaliyeti olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bunun yanı sıra meşru savunmanın zorunlu olması koşulunun⁹¹ bir gereği olarak bu yola istisnai durumlarda başvurulabilmesi bakımından da merkezizetsiz finans araçlarının bankacılık sistemine karşı bir meşru savunma olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir⁹².

Şayet bu tür faaliyetlere izin veren bir kanun ya da düzenleme bulunduğunu düşünüyorlar ve bu nedenle eylemlerinin hukuka uygun olduğundan hareketle bu işlemleri gerçekleştiriyorlarsa bu durumda hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarında değil hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında hataya düşmüş olurlar⁹³. Çünkü aslında var olmayan bir hukuka uygunluğunun var olduğunu düşünerek hareket etmişlerdir. Diğer bir deyişle fail hukuka uygunluk sebebinin normatif yönü hakkında hataya düşmüştür⁹⁴. Bu durumda aşağıda ele alacağımız haksızlık hatasına düştükleri söylenebilir.

5. HAKSIZLIK BİLİNCİ (KUSUR) BAKIMINDAN

Blokszincir üzerinden borç verme faaliyetinin Bankacılık Kanunu m. 150'deki suç tipinin kapsamına girip girmediği bakımından son olarak, kusur kavramı dahilinde özellik gösterebilecek haksızlık bilinci bakımından bir değerlendirme yapılması da gerekir.

Haksızlık bilinci, failin işlediği eylemin haksızlık teşkil ettiği; diğer bir deyişle eyleminin hukuk düzeni ile çatıştığı konusunda taşıdığı bilinçtir. Bu kavram kasttan ayrı bir anlam taşımaktadır. Gerçekten kast, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilinmesi ve istenmesi iken (failin

91 Demirbaş (n 78) 300; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 78) 503; Özgenç (n 78) 373; Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 78) 307 – 308; Koca ve Üzülmöz (n 78) 283; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (22. Baskı Adalet 2019) 333; Akbulut (n 78) 489; Fahri Gökçen Taner, 'Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma', (2010) 5 (12) *Ceza Hukuku Dergisi* 219, 232; Fatih Birtek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler* (6. Baskı Adalet Yayınevi 2018) 271; Muharrem Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (2. Baskı, Seçkin 2018), 507.

92 Ticari meşru savunmanın bu nedenle mümkün olamayacağı görüşü için bkz. Pierre-Henri Bolle, 'Ticari Meşru Savunma' (çev. Güçlü Akyürek) (2011) 2010/1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan 151, 158.

93 Detlev Sternberg-Lieben and Frank Peter Schuster, 'StGB § 16 Irrtum über Tatumstände' in Albin Eser (ed), *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (30th edn, Beck 2019) kn. 24; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 78) 426 – 427; Koca ve Üzülmöz (n 78) 370; Akbulut (n 78) 607.

94 Wessels, Beulke and Satzger (n 90) 258.

iradesi); haksızlık bilinci failin, eylemini hukuki açıdan değerlendirmesi ve bu doğrultuda eylemini işlemesidir (failin iradesini oluşturan süreç)⁹⁵.

Bu noktada blokzincir üzerinden borç verme işlemine katılan ve onay verme işlemi yaparak bu faaliyetin gerçekleşmesini sağlayan her katılımcı bu eylemin hukuk düzeni ile çatışma içinde olacağını düşünmeyebilir. Özellikle merkeziyetsiz finans araçları henüz çoğu ülkede hukuki bir düzenlemeye tabi olmadığı için bu faaliyetleri gerçekleştiren kişiler bu işlemlerin hukuka aykırı olmadığını düşünebilir. Gerçekten de açıkça yasaklanmadığı sürece bütün davranışların serbest olduğunun kabul edildiği gelişmiş hukuk düzenlerinde merkeziyetsiz finans kullanıcılarının da bu düşüncede olmaları mantık dışı değildir⁹⁶. Bu bakımdan henüz merkeziyetsiz finans araçları ile ilgili hukuki bir düzenleme yapılmamış olduğu bilgisi hemen hemen herkes tarafından bilinen bir gerçeklik olduğu için bu tür davranışların suç olarak düzenlenmediğinin düşünülmesi haksızlık hatası olarak kabul edilebilir. Fakat TCK m. 30/ 4, haksızlık hatasını hukuki bir sonuç doğurabilmesi için kaçınılmaz nitelik taşıması gerektiğini düzenlediğinden failerin bu konudaki hatalarının kaçınılmaz nitelikte olup olmadığı da ayrıca incelenmelidir. Haksızlık hatasının kaçınılmaz nitelik taşıyıp taşımadığının tespitinde öncelikle failin gerçekleştirdiği faaliyetin profesyonel bir faaliyet alanı olup olmadığı araştırılır. Eğer failin eylemi, profesyonel bir faaliyet olarak özel bilgi gerektiren alana mahsus ise artık failin haksızlık hatasının kaçınılmaz nitelik taşımadığı çoğunlukla kabul edilmektedir⁹⁷. Ancak özellikle Alman Federal Yüksek Mahkemesi profesyonel olarak icra edilen bir faaliyete ilişkin yanlış bilginin ya da güncel bilgi eksikliğinin kaçınılabılır hata teşkil edeceğini, çekirdek ceza hukuku denilen temel ceza kanunundaki suçlar bakımından kabul etmektedir. Dolayısıyla eğer somut olaydaki suç tipi temel ceza kanunundaki suçlardan değilse bu durumda somut olayın özelliklerine göre failin kaçınılmaz haksızlık hatasından faydalanmasının mümkün olduğunu karara bağlamaktadır⁹⁸.

Blokzincir üzerindeki akıllı kontratlarda yapılan işlemlerin Bankacılık Kanunu m. 150'de düzenlenen suça uyup uymadığı bakımından yapılacak bir değerlendirmede öncelikle Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçların temel ceza kanunumuz olan TCK dışında kalan suçlar olduğu göz önüne alınmalıdır. Bu yönüyle özellikle Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin içtihatları da göz önüne alınarak bir değerlendirme yapıldığı takdirde blokzincir üzerindeki akıllı kontratlarda yapılan borç verme işlemlerine onay veren katılımcıların, bu eylemlerin haksızlık teşkil ettiği hususunda düşükleri hatanın kaçınılabılır hata olarak kabul edilme ihtimali bulunmaktadır⁹⁹. Fakat bu faaliyeti gerçekleştiren kullanıcıların profesyonel oldukları her zaman söylenemese dahi özel bilgi gerektiren

95 Neslihan Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, (Seçkin 2016) 23 vd.; Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur*, (2. Baskı, Seçkin 2020) 46.

96 Burada bu eylemlerin Bankacılık Kanunu m. 150/1 kapsamında ya da TCK m. 241 kapsamında yasaklandığı düşünülebilir. Fakat burada ifade edilmek istenen husus merkeziyetsiz finans işlemlerinin açıkça zikredilerek yasaklandığına dair net bir düzenlemenin bulunmuyor olmasıdır.

97 Meraklı, 'Kusur' (n 95) 83 – 85; Johannes Lamsfuß, 'Zur Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums bei Geschäftsleuten – Besondere Erkundigungspflichten und Pflicht zur Aktualisierung' (2021) 8 Neue Zeitschrift für Wirtschafts – Steuer – und Unternehmensstrafrecht 325, 328.

98 BGH, Urteil vom 18.11.2020, 2 StR 246/ 20 (Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer – und Unternehmensstrafrecht, 8/ 2021, 325).

99 Yan ceza hukuku olarak da isimlendirilen TCK dışında kalan suçlar bakımından kaçınılabılır hatanın söz konusu olabileceği ile ilgili olarak bkz. Göktürk (n 95) 39 – 40.

bir faaliyet alanında hareket ettikleri unutulmamalıdır. Kanımızca bu onay verme işlemlerinin haksızlık teşkil ettiği kabul edildiği takdirde onay verme işlemi gerçekleştiren kullanıcıların bu eylemlerin Bankacılık Kanunu m. 150/ 1'de düzenlenen “izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma” suçunu oluşturabileceğini öngörmeleri çok mümkün değildir. Çünkü merkeziyetsiz finans alanında özel bir hukuki düzenlemenin henüz yapılmamış olmasından ötürü bu alanda hareket etmenin serbest olduğunun düşünülmesi¹⁰⁰; Bankacılık Kanunu ile düzenlenen alanın merkeziyetli finans araçlarına özgü olduğunun düşünülmesi ve bu alanda hukukçuların dahi tam bilgi sahibi olduğunun henüz söylenememesi karşısında bu işlemleri gerçekleştiren kişilerin kaçınılmaz haksızlık hatası kapsamında hareket ettiklerinin kabulü gerekir.

Öte yandan merkeziyetsiz finans alanında gerçekleştirilen işlemler global düzeyde olup bir borç verme işlemine onay veren onbinlerce kullanıcı çoğu zaman tüm dünyaya dağılmış durumda olmaktadır. Bu nedenle onay verme işlemi yapan kullanıcılar, bu işlemler kendi ülkelerinde hukuken düzenlendiği için ya da en azından yasaklanmadığı için bütün dünyada böyle sanabilirler. Ya da diğer bir gerçeklik de kullanıcıların bu işlemlerin hukuki durumunu bütün dünya çapında araştırmaları mümkün değildir. Diğer bir ihtimal de kullanıcıların, borç verme işlemine onay verdikleri kişinin hangi ülkede olduğunu bilmeleri mümkün değildir. Bu nedenle de kullanıcıların o ülkedeki yasal durumu bilmeleri kendilerinden beklenmemelidir. Bu sebeple özellikle merkeziyetsiz finans araçlarının global düzeyde gerçekleştirilen ve sınır gözetmeyen işlemlere olanak tanınmasından ötürü bu alanda diğer ülkelerde yapılan düzenlemeleri ve hukuki durumu bilmeyen kullanıcıların kaçınılmaz haksızlık hatası içinde hareket ettikleri kabul edilmelidir.

Tüm bunların yanı sıra pek çok kişi tarafından kullanılan bir akıllı kontratı kullanan bir kişi, her ne kadar bu alanda bir hukuki düzenleme bulunmuyor olsa dahi bunun pek çok kişi tarafından kullanılmakta olduğunu ve bu kullanıcıların haklarında hiçbir hukuki yaptırım uygulanmadığını düşünerek bu işlemlere katılabilir. Bu durumda da tıpkı metruk hükümler bakımından geçerli olan hukuki durum ortaya çıkmaktadır¹⁰¹. Toplumda serbest olduğu gözlemlenen bir davranışı bu düşünce ile gerçekleştiren bir fail kaçınılmaz bir haksızlık hatasına düşmüş sayılabilmelidir.

6. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

Blokzincir üzerinden borç verme eyleminin bir an için izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunu oluşturduğu kabul edildiği takdirde teşebbüs bakımından özellik gösteren hal, borç verme işlemine onay veren kullanıcıların onay verdikleri işlemin sistem tarafından onaylanmaması durumudur. Bu oldukça istisnai bir durum olup işlem gereken bütün koşulları (örneğin borç alacak kişinin önceden teminat yatırması gibi) sağlıyor olmasına rağmen örneğin yeterli sayıda kullanıcı

100 Hukuki durumun objektif olarak belirgin olmadığı durumlarda; diğer bir deyişle hukuk düzeninin, davranışın yasak olup olmadığı konusunda henüz kesin bir kural koymadığı durumlarda failin hatasının kaçınılmaz nitelikte olduğu söylenebilir. Bkz. Göktürk (n 95) 166.

101 Metruk hükümler hakkında bkz. Birtek (n 91) 27.

tarafından onaylanmadığı için sistem tarafından onaylanmaz ise bu durumda bu işleme onay veren kullanıcıların eylemlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı düşünülebilir. Ancak bunun oldukça uç bir örnek olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Ayrıca onay verme işlemini gerçekleştiren faillerin haksızlık hatasından faydalanmalarının mümkün olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır.

B. İŞTİRAK

Blokzincir üzerinde kurulan akıllı kontratlar üzerinden bir borç verme işleminin gerçekleşebilmesi için bu işleme çok sayıda kullanıcının onay vermesi gerektiği için bu tür eylemler aslında çok failli suç niteliğini taşır. Çok failli suçların en büyük özelliği, bu konuda suç tipinde bir açıklık bulunmasının ve suçun unsurlarında bu hususun açıkça sayılmasının zorunlu olmasıdır¹⁰². Ancak banka gibi faaliyet gösterme eyleminin kanuni tanımında bu yönde bir açıklık bulunmamaktadır. Bankacılık Kanunu m. 150/1'deki suç, çok failli suç olarak düzenlenmemiştir. Bankacılık Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemde henüz merkeziyetsiz finans araçlarının ortaya çıkmamış olmasından ötürü merkeziyetsiz finans araçları göz önüne alınmamıştır.

Öte yandan blokzincir üzerinden borç verme faaliyetinin yine de Bankacılık Kanunu m. 150/1'deki suç tipinin kapsamında kaldığı; çünkü bu suç tipi her ne kadar çok failli suç olarak düzenlenmemiş olsa da bu suçun birlikte faillik ya da yan faillik ile işlenmesinin mümkün olduğu öne sürülemez. Çünkü blokzincir üzerinden borç verme işlemine onay veren her kullanıcı, diğer onay veren kullanıcılar ile bir irtibat içerisinde olmayıp onay veren her kullanıcı bunu bireysel bir karar olarak uygulamakta ve diğer kullanıcıların bu işleme onay verip vermeyeceklerini bilmemektedir. Bu bakımdan örneğin MakerDAO akıllı kontratının kullanıcılarından bir kişinin bir işleme onay vermesi hem o işlemin gerçekleşmesi için yeterli değildir hem de bu kullanıcı bu onay işlemini diğer kullanıcılardan bağımsız ve özgür olarak gerçekleştirmekte; diğer kullanıcıların iradelerinin ne yönde olacağını bilmemektedir. Kaldı ki kullanıcıların birbirleri ile neredeyse hiçbir bağlantıları bulunmayıp her biri dünyanın çeşitli ülkelerine yayılmış durumdadır. Dolayısıyla bir akıllı kontratın kullanıcılarının iştirak iradesi kapsamında hareket ettiğinin söylenebilmesi mümkün gözükmemektedir¹⁰³.

Azmettirme bakımından ise şunlar söylenebilir. Şayet blokzincir üzerinden kullanıcıların bu işlemleri yapması kendilerinden istenmiş ve kendileri de bu doğrultuda bu onay verme işlemlerini gerçekleştirerek borç verme faaliyetinin oluşmasını sağlamışlarsa artık burada azmettirmenin bulunduğu söylenebilir. Fakat bunun için bu eylemlerin izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunun unsurlarını oluşturduğunun söylenebiliyor olması gerekir. Benzer bir açıklama yardım etme eylemleri bakımından da geçerlidir.

Benzer bir değerlendirme yan faillik bakımından da geçerlidir. Bankacılık Kanunu m. 150/1'deki suçun merkeziyetsiz finans faaliyetleri ortaya çıkmadan önce düzenlenmesine rağmen bu suç tipinin bu faaliyetleri de kapsayacağı; örneğin blokzincir üzerinden borç verme faaliyetinde Bankacılık

102 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 78) 507 – 508; Hakeri (n 91) 525, 526. Ayrıca bkz. Özgenç (n 78) 536.

103 İştirak iradesi hakkında bkz. Özgenç (n 78) 555; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 78) 520; Hakeri (n 91) 541; Koca ve Üzülmöz (n 78) 455; Akbulut (n 78) 697.

Kanunu m. 150/1'deki izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunun yan faillik biçiminde ortaya çıkacağını söylemek mümkün değildir. Çünkü bir suçun yan faillik şeklinde ortaya çıkabilmesi için; öncelikle bu suç tipinin tek bir fail tarafından da işlenebilir bir nitelikte olması; fakat somut olayda birbirinden habersiz birden fazla failin bu suçun hareketini gerçekleştirmesi gerekir. Ancak merkezizsiz finans işlemleri ve özellikle blokzincir üzerinden borç verme faaliyeti göz önüne alındığında bu işlemlerin gerçekleşebilmesi için ilgili akıllı kontrat üzerinde çok sayıda kullanıcının onay verme işlemi yapması gerekmektedir. Bu nedenle blokzincir üzerinden borç verme işleminin Bankacılık Kanunu m. 150/1'deki suçu oluşturabilmesi için mutlaka pek çok kişinin onayı gerekir. O halde bu eylemin yan faillik kapsamına sokulması mümkün olmayıp mutlaka cezalandırılmak isteniyor ise ayrı bir suç tipi olarak çok failli suç niteliğinde kaleme alınması gerekmektedir. Bu değerlendirme kanunilik ilkesinin zorunlu bir sonucudur.

C. İÇTİMA

Birden fazla borç verme eylemi, içtima bakımından özellik gösteren bir durum olarak karşımıza çıkar. Şayet bu eylemlerin izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunu oluşturduğu bir an için kabul edildiği takdirde değişik zamanlarda aynı eylemin aynı kişiye karşı işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. TCK m. 43/1'de mağduru belli bir kişi olmayan suçlar bakımından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği düzenlenmektedir.

Öte yandan bu eylemlerin izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu ve tefecilik suçu arasında bir içtima ilişkisi yaratıp yaratmadığına da değinilmelidir. Yukarıda tefecilik suçu bakımından yapılan kıyaslama da göz önüne alındığı takdirde kanımızca her iki suç arasında bir içtima ilişkisi bulunmamaktadır. Bu suçların oluşmaları birbirinden farklı unsurları gerektirmekte olup bir eylemin aynı anda her iki suçu oluşturabilmesi mümkün değildir. Fakat öğretilerde bu iki suç arasında özel-genel norm ilişkisi bulunduğunu savunan görüşlerin bulunduğu da belirtilmelidir¹⁰⁴.

D. MEVDUAT KABUL ETME

I. GENEL OLARAK

Mevduat kabul etme merkezizli finans araçlarından biri olarak, bankaların talep edildiği zaman ya da belli bir zaman dilimi sonunda müşterilerine geri vermek üzere müşterilerinden para toplamaları ve belirli koşullar altında bu para için faiz ödemesi yapmasıdır¹⁰⁵. Merkezizsiz finans alanında ise staking ve likidite madenciliği (yield farming), mevduat kabul etme faaliyetine benzemektedir. Bu yönüyle bu faaliyetlerin Bankacılık Kanunu m. 150/1'deki izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu bakımından mevduat kabul etme olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ele alınmalıdır.

104 Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 85) 952.

105 Gündoğdu (n 75) 31; Akgün (n 75) 17. Ayrıca bkz. Mehmet Vurucu ve Mustafa Ufuk Arı, Güncel Gelişmeler Işığında Bankacılık Ürün ve Hizmetleri (2. Baskı, Seçkin 2017) 37 vd.

Staking faaliyetine baktığımızda özellikle bir kripto para borsasına ya da bir internet sitesi üzerinden bir stake etme sistemine kripto para kilitlendiğinde bu sistemden düzenli olarak pasif gelir adı verilen gelir elde edilmektedir. Bunun anlamı esasında kripto paranın ödünç verilmesi ve belirli bir süre sonunda geri alınabilmesidir. Bunun karşılığında da gelir elde edilmiş olunmaktadır. Bu sistemde önem arz eden nokta stake edilerek bir sisteme kilitlenip konulan kripto paraların belirli bir kişi ya da kuruma teslim edilmiş sayılıp sayılmayacağıdır. Çünkü mevduat kabul etme faaliyeti bakımından bu eylemi gerçekleştiren bir kişi ya da bir kurum söz konusu olmalıdır. Özellikle çeşitli internet siteleri üzerinden hizmet veren stake etme sistemleri bu bakımdan bir kurum olarak kabul edilebilir. Ancak henüz hukukumuzda merkeziyetsiz finans araçlarının ve buna bağlı olarak stake etme faaliyetlerinin hukuki bir düzenlemeye kavuşmamış olmasından ötürü bu kurumlar BDDK'dan, SPK'dan ya da T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı'ndan herhangi bir izin almak yükümlülüğü altında değildir. Bu sebeple de şu an için izinsiz ve ruhsatsız şekilde staking faaliyetleri gerçekleştirilebilmektedir. Kanımızca kripto paraların bir kripto para borsasına ya da bir sisteme kilitlenmesi ve belirli süreler sonunda ya da talep edildiği takdirde herhangi bir zaman geri çekilebiliyor olması; ayrıca sistemde kilitli tutulduğu süre ile paralel olarak bir gelir imkanı sağlaması göz önünde tutulduğunda, bu faaliyetin bankaların tekel olarak ellerinde tuttukları mevduat kabul etme faaliyetinden farklı bir anlam taşıdığı söylenemez. Bu noktada stake edilen kripto paralardan elde edilen gelire mevduat faizi yerine, “pasif gelir” adının verilmesinin bir şeyi değiştirmeyeceği açıktır. Çünkü içeriksel anlamda bu faaliyet de bir faiz getirisi niteliğindedir.

2. MADDİ UNSUR

A. SUÇUN KONUSU

Staking işleminin Bankacılık Kanunu m. 150/ 1'deki “izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma” suçunu oluşturması için suçun konusu bakımından eylemin bu suç tipine uyuyor olması gerekir. Bankacılık Kanunu m. 150/1'deki suçun konusu suç tipinde açıkça belirtilmemiştir. Ancak kanunkoyucu Bankacılık Kanunu m. 3'te mevduat kavramını tanımlamıştır. Buna göre “*Mevduat: Yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında, istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen parayı, ...ifade eder.*” Kanunun 3'üncü maddesinde bankaların kabul edeceği mevduatın konusunu sadece para oluşturabileceği için staking konusunu oluşturan kripto paralar bu tanım kapsamında kalmamaktadır. Gerçekten Para kavramı, devlet ya da devletin yetkili kıldığı bir makam (örneğin Merkez Bankası) tarafından onaylanan ve genel kabul zorunluluğuna bakılmaksızın ödeme aracı olarak tedavüle konulan değer taşıyıcısıdır¹⁰⁶. Bu tanım karşısında kripto paraları, para tanımının kapsamında kabul etmek mümkün değildir. Ayrıca 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun m. 3/ 1 – (ç)'de yapılan elektronik para tanımına da uymamaktadır¹⁰⁷. Çünkü kripto paralar elektronik para ihraç eden kuruluş tarafından kabul edilen

106 Meraklı (n 42) 732; Bozkurt Yüksel (n 34) 186; Balcı (n 13) 211; Engin (n 35) 4 vd.

107 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun m. 3/ 1 – (ç)'ye göre “*Elektronik para: Elektronik para ihraç eden kuruluş tarafından kabul edilen fon karşılığı ihraç edilen, elektronik olarak saklanan, bu Kanunda tanımlanan ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik*

fon karşılığı ihraç edilme özelliğini taşımamaktadır¹⁰⁸. BDDK da 25.11.2013 tarihli duyurusu ile, bitcoinin 6493 sayılı Kanun kapsamına girmediğini ifade etmiştir¹⁰⁹.

Bu açıklamalardan hareketle kripto paralar her ne kadar bir değer sembolize etseler dahi para kavramının kapsamına girmemektedir. Mevduat kabul etme eyleminin konusunu da Bankacılık Kanunu m. 3'te yapılan tanım uyarınca sadece para oluşturabilecektir. Bankacılık Kanunu m. 150/1'ye göre kripto paralar mevduat verme faaliyetine konu edilemeyeceğine göre kanunilik ilkesi gereğince kripto paranın stake edilmek suretiyle bir sisteme kilitlenmesi ve bunun karşılığında kullanıcıların gelir elde etmeleri durumunda Bankacılık Kanunu m. 150/1'deki izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunun konu unsuru gerçekleşmediği için suç oluşmayacaktır.

Eğer kanunkoyucu staking ve likidite madenciliği gibi faaliyetleri suç saymak istiyorsa kanunilik ilkesi gereği bunlar için mutlaka ayrı bir suç tipi oluşturmakla yükümlüdür. Fakat kanımızca bu tür faaliyetlerin suç olarak düzenlenmesi, büyük bir değişimden geçen finans araçlarının gelişiminden ülkemizin mahrum kalmasına yol açacağı için bu tür bir suç ihdası hem ekonomik hayatın dinamiklerini engellemek adına hem de ceza hukukunun son çare olması özelliği karşısında yerinde olmayacaktır.

B. FAİL

Staking faaliyetinin Bankacılık Kanunu m. 150'de düzenlenen "izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma" suçunu oluşturup oluşturmadığı incelendiğinde, özellikle kripto para borsaları ya da internet siteleri üzerinden hizmet veren staking sistemlerinin organ ve temsilcilerinin bu suçun faili olacağı söylenebilir. Çünkü bu kurumlar staking faaliyetine izin vererek açıkça mevduat kabul etme işlemi gerçekleştirmektedirler. Ancak bu noktada özellikle Türkiye'de faaliyet gösteren kripto para borsalarının staking hizmeti vermediği gözlemlenmektedir. Örneğin şu an dünyanın en büyük kripto para borsası olarak bilinen Binance borsasının Binance TR isimli Türkiye'de hizmet veren uygulaması staking hizmeti sunmamaktadır. Aynı durum Türkiye'de kurulu diğer kripto para borsalarında da görülmektedir. Ancak pek çok global kripto para borsası bulunduğu için yurtdışında hizmet veren bir kripto para borsasının uygulamasına üye olunarak bu işlem Türkiye'den de yapılabilmektedir. Bu durumda yurtdışında kurulu olan bir kripto para borsası Türkiye'den bir kullanıcıya bu hizmeti sunduğu için "izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma" suçu kısmen Türkiye'de işlenmiş sayılacağından¹¹⁰ Bankacılık Kanunu m. 150/1'deki suçun fail unsuru oluşmuş olmakta ve bu kripto para borsasının organ ve temsilcilerinin sorumlulukları suçun diğer unsurları olduğu takdirde

para ihraç eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değeri,... ifade eder."

108 Bozkurt Yüksel (n 34) 207; İmamoğlu (n 2) 43 vd.

109 Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, 'Basın Açıklaması' (BDDK, 25.11.2013) <<https://www.bddk.org.tr/Duyuru/EkGetir/510?ekId=530>> Erişim Tarihi: 12.08.2021. Ayrıca bkz. Bozkurt Yüksel (n 34) 207.

110 TCK m. 8/ 1: "...Failin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır." Türk ceza hukukunun bu konuda karma teoriyi benimseyerek failin her halükarda Türk hukukuna göre takip edilebilmesini amaçladığı söylenebilir. Bunun eleştirisi hakkında bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 78) 142 – 143.

söz konusu olacaktır. Bu noktada özellikle suçun konu unsurunun oluşmadığının ve bu nedenle bu eylemlerin cezalandırılmasının mümkün olmadığının yukarıda belirtildiği unutulmamalıdır.

Sorunun diğer bir boyutu ise internet siteleri üzerinden hizmet veren MyContainer, Figment Network, Stake Capital gibi¹¹¹ staking sistemlerinin durumudur. Bu sistemler, kripto para borsaları kadar kurumsal olmayıp çok sayıda bu tür sistem kurulabilir ve bu sistemlerin organ ya da temsilcilerinin tespiti oldukça zor olabilmektedir. Ancak yine de maddi hukuk açısından her ne kadar bu sistemler bir yazılım üzerinden hizmet vermekte iseler de bu sistemlerin bağlı buldukları şirketlerin organ ya da temsilcilerinin bu suçun diğer unsurlarının oluştuğu bir an için kabul edildiği takdirde suçun faili olacağı söylenmelidir.

C. MAĞDUR

Mağdur ile ilgili açıklamalar bakımından yukarıda “banka gibi faaliyet gösterme” eylemi bakımından yapılan açıklamalar “mevduat kabul etme” eylemi bakımından da geçerlidir. Staking faaliyetinde de sisteme kripto varlık kilitleyen kişinin mağdur ya da suçtan zarar gören olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir.

D. EYLEM

Eylem bakımından ise yukarıda staking faaliyetinin mevduat kabul etme ile büyük ölçüde aynı anlama geldiğini aktardık. Bir bankanın mevduat kabul etmesi ile bir kripto para borsasının ya da bir staking sisteminin bunu kabul etmesi arasında neredeyse hiç fark bulunmamaktadır. Staking işleminde de belirli bir süre için kesin bir kilitleme işlemi yapılabileceği gibi istenildiği zaman kripto paranın çekilmesi şeklinde de staking işlemi yapılabilir. İkisi arasında sadece getiri oranı bakımından bir fark oluşmaktadır. Dolayısıyla staking ile elde edilen gelirin faiz yerine “pasif gelir” olarak isimlendirilmesi içeriksel anlamda bu gelirin bir mevduat geliri olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Fakat yukarıda ifade edildiği üzere staking ve likidite madenciliği söz konusu olduğunda Bankacılık Kanunu m. 150/1’deki suçun konu unsuru gerçekleşmeyeceği için eylem unsurunun incelenmesi ya da oluştuğunun tespit edilmesi mümkün değildir. Çünkü eylem unsurunun oluşabilmesi için suçun konu unsuru tipe uygun olmalıdır. Bu olmadığı sürece eylem unsurunun tipe uygunluğundan bahsedilmeyecektir. Bu bakımdan suçun diğer unsurlarının incelenmesi de mümkün olmayacaktır.

E. KATILIM FONU TOPLAMA

Katılım fonu kabulü, katılım bankaları tarafından gerçek ve tüzel kişilerden toplanan ve hesaplarda tutulan para olarak ifade edilebilir¹¹². Bu faaliyet katılım bankası olarak kurulan kuruluşların

111 Umur Sezer, ‘Çağımızın pasif gelir elde etme yöntemi kripto para staking seçenekleri nelerdir?’ (HWP, 30.07.2021), <<https://hwp.com.tr/cagimizin-pasif-gelir-elde-etme-yontemi-kripto-para-staking-secenekleri-nelerdir-189821>> Erişim Tarihi: 17.08.2021.

112 Gündoğdu (n 75) 32; Bünyamin Er ve Yusuf Güneysu, ‘Katılım Bankacılığı’ iç Hasan Ayaydın ve Savaş Durmuş (edr),

toplayacakları mevduatı ifade ettiğinden, mevduat kabul etme başlığında dile getirilen düşünceler katılım fonu toplama faaliyeti bakımından da geçerlidir. Bu nedenle katılım fonu toplama faaliyeti bakımından özellik gösteren bir husus bulunmamaktadır.

SONUÇ

Bu konuda bir değerlendirme yapmadan önce vurgulanması gereken husus Bankacılık Kanunu'ndaki düzenlemelerin ve suçların merkeziyetli finans sistemi göz önünde tutularak kaleme alındığıdır. Dolayısıyla Bankacılık Kanunu esasen finans sistemini, düzensiz ve güvensiz öznelerden arındırmak amacıyla çeşitli hükümler getirmiştir. Bankacılık Kanunu'nun amacı finans alanında yeni faaliyet türlerinin önünü tıkamak değil, sistemi hakkaniyetli bir şekilde düzene sokmaktır. Bu bakımdan son yıllarda ortaya çıkan merkeziyetsiz finans araçları bankacılık sistemine benzerlik gösterdiği ve onun yerini almaya aday olduğu için bu konuda da mutlaka bir düzenleme yapılması faydalı olacaktır. Aksi takdirde Bankacılık Kanunu'ndaki düzenlemelerin doğrudan merkeziyetsiz finans araçlarına yöneltilmesi hakkaniyetli bir yaklaşım sergilemeyecektir. Bankacılık Kanunu kaleme alınırken merkeziyetsiz finans gündemde değildi ve kanunkoyucu da bu konudaki sorunları öngörerek bir kanun yapmamıştı.

Buradan hareketle örneğin Bankacılık Kanunu m. 150/1'deki suç tipinin merkeziyetsiz finans araçlarına uygulanabilmesi mümkün gözükmemektedir. Bunun ilk sebebi yukarıda da ifade edilmeye çalışıldığı üzere Bankacılık Kanunu merkeziyetli finans araçlarının düzenlenmesi bakımından kaleme alınmış bir kanun olup bu faaliyet alanının dışında kalan ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkmış olan yeni işlem türlerine uygulanmasının adil olmayacağı düşüncesidir. Aksi takdirde kanunkoyucu hem yurtdışında gelişen teknolojilerde ülkemizin kendini geliştirmesine engel olur hem de ekonomik hayata ölçsüz bir müdahalede bulunmuş olur. Bir eylem cezalandırılmak isteniyor ise bu eylemin bütün unsurları suç tipine uygun olmalıdır. Bankacılık Kanunu m. 150/1'de yer verilen izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçundaki "banka gibi faaliyette bulunma" eyleminin eylem unsuru merkeziyetsiz finans faaliyetlerine uyuyor olsa da özellikle faillik unsuru uymamaktadır. Kanunilik ilkesinin bir gereği olarak merkeziyetsiz finans işlemlerinin çok failli suçlar olarak işlenebileceği göz önüne alınarak merkeziyetsiz finans araçlarına özgü kanun seviyesinde bir düzenleme yapılmalıdır. Aksi takdirde kanunilik ilkesi göz ardı edilmiş olur. Yine aynı suç tipindeki "mevduat kabul etme" eylemi bakımından ise suçun konusunu sadece para oluşturabileceğinden ve kripto varlıkların da para olarak kabul edilmesi şu an için mümkün olmadığından suçun konu unsuru oluşmamaktadır. Bu nedenle de hukukumuzda staking ve likidite madenciliği eylemlerinden dolayı "izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu"na dayalı olarak ceza verilemeyecektir.

Son olarak suç politikası bakımından merkeziyetsiz finans araçları kullanılarak gerçekleştirilen eylemlerin ceza hukuku ile yaptırım altına alınmasının gerekliliği de tartışmalıdır. 21'inci yüzyılın bir teknoloji yüzyılı olduğu göz önünde tutularak hayatın her alanında olduğu gibi teknoloji alanında ve ekonomi alanında özgün gelişmelere sırt çevrilmemelidir. Aksi takdirde kanunkoyucu

eliyle durağan bir ekonomik yapı ve durağan bir toplum yapısı oluşturulur ki; bu durum oldukça olumsuz sonuçları beraberinde getirebilir. Kanunkoyucunun merkeziyetli finans alanını düzenlediği gibi merkeziyetsiz finans alanını da düzenleme hakkı bulunmaktadır. Ancak bu alanı ceza hukuku araçları ile düzenleme düşüncesi son çare olarak oldukça istisnai durumlar için değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akbulut B., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6. Baskı, Adalet 2019).
- Akgün A., *Mevduat Sözleşmeleri* (Seçkin 2020).
- Artuk M. E., Gökçen A., Alşahin M. E. ve Çakır K., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. Baskı, Adalet 2020).
- Aytekin İnceoğlu A., 'Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2006).
- Balci U., 'Kripto Paraların Ceza Hukuku Boyutu ve Türk Mevzuatındaki Muhtemel Düzenlenme Yeri'(2021) 155 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 203 – 259.
- Birtek F., *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler* (6. Baskı Adalet Yayınevi 2018).
- Bolle P.H., 'Ticari Meşru Savunma' (çev. Güçlü Akyürek) (2011) 2010/1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan 151 – 159.
- Bonset S., 'Hype um Defi: Was du über Decentralized Finance wissen musst und wie du profitierst'(t3n, 28.05.2021) <<https://t3n.de/news/defi-erklaert-das-steckt-hinter-decentralized-finance-1356901/>,> Erişim Tarihi: 24.05.2021.
- Bozbayındır A.E., Olası Kast Kavramı ve Sınırları (Adalet 2018).
- Bozkurt Yüksel A. E., 'Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış', (2015) 73 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası, 173 – 220.
- Çınar Ç., '6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Usulsüz Halka Arz ve İzinsiz Faaliyette Bulunma Suçları' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019).
- Demirbaş T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Baskı, Seçkin 2020).
- Dursun S., *Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, (Seçkin 2006).
- Dülger M. V., 'Blockchain ve Hukuksal Kullanım Alanları' (2019) Hukuk ve Daha Fazlası Dergisi, 42 – 47.
- Dülger M. ve Özkan O., 'Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi' (2020) Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan 963 – 994.
- Er B. ve Güneysu Y., 'Katılım Bankacılığı' iç Hasan Ayaydın ve Savaş Durmuş (edr), *Banka ve Finansal Sistem* (Ekin 2016) 51 – 79.
- Espich J., 'Potenziale der Blockchain-Technologie für die Finanzindustrie in Deutschland' (Master thesis, Hochschule Landshut 2019).
- Göktürk N., *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, (Seçkin 2016).
- Guggenberger N., 'Digitale Transformation in der Industrie' in Andreas Leupold, Andreas Wiebe ve Silke Glossner (eds), *Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht* (4th edn, Beck 2021).
- Groh G., 'Blockchain' in Klaus Weber (ed), *Creifelds Kompakt – Rechtswörterbuch*, (4th edn, Beck 2021) <www.beck-beckonline.de> Erişim Tarihi: 06.06.2021).
- Gunnar Groh, 'Kryptowährung' in Klaus Weber (ed), *Greifelds Rechtswörterbuch* (26th edn, Beck 2021) <www.beck-online.beck.de> Erişim Tarihi: 19.07.2021).
- Gündoğdu A., *Bankacılık Hukuku*, (6. Baskı, Seçkin 2019).
- Gürses D., 'İzinsiz Faaliyette Bulunmak Suçu'(2012) 23(80) Bankacılar Dergisi 29 – 52.
- Güven Ç., 'Bankacılık Faaliyetine İlişkin Ceza Sorumluluğu', (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2016).

- Hakeri H., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (22. Baskı Adalet 2019).
- Hohn – Hein N. and Barth G., ‘Immaterialgüterrechte in der Welt von Blockchain und Smart Contract’ (2018) GRUR 1089 – 1096.
- Hönig M., ‘Initial Coin Offering Studie zu Kryptowährungen und der Blockchain-Technologie’, (*Frankfurt University of Applied Sciences* 2018) <https://www.frankfurt-university.de/fileadmin/standard/Hochschule/Fachbereich_3/Kontakt/Professor_inn_en/Hoenig/20180502_Bitcoin_Studie_fra_uas_Hoenig_V1.0.pdf> accessed 22.08.2021.
- İmamoğlu D. A., *Kripto Para Birimleri ve Türk Hukukunda Düzenlenmesi*, (2. Baskı, Seçkin 2021).
- İnci Z.Ö., *Tefecilik Suçu* (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2017).
- Karakehya H., ‘İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu’ (2008) LXVI (1) İÜHF 63 – 86.
- Kaulartz M. and Matzke R., ‘Die Tokenisierung des Rechts’, (2018) NJW 3278 – 3283.
- Koca M. ve Üzülmöz İ., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (13. Baskı, Seçkin 2020).
- Kumpan C., ‘WpHG’ in Eberhard Schwark ve Daniel Zimmer (eds), *Kapitalmarktrechts-Kommentar* (5th edn, Beck 2020).
- Lamsfuß J., ‘Zur Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums bei Geschäftsleuten – Besondere Erkundigungspflichten und Pflicht zur Aktualisierung’ (2021) 8 Neue Zeitschrift für Wirtschafts – Steuer – und Unternehmensstrafrecht 325 – 328.
- Langheld G. and Haagen C., ‘Decentralized Autonomous Organizations – verbandsrechtliche Einordnung und Gestaltungsmöglichkeiten’ (2021) Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 724 – 729.
- Meier N. and Kotovskaia A., ‘Finanzmarktregulatorische, währungs – und wettbewerbsrechtliche Problemstellungen’, (2021) Zeitschrift für Bank – und Kapitalmarktrecht 348 – 355.
- Meraklı S., ‘Parada Sahtecilik Suçu (TCK m. 197)’ (2020) 26(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi s. 726 – 776.
- Meraklı S., *Ceza Hukukunda Kusur*, (2. Baskı, Seçkin 2020).
- Möllenkamp S. and Guggenberger N., ‘Blockchain und Kryptowährungen’ in Thomas Hoern, Ulrich Sieber ve Bernd Holznapel (eds), *Handbuch Multimedia-Recht* (55th edn, Beck 2021).
- Möllenkamp S. and Shmatenko L., ‘Blockchain und Kryptowährungen’ in Thomas Hoern, Ulrich Sieber ve Bernd Holznapel (eds), *Handbuch Multimedia-Recht* (55th edn, Beck 2021).
- Mutluoğlu D., ‘Kripto Para Birimleri Ve Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu’, (Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi 2020).
- Özbek V. Ö., Doğan K. ve Bacaksız P., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (11. Baskı, Seçkin 2020).
- Özbek V. Ö., Doğan K. ve Bacaksız P., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (15. Baskı, Seçkin 2020).
- Özbek V. Ö., ‘Tefecilik Suçu’ (2010) 14 Ceza Hukuku Dergisi 29 – 39.
- Özen M., *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (2. Baskı, Seçkin 2018).
- Özgenç İ., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (16. Baskı, Seçkin 2020).
- Özkardeş C.Y., ‘Decentralized Finance: Was hinter dem Begriff steckt’ (t3n, 11.11.2019) <<https://t3n.de/news/decentralized-finance-begriff-1216522/>> Erişim Tarihi: 24.05.2021.
- Rengier R., *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6th edn, Beck 2014).
- Schäfer U. and Eckhold T., ‘Crowdfunding, Crowdlending, Crowdinvesting, Kryptowährungen und Initial Coin Offerings (ICOs)’ in Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze ve Petra Buck – Heeb (eds), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, (5th edn, Beck 2020).
- Schrey J. and Thalhoffer T., ‘Rechtliche Aspekte der Blockchain’ (2017) NJW 1431 – 1436.

- Schröder F, 'Protokoll zum 172. Bochumer Steuerseminar für Praktiker und Doktoranden vom 12. März 2021' (*Kompetenzzentrum Steuerrecht* 2021) <https://www.kompetenzzentrum-steuerrecht.de/MEDIEN/publikationen/Protokoll_172._Bochumer_Steuerseminar_final.pdf?m=161.666.9816&> accessed 12.08.2021.
- Schueffel P, 'The Concise Fintech Compendium', (*Fintech Vitalizing Banking* 2017) <<http://schueffel.biz/wp-content/uploads/2017/09/Schueffel-2017-The-Concise-FINTECH-COMPENDIUM.pdf>> accessed 23.08.2021.
- Sert T, 'Sorularla Blockchain' (*Bankalararası Kart Merkezi* 2015) <<https://bkm.com.tr/wp-content/uploads/2015/06/Sorularlablockchain.pdf>> Erişim Tarihi 30.05.2021.
- Sezer U, 'Çağımızın pasif gelir elde etme yöntemi kripto para staking seçenekleri nelerdir?' (HWP, 30.07.2021), <<https://hwp.com.tr/cagimizin-pasif-gelir-elde-etme-yontemi-kripto-para-staking-secenekleri-nelerdir-189821>> Erişim Tarihi: 17.08.2021.
- Sternberg-Lieben D. and Schuster F.P., 'StGB § 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln' in Albin Eser (ed), *Schönke/ Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (30th edn, Beck 2019).
- Sternberg-Lieben D. and Schuster F.P., 'StGB § 16 Irrtum über Tatumstände' in Albin Eser (ed), *Schönke/ Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (30th edn, Beck 2019).
- Taner F. G., 'Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma', (2010) 5 (12) Ceza Hukuku Dergisi 219 – 253.
- Tekin E., 'Parada Sahtecilik Suçu', (Yüksek Lisans Tezi Hacettepe Üniversitesi 2019).
- Tevetoğlu M., 'Ethereum Ve Akıllı Sözleşmeler' (2021) 12(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 193 – 208.
- Vurucu M. ve Arı M.U., *Güncel Gelişmeler Işığında Bankacılık Ürün ve Hizmetleri* (2. Baskı, Seçkin 2017).
- Wessels J, Beulke W. and Satzger H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (49th edn, Müller 2019).
- Yavuz M. S., 'Ekonomide Dijital Dönüşüm: Blockchain Teknolojisi ve Uygulama Alanları Üzerine Bir İnceleme' (2019) 4(1) Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi 15 – 29.
- Zafer H., 'Tefecilik Suçu (TCK m. 241)' (2018) 4(2) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69 – 97.

Büyük Doğu Japonya Depremi Sonrası Japon Mevzuatında Görülen Eksikliklerin Düzeltilmesi Bağlamında Deprem ve Hukuk

Earthquake and Law in the Context of Correcting the Deficiencies in Japanese Legislation After the Great East Japan Earthquake

Ersin Bayra* 

Öz

Japonya coğrafi konumu itibarıyla sık sık deprem ve tsunami gibi doğal felaketlerle karşı karşıya kalan bir ülkedir. Bu nedenle geçmişten beri doğal felaketler hususunda çok kapsamlı bir mevzuata sahip olmuştur. Ancak 11 Mart 2011 tarihinde yaşanan 9.0 büyüklüğündeki deprem bu kapsamlı mevzuatın aynı anda yaşanabilecek felaketler karşısında yetersiz kalabileceğini ortaya çıkarmıştır. Öyle ki deprem sonucu meydana gelen tsunami nükleer ölçekte bir krize neden olmuş, arka arkaya yaşanan bu üç felaket (deprem, tsunami ve nükleer sızıntı) sebebiyle mevcut afetle mücadele araçları etkisiz kalmıştır. Bunun üzerine Japonya'nın doğal felaketlere ilişkin mevzuatında kapsamlı bir değişikliğe gidilme ihtiyacı hasıl olmuştur. Bu minvalde çalışmada 2011 yılında gerçekleşen bu üç büyük felaket sonrası Japonya'da elde edilen tecrübelerin hukuka nasıl yansıtıldığı sorusu ele alınacaktır. Bu kapsamda çalışma sonucu Türkiye gibi deprem kuşağında yer alan bir ülkenin söz konusu tecrübelerden faydalanması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Deprem, Doğal felaket, Japonya, Nükleer kriz, Tsunami.

ABSTRACT

Japan is a country that frequently faces natural disasters such as earthquakes and tsunamis. Thus, it has had a very comprehensive legislation on natural disasters since the past. However, the 9.0 magnitude earthquake on 11 March 2011 revealed that this legislation is actually insufficient. The tsunami that occurred as a result of the earthquake caused a crisis on a nuclear scale, and the earthquake, tsunami and nuclear leakage disasters that occurred at the same time rendered the existing disaster control tools ineffective. In response, there has been a need for a comprehensive amendment in the legislation on natural disasters. In this study, the legal reflections of the experiences gained in Japan as a result of three major disasters in 2011 will be evaluated. Thus, it is aimed that Turkey, as a country located in an earthquake zone, will benefit from these experiences.

Keywords: Earthquake, Japan, Natural disaster, Nuclear crisis, Tsunami.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-3391-6707.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ersin Bayra

E-posta/E-mail: aebayra@medipol.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 16.08.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 10.11.2021

GİRİŞ

Japonya tarih boyunca dünyada en fazla doğal afet görülen ülkelerden biri olmuştur. Öyle ki ülkede sıklıkla deprem ve tsunami gibi doğal felaketler meydana gelmektedir. Nitekim ülkenin bulunduğu coğrafyada her yıl yaklaşık olarak 1.500 civarında sismik aktivite gerçekleşmektedir. Örneğin 1896'da Sanriku Depremi'nin neden olduğu bir tsunami nedeniyle yaklaşık 20.000, 1923'te Tokyo'da yaşanan Kanto depremi sonucu 100.000'den fazla, 1995'te ise Kobe ve Hyogo Eyaletlerinde meydana gelen 6.8 büyüklüğündeki deprem nedeniyle 6.000 civarı kişi hayatını kaybetmiştir. Bu felaketler Japon afet yönetimi politikasını güçlü bir şekilde etkilemiştir.¹ Yaşanan felaketlerden edinilen tecrübeler sonucu Japonya geçmişten beri doğal afetlere karşı hazırlık yapma, eğitim verme ve hasarları hafifletme becerisiyle dünyanın önde gelen ülkelerinden biri olmuştur.²

Ancak 11 Mart 2011'de Miyagi Eyaletinin doğusunda meydana gelen 9.0 büyüklüğündeki deprem,³ Japonya mevzuatında öngörülen önlemlerin yetersizliğini ortaya çıkarmıştır. Öyle ki Tohoku Bölgesi açıklarında meydana gelen Büyük Doğu Japonya Depremi, Japonya'yı vuran ve şimdiye kadar kaydedilen en güçlü depremdir. Deprem aynı zamanda dünyadaki en güçlü dördüncü deprem olarak kayıtlara geçmiştir. Diğer taraftan deprem tsunami oluşumunu tetikleyerek, 39 metre yüksekliğe ulaşan ve ülkenin 10 km kadar iç kesimine ilerleyen dalgalara neden olmuştur.⁴

Meydana gelen tsunami nedeniyle yaklaşık 433.000 kilometrekarelik bir alan sular altında kalmıştır.⁵ Japonya'nın doğu kıyısı hasar görmüş ve 400.000'den fazla bina yıkılmıştır. Çok sayıda karayolu, demiryolu ve köprü hasar görek hizmet veremez hale gelmiştir.⁶ Öte yandan tsunami yaklaşık 100.000 kişinin evlerinden tahliye edilmesine neden olan bir nükleer kazaya sebep olmuştur.⁷ Aslına bakılırsa Fukushima Dai-ichi Nükleer Santrali inşa edilirken dalgalardan etkilenmemesi için bölgede kaydedilen en yüksek tsunami yüksekliği esas alınmıştır. Tesisin konumu da göz önünde bulundurularak koruyucu deniz duvarı sadece 5,7 m. yüksekliğindeki tsunamiye dayanacak şekilde tasarlanmıştır. Ancak bu duvar 40 metreye ulaşan dalgalar ile baş edememiştir.⁸

1 Mathieu Capdevila, Sheila Maas and Stephan Zimmermann, *Evaluation of Civil Protection Mechanism*, (ICF International 2014) 2.

2 Unryu Suganuma, 'Historical Geography of the Japanese Tsunami' in Pradyumna P. Karan ve Unryu Suganuma (eds), *Japan after 3/11: Global Perspectives on the Earthquake, Tsunami, and Fukushima Meltdown* (The University Press of Kentucky 2016) 45.

3 Söz konusu deprem Japon literatüründe "Büyük Doğu Japonya Depremi" şeklinde geçmektedir.

4 Makoto Shimada, 'Japan's Law for Protection of Cultural Properties and the Great Earthquake of 2011' (2015) 20(1) Art Antiquity and Law 1, 16.

5 OCHA, *Japan Earthquake & Tsunami Situational Report* (2011) 16 2, <<https://reliefweb.int/report/japan/japan-earthquake-tsunami-situation-report-no-16>> accessed 08 Ağustos 2021.

6 Natt Leelawat, Anawat Suppasri and Fumihiko Imamura, 'Disaster Recovery and Reconstruction Following the 2011 Great East Japan Earthquake and Tsunami: A Business Process Management Perspective', (2015) 6 Int J Disaster Risk Sci 310, 310.

7 Eric A. Feldman, 'Fukushima: Catastrophe, Compensation, and Justice in Japan', (2013) 62(2) Depaul Law Review 335, 335; Toshio Hatsuzawa and Takehiko Takano, 'Characteristics of the Evacuation Area and the Spatial Distribution of Radioactive Pollution in Fukushima Prefecture' in Pradyumna P. Karan ve Unryu Suganuma (eds), *Japan after 3/11: Global Perspectives on the Earthquake, Tsunami, and Fukushima Meltdown* (The University Press of Kentucky 2016) 229.

8 David M. Arase, 'The Impact of 3/11 on Japan', (2012) 29 East Asia 313, 317.

Tsunamiden etkilenen Fukushima Dai-ichi Nükleer Santrali'nde bir elektrik kesintisi gerçekleşmiştir. Oluşan kesinti sonucu soğutma sistemleri devre dışı kalmış, tsunami sonrası oluşan reaksiyonlar için gerekli önlemler alınamamıştır. Bunun sonucu olarak santralde hidrojen patlamaları ve erimeler yaşanmıştır.⁹ Meydana gelen sızıntı nedeniyle çevreye radyasyon yayılmıştır. Bu gelişmelerin ardından santralin çevresinde yaşayan insanlar hükümet kararıyla derhal buldukları yerlerden tahliye edilmiştir. Uluslararası nükleer olay ölçeğinde bu kaza Çernobil felaketiyle aynı seviye olan yedinci seviyede derecelendirilmektedir.¹⁰

Arka arkaya yaşanan deprem, tsunami ve nükleer sızıntı felaketleri nedeniyle daha önce tarihte eşi benzeri görülmeyen çapta bir afet serisi yaşanmıştır. Tüm önlemlere rağmen yaklaşık yaklaşık 20.000 kişi hayatını kaybetmiş, on binlerce kişi kaybolmuştur.¹¹ Tarım, balıkçılık, turizm gibi sektörler felaketlerden yoğun şekilde etkilenmiştir. Yaşananlar ayrıca yaklaşık olarak 309 milyar ABD doları tutarında maddi hasara neden olmuştur.¹² 11.03.2011'de meydana gelen bu üç felaketten – hem gerçekleştikleri tarihin hem de felaketlerin sayısı nedeniyle – literatüre 3/11 felaketleri olarak geçmiştir.¹³

Japonya'da yaşanan felaket serisi göstermektedir ki deprem aslında bir doğa olayı olmakla birlikte ortaya çıkardığı yıkımlar nedeniyle hukukun konusu da olmuştur. Nitekim hukuk vasıtasıyla depremin ortaya çıkarabileceği olumsuzluklara karşı telafi mekanizmaları oluşturulması amaçlanmaktadır. Bu noktada Japonya aslında geçmişte yaşadığı tecrübeler nedeniyle oldukça kapsamlı bir deprem mevzuatına sahiptir. Ancak 3/11 söz konusu mevzuatın eksikliklerini ortaya çıkarmıştır. Bu minvalde çalışmada evvela 3/11 öncesi Japon deprem mevzuatına kısaca değinilecek, sonrasında ise mevcut hukuki düzenlemeler kapsamında alınan önlemler ve görülen eksiklikler ortaya koyulacaktır. Çalışmanın sonunda ise Büyük Japonya Depremi sonrası mevzuatta gerçekleştirilen değişiklikler ele alınacaktır. Bu kapsamda deprem kuşağında yer alan bir ülke olan Türkiye'de, dünyada deprem konusunda en tecrübeli devletlerden biri olan Japonya'nın deneyimlerinden faydalanılması hedeflenmektedir.

9 Christopher Stephens, 'Financing after Fukushima: Despite Worries Following Japan's Earthquake and Tsunami, There is a Strong Appetite for Nuclear Projects Across Asia' (2011) 30(4) *International Financial Law Review* 68, 68.

10 Eri Osaka, 'Corporate Liability, Government Liability, and The Fukushima Nuclear Disaster', (2012) 21(3) *Pacific Rim Law & Policy Journal* 433, 433; Mark H. Patterson and Christopher M. Schumann, 'The Japan Earthquake: A Legal Team Rises to the Challenge', (2011) 38(1) *The Reporter* 1, 3.

11 Kyoko Hirano, '311: Documenting a catastrophe as a national experience', (2014) 18(3) *Rethinking History* 378, 378.

12 Wei-Chun Cheng, 'Comparative Studies on the Similarities and Diversities of the Legislations Regarding Earthquake Insurance in Asia-Examples of Japan, New Zealand and Taiwan', (2020) 17(6) *US-China Law Review* 225, 225; OCHA (n 5) 1.

13 Pradyumna P. Karan, 'After the Triple Disaster, Landscape of Devastation, Despair, Hope, and Resilience' in Pradyumna P. Karan ve Unryu Suganuma (eds), *Japan after 3/11: Global Perspectives on the Earthquake, Tsunami, and Fukushima Meltdown* (The University Press of Kentucky 2016) 1.

I. BÜYÜK JAPONYA DEPREMİ ÖNCESİ DOĞAL AFETLERLE MÜCADELE MEVZUATI

A. GENEL OLARAK JAPON DEPREM MEVZUATI

Japonya 1940'larda ve 1950'lerde defalarca tayfunlar ve depremler tarafından tahrip edilmiştir.¹⁴ Bu kapsamda 1947 tarihli *Afet Yardım Yasası*'ndan bu yana yürürlükte olan bir afet yönetim sistemine sahiptir. Bu tarihten itibaren meydana gelen doğal felaketler var olan sistemi iyileştirmek adına fırsat olarak değerlendirilmiştir.¹⁵ Özellikle 1959'daki Isewan Tayfunu çok fazla hasarlara neden olmuş, böylece 1961 tarihinde *Afete Karşı Önlemler Temel Yasası* yürürlüğe girmiştir.¹⁶ Bu minvalde Japon hukuku, afet müdahalesinde merkezi hükümetin ve yerel idarelerin rollerini ve sorumluluklarını açıkça tanımlamaktadır. Bu yasaların en önemlileri ise *Afet Yardımı Yasası* ve *Afete Karşı Önlemler Temel Yasası*'dır.¹⁷

Söz konusu yasaların gelişimleri incelendiğinde zamanla doğal felaketler sonrasında alınacak tedbirlerden ziyade önleyici hazırlık tedbirlerine yoğunlaştıkları görülmektedir.¹⁸ Öyle ki bu yasalar ile acil müdahale, kurtarma, rehabilitasyon ve yeniden inşa sistemleri oluşturulmuştur. Nitekim yıllar geçtikçe afetlere yönelik hazırlık yatırımları sismik ve tsunami algılama, erken uyarı sistemleri, uyarıları yaymak için çoklu kanal sistemleri, tehlike haritalaması, tahliye planlaması, okullarda ve işyerlerinde düzenli afet eğitimleri ve tatbikatları kapsayan geniş bir yelpazeye yayılmıştır. Bununla birlikte söz konusu yasalarda doğal felaketler karşısında yerel yönetimlere büyük bir yetki ve sorumluluk alanı verildiği görülmektedir. Bu kapsamda ulusal plana dayalı yerel afet yönetimi planlarının oluşturulması ve uygulanması, toplum temelli kuruluşların kurulması, halka tehlike haritalarının dağıtılması, halkın bilinçlendirilmesi ve tahliye prosedürlerinin geliştirilmesi dahil olmak üzere afet yönetiminde ana sorumluluk yerel yönetimlere verilmiştir.¹⁹

Japonya'daki doğal afetlerle mücadele mevzuatı genel olarak bu şekildedir. Öyle ki Japonya deprem kuşağında yer alan bir ada ülkesidir ve uzun yıllardır nükleer enerji santrallerine sahiptir. Üstelik doğal afetlerle mücadele kapsamında örnek bir ülke olarak görülmektedir. Bu kapsamda çalışmada

- 14 Makoto Ikeda, 'Disaster Management Plans' in Federica Ranghieri ve Mikio Ishiwatari (eds), *Learning from Megadisasters, Lessons from the Great East Japan Earthquake* (International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank 2014) 71.
- 15 Federica Ranghieri and Mikio Ishiwatari, 'Overview' in Federica Ranghieri ve Mikio Ishiwatari (eds), *Learning from Megadisasters, Lessons from the Great East Japan Earthquake* (International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank 2014) 10.
- 16 Kazushige Kawase, 'How the NGIA of Japan responded to the Great East Japan Earthquake' (Nineteenth United Nations Regional Cartographic Conference for Asia and the Pacific, Bangkok, 29 October–1 November 2012) 1 <https://unstats.un.org/unsd/geoinfo/rcc/docs/rccap19/ip/E_Conf.102_IP12_19TH_UNRCC-AP_KAWAS_E_JAPAN_25%20Oct.pdf> Erişim Tarihi 08 Ağustos 2021; Ikeda (n 14) 71.
- 17 Motohiro Sato, 'Financial and Fiscal Impact' in Federica Ranghieri ve Mikio Ishiwatari (eds), *Learning from Megadisasters, Lessons from the Great East Japan Earthquake* (International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank 2014) 284.
- 18 Sayuri Umeda, 'Japan: Legal Responses to the Great East Japan Earthquake of 2011' (2013) The Law Library of Congress 44 <<https://www.loc.gov/item/201.529.6881/>> accessed 08 Ağustos 2021.
- 19 Ranghieri and Ishiwatari (n 15) 10.

sırasıyla *Afet Yardım Yasası*, *Afete Karşı Önlemler Temel Yasası*, *Nükleer Acil Durumlara Hazırlık ile İlgili Özel Tedbirler Yasası* ve *Şiddetli Afetlerle Başa Çıkmak İçin Özel Mali Destek Yasası* hükümlerine kısa değinilecek ve 3/11 öncesi mevzuatın genel çerçevesi çizilecektir.

B. AFET YARDIM YASASI

1947 tarihli *Afet Yardım Yasası*'nda kurtarma faaliyetlerinin ulusal hükümet yerine valilikler tarafından yürütülmesi beklenmektedir. Bu kanun kapsamındaki kurtarma faaliyetleri genel olarak felaket bölgesine barınak, yiyecek, su, giysi, yatak takımı ve diğer acil ihtiyaçların sağlanması ile bölgeye tıbbi destek verilmesi, insanların tehlikeli yerlerden çıkarılması ve evlerin ilk onarımının gerçekleştirilmesidir. Öte yandan yasa uyarınca valilikler mal ve hizmet yerine desteğe ihtiyacı olan kişilere nakit para yardımı da sağlayabilmektedir. Kanuna göre kurtarma faaliyetlerinin mali ve fiili olarak birincil sorumluluğu ise il ve belediyelere aittir.²⁰

Buna göre valilikler geçici barınakların yapımı ve dağıtımından sorumludur. Bu minvalde ihtiyaç duyulan konut tipine göre geçici barınak inşa edilmesi ya da bunların özel inşaat şirketlerinden kiralanması hususunda takdir yetkisi valiliklerdedir.²¹ Yasa kapsamında valilikler ayrıca ulusal hükümetten sağlanacak fonlarla afetten etkilenen nüfusa maddi yardım (özel konutların onarımı, nakit transferleri ve/veya krediler vb. dahil) ve yerel idareler tarafından alınan tedbirlere sübvansiyon desteği sağlayabilmektedir. Bunun dışında *Afet Yardım Yasası* ile her vilayetin acil yardım faaliyetleri için bir afet yardım fonu oluşturulacağı öngörülmektedir.²²

C. AFETE KARŞI ÖNLEMLER TEMEL YASASI

Japonya'da doğal afetlerle mücadele kapsamındaki en önemli yasa *Afete Karşı Önlemler Temel Yasası*'dır. Nitekim söz konusu yasanın 34. maddesi ile afetle mücadele kapsamında genel politikayı formüle etmek ve afet yönetimi için ulusal koordinasyon organı olarak çalışmak üzere bir *Merkezi Afet Yönetim Kurulu* kurulmuştur.²³ Zira 1961 yılında yürürlüğe giren yasanın 34. maddesi uyarınca, doğrudan Bakanlar Kuruluna bağlı bir *Merkezi Afet Yönetim Kurulu* teşkil edilmiştir. Yasanın 37. ve 39. maddelerine göre bu kurul Başbakan'ın başkanlığında toplanacak ve oturumlar bakanların katılımı ile gerçekleştirilecektir.²⁴ Kurulda Başbakan ve bakanlar dışında, yarı kamusal kuruluşların (Kamu Yayıncılığı, Japonya Bankası, Japon Kızılhaçı ve bir telekomünikasyon şirketi gibi) temsilcileri ve akademik temsilciler de bulunmaktadır.²⁵

20 Umeda (n 19) 7.

21 Yoshimitsu Shiozaki, Yasuo Tanaka and Akihiko Hokugo, 'Transitional Shelter' in Federica Ranghieri ve Mikio Ishiwatari (eds), *Learning from Megadisasters, Lessons from the Great East Japan Earthquake* (International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank 2014) 194.

22 Sato (n 17) 284.

23 Ikeda (n 14) 71-72.

24 Disaster Countermeasures Basic Act 1961 <[https://www.adrc.asia/documents/law/DisasterCounter measuresBasicAct.pdf](https://www.adrc.asia/documents/law/DisasterCounter%20measuresBasicAct.pdf)> accessed 01 Ağustos 2021.

25 Ikeda (n 14) 71-72.

Merkezi Afet Yönetim Kurulu teşkil edilerek ulusal ajanslar ve yerel idareler arasında koordine sağlanması hedeflenmiştir. Bununla birlikte söz konusu yasayla afetle mücadele kapsamındaki roller ve sorumluluklar; ulusal, vilayet ve belediyeler olmak üzere farklı düzeylerde paylaştırılmıştır. Bunun için *Afet Yardım Yönetimi* bağlamında üç farklı seviyede plan oluşturulmuştur. Ayrıca tüm bakanlıklardan ve yarı kamusal kuruluşlardan kendi sektörlerine ait bir afet yönetim planı hazırlanması istenmiştir.²⁶

Bu kapsamda yasanın 36. maddesi ile ulusal hükümeti esas alan bir *Temel Afet Yönetim Planı* hazırlanmıştır. Öte yandan yasanın 40. ve 42. maddeleri ile yerinden yönetim kuruluşlarının kendi afet planlarını teşkil etmesi sağlanmıştır.²⁷ *Afet Müdahale Temel Yasası* kapsamında düzenlenen *Temel Afet Yönetim Planı* aracılığı ile birçok kurum ve kuruluş için bir *Afet Yönetimi Operasyon Planı* teşkil edilmiştir. Bunun dışında her il ve belediye bünyesinde bir afet yönetim konseyi ve yerel koşullara uygun bir *Yerel Afet Yönetim Planı* teşkil edilmiştir. Bu bağlamda afet yönetimi, kurtarma operasyonları ve rehabilitasyon süreci gibi hususlar detaylı olarak planlanmıştır.²⁸

Bunun yanı sıra çeşitli afet türleri için hazırlık, acil durum müdahalesi, kurtarma ve yeniden inşa gibi afete yönelik tedbirlerin hangi sıra ile gerçekleştirileceği hususu bu planlar vasıtasıyla ortaya konmuştur. Nitekim *Temel Afet Yönetim Planı*'na göre her devlet ve kamu kurumu bir *Afet Yönetimi Operasyon Planı* hazırlamak zorundadır. Bunun dışında her il ve belediyeye ait afet yönetim kurulları tarafından birer *Yerel Afet Yönetim Planı* hazırlanmalıdır.²⁹

Görüldüğü üzere *Afete Karşı Önlemler Temel Yasası* Japonya'nın afet risk yönetim sisteminin temel taşıdır. Ulusal hükümetin ve yerel idarelerin afet sonrası sorumluluk seviyeleri ve biçimleri bu yasa kapsamında belirlenmektedir.³⁰ Hatta yasa ile yerel idarelerin afet yönetimi hususundaki sorumluluklarının artırıldığı söylenebilir. Nitekim yasanın 29. maddesine göre valilikler, acil durum önlemleri kapsamında ihtiyaç duymaları halinde ulusal hükümetin ya da ilgili bakanlığın yetkililerini doğrudan kullanabilmektedir. Bu noktada md. 30'a göre ise valiler, acil durum önlemleri için gerekirse, Başbakan veya başka bir vilayet valisinin müdahalesini dahi isteyebilmektedir.³¹

Diğer taraftan md. 105'e göre; ciddi ve geniş kapsamlı tesiri nedeniyle, ulusal ekonomi ve kamu refahı karşısında elem sonuçlar doğuran olağanüstü felaketler karşısında, Başbakan'ın başkanlığı toplanan Bakanlar Kurulu tarafından, doğal felaketten etkilenen bölgelerin tamamı veya bir kısmı için olağanüstü hal ilan edilebilir. Bu maddeye göre afet nedeniyle genel meclis ya da temsilciler meclisinin toplanmasına imkan yok ise olağanüstü hal ilan edilerek, kararnameler vasıtasıyla ihtiyaç

26 Ikeda (n 14) 72.

27 Disaster Countermeasures Basic Act 1961 <[https://www.adrc.asia/documents/law/DisasterCounter measuresBasicAct.pdf](https://www.adrc.asia/documents/law/DisasterCounter%20measuresBasicAct.pdf)> accessed 01 Ağustos 2021.

28 Umeda (n 19) 4-5.

29 Ikeda (n 14) 72-73.

30 Sato (n 17) 284.

31 Disaster Countermeasures Basic Act 1961 <[https://www.adrc.asia/documents/law/DisasterCounter measuresBasicAct.pdf](https://www.adrc.asia/documents/law/DisasterCounter%20measuresBasicAct.pdf)> accessed 01 Ağustos 2021.

duyulan acil önlemleri almak, insanların günlük yaşamlarının idamesini sağlamak için mal veya hizmetlerin satışlarını kontrol etmek ve fiyatlarını belirlemek mümkündür.³²

D. NÜKLEER ACİL DURUM HAZIRLIĞINA İLİŞKİN ÖZEL TEDBİRLER HAKKINDA KANUN

Japonya'nın 1966 yılından beri faaliyette olan ilk nükleer santrali Tökaimura'da 1999 yılında bir kaza gerçekleşmiştir. Kazanın ardından *Nükleer Acil Durumlara Hazırlık ile İlgili Özel Tedbirler Yasası* çıkarılmıştır. Bu yasa ile birlikte nükleer felaketten sonra ilk önlemlerin hızla alınması, ulusal ve yerel idarelerin faaliyetlerinin koordine edilmesi, ulusal hükümetin acil durum yönetim sisteminin geliştirilmesi ve nükleer ticari kuruluşların bu tip felaketler karşısında sorumluluklarının artırılması gibi hususlar düzenlenmiştir.³³

Nitekim yasanın 8. maddesine göre her nükleer sahada bir *Nükleer Acil Durum Hazırlık Yöneticisi* bulunmalıdır. 10. maddeye göre bu yönetici radyasyon oranlarında tehlikeli bir durum tespit ettiği takdirde derhal yetkili belediye başkanına, valiye ve ilgili bakana bu hususta bilgi vermelidir. Aynı yasanın 15. maddesinde ise tehlike konusunda bilgilendirilen bakanın duruma ilişkin gerekli bilgileri derhal Başbakan'a bildirmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu bildirim üzerine Başbakan gerekli görmesi halinde derhal nükleer acil durum ilan edecektir.³⁴ Görüldüğü üzere yasa ilgili bakanı, anormal bir seyir izleyen radyasyon seviyesini Başbakan'a bildirmek ve bu konuyla ilgili tavsiyede bulunmakla yükümlü kılmaktadır. Bu noktadan sonra Başbakan'dan gerekli hallerde nükleer acil durumu ilan ederek, etkilenen bölgedeki valilere ve belediye başkanlara ilgili direktifleri vermesi beklenmektedir.

E. ŞİDDETLİ AFETLERE MÜDAHALE İÇİN ÖZEL MALİ YARDIM YASASI

Afete Karşı Önlemler Temel Yasası uyarınca yıkılan bölgeleri restore etmek ve mağdurları desteklemek için yerel idarelere para aktarabileceği düzenlenmektedir. Bu minvalde 1962 tarihinde doğal afetlerle mücadele kapsamında *Şiddetli Afetlerle Başa Çıkmak İçin Özel Mali Destek Yasası* yürürlüğe girmiştir.³⁵ 1962 tarihli bu yasa ve *Doğal Afet Mağdurlarına Yardım Yasası* (1998) gibi yasalar ile hükümetin doğal afetler hususundaki mali sorumluluğunun kapsamı oldukça genişletilmiştir. Buna ek olarak, belirli sigorta türlerini (deprem, tarım, balıkçılık, balıkçı tekneleri ve orman) sağlamak için devlet desteği sunan bir dizi yasa çıkarılmıştır.³⁶

32 ibid 53.

33 Umeda (n 19) 7-8.

34 Act on Special Measures Concerning Nuclear Emergency Preparedness 1999 <<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/ASMCNEP.pdf>> accessed 02 Ağustos 2021.

35 Umeda (n 19) 4-6.

36 Sato (n 17) 284.

II. MEVCUT MEVZUAT KAPSAMINDA ALINAN ÖNLEMLER VE GÖRÜLEN EKSİKLİKLER

11 Mart 2011 tarihinde meydana gelen deprem ve tsunaminin ardından elektrik hatları kesilmiş, ortaya çıkan panik ve yıkım nedeniyle yollar ulaşımına kapanmıştır. Öte yandan deprem ve tsunaminin tesiri afet bölgesi ile sınırlı kalmamıştır. Başkent Tokyo başta olmak üzere ülkenin büyük kısmında hayat felç olma noktasında gelmiştir. Öyle ki sadece Tokyo'da beş milyondan fazla insan evlerinde ya da iş yerlerinde mahsur kalmış,³⁷ toplu taşıma araçlarının çoğu iş görmez hale gelmiş, bu sebeple insanlar evlerine ulaşamamıştır. Diğer taraftan insanlar güvende olup olmadıklarını aileleriyle paylaşmak isteseler de telefon trafiğinin yoğunluğundan dolayı operatörler işlevsiz hale gelmiştir. Cep telefonu operatörleri tarafından sağlanan Kısa Mesaj Hizmetleri (SMS) kapasitelerini aşan trafik nedeniyle çalışmamıştır.³⁸

Deprem, tsunami ve nükleer kriz bu tip felaketlere yol açsa da Japon hükümeti aslında üzerine düşen yükümlükleri büyük ölçüde yerine getirmiştir. Zira depremin hemen ardından harekete geçilerek mevzuat uyarınca ön görülen tedbirler alınmaya başlanmıştır. Bu noktada, *Afete Karşı Önlemler Temel Yasası*'na göre bu tip felaketler karşısında Başbakan'ın olağanüstü hal ilan etmesinin mümkün olduğunu hatırlatmakta yarar vardır. Ancak deprem Japonya'yı vurduğunda meclis halihazırda oturumda olduğu için, bu tedbirin pratik bir fayda sağlamayacağı düşünülerek olağanüstü hal ilan edilmemiştir. Bununla birlikte felaketin büyüklüğü karşısında mevcut afetle mücadele sisteminin yetersizliği görülmüştür. Bu yüzden hükümet daha hızlı sonuç alacak mekanizmaları tercih etmiştir. Nitekim depremin ertesi günü Bakanlar Kurulu; felaket bölgesindeki sığır ve su ürünleri yetiştiricilerini, küçük ve orta ölçekli işletmeleri, altyapıları ve tarım arazilerini desteklemek amacıyla yerel idarelere mali destek sağlamaya karar vermiştir. Fakat mevzuat uyarınca bu desteğin verilebilmesi için Bakanlar Kurulu tarafından felaketin şiddetli olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu karar ancak bölgedeki hasar raporları incelendikten sonra verilebilecektir. Lakin depremin büyüklüğü karşısında Bakanlar Kurulu bu kararı almak için söz konusu raporları beklememiştir.³⁹

Bu kapsamda ulusal hükümetin derhal harekete geçerek, elindeki imkanların tamamını kullanarak felaketle mücadele ettiği görülmektedir. Diğer taraftan depremin hemen ardından meydana gelen tsunami sonucu oluşan dalgalar Fukushima Daiichi Nükleer Santrali reaktörlerinin güç kaynağını devre dışı bırakmıştır. Acil durum çekirdek soğutma sistemleri, elektrik eksikliği nedeniyle çalışmayı durdurmuştur. Bu gelişmelerin ardından Başbakan tarafından nükleer acil durum ilan edilerek *Nükleer Acil Müdahale Merkezi* kurulmuştur. Ayrıca Fukushima Nükleer Santrali yakınlarındaki belediyelere, fabrikanın üç kilometre çevresinde yaşayan sakinlerin tahliye edilmesi için talimat gönderilmiştir. Bu önlemler Japonya'da 1999 yılında meydana gelen nükleer kazanın ardından çıkarılan *Nükleer Acil Durumlara Hazırlık ile İlgili Özel Tedbirler Yasası*'na dayandırılarak alınmıştır.⁴⁰

37 Umeda (n 19) 3.

38 Toshikazu Seto and Yuichiro Nishimura, 'Crisis Mapping Project and Counter-Mapping by Neo-Geographers' in Pradyumna P. Karan ve Unryu Suganuma (eds), *Japan after 3/11: Global Perspectives on the Earthquake, Tsunami, and Fukushima Meltdown* (The University Press of Kentucky 2016) 288.

39 Umeda (n 19) 4-6.

40 ibid 7-8.

Öte yandan depremin ertesi günü ulusal hükümet tarafından bu kez, nükleer güç istasyona yirmi kilometre yarıçapındaki alanda bulunan herkesin tahliye edilmesine karar verilmiştir. 15 Mart tarihinde ise ulusal hükümet tarafından santrale yirmi ila otuz kilometrelik mesafede yaşayanların binalarından dışarı çıkması yasaklanmıştır.⁴¹ Nisan ayında tesisin yirmi kilometrelik yarıçapı resmi tahliye bölgesi olarak belirlenerek, halkın bu bölgeye girişi engellenmiştir. Felaketten bir sene sonra Nisan 2012'de ise ulusal hükümet, Fukushima vilayet ve belediye idareleri tarafından tahliye bölgelerinin sınırları yeniden belirlenmiştir.⁴²

Diğer yandan Fukushima Nükleer Santralleri de dahil olmak üzere, çok sayıda elektrik üretim istasyonu deprem esnasında zarar görmüştür. Bu acil durumu gidermek için Başbakan tarafından 13 Mart 2011'de *Elektrik Arz ve Talebi Acil Durum Merkezi* kurulmuştur. Oluşturulan merkezin ilk toplantısında bölgede planlı elektrik kesintisi yapılması kararlaştırılmıştır. Üstelik bu önlem TEPCO (Tokyo Elektrik Enerji Şirketi) ile müşterileri arasındaki güç tedarik sözleşmesine dayanılarak alınmıştır. Nitekim hükümet *Elektrik Ticareti Yasası*'na göre benzer önlemler alabilecek olmasına rağmen bunu yasaya değil, sözleşmeye dayanarak gerçekleştirmiştir. Bu tercihin gerekçesi olarak *Elektrik Ticareti Yasası*'na göre işletmeler ve konutlar için getirilecek kısıtlamaların bürokratik olarak çok fazla zaman gerektireceği ifade edilmiştir.⁴³

Öte yandan nükleer krizin yaşanmasından sonraki birkaç gün içinde yapılan testlerde nükleer santrallerin yakınında üretilen ıspanak ve sütlerde yüksek radyasyon seviyesi tespit edilmiştir. Ancak testlerin gerçekleştirildiği sırada gıdalardaki radyasyon seviyesi için yasal olarak bağlayıcı bir standart bulunmamaktadır. Bununla birlikte *Gıda Güvenliği Yasası* insan tüketimi için zehirli veya zararlı yiyeceklerin satışını, kullanımını veya tedarikini yasaklayan hükümler içermektedir. Bu kapsamda 17 Mart 2011 tarihinde *Sağlık, Çalışma ve Refah Bakanlığı* (MHLW), gıdalardaki radyasyon seviyesi için geçici standartlar belirleyen bir genelge yayımlamıştır.⁴⁴

Ulusal hükümetin çabaları genel olarak bu şekilde olmakla birlikte, Japon hukukunda afet ile mücadelede esas sorumluluk aslında yerel idarelerdedir. Keza *Afete Karşı Önlemler Temel Yasası*'na göre belediyeler bir yerel afet yönetim planı oluşturmak zorundadır. Ayrıca uyarı sistemleri, acil durum operasyonları, tahliyeler, selle mücadele ve yardım faaliyetleri belediyelerin sorumluluğundaki faaliyetlerdir. Ancak belediyelerin söz konusu yükümlülüklerini yerine getiremeyecek kadar geniş ve ağır bir tahribat ile karşılaştığı durumlarda, tahliyelerin valilikler tarafından gerçekleştirileceği belirtilmektedir.⁴⁵ Zira depremden kısa bir süre sonra hükümet tarafından *Afet Yardım Yasası* kapsamında oluşturulan sistemin, depremin büyüklüğü ve yıkıcılığı karşısında yetersiz kaldığı tespit

41 Hatsuzawa and Takano (n 7) 230.

42 Yukio Yotsumoto and Shunichi Takekawa, 'The Social Structures of Victimization of Fukushima Residents Due to Radioactive Contamination from the 2011 Nuclear Disaster' in Pradyumna P. Karan ve Unryu Suganuma (eds), *Japan after 3/11: Global Perspectives on the Earthquake, Tsunami, and Fukushima Meltdown* (The University Press of Kentucky 2016) 255.

43 Umeda (n 19) 11.

44 Hrabrin Bachev, 'March 2011 Earthquake, Tsunami and Fukushima Nuclear Accident Impacts On Japanese Agri-Food Sector' (2015) 50 <<https://ssrn.com/abstract=2553057>> accessed 11 Ağustos 2021; Umeda (n 19) 1.

45 Ikeda, (n 14) 73

edilmiştir. Nitekim bazı belediyeler tsunami tarafından neredeyse tamamen yıkılmış, bu nedenle kurtarma faaliyetlerini yürütememişlerdir.⁴⁶

Yerel yönetimlerin yetersiz kaldığı bu gibi durumlarda hükümetin tüm sorumluluğu üstlenmesi gerekmektedir. Bu minvalde Büyük Doğu Japonya Depremi'nin neden olduğu felaketler serisi mevcut afetle müdahale sistemin yetersizliğini göstermiştir. Ülkenin bazı bölgelerinde bulunan belediyeler tamamen yok olmuş, bazıları ise etkisiz kalmıştır. Öte yandan gıda güvenliği ve afet enkaz yönetimi gibi hususlarda yetersiz kalınmıştır. Bu bakımdan deprem mevzuatında değişikliğe gidilme ihtiyacı doğmuştur. Bu kapsamda deprem mağdurlarının günlük yaşamlarını destekleme, moloz yığınlarını temizleme, tahrip olmuş alanları yeniden inşa etme gibi hususlarda yeni bir mevzuat oluşturulmuştur. Gıda ve nükleer santral güvenliği gibi konularda yeni standartlar belirlenmiştir. Böylece gelecekte yaşanabilecek felaketlere karşı yasal açıdan hazırlıklı olunması hedeflenmiştir.⁴⁷

III. BÜYÜK JAPONYA DEPREMİ SONRASI AFETLE MÜCADELE KAPSAMINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

A. MERKEZİ HÜKÜMET İLE YEREL İDARELER ARASINDAKİ KOORDİNASYONUN GELİŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Aslında Japonya söz konusu felaket serisini henüz test edilmemiş ancak nominal olarak güçlendirilmiş bir kriz yönetim sistemi ile karşılaşmıştır. Öyle ki 1995 tarihinde gerçekleşen Kobe depremi hükümetin acil durum hazırlık düzeyini ortaya çıkardıktan sonra daha koordineli ve etkili bir müdahale sistemi oluşturmak için mevzuatta birçok değişiklik yapılmıştır. Gerçekleştirilen yapısal reformların en önemli parçası ise Başbakanlığa bağlı ve kriz yönetiminden sorumlu bir birimin oluşturulmasıdır. Ancak üç büyük felaket karşısında oluşturulan sistemin yetersizliği görülmüştür. Zira yerel idareler afetle mücadele kapsamında kendileri için öngörülen sorumlulukları yerine getirememiştir. Bununla birlikte sahada bulunan birimlerin bilgi, plan ve kaynak paylaşımı konusunda isteksizlik gösterdiği tespit edilmiştir.⁴⁸

Aslına bakılırsa 1995 tarihinde meydana gelen 7.2 büyüklüğü Kobe depremi sonrası sahadaki birimler arası bilgi paylaşımı konusunda düzenlemeler yapılmıştır. Fakat 2011 depremi bu değişikliklerin bilgi paylaşımı hususunda yetersiz kaldığını göstermiştir. Öte yandan bireylerin şahsi bilgilerine üçüncü kişilerin erişimini engelleyerek rahat hissetmelerini sağlayan *Özel Bilgilerin Korunması Yasası'nın* felaket sonrası acil müdahale ekiplerinin eriştiği bilgilerin sınırlandırılmasına yol açtığı tespit edilmiştir. Öyle ki Tōhoku Tsunamisi sırasında acil yardıma ihtiyaç duyan kişiler tespit edilememiş veya bu kişilerin yerleri saptanamamıştır. Özgürlük güvenlik dengesindeki ağırlığı özgürlüğe veren bu yasa yaşanan felaket sonrası büyük eleştiriler almıştır. Uzun süreli tartışmalara neden olan söz konusu yasa altı yılın sonunda, yani Haziran 2017 itibarıyla değiştirilmiştir. Böylece bilgi paylaşımı

46 Umeda (n 19) 7.

47 ibid 3.

48 Richard J. Samuels, 3.11 *Disaster and Change in Japan* (Cornell University Press 2013) 9.

konusundaki hukuki engellerin afetler sırasında kaldırılması ile acil durum müdahale ekiplerinin gelecekteki krizlerde savunmasız kişilere erişiminin kolaylaşması hedeflenmiştir.⁴⁹

Öte yandan takip ve kontrolü yerel idarelere bırakan mevcut sistem birkaç ilde aynı anda ciddi hasarlar oluşunca etkisiz kalmıştır. Keza yaşanan felaketler sonrası yerel idarelerin birbirleriyle sistematik olarak iş birliği sağlayamadığı görülmüştür. Böylece Büyük Doğu Japonya Depremi'nden edinilen tecrübelerle yeni bir afetle mücadele mevzuatı oluşturulmuştur. Keza Haziran 2012'de yürürlüğe giren *Afete Karşı Önlemler Temel Yasası* ile yerel idareler ile ulusal hükümetin birbirleriyle bilgi paylaşması zorunlu kılınmıştır. Bu sayede ulusal hükümet ile belediyeler arasında koordine kurulmasını mecbur hale getiren bir sistem teşkil edilmiştir. Bu kapsamda 2013 yılında gerçekleştirilen değişikliklerle yerel idarelerin işlevsiz kaldığı durumlarda yerel birimler aradan çıkarılarak, merkezi hükümete bağlı acil kurtarma ekiplerinin doğrudan afetzedelere ulaşmasına imkân tanıyan yeni bir prosedür geliştirilmiştir. Diğer yandan deprem mevzuatına merkezi hükümet ve valiliklerin kendi inisiyatifleriyle belediyelere mal ve erzak tedarik edebilmesini sağlayan yeni hükümler eklenmiştir. Zira deprem öncesinde bu tip tedarikler için yerel yönetimlerin merkezi hükümetten resmi talebi gerekmektedir.⁵⁰ Tüm bu gelişmeler Japonya'nın bir sonraki felaket için sahadaki birimler arasında bilgi paylaşımını kolaylaştıran, asıl sorumluluğu yerel idarelere veren ancak bu idarelerin yetersiz kaldığı durumlarda merkezi hükümetin doğrudan sorumluluk almasına imkan tanıyan yeni bir sistem geliştirdiğini göstermektedir.

B. YENİDEN YAPILANMA VE TOPARLANMAYA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

Büyük Doğu Japonya Depremi'nde yerel idarelerin afetle mücadele kapsamındaki mali yükü beklenenden çok daha fazla olmuştur. Bu bakımdan ulusal hükümet 13 Mart 2011'de, *Afet Yardım Yasası* kapsamına girmeyen kurtarma faaliyetleri için inisiyatif olarak mali yükü üstleneceğini duyurmuştur.⁵¹ Böylelikle felaketten etkilenen insanları daha güvenli alanlara yerleştirmek için yerel idarelere mali destek sağlanmıştır. Mesken alanlarının ve altyapının geliştirilmesi de bu desteğe dahil edilmiştir.⁵² Diğer taraftan yerel kamu maliyesinin büyük ölçekli afetlerle baş etme kapasitesinin oldukça sınırlı olduğu görülünce, ulusal hükümet devreye girerek felaketten etkilenen kesim için vergi indirimi ve yeniden yapılandırma politikası kapsamında vergi teşviki gerçekleştirmiştir. Yeniden yapılanma ve toparlanma çabalarına katkıda bulunan kişi ve kurumlara özel vergi indirimleri sunularak, felaketten etkilenmeyen nüfusun ve özel sektörün doğal felaketler karşısındaki maliyet paylaşımını kolaylaştırmıştır.⁵³

49 Colleen Kennedy, 'Recovering From Natural Disaster in Developed Communities: A Disability Perspective' (Master's thesis York University 2017) 31-33.

50 Umeda (n 19) 44.

51 ibid 7.

52 Michio Ubaura, 'Relocation in the Tohoku Area' in Pradyumna P. Karan ve Unryu Suganuma (eds), *Japan after 3/11: Global Perspectives on the Earthquake, Tsunami, and Fukushima Meltdown* (The University Press of Kentucky 2016) 308.

53 Sato (n 17) 292.

Toparlanma ve yeniden yapılanma sürecinin en önemli adımlarından biri de 24 Haziran 2011'de kabul edilen *Yeniden Yapılanma Temel Yasası* olmuştur. Bu doğrultuda Şubat 2012'de *Yeniden Yapılandırma Ajansı* teşkil edilmiştir. Başbakan'ın başkanlık ettiği bu ajansın görevi, yeniden yapılanma politika ve tedbirlerini entegre bir şekilde teşvik ve koordine etmektir. Ayrıca yeniden yapılanma kapsamında birçok kasaba ve şehir için; deniz duvarlarının inşası, alçak arazilerin yükseltilmesi ve insanların daha yüksek yerlere taşınmasının sağlanması dahil olmak üzere projeler oluşturulmuştur.⁵⁴

Bu minvalde ayrıca *Temel Kurtarma Planları* teşkil edilmiştir. Bu kapsamda afetten en çok etkilenen üç vilayet için birer kurtarma planı yapılmıştır. Yerel idareler düzeyinde ise afetten etkilenen belediyeler için kurtarma planları geliştirmiştir. Ayrıca daha dayanıklı binalar inşa edilmesi için arazi kullanım planlamasına odaklanılmış, yeniden inşa bölgeleri belirlenmiştir.⁵⁵ Felaketten sonra birçok belediye bir afet durumunda karşılıklı olarak yardımlaşmak ve iş birliği geliştirmek için ortaklık anlaşmasına imza atmıştır.⁵⁶

Büyük Japonya Depremi yerel idarelerin büyük ölçekli felaketler karşısında mali yükümlülüklerini yerine getiremediğini göstermiştir. Bu durum Japonya'nın yeni bir yeniden yapılandırma ve toparlanma politikası geliştirmesine yol açmıştır. Bu kapsamda felaketlerden etkilenmeyen kesimin ve özel sektörün de dahil edileceği bir maliyet paylaşım sistemi geliştirilmiştir. Bunun dışında mevzuatta, bu çaptaki felaketlerin yıkıcılığına karşı yeni bir imar ve arazi planlama modelini içeren değişiklikler gerçekleştirilmiştir.

C. TSUNAMI VE NÜKLEER FELAKETLERE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

Tsunamiden etkilenen belediyelerin alacağı önlemleri teşvik etmek adına *Tsunamiye Dirençli Topluluk Yasası* çıkarılmıştır. Bu yasa ile riskli bölgelerde bina inşaatlarının kısıtlanması, tahliye yolları ve tesislerin oluşturulması, tehlike haritalaması yapılması, tatbikatlar planlanması, erken uyarı sistemlerini içeren entegre tsunami azaltma planlarının geliştirilmesi, belirlenmiş tahliye yerlerinde emlak vergilerinin azaltılması ve evlerin daha yüksek yerlere taşınması gibi hususlar düzenlenmiştir.⁵⁷ Böylece Japonya'da tsunamiye karşı yeni bir imari planlama safhası başlamıştır.

Öte yandan nükleer krizin ardından, kazanın nedenlerini ve ortaya çıkan hasarları tespit amacıyla bir komite oluşturulmuştur. Komite tarafından gelecekte bu tip kazaların önlenmesi için temel güvenlik önlemleri ve acil durum protokollerinin oluşturulması, nükleer enerji üretimi ile ilgili güvenlik önlemlerinin artırılması ve nükleer acil müdahale sistemlerinin teşkil edilmesi gerektiği rapor edilmiştir. Bu rapora istinaden 27 Haziran 2012 tarihinde *Nükleer Düzenleme Otoritesinin Kuruluş*

54 Kenzo Hiroki, 'Strategies for Managing Low - Probability, High - Impact Events' in Pradyumna P. Karan ve Unryu Saganuma (eds), *Japan after 3/11: Global Perspectives on the Earthquake, Tsunami, and Fukushima Meltdown* (The University Press of Kentucky 2016) 299.

55 Karan (n 13) 15-16.

56 Shinichi Umezawa, 'The Great East Japan Earthquake: Its Damages, Impacts on the Labor-economy and Restoration Measures of the Government' (2014) 3(3) E-Journal of International and Comparative Labour Studies 171 <http://ejcls.adapt.it/index.php/ejcls_adapt/article/view/240> accessed 04 Ağustos 2021.

57 Hiroki (n 53) 299.

Yasası ile Nükleer Düzenleme Kurumu kurularak raporda konu edilen hususların takibi bu kuruma verilmiştir.⁵⁸

Nükleer kazalardan kaynaklanan tehlike riski göz önüne alındığında, Japonya nükleer sorumluluk ve bu hususta doğması muhtemelen tazminatlar için mevzuatını iyileştirmeye devam etmektedir.⁵⁹ Nitekim Büyük Doğu Japonya Depremi'nin tetiklediği nükleer felaket, aynı anda gerçekleşen büyük ölçekli krizler karşısında mevcut sistemin yetersizliğini göstermiştir. Bu sebeple özellikle tsunami ve nükleer sızıntı gibi deprem dışı felaketler karşısında mevzuatta güvenlik tedbirleri ve acil durum protokollerini içeren değişiklikler gerçekleştirilmiştir.

SONUÇ

Japonya bir deprem ülkesi olarak Büyük Doğu Japonya Depremi öncesinde de doğal afetler hususunda oldukça kapsamlı bir mevzuata sahiptir. 1947 tarihli *Afet Yardım Yasası* ve 1961 tarihli *Afete Karşı Önlemler Temel Yasası* bu kapsamda en önemli iki yasa olarak öne çıkmaktadır. Söz konusu yasalar vasıtasıyla Japon hukukunda, ulusal hükümetin ve yerel idarelerin doğal felaketler karşısındaki rolleri ve sorumlulukları açıkça düzenlenmiştir. Ancak 1995 yılında meydana gelen Kobe depremi mevzuattaki eksiklikleri açığa çıkarmıştır. Bu kapsamda mevzuatta, doğal felaketler gerçekleşmeden önce alınacak tedbirlere ve ulusal hükümet ile yerel idareler arasındaki koordinasyona yoğunlaşan değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu minvalde afet yönetimi için doğrudan Başbakanlığa bağlı bir birim oluşturulmuştur.

Tüm bu değişikliklere rağmen Büyük Doğu Japonya Depremi bugüne kadar alınan tedbirleri etkisiz kılabilecek ölçüde bir felakete yol açmıştır. Keza 1947 tarihli *Afet Yardım Yasası*'na göre afetle mücadele kapsamında mali ve fiili olarak birincil sorumluluk illere ve belediyelere aittir. Fakat aynı anda birkaç ilde ciddi hasar meydana getiren böyle bir felaket karşısında yerel idareler yetersiz kalmışlardır. Öyle ki deprem, tsunami ve nükleer sızıntı nedeniyle birçok yerel idare afetle mücadele kapsamındaki sorumluluklarını yerine getiremeyecek duruma gelmiştir. Bu gelişmeler 1995 sonrası gerçekleştirilen reformları işlevsiz kılmıştır. Öte yandan felaketin ortaya çıkardığı maliyet yerel idareler tarafından karşılanamayacak düzeyde olmuştur. Diğer taraftan afetle mücadele kapsamında sahada bulunan birimlerin planlarını ve sahaya dair bilgilerini birbirleri ile yeteri kadar paylaşmadığı tespit edilmiştir.

Büyük Doğu Japonya Depremi sonrası mevzuatta görülen eksiklikler nedeniyle uygulamada yetersiz kalmıştır. Japon hükümeti depremin ardından derhal harekete geçmiş olsa da Meclis oturumunda olduğu için olağanüstü hâl ilan etmemiş, ancak yine de yasalar yerine daha hızlı sonuç alınabileceği mekanizmalara başvurmuştur. Bu kapsamda bazı konularda doğrudan inisiyatif almış, bazı hususlarda ise yasal prosedürün uzun olması nedeniyle yasaya değil, özel hukuk sözleşmelerine

58 Kanami Ishibashi, 'Fukushima Daiichi Nuclear Power Plant Accident: A Provisional Analysis and Survey of the Government's International and Domestic Response: Verification and the Road to Recovery in 2012' (2012) 18 Asian Yearbook of International Law 88, 89-90.

59 Rokuichiro Michii, 'The International Legal Framework for Liability and Compensation for Damage from Nuclear Accidents – History, Present Challenges, and Future Course' (2013) 56 Japanese Yearbook of International Law 275-277.

dayanmıştır. Bununla birlikte deprem, tsunami ve nükleer sızıntıdan elde edilen tecrübe ile mevzuatta birçok değişikliğe gidilmiştir. Evvela yerel idareler ile ulusal hükümetin birbirleriyle bilgi paylaşımını ve koordinasyonunu zorunlu kılan bir sistem geliştirilmiştir. Diğer yandan yerel idarelerin işsiz kaldığı durumlarda ulusal hükümetin doğrudan devreye girmesine imkan tanıyan yeni prosedürler gerçekleştirilmiştir. Toparlanma ve yeniden yapılanma sürecinde ise ulusal hükümet ile yerel idareler arasında iş birliği sağlanmıştır.

Dünyada doğal felaketlerle mücadelede önde gelen ülkelerinden biri olan Japonya'nın Büyük Doğu Japonya Depremi'nde edindiği tecrübeler, Türkiye gibi deprem kuşağında yer alan bir ülke için oldukça değerlidir. Japon mevzuatındaki gelişmeler incelendiğinde evvela depremle mücadele kapsamında inisiyatifin yerel idarelere ve birimlere bırakıldığı görülmektedir. Keza geçmişte yaşanan tecrübeler merkezi hükümetin afet alanına müdahale etmekte ve yerel ihtiyaçları karşılamakta geciktirildiğini göstermiştir. Ancak 1995 depremi yerel birimler arasındaki koordinasyon eksikliğini ortaya koymuş ve deprem mevzuatı esas olarak farklı birimler arasındaki iş birliğini teşvik edecek şekilde geliştirilmiştir.

Bununla birlikte 2011 yılında meydana gelen 9.0 büyüklüğündeki deprem ve sonrasındaki tsunami felaketi mevcut sistemin yetersizliğini ortaya çıkarmıştır. Bu felaketlere eklenen nükleer sızıntı ile birlikte asıl sorumluluğu yerel yönetimler veren, yerel yönetimlerin işsiz kaldığı durumlarda merkezi hükümetin doğrudan müdahalesine imkan tanıyan, yerel birimler ile merkezi hükümet arasında koordinasyon ve iş birliği sağlayan, iller ve belediyeler düzeyinde ayrı ayrı afet yönetim planları düzenlenmesini mecbur tutan, sahada bulunan birimler arasında bilgi ve plan paylaşımını zorunlu kılan, deprem bölgesindeki yapılaşmayı yeniden düzenleyen yeni bir sistem geliştirilmiştir.

Unutulmamalıdır ki deprem aslında bir doğa olayı olmakla birlikte aynı zamanda hukukun da konusudur. Bir kere deprem nedeniyle ortaya çıkan yıkımlar başta yaşam ve mülkiyet hakkı olmak üzere pek çok farklı hakka zarar verebilmektedir. Bu sebeple deprem kuşağında yer alan devletlerde kapsamlı ve detaylı bir mevzuata ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bakımdan Japonya'dan edinilen tecrübeler hem doktrin hem de yasa koyucu bakımından önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Arase DM, 'The Impact of 3/11 on Japan', (2012) 29 East Asia 313–336.
- Bachev H, 'March 2011 Earthquake, Tsunami and Fukushima Nuclear Accident Impacts On Japanese Agri-Food Sector' (2015) <<https://ssrn.com/abstract=2553057>> accessed 11 Ağustos 2021.
- Capdevila M, Maas S and Zimmermann S, *Evaluation of Civil Protection Mechanism*, (ICF International 2014).
- Cheng WC, 'Comparative Studies on the Similarities and Diversities of the Legislations Regarding Earthquake Insurance in Asia-Examples of Japan, New Zealand and Taiwan', (2020) 17(6) US-China Law Review 225-239.
- Feldman EA, 'Fukushima: Catastrophe, Compensation, and Justice in Japan', (2013) 62(2) Depaul Law Review 335-356.
- Hatsuzawa T and Takano T, 'Characteristics of the Evacuation Area and the Spatial Distribution of Radioactive Pollution in Fukushima Prefecture' in Pradyumna P. Karan ve Unryu Suganuma (eds), *Japan after 3/11*:

- Global Perspectives on the Earthquake, Tsunami, and Fukushima Meltdown* (The University Press of Kentucky 2016) 229-250.
- Hiroki K, 'Strategies for Managing Low – Probability, High – Impact Events' in Pradyumna P. Karan ve Unryu Sukanuma (eds), *Japan after 3/11: Global Perspectives on the Earthquake, Tsunami, and Fukushima Meltdown* (The University Press of Kentucky 2016) 297-304.
- Hirano K, '311: Documenting a catastrophe as a national experience', (2014) 18(3) *Rethinking History* 378–390.
- Ikeda M, 'Disaster Management Plans' in Federica Ranghieri ve Mikio Ishiwatari (eds), *Learning from Megadisasters, Lessons from the Great East Japan Earthquake* (International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank 2014) 71-76.
- Ishibashi K, 'Fukushima Daiichi Nuclear Power Plant Accident: A Provisional Analysis and Survey of the Government's International and Domestic Response: Verification and the Road to Recovery in 2012' (2012) 18 *Asian Yearbook of International Law* 85-96.
- Karan PP, 'After the Triple Disaster, Landscape of Devastation, Despair, Hope, and Resilience' in Pradyumna P. Karan ve Unryu Sukanuma (eds), *Japan after 3/11: Global Perspectives on the Earthquake, Tsunami, and Fukushima Meltdown* (The University Press of Kentucky 2016) 1-42.
- Kawase K, (Nineteenth United Nations Regional Cartographic Conference for Asia and the Pacific, Bangkok, 29 October – 1 November 2012) <https://unstats.un.org/unsd/geoinfo/rcc/docs/rccap19/ip/E_Conf.102_IP12_19TH_UNRCC-AP_KAWAS_E_JAPAN_25%20Oct.pdf> Erişim Tarihi 08 Ağustos 2021
- Kennedy C, 'Recovering From Natural Disaster in Developed Communities: A Disability Perspective' (Master's thesis York University 2017).
- Leelawat N, Suppasri A and Imamura F, 'Disaster Recovery and Reconstruction Following the 2011 Great East Japan Earthquake and Tsunami: A Business Process Management Perspective', (2015) 6 *Int J Disaster Risk Sci* 310–314.
- Michii R, 'The International Legal Framework for Liability and Compensation for Damage from Nuclear Accidents – History, Present Challenges, and Future Course' (2013) 56 *Japanese Yearbook of International Law* 257-282.
- OCHA, *Japan Earthquake & Tsunami Situational Report* (2011) 16, <<https://reliefweb.int/report/japan/japan-earthquake-tsunami-situation-report-no-16>> acc esed 08 Ağustos 2021.
- Osaka E, 'Corporate Liability, Government Liability, and The Fukushima Nuclear Disaster', (2012) 21(3) *Pacific Rim Law & Policy Journal* 433-460.
- Patterson MH and Schumann CM, 'The Japan Earthquake: A Legal Team Rises to the Challenge', (2011) 38(1) *The Reporter* 1-8.
- Ranghieri F and Ishiwatari M, 'Overview' in Federica Ranghieri ve Mikio Ishiwatari (eds), *Learning from Megadisasters, Lessons from the Great East Japan Earthquake* (International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank 2014) 1-21.
- Samuels RJ, *3.11 Disaster and Change in Japan* (Cornell University Press 2013)
- Sato M, 'Financial and Fiscal Impact' in Federica Ranghieri ve Mikio Ishiwatari (eds), *Learning from Megadisasters, Lessons from the Great East Japan Earthquake* (International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank 2014) 283-295.
- Seto T and Nishimura Y, 'Crisis Mapping Project and Counter-Mapping by Neo-Geographers' in Pradyumna P. Karan ve Unryu Sukanuma (eds), *Japan after 3/11: Global Perspectives on the Earthquake, Tsunami, and Fukushima Meltdown* (The University Press of Kentucky 2016) 288-303.
- Shimada M, 'Japan's Law for Protection of Cultural Properties and the Great Earthquake of 2011' (2015) 20(1) *Art Antiquity and Law* 1-24.

- Shiozaki Y, Tanaka Y and Hokugo A, 'Transitional Shelter' in Federica Ranghieri ve Mikio Ishiwatari (eds), *Learning from Megadisasters, Lessons from the Great East Japan Earthquake* (International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank 2014) 193-202.
- Stephens C, 'Financing after Fukushima: Despite Worries Following Japan's Earthquake and Tsunami, There is a Strong Appetite for Nuclear Projects Across Asia' (2011) 30(4) *International Financial Law Review* 68-70.
- Suganuma U, 'Historical Geography of the Japanese Tsunami' in Pradyumna P. Karan ve Unryu Suganuma (eds), *Japan after 3/11: Global Perspectives on the Earthquake, Tsunami, and Fukushima Meltdown* (The University Press of Kentucky 2016) 45-73.
- Ubaura M, 'Relocation in the Tohoku Area' in Pradyumna P. Karan ve Unryu Suganuma (eds), *Japan after 3/11: Global Perspectives on the Earthquake, Tsunami, and Fukushima Meltdown* (The University Press of Kentucky 2016) 307-315.
- Umeda S, Japan: Legal Responses to the Great East Japan Earthquake of 2011' (2013) *The Law Library of Congress* < <https://www.loc.gov/item/201.529.6881/>> accessed 08 Ağustos 2021.
- Umezawa S, 'The Great East Japan Earthquake: Its Damages, Impacts on the Labor-economy and Restoration Measures of the Government' (2014) 3(3) *E-Journal of International and Comparative Labour Studies* <http://ejcls.adapt.it/index.php/ejcls_adapt/article/view/240> accessed 04 Ağustos 2021.
- Yotsumoto Y and Takekawa S, 'The Social Structures of Victimization of Fukushima Residents Due to Radioactive Contamination from the 2011 Nuclear Disaster' in Pradyumna P. Karan ve Unryu Suganuma (eds), *Japan after 3/11: Global Perspectives on the Earthquake, Tsunami, and Fukushima Meltdown* (The University Press of Kentucky 2016) 251-268.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://dx.doi.org/>

<https://reliefweb.int/>

<https://ssrn.com/>

<http://www.cas.go.jp/>

<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/>

Sermaye Piyasası Kanunu'nda Piyasa Dolandırıcılığı ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları İçin Öngörülen Etkin Pişmanlık Düzenlemesi ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*

Effective Repentance Regulation For Market Manipulation And Abuse Of Confidence Crimes in Capital Market Law and Problems Encountered in Practice

Ahmet Tok** 

ÖZ

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda piyasa dolandırıcılığı ve örtülü kazanç aktarımı suçları açısından etkin pişmanlık düzenlemelerine yer verilmiştir. Bu çerçevede, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı kapsamına giren fiillerde bulunanların elde ettikleri menfaatin iki katını soruşturma başlamadan önce Hazine'ye ödemeleri halinde bu suçtan dolayı haklarında cezaya hükmolunmaz. Bununla birlikte ödeme soruşturma başladıktan sonra yapılırsa, verilecek cezanın yarısı indirilir, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar yapılacak ödemelerde ise verilecek ceza üçte biri oranında indirilir. Örtülü kazanç aktarımı suçu açısından ise fail tarafından SPK'nın 21/4 maddesinde öngörülen tutar ödendikten sonra aktarılan tutarın iki katının soruşturma başlamadan önce Hazine'ye ödenmesi halinde bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz. Bu tutarın soruşturma sırasında ödenmesi halinde verilecek cezanın yarısı indirilir, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödendiği takdirde ise, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir. İşbu çalışmamızda sermaye piyasası mevzuatındaki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma usulü, suçlara özgü hususiyetler, uygulama sorunları bağlamında soruşturma öncesi etkin pişmanlık halinde suç duyurusunda bulunulması ve savcının dava açıp açmamasına ilişkin tartışmalar, etkin pişmanlık ve iştirak ilişkisi, failin menfaat elde etmemesi durumunun hükmün uygulanmasına etkisi, failer tarafından Hazine'ye ödeme yapılmasının yerindeliği analiz edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sermaye piyasası kanunu, Etkin pişmanlık, Piyasa dolandırıcılığı, Örtülü kazanç aktarımı, Güveni kötüye kullanma.

* İşbu çalışmada dermeyeran edilen görüşler, yazarın şahsi görüşleri olup, mensup olduğu kurumu bağlamaz.

** Dr., Sermaye Piyasası Kurulu, Başuzman Hukukçu, Orcid: 0000-0003-2804-9255.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ahmet Tok

E-posta/E-mail: ahmet.tok@spk.gov.tr

Geliş Tarihi/Received: 02.09.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 27.11.2021

ABSTRACT

The Capital Market Law numbered 6362 has effective repentance regulations for market manipulation and disguised transfer pricing crimes. In this context, if those who commit the crime within the scope of transaction-based market manipulation and pays to the Treasury an amount which is twice of the benefit he/she has obtained or has caused to be obtained, not being less than five hundred thousand Turkish Liras, no penalty shall be imposed if the payment has been made before the investigation starts. The penalty to be imposed shall be reduced by half, if the payment is made during the phase of investigation and the penalty to be imposed shall be reduced by one third, if the payment is made during the phase of prosecution until the judgement has been rendered. In terms of disguised transfer pricing crime, in cases where the person who has committed the crime of abuse of confidence displays effective repentance and makes the payment mentioned in the fourth paragraph of Article 21 along with the payment amounting to twice of this payment to the Treasury, no penalty shall be imposed if the payment has been made before the investigation starts. The penalty to be imposed shall be reduced by half, if the payment is made during the phase of investigation and the penalty to be imposed shall be reduced by one third, if the payment is made during the phase of prosecution until the judgement has been rendered. In this study, the method of application of the provisions of effective repentance in the capital market legislation, the particularities of the crimes, written application to be made by the Board in effective repentance before the investigation and the discussions on whether the prosecutor should file a lawsuit in the context of the implementation problems, the relationship of effective repentance and crimes committed in participation, the effect of the perpetrator's lack of benefit on the implementation of the provision, the legitimacy of payment of perpetrators to the Treasury will be analyzed.

Keywords: Capital market law, Effective repentance, Market manipulation, Illegal transfer pricing, Abuse of confidence.

I. GENEL OLARAK ETKİN PİŞMANLIK

A. ETKİN PİŞMANLIK KURUMU VE ÖZELLİKLERİ

Etkin pişmanlığın tanımına ilişkin olarak doktrinde görüş birliği bulunmamakla birlikte etkin pişmanlık; şüpheli ve/veya sanıkların işledikleri suçtan/suçlardan dolayı özgür iradeleriyle suçun işlenip tamamlanmasının, bir başka deyişle suçun neticesinin gerçekleşmesinin ardından pişman olmaları, suç teşkil eden fiilin meydana getirdiği zararı, ziyanı ya da olumsuzlukları izale etmeleri ve ceza adaletine böylece olumlu ve etkin davranışlarıyla katkı sağlamaları halinde cezasızlık ya da cezada indirimle ilişkin hükümlerin tatbiki sonucunu doğuran bir ceza hukuku kurumu olarak tavsif edilebilir¹.

Etkin pişmanlık, suçun neticesinin ikmalinden sonra ortaya çıkan bazı şartların varlığı durumunda kimi suçlar bakımından cezayı tamamen kaldıran veya cezada indirim yapılmasını sağlayan sebepler

1 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (17. Baskı, Seçkin 2021) 576; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. Baskı, Seçkin 2021) 444-445; Mustafa Arslantürk, *Etkin Pişmanlık Vazgeçme Cezasızlık* (Seçkin 2018) 22; İbrahim Özer, 'Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık' (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi 2011) 6. Etkin pişmanlık kurumunun 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemindeki tanımları ve kurumun tarihi gelişimi hakkında bkz Ensar Baki, 'Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık' (2016) (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 27, 29-31 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/227124>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2021.

olarak tavsif edilmekte olup, şartların gerçekleşmesi halinde kişiye ya hiç ceza verilmemekte ya da cezasında indirim yapılmaktadır. Bunlar; cezayı kaldıran ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak adlandırılmakta olup, suç tamamlandıktan sonra failin, haksızlığın neticelerini mümkün olduğunca gidermeye çalışarak gösterdiği etkin pişmanlık, cezayı kaldıran ya da azaltan şahsi sebep olarak kabul edilmektedir². Nitekim kanun koyucu malvarlığına karşı suçlarda etkin pişmanlığı düzenlediği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda³ (TCK) md. 168 hükmünün gerekçesinde, bu düzenlemenin cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep niteliğinde olduğunu açıkça belirtmiştir⁴.

Etkin pişmanlık halinde, fail tarafından gerçekleştirilen hareket ve husule gelen netice dış dünyada hiç ortaya çıkmamış gibi kabul edilmemekte, hareket ve netice varlığını korumakta, bir başka ifade ile fiil, suç olma özelliğini devam ettirmekte ancak gösterilen pişmanlık nedeniyle fail hakkında ceza verilmemekte ya da failin cezasında indirim yapılmaktadır⁵.

Etkin pişmanlık kurumunun uygulama alanı bulabilmesi için kanunda öngörülmesi, suça ilişkin neticenin gerçekleşmiş olması, failin suç nedeniyle pişman olarak suçun neticelerinin etkilerini ortadan kaldırmaya yönelik davranışlarda bulunması ve davranışların belli bir zaman diliminde gerçekleştirilmesi şeklinde dört şartın meydana gelmesi aranmaktadır⁶.

Etkin pişmanlık kurumunun TCK kapsamında ne şekilde düzenlendiği aşağıda açıklanacak olmakla birlikte kanun koyucunun iradesi doğrultusunda sadece TCK kapsamında değil tüm özel ceza kanunlarında, bir başka deyişle özel ceza hükümleri ihtiva eden kanunlarda da bu kuruma yer verilebileceği açıktır. Nitekim inceleme konumuz olan işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı ve örtülü kazanç aktarımı suçları, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda⁷ (SPK/Kanun) düzenlenen suçlar olup, kanun koyucu tarafından, anılan suçlara özgü hususiyetler ve sermaye piyasasına ilişkin özellikler de dikkate alınarak TCK'dan farklı şekilde işleyen bir etkin pişmanlık kurumu öngörülmüştür.

2 Günal Kurşun, *Ceza Muhakemesinde Hüküm*, (Seçkin 2016) 151; Veli Özer Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap- Genel Hükümler* (2. Baskı, Seçkin 2021) 131-132. Etkin pişmanlık türleri ve özellikleri hakkında bkz. ibid 127-132.

3 Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG. 12.10.2004/25611.

4 Yasemin Baba, "Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık", (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2011) 25.

5 Fail suç tamamlandıktan sonra etkin pişmanlık gösterebilir. İşlenmiş ve tamamlanmış olan suç, bu pişmanlık dolayısıyla işlenmemiş hale irca edilememektedir. Ancak işlenen haksızlığın neticeleri fail tarafından mümkün olduğunda izale edilmektedir. Özgenç, (n 1) 240. Kural olarak etkin pişmanlığın ceza sorumluluğu üzerinde bir etkisi yoktur. Etkin pişmanlık, TCK'da genel hükümler arasında ceza sorumluluğunu etkileyen bir hal olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte TCK'nın özel hükümler kısmında bazı suç tipleri bakımından etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Gönüllü vazgeçme gibi etkin pişmanlık da haksızlığın unsurları ve kusurluluk dışında yer almaktadır. Koca ve Üzülmüş, (n 1) 445.

6 Evrim Yıldırım, 'Sermaye Piyasası Suçları Açısından Etkin Pişmanlık', Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü (Hizmete Özel), (2013) 4-5. Yine etkin pişmanlığın unsurları ve detaylı değerlendirmeler için bkz Baki, (n 1), 42-48. Etkin pişmanlığın özellikle malvarlığına karşı suçlar bakımından unsurları için bkz. M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (19. Baskı, Adalet 2021) 693-695.

7 Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul tarihi: 6.12.2012, RG 30.12.2012/28513.

B. ETKİN PİŞMANLIĞIN TÜRK CEZA KANUNU'NDA DÜZENLENME ŞEKLİ

TCK'da yer alan etkin pişmanlık hükümlerinde, suç neticesi de dâhil olmak üzere tüm unsurlarıyla oluştuktan sonra failin ortaya çıkan zararlı sonucun etkilerini azaltmaya yönelik eylemlerine değer atfedilmektedir. TCK'da etkin pişmanlık, tamamlanmış suçlar bakımından öngörülmüş olup, bu müessese kanunun genel hükümler kısmında düzenlenmediğinden, yalnızca kanun koyucunun belirlemiş olduğu suçlar bakımından uygulanmaktadır.

TCK'da yalnızca kanun koyucunun belirlemiş olduğu bazı suçlar bakımından, etkin pişmanlık maddesi şeklinde ayrı bir madde olarak veya suçun düzenlendiği maddenin içinde ayrı fıkra olarak veyahut bölümün sonunda ayrı bir maddede bölümdeki suçlar zikredilmek suretiyle düzenlemiş olup, genellikle suç nedeniyle mağdurdan elde edilen menfaatin⁸ ya da mağdurun maruz kalacağı zararın⁹ mağdura iadesine veya suçun resmi makamlar tarafından öğrenilmesinden önce ihbarına¹⁰ bağlanmıştır. Hükümlerin çoğunda etkin pişmanlık sonucu cezai indirim öngörülürken, istisnai durumlarda cezaya hükmolunmayacağı¹¹ ya da kamu davasının açılmayacağı¹² şeklinde düzenleme yapılmıştır.

C. SUÇA İŞTİRAK HALİNDE ETKİN PİŞMANLIK

TCK'da iştirak halinde işlenen suçlar bakımından etkin pişmanlık hükmünün nasıl tatbik edileceğini açıkça belirleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Niteliksel bağlılık kuralının kapsamını belirleyen TCK md. 40/1 hükmüyle; sadece kusurluluğu etkileyen hallerin değil, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebeplerin, bu arada etkin pişmanlık hükümlerinin de suç ortaklarının sorumluluğu üzerinde etkili olmadığı, bu anlamda etkin pişmanlığın söz konusu olduğu bir suç tipinin iştirak halinde işlendiği hallerde, sadece etkin pişmanlık gösteren suç ortağının bundan yararlanacağı kabul

8 Örneğin, "Rüşvet alan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz." TCK md 254/1.

9 Örneğin, "Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs (...) ⁽¹⁾ suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadar indirilir." TCK md 168/1.

10 Örneğin, "Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş olan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz." TCK md 192/1.

11 Örneğin, "Sahte olarak para veya kıymetli damga üreten, ülkeye sokan, nakleden, muhafaza eden veya kabul eden kişi, bu para veya kıymetli damgaları tedavüle koymadan ve resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların üretildiği veya saklandığı yerleri merciine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların ele geçirilmesini sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz." TCK md 201/1.

12 Örneğin, "Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir." TCK md 168/5.

edilmektedir. Bir başka deyişle iştirak halinde işlenen suçlarda, etkin pişmanlıktan sadece pişmanlık gösteren failin yararlanması esastır¹³.

Öte yandan mala karşı işlenen suçlarda¹⁴ suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, şeriklerden birisi veya birkaçının iade veya tazmin yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde, diğer suç ortakları bu hususa karşı çıkmadıkları takdirde¹⁵ etkin pişmanlık hükümlerinden onlar da yararlanırlar. Etkin pişmanlık cezayı kaldıran ya da azaltan şahsi bir sebep olmakla birlikte, iştirak halinde işlenen suçlarda, fail veya suç ortaklarından birisinin geri verme veya tazmini gerçekleştirilmesi, diğerlerinin bu maddeden yararlanma olanağını fiilen kaldırdığından buna engel olmak için pişmanlık gösteren diğer fail veya suç ortakları hakkında da TCK'nın 168. maddesi uygulanmalıdır¹⁶. Zira mağdurun zararı bir defa giderildiğinde, diğer fail ve şerikler yönünden giderilecek zarar kalmamıştır. Öte yandan onların tekrar aynı miktarda zararı gidermeye çalışmaları, mağdurun zararının çok üzerinde haksız bir menfaat elde etmesi anlamına gelir ki, bu da kabul edilemez. Ancak, etkin pişmanlık kurumunun düzenlenmesinde amaç failleri pişman olmaları halinde ödüllendirmek ve mağdurun kaybını mümkün olduğunca gidermektir. Bu durumda sırf bir failin pişmanlık göstermesi nedeniyle, pişmanlık göstermeyen suç ortaklarının cezalarında indirim yapmak hukuka ve hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu nedenle, somut olayda pişmanlık göstermediği açıkça anlaşılan diğer suç ortakları

- 13 M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Baskı, Adalet 2021) 672; Bakı, (n 1), 49-50. Doktrinde Özen de, bizzat pişmanlık göstermek ifadesi çerçevesinde, her bir şerikin pişmanlık duyması ve bu duygu ile ödemeye katılmış olması gerektiği, zararın şeriklerden biri tarafından karşılanmasının bu fıkra hükmünün amacını karşılamayacağı, hem pişmanlık hem de zararın karşılanmasında her şerikin katkısı olması gerektiği görüşündedir. Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama İşığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, (2. Baskı, Adalet 2021) 783-784. Nitekim Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin E.2018/4018 K.2019/4548, 30.4.2019 tarihli kararında; toplam kurum zararı üzerinden yapılan kısmi ödeme nedeniyle sanık hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına tartışılması gerektiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Yine Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin E.2020/20408 K.2020/12630, 11.11.2020 tarihli kararında da; sanıklar tarafından sonradan gerçekleştirilen bir ödeme olup olmadığı, zararın tamamının giderilip giderilmediği, zarar gideriminin hangi aşamada olduğu açıklığa kavuşturularak, kısmi ödeme konusunda muvafakat olup olmadığı sorularak sonuçlarına göre sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nun 168. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden uygulama yapılması nedeniyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası)
- 14 Malvarlığına karşı işlenen suçlarda etkin pişmanlık uygulaması için bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (7. Baskı, Adalet 2020) 669; Hırsızlık, yağma ve dolandırıcılık suçlarında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması ve koşulları hakkında bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, (n 6) 584-585, 660, 693-695; Özen (n 13) 782-784.
- 15 Doktrinde, TCK md. 168 hükmünde "*bizzat pişmanlık göstererek*" ifadesi yer aldığından, faillerden birinin/birkaçının suçtan doğan zararı gidermesi durumunda, giderimi bilmesi ve rıza göstermesi yani tıpkı suçun birlikte işlenmesi gibi iade veya tazminin de iştirak halinde gerçekleştirilmesi şartıyla diğer fail/faillerin de etkin pişmanlık hükümünden yararlanacağı görüşü ileri sürülmektedir. Buna göre hükümde bizzat pişmanlık gösterilmesinden söz edildiği için zararın iştirakçilerden biri tarafından karşılanması, diğer kişilerin pişmanlık gösterip göstermediğinin araştırılmasına engel değildir; hatta bu konuda bir araştırmanın yapılması gerekir. Yargıtay, suç ortaklarından birinin yaptığı iade veya tazmine diğer iştirakçilerin karşı çıkmayarak giderimi kabullenmesini, iştirak halinde işlenen suçlarda bizzat pişmanlık gösterilmesinin ölçütü olarak kabul etmektedir. Mehmet Gödeklî, 'Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık', (2017) 7 (29) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 277, 347-348 <<https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php?pdf=0020438&lng=0>> Erişim Tarihi: 1 Eylül 2021.
- 16 Hüseyin Eker, 'Mala Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık (5237 sayılı TCK'nın 168. maddesi)' (2012) (100) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 363, 374. <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012.100.1192.363-388>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2021.

hakkında, TCK 168 inci maddenin tatbik edilmemesi gerektiği görüşü de dile getirilmektedir¹⁷. Kanaatimizce iştirak halinde işlenen suçlarda etkin pişmanlığın, TCK çerçevesinde koşulları taşıyan suç ortakları açısından tatbiki yanında, bu hususa itiraz etmeyen ve pişmanlık gösterdiği anlaşılabilen şerikler açısından da cari olması gerektiği, zararın tazmini yükümlülüğünün ise tüm şerikler tarafından yerine getirilmesinin aranmasına gerek olmadığı, esas olanın mağdurun uğradığı zararın bir şekilde izalesi olduğu kural olarak kabul edilebilecek olmakla birlikte, özel kanunlarda yer alan etkin pişmanlık düzenlemelerinde suça ilişkin hususiyetler çerçevesinde farklı değerlendirme yapılması lüzumu da söz konusu olabilecektir. Özellikle çalışma konumuzu oluşturan suçların nitelikleri çerçevesinde, pişmanlığın sirayeti konusunun, suç tiplerinin kendine özgü durumları da dikkate alınarak değerlendirilmesinin önemli olduğu düşüncesindeyiz.

Bu çerçevede, SPK'da etkin pişmanlık kurumunun tatbikinin olanaklı olduğu işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı ve örtülü kazanç aktarımı suçlarından özellikle piyasa dolandırıcılığı suçunun genellikle iştirak halinde işlendiği dikkate alındığında, etkin pişmanlık ve iştirak ilişkisinin, işbu çalışma konumuz açısından da ehemmiyet arz ettiği ve ayrıntılı bir şekilde analiz edilmesi gerektiği açıktır. Aşağıda her iki suç tipi açısından da etkin pişmanlık kurumu ile iştirak ilişkisi ayrı ayrı değerlendirilecektir.

D. UZLAŞMA KURUMU İLE İRTİBATI

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun¹⁸ (CMK) 253-255 maddeleri arasında düzenlenen uzlaşma; bağımsız ve objektif üçüncü bir kişinin, uyuşmazlığın taraflarına, olayın özelliklerine göre şekillenecek çeşitli çözüm önerileri sunup, onların bu çözüm önerilerini müzakere etmesini ve sunulan çözüm önerilerinden birisi üzerinde anlaşmalarını hedefleyen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tavsif edilebilir¹⁹. Bu çerçevede uzlaşma, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören kişinin uzlaştırılması girişimini ifade etmekte olup, tarafların uzlaşması halinde ya kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmekte ya da kamu davasının açılmasının ertelenmesine hükmedilmektedir²⁰.

17 A. Caner Yenidünya, 'Malvarlığına Karşı Suçlarda Etkin Pişmanlık ve Uygulaması' <<https://caner Yenidunya.com/malvarligina-karsi-suclarda-etkin-pismanlik/>> Erişim Tarihi: 1 Eylül 2021. İştirak halinde işlenen suçlarda, mağdurun suçtan doğan zararının tazminine yönelik olumlu bir girişimde bulunmayan ve katkı sağlamayan failler, diğer failin yararlandığı etkin pişmanlık hükmünden yararlanamaz. İsmail Turgut Kıldan, 'Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulanabilme Koşulları' (2012) 3 (8) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 115, 131. Yargıtay'ın konuya ilişkin örnek kararları için bkz. ibid 131'de yer alan 80, 81, 82 ve 83 nolu dipnotlar.

18 Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul tarihi: 4.12.2004, RG 17.12.2004/25673.

19 Kara Avrupası'nda en basit şekliye uzlaşma, mağdur, iddia, savunma ve yargının belli menfaatler karşılığında anlaşarak muhakemeyi sona erdirmelerini ifade eden bir kavramdır. Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (20. Baskı, Beta 2021) 591. Uzlaştırma kavramı, uzlaştırmanın özellikleri, uzlaşmaya tabi olan ve olmayan suçlar, uzlaştırma süreci için Vahit Bıçak, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (4. Baskı, Seçkin 2018) 384-392; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (9. Baskı, Seçkin 2021) 848-858. Uzlaştırmaya dair doktrindeki tanımlar ve yargı kararlarına yansımaları konusunda bkz. Hazal Ertemür, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Uzlaştırma*, (Seçkin 2021) 29-35.

20 Uzlaştırmanın, ceza ilişkisini düşüren bir niteliği olduğu açıktır. Soruşturma evresinde uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde savcı tarafından kovuşturmayaya yer olmadığı, kovuşturma evresinde tarafların uzlaşması halinde mahkeme tarafından

İlk olarak 2006 yılında 5560 sayılı Kanunla²¹ CMK'nın 253 üncü maddesinde yapılan değişiklikle, etkin pişmanlığın uygulanabildiği suçlarda uzlaşma kurumunun uygulanması imkânı ortadan kaldırılmıştır. Bunun gerekçesi, sanığın, lehine olan bir imkân olarak etkin pişmanlığı kullanmadığı takdirde uzlaşma yoluna da gitmeyeceği düşüncesidir. Bu gerekçe doktrinde, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen bazı suçlar uzlaştırmaya çok elverişli olmasına karşılık, bu suçlarda uzlaştırma yolunun kapatılmasının isabetli olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir²². Müteakiben 2016 yılında 6763 sayılı Kanun²³ ile değişiklik yapılarak, uzlaştırma, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar bakımından da uygulanabilir hale getirilmiştir²⁴.

Uzlaşma ile etkin pişmanlık arasındaki farklar; uzlaşmanın temel amacının mağdurun zararının izalesi olmakla birlikte etkin pişmanlık öngörülen suçların tamamında mağdurun zararının oluşmaması, etkin pişmanlıkta mağdur ile suçtan zarar görenin bir araya gelmemesi ve son olarak etkin pişmanlıkta suç tamamlandıktan sonra failin iradi olarak neticeyi ortadan kaldırmaya yönelik davranışlar sergilemesi şeklinde ifade edilebilir.

CMK'nın 253 üncü maddesinde 7188 sayılı Kanun²⁵ ile yapılan değişiklik ile aralarında TCK md. 155'te yer alan güveni kötüye kullanma suçu da dâhil olmak üzere bazı suçlar uzlaştırma kapsamına alınmıştır. SPK md. 110 hükmü, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik başlığı ile düzenlenmiş olup, TCK md. 155 hükmünde düzenlenen "güveni kötüye kullanma" suçunun sermaye piyasalarındaki görünümü mahiyetindedir ve adı geçen suçun nitelikli halini oluşturmaktadır.

Konumuz açısından değerlendirildiğinde, etkin pişmanlığın uygulanabildiği SPK md. 110/1-b ve c hükümlerindeki örtülü kazanç aktarımı suçunun, uzlaştırma kapsamında olup olmadığı akla gelebilir. CMK md. 253/2 hükmünde, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerektiği hükme bağlanmıştır. SPK 110/1 maddesinin, ceza hükmü açısından TCK md. 155/2 hükmüne atıf yaptığı, güveni kötüye kullanmanın nitelikli hali olarak SPK'da özel düzenlemelere yer verilerek suç tasnif ve nitelmesi yapıldığı, dolayısıyla atılı suçun unsurları itibarıyla SPK'da düzenlendiği, özel kanunlarda yer alan suçlar bakımından uzlaşma yoluna

düşme kararı verilecektir. (CMK m.253) Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (12. Baskı, Seçkin 2021) 773.

21 Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 5560, Kabul tarihi: 6.12.2006, RG 19.12.2006/26381.

22 Mustafa Özbek, 'Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları' (2007) 56 (4) 123, 157. Örneğin, Türk Ceza Kanununun 168. maddesine göre, malvarlığına karşı suçlarda (hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas ve karşılıksız yararlanma suçlarında) etkin pişmanlık özel olarak düzenlemiştir. Buna göre, Türk Ceza Kanununun 151. maddesinde yer alan ve soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan mala zarar verme suçunda (TCK md 151,1) uzlaştırmaya başvurulamayacaktır.

23 Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6763, Kabul tarihi: 24.11.2016, RG 2.12.2016/29906.

24 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanunun 34 üncü maddesiyle, bu fıkra da yer alan "etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

25 Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6763, Kabul tarihi: 17.10.2019, RG 24.10.2019/30928.

gidilebilmesi için özel bir düzenleme olması gerektiği, SPK'da ise böyle bir düzenleme olmadığı dikkate alındığında, SPK md. 110 hükmünde düzenlenen örtülü kazanç aktarımı suçu açısından uzlaşma kurumunun tatbikinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz²⁶.

II. 6362 SAYILI SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDA ETKİN PİŞMANLIK

Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 6362 sayılı Kanun'un cezai hükümlere ilişkin önemli yeniliklerinden birisi de, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı (manipülasyon) ve örtülü kazanç aktarımı şeklinde teşekkül eden güveni kötüye kullanma suçları için etkin pişmanlık hükümlerine yer vermesidir. Kanun'da düzenlenen iki suç tipi için öngörülen etkin pişmanlık düzenlemeleri, SPK'nın 107 nci maddesi ile 110 uncu maddesinde yer almaktadır. Ödemenin yapılacağı aşama ile ilgili olarak benzer bir yaklaşım çerçevesinde düzenlenen etkin pişmanlık kurumuna ilişkin hükümlerde, her iki suç tipinin özellikleri göz önüne alınarak suç tipine özgü farklılıklar da bulunmaktadır.

A. PİYASA DOLANDIRICILIĞI SUÇUNDA ETKİN PİŞMANLIK

I. GENEL OLARAK

SPK'da yer verilen etkin pişmanlık hükümleri, TCK'da yer alan etkin pişmanlık hükümlerinden "yararlanma şartları" bakımından farklılık arz etmektedir. Örneğin TCK md. 168'de düzenlenen malvarlığına yönelik işlenen suçlar bakımından "mağdurun uğradığı zararın aynen veya tazmin suretiyle tamamen geri verilmesi" esas alınmış olmakla birlikte SPK md. 107/1 hükmünde düzenlenen işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda zarara uğrayan kişiler belirlenebilir olmadığı gibi, bu suç tehlike suçu olması hasebiyle neticenin gerçekleşmesi şartı da bulunmadığından, zarara uğrayan bir kişi de bulunmayabilir. Dolayısıyla, SPK md. 107/3 ve md. 110/3 hükümlerinde, kanun koyucu TCK md. 168 hükmünden farklı olarak "mağdurun zararının tazmin edilmesi" yaklaşımı yerine, doğrudan Hazine'ye ödeme yapılması şartını getirmiştir. Nitekim, SPK'nın etkin pişmanlık hükmünün düzenlendiği madde gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun temel amacının suçtan elde edilen menfaatin ekonomiye geri kazandırılması olduğu görülmektedir²⁷. Yapılan ödeme, genel gerekçede belirtildiği üzere ilgililer hakkında suç duyurusu yapılmamasını değil, yapılan yargılama sonucunda cezaya hükmolunmamasını/cezada indirim yapılmasını sağlamaktadır. Madde gerekçesine göre,

26 Doktrinde Karacan tarafından, SPK md 106 ve devamında yer alan sermaye piyasası suçlarının tümü için yeni ve sermaye piyasasının özelliklerine, yasadaki suçların niteliği ile bu suçların zarar verdiği değerler ve mağdurları dikkate alan bir uzlaşma sistemine gereksinim olduğu, bu sistem sayesinde hem kurallara uyumun artırılacağı hem de uzun, maliyetli ve çoğu kez yararı sınırlı yargılama yükünden kurtulma imkânı olacağı, uzlaşma miktarının ödenmesinden sonra çeşitli seçenekler olabileceği, uzlaşma kurumu nedeni ile artık soruşturma öncesi evrede etkin pişmanlığın uygulanmasına gerek olmayacağı görüşü serdedilmiştir. Ali İhsan Karacan, *Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar Cilt I*, (Legal 2017) 648-653.

27 Anılan gerekçe doktrinde, Hazine'ye yapılan ödemeye, suçtan elde edilen menfaatin ekonomiye nasıl geri kazandırıldığı, suçla etkin mücadelenin hangi kapsamda gerçekleştirildiği ve etkin pişmanlıktaki mağdur odaklı yaklaşımın ne bakımdan sağlandığının belirsizliği nedeniyle eleştirilmektedir. Arzu Balan, *Ekonomik Bir Suç Olarak Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen İşleme Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu*, (On İki Levha 2019) 245.

etkin pişmanlık düzenlemesiyle, söz konusu suçla etkin ve caydırıcı bir şekilde mücadele etmenin yolları genişletilmiş olmaktadır²⁸.

2. ETKİN PİŞMANLIĞIN UYGULANMA ŞARTLARI

SPK'nın "Piyasa Dolandırıcılığı" başlıklı 107 nci maddesi;

"(1) Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler (Değişik ibare: 20/2/2020 tarihli ve 7222 sayılı Kanununun 37 inci maddesi ile) üç yıldan beş yıla kadar hapis²⁹ ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz.

....

(3) Birinci fıkrada tanımlanan suçu işleyen kişi pişmanlık göstererek, beşyüzbin Türk Lirasından az olmamak üzere, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı kadar parayı, Hazineye;

a) Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz.

b) Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir.

c) Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir."

hükmünü haizdir.

Anılan hüküm çerçevesinde Sermaye Piyasası Kurulu (Kurul) tarafından yapılan denetim neticesinde, Kanununun 107/1 maddesi kapsamında işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı fiili işlendiğinin tespit edilmesi, anılan suçu işleyen kişi/lerin pişmanlık göstermesi/leri ve beş yüz bin TL'den az olmamak üzere elde edilen veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katını Hazine'ye ödemesi/leri koşullarının kümülatif olarak gerçekleşmesi halinde, ödeme zamanına göre ya ilgili/ler hakkında cezasızlık ya da cezada indirim söz konusu olacaktır.

28 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Gereklere <<https://mevzuat.spk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Ağustos 2021.

29 Hükmün ilk halinde hapis cezasının alt sınırı iki yıl olarak belirlenmiş idi. CMK md 231 hükmü çerçevesinde iki yıl veya daha az hapis cezasının öngörüldüğü suçlarda diğer şartların da varlığı halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kurumu tatbik kabiliyeti bulmakta idi. HAGB uygulamasında, sanık hakkında hükmolunan cezanın belli bir denetim süresi içerisinde sonuç doğurması, denetim süresi boyunca kasıtlı bir suç işlenmez ve yükümlülükler uygun davranılırsa ceza kararının ortadan kaldırılması ve davanın düşmesine yol açması söz konusudur. Bu kapsamda SPK 107/1 hükmü açısından da faillerin de yüksek miktarda etkin pişmanlık ödemesi yapıp ceza almak yerine yargılanıp HAGB kurumundan istifade etmeyi tercih etmeleri söz konusu olmaktadır. Nitekim, suçun cezasının alt sınırının üç yıla çıkması sonrası etkin pişmanlık başvurularında husule gelen artışın, etkin pişmanlık kurumunun işlerliğini ve etkinliğini artırdığı söylenebilir.

3. FAİL TARAFINDAN ELDE EDİLEN BİR MENFAATİN BULUNMAMASI DURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

SPK'nın "Piyasa Dolandırıcılığı" başlıklı 107 nci maddesinin gerekçesinde, piyasa dolandırıcılığında etkin pişmanlık hükmü öngörülerek bu suçla elde edilen ya da elde edilmesine sebep olunan menfaatin yeniden ekonomiye kazandırılmasının temin edildiği ifade edilmiştir. Bu nedenle, piyasa dolandırıcılığı suçunda failin suç nedeniyle hiç menfaat elde edemediği, hatta zarar ettiği durumlarda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususunun da değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Doktrinde işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından özel olarak öngörülen "etkin pişmanlık" hükmü; yaptığı işlemler neticesinde failin zarar etmesi halinde nasıl hareket edileceği ve etkin pişmanlık hükmünün, kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmaksızın, henüz soruşturma aşamasında "beş yüz bin liradan az olmamak" ya da "elde edilen menfaatin katları" gibi ceza mahiyetindeki hükümlerle ele alınmasının, faili ortaya koyduğu zarardan çok daha fazlasını yapmaya icbar etmesi nedeniyle etkin pişmanlıktan ziyade cezalandırma amacını daha çok yansıttığı gerekçeleriyle "suç ve ceza politikası" yönünden eleştirilmektedir³⁰. Maddenin lafzı incelendiğinde "etkin pişmanlık" kurumundan yararlanma şartının, "menfaat elde etme" şartına bağlandığı anlamı çıkarılabilir. Failin işlemlerden zarar etmesi halinde "etkin pişmanlık" kurumundan yararlanamayacağı düşünülebilir³¹. Nitekim doktrinde de, etkin pişmanlık kurumunun, suçun maddi unsurunu teşkil etmeyen "menfaat" şartının elde edilmesi koşuluna bağlanmasının yerinde olmadığı, menfaat elde etmenin suçun maddi unsuru olmadığı, bu nedenle etkin pişmanlığın "menfaat"e bağlanmasının çelişkili olduğu, hükümde tutarsızlık bulunduğu, zira söz konusu suçun bir zarar suçu olarak değil, tehlike suçu olarak tanımlandığı, söz konusu suçun oluşabilmesi için, bir menfaat temin edilmiş olması gerekmediği yönünden eleştirilmektedir³². Yine gerekçe de dikkate alındığında kanun koyucunun amacının sadece menfaat elde eden veya edilmesini sağlayan failin etkin pişmanlıktan yararlanacağı, diğerlerinin faydalanamayacağı görüşü de ileri sürülmektedir³³.

Her ne kadar madde gerekçesinde etkin pişmanlık hükmüyle amaçlananın suç nedeniyle elde edilen ya da elde edilmesine sebep olunan menfaatin ekonomiye kazandırılması olduğu ifade edilmekteyse de, etkin pişmanlık kurumunun, işlenen suçun cezasının azaltılmasını/ortadan kaldırılmasını sağlayan bir fonksiyonu olduğu dikkate alındığında, sadece menfaat elde edenlere bu indirim/cezasızlık imkânının tanınmasının ceza adaletine aykırı sonuçlar doğuracağı, başka bir deyişle, suç konusu fiili menfaate çevirmeyi başaran failer ile başaramayanlar arasında, etkin pişmanlıktan

30 A. Caner Yenidünya, 'SPK'da Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler' iç A. Caner Yenidünya, Mustafa Erkan ve Rayhan Asat (edr), *İpek Yolu Canlanıyor-Türk Çin Hukuku Zirvesi* (Adalet 2013) 90-91.

31 Seçil Coşkun, *Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu* (6362 Sayılı SPKn. Md. 107), (On İki Levha 2021) 176.

32 Can Canpolat, 'Uygulamaya Bakan Yönleriyle Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2019) 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Sempozyumu 1, 20; İzzet Özgenç ve Gökhan Ölmez, 'Sermaye Piyasasında Güveni Korumaya Yönelik Yükümlülükler ve Ceza Hukuku Sorumluluğu' (2019) 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Sempozyumu 1, 7.

33 Buminhan Duman, *Sermaye Piyasası Kanunu'nda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu* (Adalet 2020) 253-254.

yararlanarak cezadan kurtulma noktasında ayırım yapılmasının hakkaniyetle bağdaşmayacağı değerlendirilmektedir.

Kaldı ki, piyasa dolandırıcılığı bir tehlike suçu olup, bu suçtan menfaat elde edilmesi yalnızca adli para cezasının miktarının hesaplanmasında önem arz etmektedir. Dolayısıyla, etkin pişmanlık müessesesini yalnızca menfaat elde edilen piyasa dolandırıcılığı türlerine özgülemek, sistematik yorum ilkeleri ile de bağdaşmamaktadır. Şöyle ki, SPK md. 107/1 hükmünde fail tarafından menfaat elde edilip edilmemesine bakılmaksızın adli para cezası öngörülmüş, menfaat elde edilmesi yalnızca verilecek adli para cezasının alt sınırının belirlenmesinde esas alınmıştır. Maddenin ilk fıkrasında menfaate ilişkin böyle bir düzenleme yer alırken, üçüncü fıkrada etkin pişmanlık uygulamasının yalnızca menfaat elde edenler için getirildiğine ilişkin bir yorum yapılması madde sistematigiğine de aykırılık teşkil edecektir.

Dolayısıyla, maddede failin beş yüz bin Türk Lirasından aşağı olmamak üzere elde ettiği ya da elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı tutarı Hazine'ye yatıracağı ifade edilmekle, etkin pişmanlıktan yararlanmak için menfaate bakılmaksızın alt sınırın beş yüz bin Türk Lirası olarak belirlendiği, yani, fail hiç menfaat elde edemese, hatta zarar etse dahi etkin pişmanlıktan yararlanmak için en az beş yüz bin Türk Lirasını Hazine'ye yatırması gerektiği kanaatindeyiz³⁴.

4. ETKİN PİŞMANLIK VE İŞTİRAK İLİŞKİSİ

Suçta iştirak halinde etkin pişmanlık meselesini, başka bir deyişle suç ortaklarından birinin etkin pişmanlık göstermesinin diğer ortaklara sirayet edip etmeyeceği meselesini piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından tartışmak gerekir. Çünkü çoğunlukla grup halinde birden fazla kişinin birlikte hareket etmesi ile işlenebilen bir suç olma özelliği taşıyan (bu anlamda hemen tüm somut örneklerinde suçta iştirakin söz konusu olduğu) piyasa dolandırıcılığı suçunda, SPKn. ile birlikte etkin pişmanlığın uygulanma imkanının doğmasıyla, bu mesele hemen her davada gündeme gelebilecektir. Etkin pişmanlık, TCK'daki etkin pişmanlığın kabul edildiği diğer suçlarda olduğu gibi şahsi bir cezasızlık ya da cezada indirim sebebidir. Maddede etkin pişmanlık göstermesi ve menfaat tutarının iki katını Hazine'ye ödemesi istenen kişi olarak "suçu işleyen kişi" deyimini kullanılmıştır. Madde lafzında, suçun birden fazla kişi ile işlenmesi halinde, sanıklardan birinin belirtilen tutarı yatırmasının etkin pişmanlık için yeterli olacağını yorumlamaya elverişli zımni bir ifade bulunmayıp, aksine kanun koyucu "suçu işleyen kişi" şeklinde tekil bir ifade kullanarak, tutarın yatırılmış olmasına değil, ilgili kişinin tutarı yatırmış olmasına önem atfettiğinden, kanun koyucunun iradesinin, suç neticesinde menfaat elde etsin etmesin her sanığın, etkin pişmanlıktan yararlanmak istiyorsa, ayrı ayrı 500.000 TL'yi (menfaatin iki katı bu tutarı geçiyorsa o tutarı) Hazineye ödemesi gerektiği yönündedir³⁵.

34 Benzer görüş için bkz. Gökçen Turan, 'Etkin Pişmanlık ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Yeri' (2013) (13) Sermaye Piyasası Dergisi 106, 110. Yazar, piyasa dolandırıcılığı bir tehlike suçu olması nedeniyle, suçun oluşması için menfaat elde edilmiş olmasının şart olmadığı, bu bakımdan, sanıkların eylemleri sonucunda zarar ettiği piyasa dolandırıcılığı fiillerinde de, etkin pişmanlık için devlete ödenecek miktarın kanuni asgari sınır olan 500.000 TL olacağı görüşünü serdetmektedir.

35 İbid 111.

SPK'daki piyasa dolandırıcılığı suçu için yapılan düzenlemede, failin beşyüz bin Türk Lirasından aşağı olmamak üzere elde ettiği ya da elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı tutarı Hazine'ye yatıracağı ifade edilmekte olup, bu ödemede aslında suçun mağdurunun somut zararının fail tarafından tazmin edilmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla, manipülasyon suçunda şeriklerden birinin parayı yatırması durumunda diğerlerinin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanma imkanı ortadan kalkmamaktadır, zira ortada yapılan ödemeye tek bir kişi tarafından tazmin edilen somut bir zarar yoktur. Aksine, manipülasyona ilişkin düzenlemelerde, bu suçları işleyen kişilerin kanun koyucu tarafından belirlenen bir miktar parayı devlete yatırarak ceza almamaları ya da cezalarında yapılacak bir indirimden yararlanmaları söz konusudur. Dolayısıyla, SPK'da iştirak halinde işlenen manipülasyon suçunda her bir failin Kanun'un ilgili maddelerinde belirtilen tutarda parayı Hazine'ye yatırmak suretiyle etkin pişmanlık hükümlerinden ayrı ayrı faydalanabileceği, bu parayı yatırmayan şerikin diğer şerikler yatırsa dahi etkin pişmanlıktan yararlanamayacağı şeklinde düzenleme yapıldığı kanaatindeyiz³⁶. Ayrıca bu konuda Kurul İlke Kararı ile belli esasların düzenlenmesi de, uygulamaya yön vermek açısından faydalı olabilecektir. Bu durumda Kurul tarafından yapılan incelemelerde hazırlanan raporlarda her bir fail tarafından elde edilen menfaatin ayrı ayrı hesaplanması önem arz etmektedir³⁷.

Kurul uygulamasında da etkin pişmanlığın hukuki niteliği (şahsi cezasızlık sebebi) göz önünde bulundurularak, suç nedeniyle elde edilen menfaat miktarının belirlenebildiği durumda her bir fail bazında hesaplanan menfaat miktarının iki katının (asgari 500 bin TL olmak üzere) ödenmesi suretiyle, menfaat miktarının ayrıştırılmadığı durumda³⁸ ise uygulamada yaşanan özellikli durumlara ilişkin herhangi bir ayrıcalıklı usul belirlenmeksizin yine fail/şerik bazında ödeme yapılması ilkesi benimsenerek farazi olarak belirlenen miktarın (500.000) ödenmesi suretiyle şerikler etkin pişmanlık hükmünden yararlandırılmaktadır. Bir başka deyişle, her şerik elde ettiği menfaatin belirli olması halinde kendi gerçekleştirdiği işlemler nedeniyle elde ettiği menfaati, menfaatin şerik bazında belirli olmaması halinde ise farazi olarak belirlenen menfaat miktarını ayrı ayrı ödemekle yükümlü olup, birinin ödeme yapması diğerlerine sirayet etmemektedir³⁹.

36 Benzer görüş için bkz. Balan, (n 20) 247. Yazar, hükümde, suça iştirak eden her fail için ayrı ayrı pişmanlık arandığı ve Hazine'ye de aynı minvalde ödeme yapılması gerektiği, suça iştirak eden her kişi, etkin pişmanlık için ödeme yaptığında, diğer şerikin hakkının ortadan kalkmadığı ve bir şerikin faydalanmasının diğer şeriklere sirayet etmediği görüşündedir.

37 Yıldırım (n 5) 32.

38 Doktrinde Karacan, Kurul'un SPK md. 107/1'e aykırılık nedeniyle hazırladığı raporlarda kimlerin ne kadar menfaat elde ettiğini belirlemiş olması gerektiği ve bunu suç duyurularında belirtmesi, bu rakamı tespit etmeyip sadece fiil ve failleri belirlemiş ise o zaman sadece yasada belirtilen sabit rakamın ödenmesi ile yetinilmesi gerektiği düşüncesindedir. Karacan, (n 19) 644.

39 Yatırımcı grubunun birlikte hareket neticesinde gerçekleştirdiği piyasa dolandırıcılığı fiillerinde, kişi bazında menfaat ayırımının yapılamadığı ancak grup olarak elde edilen menfaatin çok yüksek olduğu vakalar açısından, her bir failin 500.000 TL tutarında Hazine'ye ödeme yapmak suretiyle etkin pişmanlıktan faydalanmasının da hakkaniyet ve adalet ilkesi ile bağdaşmayabileceği ileri sürülebilir.

5. SPK MD. 107/3 HÜKMÜNDE 500.000 TL OLARAK BELİRTİLEN TUTARIN YENİDEN DEĞERLEMeye TABİ OLUP OLMADIĞI

SPK'nın çeşitli hükümlerinde, söz konusu hükümlerde belirtilen tutarların yeniden değerlendirilmeye tabi olduğuna ilişkin düzenlemelere açıkça yer verilmiştir. Örneğin, SPK md. 84/5 hükmünde Yatırımcı Tazmin Merkezi tarafından yapılacak tazminin kapsamı düzenlenmiş olup, "*Hak sahibi her bir yatırımcıya ödenecek azami tazmin tutarı yüz bin Türk Lirasıdır. Bu tutar her yıl ilan edilen yeniden değerlendirme katsayısı oranında artırılır.*" hükmüne yer verilmiştir. Yine, SPK Geçici Madde 3'te Özel Fon tarafından, "*31/12/2012 tarihine kadar bir alacak sahibine yapılacak ödeme tutarı, 18.729 Türk Lirasını aşamaz. Bu tutar, 1/1/2013 tarihinden sonra her yıl ilan edilen yeniden değerlendirme katsayısı oranında artırılır.*" hükmü yer almaktadır.

Dolayısıyla, Kanunda düzenlenen belirli tutarların yeniden değerlendirilmeye tabi tutulabilmesi için bu hususa yine Kanunda açıkça yer verilmesi⁴⁰ gerektiği düşünülmektedir. Bu çerçevede, SPK md. 107/3 hükmünde beş yüz bin Türk Lirası olarak belirtilen tutarın Kanun'da bu yönde açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle yeniden değerlendirilmeye tabi olmadığı, söz konusu tutarın uygulama için zaten yüksek bir tutar olarak belirlendiği, ilerleyen yıllarda yeniden değerlendirme ve güncelleme ihtiyacının hâsıl olması halinde, bu hususun kanun değişikliği ile gerçekleştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

B. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI (GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA) SUÇUNDA ETKİN PİŞMANLIK

I. GENEL OLARAK

SPK içerisinde düzenlenen suçlardan biri de SPK md. 110 hükmünde düzenlenen "*güveni kötüye kullanma ve sahtecilik*" suçudur. Bu suç, TCK md. 155 hükmünde düzenlenen "*güveni kötüye kullanma*" suçunun sermaye piyasalarındaki görünümü olup, adı geçen suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Bu husus 6362 sayılı SPK md. 110/1 hükmünün ilk cümlesinde yer almaktadır. 2499 sayılı mülga SPK md. 47/I-A-5 ve md. 47/I-A-6 hükümlerinde düzenlenen güveni kötüye kullanma ve örtülü kazanç aktarımı fiilleri 6362 sayılı SPK'da tek bir maddede düzenlenmiş olup, 2499 sayılı mülga SPK md. 47/I-A-6'da "*örtülü kazanç aktarımı*" olarak düzenlenen suç⁴¹, 6362 sayılı SPK md.110/1 (b) ve (c) hükümlerinde yer almaktadır.

40 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin yedinci fıkrasında idari para cezalarının her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılmak suretiyle uygulanacağı ve bu şekilde yapılacak hesaplamalarda bir Türk Lirasının küsurunun dikkate alınmayacağı hükmü yer almaktadır. SPK'da yer alan idari para cezaları da mahiyeti itibarıyla kabahat niteliğinde olduğundan, anılan hükme istinaden her yıl yeniden değerlendirme oranında artırılarak güncellenmektedir.

41 Bu suçun yaptırımı 2499 sayılı mülga SPK'da iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası şeklinde düzenlenmişken, 6362 sayılı SPK'da bu fiilin nitelikli güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu ifade edilerek, cezasının alt sınırı "*üç yıl*" olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla bu suç için öngörülen ceza TCK md 155 ile birlikte değerlendirildiğinde, "*üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezası*" olarak değiştirilmiştir.

2. ETKİN PİŞMANLIĞIN UYGULANMA ESASLARI

Etkin pişmanlığın uygulanıl usulü bakımından SPK md. 107 ile paralel bir düzenleme⁴² içeren SPK'nın "Güveni kötüye kullanma ve sahtecilik" başlıklı 110 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasında;

"(3) Birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri kapsamına giren güveni kötüye kullanma suçunu işleyen kişi, etkin pişmanlık göstererek 21 inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan ödemenin yanı sıra bunun iki katı parayı Hazineye; a) Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz, b) Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir, c) Kovuşturma evresinde hüküm verilmeye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir." düzenlemesine yer verilmiştir.

Dolayısıyla, suçun faili etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmek için öncelikle Kanun'un 21 inci maddesinde öngörülen örtülü kazanç olarak aktarılan tutarı yasal faizi ile birlikte malvarlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iade etmek⁴³ zorundadır. Daha sonra aktarılan tutarın iki katının soruşturma başlamadan önce Hazine'ye ödenmesi halinde bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz. Bu tutarın soruşturma başladıktan sonra Hazine'ye ödenmesi halinde ise verilecek cezanın yarısı indirilir. Kovuşturma evresinde hüküm verilmeye kadar ödendiği takdirde ise, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.

Anılan düzenlemeye istinaden, örtülü kazanç aktarımı suçunda failin, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesinin ön koşulu, örtülü olarak aktarılan tutarı halka açık şirkete iade etmesidir. Anılan ödemeyi takiben, etkin pişmanlık gösterilerek örtülü kazanç aktarımı tutarının iki katının da Hazine'ye ödenmesi halinde hükümdede öngörülen ödeme zamanına göre cezasızlık ya da cezada indirim uygulaması söz konusu olacaktır.

3. ETKİN PİŞMANLIK VE İŞTİRAK İLİŞKİSİ

SPK md. 110/3 hükmü kapsamında örtülü kazanç aktarımı suçunun iştirak halinde işlenmesi durumunda etkin pişmanlık uygulamasının ne şekilde tatbiki gerektiği de analiz edilmelidir. SPK'daki düzenlemede örtülü kazanç aktarımı suçunu işleyen failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için md. 21/4'teki ödemenin yanı sıra bunun iki katı tutarındaki parayı Hazineye ödemesi gerektiği belirtilmiştir.

Konuyu inceleyen Yıldırım'a göre, kanunun düzenlemesinden, örtülü kazanç aktarımının beş kişilik bir yönetim kurulu tarafından gerçekleştirildiği varsayımında, tek bir üyenin etkin pişmanlıktan faydalanmayı istemesi durumunda, bu kişinin öncelikle Şirket'in tüm zararını ödemesi gerektiği, daha sonra bu zararın iki katı tutarı Hazine'ye ödeyerek etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabileceği sonucuna ulaşıldığı, bu durumda Şirket'in zararı tek bir fail tarafından karşılandığı

42 107 nci maddede sadece pişmanlık tabiri kullanılmasına karşın, 110 uncu maddede etkin pişmanlık deyimi tercih edilmiş olmakla birlikte, anılan husus esasa müteallik bir farklılık değildir.

43 Örtülü kazancın iadesi kavramının detaylı ve mukayeseli incelenmesi için bkz Arif Duran, *Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21)* (On İki Levha 2021) 321-329.

için, bu failin diğer faillerle birlikte neden olduğu zarar dolayısıyla diğer faillere rücu hakkının doğacağı, birden fazla failin etkin pişmanlıktan yararlanmak istemesi halinde ise, bu faillerin hep birlikte Şirketin zararını karşılamaları gerektiği, etkin pişmanlıktan faydalanmayan başka failler varsa zararı karşılayan faillerin bunlara genel hükümler uyarınca rücu haklarının bulunduğu, bundan başka Şirketin toplam zararının iki katı tutarında parayı her birinin ayrı ayrı Hazineye ödemeleri gerektiği görüşü serdedilmiştir⁴⁴. Bir başka görüşe göre ise, SPK md. 21/4'e göre hesaplanan meblağ ya da varlığın halka açık şirkete geri verilmesi gerektiği, bu iadenin öncelikle bundan yararlanan tarafından yapılması, onun tarafından yapılmaz ise şüphelilerin bundan müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı ifade edilmiştir⁴⁵. Diğer bir görüşte ise, etkin pişmanlığa yönelik şartları kendisi açısından yerine getiren suç ortağının bundan faydalanabileceği, bir başka deyişle kendi payına düşen kısmın yerine getirilmesinin yeterli olduğu, zararın tamamının giderilmesinin gerekmediği kanaati serdedilmiştir⁴⁶.

Öte yandan hükümde yer alan, şirket zararını karşılamak haricinde tespit edilen örtülü kazanç aktarımı tutarının iki katının Hazine'ye ayrıca ödenecek olması doktrinde, etkin pişmanlıktan faydalandırmaktan ziyade peşinen alınan bir para cezası izlenimi verdiği, bu ödemenin oldukça fahiş olup hükmün uygulama kabiliyetini azalttığı, TCK md. 168'deki gibi suçtan zarar görenin zararını gidermenin yeterli olması gerektiği ve bu düzenlemenin etkin pişmanlık kurumunun felsefesine aykırı olduğu yönlerinden de eleştirilmektedir⁴⁷.

Doktrinde dermeyan edilen, hükmün uygulama kabiliyetinin güçlüğü yönündeki eleştirilere biz de iştirak ediyoruz. Nitekim uygulamada SPK md. 107/3 kapsamında işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda farklı vakalarda etkin pişmanlık başvuruları yapılmış olmakla birlikte SPK md. 110/3 hükmü kapsamında henüz etkin pişmanlık başvurusuna rastlanmamıştır. Bunda, etkin pişmanlıktan yararlanmak için öngörülen koşulların, suça ilişkin yaptırım ile mukayese edildiğinde orantılı olmaması ve son derece ağır olması önemli rol oynamaktadır. Özellikle örtülü kazanç aktarımı denetimlerinde tespit edilen halka açık şirket zararının son derece yüksek olduğu⁴⁸ olaylarda,

44 Yıldırım (n 5) 32-33. Yine yazar, şirket zararını karşılayan fail dışında diğer faillerin etkin pişmanlıktan faydalanmak istemesi halinde, belirlenen tutarın iki katını Hazine'ye ödeyerek etkin pişmanlıktan faydalanabilecekleri, amaçsal yorum yapıldığında bu hakın ellerinden alınmasının hakkaniyete uygun olmadığı, şirket zararını ödeyen failin rücu hakkının iç ilişkiyi ilgilendirdiği düşüncesindedir.

45 Karacan (n 19) 644.

46 Ali Hakan Evik, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen (SerPK md 110/1-b ve c) Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu (On İki Levha 2021) 148. Yine yazar Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 14.3.2019 tarihli bir kararına atıf yaparak, örtülü kazanç aktarımında suça konu zararın sanıklardan tahsil edilmediği araştırılmaksızın hüküm kurulmasını mahkemenin bozma nedeni olarak gördüğü belirtilmiştir. ibid 146.

47 Murat Sadak, Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu, (Legal 2016) 116; Tekin Memiş ve Gökçen Turan, Sermaye Piyasası Hukuku, (5. Baskı, Seçkin 2020) 227; ibid 146.

48 Örneğin 8.2.2018 tarih ve 2018/6 sayılı SPK bülteninde yayınlanan suç duyurusu kararında halka açık şirketin 45.705.669 TL zarara uğratıldığı iddiasıyla altı kişi hakkında SPK md. 21 ve 110 hükümlerine istinaden suç duyurusunda bulunulmuştur. <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2018&no=6>> Erişim tarihi 1.8.2021. Yine 23.5.2019 tarih ve 2019/26 sayılı SPK bülteninde yayınlanan suç duyurusu kararında, halka açık şirketin 3.728.799 TL zarara uğratıldığı iddiasıyla ilgililer hakkında SPK md. 110/c hükmü uyarınca suç duyurusunda bulunulması kararı kamuya duyurulmuştur. <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2019&no=26>> Erişim tarihi: 1.9.2021. Yine 2.4.2020 tarih ve 2020/21 sayılı SPK bülteninde yayınlanan suç duyurusu kararında, ilişkili taraftan pay satın alınması işleminde halka açık şirketin 47.716.593 TL zarara uğratıldığı iddiasıyla ilgililer hakkında SPK'nın 110 uncu maddesine istinaden suç

şirket zararını gidermek yanında, Kurul tarafından tespit edilen örtülü kazanç aktarımı tutarının iki katının Hazine'ye ödenmesi, ilgililer açısından son derece zorlayıcı ve haktan yararlanmak açısından caydırıcı olabilecektir. Öte yandan, örtülü kazanç aktarımı suçu nedeniyle yapılan yargılamada beraat kararı çıkması ihtimali de dikkate alındığında, anılan hüküm kapsamında etkin pişmanlık başvurusunda bulunmanın ve bunun sonuçlarından istifade etmenin teşvik edici olmaktan uzak olduğu kanaatindeyiz. Öte yandan, birden fazla kişi tarafından işlenen ve haklarında örtülü kazanç aktarımı suçundan yazılı başvuruda (suç duyurusu) bulunmaya karar verilen kişilerin etkin pişmanlıktan faydalanmaları noktasında örtülü kazanç aktarımı tutarının malvarlığı azaltılan halka açık şirkete ödenmesinden, ilişkili tarafa yapılan örtülü aktarımdan sorumluluk miktarlarının kişi bazında farklı şekilde tespit edildiği ayrıksı durumlar hariç olmak üzere genellikle ilgililerin müştereken ve müteselsilen sorumlu olmaları karşısında şirket zararının tek bir fail tarafından giderilmesinin yeterli olacağı, bu şekilde maksadın hâsıl olacağı, zararın müteaddit kereler giderilmesine lüzum bulunmadığı düşüncesindeyiz. Yine zararın tek bir kişi tarafından giderilmesi sonrası iç ilişkide rücu imkânı söz konusu olabilecektir. Diğer taraftan her ne kadar hükmün lafzında “suçu işleyen kişi” ifadesi kullanılsa da işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçundan farklı olarak, etkin pişmanlıktan faydalanmak için örtülü kazanç aktarımı tutarının iki katının her bir fail tarafından ayrı ayrı Hazine'ye ödenmesi yerine, tek bir fail tarafından bu ödemenin yapılarak diğer faillere de pişmanlığın sirayet ettirilmesi ve iç ilişkide rücu imkânının bu ödeme için de uygulanması şeklinde yorum yapılmasının, hükmün tatbik kabiliyetini artırması açısından yerinde olacağı ancak nihai olarak hükümde yapılacak tadil ile kanunun on yıla yaklaşan yürürlük süresince hiç uygulanamayan SPK md. 110/3 hükmünün tatbik edilebilir şekilde tashih edilmesinin elzem olduğu kanaatindeyiz.

III. ETKİN PİŞMANLIK İLE İLGİLİ UYGULAMA SORUNLARI

A. HÜKMÜN TATBİKİ USULÜ

Gerek piyasa dolandırıcılığı gerek örtülü kazanç aktarımı suçunun işlendiğinin Kurul tarafından tespit edilmesi ve Kurul Karar Organı tarafından yazılı başvuruda bulunulması kararı alınması sonrası⁴⁹ ilgili şahıslarca etkin pişmanlıktan faydalanılmak istenmesi neticesinde ödemeye ilişkin belgelerin öngörülen süre içinde Kurul'a gönderilmesi ve anılan belgelerin suç duyurusu dilekçesi ile birlikte Kurul tarafından Savcılığa intikal ettirilmesi söz konusu olmaktadır. İlgililere verilen süre boyunca Kurul tarafından suç duyurusu yapılmamakta, verilen süre içinde ödemenin yapılıp yapılmadığı ve belgelerin Kurul'a iletilip iletilmediğinin kontrolü yapılarak etkin pişmanlıktan faydalanılması halinde ilgili ödeme belgeleriyle birlikte Savcılığa suç duyurusunda bulunulmakta ve konu Savcılığın takdirlerine sunulmaktadır.

duyurusunda bulunulmasına karar verilmiştir. <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2020&no=21>> Erişim tarihi: 1.9.2021.

49 Kanunun 106-113 maddeleri arasından düzenlenen SPK'ya özgü suç tiplerinin unsurlarının somut olayda tahakkuk ettiğinin Kurul uzmanlarınca yapılan denetim çalışmaları neticesinde tespit edilmesi ve anılan tespitlerin Kurul Karar Organının kararı ile yazılı başvuruda bulunma ile neticelenmesi halinde Kurul tarafından ilgililer hakkında Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazılı başvuruda bulunulmaktadır. Nitekim SPK'nın 115 inci maddesinde, Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılmasının, Kurul tarafından Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazılı başvuruda bulunulmasına bağlı olduğu ve bu başvurunun muhakeme şartı niteliğinde bulunduğu açıkça düzenlenmiştir.

Uygulamada Kurul Kararının Haftalık Bülten’de ilanının akabinde, Kurul kararından itibaren 15 gün içinde bültende belirtilen Hazine hesabına etkin pişmanlık ödemesinin yapılması ve yine aynı süre içinde ödemeye ilişkin belgelerin Kurula iletilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁰. Sürenin başlama tarihinin Kurul karar tarihi değil, ilgililere gönderilecek etkin pişmanlık bildirim yazısının⁵¹ tebliğ tarihinden itibaren başlatılması da mümkün olmakla birlikte, tebliğ tarihinin esas alınmasının uygulamada yazının tebliğ edilip edilmediğinin takibi konusunda sorunlara neden olabileceği ileri sürülebilirse de, ilgililere bültende yayınlanan suç duyurusu kararlarını takip etmek külfeti yüklenmesi ve kanunen tanınan etkin pişmanlık hakkından istifade imkânlarının sınırlandırılması hukuken yerinde olmadığından, Kurul kararının ilgililere tebliği tarihinden itibaren 15 günlük süre verilmesi ve tebliğden itibaren 15 günlük sürenin sonuna kadar Kurul tarafından suç duyurusu yapılmadan beklenmesinin hakkaniyet açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Öte yandan, ilgiliye tanınan süre içerisinde Kurul tarafından ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulmaksızın sürenin dolmasının beklenmesi de son derece önemlidir. Zira, bu sürenin bitimi beklenmeksizin konunun Savcılığa intikal ettirilmesi ilgililer açısından hak kayıplarına neden olabilecektir. Etkin pişmanlık ödemesinin soruşturma başlamadan önce yapılması cezazırlık sebebi olup, hükümde ilgililer hakkında cezaya hükmolunmaması öngörüldüğünden, ilgililere verilen

50 27.5.2021 tarih ve 2021/26 sayılı Kurul Bülteni’nde, SPK’nın 110 uncu maddesine istinaden haklarında suç duyurusunda bulunulan kişiler için dipnotta etkin pişmanlıktan yararlanma prosedürü açıklanmıştır.

“SPK’nın 110 uncu maddesi çerçevesinde hakkında suç duyurusu kararı alınan şahısların, SPK’nın 110/3 hükmü uyarınca etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak istemeleri durumunda, söz konusu hükümlerden yararlanabilmeleri için; SPK’nın 21 inci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan ödemenin yanı sıra bunun iki katı tutarındaki parayı Kurul kararından itibaren 15 gün içinde; Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın e-tahsilat hesabına (IBAN TR450.000.1001000.003.50154037, Vergi Kimlik Numarası:611.033.3534) “6362 sayılı Kanunun 110/3 maddesi kapsamında etkin pişmanlıktan yararlanma karşılığı Hazineye ödemesi gereken tutar” açıklama notu ile ödemeleri ve aynı süre içinde Kurulumuza ilgili belgeleri iletmeleri gerekmektedir.” <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2021&no=26>> Erişim Tarihi: 1 Eylül 2021. Yine 25.3.2021 tarih ve 2021/15 sayılı Kurul Bülteni’nde Sönmez Filament Sentetik İplik ve Elyaf Sanayi A.Ş. (SONME) pay piyasasında 20.06.2019-26.08.2019 döneminde gerçekleştirilen işlemlerde sorumluluğu bulunan aşağıdaki tabloda yer alan şahıslar hakkında 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPK’n) nun 107 inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında işlem yapılmak üzere, 6362 sayılı SPK’nın 115 inci maddesi uyarınca Cumhuriyet Başsavcılığı’na suç duyurusunda bulunulmasına karar verildiği belirtilmiş ve kararın dipnotunda etkin pişmanlık prosedürü ilan edilmiştir. “6362 sayılı SPK’nın 107/1 maddesi çerçevesinde hakkında suç duyurusu kararı alınan şahısların 6362 sayılı SPK’nın 107/3 hükmü uyarınca etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmeleri için; beş yüz bin Türk Lirasından az olmamak üzere, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı parayı Kurul kararından itibaren 15 gün içinde; Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın e-tahsilat hesabına (IBAN TR450.000.1001000.003.50154037, Vergi Kimlik Numarası:611.033.3534) “6362 sayılı Kanunun 107/3 maddesi kapsamında etkin pişmanlıktan yararlanma karşılığı Hazineye ödemesi gereken tutar” açıklama notu ile ödemesi ve aynı süre içinde Kurulumuza ilgili belgeleri iletmeleri gerekmektedir.”

<<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2021&no=15>> Erişim Tarihi: 1 Eylül 2021.

51 İlgililere gönderilecek bildirim yazısında, suç duyurusuna dayanak kanun maddesi ile etkin pişmanlık hükümlerine, bu hükümlerden faydalanılmak isteniyorsa, belirtilen süre içerisinde ödenmesi gereken tutara ve bu tutarın nereye yatırılması gerektiğine ilişkin bilgiler ile söz konusu süre içinde anılan belgelerin SPK’ya iletilmesi gerektiği hususlarına ve bu hükümden yararlanılmasının sonuçlarına yer verilmesi uygun olacaktır. Karacan da, etkin pişmanlıktan faydalanma hakkı olan kişilere bu durumun bildirilmesi, hangi fiillerle yasayı ihlal ettiklerinin ayrıntılı ve değerlendirme yapıp karar almalarını sağlayacak nitelikte ve miktarda bilginin verilmesi, etkin pişmanlıktan yararlanmanın haklarında suç duyurusunda bulunmayı engellemeyebileceğinin de belirtilmesi gerektiği düşüncesindedir. Hakkın uygun bir biçimde kullanılmasının sağlanmamasının yargılama aşamasında ileri sürülebileceği gibi Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunularak hak ihlali iddiasına konu olabileceği, uygun bir süreç izlenmemesinin ayrıca idari bir kusur olarak nitelenebileceği görüşündedir. Karacan (n 19) 635-636.

sürenin ikmalinin beklenmesi yerinde olacaktır. Etkin pişmanlık ödemesi yapılması halinde de, haklarında suç duyurusunda bulunulan kişiler hakkında yine de suç duyurusunda bulunulacak olmakla birlikte, hazırlanacak suç duyurusu dilekçesinde ilgili şahsın etkin pişmanlıktan yararlanma yönündeki isteği ile dilekçe ekinde gereken ödemeyi yapmış olduğuna ilişkin belgeler Savcılığa intikal ettirilecek ve konu Savcılığın takdirine bırakılacaktır.

B. SORUŞTURMA ÖNCESİ ETKİN PİŞMANLIK HALİNDE SUÇ DUYURUSU YAPILMASI VE SAVCININ DAVA AÇMASI KONUSUNDAKİ TARTIŞMALAR

SPK'nın etkin pişmanlığa ilişkin hükümlerinin uygulama alanının belirlenebilmesi için soruşturma ve kovuşturma evrelerinin ne zaman başlayıp sona erdiğinin ortaya konması önem arz etmektedir. Zira, Kanun'da yer alan düzenlemelerde soruşturma öncesi, soruşturma ve kovuşturma aşamaları bakımından cezalarda farklı oranlarda indirim öngörülmektedir. CMK'nın "Tanımlar" başlıklı 2 nci maddesinin (e) fıkrasında soruşturmanın, "*kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi*" ifade ettiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, soruşturma evresinin, kural olarak Cumhuriyet Savcısının, bazı ayrıksı hallerde de, soruşturma yapmaya yetkili diğer yetkili makamların suç şüphesini öğrenmesiyle başlayacağı ve iddianamenin kabulü ile hitama ereceği açıktır.

6362 sayılı SPK'daki etkin pişmanlık düzenlemelerinde soruşturma öncesinde fail tarafından Hazine'ye ödeme yapıldığı takdirde fail hakkında "*cezaya hükmolunmayacağı*" düzenlemesine yer verilmiştir. Anılan hükümlerde "*dava açılmaz*" ifadesi yerine "*cezaya hükmolunmaz*" ifadesi kullanıldığı için, soruşturma öncesinde gösterilen etkin pişmanlık hallerinde Cumhuriyet Savcısı tarafından kamu davası açılma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir.

İlk olarak, hükmün lafzı ve gerekçesi dikkate alındığında, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak amacıyla, hükümde belirtilen miktarın soruşturma başlamadan önce Hazine'ye ödenmesi fail(ler) hakkında Kurul tarafından yazılı başvuruda bulunulmasına engel teşkil etmeyecektir. Zira hükümde "*soruşturmaya başlanmaz*" ifadesi kullanılmamış, "*cezaya hükmolunmaz*" ifadesi tercih edilmiştir. Bu çerçevede, Kurul tarafından yapılan denetim faaliyetleri neticesinde işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı ve örtülü kazanç aktarımı suçunun unsurlarının bulunduğu tespit edildiği takdirde, faillere yapılacak bildirim çerçevesinde, henüz Kurul tarafından yazılı başvuru yapılmadan, failler tarafından etkin pişmanlık hükümlerinden istifade edilmek suretiyle hükümde belirtilen tutarın Hazine'ye ödenmesi durumunda da Kurul tarafından yazılı başvuruda bulunulacağı, ancak ödeme yapılması nedeniyle Savcılık ve Mahkeme tarafından Kanun'un 107/3 ve 110/3 hükümleri dikkate alınarak gerekli kararlar verileceği ileri sürülebilir⁵².

52 Ahmet Tok, *Sermaye Piyasası Kurulunun Halka Açık Şirketleri Denetlemesi* (İksad 2021), 436-437. Soruşturma öncesi aşamada şüpheliler etkin pişmanlıktan faydalanmış ve md. 107/3 ve 110/3 uyarınca cezanın kaldırılmasını gerektiren şahsi bir neden ortaya çıkmış ise savcı, bu kişilerin hepsi veya bazıları hakkında takipsizlik kararı verebilir. Ya da hiçbirini hakkında takipsizlik kararı vermeyerek hepsini iddianameye dâhil edebilir ve onlar hakkında cezanın kaldırılmasını gerektiren şahsi bir nedenin varlığını belirtebilir. Soruşturma aşaması öncesinde etkin pişmanlıktan faydalanma, açılacak bir davada sanık olmamayı garanti etmez ancak bu yargılama sonunda cezalandırılmamayı sağlar. ibid 633-634.

Kamu davası açmada takdir yetkisi başlıklı CMK'nın 171 inci maddesinde konu, “*Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede Cumhuriyet Savcısı soruşturma konusu fiili değerlendirerek, cezayı kaldıran etkin pişmanlık ve şahsî cezasızlık sebeplerinin varlığına kanaat getirir ise, iddianame düzenleyip düzenlememe konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ayrıca, Cumhuriyet Savcısı'nın bu konuda kullanacağı takdir yetkisine karşı herhangi bir kanun yolu da öngörülmemiştir⁵³. Anılan maddenin Cumhuriyet Savcısı'na verdiği yetki tartışmalı olmakla birlikte⁵⁴, hükmün lafzından, kanunun dava açıp açmama konusunda takdir yetkisi tanıdığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu çerçevede Cumhuriyet Savcısının durumu değerlendirerek ya dava açacağı ya da takdir yetkisini kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verme yönünde kullanabileceği de söylenebilir.

SPK md. 107/3 ve 110/3 hükümleri ile CMK md. 171 birlikte değerlendirildiğinde, piyasa dolandırıcılığı ve örtülü kazanç aktarımı suçları bakımından etkin pişmanlık durumu varsa faillerin kanunda öngörülen tutarları ödemiş olmaları yeterli olacak ve Savcı'nın bu durumda dava açma yönünde takdir hakkını kullanması gereken bir durum söz konusu olmayacaktır. Başka bir deyişle, Savcı'nın yapacağı değerlendirme yalnızca fail tarafından etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için gerekli tutarların ödenip ödenmediği yönünde olacaktır. Bu tutarlar fail tarafından ödenmişse CMK md. 171'de belirtilen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların varlığı gerçekleşmiş olduğundan, Savcı'nın dava açma konusunda artık takdir yetkisini kullanmasına gerek olmadığı, “kovuşturmayaya yer olmadığı kararı” vermesi gerektiği söylenebilir⁵⁵.

Kanun hükmünde yer alan “*cezaya hükmolunmaz*” ifadesinin, CMK md. 171/1'de yer alan ve savcıya takdir hakkı tanıyan düzenleme ile çelişki arz ettiği açıktır. Savcı tarafından verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararı hüküm⁵⁶ olarak nitelendirilemeyeceğinden, soruşturma öncesi etkin pişmanlık hallerinde de savcının iddianame düzenleyerek dava açması⁵⁷ ve şüphelinin etkin pişmanlıktan faydalandığını belirterek gerekli hükmün tesisini mahkemeden talep etmesi yerinde olacaktır.

53 Fatih Birtek, ‘Cumhuriyet Savcısı'nın Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi’ (2013) 19 (2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan) 953, 982.

54 Cumhuriyet Savcısı öncelikle fiili suçun unsurları yönünden değerlendirerek hangi kanun maddesi kapsamında olduğuna karar verdikten sonra bu tavsif çerçevesinde cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin ya da şahsî cezasızlık sebeplerinin uygulanıp uygulanmayacağını takdir edecektir. Feyzioğlu'na göre bu hallerde tersine bir bağlı yetki söz konusu olup, Cumhuriyet Savcısı kamu davası açamayacaktır. Metin Feyzioğlu, ‘Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre İddianamenin Hazırlanması ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler’ (2006) 1 (1) Ceza Hukuku Dergisi 31, 34. Özen ise, CMK md. 223/4 hükmünden hareketle, bu durumlarda Cumhuriyet Savcısı'nın takdir yetkisini “dava açmama” yönünde kullanması gerektiği görüşünü serdetmektedir. Mustafa Özen, ‘Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi’ (2009) 67 (3) 17, 27.

55 Yıldırım (n 5) 30-31; Doktrinde, soruşturma öncesi etkin pişmanlık halinde Kurulun yazılı başvuru yapması gerektiği, Savcının, başka bir suç yoksa CMK md 171/1 gereği takdir yetkisini kullanarak doğrudan kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebileceği, bu karara karşı Kurul açısından da CMK 173/5 gereği itiraz yolunun kapalı olduğu görüşü ileri sürülmektedir. Duman (n 25) 258-259.

56 CMK md 223/1'de; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararının hüküm olduğu belirtilmiştir.

57 Savcılık tarafından dava açılması yerine takipsizlik kararı verilmesi halinde SPK tarafından karara itiraz edilmeden kararın kesinleşmesi de sağlanabilir.

Mahkeme tarafından yapılan yargılamada, etkin pişmanlık gibi cezayı kaldıran şahsi bir nedenin varlığı halinde kişinin sadece cezai sorumluluğuna gidilemeyeceği, ancak işlenen fiilin suç olma özelliğini sürdürceği dikkate alınarak, kişi hakkında verilmesi gereken karar “beraat” kararı değil, etkin pişmanlık nedeniyle faile ceza verilmemesi halinde “ceza verilmesine yer olmadığı”⁵⁸ kararıdır⁵⁹.

Kurul uygulamasında da, soruşturma öncesi etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmışsa ve ödenmesi gereken tutarlar ödenip belgeler Kurula süresinde ibraz edilmişse, yazılı başvuruda bulunulurken⁶⁰, yazılı başvuruya konu suç ile ilgili olarak SPK md. 107/3 hükmü kapsamında etkin pişmanlık başvurusunda bulunulduğu ve etkin pişmanlık hükümleri uyarınca ödenmesi gereken 500.000 TL'nin (menfaatin iki katı daha yüksekse anılan tutarın) Kurul tarafından belirtilen hesaba ödendiği, bahse konu ödemeye ilişkin dekontun bir örneğinin yazılı başvuru ekinde Başsavcılığa sunulduğu belirtilerek, ilgili şahsın Kanun'da etkin pişmanlıktan faydalanabilmek için gerekli şartları yerine getirdiğinin de göz önünde bulundurulması ve Başsavcılık tarafından gereğinin yapılması talep edilmektedir. Yazılı başvuru dilekçesinde ödemeye ilişkin belgelerin Başsavcılığa ibraz edilmesi sonrası Başsavcılık tarafından tanzim edilen iddianamede, etkin pişmanlık başvurusunda bulunan ve gerekli koşulları taşıyan kişiler hakkında SPK'ya istinaden ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi talebiyle konu Mahkemeye bırakılmış ve etkin pişmanlık nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığı (takipsizlik) kararı verilmemiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yapılacak kanun değişikliğinde, soruşturma öncesi etkin pişmanlık durumları için “*cezaya hükümlenmez*” ifadesi yerine “*dava açılmaz*” ifadesinin tercih edilmesinin, müessesenin felsefesi ve haktan yararlanan kişilerin menfaati açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

C. FAİL TARAFINDAN HAZİNEYE ÖDEME YAPILMASININ YERİNDELİĞİ

Etkin pişmanlık hükümleri, genel olarak mağduriyetin giderilmesi amacıyla tesis edilen bir müessese olarak öngörülmesine rağmen, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı işlemlerinde genellikle belirli bir

58 CMK 223/4'te, işlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen; a) Etkin pişmanlık, b) Şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, c) Karşılıklı hakaret, d) İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği hükme bağlanmıştır.

59 Kurşun (n 2) 151-152; İsmail Deniz, *Ceza Muhakemesinde Hüküm*, (Seçkin 2014) 115-116; Elif Bekar, ‘Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223’ (2017) LXXV (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 15, 30. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 4/1-g hükmüne göre etkin pişmanlık dolayısıyla verilen ceza verilmesine yer olmadığına dair hüküm adli sicile kaydedilecektir. Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (5. Baskı, Adalet 2021) 632-633.

60 Kurul tarafından suç duyurusu kararı alınması halinde anılan karar Kurul Haftalık Bülteni'nde ilan edilerek kamuoyuna duyurulmaktadır. Haklarında suç duyurusunda bulunulan kişiler tarafından soruşturma öncesinde etkin pişmanlık gösterildiği durumlarda dahi Kurul tarafından suç duyurusunda bulunularak durumun Savcılığa intikal ettirilmesi, etkin pişmanlıktan faydalanmanın amacı ile de bağdaşmamaktadır. Zira adının suç duyurusuna karışması suretiyle etkin pişmanlıktan yararlanan kişilerin itibarı olumsuz etkilenmeye devam edebilecektir. Bir başka deyişle kanunun öngördüğü tutarı yatırmaları itibarlarının korunmasını temin edemeyecektir. Bu çerçevede, kanun değişikliği önerimiz yanında, etkin pişmanlıktan faydalanan kişilerin isim ve TC. kimlik numaralarının Kurul Bülteni'nde yapılacak ilanda karartılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

mağdur bulunmamaktadır. İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda mağdurun tespitinin güç olması nedeniyle⁶¹ failin elde ettiği menfaatin iki katı kadar tutarın mağdura değil, Hazine'ye ödenmesi söz konusudur. Dolayısıyla, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı fiilinden zarar gören yatırımcıların zararını aynen giderme veya tazmin etme sistemine yönelik bir düzenleme yapılmamış ve failin doğrudan Hazine'ye ödeme yapması öngörülmüştür.

SPK'da etkin pişmanlık hükümleri öngörülen işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı ve örtülü kazanç aktarımı suçları ekonomik kayba neden olan suçlar olmaları sebebiyle TCK'daki mala karşı işlenen suçlarla yapı itibarıyla benzerlik göstermektedir. Ancak her iki kanundaki etkin pişmanlık hükümleri değerlendirildiğinde, failin etkin pişmanlıktan faydalanabilmesi için göstereceği davranışların farklı biçimde düzenlendiği görülmektedir. TCK md. 168'de mala karşı işlenen suçlarda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun zararının aynen geri verme veya tazmin suretiyle giderilmesi, SPK'daki düzenlemelerdeyse piyasa dolandırıcılığında sadece Hazine'ye, örtülü kazanç aktarımı suçunda ise hem SPK md. 21/4 uyarınca mağdur Şirkete hem de Hazineye ödeme yapılması şartı aranmaktadır. Öte yandan piyasa dolandırıcılığı suçunda, suçun mağdurlarının tespitinin güç olması nedeniyle fail tarafından aynen geri verme veya tazmin suretiyle bu kişilerin zararının giderilmesinin mümkün olmaması nedeniyle SPK'da TCK'dakine benzer bir düzenleme yapılması mümkün görünmemektedir⁶².

Öte yandan, yatırımcıların, ilgili pay piyasasında faillerin gerçekleştirdiği manipülatif işlemler nedeniyle zarara uğradığını Kurul'a bildirmesi halinde, yatırımcıların zararının tazmin edileceği bir mekanizma oluşturulması da mümkün olabilir. Özellikle piyasa dolandırıcılığı suçunda yatırımcıların ilgili pay piyasasında uğradıkları zarar ile manipülatif işlemler arasında illiyet bağının tesisi ve zarar miktarının tespiti kolay olmasa da, SPK md. 107/3 hükmünde değişiklik yapılarak, etkin pişmanlık hükümleri kapsamında faillerin/şeriklerin suçtan dolayı elde ettikleri menfaatin iki katının Hazine'ye yatırılması yerine, Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) olduğu gibi⁶³ yatırımcı

61 SPK'nın amacı doğrultusunda yatırımcıların korunması ve piyasaya güven ilkelerine dayanan sermaye piyasalarında piyasa bozucu eylemlere vücut veren işlemlerin belirlenmesi ve önlenmesi gerekmekte olup, pay fiyatlarının yapay sebeplerle artırılıp düşürülmesi ilk olarak milli ekonomiye, ikinci olarak Borsa'da alım satım yapan kişilerin mali menfaatlerine zarar verir. İşte bu çifte menfaati korumak, Kurulun amaçları arasındadır. İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığında korunan hukuki menfaatin milli ekonomi olması nedeniyle geniş anlamda mağdurun devlet ve toplum, dar anlamda ise yatırımcı olması nedeniyle, mağduru belirsiz suç olarak kabul edilmekle birlikte, piyasa dolandırıcılığı suçunun mağdurlarının Kurul tarafından tespit edilebileceği de ileri sürülebilir. Zira borsada gerçekleştirilen işlemlerin, hem aracı kurum nezdinde hem de sermaye piyasası aracına ilişkin işlem emrinin verildiği hesap numarası ve yatırımcı bazında izlenmesi mümkündür. Ancak piyasa dolandırıcılığı suçunda aynı zamanda yatırımcıların yanıtlanması ve piyasanın bozulması nedeniyle müstakbel yatırımcıların da piyasaya olan güveni zedeleneceğinden geniş anlamda onların da zarara uğratıldığından bahsedilebilir.

62 Yıldırım (n 5) 35.

63 ABD'de piyasa dolandırıcılığı suçundan zarar gören yatırımcıların tazminine (Fair Fund) ve bu suçtan menfaat sağlayan failin elde ettiği kazancın iadesine (disgorgement) yönelik özel bir mekanizma oluşturulmuştur. Sarbanes-Oxley Kanunu md. 308-(a) hükmü SEC'ye, tesis ettiği idari para cezalarını, sermaye piyasası suçlarından zarar görmüş yatırımcıların tazmini için oluşturulacak fona ekleyebilme yetkisi vermiştir. Bu para cezalarının fona eklenme yetkisi SEC'nin takdirinde olup sermaye piyasası düzenlemelerine aykırı fiiller nedeniyle arar gören yatırımcıların tazmin edilmesi amacıyla failin elde ettiği menfaatin iadesinden ve "para cezalarından oluşan" "Yatırımcıları Tazmin Fonu" (Fair Fund) aracılığıyla yatırımcılar tazmin edilmektedir.

Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 (codified as amended in scattered sections of 15, 18

koruma fonuna benzer bir fonun kurulmasının, Kurul tarafından idare ve temsil olunan Yatırımcı Tazmin Merkezi nezdinde ayrı bir hesapta etkin pişmanlık hükmü kapsamında ödenen paraların toplanarak, zarar eden yatırımcıların zararlarının kısmen veya tamamen tazmin edilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir⁶⁴.

IV. SONUÇ

Etkin pişmanlık kurumu TCK'da bazı suçlar açısından öngörülmüş iken SPK'da yalnızca işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı ve örtülü kazanç aktarımı suçlarında uygulama alanı bulacak şekilde düzenlenmiştir. TCK ile SPK'daki etkin pişmanlık hükümleri mukayese edildiğinde, SPK'daki suçlarla ilgili olarak düzenleyici ve denetleyici otorite sıfatıyla kanunen verilen yetkiye istinaden Kurul tarafından denetim yapıldığı ve bunun sonucunda ulaşılan tespitlerin SPK md. 115 uyarınca Kurul tarafından Savcılığa intikal ettirildiği, etkin pişmanlığın Kurul'un denetim sonrası aldığı suç duyurusu kararıyla uygulama alanı bulduğu, bunun dışında iade ve ödemenin özellikle piyasa dolandırıcılığında mağdura değil, Hazine'ye yapıldığı hususları ile sermaye piyasasının işleyişi ve özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, SPK'daki etkin pişmanlık uygulamasının kendine özgü olduğu ve bu nedenle de işleyiş esaslarının TCK'dan farklı şekilde belirlendiği görülmektedir.

SPK'daki etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemede Hazine'ye yapılacak ödemenin soruşturma başlamadan önce yapılması halinde fail hakkında cezaya hükmolunmayacağı düzenlenmekle birlikte, Kanun'un genel gerekçesinde bu durumda Kurul tarafından suç duyurusunda bulunulması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Etkin pişmanlıktan faydalanmak isteyen fail ile bu haktan istifade etmeyen kişilerin tamamı hakkında suç duyurusu yapılması ve Savcılık tarafından takipsizlik kararı verilemeden konunun mahkemeye bırakılması, bu haktan yararlanan kişilerin hükümden istifade amaçları açısından çelişki teşkil ettiği gibi itibarlarının korunması amacına da hizmet etmemektedir. Ayrıca bu durum, CMK'da savcıya tanınan takdir yetkisini de işlevsiz hale getirmektedir. Yapılacak bir yasal değişiklik ile soruşturma öncesi etkin pişmanlıktan faydalanılması halinde kamu davası açılmayacağının hükme bağlanması yerinde olacaktır.

Etkin pişmanlık öngörülen suçların iştirak halinde işlenmesi durumunda, hükmün tatbikinin ne şekilde olacağı sorununun çözümünde, piyasa dolandırıcılığı suçu açısından haktan faydalanmak isteyen her failin ayrı ayrı ödemesi gereken tutarı Hazine'ye ödeyerek etkin pişmanlıktan faydalanabileceği, bu meyanda pişmanlığın sirayetinin uygulama alanı bulmaması gerektiği, ancak örtülü kazanç aktarımı suçu açısından ise lafzi yoruma sıkı sıkıya bağlı kalmadan ve hükmün tatbik

U.S.C. (2002) Sarbanes-Oxley Act, Section 308(a) <https://pcaobus.org/About/History/Documents/PDFs/Sarbanes_Oxley_Act_of_2002.pdf> accessed 31 August 2021. Fonda toplanan paraya oranla yatırımcı sayısının çok fazla olması durumunda ise bu sistemde de mağdur olan yatırımcılara dağıtım yapılamaması söz konusu olduğundan, fona aktarılacak olan paranın Hazine'ye verilmesi söz konusudur. Report Pursuant to Section 308(c) of the Sarbanes Oxley Act of 2002. <<http://www.sec.gov/news/studies/sox308creport.pdf>> accessed 30 August 2021.

64 Coşkun (n 23) 184-185; Türkiye'de yatırımcıların tazmini ve Fair Fund uygulaması kapsamında öneriler ile ceza uygulamalarına ilişkin değerlendirmeler konusunda bkz. Erman Çete, 'Yatırımcı Mağduriyetinin Giderilmesinde ABD Fair Fund Uygulamasının Türkiye İçin Analizi' (Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Mart 2013) <<https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/1089>> Erişim Tarihi: 30 Ağustos 2021, 52-59.

kabiliyetini artırmak amacıyla, şirket zararı şeriklerinden biri ya da birkaçı tarafından giderildikten sonra, tespit edilen örtülü kazanç aktarımı tutarının iki katının Hazine'ye her fail tarafından ayrı ayrı ödenmesi yerine münferiden ya da müştereken anılan tutarın Hazine'ye ödenmesi halinde tüm şeriklerin etkin pişmanlıktan faydalandırılarak pişmanlığın sirayet ettirilmesinin yerinde olacağı, nihai olarak hükmün uygulanabilir hale getirilmesi amacıyla şeriklerin pişmanlığı ile mağdurun zararının giderilmesi amaçları arasındaki dengeyi muhafaza edecek yasal değişiklik yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu çerçevede ayrıca her iki suç açısından da menfaat tutarları ile örtülü kazanç aktarımı tutarlarının sağlıklı ve doğru bir şekilde, imkân ölçüsünde fail bazında ayrıştırılarak belirlenmesi hem hükmün etkin bir şekilde tatbiki hem de yargılamada verilecek kararların sıhhati açısından son derece önemlidir.

SPK'da öngörülen etkin pişmanlık kurumunun, sermaye piyasasının nev-i şahsına münhasır işleyişi ve hususiyetleri de dikkate alınarak tatbik-i kabil hale getirilmesi hükmün etkin işleyişine katkı sağlayacağı gibi doktrinde öngörüldüğü şekilde uzlaşma, ön ödeme vs. gibi alternatif yolların sermaye piyasası mevzuatı kapsamında işlenen suçlar açısından uygulanabilir bir şekilde tasarlanması da dikkate alınabilecek bir öneri olarak değerlendirilebilecektir.

Son olarak, etkin pişmanlık kapsamında tahsil edilen paraların Hazine'ye ödenmesi uygulaması yerine, suçtan zarar gören ve bunun belirlenebildiği yatırımcıların tazmini amacına tahsis edilmesi ve bu bağlamda ayrı özel bir fon oluşturulması ya da Yatırımcı Tazmin Merkezi nezdinde bu amaca özgü bir fon kurularak yatırımcı zararlarının kısmen ya da tamamen giderilmesi, hem etkin pişmanlığın amacı ve felsefesine daha uygun olacak hem de yatırımcıların tazmini için kullanılabilecek fon miktarını arttırarak piyasalara olan güvenin tezyidine imkân sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Arslantürk M, *Etkin Pişmanlık Vazgeçme Cezasızlık* (Seçkin 2018).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Baskı, Adalet 2021).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (19. Baskı, Adalet 2021).
- Baba Y, 'Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık', (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2011).
- Balan A, *Ekonomik Bir Suç Olarak Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen İşleme Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu*, (On İki Levha 2019).
- Baki E, 'Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık' (2016) (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 27-56 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/227124>> Erişim tarihi 1 Eylül 2021.
- Bekar E, 'Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223' (2017) LXXV (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 15-60.
- Bıçak V, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (4. Baskı, Seçkin 2018).
- Birtek F, 'Cumhuriyet Savcısının Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi' (2013) 19 (2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan) 953-990.
- Canpolat C, 'Uygulamaya Bakan Yönleriyle Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2019) 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Sempozyumu 1-34.
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (20. Baskı, Beta 2021).

- Coşkun S, *Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı suçu (6362 Sayılı SPKn. Md. 107)*, (On İki Levha 2021).
- Çete E, 'Yatırımcı Mağduriyetinin Giderilmesinde ABD Fair Fund Uygulamasının Türkiye İçin Analizi' (Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Mart 2013) <<https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/1089>> Erişim Tarihi: 30 Ağustos 2021.
- Deniz İ, *Ceza Muhakemesinde Hüküm*, (Seçkin 2014).
- Duman B, *Sermaye Piyasası Kanunu'nda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu* (Adalet 2020).
- Duran A, *Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21)* (On İki Levha 2021).
- Eker H, 'Mala Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık (5237 sayılı TCK'nın 168. maddesi)' (2012) (100) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 363-388. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012.100.1192_363-388> Erişim Tarihi 1 Eylül 2021.
- Ertemür H, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Uzlaştırma*, (Seçkin 2021).
- Evik AH, *6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen (SerPK md 110/1-b ve c) Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu* (On İki Levha 2021).
- Feyzioğlu M, 'Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre İddianamenin Hazırlanması ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler' (2006) 1 (1) Ceza Hukuku Dergisi 31-36.
- Gödeklı M, 'Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık', (2017) 7 (29) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 277-360 <<https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php?pdf=0020438&lng=0>> Erişim Tarihi: 1 Eylül 2021.
- Gökçen A, Balcı M, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (5. Baskı, Adalet 2021).
- Karacan Aİ, *Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar Cilt I*, (Legal 2017).
- Kıldan İT, 'Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulanabilme Koşulları' (2012) 3 (8) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 115-139.
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. Baskı, Seçkin 2021).
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (7. Baskı, Adalet 2020).
- Kurşun G, *Ceza Muhakemesinde Hüküm*, (Seçkin 2016).
- Memiş T ve Turan G, *Sermaye Piyasası Hukuku*, (5. Baskı, Seçkin 2020).
- Özbek M, 'Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları' (2007) 56 (4) 123-205.
- Özbek VÖ, *Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap-Genel Hükümler* (2. Baskı, Seçkin 2021).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (12. Baskı, Seçkin 2021).
- Özen M, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, (2. Baskı, Adalet 2021).
- Özen M, 'Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi' (2009) 67 (3) 17-28.
- Özer İ, 'Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık' (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi 2011).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (17. Baskı, Seçkin 2021).
- Özgenç İ ve Ölmez G, 'Sermaye Piyasasında Güveni Korumaya Yönelik Yükümlülükler ve Ceza Hukuku Sorumluluğu' (2019) 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Sempozyumu 1-46.
- Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 (codified as amended in scattered sections of 15, 18 U.S.C. (2002) Sarbanes-Oxley Act, Section 308(a). <https://pcaobus.org/About/History/Documents/PDFs/Sarbanes_Oxley_Act_of_2002.pdf> accessed 31 August 2021.
- Sadak M, *Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu*, (Legal 2016).

Report Pursuant to Section 308(c) of the Sarbanes Oxley Act of 2002 <<http://www.sec.gov/news/studies/sox308creport.pdf>> accessed 30 August 2021.

Tok A, *Sermaye Piyasası Kurulunun Halka Açık Şirketleri Denetlemesi* (İksad 2021).

Turan G, 'Etkin Pişmanlık ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Yeri' (2013) (13) Sermaye Piyasası Dergisi 106-115.

Yenidünya AC, 'SPK'da Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler' iç A. Caner Yenidünya, Mustafa Erkan ve Rayhan Asat (edr), *İpek Yolu Canlanıyor-Türk Çin Hukuku Zirvesi* (Adalet 2013) 85-96.

Yenidünya AC, 'Malvarlığına Karşı Suçlarda Etkin Pişmanlık ve Uygulaması' <<https://caneryenidunya.com/malvarligina-karsi-suclarda-etkin-pismanlik/>> Erişim Tarihi: 1 Eylül 2021.

Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (9. Baskı, Seçkin 2021).

Yıldırım E, Sermaye Piyasası Suçları Açısından Etkin Pişmanlık, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü (Hizmete Özel), (2013).

Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

Orman Alanlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi* Konusunda Turizmi Teşvik Kanunu'nda Öngörülen Değişiklikler**

The Amendments of the Law for the Encouragement of Tourism Regarding the Allocation of Forest to Tourism Investments

Nuray Sümer*** , Gül Üstün**** 

ÖZ

İklim krizi kaynaklı ısınmalar sebebiyle Türkiye'nin de yer aldığı Akdeniz iklim kuşağı bölgesi devasa orman yangınlarına şahitlik etmektedir. Orman yangınlarının devam ettiği tarihlerde ise 7334 sayılı Kanun ile Turizmi Teşvik Kanunu'nda değişiklik yapılmıştır. Bu çalışmada orman yangınlarının aktüelliği ışığında dikkat çekilen bu değişiklik irdelenecektir. Anayasa Mahkemesi'ne konu olan söz konusu düzenlemelerin iklim krizinin hem nedeni hem de sonucu olarak önemli rol oynayan orman alanlarının korunması ve geliştirilmesi konusunda korumaya ağırlık veren bir koruma-kullanım dengesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Orman, Orman Yangını, Turizm, 7334 Sayılı Kanun, Turizm Merkezi.

ABSTRACT

The Mediterranean Climate Zone, including Turkey has witnessed many massive bushfires to which climate change-driven warming has led. The Law No. 7334 which amends the provisions of the Law for the Encouragement of Tourism entered into force in bushfires days. Taking advantage of the recency of forest fires, this study explores the up-front amendments. The legislation is now under the review of the Constitutional Court. It is considered that the Court should evaluate these provisions in the light of sustainable development principles which enables to balance the protection of environment, social and economic use of public property.

Keywords: Forest, Bushfire, Tourism, The Law No.7334, Tourism Centre.

* Kamu mallarının tabi olduğu hukuki rejimde tahsis, "bir devlet malını umumun faydalanmasına koyan veya amme hizmetine bağlayan, diğer tabirle, hususi emlakı orta malı veya hizmet malı kategorisine koyan veya amme hizmetinin vasıtası haline getiren bir idari tasarruf" olarak açıklanmaktadır (Bkz. Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, (İsmail Akgün Matbaası 1966) 1340-41.) Orman alanlarının turizm yatırımlarına konu olması ise özel yararlanma rejimi çerçevesinde tahsise uygun ise özel kural, tahsise uygun olmamakla birlikte tahsisle bağdaşır nitelikte ise özel istisnai yararlanma rejimi çerçevesinde tek taraflı veya sözleşme usulü ile özel hukuk kişisi bu maldan yararlandırılmaktadır; idari faaliyetin görülmesi amacıyla tahsis işlemine konu olmamaktadır. Buna karşın gerek Turizmi Teşvik Kanunu'nun taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımına ilişkin 8. maddesinde gerekse 'Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik'te orman idaresinin bu alanları Kültür ve Turizm Bakanlığı'na tahsisi şeklinde 'isabetli olarak' belirtildiği gibi ve fakat özel hukuk kişinin de yararlanması amacıyla da 'tahsis veya kesin tahsis' terimlerine yer verilmektedir. Özel hukuk kişilerinin bu alanlardan yararlanma usulüne ilişkin işlemin 'tahsis' olmadığı değerlendirilmektedir ve bu makale çerçevesinde de bu sebeple 'tahsis' terimine yer verilmemiştir. Yalnızca başlıkta bu terim belirtilerek mevzuatla 'tutarlılık' sağlanmaya çalışılmış ve fakat bu hususa 'dikkat çekilmek' amaçlanmıştır.

** Bu makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programı kapsamında hazırlanan tezden üretilmiştir.

*** Arş. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, nuray.sumer@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7404-7811.

**** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, gul.ustun@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5081-1771. Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin 27. maddesi gereği makalede ortak yazar olarak yer almıştır.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: x

E-posta/E-mail: x

Geliş Tarihi/Received: 17.09.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 08.11.2021

GİRİŞ

Avustralya'da 2019 ve 2020 yıllarında kırsal alanda başlayan ve söndürülememesi ('bushfires')¹ ile uluslararası alanda dikkat çeken ve 2021 yılının yaz aylarında ülkemizin de yer aldığı Akdeniz iklim kuşağının hüküm sürdüğü bölgelerde meydana gelen ve yine söndürülemeyen devasa orman yangınları² kamuoyunun gündemini meşgul etmektedir³. Ancak orman yangınlarının bir 'gündem' oluşturmasının ötesinde, iklim krizi sebebiyle 'yarının normu' olup olmadığı dahi tartışılmaktadır⁴. Akdeniz iklim kuşağında meydana gelen bu yangınlar sonucunda yanan orman alanlarının turizm yatırımlarına açılmasına ilişkin çekinceler ortaya atılmıştır⁵. Bu çekincelerin temelinde ise, ülkemizde orman yangınları devam ederken 28.07.2021 tarihinde yayınlanan Resmî Gazetede 7334 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla getirilen düzenlemeler yer almaktadır.

Bu çalışmada orman yangınlarının dikkat çektiği 7334 sayılı Kanun ile Turizmi Teşvik Kanunu'nda orman alanlarından turizm yatırımları amacıyla yararlanma konusunda öngörülen değişiklikler ortaya konulmaya çalışılacaktır. İlk kısımda, bu alanlardan turizm yatırımlarına ilişkin yararlanma rejimindeki değişikliklerin irdelenebilmesi için bu değişikliklerin öznesi⁶ olarak tanımı ve hukuki niteliği ışığında orman incelenecektir. Bu kapsamda yanan orman sahalarının da hukuki niteliğine değinilecektir. İkinci kısımda ise, değişiklik sonrasında hukuki durumun açıklığa kavuşturulması amacıyla orman alanlarından turizm yatırımları amacıyla yararlanma rejimi genel hatlarıyla ortaya konulacaktır. Üçüncü ve son kısımda ise, orman alanlarında turizm yatırımlarına ilişkin yararlanma rejiminde öngörülen değişiklikler tartışılacaktır. Böylelikle 7334 sayılı Kanun'un orman alanlarından

- 1 Avustralya'da uzun süren orman yangınları meclis gündeminde de tartışılmış ve öyle ki orman yangınları, 'sıklıkla sorulan sorular' başlığı altında yerini almıştır. Bkz. '2019-20 Australian Bushfire' (Parliament of Australia) <https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp1920/Quick_Guides/AustralianBushfires> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.
- 2 Orman Genel Müdürlüğü'nün resmi internet sitesinde yer verilen bilgiye göre 28.07.2021 – 12.08.2021 tarihleri arasında 54 ilde 299 sayıda orman yangını yaşanmıştır ve bugün dahi yaşanmaya da devam etmektedir. Tarım ve Orman Bakanlığı 'Tüm Orman Yangınları Kontrol Altında' (Orman Genel Müdürlüğü) <<https://www.ogm.gov.tr/tr/haberler/tum-orman-yanginlari-kontrol-altinda>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.
- 3 Kate Abnett, 'Mediterranean Has Become a "Wildfire Hotspot", EU Scientists Say' *Reuters* (Online, 4 Ağustos 2021) <<https://www.reuters.com/business/environment/mediterranean-has-become-wildfire-hotspot-eu-scientists-say-2021-08-04/>> E.T. 15.09.2021; Helen Sullivan, 'Summer of Fire: Blazes Burn across Mediterranean with More Extreme Weather Forecast' (Guardian 13 Ağustos 2021) <<https://www.theguardian.com/environment/2021/aug/13/summer-of-fire-blazes-mediterranean-more-extreme-weather-forecast>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.
- 4 'Orman Yangınları Yarının Normu mu Olacak?' (Euronews 1 Ağustos 2021) <<https://tr.euronews.com/green/2021/08/01/as-r-orman-yang-nlar-yar-n-n-normu-mu-olacak>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.
- 5 Pelin Ünker, 'Yanan Ormanlar Turizme Açılır mı?' (Deutsche Welle 3 Ağustos 2021) <<https://www.dw.com/tr/yanan-ormanlar-turizme-acilir-mi/a-58743611>> E.T. 15.09.2021; Murat Yetkin, 'Yangınlar Sönmeden Orman ve Kıyıları Yeni Yağmaya Açılıyor' (Yetkin Report 31 Temmuz 2021) <<https://yetkinreport.com/2021/07/31/yanginlar-sonmeden-orman-ve-kiyilar-yeni-yagmaya-aciliyor/>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.
- 6 Esasında orman, turizm yatırımlarının gerçekleştirileceği alan olması sebebiyle yatırımlara 'konu' alan olarak cümle yapısı çerçevesinde bir 'nesne' ise de bu çalışmada temel soru, fiili gerçekleştiren kişinin veya şeyin değil, fiilin gerçekleştirildiği alanın tespiti önem kazanmaktadır. Bu hususiyeti sebebiyle dil bilgisi kurallarından bağımsız olarak 'özne' ifadesine yer verilmiştir.

turizm yatırımları konusunda yararlanma rejiminde bir değişiklik yaratıp yaratmadığı hususu değerlendirilecektir.

I. TURİZMİ TEŞVİK KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN DEĞİŞİKLİKLERİN ÖZNESİ OLARAK ORMAN: TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Ülkemizde ormanlar, Anayasa'nın 169. maddesinde detaylı bir düzenleme ile koruma altına alınmış ve tabii servet ve kaynaklardan ayrı bir hukuki rejime tabi kılınmıştır⁷. 1961 Anayasasından itibaren ormanlarda devamlılık, devlet mülkiyeti ve devlet işletmeciliği ilkeleri benimsenmiştir⁸. Ormanlarda devamlılık ilkesi, milli servet niteliğinde değerlendirilen orman alanlarının orman niteliğini muhafazası ve bu alanların genişletilmesi esasına dayanır. Bu ilke uyarınca orman alanları daraltılamaz; doğal veya yapay yollarla orman arazisi üzerindeki bitki örtüsünün yitirilmesi halinde bu alanlar yeniden ormanlaştırılır ve kamu yararı gerektirdiği hallerde yeni ormanların yetiştirilmesi amacıyla özel mülkiyete konu alanlar kamulaştırılabilir. Bu başlık altında bu değişikliklerin öznesi olan 'orman' kavramı ve bu alanların hukuki niteliği irdelenecektir.

A. ORMAN TANIMI

Orman, Türk Dil Kurumu tarafından "ağaçlarla örtülü geniş alan" ve "bu ağaçların bütünü" şeklinde açıklanmaktadır⁹. Öğretide ise orman, biyolojik, ekolojik, hukuki ve daha birçok açıdan farklı tanımlamalara konu olan bir kavramdır¹⁰. Biyolojik ve ekolojik olarak orman, "dal ve gövde meydana getiren odunsu bitkilerin topluca büyüyüp yetişmesi hali (...)"¹¹ veya "kendine özgü bir iklim

7 Anayasa'nın 169. maddesine göre, 'Ormanların Korunması ve Geliştirilmesi' başlığı altında ormanlara ilişkin detaylı düzenlemelere yer vermiştir. Buna göre, "Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir. Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz. Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez. Ormanların tahrip edilmesine yol açan siyasi propaganda yapılamaz; münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz. Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmemeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında, orman sınırlarında daraltma yapılamaz."

8 'Ormancılık Prensiplerimiz' başlığı altında değerlendirme için bkz. *Yeşil Kitap Orman Davamız* (2. Bası Türkiye Ormancılar Derneği 2005) 31-53.; M. Nedim Tunçsiper, *Türk Hukuk Tarihi, İdare Hukuku ve Medeni Hukukumuz Muvacehesinde Orman Mevzuatımız ile İlgili Araştırmalar* (1964) 104; Suat Aksoy, *Tarım Hukuku* (Ankara Üniversitesi Ziraat Fakültesi Yayınları 1970) 395.

9 Türk Dil Kurumu, <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 13.10.2021.

10 Tanımlamalar için bkz. Behzat Gürkan, 'Orman Mevzuatının Biyolojik Çeşitliliğe Etkisi' (Türkiye Çevre Vakfı Yayınları 1999) 83; Biyolojik ve hukuki orman tanımı ayrımı için bkz. Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Orman Hukuku* (4. Bası Savaş Yayınevi 2017) 16-22; Sedat Ayanoglu, 'Anayasa Hükümleri Karşısında Orman Mevzuatımız', *Ormancılık Hukuku* (Türkiye Çevre Vakfı Yayınları 1999) 15; Burhan Aytağ, 'Orman Tanımlaması ve Bu Tanımlamada Yer Alan Ağaç, Ağaççık ve Çalı Kavramları' (Orman Genel Müdürlüğü Yayını 1976).

11 Bu tanım, ormancılığın kurucusu olarak kabul edilen Hoca Ali Rıza'nındır. Tanım için bkz. Halil Kutluk and Kerim

yaratabilen, belirli yükseklik, yapı ve sıklıktaki ağaçların, ağaççıkların, ağaççık, çalı ve otsu bitkiler, yosun, eğrelti ve mantarlar, toprağın altında ve üstünde yaşayan mikroorganizmalar ve çeşitli böcek ve hayvanlarla ... toprak"¹² parçası olarak tarif edilmektedir. Bir alanın orman vasfı, hiç kuşkusuz orman mühendisliği biliminin konusunu oluşturmakta ve tanımlamalarda yer verilen unsurların bilim ve fen bakımından orman ekosistemi oluşturup oluşturmadığına dayalı olarak belirlenmektedir.

Hukuki olarak orman tanımı ise, 6831 sayılı Orman Kanunu çerçevesinde ele alınmaktadır. Orman Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca "(k)endi kendine yetişmiş veya emekle yetiştirilmiş olup da herhangi bir çeşit orman hasılatı veren ağaç ve ağaççıkların toplu halleri yerleri ile beraber orman sayılır"¹³. Orman tanımı başlığı altında yer verilen ifade; 'ormandır' belirlemesi yerine, 'orman sayılır' ifadesine başvurarak ormanın tanımını yapmamakta; hatta negatif bir kurgu ile bu cümleden sonra gelmek üzere orman sayılmayan yerlere ilişkin bir belirleme yapmak suretiyle¹⁴ hukuki rejim ihdas etmektedir. Dolayısıyla bu hükmün bir tanımlamadan ziyade, ormanın hukuki rejiminin inşası kapsamında bir 'statü' olarak kabulü gerektiği iddia edilebilir. Bu sebeple de bu hüküm kanaatimizce ormanın 'hukuksal tanımı' olarak düşünülmemelidir. Hatta kanun koyucunun 'orman sayılır' ifadesi ile orman niteliğini bilinçli olarak tanımlamaktan kaçındığının ifade edilmesi mümkündür. Zira bilimsel ve teknik esasların bu hükümde yer almaması, yasama tasarrufu olan kanunların genel, soyut ve objektif niteliğinin bir sonucudur¹⁵. Kaldı ki hukuki olarak ormanın tanımlanmasının da güçlüğüne dikkat çekilmektedir¹⁶.

Yund, *Hoca Ali Rıza Orman Umum Müdürlerinden Hayatı ve Eserleri 1843-1925* (Verim Yayınları 1950) 45; aktaran Sedat Ayanoğlu, 'Hukuksal Açından Orman Emlaki ve Orman Mülkiyetinin Temelleri' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 1986) 38.

- 12 Burhan Aytuğ (n 10); *Ayanoğlu* ise "gerek toplum ekonomisi kültürü ve sağlığı açısından gerekse tabii olaylar açısından olumlu etkilere sahip ağaç, ağaççık, ölü örtü, mikroorganizmalar, av hayvanları ve diğer vejetasyon tipleri ile mükemmel kombinasyon meydana getiren bir hayat birliğidir" şeklinde açıklamıştır. Bkz. Ayanoğlu, (n 11) 38-39.
- 13 Öğretide orman 'hukuksal açıdan bileşik eşya' şeklinde eşya hukuku bakımından açıklanmaktadır. Bkz. Aynur Aydın Coşkun, 'Türkiye'de Ormanlardan Yararlanmanın Yasal Esasları' (1999) 49 İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi 85. Bu çalışma, idare hukuku ile sınırlı olarak incelendiğinden bu hususa yalnızca burada değinilmekle yetinilmiştir.
- 14 Orman Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca istisnalar ancak ifadesinin ardından sayma suretiyle belirlenmiştir: "A) Sazlıklar; B) Step nebatlarıyla örtülü yerler; C) Her çeşit dikenlikler; Ç) Parklar; D) Şehir mezarlıklarıyla kasaba ve köylerin hudutları içerisinde bulunan eski (kadim) mezarlıklardaki ağaç ve ağaçlıklarla örtülü yerler, E) Sahipli arazide bulunan ve civarındaki ormanlarda tabii olarak yetişmeyen ağaç ve ağaççık nevelerinin bulunduğu yerler; F) Orman sınırları içinde veya bitişiğinde tapulu, orman sınırları dışında ise her türlü tasarruf belgeleriyle özel mülkiyette bulunan ve tarım arazisi olarak kullanılan, dağmık veya yer yer küme ve sıra halinde ki her nevi ağaç ve ağaççıklarla örtülü yerler; G) Orman sınırları dışında olup, yüzölçümü üç hektarı aşmayan sahipli arazideki her nevi ağaç ve ağaççıklarla örtülü yerler, H) Orman sınırları içinde veya bitişiğinde tapulu, orman sınırları dışında ise her türlü tasarruf belgeleriyle özel mülkiyette bulunan ve muhtemin hususiyetlerine göre yetişmiş veya yetiştirilecek olan (...) I) fıstık çamlıkları ve palamut meşelikleri dahil olmak üzere her nevi meyveli ağaç ve ağaççıklar; İ) Sahipli arazideki aşılı ve aşısız zeytinliklerle, özel kanunu gereğince Devlet Ormanlarından tefrik edilmiş ve imar, ıslah ve temlik şartları yerine getirilmiş bulunan yabancı zeytinlikler ile 9/7/1956 tarih ve 6777 sayılı Kanunda tasrih edilen yabancı veya aşılansız fıstıklık, sakızlık ve harnupluklar. J) Funda veya makilerle örtülü orman ve toprak muhafaza karakteri taşımayan yerler, orman sayılmaz.
- 15 Kanun kavramı ve şekli ve maddi kanun niteliği konusunda detaylı bilgi için bkz. Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı* (On iki levha 2019).
- 16 Anayasa'da ormanlara ilişkin getirilen kanun teklifine ilişkin dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in "ormanın genel olarak bir tanımı bulunmakla birlikte hukuksal yönden ormanı tanımlamak oldukça güçtür" şeklinde izahı ile ormanın hukuki tanımının zorluğuna dikkat çekilmiştir. Bkz. T.C. Cumhurbaşkanlığı, B.01.0.KKB.01-18/A-6-2003-491 18 / 04 /2003 sayılı İlg: 07.04.2003 günlü, A.01.0.GNS.0.10.00.02-1130/4608 sayılı Yazısı.

O halde hukuki olarak tanımını yapmaktan kaçınarak ormanı, bilim ve fen bakımından orman vasfını haiz olduğu tespit edilen ve bu Kanun uyarınca orman sayılmak suretiyle orman statüsünde bulunan alanlar olarak değerlendirmek mümkündür. Biyolojik, hukuki veya ekolojik 'tanımlama'lar – her ne isim altında yapılsa yapılsın ve bir 'tanım denemesi' girişimi olsun ya da olmasın – birbirine tezat oluşturmamalı; birbirini tamamlamalıdır. Aksinin kabulü, sözgelimi biyolojik gerçekliği dışlayan bir hukuki tanım, ilgili düzenlemenin işlevi konusunda tereddütlere yol açacak; bir sonraki aşamada ise bu hükmün kadük kalmasına sebebiyet verebilecektir¹⁷.

Orman kavramı, Orman Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca öngörülen tanım çerçevesinde değerlendirilmelidir. Buna göre *“tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır”*. Orman, arzı olan 'toprak' ve bütünleyici parçası olan 'bitkiler' ile bir bütündür¹⁸. Üzerindeki bitki örtüsünün yanı sıra, üzerinde yaşayan canlılar ile bir ekosistem¹⁹ oluşturan orman, asli unsur olan arazi (yer) ve bütünleyici parçaları olan ağaç ve ağaççık topluluklarından oluşur. Orman kavramını oluşturan bileşenlerin unsurları, 'tabii olarak yetişen', 'emekle yetişen', 'ağaç' ve 'ağaççık', 'topluluk' ve 'yer'dir. Bu kavramlar ise Orman Kadastrosu ve 2/B Uygulama Yönetmeliği'nin 14. maddesinde şu şekilde açıklanmıştır:

“tabii olarak yetişen: insan emeği olmadan, doğal olarak meydana gelen ağaç ve ağaççıklardır”

“emekle yetişen: ekim veya dikim sureti ile yetiştirilmiş ağaç ve ağaççıklardır”

“ağaç: en az sekiz metre ve daha yukarı boy yapabilen kökü, gövdesi, tepesi olan, odunsu bitkilere, yaşı, çapı ne olursa olsun ağaç denir”

ağaççık: Yan dallarının çoğalması ve fazlaca gelişmesi neticesinde tepesi yayvanlaşan, genel olarak genişliğine bir büyüme şekli gösteren, boyu sekiz metreyi bulmayan, uzun ömürlü odunsu bitkilere çapı ve yaşı ne olursa olsun ağaççık denir.”

“kapalılık: ağaç ve / veya ağaççık olarak nitelendirilen bitkilerin “tepe çatılarının buldukları sahaya göre toprağı siperleme oranı”

Bu unsurlar dışında ormanın bileşenleri arasında topluluk unsuru da yer almaktadır. Yönetmelik'in yine aynı maddesi uyarınca bitki örtüsünün bir arada bulunduğu saha üzerinde yüzde on veya daha fazla kapalılık teşkil etmesi “topluluk” olarak ifade edilmektedir.

17 Yürürlükteki mevzuatın bilim ve fen bakımından orman tanımındaki gerekliliği karşılayıp karşılamadığı ise çalışmanın ilerleyen sayfalarında değinilecektir. Buna karşın mevcut durumda kanunda yer verilen ifadeler ile bilim ve teknik bakımdan gerekler konusunda orman mühendisi ve orman hukukçusu olan Ayanoglu, bu hükme *“kısa ömürlü otsu bitkiler, ölü örtü ve fauna”* eklenmesi halinde, hukuki tanımın biyolojik tanıma yaklaşılacağını ifade etmektedir. Bkz. Ayanoglu, 'Anayasa Hükümleri Karşısında Orman Mevzuatımız' (n 10) 15; Aynı doğrultuda bkz. Aynur Aydın Coşkun (n 13) 85.

18 Baki Kuru, 'Orman Sınırlamasına İtiraz Davaları', Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan (Sevinç Matbaası 1972) 338; Sedat Ayanoglu, 'Ormanların Kamu Malları Arasındaki Yeri, Orman Tanımı ve Kapsamı' (1992) 42 İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi 73, 78; Jale G. Akipek, 'Devlet Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı', Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan (1977) 3; Ayrıca Anayasa Mahkemesi bu konuyu şu şekilde ifade etmiştir: *“yerler orman tarifi içine girmekle ormanın ağaçlardan ayrı bir unsuru olmuş oluyor. Böyle olunca da ağaçlar herhangi bir nedenle yok olursa yerleri ormanın bir unsuru olmak niteliğini yitirmez. Ormanın toprağı ve yeri olmakta devam eder”*. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E 1965/44 K 1966/14, T 10.03.1966.

19 Yücel Çağlar, ‘“2B” Olgusunun Tarihsel ve Nesnel Boyutları’ (TMMOB 2006) 41.

Son olarak orman niteliğinin belirlenmesinde başvuru alan “yer” ifadesi ise, Orman Kadastro ve 2/B Uygulama Yönetmeliği'nin 14. maddesi uyarınca üzerinde ağaç ve/veya ağaççıkların kapladığı arazi ile bitki örtüsü bulunmasa da bu nitelikte olduğu tespit edilen alanlardır. Yer unsurunun ağaç ve ağaççıklardan ayrı bir unsur olarak belirlenmesi sonucunda orman vasfının tespitinde ‘yer’ unsuru önem kazanmaktadır. Anayasa Mahkemesi de orman niteliğinin belirlenmesinde yer unsurunun önemini ve müstakilliğini şu şekilde vurgulamaktadır²⁰:

“Yürürlükteki 6831 sayılı Orman Kanunu'nun l inci maddesinde orman şöyle tarif edilmiştir: 'Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleri ile birlikte orman sayılır.' Görülüyor ki Kanun Koyucu, yeri de orman tarifi içine almıştır. Bu kelime ihmal edilemez; bunu da değerlendirmek lâzımdır. (Yerler) ormanın tarifi içine girmekle ormanın, ağaçlardan ayrı bir unsuru olmuş oluyor. Böyle olunca ağaçlar herhangi bir nedenle yok olursa, yerleri, ormanın bir unsuru olmak niteliğini yitirmez; orman toprağı ve yeri olmakta devam eder (...)"

İşte yerin orman tanımında müstakil bir unsur olarak kabulü sebebiyle orman alanları üzerindeki bitki örtüsünün yokluğu orman vasfının kaybı için tek başına yeterli bir kriter değildir²¹. Üzerinde herhangi bir surette bitki örtüsü ortadan kalkan veya kaldırılan bu alanlar yine orman niteliğindedir. Öğretide bu alanlar “farazi orman” olarak nitelendirilmektedir²². Farazi ormanlar konusunda Orman Kanunu'nda özel ve ayrı bir düzenleme öngörülmemektedir. Bu alanlar orman olarak kabul edilmekte ve orman alanları gibi hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır²³.

Yangın sonucu bitki örtüsünü kaybeden bu alanlar da ‘orman’ vasfını haizdir. Bir diğer ifade ile yanan orman alanları, bitki örtüsünün kaybı sebebiyle orman niteliğini yitirerek Hazine'nin özel mülkiyetinde bulunan taşınmaz olarak işlem göremez. Orman niteliğinde olan yanan orman sahalarında orman statüsüne bağlanan hukuki sonuçlar doğmaktadır. Yanan sahalar özel rejime tabi kılınarak anayasal düzeyde koruma altına alınmıştır. Buna göre, yanan sahalar Anayasa'nın 169. maddesi gereği yeniden ormanlaştırılır. Dahası bilim ve fen bakımından yarar görülmeyen ve diğer şartları haiz orman alanları, orman sınırları dışına çıkartılabilir iken; yanan bu alanlar hiçbir surette Orman Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca orman sınırları dışına çıkartılamaz²⁴. Bu sebeple de bu alanlar orman vasfını korumaya devam eder. Ayrıca yanan sahalar üzerinde tarım ve hayvancılık da yapılamaz.

20 Anayasa Mahkemesi, E 1965/44 K 1966/14, 10.03.1966.

21 Ayanoğlu, ‘Hukuksal Açıdan Orman Emlaki ve Orman Mülkiyetinin Temelleri’ (n 11) 52.

22 Mehmet Ünal, *Orman Hukuku* (Yetkin 2010) 103; Yusuf Büyükyay, ‘Öncesi Orman Olmayan Arazilerin Orman Rejimi Dışına Çıkarılması Sorunu’ (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 525) 539.

23 Bu konudaki eleştiriler için bkz. Bülent Ulukut, *Türk Orman Hukuku: Birinci Kitap Hukuki Hükümler* (Tarım Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü 1963) 26; Mehmet Ünal (n 22) 104; Büyükyay (n 22) 539.

24 Kural olarak orman sınırları dışına çıkartma müessesesi, Orman Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca öngörülen düzenlemeler bakımından başvuru alan bir kavram iken; 2018 yılında bu Kanuna eklenen 16. madde, bir nevi orman sınırları dışına çıkartma müessesesi niteliğindedir. Bu sebeple orman sınırları dışına çıkartmadan bahsedilirken ‘Orman Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca’ şeklinde ayrıca bir vurgu yapılmıştır. Bu konuda detaylı bilgi için bu çalışmanın üretildiği tezden faydalanılabilir.

B. ORMAN ALANLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Yine 7334 sayılı Kanun ile öngörülen değişikliklerin mahiyeti, orman vasfını haiz bu alanların kamu malı teorisi bakımından hukuki niteliğinin irdelenmesi suretiyle ortaya konulabilir. Zira ormanların hukuki niteliği ışığında özel mülkiyete konu olmaması ve devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunması, bu çalışma kapsamında orman alanlarından turizm yatırımları amacıyla yararlanma rejiminde önemli rol oynamaktadır. Bu başlık altında ormanların kamu malı teorisi bakımından hukuki niteliği, bu değişikliklerin açıklığa kavuşturulması ile sınırlı olarak irdelenecektir.

6831 sayılı Orman Kanunu uyarınca ormanlar, vasıf ve karakter itibarıyla muhafaza ormanları, milli park ve istihsal ormanları şeklinde ayrılmıştır²⁵. Muhafaza ormanı, bakıma muhtaç orman alanları olup; muhafazası lazım gelen ormanlardır²⁶. İstihsal ormanı, ormanın gerek asli gerekse tabii ürünlerinden yararlanılarak ekonomik amaçlarla işletilen alanlardır²⁷. Milli parklar ise, Milli Parklar Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca bilim ve fen bakımından önemli görülen, spor ve dinlenme, turizm, doğasının ve ülke bakımından korunmaya değer güzelliği bulunan alanların korunması ve geliştirilmesi amacıyla ayrıldığı yerlerdir.

Öğretide ormanlar, genel olarak²⁸ dar anlamda kamu malı tasnifinde işlevlerine göre yapılan ayırım da sahipsiz mal olarak nitelendirilmekte ise de söz konusu nitelendirmenin muhafaza, istihsal ve milli park şeklinde vasıf ve karakter itibarıyla yapılan tasnif dışında kalan orman alanları bakımından yapıldığı iddia edilebilir. Nitekim öğretilerde *Kaman* da sahipsiz mal niteliğinin bütün orman alanları bakımından yapılamayacağını; muhafaza ve milli parklar bakımından hizmet veya orta malı niteliğinde bulunabileceğini dile getirmektedir²⁹.

Vasıf ve karakter tasnifi dışında kalan orman alanlarının sahipsiz mal olarak nitelendirilmesinde başvurulan temel argümanlardan biri, bu alanların devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunmasıdır. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 16. maddesine göre ormanlar, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bu terim, idarenin kamu malları üzerindeki mülkiyet yetkisi çerçevesinde ele alınmaktadır³⁰. Buna göre devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunmak kavramı, idarenin malları üzerindeki mülkiyet rejiminin belirlenmesinde başvurulduğundan; bu terimin idarenin özel mallarını dışarıda bırakan

25 Söz konusu tasnifin isabetliliği konusunda eleştiriler için bkz. Şeref Nuri İlkmen, 'Türkiye'de Orman Kanunu'ndaki Orman ve Muhafaza Ormanı Mefhumlarının Tarifi Meselesi' (İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Yayınları 1955) 27; Metin Özdönmez ve H. Cahid Şah, *Türkiye'de Koruma Ormanları (Yönetim ve Amenajman Esasları)* (1983) 3.

26 Detaylı bilgi için bkz. Sedat Ayanoglu, 'Hukuksal Açıdan Muhafaza Ormanı ve Milli Park Kavramları' (1995) 45 İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi 30, 31.

27 Suat Aksoy (n 7) 408.

28 Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. II (2. Bası Ekin Yayınevi 2019) 826-827; Nur Kaman, 'Kamu Malları' iç Turan Yıldırım (edr.), *İdare Hukuku* (8. Bası On iki Levha 2021) 370; Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku* (Yetkin 2019) 640. ; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (Seçkin 2018) 388; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, C. II (4. Bası Seçkin 2019) 363; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (6. Bası Adalet 2018) 718; Pertev Bilgen, *İdare Hukuku Dersleri: İdare Malları* (Filiz Kitabevi 1996) 15-17; Karşı görüş için bkz. Jale G. Akipek (n 18).

29 Nur Kaman, 'Türk Orman Rejimi' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 1997) 61.

30 Türk Medeni Kanunu'nun 715. maddesine göre, sahipsiz yerler ve yararı kamuya ait olan yerler devletin hüküm ve tasarrufu altındadır ve aksi ispatlanmadıkça özel mülkiyete tabi değildir. Gözler de devletin hüküm ve tasarrufu altında olmak teriminin 'pratikte' kamu mülkiyeti ile eşdeğer olduğunu belirtmektedir. Bkz. Gözler (n 28) 853.

dar anlamda kamu malı niteliğinin belirlenmesinde yeterli bir kriter olmadığı iddia edilebilir. Kaldı ki *Akipek*, devletin hüküm ve tasarrufu altında olmak teriminin “hiç olmazsa” devlet malını ifade ettiğini ve idarenin kamu malları ile özel mallarının her ikisinin de bu kapsamda yer alabileceğini belirtmektedir³¹. Bu halde bu terimin tek başına sahipsiz mal kategorisinin tespiti bakımından yeterli olmadığı iddia edilebilir.

Sahipsiz mal kategorisinin tespiti bakımından Türk Medeni Kanunu’nun 715. maddesi uyarınca ‘özel mülkiyete konu olmama’ kriteri de esas alınmaktadır. Özel mülkiyete elverişli olmama özelliği, esasen hizmet malı, orta malı ve sahipsiz mallarını içeren dar anlamda kamu malı niteliğinin bir sonucudur³². Bu mallar kamu malı niteliğini koruduğu müddetçe özel mülkiyete konu olamazlar. Bu kapsamda özel mülkiyete elverişli olmama özelliğinin yalnızca sahipsiz mal kategorisinin bir sonucu olduğu çıkarımının da isabetli olmadığı düşünülmektedir. Diğer taraftan özel mülkiyete elverişli olmama kriteri, ‘mülkiyete elverişsiz olmak’ şeklinde de ele alınabilir. Bu halde ormanların mülkiyete elverişsiz olma özelliği irdelenmelidir. Orman Kanunu’nun 4. maddesi, mülkiyet ve idare bakımından özel orman alanlarını da içermektedir. Özel ormanlar, özel şahısların mülkiyetinde olduğu belirtilen orman alanlarıdır³³. Bu kapsamda orman alanları – en azından özel orman alanları – bakımından “mülkiyete elverişli olmama” açıklamasının da sahipsiz mal niteliğinin değerlendirilmesine elverişli olmadığı iddia edilebilir.

Sahipsiz mallar bakımından öne sürülen bir diğer özellik ise, bu malların ‘doğal niteliklerinin bir sonucu’ olarak bu niteliğe sahip olmaları iddiasıdır. *Düren*’e göre tahsise gerek kalmaksızın bu mallar doğal nitelikleri gereği kamunun ortak kullanımına ayrılmıştır³⁴. Kamu malının doğal veya yapay yollarla bu niteliğini kazanması, öğretide kamu malının ‘oluşum tarzı’ bakımından yapılan tasnifte başvurulan bir kriter olup³⁵; bu malların işlevini ortaya koymaktan uzaktır. *Bilgen* ise, *Düren*’in aksine bu malların doğal niteliklerinin değil; ilgili mevzuat gereği bu niteliği haiz olduğunu ve “*yararlanmaya elverişli oldukları ölçüde ve belirli sınırlar içinde ve ekonomik değeri bulunmadığı veya toplumda hâkim düşünceler gereği halkın yararlanmasına izin verildiğini*” belirtmektedir³⁶. Müellifin söz konusu yaklaşımı öğretide *Yavuz* tarafından da benimsenerek; toplumsal yaşamda oynadığı rol veya gösterilen önem sebebiyle bu malların kamu malı niteliği kazandığı değerlendirilmektedir³⁷. Öğretideki söz konusu görüşler ışığında kamu malının işlevi dikkate alınarak yapılan dar

31 Jale G. Akipek (n 18) 9.

32 Nitekim özel mülkiyete konu olamayan mallar denildiğinde ilk akla gelen örnek kamu mallarıdır. Detaylar için bkz. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı* (2. Bası Beta Basım Yayım 2017).

33 Yusuf Güneş, *Orman Hukuku* (On iki levha 2019) 92-94.; Halil Cin, ‘Tanzimattan Sonra Türkiye’de Ormanların Hukuki Rejimi’ (1978) 35 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 311, 372. Özel hukuk kişilerinin bu alanlar üzerindeki yetkisinin niteliği konusu tartışmalıdır. Bu alanlar üzerinde özel hukuk kişilerinin mülkiyet hakkından doğan yetkileri kanun koyucu tarafından önemli addedilebilecek ölçüde sınırlandırıldığından bu alanların doğrudan özel mülkiyete tabi alanlar olarak değerlendirilmesi konusunda çekinceler ileri sürülebilir. Bu konuda detaylı bilgi için bu çalışmanın üretildiği tezden yararlanılabilir.

34 Akın Düren, *İdare Malları* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975) 34.

35 Gözler (n 28) 832-833.

36 Pertev Bilgen (n 28) 25.

37 Nihat Yavuz, ‘Türk Hukukunda Kamu Malları’ (1975) Ankara Barosu Dergisi 486, 492.

anlamda kamu malı tasnifinde yer alan sahipsiz malların esasen 'ortak' bir işlevinin bulunmadığı düşünülmektedir.

Yukarıda ormanların sahipsiz mal olarak nitelendirilmesi sebebiyle bu mal kategorisine ilişkin öğretilerdeki görüşlere yer verilmiştir. Ormanların doğal niteliklerinin bir sonucu olarak veya toplum hayatında gösterdiği önem sebebiyle ilgili mevzuat gereği sahipsiz mal kategorisi altında değerlendirilsin veya değerlendirilmesin, bu alanlar doğrudan Anayasa'nın 169. maddesi uyarınca özel mülkiyete konu olamaz ve zamanaşımı ile iktisap edilemez. Bu düzenlemeyi esas alan *Akipek'e göre ormanların, idarenin "medenî hukuk anlamında sahip bulunduğu özel mallarından olmadığı ve fakat hüküm ve tasarrufu altında bulunan kamu mallarından olduğu sonucuna varılmalıdır"*³⁸. Onar da ormanların dar anlamda kamu malı tasniflerine uymamakla birlikte özel mal da olmadığını belirterek, kamu malı ve özel mal arasında 'özel bir yer işgal ettiği'ni ifade etmiştir³⁹. Bu halde ormanların, işlevleri bakımından yapılan kamu malı tasnifine uyum sağlamamakla birlikte bu tasniflerin dışında 'kamu malı' niteliğinde bulunduğu iddia edilebilir⁴⁰.

II. TURİZM TEŞVİK KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN DEĞİŞİKLİK ÖNCESİ DURUM: KAMU YARARI DENGESİ

Kamu malı niteliğinde bulunan orman alanlarından yararlanma rejimi, diğer kamu mallarının tabi olduğu özel yararlanma usullerinden farklı bir hukuki rejime tabidir. Kanun koyucunun orman alanlarından yararlanma konusundaki yetkisi, Anayasa'nın 169. maddesi uyarınca öngörülen sınırlandırmalara tabidir. Bu hüküm uyarınca orman alanları kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz. Kural olarak kamu malının tahsisine uygun olan özel kural yararlanma usulünde veya kamu malının tahsisine uygun olmamakla birlikte tahsisle bağdaşır ve tahsisi tehlikeye düşürmeyen özel istisnai yararlanma usulünde yararlanma konusunda ayrıca kamu yararının bulunup bulunmadığı değerlendirilmemektedir. İdarenin aynı zamanda malvarlığını teşkil eden bu malların en iyi şekilde işletilmesi, kamu malından en iyi yararlanmanın sağlanması ilkesi çerçevesinde aranmakta ise de en iyi yararlanma ilkesine ek olarak orman alanlarından özel yararlanma usulünde anayasal hüküm uyarınca ayrıca 'kamu yararı' aranmaktadır. Diğer kamu mallarından farklı olarak herhangi bir yararlandırmaya konu olmasa da *Geray*'ın ifadesi ile "*doğanın korunması tek başına kamu yararı üretmektedir*"⁴¹. Bu sebeple de özel yararlanma usulü uyarınca aranan kamu yararı ile ormanların korunması ve geliştirilmesindeki kamu yararı birlikte değerlendirilmelidir⁴². Diğer kamu

38 Jale G. Akipek (n 18) 13.

39 Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II (İsmail Akgün Matbaası 1966) 1357.

40 Orman alanlarının hukuki niteliği ve sahipsiz mal niteliği hususu tartışmalıdır. Bu konuda detaylı bilgi için bu makalenin üretildiği tezden faydalanılabilir.

41 Bu sebeple de *Geray* "doğanın sınırlarını daraltmak yahut onu dönüştürmek kamu yararını daraltmaktadır" şeklinde değerlendirmiştir. Bkz. Uçkun Geray, 'Belek'te Golf Alanları ve Turizm Tesisleri İçin Tahsis Edilen Alanlar Konusunda Bir Değerlendirme ve Üstün Kamu Yararı' *Forest Economics* 1, 17.08.2021, <<https://www.foresteconomics.org/yayin/belekgaray.pdf>>.

42 Öğretilerde ormanlar üzerinde farklı kamu yararları meselesi 'üstün kamu yararı' tartışması ekseninde değerlendirilmektedir. Örneğin, *Olgun ve Tolunaya*'ya göre kamu yararı, '*topluma fayda sağlayacak uygulamaların oluşması*' olduğundan; ormanların orman olarak halka sağlayacağı faydadan daha üstün kamu yararının olacağı hallerde bu yarar ortaya

mallarından farklı olarak orman alanlarından yararlanma usulünde “istismar ve istihlak hakkı” birleşmekte, yararlanmanın kendisi ormanların “tüketimine”, yani tahribatına sebep olmaktadır⁴³.

İşte iki kamu yararının dengelenmesi amacıyla yasa koyucunun orman alanlarında turizm yatırımları amacıyla yararlanmalar konusunda yetkisi sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamalardan ilkinin Anayasa'nın 169. maddesinde yer verilen “ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyete izin verilemez” hükmü oluşturmaktadır. Bu hüküm uyarınca *Akipek*'e göre, orman alanının verimli biçimde işletilmesini engelleyecek, ormanın gelişmesini önleyecek ve orman toprağının verimini azaltacak, orman sahasını küçültecek nitelikte veya orman mahsullerinin azalmasını mucip olacak ise yararlanmaya muvaffakat edilmemelidir⁴⁴. Aynı şekilde *Geray* da “orman ekosistemini bozacak kazı, dolduru, su rejimi değişikliği, seyreltme, tıraşlama, aşırı müdahale ve yararlanma (bazı bitkilerin ve hayvanların özellikle çıkarılıp uzaklaştırılması) gibi faaliyet ‘hiçbir’ şekilde onaylanmayacağı belirtilmektedir⁴⁵. Bu yararlanma rejiminin müelliflerin de belirttiği gibi bütüncül olarak orman ekosistemine hanel getirmemesi ve alanın yeniden ormanlaştırılmasını engellememesi esastır.

Orman alanlarından özel yararlandırma usulünde kamu yararı olduğu değerlendirilen faaliyetler, kanun koyucu tarafından bu sınırlama ışığında “açıkça” belirlenmelidir. Kanun koyucu özel yararlanma usulüne konu faaliyetleri tüketici surette saymaktadır⁴⁶. Bu halde idare tarafından kamu yararı olduğu değerlendirilen faaliyetlerin tamamı değil; yalnızca kanunda açıkça ve sınırları çizilmiş faaliyetler orman alanlarında özel yararlandırma usulüne konu olabilir. Nitekim orman alanlarında turizm yatırımları konusunda Orman Kanunu'nun 17. maddesinin 3. fıkrasına, 3373 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile eklenen düzenleme hakkında ormanların korunması ve geliştirilmesine ilişkin Anayasa'nın 169. maddesine aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne konu olan uyuşmazlıkta, Yüksek Mahkeme bu hususa dikkat çekmektedir. Söz konusu düzenleme,

çıkılmaktadır. Bkz. Hakan Olgun, Ahmet Tolunay, “Orman Alanlarının Ormancılık Dışı Kullanımlara Tahsisinde Yasal Düzenlemelere ve Verilen İzinlere İlişkin Görüşlerin Değerlendirilmesi” 20 Bartın Orman Fakültesi Dergisi (2018) 288; *Geray* da ‘kamu yararı var veya yok’ şeklinde belirleme yapmanın isabetsiz olacağını değerlendirerek; ‘*farklı kamu yararlarının karşılaştırılması ve üstün olan seçenek doğrultusunda karar verilmesi olarak*’ tarif ettiği ‘üstün kamu yararı’ çerçevesinde kamu yararı tartışmasını izah etmektedir. Bkz. Uçkun Geray, “Kamu Yararı ve Ormancılıkta Durum”, Orman Mühendisliği Dergisi, TMMOB Orman Mühendisleri Odası Ankara (1999). *Aksoy*'a göre de bu iki kavram çatışmaktadır ve “diğer alanlardan çok daha fazla birbirine karşıttır”. Bkz. Aksoy (n 7) 395. Kanaatimizce öğretilde başvurulmuş ‘üstün kamu yararı’ veya ‘baskın kamu yararı’ kavramları muğlaktır. Nitekim *Coşkun* da bu kavramın muğlaklığı çerçevesinde kesin bir çerçeveye oturtulmadığından ekonomik, politik ve kişisel kaygılarla esnetilebilecek subjektif uygulamalara yol açabileceğine işaret etmektedir. Aynur Aydın Coşkun, “Türkiye’de Ormanlardan Yararlanmanın Yasal Esasları”, 49 İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi (1999) 106. Orman alanlarında özel yararlanma usulünde kamu yararı kavramının müphem ve mücembelliği sebebiyle bu tartışmalar, bu çalışmanın kapsamını aşacağından; bu konuda orman alanlarından yararlanmada kamu yararının belirlenmesinde anayasal sınırlandırmalara değinilecektir.

43 Onar (n 39) 1366.

44 Jale G. Akipek (n 18) 32.

45 Uçkun Geray, ‘Kamu Yararı ve Ormancılıkta Durum’ (1999) 34 (2) Orman Mühendisliği Dergisi 7-12.

46 Örneğin ormanlarda, Orman Kanunu'nun 16. maddesinde bu alanlarda maden arama ve işletme faaliyeti; 17. maddesinde ve Ek 9. maddesinde belirtilen kamu hizmeti faaliyetleri, 18. maddesinde arkeolojik kazı ve restorasyon konusunda faaliyetler ve bu faaliyetlerde ormanlardan yararlanma koşulları yer almaktadır. Orman Kanunu'nun yanı sıra özel kanunlarda da orman alanlarında yararlanma konuları belirlenmiştir. Orman alanlarında turizm yatırımları da Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesi çerçevesinde öngörülmüştür.

“turizm alan ve merkezleri dışında kalan devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzelkişilere, Tarım Orman ve Köy işleri Bakanlığınca bedeli karşılığı izin verilebilir. (...)”

hükümünü ihtiva etmekte idi. Yüksek Mahkeme ise,

“Anayasa ile korunan ve yasaklanan alanlar, kapsam dışı bırakılmaksızın ve kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarla ilgili herhangi bir çerçeve çizilmeksizin, (...) izin verilebilmektedir. Bu durumda, orman arazilerinin bedeli karşılığında tahsisi için sadece kamu yararının varlığı yeterli görülmekte, ancak bu kavramın sınırlarının belirlenmemesi ve çerçevesinin çizilmemesi nedeniyle idareye çok geniş takdir yetkisi tanınmış olmaktadır. (...)

Anayasa'nın 169. maddesiyle ormanların özel olarak korunduğu gözetilerek bu maddede geçen “kamu yararı” kavramının hangi durumları kapsadığının yasayla belirlenmesi gerekirken, bu yola gidilmeyerek söz konusu kavramın kapsam ve içeriğinin tespitinin idareye bırakılması, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle de bağdaşmamaktadır”

gereğesiyle bu hükmü iptal etmiştir⁴⁷. Yüksek Mahkeme'nin ‘yasada açıkça bu faaliyetlerin belirlenmesinin gerektiği’ ve ‘bu konuda yasal düzenlemede idareye verilecek takdir hakkı konusunda herhangi bir çerçeve çizilmemesinin hukuka aykırı olduğu’na ilişkin değerlendirmesi ormanlarda devamlılık ilkesi çerçevesinde yorumlanmalıdır. Ormanlarda devamlılık ilkesi, bu alanların orman vasfını korumaya devam etmesini ve dahası geliştirilmesini içermektedir. Tahsise uygun olmayan ve ancak tahsisle bağdaşan yararlanmalarda ise ormanın üzerindeki bitki örtüsü muhafaza edilememektedir. Turizm yatırımları örneğinde, eko turizm orman doğasıyla uyumlu bir yatırım olarak addedilebilecek iken; golf turizmi, orman üzerindeki bitki örtüsünün tamamen kaybına yol açan bir yatırım biçimidir. Bu sebeple de öncelikli olarak kamu yararı bulunduğu değerlendirilen turizm yatırımlarının neler olduğunun açıkça belirtilmesi, bu yatırımların Anayasa'nın 169. maddesinde öngörülen ormanların korunması ve geliştirilmesi esaslarına uygun olup olmadığı değerlendirmesine imkân tanıyacaktır. Söz konusu düzenlemenin iptali üzerine yapılan değişiklikte ise Orman Kanunu'nun 17. maddesinde turizm merkezleri dışında kalan alanlardan yararlanma usulüne ilişkin bilgi yer almamıştır. Buna karşın bu süreçte orman alanlarında turizm yatırımları 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca gerçekleştirilmekte idi. Kültür ve turizm bölgeleri ile turizm merkezleri içerisinde kalan orman alanlarından turizm yatırımları amacıyla yararlanma konusunda Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinde yer alan düzenleme ise şöyle idi:

“A. Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerinde Bakanlığın talebi üzerine, imar planları yapılmış ve turizme ayrılmış yerlerdeki taşınmaz mallardan; Hazineye ait olan yerlerle ormanlar, ilgili kuruluşlarca Bakanlığa tahsis edilir. Bu tahsisler (...)

(b) Ormanların, turizme ayrılması ve amenajman planlarının tadili,

47 Anayasa Mahkemesi, E 2000/75 K 2002/200, RG. 8.11.2002/25283 (Vurgu yazara aittir).

işlemleri tamamlandıktan sonra yapılır ve talep tarihinden başlayarak en geç 1 ay içinde tamamlanır (...)

D. Bu taşınmaz mallar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi ve bunlardan alt yapı için gerekli olanlar üzerinde, alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisi, Bakanlığın uygun görüşü üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve bu Bakanlık tarafından yapılır (...)

Söz konusu düzenlemenin usul ve esaslarına ilişkin yayınlanan Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik hükümlerinin iptali talebi ile idari yargıda açılan davada Turizmi Teşvik Kanunu'nun mezkûr düzenlemesinin Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi görülerek, bu düzenleme somut norm denetimi yolu ile Anayasa Mahkemesi'nin denetimine konu olmuştur. Yüksek Mahkeme, orman alanları üzerinde irtifak hakkı tesisinin sınırlı hallerde mümkün olduğunu; ilgili düzenlemenin genel bir çerçeve çizmekle birlikte orman alanlarından yararlanmanın “*hangi hallerde kaçınılmaz ve zorunlu sayılabileceğine ilişkin*” bir ölçüte yer verilmediğini; *turizmin teşvikinde kamu yararı bulunmakla birlikte ormanların korunmasında bulunan kamu yararı karşısında bu hallerin yasa ile belirginleştirilmesinin zorunlu olduğunu*” belirterek, “*turizm sektörünün özellik ve ihtiyaçlarını da dikkate alan ve ormanların turizm yatırımlarına tahsisini zorunluluk veya kaçınılmazlık hallerine özgüleyen belli ölçüt ve sınırlamalara yer verilmemesi*” sebebiyle Anayasa'nın 169. maddesine aykırı olduğundan iptaline hükmetmiştir⁴⁸.

Buna göre, Yüksek Mahkeme önceki kararından farklı olarak orman alanlarından yararlanma rejimi konusunda ‘kanunla düzenlenme’ hususunu açıklığa kavuşturmuştur. Orman alanlarından yararlanma sınırlıdır. Orman alanlarının korunmasında da kamu yararı olduğundan bu alanlarda yapılması öngörülen turizm faaliyetinde kamu yararının bulunmasının yanı sıra bu faaliyetin ormanlarda gerçekleştirilmesinin zorunlu ve kaçınılmaz olması da aranmaktadır. Zaruret hali, orman alanlarından yararlanma rejimine ilişkin uyumsuzluğa ilişkin Anayasa Mahkemesi kararında “*talep edilen faaliyetin orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesi imkânı bulunmaması durumu*” olarak açıklanmıştır⁴⁹. Bu kapsamda yararlanma konusunun bizatihi kendisinde kamu yararı görülmekle birlikte, bu faaliyetin orman alanlarında gerçekleştirilmesini zaruri kılan durumların varlığı da aranmaktadır. Ülke ekonomisine katkısı sebebiyle turizm yatırımları teşvik edilmekte ise de bu faaliyetin orman ekosistemi dışında gerçekleşmesi imkânı bulunup bulunmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Bu sebeple orman alanlarında turizm yatırımları amacıyla ‘her zaman’ değil; zaruret halinin varlığı ile sınırlı olarak yararlanma mümkün hale gelmiştir. Bu kapsamda turizm yatırımlarının orman alanlarında yapılması konusunda yer verilecek kanuni düzenlemede,

- Orman alanlarında yapılması zorunlu ve kaçınılmaz turizm faaliyetlerinin belirlenmesi
- Bu yararlanma rejimine ilişkin belirli ölçüt ve sınırlandırmalara yer verilmesi

aranmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin söz konusu gerekçeli kararı doğrultusunda, 2008 yılında Resmî Gazete’de yayınlanan 5761 sayılı Kanunun 2. maddesi ile Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesi,

48 Anayasa Mahkemesi, E 2006/169 K 2007/55, 07.05.2007.

49 Anayasa Mahkemesi, E 2004/67 K 2007/83, RG.19.01.2008/ 26761.

“(…) A. (1) (…) *Hazine mülkiyetinde yeterli alanın bulunmadığı durumlarda, 6831 sayılı Orman Kanunu'na göre orman sayılan yerlerden;*

a) *Sağlık turizmine yönelik fizik tedavi tesisi veya rehabilitasyon merkezi tesislerini kapsayan konaklamalı tesisler yapılabilmesi için iklimsel ve çevresel zorunluluk bulunan,*

b) *Termal turizmine yönelik jeotermal kaynakları bulunan,*

c) *Kış turizmi kapsamında uygun yapı ve tesislerin yapılabileceği yeterli pist uzunluğunu ve gerekli rakımı sağlayan,*

d) *Eko-turizm kapsamında yer alan yayla turizmi, kırsal turizm ve benzeri turizm türlerine yönelik tesislerin yer alabileceği çevresel ve sosyal anlamda imkan sağlayan,*

e) *Golf turizmine yönelik olarak uygun iklim yapısı ve topografik özellikler dikkate alınarak uluslararası standartlara uygun tesisler gerçekleştirilmesine imkan sağlayan,*

f) *Kıyıların coğrafi ve fiziksel yapısı nedeniyle kumsallardan, doğal manzaradan, çevresel zenginlikten, biyolojik çeşitlilikten yararlanma bakımından alt yapı ve üst yapı tesisi konusunda kolaylık sağlayan,*

g) *Kruvaziyer ve yat gibi deniz turizmine yönelik olarak kıyıda başka bir yerde gerçekleştirilmesi mümkün olmayan,*

h) *Uluslararası yarışmaların yapılabileceği turizm amaçlı spor tesisleri yapılabilmesi için uygun iklim yapısı veya coğrafi özellikler sağlayan,*

yerler de Tarım ve Orman Bakanlığınca, bu fıkrada belirtilen usulle Bakanlığa tahsis edilir. (…)

D. Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazların yatırımcılara tahsisi, kiralanması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisine ilişkin esaslar ile süreler, bedeller, hakların sona ermesi ve diğer şartlar, saydamlık, güvenilirlik, eşit muamele, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımı ilkeleri doğrultusunda Bakanlık, Maliye Bakanlığı ve Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine bağlı olmaksızın müştereken tespit edilir.”

şeklinde değiştirilmiştir. Yasa koyucu gerçekten de hangi turizm faaliyetinin zorunlu veya kaçınılmazlık hallerde orman alanlarında gerçekleştirileceğini sayma suretiyle düzenlemiştir. Örneğin sağlık turizmi bakımından iklimsel ve çevresel zorunluluk bulunan tesisler bu alanlarda yapılabilirken; golf turizmi bakımından yalnızca ‘*topografik özellikleri ve iklim yapısı uygun olan yerler*’ yararlanmaya konu olabilir. Bu gibi kriterler, orman alanlarında ‘zorunlu’ veya ‘kaçınılmaz’ olan turizm faaliyetlerinin yapılabileceğini ortaya koymaktadır. Zorunlu veya kaçınılmazlık kriterinin yanı sıra, turizm faaliyetlerinin gerçekleştirilmesine yönelik taleplerin ‘*saydamlık, güvenilirlik, eşit muamele, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımı ilkeleri*’ doğrultusunda değerlendirileceği de açıkça düzenlenmiştir. Mezkûr düzenlemenin iptali talebi ile açılan bir diğer iptal davasında Yüksek Mahkeme,

“(…) *Dava konusu kurallarla, turizmi koruma ve gelişim bölgelerinde hazineye ait yeterli alanın bulunmaması, belli miktar sınırlamalarının gözetilmesi, sadece yasada öngörülen*

turizm türleri için orman arazilerinin tahsis edilebilmesi gibi kriterler getirildiğinden, kamu yararı anlayışıyla hareket edilerek zorunluluk ve kaçınılmazlık ölçütlerinin karşılandığı sonucuna varılmıştır”

şeklinde belirterek iptal talebini reddetmiştir⁵⁰. Bu halde Yüksek Mahkeme'nin turizm yatırımlarının orman alanlarında gerçekleştirilmesi konusunda zaruret halini Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesi ışığında değerlendirmek mümkündür. Bunlardan ilki, turizm faaliyet türlerine göre zorunluluk halinin ayrıca belirlenmesidir. Sağlık turizmi kapsamında “iklimsel ve çevresel zorunluluk bulunan” veya golf turizminde “iklim ve topografik özellikleri” uygun olanlar; eko turizmi kapsamında ise “çevresel ve sosyal anlamda imkân sağlayan” sahalarda yapılabilir. Bir diğeri ise, ‘*Hazine'nin özel mülkiyetinde yeterli taşınmaz bulunmadığı*’ durumlarda orman alanlarından yararlandırılabilmesine ilişkin hükümdür. Yine aynı Kanun'un aynı hükmü uyarınca orman alanlarının tamamı değil; turizm merkezi veya kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgesinde kalan orman alanlarında bu yatırımlar mümkün kılınmıştır⁵¹. Netice itibarıyla kamu yararı olduğu değerlendirilen turizm faaliyetlerinin açıkça ve tüketici surette belirlenmesinin yanı sıra bu faaliyetin yalnızca orman alanlarında gerçekleştirilmesinin ‘zaruri veya ‘kaçınılmaz’ olduğuna ilişkin kriterlere yer verilmiştir.

Üçüncü olarak, turizm faaliyetlerinin orman alanlarında gerçekleştirilmesine ilişkin taleplerin değerlendirilmesinde idarenin takdir yetkisi “*saydamlık, güvenilirlik, eşit muamele, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımı ilkeleri*” ile sınırlandırılmıştır. Böylelikle yasa koyucunun sayma suretiyle belirlediği turizm faaliyetlerinin orman alanlarında gerçekleştirilmesine yönelik talepler, idare tarafından ayrıca kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılıp kullanılmadığına göre takdir edilecektir. Bu aşama, yasa koyucudan ayrı olarak idarenin de yararlanma taleplerinde kamu yararını değerlendirdiği bir aşamadır.

Dördüncü olarak ise, orman alanlarında turizm yatırımları amacıyla verilecek izinlerde ‘alan’ ve ‘yapılaşma’ sınırı öngörülmektedir. Alan ve yapılaşma sınırı, ormanın bitki örtüsünün tahribatını engelleyerek bu alanlarda hem turizm yatırımları hem de ormanlarda devamlılığın sağlanması ile kamu yararını gerçekleştirilmektedir. Bu sınırlama, ormanların korunması ile turizm yatırımlarındaki kamu yararlarının dengelenmesinde önemli bir araçtır. Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca yatırımlara konu alan, “*il genelindeki toplam orman sayılan yerlerin binde 5'ini geçemez*” ve bu alanlarda yapılaşma hakkı, “*emsal (E) 0.30'u geçemez*”. Emsal değer hesabı ise, genel esaslar uyarınca yapılmaktadır. Buna göre Planlı Alanlar Yönetmeliği'nin 4. maddesi uyarınca emsal alan olarak katlar alanı kat sayısı (KAKS) ve taban alanı kat sayısı (TAKS) öngörülmüştür. Bu Yönetmelik uyarınca yalnızca KAKS değeri esas alındığından, turizm yatırımlarının gerçekleştirileceği orman alanlarında TAKS'in dikkate alınmaması sebebiyle yapılaşma ve yerleşme yoğunluğunun değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁵². Gerçekten de orman alanlarında öngörülen alan ve yapılaşma

50 Anayasa Mahkemesi, E 2008/51 K 2011/46, 10.03.2011 (Vurgu yazara aittir.)

51 7334 sayılı Kanun ile turizm merkezleri ve kültür ve turizm bölgeleri tanımları genişletilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. “III. Turizmi Teşvik Kanunu'nda Öngörülen Değişiklik ve Sonrası”.

52 Aynur Aydın Coşkun, “Orman Arazisinden Yararlanma Hakları Orman Kanunu ve Turizmi Teşvik Kanunu'na Yönelik Hukuksal Bir Analiz” (2009) II. Ormanlıkta Sosyo-Ekonomik Sorunlar Kongresi Isparta 232, <http://ormanweb.

sınırının genel hükümden farklı olarak ormanlardan yararlanma esasları çerçevesinde özel ve açık bir düzenlemeye konu olmasının isabetli olduğu düşünülmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki özel hukuk kişilerinin bu alanlardan yararlandırılması için orman alanlarının üzerindeki bitki örtüsünü kaybetmesi aranmadığı gibi, nitelikli olduğu değerlendirilen alanlarda da bu yatırımlara izin verilebilir⁵³. Yanan orman alanları da orman niteliğini muhafaza ettiği için *ipso iure* bu alanlar da Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca turizm yatırımlarına konu olabilir (idi). Buna karşın anayasa yapıcı tarafından yanan orman alanları bakımından özel bir sınırlandırma öngörülmüştür. Anayasa'nın 169. maddesine göre “yanan ormanların yerinde yeni ormanlar yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz”. Bu alanlar, anayasal düzenleme uyarınca rehabilitasyon sürecine tabi tutularak ‘ormanlaştırılır’; doğrudan turizm yatırımları amacıyla yararlandırmaya konu yapılamaz. Orman Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca yanan orman alanları, istihsal edilinceye kadar geçici olarak muhafaza ormanı⁵⁴ statüsüne alınır. Muhafaza ormanı, “bakım altına alınması ve muhafaza edilmesi gereken” alanlardır⁵⁵. Ekolojik istikrarsızlık sebebiyle bazı alanlar ‘daimi’ olarak muhafaza statüsüne alınmakta iken; yangın veya başka sebeplerle tahrip olan ve bakım altına alınması lazım gereken alanlar da ‘geçici’ olarak muhafaza ormanı statüsüne ayrılabilir. İdare, geçici olarak bu alanların muhafaza statüsüne ayrılması konusunda takdir yetkisine sahiptir. Buna karşın yanan orman alanları bakımından ‘bu alanların ormanlaştırılacağına ilişkin anayasal düzenleme karşısında idarenin yanan orman sahalarını muhafaza ormanı statüsüne alma konusunda takdir yetkisinin olmadığı ve dolayısıyla bu alanların muhafaza ormanı statüsüne alınmasının bir zorunluluk olduğu iddia edilebilir.

Önemle belirtmek gerekir ki, yanan alanların istihsal ormanı haline gelmesinin ardından bu alanlar bakımından özel bir koruma statüsü öngörülmemiştir. Bu alanların rehabilitasyon sürecinin tamamlanması ile özel yararlandırma rejimine konu olmasının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Akdeniz iklim kuşağında yer alan ülkemiz bakımından kanaatimizce anayasal düzeyde açıkça ormanlaştırma süreci öngörülen yanan orman alanlarında, rehabilitasyon

isparta.edu.tr/ormis/bildiriler/kitap.pdf >

- 53 Orman mühendisi Prof. Dr. Doğanay Tolunay ile yapılan görüşmede yöneltilen ‘ormanlar imara mı açılıyor?’ sorusuna karşı müellif ‘Ormanın imara açılması için yanmasına gerek yok’ derken; aynı röportajda orman mühendisi Cihan Erdönmez’in cevabı ise dikkat çekicidir: ‘otel yapmak için deli mi de ormanı yakınsınlar? Sağlıklı ormanlara zaten imar izni veriliyor’ ‘Uzmanlar Kritik Soruyu Yanıtladı: Yanan Orman Arazileri İmara Açılabilir Mi?’ (Karar 31 Temmuz 2021) <<https://www.karar.com/guncel-haberler/uzmanlar-kritik-soruyu-yanitladi-yanan-orman-arazileri-imara-acilabilir-1626872>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.
- 54 Muhafaza ormanı, Orman Kanunu'nun 23. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “Arazi kayması ve yağmurlarla yıkanması tehlikesine maruz olan yerlerdeki ormanlarla, meskûn mahallerin havasını, şose ve demiryollarını, toz ve kum fırtınalarına karşı muhafaza eden ve nehir yataklarının dolmasının önüne geçen veya memleket müdafaası için muhafazası zaruri görülen Devlet ormanları veya maki veya fundalarla örtülü yerler daimi olarak; tahrip edilmiş veya yangın görmüş Devlet ormanları da istihsal ormanı haline gelinceye kadar Ziraat Vekaletince muhafaza ormanı olarak ayrılabilirler. Muhafazaya ayrılan ormanların hudutları belli edilerek civar köy ve kasabalarda ilan olunur. Bu gibi ormanların ayrılma şart ve esasları müddetleriyle sureti idare, imar ve ıslahı ve bunlardan faydalanma şekilleri Ziraat Vekaletince tesbit olunur.” Bu alanlarda diğer orman alanlarından farklı olarak özel sınırlandırmalar öngörülmüştür. Örneğin muhafaza ormanlarında maden arama ve işletme faaliyeti özel olarak sınırlandırılmıştır. Bkz. Orman Kanunu'nun 16 inci Maddesinin Uygulama Yönetmeliği, mad. 29.
- 55 Sedat Ayanoğlu, ‘Hukuksal Açından Muhafaza Ormanı ve Milli Park Kavramları’ (n 26).

sürecinin ardından bu alanların muhafazasının düzenlenmemesi veya yapılaşmaya ilişkin herhangi sınırlandırmanın öngörülmemesi önemli addedilen bir eksiklik. Yanan sahaların sürdürülebilir ormancılık çerçevesinde geçici olarak muhafaza ormanı statüsüne ayrılmasına ilişkin esasların orman yangınlarının ‘yarının normu’ olmasına ilişkin çekinceler ışığında detaylı bir düzenlemeye konu olması gerektiği düşünülmektedir. Bu kapsamda yanan orman sahalarında turizm yatırım türlerinin sınırlandırılması ve bu alanların bitki örtüsünün kaybına yol açacak – bilhassa yapılaşma öngörülen – turizm yatırımlarına geçici veya daimî olarak kapatılması; bu alanların geçici muhafaza ormanı niteliğinin süregelen bir inceleme sürecine tabi tutulması gibi hususlarda yukarıda serdedilen anayasal sınırlandırmalar ışığında detaylı yasal düzenlemelere yer verilmesinin isabetli olabilir.

Son olarak bu noktada daha önce kültür ve turizm bölgesi veya turizm merkezi ilan edilen orman sahalarının yanması halinde geçici olarak muhafaza ormanı statüsüne alınması lazım gelen bu alanlarda turizm yatırımlarının devam edip etmeyeceği meselesi değerlendirilmelidir⁵⁶. Öncelikle belirtmek gerekir ki gerek kanunda gerekse de Muhafaza Ormanlarının Ayrılması ve İdaresi Hakkında Yönetmelik’te bu hususta açık bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu Yönetmelik’te yer verilen diğer hükümlerden yola çıkarak bu konudaki yaklaşım ortaya konulabilir. Yönetmelik’in 17. maddesine göre muhafaza amacına zarar verilmemek kaydıyla piknik ve avcılık yapılması ve 19. maddesine göre muhafaza ormanı statüsüne halel getirebilecek maden arama işletme faaliyetinin devam etmeyeceği ve bu süreçte hak sahibinin izin süresinin bu duruma göre yeniden düzenleneceği belirtilmektedir. Yönetmelik’in 21. maddesine göre ise muhafaza ormanının yönetim ve imarına ilişkin olmayan bina ve tesis yapımı için izin alınmasından söz etmektedir. Söz konusu düzenlemeler bütüncül olarak değerlendirildiğinde; kültür ve turizm bölgesi veya turizm merkezi ilan edilen ve fakat yanan bu sahaların turizm yatırımlarına devamı hususunda herhangi bir açık düzenleme bulunmamakta ve dahası bu husus açıkça yasaklanmamış ise de bu alanlarda yapılacak turizm tesislerinin ‘*muhafaza ormanı statüsüne halel getirmemesi*’ ve bu alanda izin alınmış dahi olsa ‘*bina ve tesis için yeni şartlara uygun olarak yeniden izin alınması*’ gerektiği düşünülmektedir.

Yukarıda Turizmi Teşvik Kanunu’nda öngörülen değişikliğin açıklığa kavuşması amacıyla bu değişiklik öncesinde orman alanlarında ve hususi olarak ise yanan orman alanlarında turizm yatırımlarına ilişkin özel yararlandırma esasları ortaya konulmuştur.

56 Bodrum Güvercinlik’te meydana gelen orman yangını sonucunda bitki örtüsü kaybedilen bu alanda otel inşaatının yapılması sonucunda yangın sahalarının turizm yatırımlarına konu olması çekinceleri ortaya atılmış idi. Belirtmek gerekir ki yangından bağımsız olarak orman alanının ‘kültür ve turizm bölgesi’ veya ‘turizm merkezi’ olarak ayrılması, bu alanın doğrudan yapılaşmaya imkân tanımamaktadır. Yukarıda da ifade olunduğu üzere Turizmi Teşvik Kanunu’nun 8. maddesi uyarınca bu bölgelerde emsal 0.30’u geçmeyecek bir yapılaşma hakkı bulunmaktadır. Söz konusu esaslara uygun olarak verilen yapılaşma iznine göre bu alanda turizm inşaatı yapılabilir. Ancak alanın yanan orman sahası olması durumunda bu alan geçici olarak muhafaza ormanı statüsüne alınacağından bu alanlarda yapılaşmanın çalışmada belirtildiği üzere ayrıca izne tabi olduğu düşünülmektedir.

III. TURİZM TEŞVİK KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN DEĞİŞİKLİK VE SONRASI

Bu başlık altında ise yanan orman alanları meselesi ile dikkat çekilen 7334 sayılı Kanun ile orman alanlarının turizm yatırımlarına konu olması hususunda öngörülen değişiklikler incelenecektir⁵⁷. 7334 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile Turizmi Teşvik Kanunu'nda orman alanlarının dahil edilebildiği 'kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgesi' ile 'turizm merkezleri' tanımları şu şekilde değiştirilmiştir:

"b) Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişim Bölgeleri: Turizm hareketleri ve faaliyetleri yönünden önem taşıyan veya doğal, tarihî ve kültürel değerlerin yoğun olarak yer aldığı, korunması ve geliştirilmesinde kamu yararı bulunan yörelerde, koruma kullanma dengesi gözetilerek sektörel kalkınmanın sağlanması ve turizm sektörünün plânlı ve kontrollü gelişiminin sağlanması amacıyla yeri, mevkii ve sınırları Cumhurbaşkanlığı kararıyla tespit ve ilân edilen alanları"

"d) Turizm Merkezleri: Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri dışında kalmakla birlikte, bu bölgelerin niteliğini taşıyan, turizm hareketleri ve faaliyetleri açısından öncelikle geliştirilmesinde kamu yararı bulunan orman vasıflı olanlar dâhil Hazine taşınmazları ile tercihi mümkün olan Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde yeri, mevkii ve sınırları Cumhurbaşkanlığı kararıyla tespit ve ilân edilen alanları"

Bu değişiklikler ile kanun kapsamı ve nihai olarak idarenin takdir yetkisi genişletilmiştir. Bu tanımların yanı sıra, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezlerinin tespitine ilişkin esas ve usuller de 7334 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile şu şekilde değiştirilmiştir:

"Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezlerinin tespiti ve niteliği: Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezlerinin tespitinde; ülkenin doğal, tarihî, arkeolojik ve sosyo-kültürel turizm değerleri ile turizm potansiyeli dikkate alınır(...)"

Yine bu Kanun çerçevesinde öngörülen birçok düzenlemeye göre bu alanlarda yetkilerin tamamı, Kültür ve Turizm Bakanlığı bünyesinde toplanmıştır.

Yukarıda yer verilen düzenlemeler ışığında 'kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri' ve 'turizm merkezleri' tanımındaki değişiklikler, 'Tanım Değişikliği ile İdarenin Takdir Yetkisini Genişlemesi' başlığı altında ele alınacaktır. Bu tanımlamalara göre daha önce turizm potansiyelinin tespitinde

57 7334 sayılı Kanun uyarınca Turizmi Teşvik Kanunu çerçevesinde kalan bölgelerde 'turizm hizmetleri yönetim birlikleri' kurulması (mad. 2); kıyılarda 'müstakil plaj işletmeleri' açılması (mad. 3); kıyılarda 'lüks çadır tesisi kurulması' (mad. 4) gibi değişiklikler de önerilmektedir. Bu çalışma, orman alanları ile sınırlandırıldığından bu hususa yalnızca burada değinilmekle yetinilmiştir.

Söz konusu kanun değişikliğinin anayasaya aykırılığı gerekçesiyle iptali talebi ile ana muhalefet partisi tarafından Anayasa Mahkemesine başvurulduğu belirtilmiştir. Bu bilgi, 14.09.2021 tarihinde medyada yer almış olmakla birlikte, henüz Anayasa Mahkemesi Genel Kurul gündeminde yer almamaktadır. Bkz. 'CHP, Turizmi Teşvik Kanunu'nun Bazı Maddelerinin İptali için AYM'ye Başvurdu' (TRT Haber) <<https://www.trthaber.com/haber/gundem/chp-turizmi-tesvik-kanununun-bazi-maddelerinin-iptali-icin-aymye-basvurdu-608894.html>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Gündemi <<https://anayasa.gov.tr/tr/mahkeme-gundemi/genel-kurul/>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.

yer alan düzenlemelere yer verilmemesi ise ‘*Düzenleme Eksikliği Sebebiyle İdarenin Takdir Yetkisinin Genişlemesi*’ başlığı altında değerlendirilecektir. Son olarak orman alanlarında turizm yatırımları konusunda yetkilerin münhasır olarak Kültür ve Turizm Bakanlığı’na verilmesi hususu ‘*Turizm Yatırımları Konusunda Münhasıran Kültür ve Turizm Bakanlığı’nın Yetkilendirilmesi*’ başlığı altında değerlendirilecektir.

I. TANIM DEĞİŞİKLİKLERİ İLE İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİN GENİŞLEME(ME)Sİ

A. KÜLTÜR VE TURİZM KORUMA VE GELİŞİM BÖLGELERİ TANIMI DEĞİŞİKLİĞİ

Turizmi Teşvik Kanunu’nda kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri, ‘*tarihî ve kültürel değerlerin yoğun olarak yer aldığı ve/veya turizm potansiyelinin yüksek olduğu yöreler*’ olarak tanımlanmış idi. Söz konusu değişiklik öncesinde düzenleme şöyle idi:

*b) Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişim Bölgeleri: Tarihî ve kültürel değerlerin yoğun olarak yer aldığı ve/veya turizm potansiyelinin yüksek olduğu yöreleri korumak, kullanmak, sektörel kalkınmayı ve plânlı gelişimi sağlamak amacıyla değerlendirmek üzere **sınırları** Cumhurbaşkanı kararıyla tespit ve ilân edilen bölgeleri’*

7334 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile bu tanıma “*turizm hareketleri ve faaliyetleri yönünden önem taşıyan*” alanlar eklenmiştir. Bu değişikliğe ek olarak daha önce yalnızca sınırları Cumhurbaşkanı kararıyla tespit edilen bu bölgelerin sınırlarının yanı sıra değişiklikle birlikte ‘yer’ ve ‘mevki’leri de Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecektir. Söz konusu değişiklik ise şu şekilde kanunda yerini almıştır:

*b) Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişim Bölgeleri: **Turizm hareketleri ve faaliyetleri yönünden önem taşıyan** veya doğal, tarihi ve kültürel değerlerin yoğun olarak yer aldığı, korunması ve geliştirilmesinde kamu yararı bulunan yörelerde, koruma kullanma dengesi gözetilerek sektörel kalkınmanın sağlanması ve turizm sektörünün plânlı ve kontrollü gelişiminin sağlanması amacıyla **yeri, mevkii ve sınırları** Cumhurbaşkanı kararıyla tespit ve ilân edilen alanları”*

Bu tanımda yer verilen ‘turizm hareketleri’ ve ‘faaliyetleri’ terimleri, Turizmi Teşvik Kanunu’nun Tanımlar başlıklı 3. maddesinde geçmekte idi. Buna göre,

*“Turizm Merkezleri: Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri içinde veya dışında, öncelikle geliştirilmesi öngörülen; yeri, mevkii ve sınırları Cumhurbaşkanı kararıyla tespit ve ilân edilen, **turizm hareketleri ve faaliyetleri yönünden önem taşıyan yerleri** veya bölümleri”*

şeklinde ifade edilmekte idi. Açıktır ki gerek bu düzenleme gerekse bu Kanun’da yer verilen diğer düzenlemelerde turizm hareketleri ve turizm faaliyetlerine ilişkin herhangi bir tanım veya

açıklama yer almamaktadır. Turizm 'hareketleri' ile 'faaliyetleri' birbirinden farklı kavramlar olarak değerlendirilebilir mi? Bu ifadelerin muhtevası nedir? Kanun koyucu bu konuda herhangi bir açıklamaya yer vermeyerek, "turizm hareketleri ve faaliyetleri yönünden önem taşıyan" alanların belirlenmesi konusunda Cumhurbaşkanı'na sınırları belirli olmayan ve çerçevesi çizilmemiş geniş bir takdir yetkisi bırakmaktadır. Bir bölgenin kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgesi olarak ilanı halinde, bu işleme karşı yapılacak yargısal denetimde idarenin takdir yetkisinin⁵⁸ sınırları hangi esaslara göre tespit edilmelidir? İdarenin kültür ve turizm koruma ve geliştirme bölgelerinin tespitinde 'turizm hareketleri ve faaliyetleri yönünden önemli görülen alanları' kanuni bir dayanağı bulunmadan belirleme yetkisinin hukuka uygunluğu ve kanuni dayanağı bulursa idi 'ideal' kanuni düzenlemenin gerekleri bu başlık altında ortaya konulacaktır.

Anayasa'nın 169. maddesi uyarınca bu alanlarda ancak kamu yararının varlığı halinde irtifak hakkı tesis edilebilir. Bir önceki başlıkta detaylı olarak izah edildiği üzere kamu yararı olduğu değerlendirilen turizm yatırımları, yasa koyucu tarafından açıkça ve tüketici surette belirlenmiştir. Yine tek başına yasa koyucunun bu belirlemesinin 'orman alanlarında gerçekleştirilecek faaliyette kamu yararı bulunduğu' şeklinde değerlendirmeye imkân vermediği yukarıda açıklanmıştır. Zira turizm faaliyetlerinde kamu yararı ve ormanların korunmasındaki kamu yararı şeklinde iki farklı kamu yararı bulunmaktadır ve bu kamu yararları 'birlikte' değerlendirilmektedir. Ormanların korunması ve geliştirilmesi konusunda anayasal hüküm uyarınca yasa koyucunun düzenleme yetkisi kapsamında, yalnızca kamu yararı bulunduğu değerlendirilen faaliyetleri sayma suretiyle ortaya koymak değil; aynı zamanda bu faaliyetlerin 'zaruri' olması halinde orman alanlarında gerçekleştirilmesine ilişkin düzenlemelere yer vermesi ve yararlanma esas ve usullerinin de açıkça belirtmesi aranmaktadır. Buna göre yürürlüğe giren Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesine göre turizm yatırımlarının orman alanlarında gerçekleştirilmesine ilişkin esaslardan biri de turizm yatırımlarının orman alanlarının tamamında değil; yalnızca 'kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri' ile 'turizm merkezleri'nde kalan alanlarda gerçekleştirilebilmesidir. Kültür ve turizm bölgeleri ile turizm merkezlerine ilişkin tanımlardaki değişiklik orman alanlarından yararlanma rejimini de dolayısıyla etkilemektedir. 7334 sayılı Kanun ile kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri tanımında yapılan değişiklikle '*turizm hareketleri ve faaliyetleri yönünden önem taşıyan yerler*' ifadesi eklenmiştir. Bu tanım kapsamında belirlenecek alanlar ve dolayısıyla bu alanlar arasında ormanların da bulunması halinde yararlanmaya konu orman alanları da genişlemektedir.

Bu tanım değişikliğinin orman alanlarından yararlanma rejiminin istisnailiği değerlendirildiğinde sınırlı olarak yorumlanması gerekmektedir. İdare, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde '*turizm hareketleri ve faaliyetleri yönünden önem taşıyan*' alanları değerlendirirken, ormanların korunması ve geliştirilmesine ilişkin anayasal düzenlemeye uygun sınırlamaların yer aldığı çerçevesi çizilmiş bir yasal düzenlemeye dayanmalıdır. Bu yasal sınırlandırmalar ise, Anayasa'nın 169. maddesi ile yukarıdaki bölümde yer verilen Anayasa Mahkemesi kararları ışığında orman alanlarından yararlanma esaslarıdır.

58 Takdir yetkisi, idarenin değerlendirme marjının bulunduğu serbestçe karar alabilme yetkisidir. *Yayla*'nın ifadesi ile, idare takdir yetkisine '*şeyanın tabiatı gereği sahiptir*'. Yıldızhan Yayla, 'İdarenin Takdir Yetkisi' (1964) 30 İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 201, 202.

İlk olarak yasa koyucu tarafından *turizm hareketleri ve faaliyetleri yönünden önem taşıyan yerlerin* belirlenmesi konusunda idarenin takdir yetkisinin ‘*ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyete izin verilemez*’ hükmü çerçevesinde sınırı çizilmelidir. Örneğin bölgede hassas biyolojik türlerin varlığı halinde bu alanın kültür ve turizm bölgesi ilan edilerek yapılaşmaya açılması ‘geri dönülemez’ nitelikte sonuçlara sebebiyet vereceğinden bu gibi alanlarda yararlanma rejiminin sınırlandırılmasına ilişkin esas ve usullere yer verilmelidir.

İkinci olarak turizm yatırımlarının ‘doğrudan’ ormanlara zarara verebileceğinin değerlendirilmemesi durumunda, bu alanların korunmasına yönelik yaklaşım ile kültür ve turizm ‘koruma ve gelişim’ bölgesi niteliğinin değerlendirilmesinde koruma-kullanım dengesinin sağlanmasına ilişkin sınırlandırıcı hükümler konulmalıdır. Koruma-kullanım dengesi, bölgenin yapısal özellikleri dikkate alınarak bu alanlarda bitki örtüsünün tamamının kaybına sebebiyet verecek bir yatırım engelleyeceği gibi, turizm yatırımlarının atıl kalan ve verimli olmayan topraklara kanalize edilerek bu alanlardan fayda sağlamasına hizmet edecektir. Bu terimin açıklığa kavuşturulmasında ‘yoğun kullanım’, çevre ve kültürel ağırlıklı ‘yumuşak turizm’ gibi kamu yararını dengeleyici ve hatta bütünleştirici yaklaşımlar benimsenmelidir. Örneğin tarımsal alanlar ile orman alanları bulunan Muğla Dalaman bölgesinin Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişim Bölgesi olarak ilanına ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptaline ilişkin açılan davada Danıştay, keşif ve bilirkişi raporunda yer verilen koruma-kullanım dengesinin kurularak sağlıklı bir bölgenin oluşturulması gerektiği; buna karşın yatırımın koruma alanlarının azaltılarak bölgedeki tarım toprağının yitirilmesine ve istihdama engel olacağı; bölgede ‘yoğun bir yatırım’ öngörülmesi sebebiyle Anayasa’nın 169. maddesine “*taban tabana zıt olduğu*” ve koruma ve gelişme bölgesinin yalnızca ‘gelişme’ odaklı kullanıma dönüşerek “*adacıklar şeklinde bugüne kadar nasılsa ulaşılabilmiş çam ormanlarının da ortadan kalkmasına neden olacağı*” ifadelerine dayalı olarak kamu yararı bulunmadığından işlemin iptaline karar vermiştir⁵⁹. Aynı şekilde milli park alanının turizm merkezi olarak ilanına ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptali talebi ile açılan davada Danıştay, “*...bu alanın turizm amaçlı kullanımla beraber konut baskısı altında olduğunun da gözlemlendiği, bu dengelerin gözetilebileceği bir kullanım tarzının, bu alan için öngörülebileceği, bu kesimde bulunan doğal ve kültürel varlıkların yoğun kullanımına yol açmayan, koruma-kullanım dengesini gözetken, yumuşak turizm (çevreci ve kültürel ağırlıklı) türlerine açılmasının uygun olacağı, turizm alanının orta bölümünde bulunan ormanlık alanda ise en hassas biyolojik alanın bulunduğu, herhangi bir yapılaşma eylemi bitki örtüsü ve mevcut bitki örtüsü ile buna bağlı diğer yaşam zincirine kısıtlı da olsa zarar vereceği, topografyanın dik, toprak örtüsünün sığ olması, bu zararın boyutlarının geri dönülemez boyutlarda olmasına neden olacağı*” açıklamalarını içeren bilirkişi raporuna dayalı olarak işlemin iptalinin hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir⁶⁰.

Esasen koruma-kullanım dengesi hususunda Turizmi Teşvik Kanunu’nda ‘herhangi’ bir düzenleme yer almadığı iddia edilemez. Bu Kanun’un 37. maddesinde, bu bölgelerdeki planlamalarda turizm tesislerinin “*yüksek nitelikli ve çevreye duyarlı hale getirilmesi için bu tesislerin plan, fen, sağlık ve sürdürülebilir çevre şartlarına uygun yapı ve yapılaşma koşulları ile projelendirilmelerine ilişkin*

59 Danıştay 6 D, E 2006/1317 K 2008/7572, 16.11.2008.

60 Danıştay 6. D, E 1998/3571 K 1999/6104, 6.12.1999.

hususlar”ın yönetmeliklerle düzenleneceği belirtilmiştir. Aynı şekilde Turizmi Teşvik Kanunu'nun taşınmaz malların kullanımına ilişkin 8. maddesinde, bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların “sürdürülebilir turizm ilkeleri” gözetilerek Bakanlık tarafından çıkartılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu hükümler ışığında bu konudaki düzenleme yetkisinin yine sınırları çizilmemiş bir şekilde idareye geniş bir takdir marjı bıraktığı açıktır. Kanun koyucunun yukarıda belirtilen anayasal sınırlandırmalara uygun olarak sürdürülebilir turizm ilkeleri adı altında kurumsallaştıracağı koruma-kullanım dengesine ilişkin esasları ayrı bir hüküm ile ortaya koymasının isabetli olacağı düşünülmektedir⁶¹.

B. 'TURİZM MERKEZLERİ' TANIMINDA DEĞİŞİKLİK

7334 sayılı Kanun ile öngörülen değişiklik öncesinde Turizmi Teşvik Kanunu'nda yer verilen turizm merkezleri,

61 Bu noktada halihazırda turizm merkezleri tanımında yer verilen 'turizm hareketleri ve faaliyetleri yönünden önem taşıyan' kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri tanımına dahil edilmesinin ve turizm merkezleri tanımından çıkartılmasının mahiyeti sorgulanmalıdır. Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri, turizme ilişkin üst politikaların hayata geçirilmesi amacıyla bölgesel olarak sektörel bazda kalkınmayı hedeflemektedir. Turizm merkezleri ise bu bölge içerisinde yer alsın veya almasın turizm hareketleri ve faaliyetleri bakımından önemli görülen alanlar için önerilmekte idi. Bu tanım değişikliği ile daha önce turizm merkezi olarak ilan edilebilecek bir bölge; artık kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgesi olarak ilan edilebilecektir. Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca bölge ve merkeze ilişkin öngörülen hükümler çerçevesinde bu ayırımın hukuki sonucu değerlendirilmelidir. Bu Kanun'un 8. maddesine göre kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde yatırımcının teşvik ve bazı ayrıcalıklardan yararlanmaktadır. Bkz. Turizmi Teşvik Kanunu, 8. Madde uyarınca, “Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde yeni işe başlayan ana yatırımcı, alt yatırımcı ve yatırımcıların bu bölgelerde yapacakları yatırımlara yatırım teşvik kararnamesi çerçevesinde hangi teşviklerin verileceği ve verilecek teşviklerin hangi yatırımlara ne şekilde ve ne ölçüde uygulanacağı hususlarında Bakanlar Kurulu yetkilidir. Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde yatırım yapmak isteyen ana yatırımcı, alt yatırımcı veya yatırımcılar, (...) bu yatırımlar yer tetkiki kararından muafdir (...)

Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde; ÇED olumlu kararı veya ÇED gerekli değildir kararı verilen yatırımlar hakkında, yukarıda sayılan işlemlerin tamamlanmasının ardından, yatırımın gerçekleşmesi için alınması gereken tüm izin, onay ve ruhsatlar, ilgili kurumlarca başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın on beş gün içinde verilir. İrtifak hakkı dahil diğer bütün işlemler ise en geç üç ay içerisinde tamamlanır. Yatırımın tamamlanıp tesisin işletmeye geçebilmesi için alınması gereken izin ve ruhsatlar da ilgili kurumlarca onbeş gün içinde verilir.”

Teşvik ve bazı ayrıcalıkların yanı sıra, bu bölgelerde kalan özel mülkiyet konusu araziler için acele kamulaştırma imkânı öngörülmektedir. Bkz. 2634 sayılı Kanun, 8. madde uyarınca, “Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri içinde kalan özel mülkiyet konusu arazi ve arsaların turizm yatırımlarına tahsisi amacıyla, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 27nci maddesi hükümlerine göre acele kamulaştırma yapılabilir. Bu şekilde kamulaştırılan taşınmaz mallar, tapuda Hazine adına tescil edilir. Kamulaştırılan bu taşınmaz mallar üzerinde sözleşmesinde belirtilen süre kadar yatırımcılar lehine, kamulaştırma bedelleri Bakanlık bütçesinden karşılanmış ise bedeli karşılığında, yatırımcılar tarafından karşılanmış ise yönetmelikte belirlenen esaslara göre tespit edilecek bedelle bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil üzere irtifak hakkı tesisi, Bakanlığın uygun görüşü üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve bu Bakanlık tarafından yapılır.” Yine aynı Kanun'un Ek 4. maddesine göre ise, bu bölgelerde kalan mera, yaylak ve kışlakların tahsis amacının değiştirilebilmesine imkân tanımıştır. Dolayısıyla daha önce turizm merkezleri olarak ilan edilebilecek alanların kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri tanımında yapılan değişiklikle bu bölgeler kapsamına dahil edilmesi ile bu alanlara tanınan teşvik ve bazı ayrıcalıklardan, acele kamulaştırma yetkisinden ve tahsis amacının değiştirilmesinden faydalanma imkanı getirilmektedir. Söz konusu düzenlemeler orman alanlarından yararlanma konusunu doğrudan ilgilendirmediklerinden bu kısımda yalnızca değinilmekle yetinilmiştir.

“Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri içinde veya dışında, öncelikle geliştirilmesi öngörülen; yeri, mevkii ve sınırları Cumhurbaşkanlığı kararıyla tespit ve ilân edilen, turizm hareketleri ve faaliyetleri yönünden önem taşıyan yerleri veya bölümleri”

şeklinde tanımlanmış iken; 7334 sayılı Kanun ile turizm merkezlerinin tanımı,

“Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri dışında kalmakla birlikte, bu bölgelerin niteliğini taşıyan, turizm hareketleri ve faaliyetleri açısından öncelikle geliştirilmesinde kamu yararı bulunan orman vasıflı olanlar dâhil Hazine taşınmazları ile tescili mümkün olan Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde yeri, mevkii ve sınırları Cumhurbaşkanlığı kararıyla tespit ve ilân edilen alanları”

şeklinde değiştirilerek turizm merkezleri, yalnızca “kültür ve turizm bölgeleri dışında” kalan alanlara hasredilmiştir. Belirtmek gerekir ki yukarıda kültür ve turizm merkezleri tanımında yapılan değişiklikle turizm merkezi tanımında yer verilen ‘turizm hareketleri ve faaliyetleri yönünden önem taşıyan faaliyetler’ bu tanıma dahil edildiğinden; turizm merkezleri tanımının yalnızca kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri dışındaki yerlere hasredilmesi kendi içerisinde tutarlı bir yaklaşımdır. Bu kısımda söz konusu tanımda ‘orman vasıflı olanlar dâhil Hazine taşınmazları ile tescili mümkün olan Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler’ ifadesinin düşündükleri ele alınacaktır.

Bu tanım kapsamında da Cumhurbaşkanlığı kararıyla ilan edilecek turizm merkezi alanlarında “kamu yararı bulunan orman alanları dâhil Hazine taşınmazları ile tescili mümkün olan Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler” ifadesi yer almıştır. Turizm yatırımları, ‘kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri’ ile ‘turizm merkezleri’ kapsamında kalan orman alanları üzerinde gerçekleştirilebilmektedir. Bu sebeple turizm merkezi ilan edilebilecek alanlar kapsamında orman alanlarının da yer aldığı dikkate alınarak söz konusu hükmün herhangi bir ‘değişiklik’ içermediği *prima facie* iddia edilebilir. Buna karşın, turizm merkezi ilan edilen bölgelerde orman alanlarından yararlanma konusunda ‘Hazine’nin tasarrufunda yeterli alan bulunmadığı hallerde ormanlardan yararlanma’ düzenlemesine yer verilmemesi bu alanların doğrudan turizm yatırımlarına konu olması hususunda tereddütler doğurabilir.

Turizmi Teşvik Kanunu’nun ‘taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımı’ başlıklı 8. maddesinde yer verilen, ‘Hazine’nin mülkiyetinde yeterli alan bulunmadığı durumlarda orman alanları’nda bu faaliyetin yerine getirilebilmesine ilişkin düzenlemede herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu kapsamda turizm merkezlerinde yapılan ‘sonraki kanun’ değişikliği dikkate alınarak Hazine’nin tasarrufunda yeterli alan bulunup bulunmadığı bilahare değerlendirilmeksizin doğrudan orman alanlarında bu bölge ilan edilecek midir? Bu değişiklikle getirilmek istenen gayenin tespiti önemlidir. Antalya Milletvekili Atay Uslu tarafından getirilen kanun değişikliği teklifine ilişkin maddenin gerekçesinde “...uygulamada karşılaşılan sorunların giderilmesi amacı” belirtilmiştir⁶².

62 Adalet ve Kalkınma Partisi Önergesi, Antalya Milletvekili Atay Uslu ve 23 Milletvekilinin Turizmi Teşvik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/3517) ve Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu

Şayet milletvekilinin dile getirdiği uygulamadaki sorun, 'orman alanlarından doğrudan yararlanma sorunu' değil ve bunun çözümü için öngörülmedi ise; bu gerekçe, kanuni düzenlemeler arasında bir çelişki yaratıp yaratmadığı konusuna herhangi bir açıklık getirmemektedir. Kanun koyucunun kültür ve turizm bölgelerinin tanımında yer vermeyip; turizm merkezlerinde bu hususa yer vermesinin aynı Kanun'un 8. maddesinde 'yeterli alan bulunmadığı hallerde' şeklinde ikincil bir aşamada orman alanlarından yararlanılabileceğine ilişkin düzenlemenin turizm merkezleri bakımından zımnen ilgası mahiyetinde kabul edilebilir mi?

Öncelikli olarak çelişki ortaya çıkabileceği düşünülen turizm merkezleri tanımı ile Turizmi Teşvik Kanunu'nda yer verilen hükümlerin niteliği değerlendirilmelidir. 7334 sayılı Kanun ile öngörülen bu değişiklik, turizm merkezlerinin 'tanımı'na ilişkindir. 'Tanım' maddesi, kural olarak emredici ve yasaklayıcı hüküm ihtiva etmemektedir. Bu düzenlemeler öğretilerde hukuk kurallarının sınıflandırılmasında 'tanımlayıcı' kurallar arasında yerini almaktadır⁶³. Halbuki Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesi, doğrudan 'kamu taşınmazlarının turizm yatırımlarına konu olması' hususunu düzenlemektedir. '*Taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımı*' başlığı altında yer verilen bu düzenleme, turizm yatırımlarının kamu malları üzerinde gerçekleştirilmesine ilişkin uyulması zorunlu kuralları ihtiva etmektedir. Öğretilerde söz konusu kurallar ise kesin, bağlayıcı ve aksine davranmanın mümkün olmadığı 'emredici' hukuk kuralları arasında yerini almaktadır⁶⁴. Bu halde "Hazine'nin özel mülkiyetinde yeterli taşınmaz bulunmadığı hallerde" orman alanlarından yararlanılması konusundaki bu hüküm emredici nitelikte olduğundan; tanımlayıcı kural kapsamında öngörülen tanım değişikliğinin mevcut kuralın zımnen ilgası sonucunu doğurmayacağı düşünülmektedir.

Kaldı ki mezkûr düzenlemenin geçirdiği istihaleler ve ormanlarda devamlılık ilkesi dikkate alındığında da aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Turizmi Teşvik Kanunu'nda Değişiklik Öncesi Durum başlığı altında açıklandığı üzere, Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin ilk halinde yer verilen '*Hazineye ait yerlerle ormanların turizm yatırımlarına konu edileceğine*' ilişkin düzenleme, Anayasa Mahkemesi tarafından yasa koyucunun idareye geniş takdir yetkisi bıraktığı gerekçesiyle *yasama yetkisinin devredilmezliği* ilkesine ve Anayasa'nın 169. maddesi uyarınca ormanların korunması ve geliştirilmesi ilkesine aykırı olduğundan bahisle iptal edilmiş idi⁶⁵. Yüksek Mahkeme'nin iptal kararı doğrultusunda 2009 yılında yapılan ve yürürlükte bulunan düzenlemeye göre turizm yatırımları amacıyla kamu taşınmazlarından yararlanmanın kapsam ve sınırları açıkça belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme, idarenin takdir yetkisini sınırlandıran düzenlemelerden biri olarak orman alanlarının 'ancak' Hazine'nin mülkiyetinde yeterli taşınmaz bulunmadığı hallerde turizm yatırımlarına konu olmasına ilişkin hükmü vurgulamakta idi. Orman alanları, kanun koyucu tarafından sayma suretiyle belirtilen turizm faaliyetlerine bu zaruretin varlığı halinde konu olabilir. Böylelikle orman alanlarından zaruret ve kamu yararı gereği 'sınırlı' bir yararlanma rejimi imkânı getirilmiştir. Nitekim 2009 yılında getirilen düzenlemenin iptali talebi ile Anayasa Mahkemesi'ne konu olması

Raporu 2021 [2/3517].

63 Yasemin Işıkaç, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması* (2. Bası Filiz Kitabevi 2004) 116.

64 Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (15. Bası Ekin 2021) 256-258.

65 Anayasa Mahkemesi, E 2006/169 K 2007/55, 07.05.2007.

üzerine mahkeme, Hazine’de yeterli taşınmaz bulunmadığı durumlarda orman alanlarından yararlanılabileceği ve idarenin de ancak ‘saydamlık, şeffaflık, kamu kaynaklarının etkin kullanımı’ ilkeleri çerçevesinde takdir yetkisini kullanacağına ilişkin düzenlemelere atıfta bulunarak, “...*kamu yararı anlayışıyla hareket edilerek zorunluluk ve kaçınılmazlık ölçütlerinin karşılandığı sonucuna varılmıştır*” şeklinde iptal talebini reddetmiştir⁶⁶.

Turizm merkezleri tanımında her ne kadar böyle bir terditli bir yararlanma rejimi öngörülmemiş ise de gerek söz konusu kuralın ‘tanımlayıcı kural’ niteliğinde olduğundan bahisle halihazırda böyle bir terditli rejime imkan tanımayacağı gerekse orman alanlarından yararlanma konusundaki düzenlemenin geçirdiği istihaleler dikkate alınarak turizm merkezi bakımından Turizmi Teşvik Kanunu’nun 8. maddesine yer verilen ‘Hazine’nin yeterli taşınmaz bulunmadığı haller’ hükmünün emredici nitelikte bulunduğu ve turizm merkezleri bakımından da yürürlükte olduğu düşünülmektedir. Bu yaklaşımın aksinin kabulünün ise, orman alanlarından yararlanma rejiminin istisnailiğine ve kamu yararı ile zaruret ilkelerine aykırı olduğu iddia edilebilir.

2. DÜZENLEME EKSİKLİĞİ SURETİYLE İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİN GENİŞLEMESİ

7334 sayılı Kanun ile değişiklik öncesinde, Turizmi Teşvik Kanunu’nun 4. maddesi, ‘turizm bölge, alan ve merkezlerinin tespiti’ başlığı altında,

“Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezlerinin tespitinde; ülkenin doğal, tarihi, arkeolojik ve sosyo-kültürel turizm değerleri, kış, av ve su sporları ve sağlık turizmi ile mevcut diğer turizm potansiyeli dikkate alınır.”

hükmünü ihtiva etmekte idi. 7334 sayılı Kanun ile bu düzenlemenin başlığı, ‘kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezlerinin tespiti ve niteliği’ ve bu düzeleme ise,

“Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezlerinin tespitinde; ülkenin doğal, tarihi, arkeolojik ve sosyo-kültürel turizm değerleri ile turizm potansiyeli dikkate alınır. Cumhurbaşkanınca kabul edilen yatırımlarda devlet yardımları hakkında kararda kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri için belirlenen istisna, muafiyet ve teşvik hükümleri turizm merkezleri hakkında da uygulanır. Bakanlıkça uygun görülen kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde alanın bütüncül bir anlayışla korunmasının, geliştirilmesinin, sosyal ve teknik altyapının gerçekleştirilmesinin ve işletilmesinin özel sektör iş birliği ile sağlanması amacıyla, Bakanlık tarafından adına tahsis yapılanların katılımıyla turizm hizmetleri yönetim birlikleri kurulmasında Bakanlık yetkilidir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir.”

66 Anayasa Mahkemesi, E 2008/51 K 2011/46, 10.03.2011.

şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre, turizm potansiyeli kapsamında yer verilen “kış, av ve su sporları ve sağlık turizmi” ifadeleri kaldırılmış ve bu alanların belirlenmesinde yalnızca ‘turizm potansiyeli’ ifadesine yer verilmiştir. Bu değişikliklerle turizm potansiyelinin tespitinde kış, av, su sporları, sağlık turizmi dışında herhangi bir şekilde turizm potansiyeli olduğu değerlendirilenler de Cumhurbaşkanı kararı ile bu bölge kapsamında tespit edilebilecektir.

7334 sayılı Kanun’un öncesinde yer verilen düzenleme, turizm potansiyellerinin tespitinde sayma suretiyle bir belirleme içermemekte ve dahası “mevcut diğer turizm potansiyelleri” ile benzerlerinin de yapılacağını ifade etmekte idi. Buna karşın turizm potansiyeli görülen faaliyetler, yine bu ‘örnekler’ kapsamında değerlendirilecektir. Yeni düzenleme ile bu örneklendirmelere yer verilmeyerek idareye geniş bir takdir marjı bıraktığı düşünülmektedir. Diğer değişikliklerde olduğu gibi ormanların korunması ve geliştirilmesine ilişkin anayasal düzenlemeye uygun olarak koruma-kullanım dengesinin esas alındığı sınırları belirlenmiş ve çerçevesi çizilmiş bir yasal düzenlemenin yer alması gereği düşünülmektedir.

3. TURİZM YATIRIMLARI KONUSUNDA MÜNHASIRAN KÜLTÜR VE TURİZM BAKANLIĞI’NIN YETKİLENDİRİLMESİ

7334 sayılı Kanun’un öngördüğü bir diğer önemli değişiklik ise, orman alanlarının da dahil olduğu kültür ve turizm bölgeleri ile turizm merkezlerinde düzenleme yetkisinin Tarım ve Orman Bakanlığı ve yerel yönetimler⁶⁷ dışında bırakılarak ‘turizm politikasının belirleyicisi ve uygulayıcısı olan’ Kültür ve Turizm Bakanlığı’nda toplanmasına ilişkin düzenlemelerdir⁶⁸. 7334 sayılı Kanun’un 6. maddesi ile orman alanlarının da dahil olduğu bu bölgelerde ve hatta bu bölge dışında kalan ve ancak denize kıyısı olan milli park alanlarında lüks çadır, çadır veya karavan alanı gibi konaklama tesisi olarak kullanılması ve bu alanların tahsisi konusunda ‘sadece’ Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilendirilmiştir. Yine aynı düzenleme uyarınca bu bölge ve merkezlerde konaklama tesisi hakkında tahsis konusunda Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkili kılınmıştır.

Belirtmek gerekir ki turizm yatırımları amacıyla orman alanlarından yararlanma rejimi, yalnızca turizm yaklaşımıyla değil; aksine ‘yarının normu’ olarak kabul edilen orman yangınları karşısında bu alanlardaki politikaların Tarım ve Orman Bakanlığı’nın sürdürülebilir ormancılık yaklaşımı ile birlikte belirlenmelidir. Zira orman kaynaklarının ekolojik, ekonomik ve sosyo-kültürel etkilerini dikkate alarak ekosistem bütünlüğü içinde idare etme konusunda genel yetkili idare Tarım ve Orman Bakanlığı’na bağlı Orman Genel Müdürlüğüdür. Orman Genel Müdürlüğü, ulusal ormancılık politikası çerçevesinde yararlanma rejimini belirlemektedir⁶⁹. Bu yetkinin Kültür ve Turizm

67 Bu kapsamda örneğin 7334 sayılı Kanun’un 5. maddesi ile yerel yönetimlerin bu alanlardaki kolluk yetkileri çerçevesinde ruhsat, denetim ve yatırım uygulama yetkileri Kültür ve Turizm Bakanlığı’na bırakılmaktadır. Bu çalışma kapsamında yalnızca orman alanlarına ilişkin değerlendirme yapıldığından; söz konusu değişiklikler irdelenmeyecektir.

68 Nitekim kanun teklifinin genel gerekçesinde bu alanlardaki münhasır yetkinin Kültür ve Turizm Bakanlığı’na verilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Bkz. 7334 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi 2021 [801473].

69 4 nolu Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG 15.7.2018/ 30479 mad. 334.

Bakanlığı'na verilmesi, orman alanlarında turizm faaliyetlerinin yalnızca turizmi teşvik kapsamında ekonomik kamu yararı gerekleri doğrultusunda değerlendirilmesi sonucunu doğurabilir; bu halde de ormancılık politikasını dışlayan bir yaklaşıma kapı aralanma tehlikesinin ortaya çıkacağı düşünülmektedir.

SONUÇ

Turizm gelirlerinin ülke ekonomisine doğrudan katkısı ile ekonomik kalkınmanın yanı sıra, planlı gelişme ve yaratacağı istihdam ve kültürel olarak ülkenin uluslararası planda tanıtımına sağlayacağı katkı dikkate alındığında turizm yatırımlarında kamu yararı bulunduğu kuşku götürmemektedir. Buna karşın kamu malı niteliğinde olan orman alanlarının turizm yatırımları amacıyla kullanımında gerek kanuni düzenlemeler gerekse Anayasa Mahkemesi içtihadında turizm yatırımları topyekûn bir kalkınma hamlesi olarak değerlendirilmek suretiyle ekonomik kamu yararına öncelik verilmemekte; ormanların korunması ve geliştirilmesine ilişkin Anayasa'nın 169. maddesi uyarınca yararlanma rejiminde aranan kamu yararı, zaruret veya kaçınılmazlık ilkesi ile birlikte değerlendirilerek bu alanlardan yararlanma rejiminde koruma-kullanım dengesi gözetilmektedir. Tahsise uygun olmamakla birlikte tahsisle bağdaşır nitelikteki yararlanmalarda orman alanlarının 'istismar ve istihlakli birlikte' gerçekleştiğinden özel 'istisnai' yararlanma rejimi nitelendirmesinden bağımsız olarak diğer kamu mallarına nazaran bu alanlardan yararlanma, 'istisnai' özellik arz etmektedir. Bu kapsamda turizm yatırımlarının tamamı değil; yasa koyucu tarafından açıkça kamu yararı olduğu değerlendirilen ve zaruret görülen turizm faaliyetleri Hazine'nin özel mülkiyetinde yeterli taşınmaz bulunmadığı hallerde orman alanlarında gerçekleştirilebilmektedir.

Bu çalışma kapsamında orman kavramı ve hukuki niteliğine ilişkin açıklamaların ardından, bu alanların turizm yatırımlarına konu olmasına ilişkin sınırlandırma rejimi ışığında 7334 sayılı Kanunla öngörülen değişiklikler değerlendirilmeye çalışılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu değişikliklere ilişkin yaklaşımının orman alanlarından yararlanma rejimine ilişkin ilkelerden sapma gösterip göstermeyeceği belirsizdir. Buna karşın hem nedeni olduğu orman yangınları hem de bu yangınların yarattığı sera gazı salımı ile de aynı zamanda sonucu olduğu iklim krizi, bu alanların korunması ve geliştirilmesine ilişkin anayasal yükümlülükler çerçevesinde korumaya ağırlık veren bir koruma-kullanım dengesinin benimsenmesi gerektiğini her geçen gün hatırlatmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin bu kanun değişikliğini söz konusu esaslar çerçevesinde değerlendirmesinin isabetli olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Abnett K, 'Mediterranean Has Become a 'Wildfire Hotspot', EU Scientists Say' (Reuters 4.8.2021) <<https://www.reuters.com/business/environment/mediterranean-has-become-wildfire-hotspot-eu-scientists-say-2021-08-04/>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.

Akipek J, 'Devlet Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı', *Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan* (1977).

Aksoy S, *Tarım Hukuku* (Ankara Üniversitesi Ziraat Fakültesi Yayınları 1970).


Atay E E, *İdare Hukuku* (Seçkin 2018).

- Ayanoğlu S, 'Hukuksal Açıdan Orman Emlaki ve Orman Mülkiyetinin Temelleri' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 1986).
- Ayanoğlu S, 'Ormanların Kamu Malları Arasındaki Yeri, Orman Tanımı ve Kapsamı' (1992) 42 İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi 73.
- Ayanoğlu S, 'Anayasa Hükümleri Karşısında Orman Mevzuatımız' Ormanlık Hukuku (Türkiye Çevre Vakfı Yayınları 1999).
- Ayanoğlu S, 'Hukuksal Açıdan Muhafaza Ormanı ve Milli Park Kavramları', (1995) 45 İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi 3-4.
- Aytuğ B, 'Orman Tanımlaması ve Bu Tanımlamada Yer Alan Ağaç, Ağaççık ve Çalı Kavramları' (Orman Genel Müdürlüğü Yayını 1976).
- Bilgen P, *İdare Hukuku Dersleri: İdare Malları* (Filiz Kitabevi 1996).
- Büyükyay Y, 'Öncesi Orman Olmayan Arazilerin Orman Rejimi Dışına Çıkarılması Sorunu', *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan* 525.
- Coşkun A A, 'Türkiye'de Ormanlardan Yararlanmanın Yasal Esasları (1999) 49 İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi 83-110.
- Coşkun A A, "Orman Arazisinden Yararlanma Hakları Orman Kanunu ve Turizmi Teşvik Kanunu'na Yönelik Hukuksal Bir Analiz" (2009) II. Ormanlıkta Sosyo-Ekonomik Sorunlar Kongresi Isparta 232, <http://ormanweb.isparta.edu.tr/ormis/bildiriler/kitap.pdf>. Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.
- Çağlar Y, '2B' Olgusunun Tarihsel ve Nesnel Boyutları' (TMMOB 2006).
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri* (6. Bası Adalet 2018) 718.
- Geray U, 'Belek'te Golf Alanları ve Turizm Tesisleri için Tahsis Edilen Alanlar Konusunda Bir Değerlendirme ve Üstün Kamu Yararı', <<https://www.foresteconomics.org/yayin/belekgeray.pdf>> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2021.
- Gözler K, *İdare Hukuku*, C. II (2. Bası Ekin Yayınevi 2019).
- Gözler K, *Hukuka Giriş* (Ekin Yayınevi 2021).
- Güneş T, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütmen Organının Düzenleyici İşlemleri* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1965).
- Güneş Y, *Orman Hukuku* (Oniki levha 2019).
- Gürkan B, 'Orman Mevzuatının Biyolojik Çeşitliliğe Etkisi' (Türkiye Çevre Vakfı Yayınları 1999).
- Işıқтаç Y, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması* (2. Bası Filiz Kitabevi 2004).
- Kalabalık H, *İdare Hukuku Dersleri*, C. II (4. Bası Seçkin 2019).
- Kaman N, 'Türk Orman Rejimi' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 1997).
- Kaman N, 'Kamu Malları' iç Turan Yıldırım (Edr.), *İdare Hukuku* (8. Bası Oniki Levha 2021).
- Kuru B, 'Orman Sınırlamasına İtiraz Davaları' Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan (Sevinç Matbaası 1972).
- Olgun H ve Tolunay A, 'Orman Alanlarının Ormanlık Dışı Kullanımlara Tahsisinde Yasal Düzenlemelere Verilen İzinlere İlişkin Görüşlerin Değerlendirilmesi' (2018) 20 Bartın Orman Fakültesi Dergisi 287.
- Özdemir Ş ve Deda N, *Orman Hukuku*, C. I (Feryal Matbaası 1991).
- Sullivan H, 'Summer of Fire: Blazes Burn across Mediterranean with More Extreme Weather Forecast' (Guardian 13.08.2021) <<https://www.theguardian.com/environment/2021/aug/13/summer-of-fire-blazes-mediterranean-more-extreme-weather-forecast>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.
- Şirin T, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı* (On İki levha 2019).
- Tarım ve Orman Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü, 'Tüm Orman Yangınları Kontrol Altında', <<https://www.ogm.gov.tr/tr/haberler/tum-orman-yanginlari-kontrol-altinda>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.

- Tunçsiper M N, *Türk Hukuk Tarihi, İdare Hukuku ve Medeni Hukukumuz Muvacehesinde Orman Mevzuatımız ile İlgili Araştırmalar* (1964).
- Ünal M, *Orman Hukuku* (Yetkin 2010).
- Ünal M ve Başpınar V, *Orman Hukuku* (4. Bası Savaş Yayınevi 2017).
- Ünker Y, 'Yanan Ormanlar Turizme Açılır mı?' (Deutsche Welle 3.08.2021) <<https://www.dw.com/tr/yanan-ormanlar-turizme-acilir-mi/a-58743611>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.
- Yayla Y, 'İdarenin Takdir Yetkisi' (1964) 30 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 201.
- Ulukut B, *Türk Orman Hukuku: Birinci Kitap Hukuki Hükümler* (Tarım Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü 1963).
- Yeşil Kitap Orman Davamız* (2. Bası Türkiye Ormancılar Derneği 2005).
- Ulusoy A D, *Yeni Türk İdare Hukuku* (Yetkin 2019).
- 'CHP, Turizmi Teşvik Kanunu'nun Bazı Maddelerinin İptali İçin AYM'ye Başvurdu' (TRT Haber)<<https://www.trthaber.com/haber/gundem/chp-turizmi-tesvik-kanununun-bazi-maddelerinin-iptali-icin-aymye-basvurdu-608894.html>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.
- 'Orman Yangınları: Hangi İddialar Ortaya Atıldı, Yetkililer Ne Yanıt Verdi?' (BBC News) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-58075222>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.
- 'Orman Yangınları Yarının Normu mu Olacak?' (Euronews 1.08.2021) <<https://tr.euronews.com/green/2021/08/01/as-r-orman-yang-nlar-yar-n-n-normu-mu-olacak>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.
- 'Uzmanlar Kritik Soruyu Yanıtladı: Yanan Orman Arazileri İmara Açılabilir mi?' (Karar 31.07.2021) <<https://www.karar.com/guncel-haberler/uzmanlar-kritik-soruyu-yanitladi-yanan-orman-arazileri-imara-acilabilir-1626872>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.
- '2019-20 Australian Bushfire' (Parliament of Australia)<https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp1920/Quick_Guides/AustralianBushfires> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.

Vergi Usul Kanununun 359'uncu Maddesinin b Fıkrasında Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu

Tax Evasion Crime Regulated In Article 359 Paragraph b of Tax Procedure Code

Ertuğrul Ünal* 

ÖZ

Çalışmamızda, VUK'nun 359'ncu maddesinin b fıkrasındaki "Vergi Kaçakçılığı Suçu" ele alınacaktır. Vergiyi doğuran fatura ve diğer tevsik edici belgeler, niteliği itibarıyla TCK'nın 207'nci maddesinin konusunu teşkil eden "özel belge"dir. TCK'daki özel belgede sahtecilik suçunda, sahte belge düzenleme başlı başına suç sayılmamış, suçun oluşması için sahte belgenin kullanılması da aranmıştır. Bundan başka 207'nci maddede içerik sahteciliği de cezalandırılmamıştır. Diğer bir ifadeyle özel belgede içerik sahteciliği, suç oluşturmamaktadır. Buna karşılık Vergi Usul Kanununun 359/b maddesinde özel belge hükmündeki fatura gibi tevsik edici evrakta içerik sahteciliği cezalandırıldığı gibi evrakı salt sahte olarak düzenlemek de suç sayılmıştır.

Ayrıca TCK'nın 208'inci maddesindeki özel belgeyi bozma, yoketme veya gizleme fiilleri de inceleyeceğimiz suç tipinde TCK'dan farklı biçimde düzenlenmiştir. Bu sebeplerle vergi düzenine ilişkin özel belgeler açısından VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrası, TCK'daki düzenlemeye göre özel norm teşkil etmektedir. Bütün bu sebeplerle VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrasının ihtiva ettiği bu özellikler de dikkate alınarak suç tipinin incelenmesi faydalı görülmüştür.

Makalede, yukarıda belirtilenlerin dışında özellikle Yargıtay tarafından icat edilmiş zincirleme suç uygulaması ile şirket yöneticilerinin sorumluluğu noktalarını da kapsayacak şekilde 359'uncu maddenin b fıkrasında yer alan vergi kaçakçılığı suçu ele alınacaktır.

Konu ele alınırken, Türk ceza hukuku doktrininde genel kabul gören suç inceleme metodu izlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Vergi İnceleme Raporu, Sahtecilik, İçerik Sahteciliği, Zincirleme Şekilde İşlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu, Suça İştirak

ABSTRACT

In principle the invoice and other certifications, which are the source of taxable event, are the object of forgery at private document which is defined at Art. 207 of Turkish Criminal Code. According to Art. 207, forging a private document without using it is not a crime. The perpetrator should use the falsified document in order to fulfill the typical behaviour. In addition, falsifying the content of the private document and using it are also not listed as a crime.

In this context Art. 359/b of Tax Procedure Law contains a special norm in terms of the private documents which are regulated according to Tax Procedure Law. Thus in this article given above, falsifying the content of the invoice and other private documents are regulated as a crime.

In this article, tax evasion crime through forgery will be handed over especially in the problematic areas which are successive offence and the culpability of directors of corporations.

The crime research method which is accepted by majority view in Turkish doctrine will be used in this article.

Keywords: Tax Audit Report, Forgery, Successive Tax Evading Crime Offense, Accompliceship in Tax Evading Crime.

* Dr. İstanbul Barosuna Kayıtlı Avukat, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0025-9317>.

GİRİŞ

Bir hukuk devletinde kamu hizmetlerinin yapılabilmesi ve hizmetlerin devamlılığının sağlanabilmesi için devletin mükelleflerden sağlıklı bir şekilde vergi toplaması zorunludur. Öte yandan vergi ziyana sebebiyet veren fiiller ile vergi düzeni ihlal edilmekte, devletin gelirleri azalmakta buna ek olarak vergilerini düzenli bir şekilde ödeyen mükellefler açısından eşitsizlik doğmaktadır. Bu nedenle vergi düzenine aykırılık teşkil eden fiiller için 213 sayılı Vergi Usul Kanununda genel ve özel usulsüzlük cezaları öngörülmüştür¹.

Kabahat niteliğindeki özel ve genel usulsüzlük cezalarına ilave olarak bazı fiiller, teşkil ettikleri haksızlığın ağırlığı sebebiyle kanun koyucu tarafından Vergi Usul Kanununda suç olarak düzenlenmiştir. Vergi Usul Kanununun suç saydığı fiillere bakıldığında, vergi ziyandan çok ammenin itimadını zedeleyen davranışlar esas alınarak vergi kaçakçılığı suçlarının ihdas edildiği görülmektedir².

Gerçekten TCK'nın 207 ve 208'nci madde hükümlerinden ayrı olarak kanun koyucu, Vergi Usul Kanununun 359'uncu maddesinin b fıkrasında³ özel olarak belgede sahtecilik suretiyle vergi kaçakçılığı suçunu vazetmiştir.

213 s.lı Vergi Usul Kanununun 359'uncu maddesinin b fıkrasında; “*Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapırlar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir*” denilmiştir⁴.

VUK'un 344'üncü maddesinin, 06.07.1994 tarihli ve 4008 sayılı Kanunun 13 üncü maddesiyle değiştirilmeden önceki halinde de kaçakçılık fiillerine yer verilmişti. Maddenin 1'inci fıkrasında

- 1 **Roman Seer**, ‘Das Delikt der Steuerhinterziehung im Kernbereich des Steuerstrafrechts’ (2016), NWB Datenbank, 2016, <https://www.kompetenzzentrum-steuerrecht.de/MEDIEN/contento_import/ Publikationen /2016/nwb_export_566973.pdf> Erişim Tarihi: 02.11.2021, 2; **Roland Schmitz ve Martin Wulf**, AO &370 in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 7, (3. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2019), kn. 6; **Hasan Türkal, Mehmet Sena Ekici ve Mahmut İnan**, ‘Vergi Suç ve Kabahati Kavramı, 4369 Sayılı Yasa Öncesinden Günümüze Yürürlükteki Vergi Suçları – Kabahatleri ve Cezaları’ (2010) 18(1), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45, 66; **Taha Emre Çiftçi**, ‘Vergi Kaçakçılık Suçlarında Soruşturma Evresi’ (2021) 5(2), Fiscoeconomia 630, 63; **Mehmet Karaarslan**, ‘Ceza Mevzuatında Yapılan Değişikliklerin Vergi Kaçakçılığı Suçuna Etkisi’, (2006) (64) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 115, 116.
- 2 **Doğan Şenyüz**, Vergi Ceza Hukuku, (7. Baskı Ekin Yayınevi 2013), s. 5; **Yusuf Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, (Yetkin Yayınları 2016), 33.
- 3 213 sayılı Vergi Usul Kanununda diğer kanunlarda alışılmış olan madde fıkra, bent ve alt bentler için yapılan tasniften farklı bir sistem kabul edilmiş olup her madde önce (a), (b), (c) ve (ç) fıkralarına ayrılmış sonra da bu fıkralar 1, 2, 3 ve 4 gibi birbirini takip eden bentlere bölünmüştür. Kanun koyucu, 359'uncu maddede 7318 sayılı kanunun 4'üncü maddesiyle (ç)'yi eklemiş ve bunu açıklarken; 4'ncü maddenin ilk cümlesinde; “213 sayılı Kanunun 359'uncu maddesine (c) fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir” demek suretiyle harfle yapılan ayrımların fıkra olduğuna işaret etmiştir. Bu sebeple biz de çalışmamızda küçük harfle yapılan ayrımları fıkra olarak isimlendireceğiz.
- 4 Gbi bkz: **Ahmet Gökçen**, Belgede Sahtecilik Suçları (m. 204-212), (5. Baskı Adalet Yayınevi 2018), 508.

kaçakçılık fiili; “*Kaçakçılık, mükellef veya sorumlu tarafından kasten vergi ziyana sebebiyet verilmesidir*” şeklinde tanımlanmıştır.

İnceleme konusu suç bağlamında uygulamada en sık karşılaşılan; sahte fatura kesip kullanmadır. Bilindiği gibi fatura, esas itibariyle TCK'nın 207'nci maddesinde düzenlenen özel belge niteliğindedir. VUK m. 359/b'de yer alan tanımdan anlaşılacağı üzere vergi kanunları kapsamında tutulması veya düzenlenmesi zorunlu olan defter, kayıtlar ve belgeler haricindeki belgelerde kısmen ya da tamamen sahtecilik fiili, VUK m. 359/b anlamında suç oluşturmaz⁵. Böyle hallerde TCK'nın 207 vd. maddelerindeki suç tipleri gündeme gelecektir⁶.

08.02.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunun 276'ncı maddesiyle, VUK'nun 359'uncu maddesi büyük ölçüde son şeklini almıştır. Yapılan değişiklik ile kaçakçılık fiilinin cezalandırılabilmesi için vergi ziyana sebebiyet verilmesi aranmamıştır⁷. Kısmen ya da tamamen sahte belge düzenleyen veya bu şekilde düzenlenmiş belgeyi kullanan kişiler, vergi kaybına neden olmasalar dahi cezalandırılır. Bu nedenle çift defter tutma suçu (m. 359/a-1) hariç VUK'un 359'uncu maddesinde yer alan kaçakçılık suçları, tehlike suçudur, ayrıca zarar aranmaz⁸.

Türk Ceza Kanununun genel hükümleri, aksine bir düzenleme bulunmadıkça özel ceza kanunları hakkında da uygulanır (TCK m. 5). Vergi Usul Kanununda; iştirak, etkin pişmanlık gibi bazı konularda özel düzenlemeler yapılmıştır. Burada yer alan ve ceza içeren normların çok sık değişikliğe de uğradığı dikkate alındığında, ayrıca bir değerlendirmeye ihtiyaç olduğu aşıkardır. Öte yandan Yargıtay tarafından icat edilmiş 765 sayılı kanun döneminden beri süregelen TCK'nın 5'nci maddesine aykırı zincirleme suç uygulaması üzerinde de durulmalıdır⁹.

Vergi kaçakçılığı; Vergi Usul Kanununun 31.12.1980 tarihli ve 2365 sayılı Kanununun 68'inci maddesiyle değişik 344'üncü maddesinde; “mükellef veya sorumlunun kasten vergi ziyana sebebiyet vermesi” şeklinde tanımlanmıştır. 4369 sayılı Kanununun 14 üncü maddesiyle vergi kaçakçılığı suçları 359'uncu maddede toplanarak nispeten düzenli hale getirilmiş ve suçun unsurları tekrar gösterilmiştir. Burada yer alan değişikliklerin de ceza hukukunun ilkeleri kapsamında incelenmesi gerekmektedir¹⁰.

Vergi Usul Kanununda hüküm bulunmayan hallerde Türk Ceza Kanununun genel hükümlerinin uygulanır (TCK m. 5). Zincirleme suç, faillik ve suçun manevi unsuru açısından VUK'da bu yönde bir düzenleme mevcut olmamasına rağmen, yargı içtihatlarında ceza hukukunun genel prensipleriyle

5 **Sahir Erman**, Vergi Suçları, (İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Yayınları 1988), 53; **Gülden Şişman**, ‘Sahte Belgedeki Şekil Şartına Aykırılığın Vergi Kaçakçılığı Suçuna Etkisi’, 2021 (153) TBB Dergisi 269, 274.

6 **Gökçen**, *Belgede Sahtecilik* (n 4) 508.

7 Daha önce kaçakçılık fiili, VUK'un 344'üncü maddesinde tanımlanmıştı. Bu tanıma göre vergi kaçakçılığı; “mükellef veya sorumlu tarafından kasten vergi ziyana sebebiyet” verilmesidir.

8 **Mustafa Özen**, *Vergi Suçları ve Kabahatleri*, (4. Baskı Adalet Yayınevi 2021), s. 78; **Burcu Görkemli**, ‘Ceza Hukukundaki Sahtecilik Suçları ile Vergi Ceza Hukukundaki Sahte Belge Düzenleme-Kullanma Suçları’ (2021) (47), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 407, 430.

9 **Mehmet Yüce**, *Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Yargılama Usulü*, (2. Baskı Adalet Yayınevi 2021), 47; **Demet Akdeniz**, ‘Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçunda Manevi Unsur’, (2018) 5(1) Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 94.

10 **Türkal/Ekici/İnan**, (n 1) 72.

bağdaşmayan uygulamalara rastlanmaktadır. Burada yer verilen sorunlara temas edebilmek adına çalışmamızda, TCK'nın 207 ve 208'inci maddelerindeki sahtecilik suçlarının özel bir şeklini oluşturan vergi kaçakçılığı suçunun unsurlarını; tipiklik ve hukuka aykırılık ana başlıkları altında ele alacağız¹¹.

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Vergi Usul Kanununun 359'uncu maddesinin b fıkrasında düzenlenen suç, vergi kanunları uyarınca tutulması, düzenlenmesi, saklanması veya ibrazı zorunlu olan defter kayıt ve belgelerin asıl veya suretlerinin kısmen ya da tamamen sahte olarak düzenlenmesi, sahte haliyle kullanılması veya yok edilmesidir. Bu haliyle suç tehlike suçu olarak ihdas edilmiştir¹².

Vergi kaçakçılığı suçunun, tehlike suçu olarak düzenlenmesi, suçla korunan hukuki değerın tesbitinde de önem arz etmektedir. Kural olarak vergi kaçakçılığı suçu ile vergi gelirinde meydana gelecek azalmanın engellenmesi amacı güdülmektedir.

Bir görüşe göre bu cümleden olarak suçla korunan hukuki değer; devletin vergisel olarak kayba uğrama ihtimalinin önlenmesidir. Suç tipinde vergi ziyanının aranmaması da buna işaret eder¹³. Düşüncemize göre kanuni tipte vergi ziyanının aranmaması, başlı başına suçla korunan hukuki değerın devletin vergisel kayba uğrama ihtimali olduğunu göstermez. Zira bu kabule göre kişinin daha fazla vergi ödemesine yol açacak veya vergi kaybı oluşturmayacak nitelikteki sahtecilik fiillerinin cezalandırılmaması gerekir. Buna karşılık kişinin, örneğin vergi mükellefi olmayan özel kişiye kestiği sahte fatura nedeniyle veya A şahsına sattığı malın faturasını B şahsı adına düzenlemesi halinde de cezalandırılacağı dikkate alındığında, korunan hukuki değerın; vergi düzenince tutulması veya düzenlenmesi gereken belgeye duyulması gereken kamu itimadı olduğu ortaya çıkmaktadır. Diğer bir anlatımla ammenin, vergi doğuran işleme esas belgeye duyduğu güveni korunmak için suç ihdas edilmiştir. Buna ek olarak bütün vatandaşların eşit ve adil şekilde vergi yükünü paylaşması ilkesi de korunmak istenmiştir. Bu nedenle bu suçla korunan hukuki değerın karma yapıda olduğu ve hem ammenin belgeye duyduğu güveni hem de devletin vergi kazancını korumak için suç tipinin ihdas edildiğini söylemek mümkündür¹⁴.

Görüldüğü üzere Türk hukukunda vergi suçları, vergi kaçakçılığından ziyade fiilin sahtecilik teşkil edip etmediğine göre tasnif edilmiştir. Alman hukukunda vergilendirmeye esas bir işlemin yetkili makama bildirilmemesi, örneğin hiç fatura düzenlenmemesi de suç sayılmıştır (Alman Vergi Kanunu, m. 370/1, 1 nolu alt bend)¹⁵.

11 **Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökce, Mehmet Emin Aşahin ve Kerim Çakır**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Baskı Adalet Yayınevi 2021), 287; **Karakoç**, (n 2) 44.

12 **Özen**, (n 8), 78; **Görkemli**, (n 8) 430; **Cavıt Hekim**, 'Vergi Kaçakçılığı Suçları', (Yüksek Lisans Tezi Bahçeşehir Üniversitesi 2013) 20.

13 **Karaarslan**, (n 1) 120; **Türkal/Ekici/İnan**, (n 1) s. 48. Alman doktrininde de çoğunluk görüşü bu yöndedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Schmitz – Wulf**, (n 1) kn. 2.

14 **Seer**, (n 1) 2; **Ufuk Gencel, Kendal Deniz**, "Vergi Kabahatleri Açısından Sahte Belge Düzenleme Veya Kullanma Fiili İle İlgili Sorunlar Ve Çözüm Önerileri", TAAD, Y. 11, S. 39, 2019, 160.

15 **Seer**, (n 1) 4.

VUK md. 359 ile tanımlanan sahte belge düzenleme veya kullanmak suçu incelenirken, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak fiiliyle arasındaki farklardan da bahsedilmesi gerekmektedir. İki fiil, niteliği itibariyle farklı olduğu gibi, bu fiillerin işlenmesiyle verilecek cezalarda da ayrıma gidilmiştir. VUK'un 359'uncu maddesinin a fıkrasının 2 numaralı alt bendinde düzenlenen muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma suçunun maddi unsuru, gerçekte varolan bir işleme dayanmakla beraber, bu işlemin mahiyeti veya miktarını gerçeğe aykırı olarak ihtiva eden belgelerin düzenlenmesi veya kullanılması olarak tanımlanabilir. Örneğin 1500 TL karşılığında A. kişisine satılan çantaya istinaden düzenlenen faturanın 1000 TL olarak kesilmesi şeklinde yapılan içerik sahteciliği, VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrasında yer alan sahte fatura düzenleme suçuna değil, m. 359/a-2'de yer alan muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme suçunu oluşturacaktır¹⁶.

VUK m. 359/b'de tanımlanan suçta ise, gerçekte var olmayan bir duruma ilişkin belge düzenlemeyi cezalandırılmaktadır. Örnek olarak kısmen sahte olarak düzenlenen bir faturada, yalnızca çanta alınmasına rağmen işlemin çanta ve ayakkabı satışı olarak gösterilmesi verilebilir. Burada gerçekte hiç bulunmayan bir işlemin varmış gibi gösterilmesi söz konusudur. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgede ise, gerçek bir işleme dayanılmasına rağmen, bu işlemin miktarına veya içeriğine ilişkin yanıltıcılık söz konusudur. Örneğin gerçekten satılmış bir malın bedelinin faturada düşük gösterilmesi, sahte belge düzenlemek değil muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek suçunu oluşturacaktır¹⁷.

II. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN UNSURLARI

A. GENEL AÇIKLAMALAR

Suç, Türk Ceza Kanununun Özel Hükümler başlıklı İkinci Kitabı ile diğer özel ceza kanunlarında tanımlanan tipik ve hukuka aykırı bir haksızlıktır¹⁸.

Kanuni tipte, tanımlayıcı (deskriptive) ve normatif unsurlar yer alır. Tanımlayıcı unsurlar, kanun lafzından açıkça anlaşılır. Örneğin suçun konusunu teşkil eden eşyanın taşınır olması, belgenin yazılı olması gibi¹⁹. Normatif unsurlar ise, hakim tarafından hukuk mantığı çerçevesinde kanunun somut olaya tatbikinden ibarettir²⁰.

16 Karaarslan, (n 1) 126; Görkemli, (n 8) 424; Nurettin Bilici, *Vergi Hukuku* (48. Baskı, Savaş Yayınevi 2019), 116.

17 Yarg. 11. CD., 2846/4127, 03.05.1999; Yüce, (n 9) 159. Ayrıca bkz: Erman, (n 5) 53.

18 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler* (n 11) 261; Tipikliği kanuni unsurlar şeklinde mülâhaza eden görüş için bkz: Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, (14. Bası DER Yayınları 2019), 9.

19 Johannes Wessels, Werner Beulke ve Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (48. Auflage C.F. Müller, 2018) 61, kn. 197.

20 Wessels/Beulke/Satzger, (n 19) 61, kn. 198; Kayıhan İçel, *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6. Bası Beta 2014), 99; Selim Erdin, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Subjektif Unsur Sorunu*, (1. Baskı Adalet 2014), 53 vd.; Gökhan Ölmez, *Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları*, (Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), 1 vd.

Suçun unsurları; tipiklik ve hukuka aykırılık olarak iki başlıkta incelenebilir. Tipiklik başlığı altında ise maddi ve manevi unsurlar incelenmelidir. Kusurluluk, objektif cezalandırılabilme şartı ve şahsi cezasızlık sebebi gibi kurumlar, suçun unsurlarının haricinde olup failin muaheze edilebilmesi veya cezalandırılabilmesi ile ilgilidir²¹.

VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrasında suç sayılan fiiller, seçimlik şekilde sıralanmıştır. Aşağıda VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrasında düzenlenen suçun unsurları incelenecektir.

B. MADDİ UNSURLAR

I. FİİL

İnceleme konumuzu teşkil eden suç tipi, 359'ucu maddenin (b) fıkrasında; "*Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok etme*", "*defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyma veya hiç yaprak koymama*", "*belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleme veya "kısmen veya tamamen sahte belgeyi kullanma"*" şeklinde 4 ayrı seçimlik hareket olarak kaleme alınmıştır²².

Madde metninde birbirine alternatif olarak sayılan hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi durumunda suç oluşacaktır. Failin aynı bentte düzenlenen suçlardan olmak kaydıyla, birden fazla hareketi gerçekleştirmesi halinde de tek ceza verilecek ancak bu husus cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında dikkate alınacaktır. Buradaki suç, birbirine alternatif hareketlerle işlenebilmesi sebebiyle seçimlik hareketli suç olarak düzenlenmiştir²³. Diğer bir anlatımla aynı bentte yer alan seçimlik hareketlerden hepsinin veya birden fazlasının yapılması, birden fazla suçun işlendiği anlamına gelmez. Fail, tek bir suç işlemiş sayılır. Örneğin failin hem defterdeki bir sahifeyi kopartarak yok etmesi hem de sahte fatura düzenlemesi ve bunu kullanması halinde dahi tek suç söz konusu olacaktır²⁴.

VUK m. 359/b'de düzenlenen suç, yalnızca maddede sınırlı şekilde sayılan fiillerin gerçekleştirilmesi suretiyle işlenebileceğinden, bağlı hareketli suçtur²⁵. Örneğin fail, defter yaprağını kopartmasına rağmen yok etmez ise, defter sahifelerini yok ederek yerine başka yaprak koymak veya hiç yaprak koymamak suçu oluşmayacaktır. Ancak diğer şartların varlığı halinde m. 359/a fıkrasındaki suç oluşabilir. Doktrinde maddenin bu hususta eksik olduğu ve sadece sahifenin kopartılması fiilinin de suç olarak tanımlanması gerektiği ileri sürülmüştür²⁶.

21 **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *Genel Hükümler* (n 11) 287; **Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (13. Baskı Seçkin Yayıncılık 2020), 83.

22 **Karakoç**, (n 2) 289; **Özen**, (n 8), 62.

23 **Timur Demirbaş**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Baskı Seçkin Yayınevi 2020), 237; **Şenyüz**, (n 2) 388.

24 **Şenyüz**, (n 2), 389; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *Genel Hükümler* (n 11) s. 257; **Görkemli**, (n 8) 422; **Hekim**, (n 12) 21.

25 **Berrin Akbulut**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (5. Baskı Adalet Yayınevi 2018), s. 267; **Şenyüz**, (n 2) 388; **Hekim**, (n 12) 22.

26 **Karakoç**, (n 2) 291.

VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrasında vergiye esas teşkil eden tevsik edici belgelerin tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlenmesi yasaklandığından, vergiyi doğuran bir işlemin hiç bir şekilde belgelendirilmemesi halinde bu suç oluşmaz. Örneğin Alman Vergi Kanununun 370'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 2 numaralı alt bendinde gerçek ihmalî suç olarak vergi hukuku açısından bildirim yükümlülüğü bulunan kişinin gerekli bir işlemi hiç bildirmemesi suç sayılmıştır. Türk hukukunda böyle bir fiil, kabahat teşkil etmekle birlikte, suç oluşturmamaktadır²⁷.

VUK m. 359/b'de yasaklanan seçimlik hareketlerden ilki; defter kayıt ve belgeleri yok etmektir. Buradaki tipik hareket, maddede suçun konusu olarak sayılan belgelerin yok edilmesidir.

Yok etmek sözlükte; ifna etmek, tüketmek, ortadan kaldırmak anlamlarına gelmektedir²⁸.

Maddede açıkça "yok etme"nin gerçekleştirilmesi aranmıştır. Bu nedenle suçun oluşabilmesi için suçun konusunun varlığının ortadan kaldırılması gerekir. Belge kopartılarak saklanır ve inceleme sırasında da ibraz edilmezse, vergi usul kanunu uyarınca tutulması, düzenlenmesi, saklanması ve ibrazı zorunlu belgenin yok edilmesi suçu oluşmayacaktır.

Öğretide bir görüş tahrifat sebebiyle belgenin okunamaz veya kullanılamaz hale gelmesini de yok etme olarak nitelendirmiştir²⁹.

Bir belgeyi tahrif etmek, belgenin bozulması anlamına gelmektedir. Belgenin tahrif edilmesinden bahsedebilmek için metnin bir kısmının yok edilmesinden sonra da belge olarak nitelendirilebilecek bir içeriğin mevcut olması gerekir³⁰. Tahrif etmek ile yok etmek fiili bu şekilde birbirinden ayrılır. Belgenin yok edilmesinden maksat, belgenin varlığının sona ermesidir. Tahrifat ise ayrı bir anlam taşır. Örneğin belgenin tekrar birleştirilemeyecek şekilde yırtılması, yakılması veya suya atılarak tamamen özelliğini kaybetmesi ile suç oluşacaktır. Ancak belgenin bir kısmının okunamayacak hale getirilmesi durumunda ise 359'uncu maddenin a fıkrasının 2'nci alt bendindeki suç oluşacaktır³¹.

Bilindiği üzere ceza hukukunda kıyas yasaktır (TCK m. 2). Genişletici yorum ile suç ve ceza ihdas edilemez. Kaldı ki defter, belge ve kayıtları yok etme fiilinin düzenlendiği 01.01.1999 tarihinde, 765 sayılı TCK'nın belgede sahteciliğe ilişkin hükümlerinde belgenin sahte olarak düzenlenmesi veya tahrif edilmesine ayrı ayrı cezalandırılmaktaydı (765 s.lı TCK m. 342). Benzer şekilde TCK'nın 205'inci maddesinde de resmi bir belgeyi bozmak ve yok etmek ayrı ayrı düzenlenmiştir³². Bu nedenle birinci fiil olarak sayılan defter, kayıt ve belgeyi yok etme, tahrif suretiyle işlenemez. Belgenin varlığına son verilmesi gerekir. Belgeyi saklamak da, bu suçu oluşturmaz³³.

27 Suç tipi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Seer**, (n 1) 4.

28 Hayat Büyük Türk Sözlüğü, Ed.: **Rado, Şevket**, İlmî Kontrol: **Ergin, Muharrem**, Hayat Yayınları, İstanbul, 1970, 561.

29 **Özen**, (n 8), 63; **Şükrü Kızılot ve Zuhâl Kızılot**, *Vergi, Ticaret ve Ceza Hukuku Yönünden Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları*, (Yaklaşım Yayıncılık 2009), 482.

30 Gbi bkz: **Gökçen**, *Belgede Sahtecilik* (n 4) 169.

31 **Gökçen**, *Belgede Sahtecilik* (n 4) 167; **Erman**, (n 5) 60; **Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (7. Baskı Adalet Yayınevi 2020), 799.

32 Gbi bkz: **Gökçen**, *Belgede Sahtecilik* (n 4), 364; **Koca/Üzülmöz**, *Özel Hükümler*, (n 31) 797.

33 İlgili hükümler için bkz: **Gökçen**, *Belgede Sahtecilik* (n 4) 6 vd.

Defter, kayıt ve belgeyi yok etmek fiili, ihmali davranışla da işlenebilir. Failin, suçun konusunun yok olacağını somut bir şekilde öngörmesine (olası kast) veya bilmesine (kast) rağmen yine de defter, kayıt ve belgeyi olduğu yerde bırakırsa, ihmal suretiyle icra söz konusu olacaktır. Örnek olarak yakında çıkan yangını fırsat bilen failin, faturaları masasının üstünde bırakması verilebilir³⁴.

Kısmen veya tamamen sahte belge düzenlemek suçunun maddi unsurunun hareket kısmı, vergi kanunları çerçevesinde tutulması veya düzenlenmesi gereken belgenin kısmen ya da tamamen sahte olarak üretilmesidir. 4369 sayılı Kanununun 14 üncü maddesiyle yapılan değişiklikten sonra suçun oluşması için ayrıca vergi ziyayı ya da sahte belgeyi kullanma aranmamaktadır. Yargıtay içtihatlarında, vergi kanunlarınca tanzimi gereken belgenin sahte olarak düzenlenmesi halinde suç oluşur³⁵. Burada ayrıca bir netice aranmadığından suç, sırf hareket suçu söz konusudur³⁶.

TCK'nın 207'nci maddesinin hükmüne göre özel belgede fikri sahtecilik, cezalandırılmaz. Buna karşılık özel belge niteliğindeki faturada fikri sahtecilik, VUK'un 359 uncu maddesinde tipik fiiller arasında sayılmıştır³⁷.

VUK m. 359/b anlamında sahtekarlık, gerçek bir işleme dayanmayan belge üzerinde sahtekarlık olarak anlaşılmalıdır. Zira tarafları itibariyle gerçek bir alım satıma dayalı faturada fikri sahtecilik (malın miktarı, nevi veya fiyatı), muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma fiilini oluşturmaktadır (VUK m. 359/a-2). Ancak hiç varolmayan bir ilişkiyi veya varolmakla birlikte tarafları tamamen farklı bir işlemi tevsik etmek üzere hazırlanmış belge söz konusu olduğunda, VUK m. 359/b uygulanacaktır. Bu nedenle faturada yapılan her türlü fikri sahtecilik, VUK m. 359/b'de tanımlanan suç oluşturmaz³⁸. Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır³⁹.

Maddede, sahte fatura veya belgenin kullanılması da suç olarak tanımlanmıştır. Burada suçun fiil unsuru, kısmen veya tamamen sahte ve vergi kanunlarınca düzenlenmesi gereken belgenin vergisel sonuç doğuracak şekilde kullanılmasıdır. Deftere kaydedilmemiş ya da başka bir mükellefe verilmemiş sahte belge, VUK 359/b'de tanımlanan kullanma fiilini oluşturmaz⁴⁰.

Kullanmak; sözlükte “bir şeyi yararlı olduğu işe sürmek, işletmek, bir şeyden belli bir amaçla yararlanmak” demektir.

34 Şenyüz, (n 2) 398.

35 Yarg. 11. C.D., , 2005/3238 E. , 2006/7513 K., 25.09.2006; Çiftçi, (n 1) 634.

36 4369 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki durum için bkz: Erman, (n 5) s. 53 vd; Kızılot/Kızılot, (n 29) 245.

37 Şişman, (n 5) 287.

38 Şenyüz, (n 2) 397; Şişman, (n 5) 272.

39 “Çorum Vergi Dairesi Müdürlüğü'nün ... vergi kimlik numaralı vergi mükellefi olan sanığın 2007 takvim yılında zemin etüdü hizmetlerinde bulunduğu müşterilerinden Jeoloji Mühendisleri Odasının belirlediği asgari fiyat tarifesi üzerinden ücret aldığı halde, düzenlediği faturalarda aldığı ücreti düşük göstererek eksik fatura düzenlediği iddia ve kabul edilen somut olayda; eylemin ... sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359/a-2 maddesine uyan “muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme” suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında yanlıgı sonucu aynı Kanun'un 359/b-1 maddesine göre sahte fatura düzenleme suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması” Yarg. 11. C.D., 2016/5041 E., 2019/5059 K., 27.05.2019.

40 Kızılot/Kızılot, (n 29) 510.

TCK'nın 207 nci maddesinin gerekçesinde de açıkça vurgulandığı üzere, “kullanmadan maksat, bu sahte belgenin herhangi bir hukukî ilişkide veya herhangi bir hukukî işlem tesisinde dikkate alınmasını sağlamaya” çalışmaktır.

Belgede sahtecilik suçu anlamında kullanma; sahte bir belgenin, hukuki ilişkide veya hukuki işlemin tesisinde dikkate alınmasını sağlamaya çalışmaktır. Bu suretle belge, aldatılan kişi bakımından algılanabilir hale getirilmektedir⁴¹.

Kullanmadan söz edebilmek için, mutlaka muhatap kişinin belgeyi algılamış olması veya muhtevasını fiilen öğrenmiş olması gerekli değildir. Belgenin ulaşılabilir hale getirilmesi yeterlidir. Bu anlamda belgenin alenileştirilmesi de kullanma olarak nitelendirilebilir⁴². Ayrıca belge, sahte olmaması halinde hangi amaca hizmet edecek idiyse o amaçla kullanılmış olmalıdır⁴³.

Sahte faturayı kullanmak, suçun seçimlik hareketlerinden biridir. Bu itibarla kullanma fiilini, sahteciliği gerçekleştiren kişinin yapması durumunda yine tek suçtan ceza verilecektir. Zira seçimlik hareketli suçlarda, failin bu hareketlerden birini yapması suçun oluşması için yeterli olup, birden fazlasını gerçekleştirmesi halinde de ortada yine tek suç vardır⁴⁴.

Doktrinde kısmen sahte bir belge düzenlenmesi veya değiştirilmesi halinde kullanmanın bu sahte kısımlara ilişkin olması gerektiği ifade edilmiştir. VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrasında tanımlanan suç açısından bu görüş değerlendirildiğinde, 230 uncu maddede yer alan faturanın unsurları dışında bir sahtecilik yapıldığında, faturanın kullanılması vergi kaçaklığı suçunu oluşturmayacaktır. Zira bu durumda vergi düzenine ilişkin yapılmış bir sahtecilik mevcut değildir. Örneğin kişinin, unsurları gerçek olan faturanın altına başka bir kişi adına; “faturadaki borca kefilim” şeklinde yazı yazarak sahte imza atması ve faturayı deftere işlemesi halinde sahte fatura kullanma suçundan değil (VUK m. 359/b), özel belgede sahtecilik suçundan cezalandırılacaktır⁴⁵.

Özel belgede sahtecilik suçunda, suçun oluşması için basit bir kopyanın kullanılması yeterli değildir⁴⁶. Buna mukabil asıl belge yerine konulabilen resmi tasdikli bir kopya, özel belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturur. Çünkü burada hukuken orjinal yerine geçebilen bir belge söz konusudur⁴⁷.

Vergiye doğuran asıl belgenin sureti, düzenlenen belgenin aslını elinde tutan mükellefin, karşı tarafa tevsik amacıyla verdiği belgedir. Bu suret, karşı taraf açısından belge aslı yerine geçmekte ve defterlere işlenebilmektedir. Bu nedenle VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrası suret, asıl belge

41 **Gökçen**, *Belgede Sahtecilik* (n 4) 460.

42 **Koca/Üzülmez**, *Özel Hükümler*, (n 31) 780.

43 **Güngör**, 87.

44 **Güngör**, 86; **Yüksektepe**, 308.

45 **Gökçen**, *Belgede Sahtecilik* (n 4) 174.

46 “Sanığın, üzerine kendi fotoğrafını yaptırdığı R.A.’un sürücü belgesi fotokopisini kullanarak TTNET ve telefon aboneliği yaptırdığı, olayın gerçekleştirildiği anda aslı ele geçirilemeyen “fotokopi” belgenin kullanıldığı ve “üzerinde sahtecilik yapılmış sürücü belgesi aslının” veya “onaylı suretinin” kullanıldığına dair dosyada delil olmaması karşısında, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK.nın 157/1. maddesi gereğince basit dolandırıcılık suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin” **İstanbul B.A.M. 21. CD., 2017/1582 E. 2017/1655 K., 13.07.2017 t.**

47 **Schönke/Schröder/Cramer**, § 267, kn. 74.

yerine konulabilen ve bu suçun konusunu teşkil eden belge hükmünde olup, basit bir fotokopi değildir. Ancak kişiye verilen suret, imzasız veya onaylı değil de basit bir fotokopiden ibaretse bu durumda suç oluşmaz⁴⁸.

Bilindiği gibi TCK'nın "Dava zamanaşımı" başlıklı 66 ncı maddesinin altıncı fıkrasında, dava "zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden ... itibaren işlemeye başlar" denilmektedir. Fatura açısından da önem arz eden 207 nci maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere; "kullanmadan maksat, bu sahte belgenin herhangi bir hukukî ilişkide veya herhangi bir hukukî işlem tesisinde dikkate alınmasını sağlamaya" çalışmaktır. Kişinin, seçimlik olarak düzenlenen hareketlerden hem belgeyi düzenleme hem de kullanma fiilini gerçekleştirmesi halinde dava zamanaşımı son kullanma anına göre hesaplanacaktır. Aynı şekilde, suçun işlendiği zaman da son kullanma anına göre belirlenecektir⁴⁹.

İfade edildiği üzere, "kullanma", belgenin ulaşılabılır hale getirilmesidir. Kullanma sonucunda bir başkasının, belgeyi gerçekten algılamış veya görmüş olması zorunlu değildir⁵⁰. Sahte faturanın başka bir kişiyle olan alım satım kayıtlarına ilişkin deftere işlenmesi, kullanmaya örnektir.

"Kullanmak"dan söz edebilmek için, sahte belgenin vergisel bir işlem tesisine dayanak olarak gösterilmesi yeterlidir. Örneğin vergi incelemesi sırasında bir alacağın faturası sorulduğunda, sahte faturanın ibraz edilmesi halinde VUK m. 359/b'de tanımlanan suç oluşacaktır⁵¹.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere VUK'un 359'uncu maddesi TCK'nın suç politikası ve belgede sahteciliğe ilişkin düzenlemeleriyle yeknesaklık göstermemektedir. Özellikle tahrif etmek, yok etmek ve fikri sahteciliğe ilişkin hükümler kaleme alınırken, fiil ile suçun konusu arasında sağlam bir bağ tesis edilememiştir. Amaçlanan kanuni tip ile ihdas edilen hüküm arasında aykırılıklar olduğu intibai uyanmaktadır. Örneğin Vergi Usul Kanunu uyarınca tutulması, düzenlenmesi veya ibrazı gereken defter yaprağın kopartılmasının tipik fiil olarak addedilmesi gerekirken, aynı zamanda yaprağın yok edilmesi aranmıştır. Sahtecilik fiili açısından da muhteviyatı itibariyle yanıtıcı belge ile faturada fikri sahteciliğin ayrı bentlerde yazılması çelişki doğurmaktadır. Bu nedenle VUK'da yer alan sahtecilik fiillerinin, TCK'nın 207'nci maddesine eklenecek bir fıkra ile düzenlenmesinin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

2. SUÇUN KONUSU

VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrasında tanımlanan suçun konusunu "defter, kayıt ve belge" oluşturmaktadır. Suçun oluşabilmesi için vergi hukuku anlamında tutulması ve düzenlenmesi,

48 Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, (n 31) 766; Özen, (n 8), 69.

49 İzzet Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (16. Bası Seçkin Yayınevi 2020), 187.

50 Schönke – Schröder-Cramer, § 267, kn. 76; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, (n 31) 780.

51 Yüce, (n 9) 128; Şenyüz, (n 2) 400.

saklanması veya ibrazı zorunlu olan defter, kayıt ve belgenin yok edilmesi, sahte olarak düzenlenmesi, başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi, veya bu sahte belgelerin kullanılması zorunludur.

Belgede sahtecilik suçlarının konusunu teşkil eden belge, yalnızca bir düşünce açıklamasının yazıya dökülmesinden ibaret değildir. Belge; somut, delil değeri olan, düzenleyicisi belli, bir düşünce açıklaması ihtiva eden yazılı ve hukuki sonuç doğurmaya elverişli nesnedir⁵².

İnceleme konusu vergi kaçaklığı suçunun konusunu teşkil eden belge, Vergi Usul Kanununun İkinci Kitabının; “Vesikalar” başlıklı Üçüncü Kısımında yer alan düzenlemelerden hareketle belirlenir. Burada yalnızca vergiyi tevsik edici belgeler önem arz eder. Bunun için kayıtların tevsiki ve hangi işlemlerde hangi belgelerin düzenleneceğini gösteren Vergi Usul Kanununun 227 ve devamı maddelerine bakılmalıdır. Burada fatura ve fatura yerine geçen belgeler; fatura (m. 229), perakende satış vesikası (m. 233), gider pusulası (m. 234) ve müstahsil makbuzu (m. 235) olarak gösterilmiştir. Şu halde sahte belge düzenleme veya bu vasfını bilerek kullanmak suretiyle işlenen vergi kaçaklığı suçunun konusunu teşkil eden belgeler, burada sayılanlarla sınırlıdır⁵³.

Yok etme fiilinin konusu ise yalnızca VUK anlamında tutulması zorunlu olan defter ve kayıtlarla sınırlıdır⁵⁴.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda; sahte faturanın, 193 sayılı Gelir Vergisi Yasasının 63 üncü maddesinde düzenlenen özel vergi indiriminde kullanılmasının vergi kaçaklığı suçu olarak nitelendirilmesini bozma sebebi yapmıştır⁵⁵.

VUK'un 227 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında; “*bu kanuna göre kullanılan veya bu kanunun Maliye ve Gümrük Bakanlığı'na verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgelerin vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılacağı*” belirtilmiştir. Bu hükmü iki şekilde yorumlamak mümkündür.

Birincisi zorunlu unsurları ihtiva etmeyen bir defter, kayıt veya belge, 227 nci maddenin 3 üncü fıkrası gereğince hiç düzenlenmemiş sayılacağından, VUK anlamında bir belge olarak nitelendirilemeyecek ve bunun sonucunda suçun konusunu da teşkil edemeyecektir. Bu durumda failin fiili açısından işlenemez suç söz konusu olacak ve fail, diğer unsurları da bulunmak kaydıyla o özel belgede sahtecilik suçundan cezalandırılacaktır⁵⁶.

İğfal (aldatma) kabiliyeti, mevzuatımızdaki bütün belgede sahtecilik suçları açısından ortak bir unsurdur. Aldatma kabiliyetinin yokluğu halinde vasitanın mutlak imkansızlığı ortaya çıkmaktadır⁵⁷.

52 Johannes Wessels, Michael Hettinger ve Armin Engländer, Strafrecht Besonderer Teil 1, (42. Auflage C.F. Müller 2018) 269, kn. 888; Gökçen, *Belgede Sahtecilik*, 47.

53 Ceyda Ümit, ‘Vergi Ceza Hukukunda Sahte Belge Düzenleme ve Sahte Belge Kullanma Suçlarına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri’, (2021), 11(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 357, 365.

54 Kızılot/Kızılot, (n 29) 497.

55 YCGK., 2000/11-90 E., 2000/96 K., 02.05.2000; Yüce, (n 9) 129.

56 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler* (n 11) s. 326; Görkemli, (n 8) 427.

57 Gökçen, *Belgede Sahtecilik* (n 4) 115; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, (n 31) 773.

Bu sebeple sahte bir belgeden söz edilebilmesi için iğfal kabiliyetinin mevcudiyeti zorunludur. VUK'un 227 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında yer alan düzenleme de esas itibarıyla unsurları eksik olan belgenin hüküm ve sonuç doğurmayacağını belirtmektedir.

İkinci görüş ise bu hükmü, yalnızca faturanın vergisel anlamda kullanılamayacağı şeklinde yorumlamakta ve vergi hukuku açısından yoklukla malul olan bu belgenin, VUK m. 359'da tanımlanan suçlara vücut vermeye devam edeceğini savunmaktadır. Buna göre vergi kaçakçılığı suçunun ihdas edilmesiyle güdülen amaç, devletin vergisel olarak kayba uğramamasıdır. Bu nedenle belgede sahtecilik suçlarından farklı olarak burada iğfal kabiliyeti suçun unsuru olarak aranmamalıdır⁵⁸.

Yargıtay da, zorunlu unsurların bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini ve zorunlu unsurları ihtiva etmeyen belgenin fatura olarak addedilemeyeceğini kabul etmektedir. Diğer bir anlatımla Yargıtay, ilk görüşü benimsemektedir⁵⁹. Biz de ilk görüşe iştirak ediyoruz.

Kanunilik ilkesi gereğince tipik sayılan fiil kapsamında suçun konusunu teşkil eden belge, kanunla vergiyi tevsik edici niteliği haiz olarak sayılmalıdır. Aksi takdirde idarenin düzenleyici işlemleriyle suçun konusu genişletilebilecek, yeni suçlar ihdas edilebilecektir (Beyaz Hüküm). Bu nedenle örneğin Maliye Bakanlığına vergi kanunları uyarınca tutulması zorunlu defter ve belgelere ilaveten başka defter ve belge tutulması zorunluluğu getirme yetkisi veren VUK'un mükerrer 257'nci maddesi, beyaz hüküm ihtiva etmektedir. Bu nedenle hükümden zikredilen defter ve belgeler, VUK'un 359'uncu maddesinde tanımlanan suçun konusunu oluşturmaz⁶⁰.

3. NETİCE VE NEDENSELLİK BAĞI

Hareketin sonucu, zarar veya tehlike şeklinde ortaya çıkabilir. Bir kimsenin hayatına, onuruna veya mülkiyet hakkına yönelik gerçekleştirilen bir saldırı, zarar vermedir. Zarar suçlarında bir neticenin varlığı aranır. Bu suçlardaki kast, tipik neticenin bilinmesi ve istenmesidir⁶¹.

58 Şişman, (n 5) 278.

59 “Sanıkların 2009 ve 2010 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme suçlarını işledikleri iddiasıyla açılan kamu davasında; sahte fatura düzenleme suçunun maddi konusunun fatura olması; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 230. maddesinin 1. fıkrasında, faturalarda bulunması zorunlu olan bilgilerin neler olduğunun belirtilmesi, aynı Kanun'un 227. maddesinin 3. fıkrasında “Bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanun'un Maliye ve Gümrük Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır.” hükmünün yer alması; suç konusu faturaların dosya içinde bulunmadığının ve getirtilip duruşmada incelenmediğinin anlaşılması; sanıkların sahte fatura düzenlemediklerini savunmaları karşısında; yüklenen suçlarının unsurlarının ve maddi gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde tespiti için; 1. Sanıkların 2009 ve 2010 takvim yıllarında düzenlendiği iddia olunan faturalardan, her takvim yılına ait kanaat oluşturacak sayıdaki asıllarının veya onaylı örneklerinin getirtilerek incelenmesi ve 213 sayılı Kanun'un 230. maddesinde öngörülen zorunlu bilgileri içerip içermediğinin tespit edilmesi (...)” Yarg. 11. C.D., 06.11.2018 t., 2016/4559 E., 2018/8769 K.; Yarg. 11. C.D., 15.11.2018 t., 2016/12454 E., 2018/9171 K. Ayrıca bkz: Şişman, (n 5) 280.

60 Karaarslan, (n 1) 124; Benzer bir problem Alman Vergi Kanununun 370'inci maddesinin 6'ncı fıkrasında da mevcuttur. Burada vergi suçuna ilişkin hükümlerin, Avrupa Birliğine üye devletler tarafından konulan vergiler hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür. Hükmün eleştirisi için bkz: Schmitz – Wulf, (n 1) kn. 22.

61 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler (n 11) 338; Demirbaş, (n 23) 253.

Korunan hukuki değerin zarara uğrama tehlikesinin cezalandırıldığı durumlarda ise, bir netice aranmamaktadır. Kanun Koyucu, bir netice meydana gelmesini arıyorsa zarar suçu, böyle bir netice aramadan yalnızca korunan hukuki değerin tehlikeye düşürülmesi (somut tehlike suçu) veya fiilin işlenmesi ile tehlikenin doğduğunun kabulü (soyut tehlike suçu) söz konusu olacaktır⁶².

VUK md. 359/b'deki sahte belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle işlenen kaçakçılık suçunun oluşması vergi ziyayı şartına bağlı kılınmamıştır. Vergi kanunlarına göre tanzimi ve tutulması zorunlu belgenin kısmen veya tamamen sahte olarak düzenlenmesi veya kullanılması ile suç tamamlanır. İşlenen fiil ile vergi matrahının azalması veya vergi ziyayı neticesinin ortaya çıkması aranmaz. Bu nedenle 359/b'de düzenlenen sahtecilik suretiyle işlenen kaçakçılık suçu, sırf hareket suçudur⁶³.

Sırf hareketin cezalandırıldığı bu tür suçlarda nedensellik bağına ilişkin bir araştırma yapmak anlamsızdır. Zira fiil ile arasında illiyet bağı bulunması gereken bir netice yoktur. VUK m. 359/b'de düzenlenen suç tipinde, hareketin gerçekleştirilmesinden sonra somut bir tehlikenin doğması da gerekmemektedir. Bu nedenle VUK m. 359/b'de düzenlenen suç, soyut tehlike suçudur. 359 uncu maddede düzenlenen suçlardan yalnızca m. 359/a-2'de düzenlenen; vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetme suçunda vergi matrahının azalması şeklinde netice aranmıştır. Ancak burada dahi vergi matrahının azalmasının netice değil, objektif cezalandırılabilme şartı olduğu yönünde görüş mevcuttur. Vergi matrahının azalması, netice olarak telakki edilirse, fiilin işlenmesinden sonra vergi matrahının azalmaması halinde fail, bu suça teşebbüsten cezalandırılacaktır⁶⁴.

4. FAİL

Anayasanın 38. maddesinde 'Ceza sorumluluğu şahsidir' denilmektedir. TCK'nın 20'nci maddesiyle de kimseye başkasının fiilinden ceza verilemeyeceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada, tüzel kişilere ceza verilemeyeceği, ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir. Ceza hukuku sorumluluğu doğuran fiil, insandan sadır olmalıdır. Bu nedenle hükmi şahıs olan tüzel kişinin suç faili olması söz konusu değildir⁶⁵.

VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrasında düzenlenen kaçakçılık suçunun faili, fiili bizzat işleyen kişidir. Tüzel kişiler, işlemlerini yetkili temsilcileri veya yönetim kurulları aracılığıyla yapar. Tüzel kişi nam ve hesabına hareket eden gerçek kişiler, VUK md. 359/b'de düzenlenen suçun faili olabilecektir. Vergi Usul Kanununun 333 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında da açıkça; "Bu kanunun 359 uncu maddesinde yazılı fiillerin işlenmesi halinde bu fiiller için 359 ve 360 ıncı maddelerde öngörülen cezalar bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunur" denilmiştir⁶⁶.

62 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükmeler* (n 11) 339.

63 Şenyüz, (n 2) s. 403; Çiftçi, (n 1) 634.

64 İlgili görüşler için bkz: Özen, (n 8), 78; Karakoç, (n 2) 299.

65 Özgenç, (n 49) 213.

66 Özen, (n 8), 24; Özgenç, (n 49) 213.

Kural olarak suçlar, herkes tarafından işlenebilir. Ancak Kanun Koyucu, bazı suç tiplerinde, belirli kişilerin fail olabilmesini öngörmüştür. Özel faillik şartını taşıyan kişilerin işleyebildiği bu suçlara özgü suç denir. Kamu görevlisinin öğrendiği suçu bildirmemesi, resmi belgede sahtecilik (TCK m. 204/2) ve zimmet suçları özgü suça örnek olarak verilebilir⁶⁷. Özel faillik sıfatını taşımayan kişiler, özgü suça ancak şerik olarak katılabilir. Örnek verilen zimmet suçunda, kamu görevlisi olmayan ve görevi nedeniyle kendisine kamuya ait bir şeyin muhafazası tevdi edilmeyen kişi, zimmet suçuna ancak şerik sıfatıyla iştirak edebilir. Bu tarz bir faillik vasfının aranmadığı suçlar, herkes tarafından işlenebilir⁶⁸.

VUK m. 359/b'de tanımlanan seçimlik hareketler, sahte belgeyi kullanma müstesna olmak üzere, özgü suç niteliğinde değildir. Düzenlenmesi, saklanması ve ibrazı zorunlu defter, kayıt ve belgeyi yok eden, sahte olarak düzenleyen, defter yaprağını kopartarak yerine hiç yaprak koymayan veya başka bir yaprak koyan herkes bu suçun faili olabilir⁶⁹.

Kullanma açısından ise failin mutlaka faturayı kullanma yetkisini haiz olması gerektiği, bu nedenle sahte faturayı kullanma fiilinin özgü suç olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre vergi mükellefi, kanuni temsilci ve muhasebeci olmayan kişilerin faturayı deftere işleme yetkisi bulunmadığından bu kişiler suça ancak şerik sıfatıyla iştirak edebilir⁷⁰. Kullanma; yalnızca faturanın deftere işlenmesi sureti ile değil, deftere işleyecek kişiye bir sözleşme kapsamında sunulmak suretiyle de gerçekleştirilebilir. Ancak bu ihtimalde vergisel anlamda bir kullanma olmadığından şartları varsa yalnızca özel belgede sahtecilik söz konusu olacaktır. Bu sebeple bu görüş isabetlidir⁷¹.

5. MAĞDUR

Suçun maddi unsurlarından biri de mağdurdur. Mağduru olmayan suç yoktur. Mağdur, suçun konusunun ait olduğu kimsedir. Bir görüşe göre, ancak gerçek kişiler mağdur sıfatını alabilir. Tüzel kişiler ise suçtan zarar gören konumundadır. Buna göre her suçun doğal mağduru devlet değil, fakat devleti oluşturan bireyler, yani herkeştir⁷².

Suçun mağduru, suç teşkil eden fiilin işlendiği sırada hayatta olan gerçek kişiler olabilir. Bunun haricindeki aile bireyleri, devlet ve tüzel kişi gibi kurum ve topluluklar ancak suçtan zarar gören sıfatını alabilir⁷³. Bu bağlamda, kaçakçılık suçunun mağduru, vergi geliri tehlikeye düşürülen

67 **Özgenç**, (n 49) 212; **Koca/Üzülmez**, *Genel Hükümler*, (n 21) 113.

68 **Demirbaş**, (n 23) 542; **Ufuk Gencel**, 'Vergi Kaçakçılığı Suçlarında İştirak Müessesesi ve Sorunları', *Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi*, S. 3, 2014, 77.

69 **Çiftçi**, (n 1) 636. Aksi yönde bkz: **Yüce**, (n 9) 101.

70 **Ümit**, (n 53) s. 366.

71 **Gencel**, (n 68) s. 78. Alman Vergi Kanununda (Abgabenordnung), bazı vergi kaçakçılığı suçları açısından açıkça yükümlülük altında olan kişiye atf yapılmıştır. VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrasında ise böyle bir atf bulunmamaktadır. Gbi: **Seer**, (n 1) 5.

72 **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *Genel Hükümler* (n 11) 379.

73 **Koca/Üzülmez**, *Genel Hükümler*, (n 21) 106.

toplumu oluşturan bireylerin tamamıdır. Devletin ya da Gelir İdaresi Başkanlığının, vergi kaçakçılığı suçunun mağduru olduğu yönündeki görüşe iştirak etmiyoruz⁷⁴.

C. SUÇUN MANEVİ UNSURU

4369 sayılı Kanunla değişmeden önce, VUK m. 344'ün birinci fıkrasında; kaçakçılık suçunda mükellef ya da vergi sorumlusunun kasten vergi ziyana sebebiyet vermesi aranmaktaydı. 01.01.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4369 sayılı Kanunun 14 üncü maddesiyle yapılan değişiklik ile VUK'nun 359 uncu maddesinde “*kasten*” ibaresine yer verilmemiştir.

Bazı yazarlar, bu değişikliğin, kast olmaksızın, taksirle de kaçakçılık cezasının uygulanabileceği şeklinde bir yanlışa sebebiyet verecek şekilde kaleme alındığını ileri sürmüştür⁷⁵.

Bu çekinceler ve sorular, Maliye Bakanlığı tarafından da dikkate alınarak 306 Sıra Numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği yayınlanmıştır. Burada Bakanlığa intikal eden olaylarda, vergi suçlarında kastın aranıp aranmayacağı sorusunun sık sık gündeme geldiği tesbit edildiği ifade edilmiş ve buna bağlı olarak; ‘*Failin, fiilin oluşturduğu suçtan sorumlu tutulabilmesi için kastın mevcudiyeti gerekmekte, kasten hareket edilmiş sayılabilmesi için suçu oluşturan fiili bilerek ve isteyerek işlenmiş olması, dolayısıyla da bunu araştırılması icap etmektedir*’ şeklinde açıklama yapılmıştır⁷⁶.

Kast ve taksir kusurluluğun bir türü değil, haksızlığın gerçekleştiriliş şeklidir. Failin, suçun maddi unsurlarına ilişkin bilgisine göre haksızlık; kasten, olası kast ile, bilinçli taksirle veya taksirle gerçekleştirilebilir.

Kural olarak suç sayılan haksızlık kasten gerçekleştirilir. Ancak ceza normunda taksirle işlenen fiiller de yasaklanmışsa bu fiillerin taksirle işlenen şekli de cezalandırılır⁷⁷.

Kanun metninde; “bilerek”, “bilmesine rağmen” gibi ibarelere yer verilmesi halinde o suç yalnızca doğrudan kastla işlenebilir. Suçun olası kastla şekli cezalandırılmaz⁷⁸.

VUK m. 359/b'de daha önce mevcut olan “kasten” terimi, suçun kasten veya olası kastla işlenebileceğini belirtmekteydi. Yapılan değişiklik ile kasten ibaresinin çıkarılması, suçun taksirle işlenen şeklinin de cezalandırılacağı anlamına gelmez. Fıkra metninde gereksiz olarak duran kasten kelimesinin metinden çıkarılması ile diğer kasten işlenen suç tipleri ile uyum sağlanmıştır. Zaten kural olarak suçun manevi unsurunun “kast” olduğu TCK m. 21/1'nci maddesinde belirtilmektedir⁷⁹.

Kullanılan belgenin, mutlaka kasten sahte olarak düzenlenmiş olması gerekli değildir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sonucunda sahte bir belge meydana getirilmiş olabilir. Söz konusu belge,

74 Yüce, (n 9) 52.

75 Kızılot/Kızılot, (n 29) s. 512. Ayrıca bkz: Akdeniz, (n 9) 98.

76 Akdeniz, (n 9) 99.

77 Akbulut, (n 25) 383; Demirbaş, (n 23) 376.

78 Wessels/Beulke/Satzger, (n 19) 110, kn. 348; Özgenç, (n 49) 261; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, (n 21) 168.

79 Görkemli, (n 8) 423; Seer, (n 1) 6; Akdeniz, (n 9) 101.

bu özelliği bilinerek kullanılmışsa, inceleme konusu kasten işlenen vergi kaçakçılığı suçu söz konusu olur⁸⁰.

D. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Haksızlık teşkil etmesi itibariyle suç, hukuka aykırı olmayı bünyesinde barındırmak zorundadır. Tipik davranışın suç olarak nitelendirilebilmesi için fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi de gerekmektedir⁸¹. Hukuka aykırılık, fiile ilişkin bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması anlamına gelir Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde fiil, baştan itibaren hukuka uygun ortaya çıkmış olacaktır.

TCK'nun Birinci kitabının 'Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Haller' başlıklı ikinci bölümünde hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu etkileyen sebepler bir arada düzenlenmiştir. Gerçekte ise hukuka aykırılık, haksızlığın bir unsuru iken kusurluluk; haksızlık gerçekleşikten sonra bu haksızlık dolayısıyla failin muaheze edilip edilmemesi ile ilgili bir husustur⁸². Bu sebeple çalışmamızda hukuka uygunluk sebeplerini suçun unsurları bölümünde burada, kusurluluğu etkileyen sebepleri ise ayrı bir başlık altında aşağıdaki bölümlerde inceleyeceğiz.

TCK'da hukuka uygunluk sebepleri; kanun hükmünün icrası (m.24/1), amirin hukuka uygun emrinin ifası (m. 24/2), meşru savunma (m. 25/1), hakkın icrası (m. 26/1) ve ilgilinin rızası (m. 26/2) olarak beş başlık altında incelenebilir⁸³.

İfade edelim ki inceleme konusu vergi kaçakçılığı suçu açısından özel önem arz eden bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre yalnızca ıztırar hali (TCK md. 25/2) vergi kaçakçılığı suçu açısından uygulanabilecek bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir. Örnek olarak failin, kendi kusuruyla sebep olmadığı (sosyal veya siyasi sebepler ile gerçekleşen) iflastan kurtulmak için vergi kaçakçılığı suçunu işlemesi gösterilmiştir⁸⁴.

Burada önemle belirtmek gerekir ki zorunluluk hali, Alman Ceza Kanunun aksine TCK'da ayrı ayrı hem bir hukuka uygunluk sebebi hem de kusurluluğu etkileyen sebep olarak düzenlenmemiştir. Biz zorunluluk halini, kusurluluğu etkileyen (kaldıran) bir sebep olarak kabul ediyoruz. Zira hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu hallerde, tüm hukuk düzeninin cevaz verdiği bir fiil söz konusudur. Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerde ise suç oluşmasına rağmen failin kusuru bulunmadığından muaheze edilememesi sözkonusu olup ikisi birbirinden farklıdır. Zorunluluk hali de bu kapsamdadır⁸⁵.

80 **Koca/Üzülmez**, *Özel Hükümler*, (n 31) 781.

81 **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *Genel Hükümler* (n 11) 483; **Özgenç**, (n 49) 453; **Erdin**, (n 20), 19 vd.

82 **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *Genel Hükümler* (n 11) 485; **Özgenç**, (n 49) 454.

83 **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *Genel Hükümler* (n 11) 483 vd.

84 **Erman**, (n 5) 25.

85 **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *Genel Hükümler* (n 11) 640.

Verilen iflas örneği değerlendirildiğinde, esas itibarıyla kişinin iflas etmesi hukuk düzeninin ondan beklediği davranış şeklidir. Zira borçlarını ödemeye yeterli malvarlığı kalmayan kişi, iflas başvurusunda bulunmak zorundadır. Bu nedenle yaşanan doğal afet, salgın hastalık vesair kişinin kendisinin sebebiyet vermediği bir tehlike nedeniyle kişinin vergi borcunu ödemekte acze düşeceği gerekçesiyle vergi kaçaklığı suçunu işlediğinde bunun kusurluluğunu kaldırabileceğini ileri sürmenin mümkün olmadığı kanısındayız⁸⁶.

III. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. SUÇA TEŞEBBÜS

Suçun konusu üzerinde zarar tehlikesi meydana getiren soyut tehlike ve somut tehlike suçları, icrai veya ihmali hareketin gerçekleştirilmesiyle tamamlanır. Bu suçların oluşması için ayrıca bir netice aranmaz. Bu nedenle neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı bu tür suçlara sırf hareket suçları denir⁸⁷.

İcra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği suçlarda, icra hareketlerine doğrudan doğruya başlayan failin elinde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmemesi veya icra hareketlerinin yarıda kalması halinde teşebbüs söz konusu olacaktır. Sırf hareket suçlarında, hareketin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanacağı için icra hareketlerinin kısımlara bölünmesi, zarar suçlarına nazaran daha zordur⁸⁸.

VUK md. 359/b'de tanımlanan suçlarda, sahte belgenin düzenlenmesi veya kullanılmasıyla suç tamamlanmaktadır. Suçun ayrıca vergi ziyasına sebep olması aranmaz. Bu nedenle sırf hareketi suçu olan sahte belge kullanmak suretiyle vergi kaçaklığında teşebbüs, ancak hareketin kısımlara bölünebildiği durumlarda mümkündür. Örneğin sahte fatura düzenlenmiş ancak tamamlanması için gerekli imza henüz atılmadan fail yakalanmışsa, teşebbüs söz konusu olacaktır. Benzer şekilde başkası tarafından düzenlenmiş sahte faturanın muhasebe çalışanına verilmesi esnasında failin yakalanması, teşebbüs aşamasında kalmış sahte fatura kullanmak suretiyle vergi kaçaklığı suçuna (VUK m. 359/b) örnektir⁸⁹.

Failin suça teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için doğrudan doğruya icra hareketlerine başlaması aranır. Yargıtay, bir kararında, sanığın oğlu ile yaptığı telefon görüşmesinin hükme esas alınamayacağını, sanığın üzerinde elkonulan boş fatura koçanları ile notların teşebbüs açısından mahkumiyete yeterli olmadığını belirtmiştir⁹⁰.

86 Aksi yönde bkz: **Erman**, (n 5) 25.

87 **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *Genel Hükümler* (n 11) 339; **Özgenç**, (n 49) 190; **Koca/Üzülmez**, *Genel Hükümler*, (n 21), 84.

88 **Demirbaş**, (n 23) 504; **Akbulut**, (n 25) 617.

89 **Şenyüz**, (n 2) 448; **Gökçen**, *Belgede Sahtecilik* (n 4) 275.

90 "Sanığın oğlu ile yapılmış telefon konuşmalarının hükme esas alınamayacak olması ve üzerinde ele geçen bir kısım düzenlenmemiş boş fatura ve not kağıtlarının da atılı suçun işlendiği yönünde kesin ve inandırıcı delil niteliğinde bulunmaması karşısında beraat kararı verilmesi gerekir. Sanığın Yapı şirketine sahte fatura temin etmek fiiline maddi menfaat gözetmeksizin iştirak ettiği ve eyleminin 213 Sayılı Kanunun 360 mnci maddesine uygun bulunduğunu belirten vergi dairesince düzenlenmiş mütalaa içeriği gözetildiğinde, sanık hakkında 213 Sayılı Kanunun 360 mnci maddesinin uygulanıp

B. SUÇA İŞTİRAK

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Kanuni tipte tek kişi tarafından işlenebileceği öngörülen bir suçun, birden fazla kişi tarafından aralarındaki anlaşmaya göre her birinin illi değeri haiz katkısıyla birlikte işlenmesi halinde suça iştirak söz konusu olur. İştirak, suçun özel görünüş şekillerinden biridir⁹¹.

İştirak; faillik ve şeriklik şeklinde ortaya çıkabilir.

Fiili doğrudan doğruya birlikte gerçekleştirenlerden her biri fail olarak sorumludur. Suçun icrasına iştirak etmekle birlikte, kanuni tanımda yer alan fiili gerçekleştirmeyenler, şerik olarak vasıflandırılır⁹².

Vergi suçları açısından VUK'un 360'uncu maddesinde özel bir iştirak hükmü öngörülmüştür. Buna göre, 359'uncu maddede yazılı suçların işlenmesine iştirak edenler hakkında, suçtan menfaat elde etmemiş olmaları halinde, Türk Ceza Kanununun iştirak hükümlerine göre verilecek cezanın yarısına hükmedilir.

08.02.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunun 277 nci maddesiyle ile değiştirilmeden önce VUK m. 360; "*Birden fazla kişi 359 uncu maddede sayılan fiillerin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri bundan ayrı ayrı menfaat gözetmek şartıyla o fiile mahsus ceza ile cezalandırılır. Söz konusu fiilleri işlemeye azmettirenlere de aynı cezalar hükmolunur. Bu fiillere maddi menfaat gözetmeksizin iştirak edenlere fiile mahsus cezanın dörtte biri hükmolunur*" şeklindeydi.

Türk Ceza Kanununun genel hükümlerindeki iştirake nazaran özel bir iştirak hükmü öngören bu düzenleme, 22.07.1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanunun 15'inci maddesiyle ihdas edilmişti. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, bu kanuna uyum sağlaması amacıyla VUK'un 360'uncu maddesi değiştirilmiştir. Artık vergi suçları ve konumuz olan kaçakçılık suçu açısından Türk Ceza Kanununun iştirak hükümleri uygulanacak, şartları varsa VUK'un 360'uncu maddesine göre cezada indirim yapılacaktır⁹³.

Değişiklik yapılmıyorsa, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep içeren VUK m. 360, TCK'nın iştirake ilişkin hükümleri ile çelişmesi sebebiyle kadük kalmış olacaktı. Bir örnekle açıklamak gerekirse, menfaat gözetmeksizin suça yardım eden kişinin cezası, TCK'ya göre yarı oranında indirilecektir (TCK m. 39/1). 5728 sayılı Kanun da aynı oranda indirim içerdiğinden, menfaat gözetmeksizin suça yardım eden kişinin cezası değişmemiş olacaktır⁹⁴.

uygulanmayacağıının tartışılmaması bozma nedenidir" **Yarg. 16. C.D., 2017/1746 E., 2018/266 K., 14.02.2018.**

91 **Sedat Apak**, Vergi Suçlarında İştirak, Tekerrür ve Birleşme, (Doktora Tezi İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilimdalı 2008), 120; **Gencel**, (n 68) 77.

92 **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *Genel Hükümler* (n 11) 639.

93 **Apak**, (n 91) 119; **Gencel**, (n 68) 80.

94 **Karakoç**, (n 2) 108; **Şenyüz**, (n 2) 446; **Apak**, (n 91) 119.

Bu düzenleme gereğince vergi kaçaklığı suçunun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi halinde, kişinin yardım eden, azmettiren veya müşterek fail olması fark etmeksizin işlenen fiilden menfaat temin edip etmediği araştırılmak zorundadır.

Maddede geçen menfaatin hukuki niteliği de önem arz etmektedir. Bir görüşe göre, hükümde menfaatin yalnızca maddi olması aranmamıştır. Menfaat, manevi de olabilir. Ancak manevi menfaat ile neyin kastedildiğine dair bir örnek verilmemiştir⁹⁵.

Bizimde iştirak ettiğimiz görüş, hükmün yalnızca maddi menfaati aradığı yönündedir. İştirakte menfaate ilişkin cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep, ilk defa 4369 sayılı Kanunun 15'inci maddesiyle düzenlenmiştir. Bu maddenin komisyon raporunda ayrıntılı izahata yer verilmiş, fakat menfaatin kapsamına dair bir açıklama zikredilmemiştir. Bununla birlikte esas itibarıyla vergi düzenine aykırılık teşkil eden vergi kaçaklığı fiillerinde suça iştirak eden kişinin cezasında indirim öngörülmesinin maddi menfaate isabet ettiği kuşkusuzdur⁹⁶. Düşüncemize göre 360 ıncı maddede yer alan menfaat; suça iştirak eden kişinin, suçun işlenmesiyle sebebiyet verdiği vergi ziyandan bir kar etmesi veya bu iştirak sebebiyle başka bir kişiden bir malvarlığı değerini edinmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Menfaatin mutlaka az ödenen vergi sebebiyle kişinin kar etmesi şeklinde anlaşılmamalıdır. Şirketin muhasebe işlemlerini gerçekleştiren kişi, sahtecilik fiiline iştirak etmesine rağmen muhasebecilik ücretinden başka bir ücret almaması halinde, menfaat temin etmeksizin suça iştirak etmiş sayılacaktır⁹⁷.

Yargıtay içtihatlarında da açıkça maddi menfaat temininin araştırılması gerektiği vurgulanmaktadır⁹⁸.

2. FAİLLİK

Türk Ceza Kanunu'nun 37'nci maddesinin 1'inci fıkrasında; suçun kanuni tanımındaki fiili birlikte işleyenlerden her birinin fail olarak sorumlu olduğu belirtilmektedir. İkinci fıkrada ise suçun

95 **Özen**, (n 8), 88.

96 Maddi menfaati daha da dar tanımlayan Erman'a göre; menfaat kavramı dar manada kullanılmış olup, bizzat vergi kaçaklığı fiilinden elde edilmiş olmalıdır. Örneğin kişinin, vergi kaçaklığı fiiline yaptığı katkı sebebiyle dolgun bir ücret alması veya maaşına ilave yapılması burada yer alan menfaat şartını karşılamamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Erman**, (n 5) 33. Ayrıca bkz: **Gencel**, (n 68) 79.

97 **Gencel**, (n 68) 80.

98 "Sanığın aşamalarda, suç tarihi öncesinde Sefa E.'in kahvehanesinde işçi olarak çalıştığını, kendisi adına olan Güner Orman Ürünleri ünvanlı işletmenin de Sefa tarafından adına kurulup fiilen idare edildiğini, hem kendisi adına hem de Sefa adına açılan işyerleriyle fiilen ilgilenmediğini, günlük 10 TL karşılığı kendisi adına açılan yazıhanede beklediğini, 24.11.2005 tarihin de askere gittiğini, döndükten sonra da kendi adına tesis ettirilen mükellefiyeti iptal ettirdiğini savunması karşısında; sanığın ölü Sefa E.'in 2005 takvim yılında sahte fatura düzenlemek suçuna maddi menfaat gözeterek iştirak iradesiyle ne şekilde katıldığının somut delilleriyle birlikte gerekçeye yansıtılmaması ve 213 Sayılı Kanunun 360. maddesinin 2. cümlesinin uygulanıp uygulanmayacağına da tartışılmaması" **Yarg. 11. C.D., 2011/5756 E., 2011/20867 K., 19.10.2011**; "Ayrıca 3568 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu uyarınca muhasebecilik mesleği gereği olarak verilen hizmet kapsamında sanık ...'nün mükellef şirketin beyannamelerini vermek dışında ne şekilde sahte belge düzenlemek suçuna iştirak ettiği VUK'nin 360. maddesi uyarınca suçtan maddi menfaat elde edip etmediği araştırılıp karar yerinde açıklanıp tartışılmak suretiyle hüküm kurulması gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile sanıklar hakkında hükümler kurulması" **Yarg. 11. C.D., 2021/7813 E., 2021/5858 K., 23.06.2021**.

işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişinin fail olarak sorumlu olması hüküm altına alınmıştır. Ayrıca araç olarak kullanılan kişinin kusur yeteneği bulunmaması halinde, failin cezası üçte birinden yarısına kadar artırılacaktır. Birinci fıkrada müşterek faillik, ikinci fıkrada ise dolaylı faillik düzenlenmiştir⁹⁹.

Müşterek faillikte, fiili işleyenlerin her biri fail olarak sorumlu olacaktır. Birlikte suç işleme kararının icrası kapsamında, fiil üzerinde ortak hakimiyet kuran kişilerden her biri, suç ortağı fail statüsündedir. Müşterek faillikte, fiil üzerinde birlikte suç işleme kararı ve ortak hakimiyet olmak üzere iki unsur vardır¹⁰⁰.

Müşterek faillikte kişi, sorumluluğunu bizzat kendi fiilinden aldığı için, bağlılık kuralına ihtiyaç yoktur. Örneğin fikir ve eylem birliği içinde sahte faturayı bastıran kişi ile ona gerçeğe aykırı bilgileri yazıp vergi dairesine sunan firma yetkilisinin her ikisi de VUK 359/b'de yer alan kaçakçılık suçundan müşterek fail olarak sorumludur¹⁰¹.

Uygulamada, suça konu faturayı vergi dairesine sunan, defterlerine işleyen kişilerin kim olduğu araştırılmadan şirketin ticaret sicil kayıtlarına bakılarak suç tarihinde yetkili görünenler, başkaca herhangi bir araştırma yapılmaksızın müşterek fail olarak cezalandırılmaktadır. Halbuki cezaların şahsiliği ilkesi gereği, belgede kısmen veya tamamen sahtecilik suretiyle işlenen bu suçta, belgeyi düzenleyen veya bu özelliğini bilerek kullanan kişi veya kişiler tespit edilmeli, bunların kasten mi taksirle mi hareket ettikleri belirlenmeli ve ona göre sorumlu tutulmalıdır. Aksinin kabulü, tüzel kişiyi temsile yetkili tüm gerçek kişilerin cezalandırılması sonucunu doğurur ki bu da kusura bağlı ceza sorumluluğu prensibine aykırı olur. Bu nedenle suç oluşturan fiili gerçekleştiren kişiler titizlikle araştırılıp tesbit edilmeli ve buna göre hüküm kurulmalıdır. Yargıtay içtihatlarında, kaçakçılık suçunu oluşturan fiilin işlendiği tarihte şirketi temsile ve idareye yetkili kişilerin tesbitine ek olarak fiili işleyen kişinin tesbiti için, suça konu faturalar üzerinde imza incelemesi yapılması¹⁰², şirket yetkilileri arasında iş bölümünün bulunup bulunmadığı, imzaya yetkili kişilerin görev ve sorumlulukları ile vergi mükelleflerinin ve muhasebeci, mali müşavir gibi diğer ilgili kişilerin tanık olarak beyanlarına başvurulması gerektiği belirtilmektedir¹⁰³.

99 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler* (n 11) 740.

100 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler* (n 11) 743; Şenyüz, (n 2) 441.

101 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler* (n 11) 826. Ayrıca bkz: Karakoç, (n 2) 109.

102 “Sanık hakkında 2008 takvim yılında sahte fatura düzenleme suçundan kurulan mahkumiyet hükmüne yönelik sanık müdafinin temyiz taleplerinin incelenmesinde; Sanık hakkında 2008 takvim yılında sahte fatura düzenlediği iddiasıyla açılan kamu davasında; suçun unsurlarının ve maddi gerçeğin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi bakımından; 1 – Sahte olarak düzenlendiği iddia olunan fatura asıllarından kanaat oluşturacak sayıda temin edilerek, üzerlerinde bulunan yazı ve imzaların sanığa ait olup olmadığına sanıktan sorulması, kendisine ait olmadığını söylemesi halinde konusunda uzman bir kurum veya kuruluştan rapor alınması, 2 – Faturalardaki yazı ve imzaların sanığa ait olmadığına anlaşılması halinde ise; a) Sanıktan ilgili yıllarda fatura aldığı tespit edilerek haklarında karşıt inceleme raporu bulunan şirket yetkilileri hakkında dava açılıp açılmadığının araştırılması; dava açılmış ise, dosyalarının getirtilerek incelenmesi ve bu davayla ilgili belgelerin onaylı örneklerinin çıkartılarak dosya içine konulması (...)” Yarg. 11. C.D., 2019/2820 E., 2020/4106 K., 07.07.2020.

103 “Tüzel kişilerin idarecisi veya yöneticisi ile temsilcisi kavramları farklıdır. İdare veya yönetim yetkisi, ortaklığın iç bünyesini ilgilendiren kararların alınıp, uygulanmasını, yani ortaklıkta yetki ve sorumluluk sahibi olmayı kapsar. Temsil yetkisi ise, ortaklığın dış işlerinde, üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde, hak ve sorumluluk sahibi olmayı, ortaklığı borç altına sokabilme

Gerçekten de şirketin işleyişinden haberi olmayan fakat belirli sebeplerle şirkete münhasır imza yetkisini haiz yönetici olarak tayin edilen işçi veya eşi tarafından adına şirket kurulan ev hanımı örneklerinde olduğu gibi, sahte faturanın mahiyetini bilmeyen, varlığından dahi haberdar olmayan kişilerin cezalandırılması, cezaların şahsiliği ve ceza hukukunda kusura dayalı sorumluluk ilkesine aykırıdır. İnceleme konusu suçta fail, sahte faturayı bizzat düzenleyen veya bu özelliğini bilerek kullanan kişidir. Sahte olduğu ileri sürülen tevsik edici belgeler mutlaka incelenmeli ve kim tarafından düzenlendiği veya bu özelliğini bilerek kim tarafından kullanıldığı şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilmelidir. Bu hususta karşıt inceleme raporunun alınması ile faturanın kimden alındığının ilgili kişilere sorulması da ispata yararlı usuli işlemlerdir¹⁰⁴.

Kişinin suçu bir başkasını vasıta kılarak işlemesi durumunda, TCK'nın 37'nci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen dolaylı faillik söz konusu olacaktır. Dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki ayırım, vasıta olarak kullanılan kişinin cezai sorumluluğunun olmaması veya ortadan kaldırılmasından ileri gelmektedir. Örneğin yanında çalıştırdığı 15 yaşından küçük fakat vergi kanuna göre tutulması veya düzenlenmesi gerekli faturanın ne anlama geldiğini algılama imkanı olmayan küçüğe, sahte fatura hazırlamasını öğreterek işletmede sahte fatura hazırlatan kişi, küçüğün işlediği fiilden fail olarak sorumludur.

3. ŞERİKLİK

Şeriklik; azmettirme ve yardım etme olarak ikiye ayrılır. Azmettirme, suç işleme düşüncesi bulunmayan bir kimseye, suç işleme kararının verdirilmesidir (TCK m. 38). Yardım etme ise, failin kasten işlediği suça maddi veya manevi olarak destekte bulunmaktır. Failin suç işleme kararını kuvvetlendirmek de yardım etme olarak düzenlenmiştir (TCK m. 39/2-a)¹⁰⁵.

yetkisini ifade eder. Bu tanımlara göre, idare hakkı ile temsil yetkisi nitelik ve içerik bakımından birbirlerinden farklıdır. Kural olarak birlikte bulunsalar da sözleşme ile birbirlerinden ayrılıp, başka şahıslara verilmesi de mümkündür. Tüzel kişilerin birden fazla kanuni temsilci bulunup da suç, eylem ve fikir birliği içinde işlenmemiş ise sorumluluğun, cezanın şahsiliği ilkesine bağlı olarak temsil yetkisinin bölünümündeki ağırlık ve sınırlara göre suçun şekli sorumlusuna değil, ayrıntısını bilen ve oluşumunda rolü olan temsilciye ait olacağı gözetilerek, 31.07.2007 tarihli ticaret sicil gazetesinde yayınlanan, 05.06.2007 tarihli olağan üstü genel kurul toplantısında alınan karar uyarınca A grubu imza yetkisine sahip oldukları anlaşılan, yönetim kurulu üyesi olan sanıklar ..., ..., ... ve ...'nun, olay tarihinde şirketteki görevleri, varsa aralarındaki iş bölümüne dair şirket esas mukavelesi ve iş bölümüne ait kararlar getirilip, organizasyon şeması değerlendirilerek sanıkların şirketteki görev ve sorumluluklarının tespit edilmesi; suç konusu faturaları düzenleyen mükelleflerin CMK'nın 48. maddesi hatırlatılarak tanık sıfatıyla dinlenip, sözü edilen faturaları hangi hukuki ilişkiye dayanarak kime verdiklerinin, sanıkları tanıyıp tanımadıklarının sorulması, toplanan tüm deliller değerlendirilip, sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile hüküm kurulması” Yarg. 11. C.D., 2019/9078 E., 2020/442 K., 21.01.2020.

104 Şenyüz, (n 2) 367. “Faturalardaki yazı ve imzaların sanıklara ait olmadığına anlaşılmaması halinde ise; a -) Faturaları kullandığı belirlenen mükellefler hakkında karşıt inceleme raporu düzenlenip düzenlenmediğinin ilgili vergi dairesinden sorulması, düzenlenmiş ise onaylı örneklerinin getirilmesi, b -) Aynı mükellefler hakkında dava açılıp açılmadığının araştırılması, dava açılmış ise dosyalarının getirilip incelenerek ilgili belgelerin onaylı örneklerinin dosyaya alınması, c -) Faturaları kullanan şirket yetkilileri veya kişilerin tanık sıfatıyla duruşmaya çağrılarak CMK'nın 48. maddesi uyarınca çekimne hakları hatırlatıldıktan sonra sözü edilen faturaları hangi hukuki ilişkiye dayanarak kimden aldıkları, sanıkları tanıyıp tanımadıkları ve faturaların düzenlenmesi konusunda sanıkların bir iştiraki bulunup bulunmadığının sorulması” Yarg. 11. C.D., 2017/1232 E., 2020/3262 K., 18.06.2020.

105 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler* (n 11) 756.

Azmettirenenden farklı olarak yardım etmede şerik, failde suç işleme iradesini oluşturmamakta, yalnızca var olan suç işleme kararını kuvvetlendirmektedir. Şerik, fiili doğrudan işleyen bir kimse olmadığından sorumluluğunu bağlilik kuralı gereği failin fiilinden alır (TCK m. 40). Buna göre suça konu haksızlığı doğrudan gerçekleştirmeyen şeriklerin ceza sorumluluğu, failin icra ettiği fiille bağlıdır. Örneğin sahte fatura düzenlenmesi esnasında (VUK m. 359/b), failin yakalanması durumunda, ona yardım eden kişi de failin fiiline bağlı olarak yardım eden sıfatıyla teşebbüsten sorumlu olur¹⁰⁶.

C. SUÇLARIN İÇTİMAI

VUK'ta suçların içtimaı açısından özel bir hüküm bulunmadığı için içtimaa ilişkin konular TCK'nın genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulmalıdır.

Bununla birlikte VUK'un 340'inci maddesinde, kabahat neviinden olan vergi ziyayı ve usulsüzlük cezaları ile kaçakçılık suçuna ilişkin cezalarda içtima ve tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. 367'nci maddede de 359'uncu maddede yer alan suçlardan ceza verilmesinin, vergi ziyayı veya usulsüzlük cezasının uygulanmasına engel teşkil etmediği belirtilmiştir¹⁰⁷. Bu sebeple Kabahatler Kanununun içtima başlıklı 15'inci maddesinin 3 fıkrasının uygulanması mümkün olmayacaktır¹⁰⁸.

Bilindiği gibi TCK'nın 43'üncü maddesinde düzenlenen zincirleme suç, hukukçular tarafından cezalarda şiddeti azaltmak için getirilmiş bir kurumdur¹⁰⁹. Buna göre bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi halinde faile tek ceza verilecek ve bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılacaktır. 43'üncü maddenin son fıkrasında, mağduru belirli bir kişi olmayan başka bir deyimle toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda da zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir¹¹⁰.

Zincirleme suç hükmünün tatbiki için aranan şartlar; "1 – failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçu birden fazla işlemesi, 2 – Suçun aynı mağdura karşı işlenmesi veya mağduru toplumu oluşturan herkes olan bir suçun bulunması, 3 – Suçun farklı zamanlarda işlenmesi" şeklindeki başlıklar altında incelenebilir. Düzenlemeye göre bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılacaktır¹¹¹.

106 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler* (n 11) 777 vd.

107 Erman, (n 5) 36; Karakoç, (n 2) 123; Apak, (n 91) 195.

108 Kabahatler Kanununun 15'inci maddesinin 3'üncü fıkrası şöyledir: "Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır".

109 Kayıhan İçel, *Suçların İçtimaı*, (Sermat Matbaası 1972), 94; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler* (n 11) 803.

110 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler* (n 11) 803 vd.

111 İçel, *Genel Hükümler*, (n 20) 526; Özgenç, (n 49) 619; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler* (n 11) 884; Neslihan Göktürk, 'Türk Hukuku'nda Suçların İçtimaı' (2014) 2(1-2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 31, 42; Haluk Çolak, Dolandırıcılık ve Sahtecilik Suçlarında Suçların İçtimaı ve Zincirleme Suç Hükümlerinin Uygulanması in: Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C. I, (Beta 2014) 291.

TCK'nın 43'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı suçlar kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma olarak belirtilmiş, VUK m. 359/b'de yer alan kaçakçılık suçu bunların arasında sayılmamıştır. Bu hususta VUK da özel bir hüküm de yoktur.

Farklı zamanlarda işlenen suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Toplumunu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, muayyen bir kişi mağdur olmadığına göre, zincirleme suç hükümlerini öncelikle uygulamak gerekir¹¹².

Mağduru muayyen bir kişi olmayan suçlara; Parada Sahtecilik (m. 197), Rüşvet (m. 252) ve İhaleye Fesat Karıştırma (TCK m. 235) örnek olarak gösterilebilir. VUK m. 359/b'de düzenlenen suçun işlenmesiyle de, somut ve belirli bir kişi değil, toplumu oluşturan herkes suçun mağduru olmaktadır. Bu nedenle suçun zincirleme şekilde işlendiği takdirde TCK'nın 43'üncü maddesinin uygulanması gerektiği noktasında şüphe yoktur¹¹³.

VUK m. 359, yukarıda da izah ettiğimiz gibi a,b,c ve ç fıkralarından oluşmaktadır. Her bir fıkrada da ayrı ayrı suçlar yer almaktadır. İnceleme konumuzu oluşturan 359/b fıkrası içinde sayılan fiiller, seçimlik hareketlerden ibaret olup, aynı suçu oluşturmaktadır. Bu nedenle zincirleme suçun şartlarından olan; “*bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçun işlenmesi*”, b fıkrası açısından gerçekleşmiştir. Örneğin VUK m. 359/b'de yer alan sahte belge düzenleme ve daha sonra da defterin sahifesini kopartarak yok etme fiillerinin işlenmesi halinde, faile tek bir ceza verilerek bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılacaktır. Ancak bu fiillerin değişik zamanlarda değil, aynı anda işlenmesi halinde, faile tek bir suçtan ceza verilecektir. Bu son sayılan ihtimalde failin gerçekleştirdiği birden fazla hareket, yalnızca cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınabilir (TCK m. 61)¹¹⁴.

Yargıtay ise 765 sayılı eski ceza kanunu döneminde verdiği ve 5237 sayılı TCK döneminde de devam ettirdiği içtihatlarında inceleme konusu suç bakımından “aynı takvim yılı içinde gerçekleştirmiş olma” gibi ilave bir kriter daha ihdas etmiş ve aynı fıkrada yer alan fiillerin, aynı takvim yılında işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir¹¹⁵.

TCK'nın 43'ncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre aynı suçun, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda işlenmesi halinde, faile bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı değil, bir ceza verilmekte ve fakat ceza arttırılmaktadır. Konumuzu teşkil eden vergi kaçakçılığı suçunda fail, vergi kaçırmak amacı ile aynı fıkrada yer alan fiilleri birden fazla kez işlemesi halinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında kanuni tipi ihlal ettiği kabul edilmelidir. Mağduru gayri muayyen olan vergi kaçakçılığı suçunda, TCK'nın 43'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının son cümlesi gereği, fiil, aynı mağdura karşı işlenmiş sayılacaktır¹¹⁶.

112 Göktürk, (n 111) 42.

113 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler* (n 11) 803 vd..

114 Gökçen, *Belgede Sahtecilik* (n 4) 174; Karakoç, (n 2) 125; İçel, *Suçların İçtimai*, (n 109) 112.

115 Kızılot/Kızılot, (n 29) 599.

116 Özgenç, (n 49) 620; Demirbaş, (n 23) 569.

VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrasında tanımlanan suçlar açısından problem teşkil eden alan, zincirleme suç için aranan; fiilin bir suç işleme kararının icrası kapsamında ika edilip edilmediği sorusudur.

Doktrinde, zincirleme suçun subjektif şartını oluşturan bir suç işleme kararının icrası; her bir suçun bir önceki suçla bağlantılı gözükmesine yol açacak nitelikte subjektif bir bağ ile suçun işlenmesi şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle failin ortaya çıkan fırsatlardan faydalanarak genel ve soyut bir karar ile aynı suçu değişik zamanlarda işlemesi, zincirleme suçta aranan subjektif şartı karşılamadığı ileri sürülmüştür. Örneğin failin bir şehre gelerek burada belirli bir süre boyunca hırsızlık yapması değil, belirli bir dükkandan sürekli bisiklet çalması zincirleme suçta aranan subjektif şartı sağlamaktadır¹¹⁷.

Yargıtay içtihatlarında sanığın aynı takvim yılı içerisinde, farklı zamanlarda sahte fatura kullanma suçunu işlediğinin subutu halinde teselsül hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla aynı suç işleme kararının mevcudiyeti, verginin türüne göre ayrı ayrı düzenlenmiş olan tarhiyat dönemlerine göre değil takvim yılı esası dikkate alınarak belirlenmektedir¹¹⁸.

Vergiler, beyanname dönemlerinde tahakkuk eder ve nihayetinde yıllara ayrılarak toplanır. Verginin türüne göre beyanname dönemleri ayrı ayrı olabileceği gibi, takvim yılının tamamını da kapsayabilir. Örneğin Katma Değer Vergisi 1 aylık dönemler şeklinde belirlenmiş iken, Geçici Vergi, 3 aylık dönemler halinde tahsil edilmektedir. Bütün bu vergilendirme dönemleri, 1 takvim yılının (1 Ocak – 31 Aralık) kısımlarını teşkil ettiği için Yargıtay tarafından aynı takvim yılı içerisinde fakat değişik zamanlarda işlenen fiillerin teselsül ettiği kabul edilmektedir¹¹⁹.

Bir kararda, aynı beyanname dönemine ilişkin birden fazla sahte fatura kullanılması, tek fiil kabul edilmiş ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Gerçekten de failin sahte faturaları aynı anda düzenlemesi veya kullanması tek suç teşkil eder. Zira bu ihtimalde fail tek hareketle fiilini işlemekte, aynı anda sahte faturaları beyan etmektedir¹²⁰.

Yargıtay içtihatlarında bir suç işleme kararı; *“kanunun aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyetin anlaşılması gerektiği, bu bağlamda failin suçu işlemeyen önce bir plan yapmasının veya bu suça niyet etmesinin, fakat fiili bir defada yapmak yerine, kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmesinin, hareketinin önceki hareketinin devamı olmasının ve tüm hareketleri arasında subjektif bir bağlantı bulunmasının anlaşılması gerektiği, ilk eylemle ikinci eylem arasında makul sayılamayacak uzunca bir sürenin geçmesinin, sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle suçu işlediğini gösterdiği”* şeklinde açıklanmaktadır¹²¹.

117 İçel, *Genel Hükümler* (n 20) 536.

118 Yarg. 11. C.D., 2012/1924 E., 2013/9240 K., 03.06.2013; Yarg. 11. C.D., 2017/2951 E., 2021/4192 K., 24.05.2021.

119 Şenyüz, (n 2) 392; Özen, (n 8), 97; Ümit, (n 53) 381.

120 Yarg. 11. C.D., 2018/1156 E., 2021/1977 K., 01.03.2021; Yarg. 11. C.D., 2018/2995 E., 2021/2192 K., 04.03.2021; Gökcen, *Belgede Sahtecilik* (n 4) 305; İçel, *Genel Hükümler*, (n 20) 534; Ümit, (n 53) 383.

121 Y.C.G.K., 2014/382 E., 2014/2 K., 14.01.2014; Y.C.G.K., 2014/847 E., 2016/128 K., 15.03.2016.

VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrasındaki suçlar açısından ise Yargıtay; takvim yılının sona ermesi ile failin suç işleme kararının sona erdiği, aynı suç işleme kararının mevcudiyetini kaybettiği ve fiilin kesintiye uğradığı görüşündedir¹²².

Gereğçenin dayanağını VUK'un 174 üncü maddesi oluşturmaktadır¹²³. Vergilerin yıllık olması ilkesinden kaynaklanan bu düzenlemeye göre; defterler hesap dönemi itibariyle tutulur. Hesap dönemi normal olarak takvim yılıdır¹²⁴.

Yarg. 11. CD'nin 25.12.2019 tarihinde her takvim yılının ayrı suç olacağı kabulüne dayalı verilen onama kararına karşı 11. CD'nin Başkanı; "zincirleme suç hükümlerinin sübjektif şartı olan bir suç işleme kararının icrası kapsamında fiillerin gerçekleştirilmesi şartının, farklı takvim yılında işlenen vergi kaçaklığı suçları açısından tatbikinin mümkün olduğunu" belirterek muhalif kalmıştır¹²⁵.

122 "Bu itibarla sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı fatura kullanma suçlarının oluşumu bakımından vergilendirme-tarh döneminin esas alınmasının vergilerin türleri ve hatta aynı vergi türü bakımından farklı uygulamalara, sonuçta eşitsizliğe, içtima kuralı da nazara alındığında adaletsizliğe yol açacağı anlaşılmaktadır. Yine 213 sayılı Vergi Usul Yasasının, "Vergi Kanunlarının Uygulanması ve İspat" başlıklı 3. maddesinin 2. fıkrası "vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yere ve diğer maddelerle olan bağlantısı gözönünde tutularak uygulanır." hükmünü taşımaktadır. Anılan Yasanın 4369 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılan 358. maddesi ile halen yürürlükte bulunan usulsüzlük cezalarına ilişkin hükümlerinde, suçların oluşumu bakımından hesap dönemi-takvim yılının esas alındığı görülmektedir. Bu nedenle Katma Değer Vergisi indiriminden yararlanmak için aynı hesap dönemi içerisinde ve farklı tarihlerde sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı fatura kullananların eylemlerinin hesap dönemi-takvim yılı esas alınarak teselsül eden bir suç oluşturduğunun kabul edilmesi Yasanın ruhuna aykırı bir yorum tarzı sayılamaz. Ancak burada, iddianameyle dava açılması gibi suçta hukuki kesinti husule gelmesi halinde ayrı bağımsız suçların oluşacağı ve yine bir yıllık bir süre içerisinde kanunun aynı hükmünün çeşitli kereler ihlal edilmesi halinde zararın ağırlığı, kastın yoğunluğu, failin amacı nazara alınarak TCY. snın 29. maddesi uyarınca cezanın arttırılarak tatbiki hususunun düşünülmesi gerektiği de belirtilmelidir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olay ele alınarak değerlendirildiğinde, sahte olarak düzenlenmiş faturaları 1998 ve 1999 yılları içerisinde defter ve kayıtlarına intikal ettirerek KDV beyannamelerinde indirim konusu yaptığı anaşılan sanatın teselsül eden iki ayrı sahte fatura kullanma suçundan dolayı cezalandırılması gerektiğinden Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmesi gerekmektedir" Y.C.G.K., 2002/11 E., 2002/28/179, 05.03.2002.

123 VUK'nun Hesap Dönemi başlıklı 174'üncü maddesi şöyledir: "Defterler hesap dönemi itibariyle tutulur. Kayıtlar her hesap dönemi sonunda kapatılır ve ertesi dönem başında yeniden açılır. Hesap dönemi normal olarak takvim yılıdır. Şu kadar ki, takvim yılı dönemi faaliyet ve muamelelerinin mahiyetine uygun bulunmayanlar için, bunların müracaatı üzerine Maliye Bakanlığı 12 şer aylık özel hesap dönemleri belli edebilir. Yeniden işe başlama veya işi bırakma hallerinde, hesap dönemi içinde bir yıldan eksik olan faaliyet süresi, hesap dönemi sayılır. Bu maddeye göre özel hesap dönemi tayin edilenlerin ticari ve zirai kazançları, hesap dönemlerinin kapandığı takvim yılının kazancı sayılır".

124 Bilici, (n 16) 30; Ümit, (n 53) 381.

125 Bkz: Yarg. 11. C.D., 2019/3348 E., 2019/10113 K., 25.12.2019; ÇOĞUNLUK OYUNA KATILMAMA NEDENLERİ (...) YCGK'nun her takvim yılının ayrı bir suç olarak kabul edildiğine dair bir kararı bulunmamaktadır. Sadece 2002 tarihli bir kararında, 765 Sy.lı TCK 80. maddesinin tartışıldığı olayda aynı yıl içinde birden fazla beyanname gerektiren KDV'nin ayrı suç olarak kabul edilmemesine yönelik bir kararı vardır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 05.03.2002 gün ve 28/179 sayılı kararı, aynı takvim yılı içinde her ay düzenlenen KDV beyannamelerine ilişkin zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin olup, aynı takvim yılında birden fazla düzenlenen KDV beyannamelerinin somut olayımızla ilgisi bulunmadığı gibi söz konusu kararda vergi suçlarının oluşumu bakımından vergilendirme-tarh döneminin esas alınmasının vergilerin türleri ve hatta aynı vergi türü bakımından farklı uygulamalara, sonuçta eşitsizliğe, içtima kuralı da nazara alındığında adaletsizliğe yol açacağı vurgulanmıştır. Vergi Suçlarında görevli Yargıtay 11.Ceza Dairemiz ve daha önce kısa süre görevlendirilmiş 21 C.D. ve 19 C.D.'leri bir çok kararında her takvim yılının her birinin ayrı suç olarak kabul edilmesi gerektiğine dair kabulden doğan bir çok kararları vardır. (...) Sanık ... tarafından kömür ticareti yapmak için kurulan ...Mobilya İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ticaret Ltd.Şti hakkında yapılan araştırmaya ilişkin işyeri tutanağına göre; iş yerinde, bir adet büro masası, iki büro koltuğu ve bir adet 2'li koltuk olmak üzere toplam 1300 tl değerinde büro eşyası bulunduğu belirlenmiş, ayrıca depo ve nakliye aracı olmadan kurulan kömür ticareti iştiğal konusu olan şirket 18/07/2008

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının aynı gerekçelerle takvim yılı esasına dayalı olarak verilen kararına, Yargıtay Başsavcılığı, olağanüstü kanun yolunana itiraz etmiş ve bu suretle konu Ceza Genel Kurulu gündemine gelmiştir. YCGK ise somut olayda yapılan temyiz başvurusunda yer alan 3 hüküm hakkında tebliğnamede görüş bildirilmesine rağmen diğer üç hüküm hakkında görüş bildirilmemesi sebebiyle bu aşamada zincirleme suç hükümlerine ilişkin uyumsuzluğun çözümüne geçilemeyeceğini belirtmekle yetinmiştir¹²⁶.

tarihinde işe başlamış ve 872.060.0685 vergi numarası alıp yetkili matbaalarda faturalar bastırdıktan sonra şirkete fiilen 31/12/2009 tarihinden itibaren ulaşılamamıştır. Şirket muhasebecisi de bu tarihten itibaren şirketten hiç bir evrak ve bilgi akışı sağlanamadığından 31.05.2010 tarihinden itibaren portföyünden çıkardığını bildirmiştir. Vergi dairesi hiç bir vergisel bildirimleri ve yükümlülükleri yapılmayan şirketi 31/12/2012 tarihinden itibaren re'sen sona erdirmiştir. Görüldüğü üzere baştan itibaren herhangi bir ticari işletme amacı olmadan kurulan şirket, Sanık tarafından resmi şirket görünümünü kazandıktan hemen sonra vergi kaydının sağladığı avantajlarla daha sonra kaçakçılık suçunda kullanacağı faturaları temin etmiş arkasından işyerini fiilen terk etmiştir. Sanık başlangıçtan itibaren şirket kurması ve vergi mükellefiyeti avantajları ile aldığı ve düzenlediği sahte faturalarla kaçakçılık fiillerini aynı "plan" ile başlatmış, daha sonra bu plana 2010, 2011, 2012 yıllarında aralıksız devam ederek herhangi bir hukuki ve fiili kesinti olmadan herhangi bir ticareti olmadığı halde karşı inceleme raporlarında incelenen şirketlere komisyon karşılığı elinde bulunan faturaları keserek vergi kaçakçılığı suçunu gerçekleştirmiştir. Aynı şekilde şirkete gerçek bir mal girişi olmadan kestiği faturaların girişini göstermek için kendisi gibi sahte fatura düzenleyen kişilerden temin ettiği faturaları şirkete giriş göstererek kullanmıştır. Sanığın başlangıçtan itibaren bir plan dahilinde hareket ettiği dosya içinde oluşa ve kabule göre sabittir. Yukarıda açıklandığı gibi, üç yıl içinde aynı şirkete ait - vergi memurlarının tesbit edebildiği - elde edilen verilere göre; 2010 yılında 159 belge, 2011 yılında 44 adet belge, 2012 yılında 160 adet belge düzenlediği, bütün bu belgeleri "bir suç işleme kararının icrası" kapsamında düzenlediği, ayrıca form ba ile sahte fatura düzenleyicisi şirketlerden yaptığı alışlarının toplam tutarının ise 2010 takvim yılında 53 adet belge, 2011 takvim yılında 132 adet belge, 2012 takvim yılında 67 adet belge olduğu, bütün bu belgeleri "bir suç işleme kararının icrası" kapsamında kullanarak vergi kaçakçılığı suçunu işlediği anlaşılmıştır. Somut olayımızda aynı adreste kurulan şirkete ait vergi mükellefi avantajları ile alınan faturaları düzenleme şeklinde düzenleyen sanığın baştan beri aynı plan çerçevesinde hareket ettiği ve "bir suç işleme kararının icrası" kapsamında sahte fatura düzenlediği ve kullandığı sabittir. 213 sayılı Vergi Usul Kanununda her takvim yılında ayrı suç oluşacağı şeklinde yasal bir düzenleme olmadığı halde, devam eden bu uygulama sonucu neticeten mali denetimlerin ihmali veya yetersizliğinden suç ve cezaları önleme ile caydırıcılığının sağlanamaması sonucunda 2-3 yıl süren vergi kaçakçılığı şeklinde gerçekleşen eylemler nedeniyle uygulamada Vergi Usul Kanunu 359. maddede sınırları 3-5 yıl aralığındaki ceza miktarının her takvim yılı hesabına göre 3 yıldan başlayıp 40 yılı geçen hapis cezalarını içeren yüzlerce mahkumiyet kararları bulunmaktadır. Yukarıda da izah ettiğimiz gibi kanun koyucunun zarar miktarını da dikkate de alarak ceza miktarını düzenlemesi mümkündür. Bu kapsamda ortada herhangi bir yasal düzenleme olmadan her takvim yılının başında suç işleme iradesinin yenilendiğini kabul etmek mümkün değildir. Özellikle bir takvim yılı kabul edilmesi halinde zaman aralığı konusunda çelişkili ve hakkaniyete aykırı uygulamalar oluşmaktadır. Aynı takvim yılı içinde örneğin 2010 takvim yılı içinde ocak ayı ile aralık ayı arasında 11 aylık zaman aralığı içinde düzenlenen iki ayrı faturayı aynı "bir suç işleme kararının icrası" kapsamında kabul edildiği halde; 2010 yılı Aralık ve 2011 yılı Ocak ayında gerçekleşen ve bir aydan daha kısa, bazen bir kaç günlük ara ile fatura düzenleme eyleminin çok kısa zaman aralığında gerçekleştiği durumlarda sanığın iradesinin ve planının yenilendiğini kabul etmek gerekir ki bu da hakkaniyete ve oluşa aykırıdır. Her mali yılın ayrı suç olarak kabul edilmesine gerekçe gösterilen 213 sayılı Vergi Usul Yasası'nın 174. maddesi vergi mükellefinin vergiye esas ticari defterlerinin defter düzenini sağlamak için vergi sistematigi içinde vergisel hesaplamaları yapmak için yaptığı "hesap dönemi" kavramını mali takvim yılı olarak kabul edilmiş olması, sürekliliği olan bir işletmenin hesap dönemlerindeki hesaplama kolaylığı için getirilen bir vergisel düzenden ibarettir. Suç işleme konusundaki iradenin yenilendiğini her hesap dönemi ile tamamlanıp yeniden başladığını kabul etmek TCK'nin temel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Yasalarda "hesap dönemi" veya "mali takvim yılının" ayrı suç olarak cezalandırıldığına dair bir düzenleme olmadığından 213 sayılı Vergi Usul Yasası'nın 174. maddesinde belirlenen işletmenin defter düzeni ile ilgili defter tutma kurallarını belirten düzenlemenin sanığın suç işleme iradesini yenilediği şeklinde kabul etmek mümkün değildir".

- 126 "(...) Yalnızca üç hüküm yönünden görüş bildirilmiş olup geri kalan üç hüküm yönünden ise görüş bildirilmemiştir. Yargıtay Kanunu'nun 28 ve Yargıtay İç Yönetmeliği'nin 37. maddeleri uyarınca Yerel Mahkemece verilen kararların temyiz yoluyla incelenmesinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca, temyiz edenlere ve temyiz konusu tüm hükümlere yönelik hukuki görüşün açıklandığı bir tebliğnamenin düzenlenmesi zorunludur. Bu nedenle, sanık müdafisi tarafından açılmış bulunan temyiz davasına dayalı olarak Ceza Genel Kurulunca inceleme yapılabilmesi için, öncelikle Yargıtay Cumhuriyet

VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrası kapsamında kişinin; vergi düzenince tutulması ve düzenlenmesi gereken defter, kayıt ve belgelerin yok edilmesi, defter sahifesinin koparılarak yerine hiç yaprak konulmaması veya başka bir yaprak konulması ile faturanın kısmen veya tamamen sahte olarak düzenlenmesi ya da kullanması halinde ammenin itimadına karşı tek bir suç işleme kararının icrası kapsamında hareket ettiği muhakkaktır. Örneğin sahte fatura kullanarak gider pusulasına gerçeğinden fazla gider işlenmesi ve ayrıca gerçek olmayan bir mal satışına ilişkin fatura düzenlenmesi halinde, iki ayrı suç da aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmektedir.

Fiilin aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesinden kasıt, hukuki veya fiili bir kesinti olmaksızın bir suç işleme kararının icrası kapsamında suçların işlenmesidir.

Kişinin işlediği fiilden sonra hukuki kesinti meydana gelmesi halinde, örneğin ilk fiilden sonra iddianame düzenlenmesi gibi, artık iddianame tarihinden sonra gerçekleştirilecek fiiller, zincire dahil edilmez. Zira burada kişinin yeni bir suç işleme kararı mevcuttur.

Konumuza benzer bir örnek olan tefecilik suçunda da aynı işyerinde pos cihazı kullanarak kişilere komisyon karşılığı para veren fail hakkında iddianame tanzim edilene kadar işlediği fiillerin tamamı, aralarında bir kaç yıl olsa dahi, zincirleme suç hükümleri kapsamında değerlendirilmektedir. VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrasında tanımlanan suçun da bu örnekten hiç bir farkı yoktur. Özel ceza kanunlarına da, aksine hüküm bulunmadığı müddetçe TCK'nın genel hükümleri tatbik edilir¹²⁷.

Açıklanan gerekçelerle Yargıtayın kanunilik ilkesine aykırı şekilde uyguladığı takvim yılı esası hiç bir hukuki gerekçeye dayanmamaktadır. Adeta kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkı ile kanunilik ilkesi ihlal edilerek içtihatla sanıkların aleyhine hüküm ihdas edilmiştir.

Takvim yılı esasının kanunilik ilkesine ve ceza hukukunun genel ilkelerine teşkil ettiği aykırılığı ortaya koymak anlamında şu örneği vermek mümkündür: Kasım ayında sahte fatura düzenlemeye başlayan kişinin, 10 adet sahte faturanın sonuncusunu 31 Aralık 2020 tarihinde tanzim etmesi halinde kendisine müteselsil suç hükümleri uygulanarak tek ceza verilecek, aynı kişi yalnızca 31 aralık ve 1 ocak tarihlerinde 2 ayrı sahte fatura düzenlemesi halinde faile 2 ayrı suçtan ceza verilecektir. Failin suç işleme kararının takvim yılına göre yenilediği şeklindeki kabulün anlamsızlığı, isabetli olmadığı bu örneklerden açıkça anlaşılmaktadır¹²⁸.

Başsavcılığınca diğer üç hükmü de kapsayacak şekilde sanık müdafisi tarafından ileri sürülen temyiz nedenlerinin değerlendirildiği bir ek tebliğnamenin düzenlenmesi gerektiğinden, dosyanın bu eksikliğin giderilmesi için tevdi kararı verilmesi amacıyla Yargıtay 11. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdi edilmesine karar verilmelidir. Ulaşılan sonuç karşısında; sanığın, 2010, 2011 ve 2012 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme ve kullanma eylemleri nedeniyle, her bir takvim yılında ayrı ayrı sahte fatura düzenleme ve kullanma suçlarından her birisi kendi içerisinde zincirleme şekilde üçer kez olmak üzere toplamda altı kez mi, takvim yıllarını ayırmaksızın sanığın ilk eyleminden son eylemine kadar bütün sahte fatura düzenleme ve kullanma eylemlerini kendi içlerinde zincirleme olacak şekilde değerlendirip sahte fatura düzenleme ve kullanma suçlarından zincirleme şekilde birer kez olmak üzere toplamda iki kez mi, yoksa her bir takvim yılındaki sahte fatura düzenleme ve kullanma eylemlerini bir bütün hâlinde zincirleme tek bir suç olacak şekilde değerlendirerek her bir takvim yılı için birer kez olmak üzere toplamda üç kez mi cezalandırılması gerektiğinin belirlenmesine ilişkin uyumsuzluk konusu bu aşamada değerlendirilmemiştir” Y.C.G.K., 2020/11-143 E., 2020/418 K., 15.10.2020.

127 Aksi yönde bkz: **Karaarslan**, (n 1) 118. Tefecilik örneği için bkz: **Yarg. 5. C.D., 2021/8357 E., 2021/3892 K., 21.09.2021.**

128 Aksi yönde bkz: **Ümit**, (n 53) 381.

Farklı neviden fikri içtima, failin tek bir fiil ile birden fazla kanuni tipi ihlal etmesidir. Sahte fatura düzenlemek suretiyle işlenen kaçakçılık suçunda ilk akla gelen özel belgede sahtecilik suçudur. Vergi kanunlarına göre düzenlenmesi veya tutulması gereken belgenin, sahte olarak tanzimi halinde, hem TCK md. 207'deki özel belgede sahtecilik suçu hem de VUK md. 359/b'de yer alan vergi kaçakçılığı suçu oluşmaktadır. Ancak bu iki norm arasında farklı neviden fikri içtima değil özel norm – genel norm (görünüşte içtima) ilişkisi mevcuttur¹²⁹.

Bununla birlikte kişinin VUK'un 359 uncu maddesinin b fıkrası açısından tipik olan fiili, başka bir suç tipine de uyuyorsa, farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanacaktır. Örneğin suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklamak için gerçekte mevcut olmayan alımı satımı tevsik eden, yüksek miktarda fatura düzenlenmesi halinde failin fiilli, hem VUK m. 359/b'de yer alan kaçakçılık suçunu, hem de TCK m. 282'de yer alan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçunu oluşturacaktır. Ancak farklı neviden fikri içtima hükmü gereğince (TCK m. 44), fail yalnızca daha ağır cezayı gerektiren suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçundan cezalandırılacaktır¹³⁰.

IV. KUSURLULUĞU AZALTAN VE KALDIRAN SEBEPLER

Yukarıda da belirttiğimiz gibi TCK'nın Birinci kitabının 'Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Haller' başlıklı ikinci bölümünde hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu azaltan veya kaldıran sebepler bir arada düzenlenmiştir. Gerçekte ise hukuka aykırılık, haksızlığın bir unsuru iken kusurluluk, haksızlık (suç) gerçekleşikten sonra bu haksızlık dolayısıyla failin muaheze edilip edilmemesi ile ilgili bir husustur¹³¹. Bu sebeple çalışmamızda kusurluluğu etkileyen sebepleri ayrı bir başlık altında burada inceleyeceğiz.

5237 sayılı TCK'nın esas aldığı suç teorisine göre bir haksızlık olan suçun unsurları itibarıyla oluşması ile bu fiil dolayısıyla failin kusurlu sayılıp sayılmaması birbirinden ayrıdır. Ceza hukuku normları ile yasaklanan davranışları ifade eden haksızlık, objektif olarak fail nezdinde bir araştırmaya girilmeksizin, irtikap edilen fiilin suç teşkil edip etmediğinin tesbiti ile ilgilidir. Kusurluluk ise suç işlendikten sonraki safhada haksızlık teşkil eden fiil sebebiyle failin kınanabilip kınanamayacağını, daha doğrusu bu fiil dolayısıyla failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunu araştırır¹³².

Aşağıda, kusurluluğu etkileyen sebepler, 359'uncu maddenin b) fıkrasında yasaklanan fiiller bağlamında incelenecektir. Belirtmek gerekir ki TCK'da yer alan kusurluluğu etkileyen sebepler inceleme konusu vergi kaçakçılığı suçları açısından bir özellik göstermez.

129 **Göktürk**, (n 111) 50; **Demirbaş**, (n 23) 552. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *Genel Hükümler* (n 11) 795; **İçel**, *Suçların İçtimali*, (n 109) s. 191. Aksi yönde görüş için bkz: **Karakoç**, (n 2) 126; **Hekim**, (n 12) 48.

130 Farklı neviden fikri içtima için bkz: **İçel**, *Suçların İçtimali*, s. 62; **Göktürk**, (n 111) 51.

131 **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *Genel Hükümler* (n 11) 485.

132 **Özgenç**, (n 49) 444; **Akbulut**, (n 25) 524.

VUK'un 13'üncü maddesinde mücbir sebep; vergi ödevlerinin yerine getirilmesini engelleyecek derecede ağır kaza, ağır hastalık, tutukluluk, doğal afetler, sahibinin iradesi dışında defter ve vesikaların elden çıkması ve kişinin iradesi dışında meydana gelen mecburi gaybubetler şeklinde sayılmıştır¹³³.

VUK'da düzenlenen mücbir sebeplerin kabahatler üzerindeki etkisi açıklanmakla beraber vergi suçlarına ilişkin olarak uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır.

Düşüncemize göre genel hukuk ilkeleri açısından burada yer alan mücbir sebeplerin, vergi suçları açısından da uygulanması gerekir. Zira maddede sayılanlar, TCK'nın 25'inci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen zorunluluk halinin görünüm şekillerindedir¹³⁴.

Mücbir sebep, TCK'da kusurluluğu etkileyen sebeplerden olan zorunluluk hali kapsamında mütalaa edilebilir. Örneğin vergi mükellefi, işletmesinde çıkan yangın esnasında defterlerini sakladığı küçük dolabı bırakarak işyerinden ayrılırsa kişi kasten ihmali davranışla defter ve belgeleri yok etmiş olmasına rağmen zorunluluk hali sebebiyle kusurlu addedilemez. Ancak kişinin zorunluluk halinde olduğunun kabulü için fiilin, bilerek sebep olmadığı bir tehlikeden kaynaklanması gerekir¹³⁵.

Kişi, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı muhakkak ve ağır bir tehdit veya korkutma halinde suçu işlemesi durumunda, cezalandırılmaz (TCK m. 28). Tehdit ve korkutma ile kişinin hareketlerini hukukun icaplarına göre yönlendirebilme yeteneği çok azalır, hatta ortadan kalkar. Geçici nedenlerde olduğu gibi, kişi kendisinin sebep olmadığı dışarıdan gelen bir tehdit ve korkutma nedeni ile suçu işlemektedir. Bu halde kişiye kusur atfedilemez. Örnek olarak silahlı şahıslar tarafından işletmesi basılan mükellefin, silah tehdidi altında aslında var olmayan bir işleme ilişkin sahte belge düzenlemesi verilebilir¹³⁶.

Aşağıda özellik arzetmesi sebebiyle inceleme konusu suç bakımından çeşitli hata halleri üzerinde durulacaktır.

V. KASTI VEYA KUSURLULUĞU ORTADAN KALDIRAN HATA HALLERİ

VUK'un; "Yanılma ve Görüş Değişikliği" başlıklı 369'uncu maddesi hükmüne göre; yetkili makamların mükellefe yazı ile yanlış izahat vermesi veya bir içtihadın değişmesi durumunda, vergi cezası kesilemez ve gecikme faizi uygulanamaz.

133 VUK'un 13'üncü maddesinde mücbir sebepler; "1. Vergi ödevlerinden her hangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluk; 2. Vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler; 3. Kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaybubetler; 4. Sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması" şeklinde sayılmıştır.

134 Erman, (n 5) 29; Şenyüz, (n 2) 377.

135 "Dört yıla ait defter ve belgelerin, çalındığı iddia edilen özel otomobilde bulundurulması mutad olmadığı gibi otomobil içinden hiçbir şey alınmayıp, hırsızların işine yaramayan defter ve belgelerin çalışması olgusunun yaşamın olağan gözlemlerine uygun olmadığı (...)" Yarg. 11. C.D., 2000/6285 E., 2001/784 K., 02.02.2001; Erman, (n 5) 30; Şenyüz, (n 2) 398.

136 Erman, (n 5) 28.

İzahat, mükellefin vergi ile ilgili bir meselede şüpheye düşmesi halinde Gelir İdaresi Başkanlığından konuya ilişkin bilgi talebinde bulunmasıdır. Bu şekilde mükellef, vergiye dayanak işlemi izahat kapsamında gerçekleştirerek yanlış bir işlem tesis etmekten kaçınmak istemektedir. Bu sorulara Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından verilen cevaplar ise mukteza olarak adlandırılmaktadır (VUK m. 413)¹³⁷.

Kanunda bu şekilde bir hüküm olmasına rağmen VUK'ta düzenlenen suçlar açısından bu hükmün bir etkisinin olmadığı ve hukuki yanılmanın mazeret olarak kabul edilemeyeceği şeklinde bir görüş vardır¹³⁸.

Kastı kaldıran hata, TCK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Kanuni düzenlemeden hareketle hata; suçun maddi unsurlarında hata, suçun nitelikli unsurlarında hata ve hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata olmak üzere 3 başlık altında incelenebilir. Esas itibarıyla yetkili makamın verdiği yanlış izahat sebebiyle örneğin faturanın KDV oranına ilişkin miktarı yanlış düzenleyen veya belgeyi olması gerekenden farklı türde kullanan mükellefin fiili, içerik itibarıyla sahte olması sebebiyle suç teşkil etmeye devam eder. Ancak mükellef, bu fiili yetkili bir makamın görüşü sebebiyle suç teşkil etmediğini düşünerek işlediğinden kusurlu addedilemez. Bu durumda mükellef, fiilini kasten işlemekte fakat fiilin haksız teşkil ettiği konusunda hataya düştüğünden hatanın kaçınılmaz olması halinde cezalandırılmayacaktır. Bu nedenle hükmün TCK'nın 30'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasında düzenlenen haksızlık yanılığının bir görünüm şekli olduğu kanaatindeyiz.

Hükmün kastı kaldıran hataya örnek teşkil ettiği görüşüne iştirak etmiyoruz¹³⁹.

Vergi kaçakçılığı suçu açısından örnek vermek gerekirse, işyerinde çalışan başka bir işçinin sahte olarak düzenlediği faturayı, sahipsiz zannederek kullanan şirket yetkilisi, kastı olmadığı için sahte belge kullanmak suretiyle işlenen kaçakçılık suçundan sorumlu olmaz. VUK m. 359/b'de tanımlanan suçun taksirli şekli de cezalandırılmadığından, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketi de suç oluşturmaz.

VI. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME VE ETKİN PİŞMANLIK

Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır (TCK m. 36). Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere, gönüllü vazgeçme suçun tamamlanmasından önce veya neticenin meydana gelmesini engellemek suretiyle olur. VUK'un 359'uncu maddesinin b bendinde düzenlenen kaçakçılık suçları, sırf hareket suçu olması nedeniyle, hareketin kısımlara bölünebildiği hallerde gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması mümkündür. Örneğin kişinin sahte olarak

137 Bilici, (n 16) s. 34; Hekim, (n 12), 28.

138 Hekim, (n 12) 28.

139 İlgili görüş için bkz: Apak, (n 91) 224.

düzenlediği faturayı imzalamadan önce veya unsurlarını henüz tamamlamadan bu fiilinden vazgeçerek belgeyi imha etmesi halinde, gönüllü vazgeçme hükümleri tatbik edilebilir. Ancak belgenin sahte olarak düzenlenmesi anında suç olduğu için bu aşamadan sonra gönüllü vazgeçme mümkün değildir¹⁴⁰. Kullanma açısından da gönüllü vazgeçme söz konusu olabilir.

Etkin pişmanlık, suçun unsurlarının tamamlanmasından sonra failin gösterdiği nedamettir. Gönüllü vazgeçmeden farklı olarak burada artık neticenin gerçekleşmesini engelleme veya fiilin icra hareketlerine kendiliğinden son verme söz konusu değildir. Zira suç tamamlanmıştır¹⁴¹.

Vergi Kaçaklığı suçunda vergi ziyayı şeklinde bir netice aranmamıştır. Buna rağmen, VUK'un 371'inci maddesindeki pişmanlık ve ıslah hükmünün, 359'uncu maddede yer alan fiiller açısından da tatbik edileceği belirtilmiştir (VUK m. 359/c, 2'nci Bent)¹⁴². Kanun Koyucu, 371'inci maddede düzenleme yapmak yerine, 359'uncu maddede, 371'inci maddeye atıf yapmıştır¹⁴³.

VUK'un 359'uncu maddesinin c fıkrasına göre, 371'inci maddede düzenlenen şartlara uygun şekilde yetkili makamlara bildirimde bulunan kişi hakkında bildirim konusunu teşkil eden vergi kaçaklığı suçu ile ilgili 359'uncu madde uygulanmaz. Bu şekilde cezayı ortadan kaldıran bir şahsi sebep ihdas edilmiştir¹⁴⁴.

VUK'da etkin pişmanlığın şartları, 371'inci maddenin 1'inci fıkrasında 5 bent halinde sayılmıştır¹⁴⁵. Buna göre ilk olarak kişinin, işlediği suçu dilekçe ile haber vermesi gerekmektedir. Bu bildirim, vergiyi tarha yetkili vergi dairesine yapılabileceği gibi kolluk veya savcılık makamına da yapılabilir¹⁴⁶.

140 **Gökçen**, *Belgede Sahtecilik* (n 4) 472; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *Genel Hükümler* (n 11) 672; **Özgenç**, (n 49) 529.

141 **Özgenç**, (n 49) 529; **Hasan Hüseyin Bayraklı**, 'Pişmanlık ve Islah Hükümleri Karşısında Vergi Kaçaklık Suçlarının Konumu' 47, (2017) 8(31) TAAD 47, 51.

142 "371 inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz".

143 **Bayraklı**, (n 139) 48; **Zübeyr Yıldırım**, *Vergi Ceza Hukukunda Pişmanlık ve Islah* (Adalet Yayınevi 2013), 166. Hükmün, ceza kanununun genel hükümlerinde düzenlenen etkin pişmanlıktan farklı bir müessese olduğu yönünde bkz: **Karakoç**, (n 2) 336.

144 **Şenyüz**, (n 2) 450; **Bilici**, (n 16) 130; **Karakoç**, (n 2) 336.

145 371'inci maddenin 1'inci fıkrası şu şekildedir: "Beyana dayanan vergilerde vergi ziyayı cezasını gerektiren fiilleri işleyen mükelleflerle bunların işlenişine iştirak eden diğer kişilerin kanuna aykırı hareketlerini ilgili makamlara kendiliğinden dilekçe ile haber vermesi hâlinde, haklarında aşağıda yazılı kayıt ve şartlarla vergi ziyayı cezası kesilmez. 1. Mükellefin keyfiyeti haber verdiği tarihten önce bir muhbir tarafından her hangi resmi bir makama dilekçe ile veya şifahi beyanı tutanakla tevsik edilmek suretiyle haber verilen husus hakkında ihbarda bulunulmamış olması (Dilekçe veya tutanağın resmi kayıtlara geçirilmiş olması şarttır.). 2. Haber verme dilekçesinin yetkili memurlar tarafından mükellef nezdinde her hangi bir vergi incelemesine başlandığı veya olayın takdir komisyonuna intikal ettirildiği günden evvel (Kaçaklık suçu teşkil eden fiillerin işlendiğinin tespitinden önce) verilmiş ve resmi kayıtlara geçirilmiş olması. 3. Hiç verilmemiş olan vergi beyannamelerinin mükellefin haber verme dilekçesinin verildiği tarihten başlayarak onbeş gün içinde tevdi olunması. 4. Eksik veya yanlış yapılan vergi beyanının mükellefin keyfiyeti haber verme tarihinden başlayarak onbeş gün içinde tamamlanması veya düzeltilmesi. 5. Mükellefçe haber verilen ve ödeme süresi geçmiş bulunan vergilerin, ödemenin geciktiği her ay ve kesri için, 6183 sayılı Kanununun 51 inci maddesinde belirtilen nispette uygulanacak gecikme zammı oranında bir zamlarla birlikte haber verme tarihinden başlayarak onbeş gün içinde ödenmesi".

146 **Bayraklı**, (n 139) 57.

Mükellef tarafından yapılacak yazılı bildirim zamanına ilişkin kanunda olumsuz bir şart öngörülmüştür. Bildirim; soruşturma veya kovuşturmaya yetkili makamlarca suç haberinin alınmasından, muhbir tarafından yapılan ve kayda geçen ihbardan veya vergi incelemesinden önce yapılması gerekmektedir. Bu nedenle herhangi bir suretle suç haberinin yetkili makamlarca öğrenilmiş olması, etkin pişmanlığın tatbikini engeller. Suç haberini alan makamın vergi incelemesi yapmaya salahiyettar olması da aranmaz¹⁴⁷.

VUK'un 371'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 2 numaralı alt bendi, 26.10.2021 tarihli ve 7338 sayılı Kanununun 42'nci maddesiyle değiştirilmiştir. Fıkranın önceki halinde mükellef nezdinde herhangi bir vergi incelemesine başlanması veya olayın yetkili makamlarca öğrenilmesinden önce etkin pişmanlık için haber verme dilekçesinin sunulması aranmaktaydı. Değişiklik ile mükellef nezdinde inceleme yapılması, etkin pişmanlık için haber verme dilekçesinin sunulmasına engel addedilmemiştir. Meğer ki yapılan başvuru ile inceleme aynı vergi türünde olsun. Hüküm ile etkin pişmanlık başvurularının artacağı düşünülebilirse de, uygulamada bir çok tereddüte yol açacağı, incelemenin kapsamının ne olduğuna dair belirsizliklerin ortaya çıkacağı, özellikle kişileri inceleme başlayana ve somutlaşana kadar etkin pişmanlıkta bulunmamaya teşvik edeceği düşüncesindeyiz¹⁴⁸.

Vergi kaçakçılığı suçunun soruşturma ve kovuşturulması için aranan "vergi raporu", yargılama şartı niteliğinde olduğundan yokluğu halinde, iddianame tanzim edilemez. Bu nedenle kolluğun öğrendiği suç haberi de etkin pişmanlık hükmünün tatbikine engeldir.

Yargıtay içtihatları da bu doğrultadır¹⁴⁹.

VII. MUHAKEME USULÜ VE YAPTIRIM

VUK'nun 142'nci maddesinde inceleme konusu suç tiplerini de içine alan ayrı bir adli arama hükmü ihdas edilmiştir¹⁵⁰. Bu sebeple inceleme konusu vergi kaçakçılığı suçunda CMK'da düzenlenen (m.

147 **Bilici**, (n 16) 130; **Bayraklı**, (n 139) 58.

148 Fıkra şu şekildedir: "*Haber verme dilekçesinin yetkili memurlar tarafından mükellef nezdinde haber verilen olayın ilgili olduğu vergi türüne ilişkin bir vergi incelemesine başlandığı veya olayın ve ilgili olduğu vergi türünün takdir komisyonuna intikal ettirildiği günden evvel (Kaçakçılık suçu teşkil eden fiillerin işlendiğinin tespitinden önce) verilmiş ve resmi kayıtlara geçirilmiş olması*".

149 "Sanığın 18.4.2001 tarihinde pişmanlık dilekçesini vermeden önce 26.01.2001 tarihinde Emniyet Müdürlüğüne fiilinin tespit edilmiş olması karşısında 213 Sayılı Yasanın 371. maddesinin 1. bendinde yazılı koşulun gerçekleşmediği gözetilerek delille tartışılıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması" **Yarg. 11. C.D., 2003/10305 E., 2004/7987 K., 01.11.2004**. Aksi yönde görüş için bkz: **Yıldırım**, (n 141) 167.

150 VUK'un 142'nci maddesi şu şekildedir: "*İhbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla, bir mükellefin vergi kaçırduğuna delalet eden emareler bulunursa, bu mükellef veya kaçakçılıkla ilgisi görülen diğer şahıslar nezdinde ve bunların üzerinde arama yapılabilir. Aramanın yapılabilmesi için: 1. Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların buna lüzum göstermesi ve gerekçeli bir yazı ile arama kararı vermeye yetkili sulh yargıcından bunu istemesi; 2. Sulh yargıcının istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi; şarttır. İrtibatları sebebiyle muhtelif şahıslar nezdinde ve mahallerde yapılmasına lüzum gösterilen aramalardan birine karar vermeye yetkili olan sulh yargıcı bunlardan diğer sulh yargıçlarının salahiyetine dahil bulunanlar hakkında da karar vermeye yetkilidir. İhbar üzerine yapılan aramada ihbar sabit olmazsa nezdinde arama yapılan kimse muhbirin adının bildirilmesini isteyebilir, bu takdirde, vergi dairesi muhbirin ismini bildirmeye mecburdur*".

116 vd.) aramaya ilişkin hükümler, uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır (VUK m. 147)¹⁵¹. VUK m. 142'ye göre arama yapılabilmesi için; “1. Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların buna lüzum göstermesi ve bunu arama kararı vermeye yetkili sulh ceza hakiminden istemesi; 2. Sulh ceza hakiminin karar vermesi” şarttır.

Görüldüğü üzere suç haberini alan kolluk görevlisinin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının yazılı emri ile arama yapması öngörülmemiştir. Kolluk, yalnızca gerekli önlemleri alabilir (VUK m. 7)¹⁵².

Yargıtay içtihatlarında; VUK m. 142'nin sanık lehine öngörülen özel bir arama hükmü olduğu, bu kapsamda vergi incelemesi yapmaya yetkili kişilerin sulh ceza hakimliğinden talebi olmaksızın C. savcısının CMK m. 146 ve devamı uyarınca sulh ceza hakimliğinden talepte bulunarak kolluk görevlileri ile arama yapmasının hukuka aykırı olduğu, bu şekilde ele geçen delillerin hükme esas alınamayacağı belirtilmiştir¹⁵³.

151 Madde metni şu şekildedir: “Bu bölümde açıkça yazılı olmayan hallerde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun arama ile ilgili bulunan hükümleri uygulanır”.

152 Madde metni şu şekildedir: “Bilumum mülkiye amirleri, emniyet amir ve memurları, belediye başkanları, köy muhtarları ve kamu müesseseleri vergi kanunlarının uygulanmasında uygulama ile ilgili memurlara ve komisyonlara ellerindeki bütün imkanlarla kolaylık göstermeye ve yardımda bulunmaya mecburdurlar”.

153 “Emniyet Müdürlüğü görevlileri tarafından, sanığın VUK'nun 359/b maddesi kapsamında kalan suçu işlediğinin tespit edilmesi üzerine, bu aşamada gecikmesinde sakınca bulunduğuna ilişkin bir hâlin varlığı da gösterilmediğine göre, genellikle vergi mükellefleri olan failer için kanun koyucunun öngördüğü ve daha güvenceli olan 213 sayılı Kanun'un 142 ve devamı maddelerindeki özel usule uygun olarak arama ve el koyma işleminin gerçekleştirilmesi, diğer bir ifade ile Cumhuriyet Başsavcılığının, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların sulh ceza hâkiminden talepte bulunması ve arama kararı verilmesi halinde arama işlemini gerçekleştirmesine imkân sağlaması gerekirdi. Genel hükümlere tabi bir suç ihbarı üzerine, delil elde edilmesi amacıyla CMK uyarınca yapılan arama işlemi sonucunda, vergi suçunun da işlendiğini gösteren delillerin bulunması veya VUK'nun 147. maddesi hükmü karşısında, vergi suçuna ilişkin olmasına rağmen gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin varlığı halinde, CMK hükümlerine göre arama işlemi yapılabilir ve bu şartlarda yapılan arama sonucunda elde edilen deliller de hukuka uygun kabul edilebilirdi. Ancak somut olayda Kaçakçılık ve Organize Suçlar Şube Müdürlüğüne sanığın VUK'nun 359. maddesi kapsamında olan sahte fatura ticareti yaptığı en başından tespit edilerek, bu suçun delillerinin elde edilmesi amacıyla arama kararı talep edilmiştir. Bu durumda aramanın VUK'nun 142. maddesindeki özel hükümlere uygun gerçekleştirilmesi yerine belirtilen şekilde yapılması hukuka aykırıdır. Ayrıca, bu yöntemle elde edilen fatura ve diğer deliller hükme esas alınarak sanığın mahkumiyetine karar verilirken, CMK'nın 230/1-b madde ve bendi uyarınca hükmün gerekçesinde “delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi” gerektiği de gözetilmemiştir. Dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin değerlendirme dışı tutulması halinde, sanığın cezalandırılmasına imkân bulunmamaktadır. Gerekçeli kararda gösterilen esaslı deliller arasında, vergi denetmen raporu, ikametle elde edilen sahte faturalar, sanıkların suçu işledikleri tutanaklar ve tüm dosya kapsamı gösterilip mahkumiyete esas alınmış ise de, VUK hükümlerine, dolayısıyla hukuka aykırı arama el koyma sonucunda elde edilen deliller üzerinden harekete geçilerek düzenlenen vergi tekniği ve vergi inceleme raporları mahkumiyete esas alınmaz. Diğer yünden, dosyada sanıkların sahte fatura düzenlediklerine dair ikrar bulunmamaktadır. Bu itibarla; sanığın işyerinde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi deliller ile buna dayanılarak düzenlenen inceleme raporlarının mahkemece hükme esas alınması” **Yarg. 11. CD, 2016/11773 E, 2017/4593 K, 15.06.2017**. Benzer yönde bölge adliye mahkemesi içtihadı şu şekildedir: “Yukarıda belirtilen ve benzeri nitelikteki Yargıtay İçtihatları ve dairemizin yerleşik uygulaması nazara alınarak dosyanın yapılan incelemesinde; Dosyanın yapılan incelemesinde, söz konusu Bakırköy 1. Ağır Ceza 2012/208 esas sayılı derdest olan bir dosyasının getirilerek arama kararı bulunup bulunmadığı, arama kararı varsa sahte belge düzenleme suçuna ilişkin delil elde edilmediğinin tespiti, elde edilmiş ise Emniyet görevlileri tarafından sanığın Vergi Usul Kanununun 359/b maddesi kapsamında kalan suçu işlediğinin tespit edilmesi üzerine, bu aşamada gecikmesinde sakınca bulunduğuna ilişkin bir halin varlığı olup olmadığının tespiti, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 142. ve devamı maddelerindeki özel usule uygun olarak arama ve el koyma işleminin

Suç haberini alan C. savcısı, derhal kamu davası açmaya yeterli suç şüphesini tevlit edecek delillerin mevcut olup olmadığını araştırmak zorundadır (CMK m. 161). Kural olarak ceza soruşturması resen yürütülür. Bununla birlikte kamu davasının açılması, kanunda öngörülen ilave bazı şartlara bağlanmış ise yeterli suç şüphesine rağmen kamu davasının açılabilmesi için bu şartların da gerçekleşmesi aranır. Ceza muhakemesi hukukunda bu müesseseler “Dava Şartı” veya “Kovuşturma Şartı” olarak adlandırılır¹⁵⁴.

VUK'nun 367 nci maddesinin 1 inci fıkrasına göre, yaptıkları inceleme sırasında 359. maddede tanımlanan suçlardan birinin işlendiğini tespit eden vergi müfettişleri veya müfettiş yardımcuları rapor değerlendirme komisyonunun mütalaası ile doğrudan doğruya C. savcısına bildirimde bulunur. Diğer vergi incelemeye yetkili memurların suçun işlendiğini tespit etmesi halinde ise rapor değerlendirme komisyonunun mütalaası ile vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık C. savcısına bildirimde bulunur¹⁵⁵.

C. savcısı, kendiliğinden VUK'un 359'uncu maddesinde tanımlanan suçların işlendiğine muttali olursa ilgili vergi dairesini haberdar ederek rapor tanzim edilmesini isteyecektir (VUK m. 367/2).

367 nci maddenin 3 üncü fıkrasında, rapor alınmaksızın kamu davası açılmayacağı, kamu davasının açılmasının inceleme neticesinin C. savcısına bildirilinceye kadar erteleneceği belirtilmiştir. Hüküm, açıkça bir dava şartı öngörmektedir. Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır¹⁵⁶. Rapor alınmadan her nasılsa kamu davası açılmış ise, durma kararı verilerek ilgili kurumdan rapor talep edilecektir (CMK m. 223/8). Ara muhakemesi evresinde bu eksiklik fark edilirse, iddianamenin iadesi kararı verilmelidir¹⁵⁷.

Burada belirtmek gerekir ki, incelemeyi yapan memurun raporu, doğrudan defterdarlık veya ilgili vergi dairesi başkanlığına gönderilemez. Öncelikle rapor değerlendirme komisyonunun mütalaası

gerçekleştirilmesi yani Cumhuriyet Başsavcılığı'nın vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların sulh ceza hakimliğinden talepte bulunması ve arama kararı verilmesi halinde arama işleminin gerçekleşmesine imkan sağlanıp sağlanmadığı araştırılmadan dosyada mevcut fiziki takip ve dinleme kararları neticesinde elde edilen delillerin VUK muhalefet suçları için delil olarak kullanılıp kullanılmayacağıının tartışılmadan karar verildiği, CMK'nun 230/1-b madde ve bendi uyarınca hükmün gerekçesinde delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi, bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerektiğinin gözetilmemesi” İstanbul B.A.M. 18. C.D., 2019/7859 E., 2020/317 K., 22.01.2020. Ayrıca bkz: Çiftçi, (n 1) 638.

154 Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özyayın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (14. Baskı Seçkin Yayıncılık 2019), 44.

155 Çiftçi, (n 1) 637.

156 “Sanık hakkında, “sahte fatura düzenleme” suçuna ilişkin mütalaa alınmadan dava açıldığı dikkate alınarak; 213 sayılı VUK'nin 367. maddesi gereğince kovuşturma şartı olan mütalaanın verilip verilmeyeceği Vergi Dairesi Başkanlığından sorulduktan sonra, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, yargılamaya devamlı mahkûmiyet hükmü kurulması” Yarg. 11. C.D., 2016/6771 E., 2019/5725 K. 27.06.2019.

157 Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özyayın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, (n 152) 70.

alınacak ve bu mütalaa ile birlikte defterdarlık veya vergi dairesine başkanlığına ya da raporu tanzim eden vergi müfettişi ya da müfettiş yardımcısı ise C. Başsavcılığına başvurulacaktır¹⁵⁸.

İncelemeyi yapmaya yetkili kişiler; VUK'un 135 inci maddesinde; “*vergi müfettişleri, vergi müfettiş yardımcıları, ilin en büyük mal memuru, vergi dairesi müdürü veya Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatındaki müdür kadrolarında görev yapanlar*” şeklinde sayılmıştır¹⁵⁹.

İfade edelim ki uygulamada vergi inceleme raporu veya vergi tekniği raporuna büyük önem atfedilerek adeta hukukçu olmayan bir vergi müfettişinin yazdığı rapor tek delil kabul edilerek başkaca bir araştırma yapılmaksızın önce iddianame, sonra da karar haline gelmektedir. Bunun çok sakıncalı olduğunu belirtmemiz gerekir. Burada aslanan yazılan raporun hukukçu olan savcı ve hakim tarafından TCK'nın esas aldığı suç teorisine ve adil yargılanma hakkına göre yargılama sürecine yansıtılmasıdır.

Bu hususta bir örnek zikretmek gerekirse, vergi müfettişinin, bir mükellefin ticari faaliyetlerini sonlandırdığı kanaatine varması halinde bu kişinin düzenlediği faturaları kullanan diğer mükellefler hakkında da doğrudan suçun oluştuğuna dair rapor hazırlanmaktadır. Halbuki kendisine ulaşılamaması veya tanık beyanları doğrultusunda işletmenin belirli bir tarihten itibaren faaliyet göstermediği yönündeki şüpheye rağmen kişi, bu tarihten sonra sahte olarak düzenlediği faturalardan başka bazı gerçek alım satımlar da yapmış olabilir. Bu durumda varsayımla belirli bir tarihten sonraki işlemlerin tamamı sahte olarak addedilmekte ve soruşturma ve kovuşturma boyunca başka hiç bir delil araştırılmaksızın mahkumiyet hükmü kurulabilmektedir.

İnceleme konusu suç bağlamında yapılan soruşturma aşamasında örneğin mutlaka sahte olduğu iddia edilen faturalar dosyaya celbedilmeli, bunları düzenleyen veya bu faturaları kullanan şirketlerin yetkililerinin dinlenmesi, karşıt inceleme yaptırılması gerekmektedir. Aksi takdirde eksik tahkikat söz konusu olacaktır. Örneğin sahte faturayı düzenleyen kişilerin yargılandığı kamu davasında, bu şirketten faturayı alarak defterlerine işleyen şirket yetkilileri, tanıklıktan çekinme hakkı da hatırlatılmak suretiyle tanık sıfatıyla dinlenmeli, faturayı kimden ne şekilde temin ettiği sorulmalıdır¹⁶⁰.

VUK'un 359'uncu maddesinde, 3 fıkra halinde suçlar sayılmış ve farklı farklı cezalar öngörülmüştür. Belgeyi yok etmek, sahte belge düzenlemek ve kullanmak suçu ilgili maddenin (b) fıkrasında yer almaktadır. Bu bentte yer alan suçları işleyenlerin cezası, 3 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır. Hükmedilen cezanın iki yıldan fazlası olması nedeniyle TCK'nın 51'inci maddesinin 1'inci fıkrasında

158 **Yarg. 11. C.D., 2017/1592 E., 2017/3840 K., 18.05.2017; Çiftçi, (n 1) 639.**

159 **Çiftçi, (n 1) 637.**

160 “*Faturaları kullanan şirket yetkilileri veya kişilerin, CMK'nin 48. maddesi uyarınca çekinme hakları hatırlatılarak tanık sıfatıyla dinlenmesi; kendilerinden, sözü edilen faturaları hangi hukuki ilişkiye dayanarak kimden aldıklarının, sanıkları tanıyıp tanımadıklarının ve faturaların düzenlenmesi konusunda sanıkların bir iştirakinin bulunup bulunmadığının sorulması, sonucuna göre tüm deliller birlikte tartışılarak sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, 2011 yılında dışardan müdür olarak atanan sanık ...un 2010 yılında sahte fatura düzenleme suçuna ne şekilde iştirak ettiği de belirtilmeden eksik araştırma ve yetersiz gerekçe ile 2010 yılında şirket yetkilisi olan sanık ...ın tüm yıllar için beraatine, sanıklar ... ve ...un mahkumiyetlerine ilişkin hükümler kurulması*” **Yarg. 11. C.D., 2017/16334 E., 2021/665 K., 26.01.2021.**

yer alan hapis cezasının ertelenmesi söz konusu olmayacaktır. Kanun Koyucu diğer kaçakçılık fiillerine nazaran (b) fıkrasında yer alan fiillerin haksızlığın içeriğini daha ağır olarak nitelendirmiştir.¹⁶¹. Ayrıca alt sınır dikkate alındığında burada yer alan fiillerin para cezasına çevrilmesi de mümkün değildir.

SONUÇ

VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrasında düzenlenen suç tipinde vergi kaçakçılığından ziyade vergiyi tevsik edici belgelerde sahtecilik veya belgeyi yok etme fiilleri cezalandırılmıştır. Örneğin Alman Vergi Kanununda olduğu gibi yalnızca verginin beyan edilmemesi, cezaya müstehak bir fiil olarak nitelendirilmemiş, bu fiiller için idari yaptırım öngörülmüştür.

Esas itibarıyla özel belge niteliğinde olan fatura ve diğer vergiyi tevsik eden belgelerde fikri sahtecilik, özel belgede sahteciliğin aksine, VUK'ta suç olarak düzenlenmiştir.

Konumuzu teşkil eden b fıkrasındaki suçlar, özgü suç niteliğinde değildir. Zira belgenin sahte olarak düzenlenmesi, tahrif etme ve yok etme herkes tarafından işlenebilir. Yalnızca kullanma açısından; belgenin vergisel bir işleme konu edilmesiyle mümkün olduğu dikkate alınarak bu fiilin belgeyi kullanma yetkisini haiz kişi tarafından işlenebileceği savunulabilir.

Suçun faili herkes olabilir. Bu nedenle özellikle şirket nezdinde işlenen vergi kaçakçılığı fiillerinde fiili kimin işlediği, şirket yetkililerinden kimlerin fiilden haberdar olduğu veya üzerinde müşterek hakimiyet kurduğu hiç bir şüpheye yer kalmayacak şekilde ortaya konulmalıdır.

Bu hususta; karşıt inceleme yapılması, varsa faturaların kullanıldığı diğer şirket yetkilileri ve muhasebe kayıtlarını tutan kişilerin tanık sıfatıyla dinlenerek sahte belgeleri kimden aldıklarının sorulması ve sahte olduğu iddia edilen belge asıllarının mutlaka getirtilerek üzerlerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması failin tesbiti açısından önemli usuli işlemlerdir. Ancak uygulamada, suç tarihindeki şirket yetkililerinin tesbiti ile yetinilerek başkası üzerine kurduğu şirketi kullanan failerin cezadan kaçınmasına sebebiyet verilmektedir.

Yargıtay içtihatlarında zincirleme suç hükümlerinin tatbiki için aranan bir suç işleme kararının icrası, VUK'un 359'uncu maddesinin b fıkrasındaki suçlar açısından takvim yılı esasına bağlanmıştır. Buna göre takvim yılının sona ermesi ile failin suç işleme kararının yenilendiğini, aynı suç işleme kararının mevcudiyetini kaybettiğini ve fiilin kesintiye uğradığını kabul etmektedir. Bunun gerekçesi olarak vergilerin yıllık olması ilkesine dayanan VUK'un 174 üncü maddesi gösterilmektedir. Ancak böyle bir kabulün kanunilik ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz. Zira failin vergi kaçırmak amacıyla işlediği fiiler arasında subjektif bağlantı devam ettiği müddetçe takvim yılının bittiğinden bahisle yeni bir suç işleme kararından bahsedilemez. Örnek olarak verdiğimiz tefecilik suçunda da Yargıtay, iddianame tanzim edilene kadar işlenen fiillerin zincirleme suç kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca uygulama sebebiyle kişinin; Ocak, Mart ve Eylül aylarında işlediği

161 Şenyüz, (n 2) 407.

vergi kaçaklığı suçu açısından zincirleme suç hükümleri tatbik edilebilirken, Aralık ve Ocak aylarında işlediği iki fiil açısından ayrı iki ceza verilmesi gibi çelişkili bir durum tezahür etmektedir.

İfade edelim ki uygulamada vergi inceleme raporu veya vergi tekniği raporuna adeta hüküm açısından tek delil gibi bir önem atfedilmekte ve hukukçu olmayan vergi müfettişlerinin yazdığı rapor önce iddianame, sonra da karar haline gelmektedir. Bunun çok sakıncalı olduğunu belirtmemiz gerekir. Burada aslanan yazılan raporun hukukçu olan savcı ve hakim tarafından 5237 sayılı TCK'nın esas aldığı suç teorisine göre yargılama sürecine yansıtılmasıdır. Metinde yer verdiğimiz Yargıtayın bozma kararlarına konu bir çok dosyada, vergi tekniği raporu ve bu raporda yer alan suç tarihinde ilgili şirketin ticaret sicil kayıtlarına dayanılarak adeta yazılı yargılama usulüyle hüküm verildiği görülmektedir.

Vergi tekniği raporu, basit şüphe ve somut delillere dayalı kuvvetli şüpheye esas teşkil edebilir. Ancak yeterli suç şüphesi ve sübuttan bahsedebilmek için vergi tekniği raporunda yer verilen fiillerin suç teşkil edip etmediği, kim tarafından işlendiği ve vergiyi doğuran olaya konu işlemin gerçekten yapıлып yapılmadığı, bütün delillerin toplanmasından sonra soruşturma aşamasında savcı ve kovuşturma aşamasında hakim tarafından değerlendirilmelidir.

Vergi Usul Kanununun (m. 142), arama koruma tedbirine ilişkin sanık lehine özel düzenleme ihtiva etmesi, dikkatle ele alınması gereken diğer bir husustur. Zira burada CMK'da düzenlenen arama ve elkoyma koruma tedbirine göre yapılacak bir ceza muhakemesi işlemi, delili hukuka aykırı hale getirecektir.

KAYNAKÇA

- Akbulut B.**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (5. Baskı Adalet Yayınevi 2018).
- Akdeniz, D.**, 'Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçunda Manevi Unsur', (2018) 5(1) Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi.
- Apak S.**, *Vergi Suçlarında İştirak, Tekerrür ve Birleşme*, (Doktora Tezi İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilimdalı 2008).
- Artuk M. E., Gökçen A., Alşahin M. E. ve Çakır K.**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Baskı Adalet Yayınevi 2021).
- Bayraklı H. H.**, 'Pişmanlık ve Islah Hükümleri Karşısında Vergi Kaçakçılık Suçlarının Konumu' 47, (2017) 8(31) TAAD 47.
- Bilici N.**, *Vergi Hukuku* (48. Baskı, Savaş Yayınevi 2019).
- Çiftçi T. E.**, 'Vergi Kaçakçılık Suçlarında Soruşturma Evresi' (2021) 5(2), *Fiscaeconomia* 630.
- Çolak, H.**, *Dolandırıcılık ve Sahtecilik Suçlarında Suçların İçtima ve Zincirleme Suç Hükümlerinin Uygulanması* in: Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C. I, (Beta 2014).
- Demirbaş T.**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Baskı Seçkin Yayınevi 2020).
- Dönmezer S. ve Erman, S.**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, (14. Bası DER Yayınları 2019).
- Erdin S.**, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Subjektif Unsur Sorunu*, (1. Baskı Adalet 2014).
- Erman S.**, *Vergi Suçları*, (İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Yayınları 1988).

- Gencil U.**, ‘Vergi Kaçakçılığı Suçlarında İştirak Müessesesi ve Sorunları’ (2014) (3), Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi.
- Gökçen A.**, *Belgede Sahtecilik Suçları* (m. 204-212), (5. Baskı Adalet Yayınevi 2018).
- Göktürk N.**, ‘Türk Hukuku’nda Suçların İçtimaı’ (2014) 2(1-2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 31.
- Görkemli B.**, ‘Ceza Hukukundaki Sahtecilik Suçları ile Vergi Ceza Hukukundaki Sahte Belge Düzenleme-Kullanma Suçları’ (2021) (47), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 407.
- Hayat Büyük Türk Sözlüğü, Ed.: **Rado, Şevket**, İlmi Kontrol: **Ergin, Muharrem**, Hayat Yayınları, İstanbul, 1970.
- Hekim C.**, ‘Vergi Kaçakçılığı Suçları’, (Yüksek Lisans Tezi Bahçeşehir Üniversitesi 2013).
- İçel K.**, *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6. Bası Beta 2014).
- İçel K.**, *Suçların İçtimaı*, (Serimat Matbaası 1972).
- Özgenç İ.**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (16. Bası Seçkin Yayınevi 2020).
- Karaarslan M.**, ‘Ceza Mevzuatında Yapılan Değişikliklerin Vergi Kaçakçılığı Suçuna Etkisi’, (2006) (64) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 115.
- Karakoç Y.**, *Vergi Ceza Hukuku*, (Yetkin Yayınları 2016).
- Kızılot Ş. ve Kızılot Z.**, *Vergi, Ticaret ve Ceza Hukuku Yönünden Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları*, (Yaklaşım Yayıncılık 2009).
- Koca M. ve Üzülmüş İ.**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (13. Baskı Seçkin Yayıncılık 2020).
- Koca M. ve Üzülmüş İ.**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (7. Baskı Adalet Yayınevi 2020).
- Ölmez G.**, *Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları*, (Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- Özen M.**, *Vergi Suçları ve Kabahatleri*, (4. Baskı Adalet Yayınevi 2021).
- Öztürk B., Tezcan D., Erdem M. R., Sırma Gezer Ö., Saygılar Kırıt Y. F., Alan Akcan E., Özyayın Ö., Erden Tütüncü E., Altınok Villemin D. ve Tok M. C.**, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14. Baskı Seçkin Yayıncılık 2019).
- Schmitz R. ve Wulf M.**, *AO §370 in: Münchener Kommentar zum StGB*, Band 7, (3. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2019).
- Şenyüz D.**, *Vergi Ceza Hukuku*, (7. Baskı Ekin Yayınevi 2013).
- Şişman G.**, ‘Sahte Belgedeki Şekil Şartına Aykırılığın Vergi Kaçakçılığı Suçuna Etkisi’, 2021 (153) TBB Dergisi 269.
- Türkal H., Ekici M. S. ve İnan M.**, ‘Vergi Suç ve Kabahati Kavramı, 4369 Sayılı Yasa Öncesinden Günümüze Yürürlükteki Vergi Suçları – Kabahatleri ve Cezaları’ (2010), 18(1), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45.
- Ümit C.**, ‘Vergi Ceza Hukukunda Sahte Belge Düzenleme ve Sahte Belge Kullanma Suçlarına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri’, (2021) 11(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 357.
- Wessels J., Beulke W. ve Satzger H.**, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (48. Auflage C.F. Müller, 2018).
- Yıldırım Z.**, *Vergi Ceza Hukukunda Pişmanlık ve Islah* (Adalet Yayınevi 2013).
- Yüce M.**, *Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Yargılama Usulü*, (2. Baskı Adalet Yayınevi 2021).
- İnternet Kaynakları**
- Seer R.**, ‘Das Delikt der Steuerhinterziehung im Kernbereich des Steuerstrafrechts’ (2016), NWB Datenbank, 2016, <https://www.kompetenzzentrum-steuerrecht.de/MEDIEN/contento_import/Publicationen/2016/nwb_export_566973.pdf> Erişim Tarihi: 02.11.2021.
- Yargıtay kararları için <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>>

Changing Notion Of Object And Targeting Data Under The Law Of Armed Conflict

Değişen Nesne Kavramı Ve Silahlı Çatışma Hukukunda Verilerin Hedef Alınması

Yunus Emre Gül* 

ABSTRACT

The notion of an object is changing by being taken small steps. Although, there is an ambiguity whether 'data' is an object or not under the law of armed conflict, the qualification of it will be discussed from different perspectives in this article. While the lex lata position does not accept data as an object by the impact of textual interpretation, the lex ferenda position approaches differently and regards data as an 'object' by taking teleological interpretation into consideration. As a last point of view, it will be demonstrated that state practice seems to progress towards the latter approach by giving examples from official documents prepared by states and international organisations. At this point, it will be demonstrated in this article that data is not an object, but it evolves towards being accepted as an object.

Keywords: Data, the notion of object, law of armed conflict, state practice.

ÖZ

Nesne kavramı, küçük adımlar atılarak değişmektedir. Her ne kadar Silahlı Çatışma Hukuku kapsamında 'veri'nin nesne olup olmadığı üzerinde bir belirsizlik olsa da söz konusu terimin niteliği farklı perspektiflerden bu makalede tartışılacaktır. Olan hukuku (lex lata) temel alan bakış açısı lafzi yorum metodunun etkisiyle 'veri'yi nesne olarak kabul etmezken olması gereken hukuku (lex ferenda) temel alan bakış açısı farklı bir şekilde yaklaşmakta ve teleolojik yorum metodunu dikkate alarak 'veri'yi nesne olarak kabul etmektedir. Son bir bakış açısı olarak, devletler ve uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan resmi belgelerden örnekler verilerek, devlet uygulamasının ikinci yaklaşıma doğru ilerlediği gösterilecektir. Bu noktada, bu makalede verinin nesne olduğu değil, nesne olarak kabul edilmeye doğru evrildiği ispatlanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Veri, nesne kavramı, silahlı çatışma hukuku, devlet uygulaması.

* Ph.D. Candidate at the University of Bonn Department of Law, ORCID: 0000-0002-8701-2236.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Yunus Emre Gül

E-posta/E-mail: yunus.gul@uni-bonn.de

Geliş Tarihi/Received: 12.09.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 22.11.2021

INTRODUCTION

In the 21st century, human beings have become more technology-reliant than ever. Although it brings many benefits, it cannot be denied that there are many drawbacks too. One of them is that people store almost all of their information in their computers as ‘data’, which can be defined as ‘the basic element that can be processed or produced by a computer to convey information.’¹ Nevertheless, data is not under the protection of the law of armed conflict (LOAC) when current state practices are taken into account.

There are two prominent opinions in today’s LOAC regarding data. While one approach does not accept data as an object by focusing on textual interpretation, another school of thought acknowledges its status as an object by taking teleological interpretation into account. At this point, although it is not a binding document, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (the ‘Tallinn Manual’) which is prepared by the International Group of Experts (the ‘Experts’) represents a good example in which two prominent approaches present their arguments in order to support their positions. While the majority of the Experts did not accept data as an ‘object’ since its ‘ordinary meaning’ necessitates being ‘tangible’ and ‘visible’,² the minority adopted the different notion and regarded data as an ‘object’ by focusing on the protection of civilians.³ In this regard, while the former position accepts targeting and deleting GPS data as an ‘attack’ if it occurs tangible consequences such as ‘death, injury, damage, destruction’, according to the latter position, mere deletion of it suffices to accept it as an ‘attack’ even if there are not any physical effects. Even though the former position is accepted as *lex lata*, the latter position still is regarded as *lex ferenda* since state practices favour the former position today.⁴

The importance of the discussion is related to the application of the principle of distinction while conducting cyber operations against data. If data is not accepted as an object, almost all civilian data becomes vulnerable to cyber operations. For example, it is stated in the fourth report prepared by Duncan Hollis regarding practices of American States on cyber operations that there is no member of Organization of American States (OAS) who ‘took the position that civilian data is directly subject to the principle of distinction in armed conflict.’⁵ Nonetheless, only some of them such as Chile and Guyana takes the effects of cyber operations targeting data into consideration, and bans those operations which result in harmful consequences against the civilian population without touching upon the status of data in the LOAC.⁶

1 Michael N Schmitt (ed), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge University Press 2017) Glossary p.564.

2 Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (ICRC 1987) para 2008.

3 Schmitt, *Tallinn Manual* (n 2) rule 100 cmt. para. 6-7.

4 Michael N Schmitt, ‘The Notion of “Objects” during Cyber Operations: A Riposte in Defence of Interpretive and Applicative Precision’ (2015) 48 *Israel Law Review* 81, 84; Michael N Schmitt, ‘The Law of Cyber Warfare: Quo Vadis’ (2014) 25 *Stan. L. & Pol’y Rev.* 269, 296.

5 Duncan B. Hollis, *International Law and State Cyber Operations: Improving Transparency*, OEA/Ser.Q, CJI/doc 603/20 (5 March 2020), p. 16.

6 *Ibid.*

On the other hand, both *lex lata* and *lex ferenda* positions have their own drawbacks. When data is not accepted as an object, the position becomes underinclusive since data is at the center of civilian life in the modern world. However, the contrary position is overinclusive, since it converts lawful actions in international law such as cyber espionage into unlawful acts. Therefore, there is no clear-cut answer to the status of data today. In line with this, after questioning those two stances, the present author further introduces that some recent developments strengthen the *lex ferenda* position despite the continuing prevalence of the present *lex lata*.

I. FROM THE PERSPECTIVE OF LEX LATA

Whilst some traces can be found in 1907 Hague Regulations about military objective,⁷ it is properly defined in 1923 Hague Aerial Warfare Rules as ‘an objective whereof the total or partial destruction would constitute an obvious military advantage for the belligerent.’⁸ However its first binding regulation was accomplished by Additional Protocol I to the Geneva Conventions (1977).⁹ While civilian objects are defined as those objects which ‘are not military objectives’ in article 52(1) of the AP – I, the second paragraph of the article defines military objectives as ‘objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage.’¹⁰ Hence, there are two criteria in order to regard an objective as ‘military’; an effective contribution and a military advantage.

Nature of object ‘comprises all objects directly used by the armed forces.’¹¹ In other words, it reflects the fundamental character of the object.¹² Also, another type of object may make an effective contribution to military action due to its location.¹³ This type of object is a lawful target because of having ‘special importance to military operations.’¹⁴ When it comes to the purpose criterion, it is related to the ‘intended future use of an object.’¹⁵ It takes ‘the enemy’s intent’ into consideration, and if there is reliable information that the intended use of the object is to serve military aims, then

7 See Hague Convention IX of 1907 Concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War Article 2.

8 Rules concerning the Control of Wireless Telegraphy in Time of War and Air Warfare (December 1922 – February 1923) art 24(1).

9 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978) 1125 UNTS 3 (hereinafter ‘AP-I’).

10 AP-I art 52(2).

11 Sandoz, Swinarski and Zimmermann (n 3) para 2020.

12 HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare (Bern, 15 May 2009) art. 22(a) (hereinafter ‘HPCR Manual’)

13 Sandoz, Swinarski and Zimmermann (n 3) para 2021.

14 *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* (Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University 2010) 107.

15 Sandoz, Swinarski and Zimmermann (n 3) para 2022.

the object will be deemed a lawful target.¹⁶ Use is related to the present function of the object.¹⁷ All these criteria have a common ground which is to be an ‘object’ in order to be qualified as a military objective.

In the Official Commentary on Additional Protocols prepared by the International Committee of the Red Cross (ICRC), an object is defined as ‘*something placed before the eyes, or presented to the sight or other sense, an individual thing seen, or perceived, or that may be seen or perceived; a material thing*’ by giving reference to Oxford Dictionary which dates back to 1970.¹⁸ Though the technology was not at today’s level at that time, and functions of computers were much more inferior, ‘data’ was not accepted as an ‘object’ by the majority of the Experts since it ‘*is intangible and therefore neither falls within the ‘ordinary meaning’ of the term object, nor comports with the explanation of it offered in the ICRC Additional Protocols 1987 Commentary*’.¹⁹ Thus, from their perspective, the ‘ordinary meaning’ of an object necessitates a relationship with something that is ‘tangible’ and ‘visible’.²⁰ Although it can be claimed that own wording of the AP – I does not establish any rule in terms of interpreting ‘object’ limited to tangible things, it also does not state anything in terms of disregarding intangible things within the meaning of military objective too, and from this perspective, every intangible thing can be ruled as an ‘object’ and the definition may change according to every interpreter.²¹ In this respect, it is important to determine state practices in order to avoid uncertainty. Nevertheless, state practices neither render ‘data’ as an ‘object’ nor regard mere deletion or alteration of data as ‘attack’.²²

Whilst data cannot be accepted as an ‘object’ *per se*, if cyber operations against data result in violent consequences, then they may perfectly fall within the ambit of ‘attack’. At this point, it is important to clarify the difference between cyber operation and cyber attack. While the former can be defined as ‘the employment of cyber capabilities to achieve objectives in or through cyberspace’,²³ the latter is ‘a cyber operation, whether offensive or defensive, that is reasonably expected to cause injury or death to persons or damage or destruction to objects’.²⁴ For this reason, a cyber operation should reach a certain level of violence in order to be defined as a cyber attack such as damage or destruction to objects. Accordingly, if ‘data’ is not accepted as an object, then merely targeting it will never reach that level even if large amounts of data are deleted or destroyed.

Even though the majority of the Experts do not recognize data as an ‘object’, most members of this position admit that ‘a cyber operation targeting data may sometimes qualify as an attack when the

16 *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* (n 15) 107.

17 Sandoz, Swinarski and Zimmermann (n 3) para 2022.

18 *ibid* 2007.

19 Schmitt, *Tallinn Manual* (n 2) Rule 100 Cmt. para.6.

20 Sandoz, Swinarski and Zimmermann (n 3) para 2008.

21 Elizabeth Mavropoulou, ‘Targeting in the Cyber Domain: Legal Challenges Arising from the Application of the Principle of Distinction to Cyber Attacks’ (2015) 4 *Journal of Law & Cyber Warfare* 23, 49.

22 Schmitt, *Tallinn Manual* (n 1) Rule 83 Cmt. para.8; Heather A. Harrison Dinniss, ‘The Nature of Objects: Targeting Networks and the Challenge of Defining Cyber Military Objectives’ (2015) 48 *Israel Law Review* 39, 42.

23 Schmitt, *Tallinn Manual* (n 2) Glossary 564.

24 *ibid* Rule 92.

operation affects the functionality of cyber infrastructure or results in other consequences that would qualify the cyber operation in question as an attack, whereas some of them still do not accept even if the operation affects the functionality of the infrastructure.²⁵ However, the interference with the functionality should result in the ‘replacement of physical components’ in order to fall ambit of an attack.²⁶ Although ‘other consequences’ are not clarified in the Manual, they still do not include non-tangible results, since they refer to objects which are under special protection.²⁷ Thus, it is important to occur violent consequences in the physical world to accept cyber operation as an attack. Lubell criticizes the stance of the majority since the replacement can be done in an hour but incapacitating a system may continue for days without giving any physical harm.²⁸ However, he still seems to agree with the majority while arguing the difference between cyber operation and cyber attack and calling those ‘designed to damage data’ as ‘cyber operations.’²⁹

Conducting an operation against data which affects the functionality of cyber infrastructure may reach the level of attack, but it still does not open a door for interpreting data as an object since the ‘object of attack’ is the functionality of this system, not data per se.³⁰ Hence, cyber operations that solely have an impact on ‘data’ are not prohibited under the LOAC. Nevertheless, they should not be regarded as completely lawful because they may fall in the ambit of other branches of International Law, and be regarded as illegal. As stated by the International Court of Justice,

*‘There can be no doubt that, as a general rule, a particular act may be perfectly lawful under one body of legal rules and unlawful under another. Thus it cannot be excluded in principle that an act carried out during an armed conflict and lawful under international humanitarian law can at the same time constitute a violation by the State in question of some other international obligation incumbent upon it.’*³¹

Therefore, it is always possible that these operations may be unlawful under human rights law or jus ad bellum.

25 *ibid* Rule 100 Cmt. para.6.

26 *ibid* Rule 92 Cmt. para.10.

27 Tim McCormack, ‘International Humanitarian Law and the Targeting of Data’ (2018) 94 *International Law Studies* 222, 226.

28 Noam Lubell, ‘Lawful Targets in Cyber Operations: Does the Principle of Distinction Apply?’ (2013) 89 *International Law Studies* 252, 266.

29 *ibid* 259.

30 Schmitt, ‘The Notion of “Objects” during Cyber Operations’ (n 5) 104–105.

31 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia) (Judgment)* [2015] ICJ Rep para. 474.

2. FROM THE PERSPECTIVE OF LEX FERENDA

Treating ‘data’ as an ‘object’ was defended by two prominent scholars in the doctrine; Kubo Macak³² and Heather Harrison Dinniss³³. However, while Macak accepts all data as a new way of understanding of ‘object’, Dinniss makes differentiation and only accepts ‘operational data’ to fit into this category. The difference between them is that the ‘destruction of operational-level data or code will result in loss of functionality of the system, whereas similar destruction of content-level data will leave the system intact, albeit with corrupted or missing data.’³⁴ Even though they have different understanding on that issue, both of those writers emphasize that the Commentary had been prepared even before the world wide web was invented, and they try to expand the notion of an object by teleological interpretation.³⁵ Additionally, they argue that the Commentary did not include ‘intangible’ things into the notion of an object since the concern was related to the targeting civilian morale and ‘the general objective (in the sense of aim or purpose) of a military operation.’³⁶ However, the beginning of the sentence in the Commentary is that ‘there is however no doubt that in this article both the English and French texts intended tangible and visible things by the word “objective”.’³⁷ Thus, there is no uncertainty about the intent of authors: a thing should be ‘tangible’ and ‘visible’ in order to be deemed as an ‘object’.

According to the minority position in Tallinn Manual, some data which ‘is “essential” to the well-being of the civilian population’ should be regarded as an ‘object’ by considering the possible significant consequences of targeting them.³⁸ In line with this minority position, ICRC states in its challenge report that

‘Moreover, data have become an essential component of the digital domain and a cornerstone of life in many societies. However, different views exist on whether civilian data should be considered as civilian objects and therefore be protected under IHL principles and rules governing the conduct of hostilities. In the ICRC’s view, the conclusion that deleting or tampering with essential civilian data would not be prohibited by IHL in today’s ever more data-reliant world seems difficult to reconcile with the object and purpose of this body of law. Put simply, the replacement of paper files and documents with digital files in the form of data should not decrease the protection that IHL affords to them.’³⁹

32 Kubo Mačák, ‘Military Objectives 2.0: The Case for Interpreting Computer Data as Objects under International Humanitarian Law’ (2015) 48 Israel Law Review 55.

33 Dinniss (n 23).

34 ibid 41–42.

35 ibid 43; Mačák (n 33) 67. Also see Ido Kilovaty, ‘Virtual Violence-Disruptive Cyberspace Operations as Attacks under International Humanitarian Law’ (2016) 23 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 113, 141.

36 Dinniss (n 23) 44; Mačák (n 33) 68 n.87; Lubell (n 29) 268; Sandoz, Swinarski and Zimmermann (n 3) para 2010. Also see Laurent Gisel, Tilman Rodenhäuser and Knut Dörmann, ‘Twenty Years on: International Humanitarian Law and the Protection of Civilians against the Effects of Cyber Operations during Armed Conflicts’ [2020] International Review of the Red Cross 1, 32.

37 Sandoz, Swinarski and Zimmermann (n 3) para 2010.

38 Schmitt, *Tallinn Manual* (n 2) Rule 100 Cmt. para.6.

39 ‘International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts’

From the perspective of the present author, the traces of ICRC position could be followed back to the Commentary in which it was advised to military legal advisers to do appropriate documentation,⁴⁰ and, was noted that ‘in some armies all provisions of international law applicable in case of armed conflict have been stored in the memory of a computer. A staff which has a terminal can thus instantly find all legal provisions applicable to a given problem.’⁴¹ Even if the Commentary was prepared in 1987, the authors did not see any difference between documentation as a hard copy or storing in the computer as data. Lubell emphasizes this point by arguing that

‘The reference to “visible and tangible” is not part of the Protocol definition, but rather the understanding given to it at a particular point in time and in a specific context. These must be examined more closely to see whether the same reasoning applies to our current situation. At the time of drafting it is unlikely that the drafters would have considered the possibility of data destruction separate from physical damage. Destroying data at the time would have meant physically damaging the storage method, such as the paper files. Today, however, it is perfectly possible to destroy vast quantities of vital data without physically destroying the computers on which they are stored. To place this in context, it raises the question whether a kinetic attack that results in the setting on fire of five hundred mailbags is any more harmful than a cyber operation that permanently deletes five million e-mails. This is a scenario that could hardly have been contemplated when the Commentary made the reference to objects being “visible and tangible.” Looking beyond this specific phrase into the explanation surrounding its use further reveals why it might not exclude data.’⁴²

Liivoja&McCormack approach this issue in a similar manner by explaining that

‘Permanent destruction of data can have significant ramifications, even though falling short of physical violence. For example, wiping out the data in the entire State’s banking system or patent database by means of a computer virus may have far more deleterious consequences than the physical destruction of a single data centre. Yet, under the Manual, the former would be an attack only if it can be demonstrated that some physical injury occurred, whereas the second is undoubtedly an attack.’⁴³

Although authors of the Commentary were aware of technological developments, it is stated that

(ICRC2019)21<https://rcrcconference.org/app/uploads/2019/10/33IC-IHL-Challenges-report_EN.pdf?fbclid=IwAR3ksX7qBnQd61yJFgKqYlAhRKF3VPh9sFFhIZaQB2hNzxqAhksEjJ83HM>. Also see Daragh Murray, *Practitioners’ Guide to Human Rights Law in Armed Conflict* (Oxford University Press 2016) 307–308.

40 Sandoz, Swinarski and Zimmermann (n 3) para 3347.

41 *ibid* 3347 note 16.

42 Lubell (n 29) 267.

43 Rain Liivoja and Tim McCormack, ‘Law in the Virtual Battlespace: The Tallin Manual and the Jus in Bello,’ *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol 15 (Springer 2014) 53.

‘Current developments in computer information processing systems make it possible to produce very small identity cards for military use (“electronic dog tags”). Neither this type of identity card, nor the type used for bank cards or to restrict access to high-security areas, nor again the type of identity card which is based on biometric techniques, can replace the identity card provided for in the Conventions and the Protocol, 3 which can be manufactured without recourse to sophisticated techniques and contains information comprehensible to everybody, everywhere.’⁴⁴

Hence, they did not accept to replace ‘identity card’ with electronic means despite the fact that they were ready to accept renovations. These dilemmas make it harder to guess the way of interpretation of authors and apply it to present conditions.

By referring to Schmitt’s consequence-based approach, which regards an operation as an ‘attack’ by taking its severe consequences into consideration, Macak presents two examples in order to treat data as an object.⁴⁵ First, military critical data which makes an effective contribution to the enemy’s war-fighting capacity is a legitimate target from the perspective of states. Second, targeting and deleting essential civilian data may adversely affect the well-being of the civilian population. Dinniss approaches this issue from a different standpoint. According to her, some cyber weapons may cause severe consequences, and if they are not accepted as an object since they are ‘made entirely from code’, there is a danger not accepting these cyber weapons as legitimate military objectives.⁴⁶ Also, she argues that it is more sensible to target military data in a dual-use system by accepting it as an ‘object’ rather than conducting an attack against the whole system by considering the minimization of civilian harm.⁴⁷ Although the argumentation is different, they both try to reach a conclusion that targeting data may have significant effects in today’s world, and it is more appropriate to interpret ‘object’ by comprising data.⁴⁸

On the other hand, two issues should be clarified. First, it is important not to legitimize the argument by confusing the principle of distinction and proportionality or precautions. After the object is determined as a ‘lawful target’, the latter will come into the scene. Therefore, the initial step is to determine whether the objective is a lawful target or not. The significance of this determination is that if the data is deemed as an object at the first step, then deleting (destroying) or altering (damaging) it will fall within the ambit of attack.⁴⁹ At this point it will be prohibited because civilian objects may not be the subject to attack according to article 51 of the AP – I, however, if it is not accepted as an object in the first step, then mere deletion or alteration of it does not fall within the prohibition. Dinniss’s point already accepts it as an attack, and it becomes easier to accept ‘data’ as an object while making argumentation by starting from the last point. However, the problem starts at the first step in

44 *ibid* 3970.

45 Mačák (n 33) 76.

46 Dinniss (n 23) 44–45.

47 *ibid* 51.

48 Mačák (n 33) 77; Dinniss (n 23) 45.

49 Schmitt, ‘The Notion of “Objects” during Cyber Operations’ (n 5) 96.

order to qualify data as an object. Therefore, if it is not accepted as an 'object', it does not make any sense to comment on neither proportionality nor precautions.⁵⁰

Secondly, not accepting data as an object does not exclude it from the ambit of targetable military objectives. If data contributes war-fighting or war-supporting capability of an enemy, then it will be accepted as a lawful target. This can be seen in Peru's response to Improving Transparency Project in which it was proposed to regard certain types of data as military objectives.⁵¹ Moreover, according to the long-established but debatable practice of the USA, if it also contributes to the war-sustaining capability of a belligerent party, it may be rendered as a lawful target too since

'[C]yber operations against an enemy's financial system could directly impede its ability to sustain the conflict. Indeed, they likely would do so with greater effect than kinetic or cyber attacks on oil or other resources that indirectly provide the war effort's economic foundation'.⁵²

However, this position is not generally adhered by scholars since destroying war-sustaining objects is too remote in terms of adversely affecting the military action of the enemy.⁵³ Whilst the general position does not regard war-sustaining objects as a lawful target, the situation becomes too problematic when it comes targeting the financial assets of terrorist organizations.⁵⁴ However, there is no doubt that everything which makes an effective contribution to the military capacity of an enemy can be subject to an attack.

While both Dinniss' and Macak's arguments try to indicate that even if non-physical consequences of cyber operations against data may have severe effects on society, the missing point is that severity of foreseeable consequences already determines an operation as 'attack'.⁵⁵ When a cyber operation that targets data results in (or at least foresees) a certain level of violence, it will be qualified as a cyber attack.⁵⁶ Also, the Manual does not exclude every operation which does not have kinetic consequences. For instance, there are some instances where kinetic consequences do not occur but the operation can be determined as an attack such as chemical and biological attacks or cyber operations

50 Jeffrey Biller and Michael N Schmitt, 'Classification of Cyber Capabilities and Operations as Weapons, Means, or Methods of Warfare' (2019) 95 *International Law Studies* 179, 181–182.

51 Duncan B. Hollis, *International Law and State Cyber Operations: Improving Transparency*, OEA/Ser.Q, CJI/doc 615/20 (7 August 2020), pp. 27-28.

52 Michael Schmitt and Tim Mauer, 'Protecting Financial Data in Cyberspace: Precedent for Further Progress on Cyber Norms?' (*Just Security*) <<https://www.justsecurity.org/44411/protecting-financial-data-cyberspace-precedent-progress-cyber-norms/>> accessed 4 April 2020.

53 Schmitt, *Tallinn Manual* (n 2) Rule 100 Cmt. para.18-19.

54 Kenneth Watkin, 'Sustaining the War Effort: Targeting Islamic State Oil Facilities' (*Just Security*) <<https://www.justsecurity.org/15890/sustaining-war-effort-targeting-islamic-state-oil-facilities/>> accessed 4 April 2020; Daphné Richemond-Barak, 'Is Money a Legitimate Target?' (*Just Security*) <<https://www.justsecurity.org/29255/money-legitimate-target/>> accessed 4 April 2020; Charlie Dunlap, 'The Loyola Conference and the Evolving Definition of Military Objective' (*Lawfire*) <<https://sites.duke.edu/lawfire/2016/02/14/the-loyola-conference-and-the-evolving-definition-of-military-objective/>> accessed 4 April 2020.

55 Schmitt, 'The Notion of "Objects" during Cyber Operations' 98.

56 Schmitt, *Tallinn Manual* (n 2) Rule 92 Cmt. para.6.

that cause severe mental suffering.⁵⁷ Hence, if the consequences of the operation is severe enough, it is already accepted as a cyber attack and subject to the LOAC. Moreover, if a cyber operation is designed to give rise to a certain level of violence, it is enough to accept it as an ‘attack’ even if it does not give rise to any violence. Therefore, it is not true to assume that all operations which do not result in physical consequences, cannot be regarded as attack. However, accepting an operation as ‘attack’ does not automatically render the target as an ‘object’.

Actually, there is just one consequence of not accepting data as an ‘object’ which is that there is no illegality to target civilian data by cyber operations in terms of mere deletion or alteration since directing operations against civilian persons or objects are regarded as legitimate under the LOAC.⁵⁸ Nevertheless, if the door is opened in terms of rendering non-physical consequences within the ambit of LOAC, it may be possible to finish the argument by stating that ‘any inconvenience to civilians is prohibited’.⁵⁹

On the other hand, it should be noted that a cyber operation against data may be subject to the LOAC if it is part of a whole attack. For example, a cyber operation may be conducted by an adverse party in order to collect information about the system and prepare an attack that will come after it. In this vein, the attack will be evaluated as a whole, and an operation which represents the beginning of the attack will be subject to the LOAC.⁶⁰ Even though the situation is the same for those cyber operations that disrupt or neutralize the system, some academicians accept these results as an ‘attack’. According to Dormann, article 52(2) of AP – I regards not only destruction but also neutralization of the object in terms of gaining the military advantage, so a cyber operation that neutralizes the military objective can be accepted as a cyber attack.⁶¹ Nonetheless, the problem in Dormann’s definition is that if an adverse party intends to conduct a cyber attack resulted in violent consequences, then it will be important to evaluate whether the objective is military or not.⁶² Furthermore, the term ‘military objective’ is not only used in the AP – I in the context of attacks, but also discussed in article 48 and 51(7) of the Protocol in a broader context by referring all types of military operations.⁶³ Droege looks from a different perspective and states that if a cyber operation which disrupts ‘the functioning of objects without physical damage or destruction, even if the disruption is temporary’ should be

57 ibid Rule 92 Cmt. para.8; Michael N Schmitt and Chad E Highfill, ‘Invisible Injuries: Concussive Effects and International Humanitarian Law’ (2018) 9 Harvard National Security Journal 72; Michael N Schmitt, “Attack” as a Term of Art in International Law: The Cyber Operations Context’ in Christian Czosseck, Rain Ottis and Katharina Ziolkowski (eds), *Proceedings of the 4th International Conference on Cyber Conflict* (IEEE 2012) 290.

58 US Department of Defence, *Law of War Manual* (2015) 1022; McCormack (n 28) 238; Michael N Schmitt, ‘Wired Warfare: Computer Network Attack and Jus in Bello’ (2002) 84 International Review of the Red Cross 365, 395.

59 Lubell (n 29) 262.

60 Heather Harrison Dinniss, *Cyber Warfare and the Laws of War* (Cambridge University Press 2012) 131–132.

61 Knut Dörmann, ‘Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks’ 6 <<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/applicabilityofihltozna.pdf>> accessed 3 April 2020. In his last article written together with Laurent Gisel and Tilman Rodenhäuser, his position continued to be defended. See Gisel, Rodenhäuser and Dörmann (n 37) 27. Also see Robin Geiss, ‘The Conduct of Hostilities in and via Cyberspace’, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting* (Cambridge University Press 2010) 373.

62 Michael N Schmitt, ‘Cyber Operations and the Jus in Bello: Key Issues’ (2011) 87 International Law Studies 89, 95.

63 Dinniss (n 60) 198.

regarded as an ‘attack’ since, *inter alia*, there is no difference whether making a civilian object useless by giving it physical damage or not.⁶⁴ Although this broader understanding seems sensible when there are some instances in which there is no difference for an attacker to gain the same advantage either by neutralizing or disrupting rather than attacking to military object, the weakness of the argument is that not every cyber operation which contributes to the military position of the belligerent party may be qualified as an attack.⁶⁵ Therefore, the determination should be based on whether the intention of the perpetrator is to conduct an attack or operation. Also, such positions seem to be over-inclusive when state practices are considered since those operations which do not have physical consequences by disruption or interference are not prohibited in the LOAC.⁶⁶

3. A STEP FORWARD TOWARD AN EVOLVING LEX FERENDA

On the other side of the coin, some important developments happened. While it is not clearly stated that data is an object, the *lex ferenda* position has started to find its place in statements of states with regards to cyberspace. For instance, while declaring its position on cyberspace,

‘a deliberate offensive or malicious action carried out via cyberspace and intended to cause damage (in terms of availability, integrity or confidentiality) to data or the systems that treat them, which may consequently harm the activities for which they are the medium’

is regarded as cyber attack by France.⁶⁷ Before this definition was announced, the importance of ‘the confidentiality, availability, and integrity of data’ was also stated in the US Department of Defence Cyber Strategy without clearing the stance on what are the consequences of having an impact by cyber operations on such kind of data.⁶⁸ The uniqueness of the French perspective is that it does not matter whether conducting an operation against data has an impact on the functionality of the system or not in order to accept it as a cyber attack, if the operation affects ‘availability, integrity or confidentiality’ of data, and emerges that ‘the targeted equipment or systems no longer provide the service for which they were implemented.’⁶⁹ Even if there is no clear understanding on accepting data as an object, the statement clearly goes beyond the *lex lata* because of not requiring physical consequences and accepting civilian data as ‘protected objects’ though it is intangible.⁷⁰

64 Cordula Droege, ‘Get off My Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law, and the Protection of Civilians’ (2012) 94 *International Review of the Red Cross* 533, 558–559. Also see Dieter Fleck, ‘Searching for International Rules Applicable to Cyber Warfare—A Critical First Assessment of the New Tallinn Manual’ (2013) 18 *Journal of Conflict and Security Law* 331, 341; Kilovaty (n 36).

65 William H Boothby, *The Law of Targeting* (Oxford University Press 2012) 383.

66 US Department of Defence (n 58) 1022; Schmitt, ‘Attack’ as a Term of Art in International Law’ (n 57) 289; Schmitt, ‘Cyber Operations and the Jus in Bello: Key Issues’ (n 62) 95.

67 Ministère des Armées, ‘International Law Applied to Operations in Cyberspace’ 13, 18 <<https://www.defense.gouv.fr/content/download/567648/9770527/file/international+law+applied+to+operations+in+cyberspace.pdf>> accessed 4 April 2020.

68 ‘The Department of Defense Cyber Strategy’ (The Department of Defense 2015) 1. (hereinafter ‘DOD Cyber Strategy’)

69 Ministère des Armées (n 67) 13.

70 *ibid* 15; UNGA ‘Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications

In addition to France's statement, the approach of Australian Government is not limited to those operations which result in violent consequences while accepting cyber operation as an attack. In their cyber engagement strategy, cyber attack is defined as

*'a deliberate act through cyberspace to manipulate, disrupt, deny, degrade or destroy computers or networks, or the information resident on them, with the effect of seriously compromising national security, stability or economic prosperity.'*⁷¹

In this respect, it can be argued that there is not any clear reference to data unlike France's approach, and the definition still requires an effect that reaches some level of threshold in order to accept an act as a cyber attack. However, putting 'information' into definition may be held as an indication of accepting those operations which occur non-kinetical results as an attack. In the same vein, this approach is also adopted by Germany who defined cyber attacks as 'an act or action initiated in or through cyberspace to cause harmful effects on communication, information or other electronic systems, on the information that is stored, processed or transmitted on these systems or on physical objects or persons' in its very recent position paper on the application of international law in cyber space.⁷² Therefore, it seems rational to define an attack by considering non-kinetical threat and broaden it by comprising non-kinetical results. The same approach can also be found in the DOD Cyber Strategy which calls not only destructive but also disruptive and manipulative acts as a cyber attack.⁷³ Hence, when all these documents are taken into account, it seems possible that the definition of a cyber attack will be broadened in the future, and this broader approach will end with accepting data as an 'object'.

As the last point, it is worth mentioning that Carnegie Endowment for International Peace has presented recently the idea of protecting the integrity of financial data by taking aspirations from two documents which are the 2015 United Nationals General Assembly Resolution and the G20 Summit Communiqué. While the former recommends states taking measures including 'a repository of national laws and policies for the protection of data,'⁷⁴ the latter encourages G20 States to 'promote the resilience of financial services and institutions in G20 jurisdictions against the malicious use of ICT'.⁷⁵ By considering these documents, it was proposed to the G20 States that 'a State must

in the Context of International Security' UN Doc A/74/120 (24 June 2019), p.23; Michael Schmitt, 'France's Major Statement on International Law and Cyber: An Assessment' (*Just Security*, 16 September 2019) <<https://www.justsecurity.org/66194/frances-major-statement-on-international-law-and-cyber-an-assessment/>> accessed 4 April 2020.

71 'International Security & Cyberspace – Australia's International Cyber Engagement Strategy' <https://www.dfat.gov.au/publications/international-relations/international-cyber-engagement-strategy/aices/chapters/part_4_international_security_and_cyberspace.html> accessed 21 April 2020.

72 Germany, 'On the Application of International Law in Cyberspace' 8, <<https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2446304/2ae17233b62966a4b7f16d50ca3c6802/on-the-application-of-international-law-in-cyberspace-data.pdf>> accessed 19 March 2021.

73 'The Department of Defense Cyber Strategy' (n 63) 2, 7, 9. However, there is no consistency in the document since cyber attacks are also used by considering their significant consequences as similar to the Tallinn Manual. *See* *ibid* 5, 6, 14.

74 UNGA 'Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security' UN Doc A/70/174 (22 July 2015) para.16(d)(i).

75 'G20 Finance Communiqué' (18 March 2017) <<http://www.g20.utoronto.ca/2017/170318-finance-en.html>> accessed 4

not conduct or knowingly support any activity that intentionally manipulates the integrity of financial institutions' data and algorithms wherever they are stored or when in transit.⁷⁶ The logical background of this proposal, in which the manipulation of the data integrity of financial institutions is prohibited by using the analogy of counterfeiting currency, is related to the devastating effects of such an incident on the global economy due to the fact that the results of conducting cyber operations against such data cannot be limited by boundaries unlike other sectors such as oil and gas, and even if only one financial institution is targeted, the chain of events may end with the global shock in the entire international system.⁷⁷ Although the proposal was not adhered by any state explicitly, and *opinio juris* has not changed in terms of treating any kind of data as an 'object', it is an important milestone that indicates a need to change because of the data dependency of the world economic system. International law always make a progress according to the necessities of states, and it is quite possible that the issue will be held completely different in the future.

CONCLUSION

Today, people do not need to store information by written documents, but to store them as digital data. From *lex lata* point of view, data cannot be held as an 'object' by considering the ordinary meaning of it that is stated in the Commentary on the Additional Protocols even if some type of data remains protected, and targeting civilian data in a way that not to occur death, injury, damage, destruction is not illegal *per se* according to the LOAC.

From *lex ferenda* point of view, 'data' can be regarded as an 'object' due to technological advancements compared to the time of preparation of the Commentary, and the possible consequences of targeting it in our 'data-reliant' world. From this perspective, those intangible things which cannot be included within the ambit of objects are civilians morale and the general aim of an operation. Therefore, data should be regarded as an object by taking humanitarian purposes of the LOAC in line with teleological interpretation.

The notion of lawful targets has already started to change but it still has not reached a level to regard 'data' as an 'object' yet. At this point, it is not appropriate to interpret data by approaching the issue in a manner that if authors of the Commentary lived today, they would accept data as an object. It is a sensitive issue when other branches of international law are taken into account, and states are not only reluctant to put their positions forward clearly but also change the status of data. Thus, political interests lying behind keeping data as an ambiguous issue determine approaches of states rather than legal reasons.

On the other hand, some initial steps which may broaden the notion of *lex lata* have taken place in recent years by international organizations. It is also obvious that cyber positions of some states

April 2020.

76 Tim Maurer, Ariel Levite and George Perkovich, 'Toward A Global Norm Against Manipulating the Integrity of Financial Data' (Carnegie Endowment for International Peace 2017) 4.

77 *ibid* 6, 7.

such as France and Germany challenge this notion even if neither these positions nor statements of those international organizations still do not reach the level in which the status of data has clearly changed. Therefore, in this article, how the situation makes progress is tried to be explained rather than adhering neither *lex lata* nor *lex ferenda* positions. Although the current situation bothers all civilians including the present author, we should be aware of the fact that law is evolving, and today's *lex ferenda* point will be tomorrow's *lex lata* as happened in the past.

BIBLIOGRAPHY

I. Primary Sources

Treaties, Manuals

Hague Convention IX of 1907 Concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War

HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare (Bern, 15 May 2009)

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978) 1125 UNTS 3

Rules concerning the Control of Wireless Telegraphy in Time of War and Air Warfare (December 1922 – February 1923)

Schmitt MN, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge University Press 2017)

US Department of Defence, *Law of War Manual* (2015)

Cases

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia) (Judgment) [2015] ICJ Rep 3

United Nations Documents

UNGA 'Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security' UN Doc A/74/120 (24 June 2019)

UNGA 'Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security' UN Doc A/70/174 (22 July 2015)

States' Cyber Strategy Documents

Germany, 'On the Application of International Law in Cyberspace' <<https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2446304/2ae17233b62966a4b7f16d50ca3c6802/on-the-application-of-international-law-in-cyberspace-data.pdf>> accessed 19 March 2021

'International Security & Cyberspace – Australia's International Cyber Engagement Strategy' <https://www.dfat.gov.au/publications/international-relations/international-cyber-engagement-strategy/aices/chapters/part_4_international_security_and_cyberspace.html> accessed 20 April 2020

Ministère des Armées, 'International Law Applied to Operations in Cyberspace' <<https://www.defense.gouv.fr/content/download/567648/9770527/file/international+law+applied+to+operations+in+cyberspace.pdf>> accessed 4 April 2020

'The Department of Defense Cyber Strategy' (The Department of Defense 2015)

Secondary Sources

Books, Book Chapters, Articles

- Billier J and Schmitt MN, 'Classification of Cyber Capabilities and Operations as Weapons, Means, or Methods of Warfare' (2019) 95 *International Law Studies* 179
- Boothby WH, *The Law of Targeting* (Oxford University Press 2012)
- Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* (Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University 2010)
- Dinniss HAH, 'The Nature of Objects: Targeting Networks and the Challenge of Defining Cyber Military Objectives' (2015) 48 *Israel Law Review* 39
- Dinniss HH, *Cyber Warfare and the Laws of War* (Cambridge University Press 2012)
- Dörmann K, 'Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks' <<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/applicabilityofihltozna.pdf>> accessed 3 April 2020
- Droege C, 'Get off My Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law, and the Protection of Civilians' (2012) 94 *International Review of the Red Cross* 533
- Fleck D, 'Searching for International Rules Applicable to Cyber Warfare—A Critical First Assessment of the New Tallinn Manual' (2013) 18 *Journal of Conflict and Security Law* 331
- Geiss R, 'The Conduct of Hostilities in and via Cyberspace', *Proceedings of the ASIL Annual Meeting* (Cambridge University Press 2010)
- Gisel L, Rodenhäuser T and Dörmann K, 'Twenty Years on: International Humanitarian Law and the Protection of Civilians against the Effects of Cyber Operations during Armed Conflicts' [2020] *International Review of the Red Cross* 1
- Hollis, DB, *International Law and State Cyber Operations: Improving Transparency*, OEA/Ser.Q, CJI/doc 603/20 (5 March 2020)
- , *International Law and State Cyber Operations: Improving Transparency*, OEA/Ser.Q, CJI/doc 615/20 (7 August 2020)
- Kilovaty I, 'Virtual Violence-Disruptive Cyberspace Operations as Attacks under International Humanitarian Law' (2016) 23 *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.* 113
- Lubell N, 'Lawful Targets in Cyber Operations: Does the Principle of Distinction Apply?' (2013) 89 *International Law Studies* 252
- Mačák K, 'Military Objectives 2.0: The Case for Interpreting Computer Data as Objects under International Humanitarian Law' (2015) 48 *Israel Law Review* 55
- Maurer T, Levite A and Perkovich G, 'Toward A Global Norm Against Manipulating the Integrity of Financial Data' (Carnegie Endowment for International Peace 2017)
- Mavropoulou E, 'Targeting in the Cyber Domain: Legal Challenges Arising from the Application of the Principle of Distinction to Cyber Attacks' (2015) 4 *Journal of Law & Cyber Warfare* 23
- McCormack T, 'International Humanitarian Law and the Targeting of Data' (2018) 94 *International Law Studies* 222
- Murray D, *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict* (Oxford University Press 2016)
- Sandoz Y, Swinarski C and Zimmermann B (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (ICRC 1987)
- Schmitt MN, 'Wired Warfare: Computer Network Attack and Jus in Bello' (2002) 84 *International Review of the Red Cross* 365
- , 'Cyber Operations and the Jus in Bello: Key Issues' (2011) 87 *International Law Studies* 89

- , ‘“Attack” as a Term of Art in International Law: The Cyber Operations Context’ in Christian Czosseck, Rain Ottis and Katharina Ziolkowski (eds), *PROCEEDINGS OF THE 4TH INTERNATIONAL CONFERENCE ON CYBER CONFLICT* (IEEE 2012)
- , ‘The Law of Cyber Warfare: Quo Vadis’ (2014) 25 *Stan. L. & Pol’y Rev.* 269
- , ‘The Notion of “Objects” during Cyber Operations: A Riposte in Defence of Interpretive and Applicative Precision’ (2015) 48 *Israel Law Review* 81
- Schmitt MN and Highfill CE, ‘Invisible Injuries: Concussive Effects and International Humanitarian Law’ (2018) 9 *Harvard National Security Journal* 72

Online Documents

- Dunlap C, ‘The Loyola Conference and the Evolving Definition of Military Objective’ (*Lawfire*) <<https://sites.duke.edu/lawfire/2016/02/14/the-loyola-conference-and-the-evolving-definition-of-military-objective/>> accessed 4 April 2020
- ‘G20 Finance Communiqué’ (18 March 2017) <<http://www.g20.utoronto.ca/2017/170318-finance-en.html>> accessed 4 April 2020
- ‘International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts’ (ICRC 2019) <https://rcrcconference.org/app/uploads/2019/10/331C-IHL-Challenges-report_EN.pdf?fbclid=IwAR3ksX7qBnQd61yJFgKqYlAhRKF3VPh9sFFhIZaQB2hNzxqAhksEjJJ83HM>
- Richemond-Barak D, ‘Is Money a Legitimate Target?’ (*Just Security*) <<https://www.justsecurity.org/29255/money-legitimate-target/>> accessed 4 April 2020
- Schmitt M, ‘France’s Major Statement on International Law and Cyber: An Assessment’ (*Just Security*, 16 September 2019) <<https://www.justsecurity.org/66194/frances-major-statement-on-international-law-and-cyber-an-assessment/>> accessed 4 April 2020
- Schmitt M and Mauer T, ‘Protecting Financial Data in Cyberspace: Precedent for Further Progress on Cyber Norms?’ (*Just Security*) <<https://www.justsecurity.org/44411/protecting-financial-data-cyberspace-precedent-progress-cyber-norms/>> accessed 4 April 2020
- Watkin K, ‘Sustaining the War Effort: Targeting Islamic State Oil Facilities’ (*Just Security*) <<https://www.justsecurity.org/15890/sustaining-war-effort-targeting-islamic-state-oil-facilities/>> accessed 4 April 2020

Tarihsel Süreç İçerisinde Fransız Temyiz Mahkemesinin Gelişimi*

The Evolution of The French Court of Cassation in The Historical Process

M. Kâmil Yıldırım** , Ozan Tok*** 

ÖZ

Fransız hukukunda modern anlamda Temyiz Mahkemesi, ihtilalden sonra hukukun kurumsallaşması ve yeknesaklaştırılmasına duyulan ihtiyaç sonucu ortaya çıkmıştır. Modern dönemde birlikte daha önce dağınık bir yapıya sahip olan Fransız Adli Teşkilatı kurumsallaştırılmış ve kanunların yeknesak biçimde uygulanmasının gözetilmesini sağlamak için de *Tribunal de cassation* kurulmuştur. Eski rejimde (ancien régime) ise Fransız hukukunda modern anlamda temyize benzeyen tek kurum Kral'ın Konseyi (*Conseil du roi*) olmuştur. *Conseil du roi*, kralın emirnamelerinin parlemenlar (*parlemants provinciaux*) tarafından uygulanıp uygulanmadığını denetlemekteyken *Tribunal de cassation*, derece hâkiminin kararının yasa koyucu tarafından çıkarılan kanunlara uygun olup olmadığını denetlemektedir. Yasama yorumunun (*référé législatif*) kaldırılmasından sonra ise *Cour de cassation* gerçek bir yargılama merci hüviyetini kazanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Derece hâkimi, Conseil du roi, Conseil des parties, Parlemenlar, Tribunal de cassation, Cour de cassation.

ABSTRACT

A court of cassation was founded in French law to fulfill the need for the institutionalization and unification of law. In the modern era, the French judicial organization, which subsequently had a primitive character, was institutionalised and to serve this mission the Court of Cassation was founded. For the era of the Ancien Régime, the only institution which fulfil the modern court of cassation was the King's Council (*Conseil du roi*). The object of the king's council was to control obedience to ordinances by the provincial parliaments (*parlemants provinciaux*) while the modern court of cassation was established to control a single application of the laws by the judges of first and second instances. After the abolition of the *référé législatif*, the Court of Cassation was able to become a real judicial institution.

Keywords: Judge of first and second instances, Conseil du roi, Conseil des parties, Tribunal de cassation, Cour de cassation.

* Bu makale, Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin (5.10.2017 tarihli ve 30201 Sayılı Resmî Gazete) 27. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen doktora tezinin savunabilmesi için tezden makale üretilmesi lüzumu uyarınca "Fransız ve Türk Medeni Yargılama Hukuklarında Temyiz Mahkemesinin Yapısı ve İşlevi" isimli tezden üretilmiştir.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-1427-5529.

*** Ar.Gör., Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi, E mail: ozantok@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1372-9397.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: M. Kâmil Yıldırım

E-posta/E-mail: kamilyildirim@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 22.05.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 24.08.2021

GİRİŞ

Modern anlamda temyiz mahkemeleri birçok süreçten geçerek bugünkü teknik hâlini alabilmiştir. Modernleşme sürecine dâhil olan bütün ülkeler, hukuk uygulamasını yeknesaklaştırmaya ve bireylere adil yargılama hakkı temelinde başvuru imkânı sağlayan ve tecrübeli hâkimlerden oluşan bir kanun yolunu tesis etmeye gayret etmişlerdir. Kamusal ve bireysel menfaati birlikte temin eden bu kanun yolu şüphesiz temyizdir. Fransız hukukunda temyiz kanun yolu Fransız İhtilali'nden sonra öncelikle düzenlenen bir hukuki çare olmuştur. Temyiz kanun yolunun kaderi, ihtilalden sonra tesis edilen Fransız Temyiz Mahkemesi *Tribunal de cassation* ile tayin edilmiştir.

Tribunal de cassation'un tesisine kadar Fransız hukukunda temyiz benzeri hiçbir kurum bulunmadığını ifade etmek doğru değildir. Nitekim eski rejimde (*ancien régime*) birçok derece mahkemesinden oluşan dağınık ve birçok gruba imtiyaz tanıyan bir adli teşkilat yapısı bulunmaktadır. Bununla birlikte gerek Orta çağ gerekse de modern öncesi dönemde Fransız hukukunda belirli bir kanun yolu rejimi kabul edilmektedir. Bu kanun yolu mahkemeleri, birçok eski hukuk sisteminde olduğu gibi, bazı uyuşmazlıkları ikinci veya üçüncü derece mahkemesi olarak görmekteyken değeri yüksek bazı hukuki uyuşmazlıkları ise ilk derece mahkemesi olarak incelemektedir. Çalışmada bu kanun yolu mahkemelerinin temyiz niteliğine haiz olup olmadığı ayrıca incelenecektir.

Fransız hukukunda temyiz benzeri ilk kurumsa, yerel parlemenların kralın emirnamelerini uygulamakta tereddütler yaşamaları sebebiyle gücü artan Kral'ın Konseyi (*Conseil du roi*) olmuştur. Kral'ın Konseyi (*Conseil du Roi*), esasen monarkın yürütme ve danışmanı organıdır. Ancak Konsey kendi içerisinde kurullara ayrılarak içerisinde temyiz mahkemesi benzeri bir yapı olan *Conseil des parties* alt kurulunu çıkarmıştır. *Conseil des parties* kurulunun asıl görevi ise bireye ayrı bir hukuki çare olanağı sağlamaktan çok kralın emirnamelerinin uygulanmasını sağlamaktır.

Fransız İhtilali ile Kral'ın Konseyi (*Conseil du roi*) ortadan kaldırılmıştır. Ancak Konsey'in içerisindeki temyiz mahkemesi benzeri yapıya sahip olan *Conseil des parties* yerine *Tribunal de cassation* kurulmuştur. Temyiz Mahkemesi'nin (*Tribunal de cassation*) yapısı ve günümüze kadar geçirdiği dönüşüm çalışmanın önemli konularından birini teşkil etmektedir. Çalışmada ayrıca modern Fransız Temyiz Mahkemesi'nin (*Cour de cassation*) Fransız hukuku içerisinde belirli bir hukuk kültürünün devamını sağladığı vurgulanmaya çalışılacaktır.

I. MODERN ÖNCESİ DÖNEMDE (ANCIEN RÉGİME) YARGI TEŞKİLATI VE KANUN YOLLARI

A. ESKİ REJİM'DE (ANCIEN RÉGİME) YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN ESASLAR

Eski rejim (*ancien régime*), Fransız Hukuku'nun 1789 ihtilaline kadar süren dönemini konu almaktadır. Fransız ihtilali, aydınlanma ideolojisinin de yardımıyla siyasi ve hukuki kurumların köklü bir şekilde modernleşmesine sebebiyet vermiş; üst yapıdaki bu modernleşme süreci şüphesiz

adli teşkilatı doğrudan etkilemiştir¹. Ancak ihtilal öncesi, kimi zaman dini bilgilerle birleşmiş karma bir hukuk bilgisi geçerli olmuştur². Orta çağ hâkimi her şeyden önce Hristiyanlığın çizdiği bir bilince sahip olup hukuki mülahazalarının temelini dini bilgi oluşturur³. Orta çağ Avrupası ve Fransa'sında yargı ve bürokrasinin etkili yerlerinde görev alabilmek için memurun dini bilgisinin iyi olması gerekmektedir.

Modern öncesi Fransa'da neredeyse beş dereceden oluşan oldukça dağınık bir yargı teşkilatı bulunmaktadır⁴. Bununla birlikte 16. yüzyıldan sonra Fransa'nın siyasi olarak merkezileşerek monarkın yönetimde etkisini artırması, modern öncesi dönemde hukuk sisteminin dağınık karakterinin zayıflamasına ve hukukun yekpareleşmesine vesile olmuştur⁵. Eski rejim döneminde Fransa'nın siyasi rejimi de mutlak monarşidir. Ancak iktidarın temeli tanrı olarak görüldüğü için monark (kral) da tanrının dünyadaki vekili olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple yargılama yetkisi de krala ait olup bu yetki emirnameler aracılığıyla çeşitli kurumlara delege edilmektedir⁶. Diğer taraftan hukuk kuralları da seküler ve dini kurallar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁷. Ancak bilhassa Orta çağ Fransa'sında dini kuralla dini olmayan kuralların iç içe geçtiğinden iki farklı karakterdeki hukuk kurallarına ilişkin açık bir ayırım yapılamamaktadır⁸.

Orta çağa ait bu siyasi tahayyül, Martin Luther'in Protestanlık öğretisinin Fransa'da da kabul görmesiyle önemli bir engelle karşılaşır. Zira, “*insanlardan ziyade; tanrıya itaat etmek gerekir*” şeklindeki Protestan önerme orta çağ Avrupa iktidarlarını tedirgin etmeye başlamıştır. Bu önermeyi takiben gerçekleşen birçok Protestan isyanı ise Fransa'da kaosa yol açtığından toplumda monarkın otoritesine karşı tevccüh baş göstermiştir⁹.

Gerek devlet kurumlarının gerekse de halkın uyacağı kurallar bütünü, çoğunlukla Fransa'da teamül kaynaklıydı¹⁰. Başka bir deyişle, yazılı veya bir ölçüde kurumsal kurallardan bahsetmek mümkün

- 1 Halpérin J.L., 'Le droit privé de la Révolution: héritage législatif et héritage idéologique'(2002) (2) Annales historiques de la Révolution 135.
- 2 Nitekim 16. yüzyılda hâkimin takdir yetkisini kullanmasında etkili olan “vicdan” kurumunun hem de akıla müracaatı zorunlu kıldığı böylelikle yargılamanın da melez bir karakter taşıdığı ifade edilmektedir (Renoux-Zagamé, M.F., 'Répondre de l'obéissance. La conscience du juge dans la doctrine judiciaire à l'aube des Temps modernes' iç *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne* (PUF 1999) 162).
- 3 Carbasse, J.M., 'Le juge entre la loi et la justice: approches médiévales, La conscience du juge dans la doctrine judiciaire à l'aube des Temps modernes' iç *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne* (PUF 1999) 68.
- 4 Piant H., *Une Justice Ordinaire, Justice Civile et Criminelle Dans La Prévoté Royale de Vaucouleurs Sous L'Ancien Régime* (Pesses universitaires de Rennes 2006) 22 vd.
- 5 İngiltere'nin aksine Fransa'da devlet teşkilatı merkezi olmaktan uzaktır. Bunda feodal beylerin kral karşısındaki gücü etkili olmuştur. Feodal lortlar, kralın karşısındaki gayri resmi güç odaklarıdır. Fransa devlet teşkilatının bu yapısı “anarşist-feodalizm” olarak adlandırılmaktadır (Van Caenegem R.C., *History of European Civil Procedure, Civil Procedure, Chapter 2*, (Volume XVI New York 1973) 32).
- 6 Teomete-Yalabık F., 'Fransız Hukukunda Temyizin Tarihi Gelişimi ve Temyiz Sebepleri' (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2010) 32.
- 7 Saint-Bonnet F. ve Sassier Y., *Histoire des Institutions Avant 1789* (6e édition, LGDJ 2019) 281, 282.
- 8 Forcadet P.A., 'Les premiers juges de la Cour du roi au XIII^e siècle' (1922) (94)2 *Revue historique de droit français et étranger* 197.
- 9 Saint-Bonnet/Sassier 284.
- 10 Forcadet 203.

değildi¹¹. Ancak özellikle ülkenin kuzeyinde 16. yüzyıldan itibaren teamüllerin kodifikasyonu başlar. Böylelikle dağınık hukuki rejim daha teknik bir yapıya bürünmeye yönelir¹². 1560 tarihli Orléans Emirnamesi ve kraliyetin mallarının rejimini düzenleyen 1566 tarihli Édité de Moulins, teamüllerin kodifikasyonu faaliyetiyle ortaya çıkmıştır.

Eski rejim döneminde kuvvetler ayrılığı söz konusu olmadığı için yargı yetkisini haiz birçok kurumun tam anlamıyla birer mahkeme olduğundan da bahsetmek mümkün değildir. Esasen modern öncesi birçok coğrafyada yargı kurumları aynı zamanda idari görev ve yetkilere sahip olmaktadır. Modern öncesi Fransız yargı teşkilatı da adli ve idari görevleri birlikte yürütmektedir.

Eski rejimdeki yargı teşkilatı, Fransa'nın siyasi karakterine benzer şekilde oldukça dağınık bir yapıya sahiptir. Eski rejimin karakteristik özellikleri, kuvvetler birliği (*la confusion du pouvoir*), imtiyaz rejimi (*le régime du privilège*), mutlakiyet (*l'absolutisme*), idari monarşi (*la monarchie administrative*), merkezîyetçiliğe doğru gelişim (*le développement de la centralisation*), devletin doğuşu (*la croissance de l'État*) olarak tarif edilmektedir¹³.

Yargı yetkisi monarka (krala) aittir. Ancak böylesine büyük bir coğrafyada bütün yargılamalarının kral tarafından yapılması mümkün olmadığı için, kral adına mahkeme benzeri kurumlar vekaleten (*justice déléguée*)¹⁴ karar vermektedir¹⁵. Yukarıda belirtildiği gibi bütün Fransa coğrafyası kralın yargı yetkisine girmemektedir. Senyör ve kilise yargılamaları, krallığın yargılama tekeli önemli bir istisna teşkil etmektedir¹⁶. Bununla birlikte kral, senyörlerin senyörü (*le chef seigneur*) olarak kabul edildiği için senyör yargılamaları da bir ölçüde hukuki temele sahiptir. Senyör yargılamaları ve krallık yargılamaları arasındaki ilişki “krallığa ilişkin vakıanın (*cas royal*)” varlığına göre değişmektedir. Bir vakıanın etki alanının genişliği veya sonucunun kamu düzeni üzerindeki etkisi, olayın veya fiilin krallığa ilişkin vakıa olarak değerlendirilmesine sebep olur¹⁷. Bunun dışında senyör yargılamaları ve hatta kilise yargılamaları sonucunda verilen kararlara karşı krallık mahkemelerinde istinaf yoluna başvurulması mümkündür. Böylece krallık yargılaması dışında verilen kararların, krallık mahkemeleri tarafından kontrolü sağlanmaktadır. Yargı sisteminin normatif anlamda yeknesaklaştırılması ise ancak modern dönemde mümkün olabilmiştir¹⁸.

11 Carbasse 67.

12 Barbiche B., *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne XVIe-XVIIIe siècle*, (PUF 2012) 60.

13 Barbiche, *Institutions* 3.

14 Esasen vekaleten adalet (*justice déléguée*), iki farklı hâli içermektedir. Modern öncesi dönemde monark, tanrının yeryüzündeki vekili olarak kabul edildiğinden kural olarak Fransa coğrafyasında en üst yargı merci olan monark, vekalet aldığı tanrı adına karar vermektedir. Bu husus vekaleten adaletin birinci anlamını açıklar. Diğer taraftan yargı teşkilatında bir kurumsallaşma söz konusu olmadığı için modern öncesi Fransa'daki mahkemeler de kamu adına değil; monark adına karar vermektedir. Kral adına karar veren yargı mercileri, yargılama yetkisini kralın kendilerine bu konuda vermiş olduğu vekaleten almaktadır. Bu husus da vekaleten adaletin ikinci yönüne karşılık gelmektedir. Bu konuda bkz. Carbasse 69 vd.

15 Barbiche, *Institutions* 47.

16 Barbiche, *Institutions* 48.

17 Barbiche, *Institutions* 50.

18 Petit J.G., 'La Justice en France, 1789-1939. Une étatisation modèle?' (2002) (1)6 *Crime, Histoire & Sociétés* 86.

B. DERECE MAHKEMELERİ

Fransız yargı teşkilatının ilk derece mahkemesi hemen hemen her bölgede bulunan *prévôté* mahkemeleridir¹⁹. Bu ilk derece mahkemeleri (*prévôté*) ceza ve hukuk yargılaması bakımından görevli oldukları gibi ayrıca kral adına vergi toplama gibi idari yetkilere de sahiptir²⁰. İlk derece mahkemelerinin (*prévôté*) topladıkları vergileri saklama ve belli ilkeler çerçevesinde paylaşırma yetkisini de haiz oldukları belirtilmektedir²¹. İlk derece mahkemesinin yetkisini düzenleyen L'Edit de Crémieux'nün 20. maddesine göre: “Medeni hukukun, kişiler hukukunun, eşya hukukuyla haksız ve fiil rejimi ve ceza hukuku bakımından *prévôté* birinci derece yargılamasını yürütmekte olup istinaf mahkemesi sıfatıyla ikinci derece yargılaması baillis ve *sénéchaux* tarafından yerine getirilir.” Buna göre *prévôté* aksine düzenleme olmadıkça hukuk ve ceza yargılamasında genel görevli mahkeme sıfatını haizdir²². Ayrıca *prévôté* yargılamalarının laik hukukla ilgili olduğunu da belirtmek gerekmektedir²³.

Krallık toprağındaki her *prévôté* mahkemesinin kendisi teşkilatı bulunmaktadır. Teşkilatın içerisinde hâkimlere (*prévôts*) idari ve adli görevlerine yardımcı memurlar (*assesseurs*) bulunur²⁴. *Prévôt*, yargılama sırasında yanında bulunan memurların görüşünü alabileceği gibi kendisinin katılmadığı yargılamalarda yerine birinci sorumlu memuru (*lieutenant*) yargılamayı yürütebilmektedir²⁵.

Louis VII döneminden itibaren ilk derece hâkimlerinin (*prévôts*) görevlerini kötüye kullanmalarının engellenmesi için görev süreleri üç yıl olarak belirlenmiştir²⁶. Hâkimlerin (*prévôts*) idari ve yargısal görevlerini yerine getirebilmeleri amacıyla krallar emirnamelerle önlem alma gereğini duymuşlardır. Örneğin hâkimler (*prévôts*) avukat veya kamu görevlisi olamazlar. Din görevlilerinin sahip oldukları etki sebebiyle *prévôt* olarak atanması kabul edilmemiştir²⁷.

İlk derece mahkemesinin (*prévôté*) yargı çevresi mutlak surette kralın doğrudan senyörü olduğu topraklar olarak belirlenmiştir²⁸. Yargı çevresine ilişkin bu ayrımın temelinde Fransa'nın toprak mülkiyetine dayalı siyasi yapısı rol oynamaktadır. Kral, eski rejim döneminde senyörlerin senyörü (*chef seigneur*) olarak nitelendirilmekle birlikte bütün topraklara sahip değildir. Diğer senyörlere ait topraklarda meydana gelen uyuşmazlıklar bakımından *prévôté* ilk derece mahkemesi olarak görevli değildir²⁹. Bununla birlikte kural olarak ilk derece yargılaması yapan *prévôté*, senyör yargılamalarının

19 Van Caenegem 33.

20 Verpeaux N., 'Maires, Prévôts, Doyens, Les Intermédiaires Entre Seigneurs et Exploitants' (2011) (36) 2 Histoire & Sociétés Rurales 13; Piant 23; Barbiche, Institutions 347; Chénon, Histoire, Tome I 848.

21 Verpeaux 29.

22 Piant 24.

23 Verpeaux 13-14.

24 Gravier H., 'Essai sur les Prévôts royaux du XI e au XIV e siècle' (1903) (27) 5 Nouvelle revue historique de droit français et étranger 649.

25 Gravier 650.

26 Saint-Bonnet/Sassier 183.

27 Gravier 651.

28 Piant 23.

29 Duquesne Q., 'Du juge seigneurial au juge de paix. Les détenteurs des fonctions judiciaires de proximité de la fin de l'Ancien Régime au Consulat: le cas de l'Isère' (2010) (29) 2 Histoire, économie & société 46.

kararlarını istinaf mahkemesi olarak inceleme yetkisine sahiptir³⁰. Aynı uyuşmazlık bakımından birbirinden farklı mahkemelerde dava açmak mümkün olduğu gibi, herhangi bir kesin yetki kuralı söz konusu olmadığı için birbiriyle ilişkisi olmayan ilk derece mahkemelerinde dava açmak mümkündür³¹.

Mahkemenin görevinin tespitinde, yargı çevresi içerisinde hem ilk derece hem de istinaf mahkemesi karakterini haiz *baillages* olarak adlandırılan ikinci derece mahkemesinin bulunup bulunmaması önem arz eder. Kural olarak ilk derece mahkemesi *prévôté* özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklar ve kabahat teşkil eden ceza hukuku uyuşmazlıkları bakımından görevlidir³².

Hiyerarşik olarak, ilk derece mahkemesinin üzerinde *sénéchaussées* veya *baillage* olarak adlandırılan ikinci derece mahkemeleri yer almaktadır. *Baillage* yargılama faaliyetinin dışında askeri, idari ve iktisadi yetkilere sahip olsa da tıpkı *prévôté* gibi zamanla bu yetkilerini uzman idari kurumlara devretmek zorunda kalmıştır³³. Ancak bu yetkileri kaybedene kadar, *prévôté* bilhassa vergiyle alakalı işlemler üzerinde denetim yetkisine sahip olmuştur. Yargı teşkilatında *baillage* ve *prévôté* arasındaki derece ilişkisinin yanında idare hukuku anlamında bir hiyerarşik ilişki bulunduğu anlaşılmaktadır³⁴. Bu mahkemeler, kural olarak istinaf mahkemesi karakterini taşıyan ikinci derece mahkemeleridir³⁵. Buna göre *prévôté* kararlarına karşı *baillage* olarak adlandırılan ikinci derece mahkemelerine istinaf müracaatında bulunmak mümkündür. Ancak istisnai olarak *baillage* bazı asillerin ve kamu görevlilerinin tarafı olduğu uyuşmazlıkları ilk derece mahkemesi olarak görebilmektedir³⁶. Bunun dışında senyör yargılamalarının ceza hukukuna ilişkin kararlarını da ikinci derece mahkemesi olarak inceleyebilirler.

Prévôté ve *baillage* arasındaki denge, 14. yüzyıldan sonra bozulmaya başlamaktadır. Zira *baillage* için öngörülen kazai ve idari yetkileri *prévôté* aleyhine genişlemiştir. Bu da *baillage* tarafından ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülen uyuşmazlık sayısının artmasına yol açmıştır³⁷.

Kural olarak bir kanun yolu merci olan üçüncü derece mahkemesi *présidiaux* 1552 yılında bir emirname ile kurulmuştur. *Présidiaux*, *baillages* kararlarına müracaat edilebilen bir üçüncü derece mahkemesidir³⁸. *Présidiaux* bir görüşe göre yeni mevkiiler yaratarak krallığın gelirinin yükselmesi amacıyla tesis edilmiştir³⁹. Özel hukuktan kaynaklanan ve 1552 tarihi itibarıyla 250 kuruşun (*livres*) altında olan uyuşmazlıklar bakımından *présidiaux* temyiz benzeri bir yargılama yürütmektedir⁴⁰.

30 Saint-Bonnet/Sassier 422.

31 Piant 22 vd.

32 Gravier 651.

33 Barbiche, *Înstitutions* 348.

34 Gravier 659.

35 Rouland N., *Introduction historique au droit* (PUF 1998) 389.

36 Barbiche, *Înstitutions* 349.

37 Chénon E., *Histoire générale du droit français public et privé des Origines à 1815, 1er Tome* (Receuil Sirey 1926 866).

38 Saint-Bonnet/Sassier 422; Barbiche, *Înstitutions* 349.

39 Claerr R., 'Les Présidiaux créations, suppressions, archives et bibliographie' (2011) *Annuaire-Bulletin de la Société de l'histoire de France* 98.

40 Barbiche, *Înstitutions* 350; Breen M. P., 'Law, Society, and the State in Early Modern France' (2011) (83) 2 *The Journal of*

Diğer taraftan *présidiaux*, *prévôté* ve *baillage* tarafından görülemeyen ceza davalarına ilk derece mahkemesi olarak bakmaktadır⁴¹. *Présidiaux*, *baillage* tarafından ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen kararlara karşı da istinaf benzeri bir yargılama yapmaktadır⁴². 1629 ve 1642 tarihleri arasındaki kayıtlarda Fransa coğrafyasında yaklaşık otuz üç adet *présidiaux* mahkemesinin bulunduğu anlaşılmaktadır⁴³. Krallık yargılamaları (*jurisdiction royale*) olarak adlandırılan *prévôté*, *baillages* ve *présidiaux* 6 Eylül 1789 tarihli Kanunla kaldırılmıştır.

C. BİR KANUN YOLU MERCİ OLARAK BÖLGESEL PARLEMANLAR (LES PARLEMENTS PROVINCIAUX)

Baillage tarafından değeri 500 kuruştan (*livres*) fazla olan uyuşmazlıklar verilen kararların yeniden incelenebilmesi için doğrudan *parlements*'lara müracaat etmek gerekmektedir. Geç sayılabilecek bir tarihte kurulan *présidiaux* mahkemelerinden önce *baillage* kararlarına karşı son derece mahkemesi olarak parlemanlara müracaat edilmekteydi. Esasen *présidiaux* mahkemeleri kuruldukları tarih itibarıyla Fransa yargı teşkilatının modernleşme sürecinin bir ürünü olarak kabul edilir. Ancak *baillage* mahkemelerinden çok daha önce kurulan yerel parlemanlar, (*parlements provinciaux*) gerçek birer kanun yoludur. Zira parlemanlar, yargı çevreleri içerisinde son derece mahkemesi olarak kabul edilmektedir. Bu noktada parlemanların yargısal yetkilerinin oldukça geniş olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Zira parlemanlar, krallık derece mahkemesi hüviyetinde kabul edilmeyen senyör mahkemeleri ve kilise mahkemelerinin kararlarına karşı da müracaat edilebilecek birer kanun yolu mahkemesidir⁴⁴.

Parlemanların birer istinaf mahkemesi mi yoksa temyiz mahkemesi mi olduğu hususu tartışmaya açıktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki 18. yüzyılda ülke genelinde yalnızca on üç adet bulunan parlemanlar yalnızca kanun yolu yargılaması olarak görev yapmamakta; bazı uyuşmazlıkları birinci derece mahkemesi olarak görmektedir⁴⁵. Bununla birlikte parlemanların ilk derece mahkemesi sıfatıyla yargılama yapmalarının istisnai bir durum olduğu belirtilmelidir⁴⁶.

Kanun yolu yargılamasının niteliği bakımından parlemanların istinaf benzeri bir yargılama yaptığını söylemek daha doğru olacaktır. Zira parlemanlar, önlerine gelen uyuşmazlıkları yeniden tahkikat yaparak incelemektedir. Esasen parlemanların belirli bir yargı çevresi olduğu düşünüldüğünde istinaf benzeri yargılamalar yapmasının niteliklerine uygun düştüğü daha iyi anlaşılabilir. Hâlbuki

Modern History 366.

41 Claerr 97-98.

42 Marion M. 'À Propos de la géographie judiciaire de la France sous l'ancien régime. La Question du ressort des présidiaux' (1905) (89) 1 Revue Historique 81.

43 Claerr 99-100.

44 Lemaître A. J., 'Le pouvoir réglementaire Les arrêts sur remontrances du procureur général du roi au parlement de Bretagne' (2015) (122) 3 Annales de Bretagne et des Pays de l'Ouest 151.

45 Barbiche, Institutions 345.

46 Van Caenegem 33.

Conseil du roi, bütün bölgesel parlemenların kararlarını inceleyebilme yetkisine sahip olduğundan temyiz benzeri bir yargılama yürütmektedir.

Parlemanların Fransız İhtilali'ne kadar artırdıkları siyasi otoritesinin temelinde yalnızca yargısal görevleri bulunmaz. Parlemanlar ayrıca yargı çevreleri içerisinde krallık polisiyle birlikte görev yapan bir kolluk gücüne sahiptir⁴⁷.

Çok sık olarak toplanmayan ve toplandığı hâllerde de kralın istekleri doğrultusunda karar alan *Etats généraux* meclislerinden farklı olarak parlemanların siyasi bir ağırlıkları da bulunmaktadır⁴⁸. Nitekim Fransa tarih doktrininde yeni eğilim, parlemanları kral ve halk arasında bir aracı olarak görmeye yönelmektedir⁴⁹. Öyle ki parlemanlar, kanun tasarıları hakkında bildirdikleri görüşler ve anayasal teamüllere yaptıkları atıflarla eski rejimde yürütme ve yasama karşısında yargının anayasal bir denge işlevini üstlenmesini sağlamışlardır⁵⁰. Aslında parlemanlar siyasi ağırlıklarını yapmış oldukları yargılamanın işlevselliğine borçludur. Parlemanlar, Fransadaki modern düşüncenin de etkisiyle kendilerini halkı idarenin keyfi işlemlerine karşı koruyan bir yapı olarak görmeye başlamışlardır⁵¹. İşte bu düşünce 18. yüzyıl ortalarında parlemanların krala kanun tasarıları hakkındaki görüşlerini içeren yazıların (*remonatrases*) bildirilmesini sağlamıştır⁵².

Parlemanlarla kral arasındaki yasa yapımını konu alan gerilim, Fransa yargısında anayasal tartışmalara da sebep olmuştur. Parlemanlara göre kralın yasaların üzerinde, ortada hâlen bir teamül hukuku olduğu için, doğal hukuktan kaynaklanan yasalar bulunmaktadır. Şüphesiz ki yasama faaliyeti krala aittir; ancak kralın yasaları da bu anayasal teamüle uygun olmalıdır⁵³. Parlemanlar bilhassa kralın, parleman yargılamalarına ilişkin düzenlemelerini (*enregistrements*) incelemekte; hatta yeri geldiğinde bu düzenlemelere ilişkin yerindelik denetimi dahi yapmaktaydı⁵⁴. Storez-Brancourt, 18. yüzyılın ortasından itibaren çeşitli parlemanların kararlarında “monarşinin yasalarının koruyucusu”, “hukuk devleti (*État de droit*)”, kanun yapımında “kralın yasal danışmanı (*le conseil legal du roi*)”, “anayasacılık (*constitution et lois de la monarchie*)”, “milletin temsilcisi (*représentant de la nation*)”

47 Lemaître 153.

48 Coste L. ‘Des corps intermédiaires sous l’ancien régime: revendication ou réalité?’ (2016) (35) 1 Histoire, Économie Et Société 15.

49 Coste 15; Breen 361; Swann J., ‘Repenser les parlements au xviiiè siècle: du concept de l’opposition parlementaire à celui de culture juridique des conflits politiques’ iç Alain J Lemaître (edr) *Le monde parlementaire au XVIIIè siècle : L’invention d’un discours politique* (Presses Universitaires de Rennes 2010) 17.

50 Saint-Bonnet, François, ‘Le constitutionnalisme des parlementaires et la justice politique. Les équivoques des lits de justice du XVIIIè siècle’, *Quelle culture politique en héritage?’* (2011) (15)1 Parlement(s), Revue d’histoire politique 17.

51 Coste 18; Swann 18.

52 Bu konuda detaylı bir çalışma için bkz. Chaline O., ‘Cassations et évocations dans les remontrances des parlements Au XVIIIè e.’ (2010) (29) 3 Histoire, économie & société 58 vd.

53 Barbiche, *Înstitutions* 355.

54 Rouland 388.

gibi ifadelere rastlandığını belirtmektedir⁵⁵. Yazara göre bu kavramların kullanılması, dönemin ruhuyla bağlantılıdır⁵⁶.

1788 yılındaki kararlarda artık hâkimlik teminatının da bir anayasal teamül olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Bu retorik, parlemenları basit bir istinaf veya temyiz benzeri mahkemeden, yasama faaliyetine ortak olmayan çalışan politik bir yapıya doğru götürmüştür. Öyle ki parlemenlar, kendileri ile alakalı düzenlemeler hariç (*enregistrements*) yerindelik denetimi yapmadan, kralın yasalarını doğal hukuk temelli anayasal teamüllere uygunluğunu denetlemek istemişlerdir⁵⁷. Böylece parlemenlar ve krallık arasındaki gerilim, kralın yetkilerini kullanmasına anayasal bir denge rejimi getirmiştir⁵⁸. Hatta parlemenların, normatif kural koyma yetkisi monarka ait olmasına rağmen genel düzenleyici işlemler yapmaya teşebbüs ettikleri belirtilmektedir⁵⁹.

Doktrinde genel eğilimi, parlemenların eski rejimin muhafazası konusunda istekli olmaları sebebiyle, kurumların tadilini içeren reform yasalarına karşı istikrarlı bir muhalefet geliştirdiği fikri oluşturmaktadır⁶⁰. Parlemenların kral tarafından hazırlanan vergi kanunları veya yeni vergi teşebbüslerine karşı bildirdiği görüşler (*remontraces*) vergilerin kamuoyu nazarında da kabulü için önem arz eder⁶¹. Bütün bunlar parlemenların kamuoyu desteğini almasını sağlamıştır⁶².

1763 yılında 15. Louis'nin (Louis XV) şansölyesi tarafından parlemenların faaliyetleri ile alakalı olarak sarf edilen sözler, krallık ve parlemenlar arasındaki yetki geriliminin anlaşılması bakımından oldukça açıklayıcıdır: “*Parlemenlar, kral tarafından halkın temsilcisi değil; hâkimi olmaları amacıyla tesis edilmiştir. Onlar milletin temsilcisi değil; kralın memurudur*”⁶³. Ancak bütün bu siyasi çekişmeye rağmen parlemen ve krallık ilişkisinin bir hukuk politikası (*judicial politics*) çerçevesinde gerçekleştiğine yönelik görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere göre krallık bürokrasinin içinde, kral tarafından ilan edilen kanunların parlemenların onayıyla daha etkili olacağını düşünen bürokratlar bulunmaktadır⁶⁴.

55 Storez-Brancourt İ. ‘C’est légal parce que je le veux: loi et constitution dans le face à face du roi et du Parlement à la fin de l’Ancien Régime, Le Parlement de Paris face aux réformes de Silhouette (1759)’ (2011) (15) 1 Parlement(s), Revue d’histoire politique 62.

56 Storez-Brancourt 63.

57 Bu denetim bilhassa şekli olmaktadır. Buna göre kanunların anayasanın ve monarşinin teamüllerine uygun olup olmadığına yönelik bir inceleme yapılmaktadır (Storez-Brancourt 61).

58 Daireaux 83.

59 Örneğin Fransa’nın İngiltere’ye yakın bölgesi olan Bretagne’da Parlemen, 22 Ekim 1563 tarihinde Marais de Dol bölgesindeki yapıların temizlenmesine ilişkin bir tasarı hazırlamıştır. Bununla birlikte kralın yasa koyma gücü karşısında Bretagne Parlemenı’nın normatif kural koyucu işlemlere karşı yine de mesafe aldığı anlaşılmaktadır. Bu konuda bkz. Pichard-Rivalan M., ‘Un parlement débutant ? Les hésitations de l’arrêt civil au parlement de Bretagne (1554-1570)’ (2015) (122) 3 Annales de Bretagne et des Pays de l’Ouest 26, 27.

60 Félix J., ‘Comprendre l’opposition parlementaire, Le Parlement de Paris face aux réformes de Silhouette (1759)’, (2011) (15)1 Parlement(s), Revue d’histoire politique 32; Daireaux L., ‘Le parlement de Normandie et l’édit de Nantes: une bataille de dix ans (1599-1610)’ (2015) (122) 3 Annales de Bretagne et des Pays de l’Ouest 77 vd.

61 Félix 34.

62 Chénon 38.

63 “Les parlements sont établis par le roi pour être les juges des peuples et non leurs représentants, les officiers du roi et non les députés de la Nation.”

64 Swann 22-23.

Başka bir fikre göre, parlemenlar ve krallık arasındaki gerilim hâkimlerin mesleki çıkarlarını koruma amacından kaynaklanmaktadır⁶⁵. Buna karşın parlemenlar sayesinde “milli egemenlik (*souveraineté national*)” anlayışının yerleştiğini ifade etmek mümkündür⁶⁶. Bu sebeple ilgili vergi kanunlarına veya yeni vergilere karşı muhalefet, konunun siyasi karakterinden dolayı, hukuki gerilimin hüviyetini bir anda değiştirebilecek karaktere sahiptir. Breen’in aktardığına göre 18. yüzyılın başlarına doğru yalnızca parlemen hâkimlerinde değil; daha alt derecelerdeki *baillage* ve *prévôté* hâkimlerinde de adalet düşüncesi ve kamu yararını önceleyen bir yargı anlayışı gelişmiştir⁶⁷.

Doktrinde görüş birliği olmasa da evrimci teoriyi kabul eden yeni sayılabilecek eğilim, parlemenların belirli bir demokrasi kültürü sağlamada önem arz eden kurumlar olduğunu savunmaktadır⁶⁸. Parlemenların bu etkisini kral lehine dengeleyen kurum ise, temyiz yargılaması karakterine sahip Kralın Konseyi (*Conseil du roi*) olmuştur⁶⁹.

II. ESKİ REJİMDEN YENİ REJİME TEMYİZ MAHKEMESİNİN DÖNÜŞÜMÜ

A. KRALIN KONSEYİ (CONSEIL DU ROI)

Conseil du roi, modern öncesi dönemde Fransız hukukundaki temyiz benzeri karakter taşıyan en önemli kurumdur. Zira *Conseil du roi*, yalnızca bazı sınırlı hususlar bakımından ilk derece yargılaması olarak görev yapmakta olup asıl görevi, parlemen kararlarının kanun yolu denetimini yürütmektedir. Diğer taraftan *Conseil du roi*, modern temyiz mahkemeleri gibi yargılamanın konusunu oluşturan kararın hukuka aykırı olduğunu tespit ettiği hâllerde kararı bozup derece mahkemesine göndermektedir⁷⁰. Bu iki unsur, *Conseil du roi* kurumunun Fransız hukukunun modern öncesi döneminde temyize en yakın kurum olduğunu göstermektedir⁷¹. Hatta bazı görüşlere göre *Conseil du roi*, açık bir şekilde Fransız Temyiz Mahkemesi'nin (*Cour de cassation*) selefidir⁷². *Conseil du roi*, hem derece hem de temyiz benzeri bir yargılama yapan parlemenların (*parlements*) nüfuzunu zayıflatmak; hukukun monarkın uhdesindeki bir kurum tarafından yeknesaklaştırılmasını sağlamayı amaçlamaktadır⁷³.

65 Örneğin Rouland, parlemenların denetim yetkisine yönelik taleplerinin temelinde kendi yetkilerini düzenleyen emirnamelerin uygulanmasını engelleme düşüncesinin yattığını belirterek bu anayasacılık faaliyetinin aslında parlemenların çıkarından kaynaklandığını ifade etmektedir (Rouland 378).

66 Swann 22.

67 Breen 372.

68 Bu konuda bkz. Bidouze F, ‘Introduction. Quelle culture politique en héritage?’ (2011) (15) 1 Parlement(s) Revue d’histoire politique 11.

69 Özbek S., ‘Temyiz Kanun Yolunun Tarihçesine İlişkin Bazı Tespitler’ (2015) (21) 2 Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın’a Armağan MÜHF-HAD 125.

70 Barbiche, B., ‘Le Conseil du roi dans tous ses états: Questions de vocabulaire’ (1999) (52) (3) La Revue Administrative 21.

71 Barbiche, Bernard, ‘Les attributions judiciaires du Conseil du roi’ (2010) (29)3 Histoire, économie & société 11.

72 Barbiche, Conseil 21.

73 Özbek, Tarihçe 125; Hamscher, Albert N., *The Conseil Privé and the Parlements in the Age of Louis XIV: A Study in French Absolutism* (Transactions of the American Philosophical Society 1987).

Modern öncesi dönemde Konsey'in gelişimi Fransa'nın siyasi yapısıyla doğrudan bağlantılı olmuştur. Öyle ki başlangıçta aristokratlardan oluşan ve feodal bir kurum izlemine veren Konsey, siyasi sistemin merkezileşmesiyle birlikte idari-bürokratik bir yapıya dönüşmüştür⁷⁴. Konsey, Orta çağda önemli bir etkiye sahip olmaktan uzaktır⁷⁵. Buna karşın siyasi yapının merkezileşerek monarkın güçlendiği ve nüfusun artışına paralel olarak idari ve yargısal işlerin sayısının hızlıca yükseldiği modern öncesi dönemde Konsey'in etkisi de artmıştır. Konsey'in içerisindeki özel birimlerle birlikte kurumsallaşması esasen 14. Louis dönemini içine alan 1661 ve 1664 yılları arasında gerçekleşmiştir⁷⁶.

Konsey, birçok alt kurultan oluşmaktadır. Kurulların önemli bir çoğunluğu esasen idari karakterdedir. Şansöyle başkanlığında toplanan *Conseil d'en haut*, mali ve iktisadi işleri yürüten *Conseil des finances*, *Conseil des dépêches* bu alt kurullara örnek olarak verilebilir⁷⁷. Konsey, kendi içerisinde sekisyonlara ayrılmakta olup kral, bu mini konseylerin niteliğine göre toplantıya katılıp katılmama kararı alabilir⁷⁸. Kralın yargısal işlerin görüşüldüğü *Conseil des parties* oturumlarına genelde katılmamakla birlikte idari işlerin görüşüldüğü diğer Konsey toplantılarına katıldığı belirtilmektedir⁷⁹. Kralın katılmadığı oturumlarda da kararlar kral adına alınır. Zira Konsey tüm birimleriyle birlikte kralın mutlak iradesini yansıtmaktadır⁸⁰. Bu sebeple şeklen kurullara ayrılmış gibi görünse de Konsey'in bütünlüğü ilkesi geçerlidir⁸¹. Konsey'in iç işleri ve yönetim alanlarında uzmanlaşmasına yönelik kurumsal yapısı 17. yüzyılın ortasından sonra belirginleşmeye başlar⁸². Öyle ki senyörlerin gücünün azaldığı bu dönemlerde Konsey, dış işleri bakanı, maliye bakanı gibi idari yöneticilerden oluşmaktadır⁸³.

Kralın Konseyi'nin yargı işlerine bakan bölümü ise *Conseil des parties* veya *Conseil privé* olarak adlandırılmaktadır. Böylelikle *Conseil privé*, yaptığı işler bakımından idari bir karaktere sahip olan *Conseil du roi* içerisindeki kazai kurulu oluşturmaktadır⁸⁴. *Conseil du roi* içindeki bu yargısal kurumlara müracaatın konusu yalnızca parlemenlerin kararları olabilir⁸⁵. Eski rejim döneminde kanun yolu mahkemesi olarak gösterilen *présidaux*, parlemenler gibi mahkemeler istisnai hâllerde ilk derece yargılaması yapabilmektedir. Ancak *Conseil du roi* yalnızca parlemen kararlarını incelediği için bu mahkemelerden ayrılır⁸⁶.

74 Chénon, Histoire, Tome I 322; Saupin G., *La France à l'époque moderne*, (4e édition, U Histoire 2020) 95.

75 Guenée B., 'Le Conseil du roi au Moyen Age' (1999) (52) 3 La Revue administrative 5.

76 Barbiche 10.

77 Mousnier R., *Le Conseil du Roi de Louis XII à la Révolution* (PUF1970) 5, 6.

78 Örneğin Louis XIV'un, en yüksek devlet işlerinin görüşüldüğü Conseil d'En Haut toplantılarına mutlaka başkanlık edildiği ifade edilmektedir. Bunun dışında mali işlerin görüşüldüğü Conseil des Depeches'in toplantılarına krallığın en yüksek bürokrati şansölye (*chancelier*) başkanlık etmekteydi (Antoine, M., 'Qui entrait au Conseil du Roi?' (1999) 53(3) La Revue Administrative 71).

79 Thireau J.L., 'Le Conseil du roi au XVI e siècle' (1999) (52) 3 La Revue administrative 18.

80 Thireau 14.

81 Pagès G., 'Le Conseil du Roi sous Louis XIII' (1937) (12) 29 Revue d'histoire moderne 296.

82 Thireau, Jean-Louis, 'Le Conseil du roi au XVIe siècle' (1999) (3)3 La Revue administrative 11.

83 Hamscher 6.

84 Pagès 300; Barbiche, *Institutions* 290; Mousnier R., 'Le Conseil du Roi de la mort de Henri IV au gouvernement personnel de Louis XIV' (1947) (1) Etudes D'histoire Moderne Et Contemporaine 31; Barbiche, *Attributions* 10; Guenée 6.

85 Mousnier, *Gouvernement* 33.

86 Mousnier, parlemenlar ve Conseil du roi arasında yetki çekişmesinin olduğunu kaydetmektedir. Parlemenlara göre,

Conseil du roi, parlemenın kararlarını ya onar ya da bozar⁸⁷. Daha ziyade bir istinaf mahkemesine benzeyen parlemanların aksine, *Conseil du roi* istisnai hâllerin dışında kararı kaldırıp yeni bir karar veremez. Bu sebeple *Conseil du roi*, eski rejimin modern hukuktaki unsurlarını taşıyan yegane temyiz mahkemesi karakterini taşımaktadır⁸⁸.

Kararın *Conseil du roi* tarafından bozulması üzerine dosya, kararı veren parlemaya veya başka bir parlemaya gönderilir. Bununla birlikte bazı istisnai hâllerde *Conseil privé* (*Conseil des parties*), yargılamayı yeniden yapmaktadır⁸⁹. Yeniden yargılama prosedürü (*évocation*), üç hâlde söz konusu olur. Birinci hâlde *Conseil privé*, bir yüksek mahkeme olarak kararı veren parlemenın tarafsızlığından veya bağımsızlığından şüphe duyulacak bir hâli tespit etmektedir (*évocation de justice*). İkinci hâlde taraflardan birinin talebi üzerine yeniden yargılama yapılmasında hukuki menfaat görülmektedir (*évocation de grâce*). Üçüncü ve istisnai bir hâlde ise doğrudan doğruya kralın müdahalesiyle yeniden yargılama yapılmaktadır (*évocation de propre mouvement*)⁹⁰.

Modern anlamda temyiz (*cassation*) ise yeniden yargılamaya göre daha geç gelişmiştir. Başlarda temyiz sebepleri doğrudan doğruya Konsey tarafından tespit edilmektedir. Bu sebeple en başta temyiz sebepleri konusunda belirli ilkeler bulunduğu ifade edilemez. Ancak daha sonra modern hukuktaki temyize benzer şekilde “kanuna aykırılık (emirnamelere aykırılık)” temyiz sebebi olarak kabul edilmiştir⁹¹. 18. yüzyılda kanuna aykırılık dışında usul kurallarına aykırılık, görevsiz mahkemenin davaya bakması, yetki aşımı ve aynı konuda verilen iki kararının bulunması da birer temyiz sebebi kabul edilerek modern temyizcinin temelleri atılmıştır⁹². Özellikle 17. yüzyılda *Conseil privé* tarafından gerçekleştirilen ön inceleme prosedürleri, Konsey’in içindeki adalet bürokrasinin işleyişi gibi hususlar yerleşiklik kazanmaya başlar⁹³.

Konsey yargılamalarının 17. yüzyıldan itibaren gösterdiği bu gelişim esasen parleman yargılamalarının kurumsallaşmasıyla da alakalıdır. *Conseil privé*, parleman kararlarına karşı müracaat edilen bir kurum olduğu için parlemanların kralın emirnamelerine aykırı olarak vermiş olduğu kararları kral adına denetleme imkânına sahiptir⁹⁴. Esasen “kanuna aykırılığın” bir kanun yolu sebebi olarak değerlendirilmesi de bu gelişmelerle uyumludur⁹⁵. Temyiz mahkemesi benzeri bir karaktere sahip

Conseil du roi'nın oturumda kral bulunmadan aldığı kararlara parlemanların oturumda kral bulunmadan alınan kararları (*lits de justice*) hukuken eşit değere sahiptir. Bu sebeple Conseil du Roi'nın parlemanların kararlarını bozması mümkün değildir (Mousnier, Gouvernement 33).

87 Rouland 388.

88 Godin X., 'La procédure de cassation au XVIIIe siècle' (2010) (3) Histoire, économie & société 20.

89 Hamscher, temyiz mahkemesine benzer bir yapıya sahip olan Conseil privé'nin yeniden yargılamayı yaptığı hâllerin konseyin dağınık bir yapıya sahip olmasına sebep olduğunu ifade etmektedir. Zira yeniden yargılama kararı, parلمانlara olan güvensizlik sebebiyle keyfi bir şekilde alınabilmektedir (Hamscher 19).

90 Martinage-Baranger R. 'Les idées sur la Cassation au XVIII e.' (1969) (47) Revue Historique De Droit Français Et Étranger 250; Barbiche, Institutions 298.

91 Barbiche, Institutions 299.

92 Martinage-Baranger 259.

93 Hamscher 89; Mousnier, Conseil 18.

94 Martinage-Baranger 248.

95 Nitekin konseyin karakteri, Fransızca “*justice retenue*” olarak ifade edilmektedir. Retenue, yeniden ele almak anlamına gelen “retenir” fiilinin sıfat hâlidir. Dolayısıyla bu kavram, adaletin kralın kendisi adına karar alan en yetkili kurumu

olan *Conseil privé*, Fransız hukukunda temyizın olağanüstü kanun yolu karakteri taşıdığına yönelik fikirlerin temelini teşkil eder. Zira *baillage, présidiaux*, parlemanlar gibi birçok mahkeme esasen derece yargılaması yaptığı için istinafa yakın birer kanun yolu mercidir. Hâlbuki doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere *Conseil privé*, bir son derece mahkemesi değildir. Zira Konsey, derece yargılaması yapmamakta; hukuka aykırı gördüğü kararları bozmakla yetinmektedir⁹⁶. Konsey'in esasa ilişkin inceleme yapamaması, belirli bir uygulamanın sonunda yargı teşkilatına ilişkin anayasal bir ilke olarak kabul görmeye başlamıştır⁹⁷.

Konsey'in yaptığı yargılamayı modern Fransız hukukundaki temyize yaklaştıran başka bir husussa müracaatın etkisinde görülmektedir. Zira modern temyizde kabul edildiği gibi, parleman kararlarına karşı Konsey'e müracaat edilmesi kararın icrası engellemektedir⁹⁸.

Tüm bunlara rağmen Konsey'de yapılan yargılamanın modern hukuktaki temyiz mahkemesi yargılaması kadar kapsamlı olmamaktadır. Bir kere bürokratik prosedürünün yoğunluğundan dolayı Konsey'e müracaat zorlaşmaktadır. Ayrıca parleman kararlarına karşı Konsey'e müracaat eden taraf, 1667 tarihli emirnameye göre 450 kuruş (*livres*) değerinde harç benzeri bir bedel ödemektedir. Şayet talebi reddedilirse bu bedelin üçte ikisi krallığa; geri kalanı ise karşı tarafa verilmektedir⁹⁹. Ancak 17. yüzyılın sonlarına doğru *Conseil privé* teşkilatına mensup adli bürokrasi bu uygulamayı tartışmaya açmıştır. Zira *Conseil privé*, adli teşkilattaki son mahkeme olup Konsey yargılamasında bireysel menfaat kadar kamu yararı da bulunmaktadır¹⁰⁰.

Konsey'in bir parleman kararının bozabilmesi için kanuna açık bir aykırılığı aradığı anlaşılmaktadır¹⁰¹. Zira belirtildiği gibi Konsey kural olarak esasa ilişkin bir yargılama yapmamaktadır. Her ne kadar temyiz yargılamasının gelişmesine hizmet etse de *Conseil privé* yargılamalarının modern hukuktaki yargılamalara göre önemli eksiklikler barındırdığı ifade edilmektedir. Öyle ki Konsey'in kaç üyeyle toplandığı belli olmadığı gibi Konsey'e yürütme organının başı olan şansölye tarafından başkanlık edilmekte; Konsey'in kararlarının gerekçeli olması da aranmamaktadır¹⁰².

B. MODERN TEMYİZ MAHKEMESİ TRIBUNAL DE CASSATION VE COUR DE CASSATION

İhtilal öncesi temyiz kurumu olan Konsey'in (*Conseil privé*) amaç ve işlevi, kralın emirnamelerinin mutlak surette uygulanmasını sağlamaktır¹⁰³. Bu sebeple *Conseil privé* tam anlamıyla bir aristokrasi

olan konsey tarafından yeniden ele alınması manasına gelmektedir (Martinage-Baranger 251; Thireaus. 18; Barbiche, Attributions 17). Mademki hukukun kaynağı kralın iradesidir. O hâlde parlemanlara delege edilen adalet, hukukun yaratıcısı kral tarafından denetlenmelidir (Chaline O. , 'Ouverture' (2010) (29) 3 Histoire, économie & société 3; Martinage-Baranger 259).

96 Godin 20.

97 Martinage-Baranger 266.

98 Martinage-Baranger 265.

99 Hamscher 98.

100 Hamscher 100.

101 Godin 23.

102 Chénon 56.

103 Öztekin, Tarihçe 125-126.

kurumudur. Hâlbuki ihtilal sonrası kurulan yeni Temyiz Mahkemesi ve sistemi, hukuk sùjelerinin yargıya erişimine kapsamına alan modern bir kurum olacaktır¹⁰⁴. Öncelikle 1790 yılında Temyiz Mahkemesi'nin *Tribunal de cassation* adıyla kurulmasıyla içtihat birliğini sağlamak kadar hukuk sùjelerinin taleplerini cevap veren; bu yönüyle aristokrasinin *Conseil privé* kurumundan çok farklı bir karaktere sahip olan bir Temyiz Mahkemesi ortaya çıkmıştır. İkinci dönüşümse halkın temsili iradesini, teknik hukuk bilgisinin önüne koyan yasama yorumu (*référé législatif*) kurumunun ortadan kaldırıldığı 1837 yılında gerçekleşir. Böylece hukuk sùjelerinin müraعاتına açık ve yasamadan bağımsız modern bir Temyiz Mahkemesi'nin tesisi söz konusu olabilmıştır¹⁰⁵.

Fransız Temyiz Mahkemesi, 27 Kasım-1 Aralık Kanunu ile 1790 yılında kurucu meclis tarafından "Tribunal de cassation" adıyla kurulmuştur¹⁰⁶. Esasen Temyiz Mahkemesi'nin temelini eski rejimdeki *Conseil du roi* oluşturmaktadır. Öyle ki dört bölüme ayrılan Konsey'in yargılamadan sorumlu bölümü *Conseil des parties*, parلمانlar tarafından alınan kararların kralın emirnamelerine uygunluğunu denetlemekteydi. *Conseil des parties*, 1790 yılına kadar kanunların düzgün uygulanmasının denetiminde önemli bir role sahipti. Ancak *Conseil des parties* ve *Cour de cassation* arasında temel bir fark bulunmaktadır. Modern yüksek mahkemelerden farklı olarak *Conseil des parties*, bütün hukukun monarkın iradesinden kaynaklandığı modern öncesi dönemin bir ürünüdür¹⁰⁷.

Kanun koyucunun önceliklerinden biri de 18. yüzyılın aydınlanma filozoflarından miras kalan dönemin yeni fikri güçler ayrılığını tesis ederek hukuk birliğini sağlayacak bağımsız bir mahkeme kurmak olmuştur. Bu sebeple *Conseil des parties* uygulamasından farklı olarak yeni kurulan *Tribunal de cassation* uyuşmazlığın esasını incelemez¹⁰⁸. Zira Temyiz Mahkemesi'nin asıl görevi kanunların bütün Fransa coğrafyasında aynı şekilde uygulanmasını sağlamaktır. Temyiz Mahkemesi'nin siyasi karakterdeki bu yapısı, 19. yüzyılın başlarında yargısal görevinin önüne geçmektedir¹⁰⁹. Nitekim *Tribunal de cassation*, öncelikle yasama meclisinin bir organı olup yegâne görevi mahkemeler tarafından kanunların yeknesak biçimde uygulanmasıdır¹¹⁰. Temyiz mahkemesi ilerleyen süreçte hukuki yeknesaklığın yanı sıra bireyin sübjektif hakkını gerçekleştirmek olan modern temyizcinin amacına¹¹¹ uygun bir yargılama yapacaktır.

Tribunal de cassation, 48 hâkimden ve üç bölümden müteşekkildi. Daha sonra ve dilekçeler bürosu (*Bureau des requêtes*), temyiz bölümü (*Section de cassation*) kendi içinde hukuk ve ceza olmak

104 Weber J.F., 'L'Accès au Juge de Cassation et Le Traitement des Pourvois par La Cour de Cassation Française', iç Guillaume Drago, Bénédicte Fauvarque-Cosson ve Marie Goré (edr) *L'accès au juge de cassation Colloque du 15 Juin 2015* (Collectif 2015) 61; Cadet, Ouverture 19.

105 Brenner C., iç 'Les Différentes missions du juge de cassation' iç Guillaume Drago, Bénédicte Fauvarque-Cosson ve Marie Goré (ed) *L'accès au juge de cassation Colloque du 15 Juin 2015* (Collectif 2015) 31, 32.

106 Picca G. ve Cobert L., *La Cour de Cassation* (PUF 1986) 13.

107 Bellet P., 'France. La Cour de cassation, La cour judiciaire suprême Enquête comparative' (1978) (30)1 Revue internationale de droit comparé 193.

108 Bellet 193.

109 Burgelin J.F., 'L'Organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence' iç Nicolas Molfessis (edr) *La Cour de cassation et L'Élaboration du Droit* (Economica 2004) 23.

110 Scheyven C., *Traité pratique des pourvois en cassation* (Bruylant-Christophe & Compagnie 1866) 20; Chénon 3.

111 Yıldırım K., *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf* (Nesil Matbaacılık 2000) 13.

üzere iki bölüme ayrılmıştır¹¹². Mahkemenin teşkilatına ilişkin detaylı sayılacak düzenlemeler kuruluştan yaklaşık on yıl sonra 18 Mart 1800 tarihli Mahkemelerin Teşkilatı'na Dair Kanun'la¹¹³ tesis edilmiştir¹¹⁴. Kanun'a göre *Tribunal de cassation* Paris'te bulunur (m. 58). Yüksek Mahkeme, her birinde on altı üye bulunan üç daireden oluşmaktadır. Dairelerden biri başvuruların kabul edilebilirliğini inceler. Diğer iki daireden biri ceza dairesi; diğeri ise hukuk dairesi olarak görev yapar (m. 60). Aynı maddeye göre müracaatları inceleyen daire (*chambre des requêtes*) başvuruların Temyiz Mahkemesi tarafından incelenmesi gerektiğini düşünüyorsa temyiz başvurusunu ilgili daireye göndermektedir. Aksi taktirde müracaatı, görevli olduğunu düşündüğü mahkemeye gönderir (m. 60). Daire başkanları, ilgili daire tarafından üç yıllığına seçilir (m. 65). Aynı şekilde bütün üyeler Temyiz Mahkemesi'nin Birinci Başkanı'nı üç yıllığına seçer (m. 62). Kanunla Fransız hukukundaki modern temyiz teşkilatı ve yargılamasına esas teşkil eden hükümler de öngörülmüştür. Örneğin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ihlal kararlarına kadar varlığını sürdürecektir olan hükümet komiserliği (*commissaire du gouvernement*)¹¹⁵, bu Kanunla detaylı şekilde düzenlenmiştir. Diğer taraftan bozma kararındaki sebepler çerçevesinde karar vermeyen derece mahkemesinin bu karara karşı temyize müracaat edildiğinde, karar Temyiz Mahkemesi'nin bütün daireleri üyelerinden oluşan kurul tarafından incelenir (m. 78)¹¹⁶. Esasen benzer bir hüküm Fransız Adli Teşkilat Kanunu'nda bulunmaktadır. Kanun'a göre derece mahkemesi bozma kararındaki sebeplerin aksi yönünde karar verir ve bu karara karşı da temyize müracaat edilirse inceleme, Genel Kurul (*Assemblée plénière*) tarafından yapılır (COJ Art. L. 431-6).

Tribunal de cassation 1804 yılında isim değişikliği yaşamış ve *Cour de cassation* adını almıştır¹¹⁷.

Fransız İhtilali ve arka planındaki düşüncenin halk iradesine verdiği önem gereği esasen *Cour de cassation* 1837 yılına kadar yaşamadan ayrı düşünülmüş bağımsız bir mahkeme hüviyetine sahip olmamıştır¹¹⁸. Zira bu tarihe kadar Fransız hukukunda yasama yorumu (*référé législatif*) kabul edilmiştir. Yasama yorumu (*référé législatif*), kökeni eski rejime dayanan ve monarkın kanunların uygulanması ve yorumlanması üzerindeki mutlak yetkisini gösteren önemli bir kurumdur¹¹⁹. Yargı Teşkilatı'na Dair 16-24 Ağustos Kanunlarının¹²⁰ 12. Maddesine göre: "*Hâkimler normatif nitelikte karar veremezler. Ancak gerek kanunların yorumlanması gerekse de yeni kanun yapılması için lüzumlu buldukları herhâlde yasama meclisine müracaat ederler.*" Genel Kurul daha sonra 30 Temmuz

112 Bellet 194.

113 Loi sur l'organisation des tribunaux.

114 Loi du 27 ventôse an VIII.

115 Karar için bkz. İHAM, İmmeubles Groupe Kossier/Fransa, 21 Mart 2002, 20-28. Paragraflar (<https://hudoc.echr.coe.int>, e.t. 16.10.2020).

116 Crépon T., *Pourvoi en cassation en matière civile, 1er Tome*, (Librairie du Recueil Général des Lois et des Arrêts 1892) 85.

117 Belda J.B., *Du discours sur l'office de la Cour de cassation*, (Lextenso 2018) 28.

118 Vincent, Jean/Guinchard, Serge, *Institutions Judiciaires, Organisations, Juridictions, Gens de justice*, Editions dalloz, Paris 2005 603.

119 Hufteu Y.L., *Le Référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi* (PUF 1965) 9 vd.

120 Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire.

1828 tarihli Kanunla tekrar düzenlenmiştir. Kanun'a göre ikinci temyiz müracaatı, bütün daireler (*chambres réunies*) tarafından incelenir¹²¹.

Buna göre Temyiz Mahkemesi'nin karşısına çıkan yorum problemlerinde yasama meclisine müracaat etmesi zorunludur¹²². Yasama yorumu, dönemin halk iradesini öne çıkaran ruhundan kaynaklanmaktadır¹²³. Bu yönüyle kurum dönemin yasama meclisini ön plana çıkaran ideolojik yapısını yansıtır. Yasama yorumunun (*référé législatif*) seyrinin de pek istikrarlı olduğu ifade edilemez. Zira kurum, Temyiz Mahkemesi'nin *Tribunal de cassation* ismiyle kurulduğu tarih olan 1790 yılından 1800 yılına kadar on yıl süreyle yürürlükte kalmış; 1800 yılında 18 Mart 1800 tarihli Mahkemelerin Teşkilatı'na Dair Kanun'la kaldırılmıştır. Ancak 16 Eylül 1807 tarihli Kanun'la yeniden tesis edilmiştir¹²⁴. Nihayet yasama yorumu 1 Nisan 1837 tarihli Kanun'la tamamen kaldırılmıştır.

Temyiz Mahkemesi'nin yargılamasına ilişkin esasların gelişmesi de tıpkı kararlarının normatif etkisinin gelişmesi gibi zaman almıştır. Bu hususta 20 Nisan 1810 tarihli Adli Teşkilat ve Yargı Hizmetine ilişkin Kanun'a¹²⁵ değinmek gerekmektedir. Kanun'un 7. maddesine göre yargı hizmeti mahkemelerin kararlarıyla temin edilir. Mahkeme kararları, ancak kanunlara açık aykırılık hâlinde Temyiz Mahkemesi tarafından bozulabilir¹²⁶. 19 Mart 1810 yılında ise Fransız Mahkemesi hâkimlerine “conseillers” ismi verilmiştir.

18 Mart 1800 tarihli Mahkemelerin Teşkilatı'na Dair Kanun'la tesis edilen yapı uzun yıllar boyunca aynı şekilde devam etmiştir. Ancak temyiz müracaatlarındaki artışlar ve hukuk sistemindeki değişiklikler daire sayısının artmasına sebep olmuştur¹²⁷. Öncelikle 12 Kasım 1938 tarihli Kanun Hükmünde Kararname ile İş ve Sosyal Güvenlik hukuku dairesi (*Chambre sociale*) kurulmuştur. 23 Temmuz 1947 tarihli Kanunla ise temyiz müracaatlarına ilişkin ön incelemeyi yürüten *Chambre des requêtes* kaldırılmış ve Ticaret Hukuku Dairesi (*Chambre de commerce*) kurulmuştur. Böylece 1947 tarihinde Temyiz Mahkemesi'nde bir adet ceza, bir adet medeni hukuk (*chambre civile*), bir adet iş ve sosyal güvenlik dairesi (*chambre sociale*) ve bir adet ticaret dairesi (*chambre commerciale*) bulunmaktadır. Buna karşın ek iki medeni hukuk dairesi 21 Temmuz 1952 ve 3 Temmuz 1967 tarihlerinde kurularak medeni hukuk dairesi sayısı üçe çıkarılmıştır. Bu son reformla Temyiz Mahkemesi'nin dairelerine nihai hâl verilmiştir¹²⁸. Buna göre 1967 tarihinden günümüze kadar Fransız Temyiz Mahkemesi'nde bir ceza dairesi (*chambre criminelle*), üç medeni hukuk dairesi (*chambres civiles*), bir ticaret (*chambre commerciale*) ve bir iş ve sosyal güvenlik dairesi (*chambre sociale*) bulunmaktadır.

121 Chénon 11-12.

122 Belda 27.

123 Royer, J.P. ve Derasse N., Alinne J.P., Durand B., Jean J.P., *Histoire de la justice en France*, (5e édition, PUF 1995) 252.

124 Lanzara D., *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle* (LGJD 2017) 2.

125 Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice.

126 Crépon 87.

127 Cadiet, L., 'Ouverture', iç *Réformer La Cour de Cassation, Le Projet de Réforme en Débat, Actes du colloque du 11 avril 2019* (IRJS Editions 2019) 20.

128 Cadiet, Ouverture 20.

Dilekçe Dairesini (*Chambre des requêtes*) kaldırarak bir ticaret hukuku dairesini kuran 47-1366 sayılı ve 23 Temmuz 1947 tarihli Temyiz Mahkemesi'nin Teşkilatı ve Yargılama Usulüne Dair Kanun, Yüksek Mahkeme teşkilatına dair detaylı hükümler sevk etmiştir¹²⁹. 23 Temmuz 1947 tarihli bu Kanunla temyiz müracaatlarını kesin olarak incelemekle görevli Genel Kurul (*Assemblée plénière*) kurulmuştur (m. 6). 3 Temmuz 1967 tarihli Kanunla tetkik hâkimler (*conseillers référendaires*) Temyiz Mahkemesi'nin teşkilatına dâhil edilmiştir. 79-9 sayılı 3 Ocak 1979 tarihli Temyiz Mahkemesi'nin Teşkilatı'na Dair Bazı Değişikliklere İlişkin Kanun'la Temyiz Mahkemesi'nin yargılama prosedüründe bazı değişiklikler yapılmıştır. Hâlen yürürlükte olan Fransız Adli Teşkilat Kanunu ile Yüksek Mahkeme'nin yapısı ve yargılama usulüne ilişkin hususlar önemli ölçüde korunmuştur.

SONUÇ

Modern Fransız Temyiz Mahkemesi *Cour de cassation*, Fransız hukukunda bin yıla yakın bir geçmişli olan adalet teşkilatı ve kanun yolu düşüncesinin nihai noktasıdır. Ancak ihtilal öncesi adli teşkilat ile modern Temyiz Mahkemesi arasında süregelen bir ilişki olduğunu iddia etmek kolay değildir. Öncelikle Orta çağ Fransa'sında dağınık ve birçok imtiyazlı grup için ayrı düzenlemeler getiren bir yargı teşkilatı söz konusudur. Yargı teşkilatındaki ilk ayırım kralın toprakları ile krala ait olmayan çeşitli senyörlerin toprakları üzerindeki mahkemeler arasındadır. *Prévôté* Kralın topraklarındaki ilk derece mahkemesidir. İlk derece mahkemesi hâkimi *Prévôt* ise genelde seküler hukuku uygulayan idari ve adli bürokrattır. *Prévôt* yalnızca kralın topraklarında görevli olup senyörlere ait topraklarda meydana gelen adli uyuşmazlıklara bakmamaktadır. Bu uyuşmazlıklar yalnızca senyörlerin görevlendirdiği senyör mahkemeleri tarafından gerçekleştirilir. Diğer ayrım ise seküler hukuk ve dini hukuk bakımından yapılmaktadır. Dini alana giren uyuşmazlıklarda kilise yargumalar görevlidir.

Prévôté kararlarına karşı ikinci derece mahkemesi olarak *baillage* mahkemelerine müracaat edilebilmektedir. *Baillage* kararlarına karşı ise üçüncü derece yargılamasını yürüten *présidiaux* mahkemelerine müracaat edilmesi mümkündür. Ancak ceza davaları bakımından ilgili kararlara kanun yoluna müracaat açık olsa da hukuki uyuşmazlıklarda değere bağlı kanun yolu sistemi geçerli olduğu için her karara karşı ilgili mahkemelerde kanun yolu başvurusu yapmak mümkün olmamaktadır. İlgili yargı çevrelerinin üzerindeki son merci ise parlemenlerdir (*Parlemans provinciaux*). Parlemanlar, esasen birer derece mahkemesidir. Ancak modern öncesi döneme yaklaştıkça kendi yargı çevrelerindeki en yüksek derece mahkemesi sıfatını haiz olan ve kamu düzenini sağlamak gibi önemli idari işlevleri de bulunan parlemanlar ve monark arasında politik bir gerilim baş göstermeye başlamıştır. İşte bu politik gerilim eski rejim döneminde temyiz benzeri tek kurum olan Kralın Konsey'i (*Conseil du roi*) içerisindeki *Conseil des parties* alt konseyinin güçlenmesine yol açmıştır. *Conseil des parties*, hukuk süljelerinin hakkının temininden çok kralın emirnamelerinin parlemanlar tarafından uygulanmasını sağlamayı amaçlamaktadır. *Conseil des parties*, kural olarak derece yargılaması yapmamakta, kararların yalnızca krallık emirnamelerine uygun olup olmadığını denetlemekte ve kararın bozulması hâlinde dosyayı son derece mahkemesi olan parlemana göndermektedir. Elbette İmparatorluğun başkenti olan Paris'te bulunan ve yalnızca

129 Ferrand F., *Cassation française et révision allemande* (PUF 1993) XIX.

değeri yüksek uyuşmazlıklara bakan Konsey'e ulaşmak hukuk sùjeleri açısından kolay olmamakta, müracaatlar genelde ekonomik durumu çok iyi olan kimseler tarafından gerçekleştirilebilmektedir.

Fransız İhtilali genel olarak hukuka ve yargılama hukukuna eski rejim döneminden farklı bir bakış getirmiştir. Bununla birlikte bu farklılaşmanın kimi hâllerde zayıf olduğunu belirtmek gerekmektedir. Zira eski rejim döneminde *Conseil des parties*, nasıl ki monarkın emirnamelerine uyulup uyulmadığını denetmekteyse 1790 yılında kurulan *Tribunal de cassation* da hukuk sùjesinin menfaatinden ziyade yasa koyucunun iradesi olan kanunun derece mahkemeleri tarafından yeknesak uygulanıp uygulanmadığını incelemektedir. Yasama yorumunun tamamen kaldırıldığı döneme kadar Temyiz Mahkemesi'nin kararları soyut normatif kural koyan içtihat karakterinde olamamıştır.

Tribunal de cassation ilk kurulduğunda dilekçeler ve temyiz dairelerinden oluşmaktadır. Temyiz daireleri ise hukuk ve ceza daireleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Belirli bir döneme kadar mahkemenin hukuki yeknesaklığı sağlamayı hedefleyen siyasi görevi, hukuk sùjesinin hakkını gerçekleştirmeyi amaçlayan hukuki görevinin önüne geçmiştir. Mahkeme 1804 yılında bugünkü Fransız Temyiz Mahkemesi olan *Cour de cassation* adını almıştır. Daha sonraki süreçte yasama yorumunun (*référé législatif*) kaldırılmasıyla birlikte *Cour de cassation*, gerçek bir Temyiz Mahkemesi hüviyetine kavuşmuştur. Sonraki her süreçte gerek müracaatlarıyla orantılı olarak daire ve hâkim sayısındaki artışlar, gerek doktrinsel yapıya sahip kurumların inşası gerekse de kanun değişiklikleriyle beraber mahkemenin bazı hâllerde esasa girip hüküm verebilme imkânı, Temyiz Mahkemesi'ni bireyin hakkını temin eden bir kuruma dönüştürmüştür.

Her ne kadar aralarında önemli farklılıklar bulunsa da modern öncesi Temyiz Mahkemesi *Conseil des parties*, belirli bir temyiz anlayışı tesis ederek modern Temyiz Mahkemesi'nin (*Tribunal de cassation* ve *Cour de cassation*) gelişimine katkıda bulunmuştur.

KAYNAKÇA

- Antoine M., 'Qui entrain au Conseil du Roi?' (1999) 53(3) La Revue Administrative s. 71-76.
- Barbiche B., 'Le Conseil du roi dans tous ses états: Questions de vocabulaire' (1999) (52) (3) La Revue Administrative s. 20, 26 (Conseil).
- Barbiche B., 'Les attributions judiciaires du Conseil du roi' (2010) (29)3 Histoire, économie & société s. 9, 17 (Attributions).
- Barbiche B., *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne XVIe-XVIIIe siècle*, (Presses Universitaires de France 2012).
- Belda J.B., *Du discours sur l'office de la Cour de cassation*, (Lextenso 2018).
- Bellet P., 'France. La Cour de cassation', La cour judiciaire suprême Enquête comparative' (1978) (30)1 Revue internationale de droit comparé s. 193, 215.
- Bidouze F., 'Introduction. Quelle culture politique en héritage?' (2011) (15) 1 Parlement(s) Revue d'histoire politique s. 6, 15.
- Breen M. P., 'Law, Society, and the State in Early Modern France' (2011) (83) 2 The Journal of Modern History s. 346, 386.
- Brenner C., iç 'Les Différentes missions du juge de cassation' iç Guillaume Drago, Bénédicte Fauvarque-Cosson ve Marie Goré (edr) *L'accès au juge de cassation Colloque du 15 Juin 2015* (Collectif 2015) s. 29, 45.

- Burgelin J.F., 'L'Organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence' iç Nicolas Molfessis (edr) *La Cour de cassation et L'Élaboration du Droit* (Economica 2004), s. 21, 31.
- Cadiet, L., 'Ouverture', iç *Réformer La Cour de Cassation, Le Projet de Réforme en Débat, Actes du colloque du 11 avril 2019* (IRJS Editions 2019), s. 19, 25.
- Carbasse, J.M., 'Le juge entre la loi et la justice: approches médiévales, La conscience du juge dans la doctrine judiciaire à l'aube des Temps modernes' iç *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne* (PUF 1999), s. 67, 94.
- Chaline O., 'Cassations et évocations dans les remontrances des parlements Au XVIII e.' (2010) (29) 3 Histoire, économie & société s. 57, 68.
- Chaline O., 'Ouverture' (2010) (29) 3 Histoire, économie & société, s. 3, 4.
- Chénon E., *Histoire générale du droit français public et privé des Origines à 1815, 1er Tome* (Receuil Sirey 1926).
- Claerr R., 'Les Présidiaux créations, suppressions, archives et bibliographie' (2011) Annuaire-Bulletin de la Société de L'histoire de France, 98.
- Coste L. 'Des corps intermédiaires sous l'ancien régime: revendication ou réalité?' (2016) (35) 1 Histoire, Économie Et Société, s. 14, 23.
- Crépon T., *Pourvoi en cassation en matière civile, 1er Tome*, (Librairie du Recueil Général des Lois et des Arrêts 1892).
- Daireaux L., 'Le parlement de Normandie et l'édit de Nantes: une bataille de dix ans (1599-1610)' (2015) (122) 3 Annales de Bretagne et des Pays de l'Ouest s. 77, 87.
- Duquesne Q., 'Du juge seigneurial au juge de paix. Les détenteurs des fonctions judiciaires de proximité de la fin de l'Ancien Régime au Consulat: le cas de l'Isère' (2010) (29)2 Histoire, économie & société s. 45, 64.
- Félix J., 'Comprendre l'opposition parlementaire, Le Parlement de Paris face aux réformes de Silhouette (1759)', (2011) (15)1 Parlement(s), Revue d'histoire politique, s. 31, 43.
- Ferrand F., *Cassation française et révision allemande* (PUF 1993).
- Forcadet P.A., 'Les premiers juges de la Cour du roi au XIII e siècle' (1922) (94)2 Revue historique de droit français et étranger s. 189, 273.
- Godin X., 'La procédure de cassation au XVIIIe siècle' (2010) (3) Histoire, économie & société s. 19, 36.
- Gravier H., 'Essai sur les Pprévôts royaux du XI e au XIV e siècle' (1903) (27) 5 Nouvelle revue historique de droit français et étranger s. 648, 672.
- Guenée B., 'Le Conseil du roi au Moyen Age' (1999) (52) 3 La Revue administrative s. 5, 9.
- Halpérin J.L., 'Le droit privé de la Révolution: héritage législatif et héritage idéologique'(2002) (2) Annales historiques de la Révolution s. 135, 156.
- Hamscher, Albert N., *The Conseil Privé and the Parlements in the Age of Louis XIV: A Study in French Absolutism* (Transactions of the American Philosophical Society 1987).
- Hufteau Y.L., *Le Référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi* (PUF 1965).
- Lanzara D., *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle* (LGJD 2017).
- Lemaître A. J., 'Le pouvoir réglementaire Les arrêts sur remontrances du procureur général du roi au parlement de Bretagne' (2015) (122) 3 Annales de Bretagne et des Pays de l'Ouest s. 151, 172.
- Marion M. 'A Propos de la géographie judiciaire de la France sous l'ancien régime. La Question du ressort des présidiaux' (1905) (89) 1 Revue Historique s. 80, 88.
- Martinaige-Baranger R. 'Les idées sur la Cassation au XVIII e.' (1969) (47) Revue Historique De Droit Français Et Étranger s. 244, 290.

- Mousnier R., 'Les Règlements du Conseil du Roi Sous Louis XIII' (1946) (82) 2 Annuaire-Bulletin De La Société De L'histoire De France s. 93, 211 (Règlements).
- Mousnier R., *Le Conseil du Roi de Louis XII à la Révolution* (PUF1970) (Conseil).
- Mousnier R., 'Le Conseil du Roi de la mort de Henri IV au gouvernement personnel de Louis XIV' (1947) (1) Etudes D'histoire Moderne Et Contemporaine s. 29, 67 (Gouvernement).
- Öztek S., 'Temyiz Kanun Yolunun Tarihçesine İlişkin Bazı Tespitler' (2015) (21) 2 Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'ın Armağan MÜHF-HAD s. 119, 127.
- Pagès G., 'Le Conseil du Roi sous Louis XIII' (1937) (12) 29 Revue d'histoire moderne s. 293, 324.
- Petit J.G., 'La Justice en France, 1789-1939. Une étatisation modèle?' (2002) (1)6 Crime, Histoire & Sociétés s. 85, 103.
- Piant H., *Une Justice Ordinaire, Justice Civile et Criminelle Dans La Prévôté Royale de Vaucouleurs Sous L'Ancien Régime* (Pesses universitaires de Rennes 2006).
- Picca G. ve Cobert L., *La Cour de Cassation* (PUF 1986).
- Pichard-Rivalan M., 'Un parlement débutant ? Les hésitations de l'arrêt civil au parlement de Bretagne (1554-1570)' (2015) (122) 3 Annales de Bretagne et des Pays de l'Ouest s. 13, 33.
- Renoux-Zagamé, M.F., 'Répondre de l'obéissance. La conscience du juge dans la doctrine judiciaire à l'aube des Temps modernes' iç *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne* (PUF 1999), s. 155, 194.
- Rouland N., *Introduction historique au droit* (PUF1998).
- Royer, J.P. ve Derasse N., Alinne J.P., Durand B., Jean J.P., *Histoire de la justice en France*, (5e édition, PUF 1995).
- Saint-Bonnet F. ve Sassier Y., *Histoire des Institutions Avant 1789* (6e édition, LGDJ 2019).
- Saint-Bonnet, François, 'Le constitutionnalisme des parlementaires et la justice politique. Les équivoques des lits de justice du XVIIIe siècle', 'Quelle culture politique en héritage?' (2011) (15)1 Parlement(s), Revue d'histoire politique 16, 30.
- Saupin G., *La France à l'époque moderne*, (4e édition, U Histoire 2020).
- Scheyven C., *Traité pratique des pourvois en cassation* (Bruylant-Christophe & Compagnie 1866).
- Storez-Brancourt İ. 'C'est légal parce que je le veux: loi et constitution dans le face à face du roi et du Parlement à la fin de l'Ancien Régime, Le Parlement de Paris face aux réformes de Silhouette (1759)' (2011) (15) 1 Parlement(s), Revue d'histoire politique s. 59, 74.
- Swann J., 'Repenser les parlements au xviiiie siècle: du concept de l'opposition parlementaire à celui de culture juridique des conflits politiques' iç Alain J Lemaître (edr) *Le monde parlementaire au XVIIIe siècle : L'invention d'un discours politique* (Presses Universitaires de Rennes 2010) s. 17, 37.
- Teomete-Yalabık F., 'Fransız Hukukunda Temyizin Tarihi Gelişimi ve Temyiz Sebepleri' (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2010).
- Thireau J.L., 'Le Conseil du roi au XVI e siècle' (1999) (52) 3 La Revue administrative s. 10, 19.
- Van Caenegem R.C., *History of European Civil Procedure, Civil Procedure, Chapter 2*, (Volume XVI New York 1973).
- Verpeaux N., 'Maires, Prévôts, Doyens, Les Intermédiaires Entre Seigneurs et Exploitants' (2011) (36) 2 Histoire & Sociétés Rurales s. 7, 40.
- Weber J.F., 'L'Accès au Juge de Cassation et Le Traitement des Pourvois par La Cour de Cassation Française', iç Guillaume Drago, Bénédicte Fauvarque-Cosson ve Marie Goré (edr) *L'accès au juge de cassation Colloque du 15 Juin 2015* (Collectif 2015), s. 59, 81.
- Yıldırım K., *Hukuk Devletinın Gereği: İstinaf* (Nesil Matbaacılık 2000).

“Küçük Uyuşmazlıkların (Small Claims)” Kendine Özgü Bir Prosedür Dâhilinde Çözümlemesine İlişkin Düşünceler

Considerations for the Resolution of “Small Claims” in a Sui Generis Procedure

M. Kâmil Yıldırım* , Mehmet Akif Gül** 

ÖZ

Belirli değerin altındaki uyuşmazlıkların yazılı yargılama usûlü dâhilinde çözümlenmesinin adalete erişim özelinde pek çok olumsuz yönü vardır. Yazılı yargılama usûlünün nispeten pahalı ve yavaş olması, bireylerin “küçük uyuşmazlık (small claims)” olarak nitelendirilebilecek uyuşmazlıklarda hak arama motivasyonunu düşürmektedir. Ayrıca bu uyuşmazlıkların yazılı yargılama usûlü dâhilinde çözümlenmesi, mahkemelerin iş yükünü de artırmakta ve yargının daha yavaş işlemesine neden olmaktadır. Bu makalede, bazı mukayeseli hukuk sistemlerinde belirli değerin altındaki uyuşmazlıkların ne şekilde çözümlendiği irdelenecek ve hukukumuz bakımından genel hatları çizilen bir sisteme dair düşüncelerimiz paylaşılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dava değeri, Küçük uyuşmazlıklar, Yargılama usûlü, Adalete erişim, Medenî yargı.

ABSTRACT

Resolving disputes below certain values within the written jurisdiction has many negative aspects in the way of access to justice. The relatively expensive and slow method of written trials reduces the motivation of individuals to seek rights in disputes that can be described as “small claims”. In addition, resolving these disputes within the written judicial procedure increases the workload of the courts and causes the judiciary to function more slowly. In this article, how disputes below certain value are resolved in some comparative legal systems will be examined and our considerations on a system that is outlined in terms of our law will be shared.

Keywords: Value in dispute, Small claims, Proceeding, Access to justice, Civil procedure.

GİRİŞ

Hukuk sistemimizin temel sorunlarından biri de yargılamaların uzun sürmesi ve bireylerin tabir-i caiz ise adliye kapılarında hak dilenen bir pozisyona gelmeleridir. Esasen yargılamanın hızlandırılması meselesi yalnızca ülkemizin değil pek çok başka ülkenin de adalet politikasının temel sorunlarından

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0003-4764-6805.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı mehmet.akif@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7324-0094

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: M. Kâmil Yıldırım

E-posta/E-mail: kamilyildirim@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 27.08.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 18.11.2021

birini oluşturmaktadır¹. Bu meyanda, pek çok ülkede belirli değer altındaki uyuşmazlıkların basitleştirilmiş prosedürler dâhilinde çözümlenmesine ilişkin imkânlar getirilmiştir. Hukukumuzda ise böyle bir imkândan bahsedilememektedir. Bu makalede, öncelikle dava değeri ile temel haklar ve yargılama usûlü arasındaki ilişki ayrı ayrı ele alınacak; akabinde, mukayeseli hukuktaki bazı özel prosedürler incelenerek bunların genel hatları ortaya konulacaktır.

I. DAVA DEĞERİNİN TEMEL HAKLAR İLE İLİŞKİSİ

Belirli değer altındaki uyuşmazlıkların özel bir prosedür dâhilinde çözümlenmesine ilişkin değerlendirmede bulunmadan önce, bu yönde bir çözümün temel haklar ve anayasal düzenlemeler ile ilişkisi hususu ele alınacaktır. Nitekim yalnızca uyuşmazlık çözüm prosedürünün hızlandırılması yeterli olmayıp bunun adalete erişimi de tesis etmesi gerekliliği vardır.

“*Hak arama özgürlüğü*”, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenmiş olup herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı sıfatıyla iddia ve savunmada bulunabileceğini ve âdil yargılanma hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Bu kavram soyut, genel ve objektif nitelik taşımakta ve anayasal temeli haiz bir hakki ifade etmektedir. Bu hak, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce de mevcuttur ve yalnızca vatandaşların değil herkesin sahip olduğu yargısal bir temel haktır. Bu hakkın uyuşmazlık çıktıktan sonra somut hâle gelmesiyle birlikte “*hukukî korunma talebi*” ortaya çıkmaktadır. Özellikle devlet yargısına başvurulduğu andan itibaren, bu talebin karşılanması gerekli ve zorunludur. Hukukî korunma talebi, bir hakkın somut olarak kullanılmasını ifade ederken, bu hakkın gerçekten etkili, düşük masraf ile, basit ve kolay bir şekilde kullanılabilmesi, “*adalet erişim (mahkemeye erişim)*” kavramı dâhilinde değerlendirilmektedir. Bahsedilen bu üç kavramın birbiriyle bağlantısı şu şekilde özetlenebilir: *Hak arama özgürlüğü*, soyut, genel ve objektif bir hakki; *hukukî korunma talebi*, bu hakkın somut olarak karşılanmasını; *adalet erişim (mahkemeye erişim)* ise hakkın etkin kullanımını sağlayan mekanizmayı içeren bir bütünün varlığını ifade etmektedir².

1 Avrupa Birliği üyesi ülkelerdeki sınır ötesi küçük uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen prosedür hakkında genel bilgi için bkz. İbrahim Barış Sayar, ‘Avrupa Basit Hak İddiaları Prosedürü (European Small Claims Procedure): Kapsamı ve Uygulanması Üzerine Bir İnceleme’, (2018) XXII (1), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 49-94. Ayrıca bkz. Mustafa Serdar Özbek, ‘Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler’, (2006) 55 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 207-292.

2 Hakan Pekcanitez, ‘Medenî Usûl Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler’ iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş – Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, Oniki Levha Yayıncılık 2017) 22-24. Sungurtekin-Özkan, adalete erişim kavramını şu şekilde tanımlamaktadır: “*toplumu oluşturan bireylerin, insan hakları, temel hak ve özgürlükler ve adaletin kalitesinden ödün vermemek koşuluyla, en kolay, hızlı, etkili ve en az masrafla uygun hukuki mekanizmalardan yararlanarak, ihtiyaç duydukları hukuki çözümlere ulaşması*”. Bkz. Meral Sungurtekin-Özkan, ‘Anayasal Şikayet ve Adalete Erişim’, (2014), 16 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan) 399-410, 401. Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (*United Nations Development Programme – UNDP*), adalete erişim kavramını şu şekilde tanımlamaktadır: “*toplumu oluşturan bireylerin, insan hakları standartlarına uygun olarak, geleneksel ya da geleneksel olmayan yollardan, ihtiyaç duydukları hukuki çözümlere ulaşabilecek durumda olmalarıdır*”. Ayrıca, adalete erişimin demokratik devlet yönetimi ve yoksullukla mücadele ile güçlü bağları olduğu işaret edilmektedir. Bkz. Sungurtekin-Özkan (n 3) 401.

Bir temel hak olan *adalet erişim (mahkemeye erişim)* hakkına bazı sınırlamalar getirilebilir. Ancak bu sınırlamaların kişinin AİHS ile tanınan haklarının özüne zarar verici nitelikte olmaması gereklidir. AİHM, bu yöndeki bir sınırlamanın ihlâl niteliği taşıyıp taşımayacağı değerlendirmesini yaparken faydalanılacak ölçütleri *Ashingdane vs. Birleşik Krallık* kararında tespit etmiştir. Bu karara göre, mahkemeye erişim hakkının ihlâl edilmemesi için şu unsurların bir arada olması gereklidir³:

- Sınırlamanın hakkın özüne zarar vermemesi
- Meşru bir amaç güdülmesi
- Hedeflenen meşru amaç ile başvuru araçları arasında makûl bir orantının bulunması

Hukukumuzda temel hak ve özgürlüklerin ne şekilde sınırlandırılabilirliği Anayasanın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "*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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*". Görüleceği üzere, AİHM'nin *Ashingdane vs. Birleşik Krallık* kararında tespit edilen unsurlara paralel bir anayasal düzenleme hukukumuzda da mevcuttur.

Dava değerinin temel haklar ile olan bağlantısı, yukarıdaki unsurlar göz önünde bulundurularak açıklanabilmektedir. Dava değerine dayalı olarak kişinin *adalet erişim (mahkemeye erişim)* hakkının çeşitli şekillerde sınırlandırılması, bu sınırlamanın meşru bir amaca hizmet etmesi, hakkın özüne zarar vermemesi ve meşru amaç ile sınırlama aracı arasında makûl bir orantının (ölçülülüğün) bulunması hâlinde mümkündür.

Bu açıklamalar ışığında, belirli değer altındaki uyuşmazlıkların özel bir prosedür dâhilinde çözümlenmesine ilişkin bir değerlendirmede bulunurken dikkat edilmesi gereken en önemli husus, kişinin hâkim önüne çıkabilmesi imkânının tamamen ortadan kaldırılmamasıdır. Diğer bir ifadeyle, bazı prosedürel sınırlamalar öngörülse dahi, yargılamanın bir hâkim tarafından yürütülmesi noktasında esnek düzenlemeler yapılmasından kaçınılmalıdır. Çalışmanın ilerleyen bölümünde inceleyeceğimiz mukayeseli hukuktaki düzenlemeler dikkate alındığında, bu hususta esneklik gösterilmesinden kaçınıldığı gözlemlenmektedir. Bununla birlikte, öngörülen prosedür dâhilinde getirilen sınırlandırmaların hakkın özüne zarar vermemesi, meşru bir amaca hizmet etmesi ve hedeflenen bu amaç ile başvuru araçları arasında makûl bir orantının bulunması her durumda göz önünde bulundurulmalı ve ayrıca değerlendirilmelidir. Örneğin, öngörülen özel prosedür dâhilinde

3 Kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "*Şüphesiz mahkemeye erişim hakkı mutlak değildir ve bazı sınırlamalara tâbi tutulabilir. Devletlerin, mahkemeye erişim hakkı bakımından, toplumun ve bireylerin ihtiyaçları göz önüne alınarak doğası gereği yer ve zamana göre değişkenlik gösterebilecek düzenlemeler yapabilmesi için bu mümkün olmalıdır. Üye devletler, bu yönde düzenlemeler yaparken belirli bir takdir marjına sahiptir. Sözleşmenin gerekliliklerinin yerine getirilip getirilmediğine dair nihai karar Mahkemenin denetiminde olsa da, mahkeme, devletlerin bu alandaki en iyi politikanın ne olabileceğine dair değerlendirme işlevinin bir parçası değildir. Bununla birlikte, uygulanan sınırlar, hakkın özünü zedeleyecek şekilde bireyin adalet erişimini ortadan kaldırmamalı ya da kısıtlamamalıdır. Yine, sınırlamanın meşru bir amacı bulunmuyorsa ve meşru amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında makûl bir oranlılık ilişkisi yoksa Sözleşmenin 6. maddesine uygun bir sınırlandırmadan bahsedilemez.*"

Karar için bkz. *Ashingdane vs. Birleşik Krallık* (1985) App no 8225/78.

kişinin açıklama ve ispat hakkına dair getirilen sınırlandırmalar, hakkın kullanılmasını olanaksız hâle getirecek düzeyde olmamalıdır.

Burada ele alınması gereken bir diğer husus, özel bir prosedür dâhilinde kanun yoluna başvuru imkânının sınırlanmasının temel haklar ve anayasa düzenlemeleri doğrultusunda ne derece yerinde olacağıdır.

Kanun yoluna başvuru hakkının belirli bir parasal değerle sınırlandırılmasının hak arama özgürlüğü, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu iddiasıyla belirtilen sınırlara ilişkin düzenlemelerin iptâli talebi Anayasa Mahkemesi önüne taşınmış; Anayasa Mahkemesi, kanun yoluna başvuru hakkının bu şekilde sınırlandırılmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi, kararında özetle şu gerekçelendirmelerde bulunmuştur⁴:

- Kamu yararı gerektirdiğinde, bazı hükümler için kanun yollarına başvurmanın engellenmesi mümkündür.
- Hukuk mahkemelerinin bazı kararları için kanun yoluna başvurulması yolunun kapatılmasına ilişkin düzenleme, hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayacak sonuçlara yol açma ihtimâli doğuran bir nitelik arz etmedikçe bu kavramla çelişkiye düşmez.
- Kanun yoluna başvurunun sınırlandırılmasına ilişkin düzenleme ile, davaların hızlandırılması ve kanun yolu mahkemesinin iş yükünün bir ölçüde azaltılması amaçlanmıştır.
- Kanun yoluna başvurunun sınırlandırılmasına ilişkin düzenleme ile, varlıklı kimseler ile iktisaden güçsüz olanlar arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle, tüm vatandaşlar aynı hükme tâbi tutulmuştur.
- Kesin karardan varlıklı kimselerin daha az etkilenecek olması, Anayasanın sosyal devlet ilkesine ve eşitlik kurallarına aykırılık nedceni olarak kabul edilemez.
- Anayasa'da bütün mahkeme kararlarının denetime tâbi kılınmasını öngören bir hüküm bulunmamaktadır.
- İlk derece mahkemelerinin tüm kararlarının denetlenmesini istemek, ilk derece hâkimlerine güvensizlik anlamına gelir ki bunun hiçbir haklı nedeni olamaz.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, öğretilerde bir kısım yazarlar tarafından çeşitli yönleriyle eleştirilmiştir. Bu eleştiriler, kararın daha çok Yargıtayın iş yükünü dikkate alması; hak arama özgürlüğü bakımından dar bir yorumun benimsenmesi; kararın kanun yolunun amacı ve Anayasal ilkeler ile bağdaşmaması şeklinde gerekçelendirilmektedir⁵.

4 Kararın tam metni için bkz. RG, 16.04.1986, S.19080, 18-28. Kararın değerlendirilmesi için bkz. Selçuk Öztekin, 'HUMK m.427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 10.1.1986 Tarihli Kararı', (1987) 21 (2), Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 62-74.

5 Eleştiriler için bkz. Öztekin (n 5) 68; Yavuz Alangoya, 'Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 Hükümü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı', iç Hakan Pekcanitez (ed), 75. Yaş

Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda değinilen kararı, gerekçesi bakımından eleştiriye açıktır. Nitekim, kanun yolu mahkemesinin iş yükü ve kamu düzeni yönündeki gerekçeler, devletin adalet mekanizmasını işler şekilde tesisi ile ilgili olup bireyin mahkemeye erişim hakkının ölçülü şekilde sınırlandırılması ile doğrudan bağlantılı sayılamaz. Bununla birlikte, başvuru sınırına ilişkin açıklamalar sübjektif değerlendirmeler olup bireyin hukukî korunma ihtiyacının dava konusunun değeri esas alınarak farklı değerlendirmeye tâbi tutulmaması gerekir. İlgili sınırlamanın AİHM'nin öngördüğü ve Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ölçütlerine uygun olduğu kabul edilse dahi⁶, bireyin hukukî korunma ihtiyacını önceleyen ve statükonun olumsuz getirilerini azaltabilecek nitelikte düzenlemeler yapılabilmesi mümkündür. Bu meyanda, izne bağlı kanun yolu⁷ sisteminin bir alternatif olarak değerlendirilmesi önerilebilir. Kanun yoluna başvuru hakkının değere dayalı olarak sınırlandırılması, mahkemeye erişim hakkının ihlâli riskinin yanı sıra, kanun yolu yargılamasının amaçlarından birisi olan içtihat birliğinin sağlanması amacına da ters düşmektedir⁸.

Alman hukukunda, değere ve izne bağlı kanun yolu sistemi birlikte uygulanmaktadır. Bu sisteme "karma sistem" adı verilmektedir. Karma sistem, hak arama özgürlüğünün daha etkin kullanılmasını ve hukukun gelişimini sağlayacak alternatif bir sistem olarak değerlendirilmektedir⁹.

dZPO § 511/2-1 hükmüne göre, değeri 600,00 Avro üzerinde olan uyuşmazlıklar bakımından istinaf kanun yoluna başvurulabilir. § 511/2-2 hükmüne göre ise, ilk derece mahkemesi, kanun yoluna başvurulmasına izin verebilir. § 511/4 hükmüne göre, malvarlığına ilişkin uyuşmazlığın değeri 600,00 Avro üzerinde olmasa dahi, uyuşmazlığın ilkesel değeri sahip olması veya hukukun gelişimi ya da birliğinin sağlanması için istinaf mahkemesinin kararı gerekli olması durumlarında, ilk derece mahkemesi istinafa başvurulmasına izin vermelidir. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin izin kararı ile bağlıdır¹⁰.

Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004) 29 vd.; Saim Üstündağ, 'Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ve Türk Yargıtayı', (1989) 15 (1-4), Yargıtay Dergisi 73 vd., 91; Tolga Akkaya, 'Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağlı Temyiz Sistemi', iç Osman Berat Gürzumar (ed), *Halük Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin Yayınları 2009) 71. Türk hukukunda kesinlik sınırına ilişkin düzenlemelerin, kural olarak, mahkemeye erişim hakkına engel teşkil etmediği; hakka getirilen sınırlamanın AİHM tarafından belirlenen ölçütler ile uyumlu olduğu yönünde bkz. Sezin Aktepe-Artık, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Seçkin Yayıncılık 2013) 126 vd.

6 Aynı yönde bkz. Aktepe-Artık (n 6) 126.

7 Detaylı bilgi için bkz. Akkaya (n 6) 81 vd. Değere dayalı temyiz sisteminin keyfiliği önleyeceği; bununla birlikte, belirli dava türleri bakımından temyize müracaatı baştan bertaraf edeceği; bu olumsuzluğun izne bağlı temyiz sistemi ile giderilebileceği yönünde bkz. Mehmet Kamil Yıldırım, *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf* (Nesil Matbaacılık 2000) 8.

8 Özetek (n 5), 68; Yıldırım (n 8), 8-9; Akkaya (n 6), 70; Aktepe-Artık (n 6), 127. İzne bağlı istinaf sisteminin 5236 sayılı Kanun hazırlanırken Bilim Komisyonunda uzun uzadıya tartışıldığı ve özellikle ilk derece mahkemesi hâkimi bakımından yaratacağı sakıncalar dikkate alınarak benimsemediği yönünde bkz. Selçuk Özetek, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz* (Yetkin Yayınları 2021) 100 kn.59.

9 Bkz. Tolga Akkaya, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf* (Yetkin Yayınları 2009) 118.

10 İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin izin kararı ile bağlı olmakla birlikte, pek doğaldır ki uyuşmazlığa ilişkin maddî ve hukukî değerlendirmelerle bağlı olmayacaktır. Bkz. Hans Joachim Musielak, *Grundkurs ZPO* (10. Aufl. 2010) 312.

dZPO § 511/4 hükmünde belirtilen şartları kısaca ele almak gerekirse¹¹:

- Uyuşmazlığın çözümü için önem arz eden hukukî sorun hakkında, daha önce üst mahkeme tarafından emsal bir karar verilmemiş ve bu konuda hukukun yeknesak şekilde uygulanması çoğunluğun hukukî yararı için gerekliyse ilkesel değer varlığından bahsedilir. Buradaki hukukî sorun, yalnızca uyuşmazlığın taraflarının menfaatleri ile ilgili olmamalıdır.
- Bir hukukî sorun hakkında öğretide fikir birliği bulunmamakta ise, hukukun gelişimi açısından kanun yoluna başvurulması gerekebilir.
- İlk derece mahkemesi, daha önceki kararlarından ya da üst mahkemelerin içtihatlarından farklı yönde bir karar verecek ise, içtihat birliğinin sağlanabilmesi bakımından kanun yoluna başvurulmasına izin verilmelidir.

Hukukumuzda, hukukun gelişimi ve hukuk birliğinin sağlanması amacıyla, HMK'nin 363. maddesinde "kanun yararına temyiz" kurumu kabul edilmiştir. Buna göre, Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, ilk derece mahkemesince kesin olarak verilen kararlar, istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlar, bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatı ile kesin olarak verdikleri kararlar ile yine bu sıfatla verilen ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlar hakkında, kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilir. Kanun yararına temyiz talebinin yerinde görülmesi hâlinde, karar Yargıtay tarafından kanun yararına bozular. Bununla birlikte, bu bozma kararı, aleyhine başvuru kararın hukukî sonuçlarını ortadan kaldırmaz¹². Bu yönüyle, kanun yararına temyiz ve izne bağlı istinaf sistemlerinin birbirinin muadili olmadığı ifade edilebilir. Nitekim, kanun yararına temyiz sistemi, hak arama özgürlüğünün daha etkin kullanımına hizmet etmemektedir; yalnızca hukukun gelişimi ve hukuk birliğinin sağlanması hususlarında izne bağlı istinaf sistemine benzer özellikler göstermektedir¹³.

Kanun yoluna başvuru hakkına ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız, belirli değer altında uyuşmazlıkların özel bir prosedür dâhilinde çözümlenmesi hususunda da dikkate alınmalıdır. Bu meyanda, öngörülen prosedürün kanun yoluna başvuruyu tamamen kaldırmamakla birlikte, Alman hukukuna paralel şekilde, bu hakkın belirli ölçütlere dayalı olarak izne tabî kılması düşünülebilir.

Belirli değer altındaki uyuşmazlıkların özel bir prosedür dâhilinde çözümlenmesinin temel haklar ve anayasal düzenlemeler ışığında olumlu getirileri de bulunmaktadır. Nitekim, çalışmanın ilerleyen

11 Detaylı bilgi için bkz. Akkaya (n 10) 118 dn.227'deki yazarlar..

12 Kanun yararına temyiz üzerine bozma kararı verilmesi hâlinde, ilk derece mahkemesi kararının hukukî sonuçlarının ortadan kalkmamasının eleştirisi için bkz. Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (Sevinç Matbaası 1978) 648.

13 Akkaya (n 10) 119. Kanun yararına temyiz kurumu düzenlenirken, Kanun Komisyonunda ileri sürülen görüş şu ifadelerle ortaya konulmaktadır: *Tasarı m.327 ve 328 ile ilgili ortak bir konu olarak, sadece değere dayalı temyiz esasının kabulünün sakıncalı olabileceği, cüzi değere sahip veya verildiğinde kesin olan kararlara karşı da, ileride emsal teşkil etmesi ihtimali olan kararlar bakımından veya kanun maddesine yeni bir yorum getiren temyiz mahkemesi kararlarına da temyiz yolunun açık tutulması gerektiği görüşü Komisyon'da dile getirilmiştir.* Naklen: Yıldırım (n 8) 138.

bölümünde açıklanacağı üzere, bu prosedür dâhilinde yargılama giderlerinin sınırlandırılması, daha az masraflı bir yargılamaya erişimi mümkün kılacak ve adalete erişimi artıracaktır¹⁴.

II. DAVA DEĞERİ İLE YARGILAMA USÛLÜ İLİŞKİSİ

Hukuk yargılamamızda hâli hazırda "basit yargılama usûlü" ve "yazılı yargılama usûlü" olmak üzere iki farklı yargılama usûlü mevcuttur. Bu iki usûl arasındaki en çarpıcı fark, dilekçeler teatisi aşamasında verilecek dilekçelerin sayısı ile iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının başlayacağı ân olarak belirlenebilir. HMK'nin 319. maddesine göre, basit yargılama usûlüne tâbi davalarda, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlayacaktır¹⁵.

Basit yargılama usûlünün uygulanacağı dava ve işler, HMK'nin 316. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında, belirli değerın altındaki uyuşmazlıklarda basit yargılama usûlünün uygulanacağına ilişkin genel bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla birlikte, HMK'nin 316/1-g maddesinde, diğer kanunlarda yer alan ve yazılı yargılama usûlünün dışındaki yargılama usûllerinin uygulanacağı belirtilen dava ve işlerde basit yargılama usûlünün uygulanacağı düzenlenmiştir.

İsviçre'de, sZPO § 243/1 hükmüne göre, malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklardan değeri 30.000,00 – İsviçre frangına kadar olanlarda basit yargılama usûlü uygulanır (*vereinfachte Verfahren*). Bu kuralın istisnaları ise sZPO § 243/2-3 hükümlerinde belirlenmiştir¹⁶.

İsviçre'de yargılama usûlüne ilişkin değer sınırlaması, basit yargılama usûlünü düzenleyen sZPO § 243 hükmü ile malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklar için genel olarak uygulanan bir düzenleme şeklinde getirilmiştir. sZPO § 243/3 hükmünde ise, § 6 düzenlemesine göre yalnızca kantonal düzeydeki ticarî uyuşmazlıklar için kurulan özel mahkemelerde (ticaret mahkemesi), yargılama usûlündeki değer sınırına ilişkin bu hükmün uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Almanya'da ise, dZPO §495a hükmüne göre, mahkeme, 600,00 – Avro tutarının altındaki uyuşmazlıklarda, *Bagatellverfahren* olarak ifade edilen bir usûlün uygulanması konusunda takdir yetkisini haizdir¹⁷.

14 Yargılama masraflarının tutarı ile AİHS'nin 6. maddesi arasındaki bağlantı hususunda, AİHM tarafından verilen bazı örnek kararlar için bkz. *Kreuz vs. Polonya* (2001) App no 28249/95; *Tunç vs. Türkiye* (2008) App no 20400/03.

15 Genel olarak bkz. Mehmet Kâmil Yıldırım, 'Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler' iç Selçuk Öztekin, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren – Yıldırım (edr), *Prof. Dr. Ergun ÖNEN'e Armağan* (Alkım 2003) 467 vd.

16 Samuel Rickli, *Der Streitwert im schweizerischen Zivilprozessrecht* (Dike 2014) 15, Rdnr.31.

17 Almanya'da basit yargılama usûlüne dair genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, "basit yargılama şekli" olarak ifade edilebilecek yargılama şekilleri kabul edilmiştir. dZPO § 495a hükmünde düzenlenen yargılama şekli de bunlardan biri niteliğindedir. Bu yargılama usûlü, yalnızca sulh mahkemelerinde uygulanabilir niteliktedir. Bkz. Gülcan Sunar, 'Medeni Usul Hukukunda Basit Yargılama Usulü' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2002) 17; Hans Peter Mayer, Julia Lindemann and Georg Haibach, *Small Claims Verordnung* (C.H. Beck 2009), 9-11.

Görüleceği üzere gerek İsviçre gerekse Alman usûl kanunlarında, belirli değerın altındaki uyuşmazlıklarda basit yargılama usûlünün uygulanmasına ilişkin özel bir hüküm getirilmiştir. Bazı ülkelerde ise, aşağıda inceleneceği üzere, “küçük uyuşmazlıklar (*small claims*)” olarak tabir edilen dava ve işler hakkında özel prosedürler öngörölmüştür.

Hukukumuzda, malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda genel olarak uygulama alanı bulacak benzer bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte, TTK'nin 4/2. maddesine göre, miktar veya değeri *beşyüzbin* Türk Lirasını geçmeyen ticarî davalarda basit yargılama usûlü uygulanır¹⁸. Bu özel hüküm, yalnızca ticarî davalar¹⁹ bakımından getirilmesi yönüyle eleştiriyeye açık niteliktedir. Nitekim, yargılama usûlünün dava değerine bağılı şekilde değışkenlik göstermesi noktasında, ticarî davalar ile diğere davalar arasında nasıl bir ayırım gözetildiği anlaşılammaktadır. Örneğın, 490.000,00 – TL değerindeki ticarî bir dava için basit yargılama usûlü uygulanmaktayken, 100,00 – TL değerindeki bir alacak davası için yazılı yargılama usûlünün uygulanması söz konusudur. Bu durum, gerekçesi anlaşılammayan bir çelişki yaratmaktadır. Kanaatimizce, uyuşmazlığın ticarî olup olmaması fark etmeksizin belirli değerin altındaki davalarda yazılı yargılama usûlünün uygulanmaması yerinde olacaktır. Bu şekilde, “küçük uyuşmazlıklar (*small claims*)” olarak tabir edilen dava ve işlerin daha az masrafla ve daha hızlı şekilde çözümlenmesi mümkün hâle gelebilir.

“Küçük uyuşmazlıklar (*small claims*)” bakımından belirlenecek bir değere göre basit yargılama usûlünün mü uygulanması gerektiği yoksa bunlara özel basitleştirilmiş bir küçük uyuşmazlık çözüm prosedürünün mü getirilmesi gerektiği cevaplanması gereken diğere bir sorudur. Yukarıda belirtildiği üzere, basit yargılama usûlü ile yazılı yargılama usûlü arasında, uyuşmazlığın çözümünü makûl şekilde hızlandıracak ve masrafları da makûl ölçüde sınırlayacak bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle, belirli değerin altındaki uyuşmazlıklar için basit yargılama usûlünün uygulanmasından ziyade, kendine özgü bir prosedürün getirilmesi daha etkili bir sonuç doğuracaktır. Takip eden başlıklarda, karşılaştırmalı hukuktaki küçük uyuşmazlık çözüm prosedürleri incelenecek ve bu prosedürlerin yargılamayı hızlandırmak ve masrafları azaltmak adına öne çıkan yönleri değerlendirilerek muhtemel bir küçük uyuşmazlık çözüm prosedürü düzenlemesine dair düşüncelerimiz aktarılacaktır.

Uygulanacak yargılama usûlünün dava değerine göre değışiklik göstermesi, cevaplanması gereken çeşitli soruları da beraberinde getirmektedir. Başlangıçta yargılama usûlüne dair değere sınırının altında kalmakla birlikte, davanın ıslahı ile ya da belirsiz alacak davasında talep sonucunun artırımı ile yargılama usûlüne ilişkin değere sınırının üzerine çıkılması hâlinde, yargılama usûlleri arasındaki farklardan kaynaklanan çeşitli usûlî sorunlara çözüm getirilmesi gerekir. Bu durumun tersi de mümkün olabilir. Nitekim, başlangıçta yazılı yargılama usûlüne tâbi olacak bir talep sonucu oluşturmakla birlikte, cevaba cevap dilekçesinde talep sonucunun Kanunda öngörölen değerin altına düşürölmesi durumunda, basit yargılama usûlüne tâbi olması gereken bir davada yazılı yargılama

18 İlgili madde, 28.02.2018 tarih ve 7101 sayılı Kanunun 61. maddesiyle mevzuatımıza girmiştir. Bu değere, başlangıçta *yüzbin* Türk Lirası iken, 22.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7251 sayılı Kanunun 58/2. maddesiyle *beşyüzbin* Türk Lirası olarak değıştirilmiştir.

19 Ticarî davalar hakkında genel bilgi için bkz. Mine Akkan, ‘Asliye Ticaret Mahkemeleri’ iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş – Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, Oniki Levha Yayıncılık 2017) 159 vd. Ayrıca genel olarak bkz. Levent Börü ve İlker Koçyiğit, *Ticari Dava* (2. Bası, Adalet Yayınları 2021).

usûlüne göre dilekçelerin teatisinin gerçekleştirilmesi söz konusu olacaktır. Yine Kanun metninde öngörülen değer altındaki ve üzerindeki uyuşmazlıkların objektif dava yığılması şeklinde tek bir yargılama prosedürüne konu edilmesi hâlinde, taleplerin bir arada incelenmesinin bazı zorluklar yaratması da kaçınılmazdır²⁰. TTK'nin 4/2. maddesi, yargılama usûlüne ilişkin değer sınırını getirmekle yetinmiş; bu kurala herhangi bir istisna öngörmemiştir. Yine doğabilecek usûlî sorunlara ilişkin özel hükümler de düşünülmemiştir. Belirtmek gerekir ki belirsiz alacak davasında kesin talep sonucunun mahkemeye bildirildiği ve diğer davalarda davanın ıslah edildiği yargılama kesiti göz önüne alındığında, gerek taraflarca verilecek dilekçelerin sayısı bakımından gerekse iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı bakımından geçmişe etkili makûl bir çözüm getirilebilmesi mümkün görünmemektedir. Bu davalar bakımından yargılama usûlünün değere dayalı şekilde uygulanması isteniyorsa özel bir düzenleme ile yargılama usûlünün dava devam ederken değişmesi ihtimâlinin önüne geçmek yerinde olacaktır.

III. "KÜÇÜK UYUŞMAZLIKLARIN (SMALL CLAIMS)" ÇÖZÜMÜNE DAİR MUKAYESELİ HUKUKTAKİ YARGILAMA USÛLLERİNE VE ÖZEL PROSEDÜRLERE GENEL BİR BAKIŞ

A. GENEL OLARAK

Pek çok ülke hukukunda, belirli değer altındaki uyuşmazlıkların çözümü için gerek mahkeme organizasyonu bakımından gerekse yargılama usûlü bakımından özellik arz eden durumlar mevcuttur. Bu yöndeki düzenlemelerin temel amacı, belirli değer altındaki uyuşmazlıklar bakımından daha az masraflı ve daha hızlı bir yargılama prosedürü gerçekleştirilmesi; bu şekilde de gerek adalete erişimin etkin temini gerekse mahkemelerin iş yükünün azaltılması olmaktadır. Hukukumuzda belirli değer altındaki uyuşmazlıkların çözümüne tek uygulama örneği, tüketici hakem heyetleridir. Bununla birlikte, tüketici uyuşmazlığı olmayan küçük uyuşmazlıklar bakımından da yazılı yargılama usûlünün uzun ve nispeten masraflı uygulamasının sorunlar yarattığı görülmektedir.

2013 yılında, Avrupa Birliği Komisyonu için hazırlanan karşılaştırmalı bir araştırmaya göre, AB'ye üye 21 ülkede küçük uyuşmazlıkların çözümü için özel prosedürler bulunmaktadır. Bu ülkelerde, "küçük uyuşmazlıklar (*small claims*)" olarak nitelendirilen uyuşmazlık değerleri, 600,00 Avro (Almanya) ile 25.000,00 – Avro (Hollanda)²¹ arasında değişmektedir. Ortalama ise 4.400,00 – Avro olarak belirtilmiştir. Yine, ülkeden ülkeye bu uyuşmazlıklar için öngörülen prosedürler çeşitlenmektedir. Örneğin, Almanyada hâkimin uyuşmazlığı daha az şekli bir prosedüre tâbi şekilde çözümlemesine olanak sağlayan özel bir hüküm getirmekle yetinirken; Polonya ve İngiltere örneklerinde, delillerin sunulması ve kanun yoluna başvuru gibi hususlara dair özel hükümler içeren bütüncül bir prosedür getirilmiştir²².

20 Alman hukukunda, birbirinden farklı yargılama usûllerine tâbi taleplerin bir arada ileri sürülebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Friedrich Stein and Martin Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (4. Band, §§ 253-327, 22. Aufl., Mohr Siebeck 2008) § 260, Rdnr.23.

21 İsviçre'de ise değer limiti 30.000,00 – İsviçre frangı olarak belirlenmiştir. Bkz. sZPO § 243.

22 Hırvatistan ve Danimarka bu çalışma kapsamına alınmamıştır. Çalışma için bkz. Rafal Mańko, *European Small Claims Procedure – Legal Analysis of the Commission's Proposal to Remedy Weaknesses in the Current System* (EPRS 2014) 4.

Çalışmanın takip eden kısmında, prosedür çeşitliliğini daha iyi ortaya koyabilmek üzere seçilen bazı ülkelerdeki küçük uyuşmazlık çözüm prosedürleri kısaca tanıtılacak; sonrasında ise bu prosedürlerin öne çıkan yanları ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir.

B. BELİRLİ DEĞERİN ALTINDAKİ UYUŞMAZLIKLARIN BASİT YARGILAMA USÛLÜ DÂHİLİNDE ÇÖZÜMLENDİĞİ BAZI MUKAYESELİ HUKUK SİSTEMLERİNİN TANITILMASI

Gerek İsviçre gerekse Almanya'da, belirli değer altındaki uyuşmazlıklar için basit yargılama usûlü (*vereinfachte Verfahren*) ya da *Bagatellverfahren* imkânları mevcuttur. Bununla birlikte, bu uyuşmazlıklar için ayrı ve bütüncül bir prosedür öngörülmüş değildir. Bu başlık altında, her iki ülkedeki ilgili sistemler genel hatlarıyla tanıtılacaktır.

1. İSVİÇRE

İsviçre'de sZPO § 243 hükmü ile, 30.000,00 – İsviçre frangına kadar olan davalarda basit yargılama usûlünün uygulanacağı; kantonal düzeydeki ticarî uyuşmazlıklar için kurulan özel mahkemelerde (ticaret mahkemesi) ise bu değer sınırının uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Basit yargılama usûlünün uygulandığı davalar, bir formun doldurulması şeklinde ya da sözlü şekilde açılabilir (sZPO § 244/1). Dava açılırken, davanın tarafları, talep sonucu, dava konusu, gerekliyse dava değeri bildirim, tarih ve imza hususlarını içeren bir başvuru yapılabilir (sZPO § 244/1-a,b,c,d,e). Davanın gerekçelendirilmesine ise gerek yoktur (sZPO § 244/2).

Dava açılırken dava sebepleri bildirilmemiş ise, mahkeme, durumu davalıya bildirir ve bir duruşma günü belirler (sZPO § 245/1). Dava sebepleri bildirilmiş ise, mahkeme, yazılı beyanda bulunması için davalıya süre verir (sZPO § 245/2).

Mahkeme, uyuşmazlığın olabildiğince hızlı şekilde çözümlenmesi için gerekli tedbirleri alır (sZPO § 246/1). Mahkeme, taraflardan vakıalar hakkındaki eksik bilgilerin tamamlanmasını ve ispat araçlarının gösterilmesini ister (sZPO § 247/1).

2. ALMANYA

Almanya'da, dZPO § 495a düzenlemesi ile, değeri 600,00 – Avro tutarının altında olan uyuşmazlıklar bakımından mahkemeye (*Amtsgericht*) bir takdir yetkisi tanınmış; bu uyuşmazlıkların *Bagatellverfahren* dâhilinde çözümlenmesi imkânı getirilmiştir.

Hâkim, dZPO § 495a kapsamındaki takdir yetkisini, usûl hukukunun amacı ve temel yargılama ilkeleri doğrultusunda kullanmak zorundadır. Örneğin, olağan yargılama usûlünün kurallarından muafiyet yalnızca taraflardan birisi için uygulanamaz²³.

23 Christian Wollschläger, 'Bagatelljustiz? Eine rechtshistorische, rechtsvergleichende und empirische Untersuchung des

§ 495a hükmüne göre yapılan *Bagatellverfahren* dâhilinde, tarafın mahkemede (*Amtsgericht*) avukat olmayan bir kişi tarafından temsili mümkündür. Bu durum, anayasal açıdan bazı endişelerle öğretide eleştirilmektedir²⁴.

Takdir edilecek olan yargılama şekli, bir taraftan uyuşmazlığın çabuk, basit ve ucuz şekilde çözülmesini; diğer taraftan, taraflara yeterli hukukî koruma sağlanmasını garanti etmelidir²⁵. Mahkeme, taraflardan birinin talep etmesi hâlinde, sözlü yargılama yapmalıdır (§ 495a/1). Taraflardan birinin duruşma talebinin olmaması hâlinde, yargılamanın dosya üzerinden yürütülmesi mümkündür²⁶ ve ilk derece mahkemesi açıkça izin vermedikçe kanun yoluna başvurulamamaktadır²⁷.

dZPO § 495a hükmü, hâkimi sıkı ispat kurallarından kurtarmaktadır²⁸. Örneğin, mahkeme, tanıkları bizzat dinlemek yerine, yazılı şekilde veya telefonla bilgi isteyebilir. Bununla birlikte, ispata muhtaç konular inceleme yapmadan geçiştirilemez; ispat ölçüsü de değişkenlik göstermez²⁹. Yine mahkeme kararlarının tefhiminde kararın gerekçesine kural olarak yer verilmez³⁰.

C. BELİRLİ DEĞERİN ALTINDAKİ UYUŞMAZLIKLARIN KENDİNE ÖZGÜ BİR PROSEDÜR DÂHİLİNDE ÇÖZÜMLENDİĞİ BAZI MUKAYESELİ HUKUK SİSTEMLERİNİN TANITILMASI

I. İNGİLTERE VE GALLER

İngiltere ve Galler'de, belirli bir değer altındaki uyuşmazlıklar, küçük uyuşmazlık çözüm prosedürüne konu edilmektedir. Bununla birlikte, küçük uyuşmazlık çözüm prosedürünün uygulanması bakımından öngörülen değer limiti mutlak değildir³¹; tarafların kabulü ya da davanın basit nitelikte görülmesi durumlarında, değer limitinin üzerindeki uyuşmazlıklar da küçük uyuşmazlık çözüm prosedürüne konu edilebilmektedir. Aynı şekilde, değer limitinin altındaki uyuşmazlıkların karmaşık nitelikte olması durumunda, bunların standart yargılama prosedüründe

vereinfachten Verfahrens am Amtsgericht' in Erhard Blankenburg, Dieter Leipold and Christian Wollschläger (eds), *Neue Methoden im Zivilverfahren* (Bundesanzeiger 1991) 46-47; Sunar (n 3) 17. Bu takdir yetkisinin Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında gelişen usul hukukunun anayasal ilkeleri ile geniş ölçüde sınırlandırıldığı yönünde bkz. Mańko (n 8) 5.

24 Almanyada dZPO § 495a ile getirilmiş olan *Bagatellverfahren* ve anayasa hukuku açısından doğurduğu endişeler hakkında bkz. Joachim Hennrichs, 'Verfassungswidrigkeit des neuen § 495a ZPO?' (1991) 44 NJW 2815, 2815 vd.; Axel Kunze, *Das Amtsgerichtliche Bagatellverfahren nach §495a ZPO* (Ernst und Werner Gieseking 1995); Hubert Rottleuthner, 'Umbau des Rechtsstats? Zur Entformalisierung des Zivilprozesses im Bereich der Bagatellverfahren' (1996) 38 NJW 2473, 2473 vd.; Othmar Jauernig and Burkhard Hess, *Zivilprozessrecht* (30. Aufl. C.H. Beck 2011) § 69 II 4; Eberhard Schilken, *Zivilprozessrecht* (7. Aufl. Vahlen 2014) Rdnr.772.

25 Bruno Bergerfurth, 'Das Neue 'Bagatellverfahren' nach § 495a ZPO' (1991) 15 NJW 961, 962; Sunar (n 3) 17.

26 Schilken (n 10) Rdnr.375.

27 Mańko (n 8) 5.

28 Serbest ispat (*freibeweis*) ve sıkı ispat (*strengbeweis*) hakkında bkz. Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren – Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (7. Bası Beta 2009) 295.

29 Sunar (n 3) 18.

30 Schilken (n 10) Rdnr.598.

31 Access to Justice – Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, London 1996, s.22 vd.

çözümlemesi mümkündür. Bu yönde bir karar, küçük uyuşmazlık çözüm prosedürüne başlandıktan sonra da alınabilir³².

Küçük uyuşmazlık çözüm prosedürü, değer limitinin altındaki karmaşık nitelik taşımayan davalar için hızlı ve düşük masraflı bir yargılama usûlü öngörmektedir. Küçük uyuşmazlıkların çözümü için özel bir mahkeme bulunmamaktadır; bu uyuşmazlıklar da asliye mahkemelerinde (*county courts*) çözümlenmektedir. Bu prosedürde, yargılama masraflarının davayı kaybeden tarafa yükletilmesine ilişkin kurallar sınırlandırılmıştır. Kazanan taraf her türlü yargılama masrafının tazmini talebinde bulunabilir; ancak, hukukî danışmaya ilişkin masraflar, en çok 260,00 – İngiliz sterlini tutarında olmak üzere sadece belirli davalarda talep edilebilmektedir. Bilirkişi ücreti gibi masraf kalemleri de sınırlandırılmıştır. Tüketici uyuşmazlıkları, ciddi yaralanmalar içermeyen kazalara ilişkin tazminat davaları, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar gibi karmaşık nitelik göstermeyen davalar bu prosedür dâhilinde çözümlenmektedir. Tarafların rıza göstermelerine bağlı olmaksızın, duruşma yapılmadan dosya üzerinden karar verilebilecektir. Bu prosedürde avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır; hâkim, yargılamayı tarafların anlayacağı şekilde yürütmelidir. Taraflar, kendilerini mahkemede temsil edecek ve onların adına konuşabilecek hukukçu olmayan bir temsilci de atayabilirler. Bu prosedürde, ispata ilişkin esnek kurallar mevcut olup mahkeme, prosedürün organizasyonu konusunda takdir yetkisini haizdir. Kural olarak, bilirkişi incelemesi de yapılmaz. Ancak, taraflardan birinin gerekli olduğunu ileri sürmesi ve mahkemenin izin vermesi hâlinde bilirkişi deliline başvurulabilir. Bu prosedürde, kural olarak, verilen kararlar hakkında kanun yoluna başvurulmamaktadır. Kanun yoluna başvurmak isteyen taraf, mahkemeye ikna edici gerekçeler sunmalı ve mahkemenin iznini almalıdır³³.

Bu prosedürde genel olarak mahkeme, davalının beyanlarından sonra, taraflara soru formları göndermektedir. Bu formların kısa sürede yanıtlanıp gönderilmesi gereklidir. Tarafların verdiği yanıtlar, davanın karmaşıklığı ve önemi konusunda mahkemeyi bilgilendirici nitelikte olmalıdır. Hâkim, bu bilgilere dayanarak uygulanacak yargılama usûlünü belirler. Yargılama usûlüne karar verecek olan mahkeme, davayı görecektir olan mahkemedir³⁴.

2. FRANSA

Küçük uyuşmazlıkların basitleştirilmiş bir usûl dâhilinde çözümlenmesi imkânı, Fransa'da 2002 yılında getirilmiş ve 2014 sonuna dek bu uygulama devam etmiştir³⁵.

Fransa'da küçük uyuşmazlıklar için değer limiti 4.000,00 – Avro olarak belirlenmişti (article L 331-2 CO)³⁶). Davalar tek bir "hâkim" tarafından görülmekte ve kanun yolu imkânı bulunmamaktaydı. Yargı

32 Mańko (n 8) 5.

33 Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (10. Ed. Oxford 2007) 328-329; Adrian Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice* (Sweet & Maxwell 2006) 486 vd.; Mańko (n 8) 5.

34 Sime (n 19) 190; Ayşe Gülin Güralp, *Anglo-Amerikan ve Kita Avrupası Medenî Yargılama Hukuku Sistemleri'ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi* (Oniki Levha Yayıncılık 2011) 181-182.

35 Catherine Elliott, Catherine Vernon and Eric Jeanpierre, *French Legal System* (2nd Ed. Pearson/Longman 2006) 89-90, 173; Loic Cadet, 'Civil Procedure' in A. George A. Bermann and Etienne Picard (eds), *Introduction to French Law* (Wolters Kluwer 2008) 311; Mańko (n 8) 5-6.

36 Code de l'organisation judiciaire (Adli Teşkilat Kanunu). Kanunun Fransızca metni için bkz. <https://www.legifrance>.

yetkisi, "*jurisdictions de proximité*" olarak adlandırılan ve hâli hazırda görevli olan hâkimlerden değil; yedi yıllık bir süre için ve beş günlük bir eğitim neticesinde atanan avukatlar, emekli hâkimler ve hukuk fakültesindeki öğretim üyelerine devredilmektedir. Beş günlük eğitim, mahkemede çalışma deneyimini de içermektedir ve her yıl tekrarlanan birkaç saatlik eğitimler bulunmaktadır. Ayrıca bu kişilerin 35 yaşından büyük olmaları şartı da bulunmaktadır. *Jurisdictions de proximité* hâkimleri, işlerini yarı zamanlı olarak yapmaktaydı (haftada bir gün) ve çoğunlukla ayrı bir meslek dalında uzmanlıkları bulunmaktaydı³⁷.

Bu mahkemelerin kuruluşuna dair pek çok kayda değer eleştiri bulunmaktaydı. Özellikle bu mahkemelerin adil bir şekilde hak dağıtımını yapma konusundaki kapasiteleri hakkında şüpheler bulunmaktaydı. Yine bu hâkimlere verilen eğitimlerin tamamen yetersiz olduğu da belirtilmektedir. *Conseil constitutionnel*, bu itirazları 29.08.2002 ve 20.01.2005 tarihli iki kararıyla reddetmiştir³⁸.

Jurisdictions de proximité, davanın, uygulanacak hukuk kurallarının ya da taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin karmaşık olduğu kanaatindeyse, davayı yetkili mahkemeye gönderebilir. *Jurisdictions de proximité*, 2011 tarihinde yürürlükten kaldırılmış; ancak 2014 yılına dek hukuk davalarına bakmaya devam etmiştir³⁹.

Hâli hazırda, Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 756 ve devamı maddelerine göre, küçük uyuşmazlıkların çözümlenebilmesi mümkündür. Yargılama sözlü olarak gerçekleşmekle birlikte, taraflar isterlerse yazılı dilekçe de sunabilmektedirler. Kanunun 828. maddesi, yargılamanın herhangi bir aşamasında, tarafların anlaşması ile yargılamanın duruşma yapılmaksızın gerçekleştirilebileceğini düzenlemektedir. Hâkim, duruşma yapılmaksızın karar verilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyse ya da taraflardan birinin talebi olması hâlinde, duruşma yapılmasına karar verebilmektedir. Yine Kanunun 757. maddesinde de duruşma yapılmaksızın yargılama yapılmasına ilişkin imkândan bahsedilmektedir. Bu prosedür, 1 Ocak 2020 tarihinden beri yürürlüktedir. Yargılamadan önce, hâkim tarafından kabul görececek bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurulmuş olması da gerekmektedir. Avukatla temsil zorunluluğu bulunmamakta ve taraflar, eşleri, birlikte yaşadıkları partnerleri, akrabaları ya da çalışanları gibi kişiler tarafından yargılamada temsil edilebilmektedir. Değer sınırı ise 5.000,00 – Avro olarak belirlenmiştir. Değer sınırı nedeniyle kanun yoluna başvuru imkânı da mevcut değildir. Yargılama masrafları ve bu masrafların tazmini, olağan prosedürden farklı şekilde düzenlenmemiştir; bununla birlikte, avukatla temsil gerekli olmadığından bu masraflar daha düşük olmaktadır. Matbu bir formun doldurulması şeklinde dava açılabilmesi de mümkündür. İspata ve yargılamaya ilişkin diğer kurallar bakımından ise olağan yargılama usulünden farklı bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁰.

gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000.006.071164/?isSuggest=true

37 Elliott, Vernon and Jeanpierre (n 35) 90.

38 ibid 90.

39 Mańko (n 8) 6.

40 Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Fransızca metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000.006.070716.pdf&size=796,2%20Ko&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/07/07/16/LEGITEXT000.006.070716/LEGITEXT000.006.070716.pdf&title=Code%20de%20proc%C3%A9dure%20civile> Ayrıca bkz. https://e-justice.europa.eu/42/EN/small_claims?FRANCE&member=1

3. HOLLANDA

Hollanda'da 1991 tarihinden bu yana küçük uyuşmazlıkların basitleştirilmiş bir prosedür dâhilinde çözümlenmesi imkânı mevcuttur⁴¹.

Değer limiti, başlangıçta 5.000,00 – Avro olarak belirlenmişken; adalete erişimin artırılması amacıyla, 1 Temmuz 2011'den itibaren uygulanmak üzere, 25.000,00 – Avro tutarına yükseltilmiştir. Buna ek olarak, tüm tüketici satışlarının yanı sıra, 40.000,00 – Avro tutarına kadar olan tüketici kredisi davaları için de yargı yetkisi bulunmaktadır. Böylelikle, küçük uyuşmazlık çözüm prosedürünün kapsamı genişlemiş ve esas başvuru mekanizmasına dönüşmüştür⁴².

Bu prosedürün olağan yargılama prosedüründen temel farkları, şekliliğin azaltılması, avukatla temsil mecburiyetinin olmaması ve dilekçeler değişiminden ziyade sözlü yargılamaya yoğunlaşılması şeklinde özetlenebilir. Bununla birlikte, tüm prosedürün yazılı şekilde yürütülmesi de olağan dışı bir durum değildir. Yargı yetkisi, iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar ile kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözümlen, yerel mahkemenin alt bölge dairelerine devredilmiştir⁴³.

4. POLONYA

Polonya'da 2000 yılından bu yana küçük uyuşmazlıklar basitleştirilmiş bir prosedür dâhilinde çözümlenmektedir. Değer limiti 10.000,00 – Polonya zlotisi (yaklaşık 2.400,00 – Avro) olarak belirlenmiş olmakla birlikte, talebin konusuna dayalı istisnalar da mevcuttur. Örneğin, fikrî mülkiyete dayalı uyuşmazlıklar, değer limitinin altında olsa bile bu prosedür dâhilinde çözümlenmez. Yine alıcının satış sözleşmesine dayalı taleplerinde, 10.000,00 – Polonya zlotisi tutarındaki değer limiti, talebin tutarı göz önünde bulundurulmaksızın satış sözleşmesinin değerine göre hesaplanmaktadır. Örneğin, 50.000,00 – Polonya zlotisi tutarındaki bir araç satışında satıcıdan sadece 2.000,00 – Polonya zlotisi tutarında bir talepte bulunuluyorsa basitleştirilmiş prosedür uygulanmayacaktır. Nitekim, satış sözleşmesindeki bedel değer limitinin üzerindedir⁴⁴.

Basitleştirilmiş prosedür, pek çok açıdan olağan prosedürden ayrılmaktadır. Bu prosedürde, iddialar ve savunmalar matbu formlar aracılığıyla ileri sürülmelidir. Yargılama giderleri, olağan prosedüre göre düşüktür⁴⁵. İspat kuralları da basitleştirilmiştir. Bilirkişi deliline ise başvurulamamaktadır.

41 Sandra E. Kramer and Elena Alina Ontanu, 'The Functioning of the European Small Claims Procedure in the Netherlands: Normative and Empirical Reflections' (2013) 3 *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 319, 320; Mayer, Lindemann and Haibach (n 3) 18-20; Mańko (n 8) 6.

42 29 Mayıs 2009 tarihli Kanun, No. 31 596: *Uitvoeringswet verordening Europese procedure voor geringe vorderingen (Avrupa Küçük Uyuşmazlık Usûlü Tüzüğü Uygulama Kanunu)*. Kanunun Felemenkçe metni için bkz. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0025914/2017-07-14>. Ayrıca bkz. Kramer and Ontanu (n 23) 320.

43 Kramer and Ontanu (n 23) 320; Mańko (n 8) 6.

44 Mańko (n 8) 6.

45 Olağan prosedürde yargılama harcı dava değerinin %5'ine karşılık gelmekteyken, basitleştirilmiş prosedürde, 2000,00 – Polonya zlotisi tutarına kadar olan uyuşmazlıklarda 30,00 – Polonya zlotisi (yaklaşık 7,00 – Avro); 2000,00 – 5.000,00 Polonya zlotisi arasındaki uyuşmazlıklarda 100 Polonya zlotisi (yaklaşık 24,00 – Avro); 5.000,00 – 7.500,00 Polonya zlotisi arasındaki uyuşmazlıklarda 250,00 – Polonya zlotisi (yaklaşık 60,00 – Avro); 7.500,00 – 10.000,00 Polonya zlotisi arasındaki uyuşmazlıklarda 300,00 – Polonya zlotisi (yaklaşık 71,00 – Avro) yargılama harcı alınmaktadır. Bkz. Mańko (n 8) 7, fn.12.

Değeri düşük olmasına rağmen, uyuşmazlık bilirkişiye başvurulmasını gerektirecek özellikte ise, mahkeme, davanın olağan prosedüre göre görülmesine karar verebilecektir. Kanun yoluna başvuru hâlinde, karar üç hâkim yerine tek hâkim tarafından denetlenmektedir. Taraflar, yalnızca talepleri hâlinde kanun yolu mahkemesince dinlenmektedir⁴⁶.

5. İSVEÇ

İsveç'te 22.250,00 – İsveç kronu (yaklaşık 2.600,00 – Avro) değerine kadar olan uyuşmazlıklar, basitleştirilmiş prosedür dâhilinde çözümlenmektedir. Aile hukukuna dair talepler ise kapsam dışı bırakılmıştır⁴⁷.

Prosedüre başvuru için özel formların kullanılması mecburî değildir; ancak her türlü hukuk uyuşmazlığı için kullanılacak bir model form da bulunmaktadır. Mahkeme, taraflardan birinin talep etmemesi ya da gerekli görmemesi hâlinde, duruşma yapılmamasına karar verebilmektedir. Yargılama giderlerine ilişkin kurallar da olağan yargılama prosedüründen farklıdır. Davayı kazanan taraf, gerekli olduğu için sağlanan çeviri ve seyahat giderlerinden başka, yalnızca bir saatlik hukukî danışmanlık ücretinin tazminini sağlayabilmektedir. Kanun yoluna başvuru ise mahkemenin izniyle mümkün olabilmektedir. Bu izin, davanın hukukun gelişimine etkisinin olabileceği ya da mahkeme kararının bozulması beklentisini oluşturacak sağlam gerekçelerin varlığı hâllerinde verilecektir. Bu prosedür için yargı yetkisi özel bir mahkemeye devredilmemiştir; olağan yargılama prosedüründeki mahkemeler uyuşmazlığı çözümlenmektedir⁴⁸.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Karşılaştırmalı hukuk sistemleri incelendiğinde, pek çok ülkede belirli değer altındaki uyuşmazlıklar için olağan yargılama usulünden vazgeçildiği görülmektedir. Bu tercihin motivasyonu, düşük değerdeki uyuşmazlıkların hızlı ve ucuz şekilde çözümlenebilmesi; bu şekilde de adalete erişimin kapsamının genişletilmesidir. Ayrıca, mahkemeler üzerindeki iş yükünün azaltılması da etkenlerden biri olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte, taraflara sağlanan hukukî himayenin de yeterli derecede olması gözetilmektedir.

Belirli değer altındaki uyuşmazlıkların çözümü için karşılaştırmalı hukukta öngörülen sistemler, gerek değer limitleri (600,00 Avro – 25.000,00 Avro arasında değişkenlik göstermekle birlikte, ortalama 4.400,00 – Avro) gerekse prosedürün organizasyonu ve yapısı konusunda son derece çeşitlidir. Diğer bir ifadeyle, amaç aynı olmakla birlikte, bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar birden fazladır. Bununla birlikte, bu prosedürlerin temel ortak yönleri de bulunmaktadır. Bu ortak yönler şu şekilde sıralanabilir:

46 Mańko (n 8) 6-7.

47 Mayer, Lindemann and Haibach (n 3) 23-34; Mańko (n 8) 7..

48 Mańko (n 8) 7.

1. Avukatla temsil mecburiyetinin olmaması
2. Duruşma yapılması mecburiyetinin sınırlandırılması
3. İddia ve savunmaların sunulması aşamasının çeşitli şekillerde hızlandırılması
4. Hâkimin prosedürün organizasyonu konusunda da takdir yetkisini haiz olması
5. İspat kurallarının basit ve esnek nitelikte olması ve kural olarak bilirkişi deliline başvurulamaması
6. Kanun yoluna başvurunun imkânının mevcut olmaması ya da mahkemenin izniyle sınırlı hâllerde olabilmesi
7. Yargılama masraflarının sınırlandırılması

Hukukumuzda, genel olarak, belirli değer altındaki uyuşmazlıkların basitleştirilmiş bir prosedür dâhilinde çözümlenmesi imkânı mevcut değildir. Bunun göze çarpan örneği ise, tüketici hakem heyetleri uygulamasıdır. Bununla birlikte, bu heyetlerin yapısı göz önüne alındığında⁴⁹, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere benzer olmadığı görülmektedir. Nitekim, karşılaştırmalı hukuk düzenlemelerinde prosedürün mahkeme tarafından yürütülmesi söz konusudur. Yalnızca Fransa'da bir süre uygulanan sistemde hâli hazırda hâkim olmayan kişiler karar verici pozisyonunda olmuştur. Bununla birlikte, bu kişiler avukatlar, emekli hâkimler ya da hukuk fakültesindeki öğretim üyeleri arasından seçilmiştir. Diğer bir ifadeyle, prosedür basitleştirilmekle birlikte karar verici pozisyonda olan kişiler konusunda esneklik gösterilmemiştir. Bununla birlikte, tüketici hakem heyeti kararlarının itiraz üzerine tüketici mahkemesince denetlenebilmesi, başvuruçuların bir noktada hâkim önünde iddia ve savunmalarını ileri sürebilmelerini temin ederek adalete erişimi bir ölçüde sağlayabilmektedir. Tüketici hakem heyeti uygulaması, anayasal temeli haiz usûlî garantileri tam olarak sağlayamamaktadır ve bu garantilere zarar vermektedir. Bu durum, hukukun uygulanması bakımından medenî yargılamanın araçsallaştırılmasına neden olmaktadır⁵⁰.

Tüketici uyuşmazlıkları dışındaki uyuşmazlıklar için ise benzer bir prosedürden bahsedilememektedir. Yalnızca TTK'nin 4/2. maddesindeki değeri *beşyüzbin* Türk Lirası altında olan ticarî uyuşmazlıklarda basit yargılama usûlünün uygulanacağına ilişkin münferit kural karşımıza çıkmaktadır.

Hukukumuzda yargılamaların uzun sürmesi ve düşük değerli talepler bakımından yargılama masraflarının davacı tarafından tolere edilememesi adalete erişimin önünde derin bir engel olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine mahkemelerin iş yükü de büyük bir sorun teşkil etmektedir. Bu nedenle, belirli bir değer altındaki uyuşmazlıkların basitleştirilmiş bir prosedür dâhilinde ve olabildiğince masraflar sınırlandırılarak çözümlenmesi bir gerekliliktir. İlgili uyuşmazlıklar için basit yargılama usûlünün uygulanmasına dair genel düzenlemenin de yeterli olmayacağı açıktır. Nitekim basit

49 Tüketici hakem heyetinin organizasyonu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Mehmet Kâmil Yıldırım, 'Die prozessualen Regelungen des neuen türkischen Verbraucherschutzgesetzes' in Christoph Althammer and Herbert Roth (eds), *Instrumentalisierung von Zivilprozessen* (Mohr Siebeck 2018) 62. Karş. EU-Richtlinie 2013/11 (Erwägungsgrund/ Gereke 4, 6).

50 ibid 78.

yargılama usûlü ile, yazılı yargılama usûlüne nazaran, yukarıda sayılan amaçları gerçekleştirmeye yarar avantajlar temin edilememektedir.

Kanaatimizce, belirli değerın altındaki uyuşmazlıklar bakımından sulh mahkemelerinin görevlendirilmesi⁵¹; bununla birlikte, bu uyuşmazlıkların kendine özgü bir prosedür dâhilinde çözümlenmesi yerinde olacaktır. Öngörülen prosedür, hâkimin organizasyon konusunda takdir yetkisini haiz olduğu; iddiaların matbu formlar aracılığıyla sunulduğu; sözlü yargılamaya ağırlık verilen; tarafların kendilerini avukat olmayan kimseler aracılığıyla da temsil ettirebildiği; ispat kuralları konusunda esnekliğin tanındığı; bilirkişi deliline başvurulamayan; yargılama masraflarının sınırlandırıldığı ve mahkemenin kesin olarak karar verdiği ya da izne bağılı kanun yolunun mevcut olduğu bir prosedür olarak plânlanabilir. Prosedür için öngörülen değer limiti ile senetle ispat sınırı arasında bir paralellik sağlanması da bir an için düşünülebilir. 2021 yılı için bu sınır 4.480,00 – TL tutarındadır. Böylelikle sahtelik iddiaları için bilirkişi deliline başvurulması gerekliliği de belirli ölçüde tolere edilebilecektir. Buna karşın, prosedür dâhilinde kalacak uyuşmazlıklarda adalete erişimin kapsamının genişletilebilmesi için bu sınırın daha yüksek belirlenmesi uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- Access to Justice – Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, London 1996.
- Akkan M., 'Asliye Ticaret Mahkemeleri' iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş – Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, Oniki Levha Yayıncılık 2017).
- Akkaya T., 'Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağılı Temyiz Sistemi', iç Osman Berat Gürzumar (ed), *Halûk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin Yayınları 2009).
- Akkaya T., *Medenî Usûl Hukuunda İstinaf* (Yetkin Yayınları 2009).
- Aktepe-Artık S., *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Seçkin Yayıncılık 2013).
- Alangoya Y., 'Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı', iç Hakan Pekcanitez (ed), *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004).
- Alangoya Y., Yıldırım M. K. ve Deren – Yıldırım N., *Medenî Usul Hukuku Esasları* (7. Bası Beta 2009).
- Bergerfurth B., 'Das Neue 'Bagatellverfahren' nach § 495a ZPO' (1991) 15 NJW 961.
- Bilge N. ve Önen E., *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (Sevinç Matbaası 1978).
- Börü L. ve Koçyiğit İ., *Ticari Dava* (2. Bası, Adalet Yayınları 2021).
- Cadiet L., 'Civil Procedure' in A. George A. Bermann and Etienne Picard (eds), *Introduction to French Law* (Wolters Kluwer 2008).
- Elliott C., Vernon C. and Jeanpierre E., *French Legal System* (2nd Ed. Pearson/Longman2006)
- Güralp A. G., *Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Hukuku Sistemleri'ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi* (Oniki Levha Yayıncılık 2011).

51 Sulh hukuk mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri ayırımından ve bu ayırımı temel alan yazılı yargılama usûlü ve basit yargılama usûlü ayırımının gereklerinden yararlanılarak yargılamanın makûl sürede bitirilmesi amacıyla görev tayininde yeniden dava konusunun değerinin esas alınması gerektiği yönünde bkz. Süha Tanrıver, 'Sulh Hukuk – Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler', (2013) 105, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 35-50, 47.

- Hennrichs J., 'Verfassungswidrigkeit des neuen § 495a ZPO?' (1991) 44 NJW 2815.
- Jauernig O. and Hess B., *Zivilprozessrecht* (30. Aufl. C.H. Beck 2011).
- Kramer S. E. and Ontanu E.A., 'The Functioning of the European Small Claims Procedure in the Netherlands: Normative and Empirical Reflections' (2013) 3 *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 319.
- Kunze A., *Das Amtsgerichtliche Bagatellverfahren nach §495a ZPO* (Ernst und Werner Gieseking 1995).
- Mańko R., *European Small Claims Procedure – Legal Analysis of the Commission's Proposal to Remedy Weaknesses in the Current System* (EPRS 2014).
- Mayer H. P., Lindemann J. and Haibach G., *Small Claims Verordnung* (C.H. Beck 2009).
- Musielak H. J., *Grundkurs ZPO* (10. Aufl. 2010).
- Özbek M. S., 'Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler', (2006) 55 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 207-292.
- Öztek S., 'HUMK m.427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 10.1.1986 Tarihli Kararı', (1987) 21 (2), Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 62-74.
- Öztek S., *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz* (Yetkin Yayınları 2021).
- Pekcanitez H., 'Medenî Usûl Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler' iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş – Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, Oniki Levha Yayıncılık 2017).
- Rickli S., *Der Streitwert im schweizerischen Zivilprozessrecht* (Dike 2014).
- Rottleuthner H., 'Umbau des Rechtsstats? Zur Entformalisierung des Zivilprozesses im Bereich der Bagatellverfahren' (1996) 38 NJW 2473.
- Sayar İ. B., 'Avrupa Basit Hak İddiaları Prosedürü (European Small Claims Procedure): Kapsamı ve Uygulanması Üzerine Bir İnceleme', (2018) XXII (1), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 49-94.
- Schilken E., *Zivilprozessrecht* (7. Aufl. Vahlen 2014).
- Sime S., *A Practical Approach to Civil Procedure* (10. Ed. Oxford 2007).
- Stein F. and Jonas M., *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (4. Band, §§ 253-327, 22. Aufl., Mohr Siebeck 2008).
- Sunar G., 'Medeni Usul Hukukunda Basit Yargılama Usulü' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2002).
- Sungurtekin-Özkan M., 'Anayasal Şikayet ve Adalete Erişim', (2014), 16 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan) 399-410.
- Tanrıver S., 'Sulh Hukuk – Asliye Hukuk Mahkemesi Ayrımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler', (2013) 105, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 35-50.
- Üstündağ S., 'Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ve Türk Yargıtayı', (1989) 15 (1-4), Yargıtay Dergisi 73 vd.
- Wollschläger C., 'Bagatelljustiz? Eine rechtshistorische, rechtsvergleichende und empirische Untersuchung des vereinfachten Verfahrens am Amtsgericht' in Erhard Blankenburg, Dieter Leipold and Christian Wollschläger (eds), *Neue Methoden im Zivilverfahren* (Bundesanzeiger 1991).
- Yıldırım M. K., *Hukuk Devletinın Gereği: İstinaf* (Nesil Matbaacılık 2000).
- Yıldırım M. K., 'Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler' iç Selçuk Öztek, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren – Yıldırım (edr), *Prof. Dr. Ergun ÖNEN'e Armağan* (Alkım 2003).
- Yıldırım M. K., 'Die prozessualen Regelungen des neuen türkischen Verbraucherschutzgesetzes' in Christoph Althammer and Herbert Roth (eds), *Instrumentalisierung von Zivilprozessen* (Mohr Siebeck 2018).
- Zuckerman A., *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice* (Sweet & Maxwell 2006).

İslam Hukukunun Uygulanacak Hukuk Olarak Seçilmesi ve İngiliz Yüksek Mahkemesinin *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco* Kararının Bu Çerçeve de Değerlendirilmesi

The Choice of Sharia and An Assessment of English Court of Appeal's *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco* Decision

Sibel Özel* , Kazım Çınar** 

ÖZ

Ekonomik alanda İslami devletlerin etkinliğinin artması ile birlikte bu ülkelerin dâhil olduğu uyumsuzluklarda İslam hukukunun uygulanması talebi artmıştır. Ancak modern hukuk sistemlerinde hukukun kaynağı din değil, yasalardır. Buna karşın özel hukukta yer alan irade serbestisi prensibinin bir sonucu olarak taraflar arasındaki uyumsuzluğa dini kuralların uygulanması mümkündür. Bunun için tarafların geçerli bir hukuk seçimi yapmaları gerekmektedir. Devlet mahkemeleri açısından hukuk seçiminden kastedilen bir devletin hukukunun seçimidir. Bu bakımdan İslam hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçilmesi mümkün değildir. Ancak İslam hukukunun anasyonel hukuk kuralları olarak değerlendirilmesi ve sözleşme hükümleri olarak kabul edilmesi imkân dâhilindedir. Yine de hukuk seçimi klotunda sadece İslam hukukuna veya Şeriatın genel prensiplerine atıf yapılması yetersiz kalabilmektedir. Zira İslam hukuku ya da Şeriatın genel prensipleri kavramları bakımından dünya üzerinde yeknesak bir kurallar bütünü ve uygulamanın bulunduğu söylenemez. Buradan hareketle tarafların iradesinin belirsiz ve ilgili hukuk seçiminin geçersiz olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir. İngiliz mahkemelerinde görülen *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco* davasında da bu hususlar tartışılmış ve “Yüce Şeriat prensiplerine” yapılan atıf geçersiz kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Seçimi, İslam Hukuku, Anasyonel Hukuk Kuralları, Belirlilik, Lex Mercatoria

ABSTRACT

With the increase in the effectiveness of Islamic states in the economic field, the demand for the implementation of Islamic law in disputes involving these countries has increased. However, in modern legal systems, the source of law is not religion, but laws. On the other hand, as a result of the principle of party autonomy enshrined in private law, it is possible to apply religious rules to disputes between the parties. The parties must make a valid choice of law. For state courts the law chosen by the parties must be a state law. In this respect, it is not possible to choose Islamic law as the law to be applied. However, it is possible for Islamic law to be considered as the non-national rules and be accepted as contractual provisions. However, only referring to Islamic law or the general principles of Shariah in the choice of law clause can be insufficient. For, it cannot be said that there is a single set of rules and practices in the world in terms of the concepts of Islamic law or the general principles of Sharia. In this respect, it is possible to consider the will of the parties as an invalid choice of law since it cannot be revealed. These issues were also discussed in the *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco* case, and the reference to the “Supreme Sharia principles” was deemed invalid.

Keywords: Choice of Law, Islamic Law, Non-National Rules, Certainty, Lex Mercatoria

* Profesör Doktor, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

** Doktor, kazim.cinar@marmara.edu.tr

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Sibel Özel

E-posta/E-mail: sibelozel@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 27.04.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 18.05.2021

GİRİŞ

İrade serbestisi prensibinin milletlerarası özel hukuktaki en önemli karşılığı olan hukuk seçimi ile hukuki işlem ya da ilişkinin tarafları, aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku belirleme yetkisine sahip olmaktadır. Taraflara hukuk seçme serbestisi en geniş anlamıyla sözleşmesel ilişkilerde verilmiş, bunun yanında yabancılık unsuru içeren aile, miras, eşya ve sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından irade serbestisi lehine gelişmeler olmuştur. Bununla birlikte taraflara verilen hukuk seçme serbestisi sınırsız değildir. Sözleşmeler alanında dahi hukuk seçimi bazı sınırlara tabidir. Bu sınırlardan birisi de taraflarca seçilen hukukun niteliğine ilişkindir.

Seçilen hukukun niteliği ile kastımız seçilen hukukun bir devlet hukuku olması zorunluluğuna ilişkindir. Türkiye dâhil pek çok ülkenin milletlerarası özel hukuk kanunlarında ve AB Tüzüklerinde seçilen hukukun bir devlet hukuku olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu durumda anasyonel hukuk kuralları uygulanacak hukuk olarak seçilemez. Taraflar anasyonel hukuk kurallarının seçildiğini belirtse dâhi bu seçim teknik anlamda hukuk seçimi olmadığı için öncelikle sözleşmenin tâbi olduğu ulusal hukukun belirlenmesi ve bu hukukun izin verdiği ölçüde anasyonel kuralların uygulanması söz konusu olacaktır. Bir başka ifadeyle anasyonel kuralların seçimi ancak bir sözleşme hükmü olarak işlev görecektir. Buna karşın tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bakımından bu husus farklılık arz etmektedir.

Sıkça kullanılan anasyonel hukuk kuralları arasında *lex mercatoria*, *lex sportiva*, Viyana Satım Sözleşmesi (CISG), Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri (EPCL), INCOTERMS bulunmaktadır. İslam ülkelerinin uluslararası ekonomik aktivitelerinin artması ile birlikte –aksi görüş ve uygulamalara karşın – “İslam hukuku” da bu liste arasında yer almaktadır. Nitekim özellikle finans alanında uyuşmazlık çözümünde İslam hukukunun uygulanmasına ilişkin çalışmalar yapılmış ve yapılmaya devam etmektedir. İslam hukuku ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü için yapılan çalışmalara Türkiye ve İslam İşbirliği Teşkilatı da katılmış ve İstanbul’da yeni bir tahkim merkezi kurulmuştur.¹ Merkezin tahkim ve/veya arabuluculuk kuralları henüz belirlenmemiştir ancak İslam ülkeleri arasındaki uyuşmazlıkların çözümü amaçlandığı için İslam hukuku sıkça gündem olacaktır.

İslam hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçilebilmesi tartışması yeni bir tartışma değildir. Körfez ülkeleri başta olmak üzere pek çok İslam devleti içinde petrol, doğalgaz, inşaat ve finans sektöründeki şirketler on yıllardır faaliyet göstermekte ve uyuşmazlıklar yaşanmaktadır. Nitekim Körfez ülkelerinde önemli tahkim merkezleri oluşturulmuş, İngiltere başta olmak üzere Batı dünyasının yargı organları İslam hukuku hakkında bazı tartışmalara katılmıştır. Bu çalışmanın

1 İbrahim Özbay / Murat Erdem, ‘Bir Kurumsal Tahkim Merkezi Örneği Olarak İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi Üzerine Düşünceler’ (2020) 2(1), Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 12; İsta Blog, ‘İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi’ (2020) < <https://ista.org.tr/blog/haberler/islam-isbirligi-teskilati-tahkim-merkezi/> > Erişim tarihi 19 Nisan 2021; Yusuf Kumtepe ve Riccardo Loschi, ‘Investment Dispute Settlement Body of the Organisation of Islamic Cooperation: A Dead End for Claims under the OIC Investment Agreement?’ (2019) Kluwer Arbitration Blog, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/29/investment-dispute-settlement-body-of-the-organisation-of-islamic-cooperation-a-dead-end-for-claims-under-the-oic-investment-agreement/>> Erişim tarihi 19 Nisan 2021.

çatısını oluşturan karar ise İngiliz mahkemeleri tarafından verilen *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco*² kararıdır.

Çalışma kapsamında öncelikle anasyonel hukuk kurallarının uygulanacak hukuk olarak seçilip seçilemeyeceği, uyumsuzluğun görüleceği mercii dikkate alınarak ele alınacak ve ardından *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco* kararı irdelenecektir. Son bölümde ise İslam hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçilip seçilemeyeceğine ilişkin teorik tartışmalar değerlendirilecektir.

I. ANASYONEL HUKUK KURALLARININ UYGULANACAK HUKUK OLARAK SEÇİLMESİ

Anasyonel hukuk kurallarının uygulanacak hukuk olarak seçilebilmesi hususunda uyumsuzluğun görüldüğü merci önem arz etmekte ve mahkemeler ile tahkim ve diğer alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemleri arasında bir ayırım yapılması zaruri görünmektedir.

A. MAHKEMELERDE

Uygulanacak hukukun seçimine ilişkin ulusal düzenlemelerde genellikle tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanmak üzere bir “hukuk” seçebileceği ifade edilmektedir. Örneğin Türk hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun³ (MÖHUK) madde 24/1’e göre “*sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir.*” 2010 tarihli Yabancılık Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu madde 41’de “*tarafların anlaşmak suretiyle aralarındaki sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçebil[ecekleri]*” belirtilmiştir.⁴ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 116/1’e göre, “*sözleşmeler taraflarca seçilen hukuka tabidir.*”⁵ ABD hukukunda *Restatement II* ‘nin 187. Bölümünde taraflarca o konuda özel bir düzenleme yapılmamışsa, “*tarafların sözleşmesel haklarına ve borçlarına, taraflarca seçilen ülke hukukunun uygulanacağı*” ifade edilmiştir.⁶ Dolayısıyla pek çok ulusal düzenlemede tarafların hukuk seçiminde bulunabileceği ve öncelikle bunun uygulanacağı düzenlenmiştir.

Ulusal hukukların yanı sıra AB hukukunda üye devletler bakımından doğrudan uygulama alanı bulunan Sözleşmesel Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü⁷ bakımından tarafların “hukuk” seçebileceği düzenlenmiştir. Tüzüğün 3. maddesinin ilk fıkrasına göre, “*bir sözleşme taraflarca seçilen hukuka tabidir.*” Esasen sadece Roma I Tüzüğü değil, sözleşme dışı alanlarda kanunlar ihtilafına ilişkin diğer bazı Tüzüklerde de benzer düzenlemeler bulunmaktadır.

2 Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd (No.1), [2004] EWCA Civ 19; [2004] 1 W.L.R. 1784; [2004] 4 All E.R. 1072; [2004] 2 All E.R. (Comm) 312; [2004] 2 Lloyd’s Rep. 1; [2004] 1 C.L.C. 216.

3 RG. 12.12.2007, S. 26728.

4 Kanunun İngilizce metni için <<http://conflictflaws.net/News/2011/01/PIL-China.pdf>> Erişim tarihi 11 Mart 2021.

5 Kanunun Almanca orijinal metni için <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/de> Erişim tarihi 11 Mart 2021.

6 Restatement II’nin ilgili bölümü için <<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>> Erişim tarihi 11 Mart 2021.

7 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32008R0593>> Erişim tarihi 11 Mart 2021.

Örneğin Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü⁸ madde 14'te belirli şartlar altında tarafların “hukuk” seçebileceği ifade edilmiştir.

Ulusal kanunlar, kanunların çıkarıldığı devletlerin; Roma Tüzükleri de ilgili Avrupa Birliği (AB) üye devletlerinin mahkemelerini bağlamaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere taraflarca seçilen “hukuk”un uygulanacağına ilişkin hükümlerden hareketle seçilen hukukun bir ülke hukuku olması gerektiği görüşü genel kabul görmektedir.⁹ Dolayısıyla uluslararası ticari örf adet hukuku (*lex mercatoria*)¹⁰, uluslararası spor hukuku kuralları (*lex sportiva*),¹¹ UNIDROIT Prensipleri,¹² Viyana Satım Sözleşmesi(CISG),¹³ Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri, INCOTERMS gibi ulusal hukuk kavramına girmeyen kuralların seçimi, hukuk seçimi yerine geçmemektedir.

8 Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32007R0864>> Erişim tarihi 11 Mart 2021.

9 Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal 2008) 128; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8. Baskı, Beta 2020) 294; Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16. Bası, Beta 2020) 397; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6. Bası, Ankara 2020) 405; Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (2. Baskı, Vedat 2014) 147; Sibel Özel, *Akreditif ve Hukuki Niteliği* (Beta 1991) 76; Tolga Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria* (2. Bası, Vedat 2011) 88; A. V. Dicey, J. H. C. Morris and Lawrence, *Collins, Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* (15. Bası, Sweet&Maxwell 2012) 1803; Andreas Junius, ‘Islamic Finance: Issues Surrounding Islamic Law as a Choice of Law under German Conflict of Laws Principles’ (2007) 7(2) *Chicago Journal of International Law* 546; Christian von Bar and Peter Mankowski, *Internationales Privatrecht* (2. Ed, Beck 2003) §2.86; Jason C. T. Chuah, ‘Islamic Principles Governing International Trade Financing Instruments: A Study of the Morabaha in English Law’ (2006) 27(1) *Northwestern Journal of International Law and Business* 142-143.

10 III. Bölümde *lex mercatoria* üzerinde durulacaktır.

11 Günümüzde serbest zaman ya da sağlık için yapılan aktiviterin çok ötesinde büyük bir ekonomik sektöre dönüşen sporun etki alanı içerisinde çok sayıda hukuki ilişki bulunmaktadır. Bunların içerisinde profesyonel sporcular ve spor kulüpleri arasındaki hizmet sözleşmeleri, ulusal ve/veya uluslararası spor federasyonları arasındaki üyelik ilişkileri, sporcu sözleşmeleri, sponsorluklar, sigorta anlaşmaları, yayın hakkı anlaşmaları bulunmaktadır. Bu çerçevede spor hukukunun ulusal hukuk sistemlerinden bağımsız niteliğini ön plana çıkarmak adına *lex sportiva* kavramı türetilmiştir. *Lex sportiva*'nın oluşumunun ana kaynağı Spor Tahkim Mahkemesi(CAS)'nin içtihatlarıdır. *Lex sportiva, lex mercatoria* gibi, belirli bir hukuk sistemine bağlı olmayan anasyonel hukuk kurallarıdır. *Lex sportiva*'nın devlet yargısında ve uluslararası tahkimde esasa uygulanacak hukuk olarak değerlendirilmesi için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, *Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)* (Vedat 2013) 38-95; Can Yöney, ‘Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Sportiva’ iç Sibel Özel ve Hatice Selin Pürselim Arning (edr), *Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (Oniki Levha 2010) 73 vd; Antoine Duval, ‘Lex Sportiva: A Playground for Transnational Law’ (2013) 19(6) *European Law Journal* 822-842; Lorenzo Casini, ‘The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport, Lex Sportiva: What is Sports Law?’ iç Robert Siekmann and Janwillem Soek (edr) *Asser International Sport Law Series* (Springer 2012) 149-171.

12 Bahar Ceyda Süral, ‘Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması için Uluslararası Enstitü) Prensipleri’ (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2008) 168 vd.

13 UNCITRAL tarafından hazırlanan 1980 tarihli Birleşmiş Milletler Milletlerarası Mal Satım Sözleşmesi (CISG), bilinen diğer adıyla Viyana Mal Satım Sözleşmesi, uluslararası alanda özel hukukun yeknesaklaştırılması çalışmalarının en başarılı örneklerinden birisidir. Genel olarak işyerleri farklı devletlerde bulunan tacirler arasındaki taşınır mal satım sözleşmesinin düzenlemektedir. Uluslararası ticaretin önemli bir parçası haline gelen Sözleşmeye uluslararası ticaretin yoğun olarak gerçekleştirildiği ülkelerin çoğu (Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, Çin, İngiltere Fransa, Japonya, Rusya dâhil) ve toplamda doksan iki ülke taraftır. Bkz. <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=X-10&chapter=10&lang=en> Erişim tarihi 27 Ağustos 2020. Viyana Satım Sözleşmesi, bir devlet hukuku olmadığı için genellikle devlet yargısında uygulanacak hukuk olarak değerlendirilmemekte, fakat Sözleşme kapsamında kalan konularda ilgili hükümler uygulanmaktadır. Buna karşın uluslararası tahkimde Viyana Satım Sözleşmesi sıklıkla

Bununla birlikte taraflarca seçilen anasyonel hukuk kurallarının hiçbir geçerliliğinin olmadığı ileri sürülmesi, irade serbestisi prensibine aykırılık oluşturacaktır. Gerçekten de günümüzde pek çok ulusal ya da uluslararası nitelikli kurum, çeşitli kurallar dizisi, genel şartlar, sözleşme taslakları, model kanunlar ve benzeri taslak metinler hazırlamaktadır. Ulusal mahkemeler nezdinde bu kuralların “uygulanacak hukuk” kapsamına girmediği kabul edilse de söz konusu anasyonel kuralların sözleşmeye dâhil edilmesi (*incorporation by reference*) suretiyle uygulanması mümkündür. Anasyonel kurallara atıf yapılmasıyla ilgili kurallar sözleşmenin birer hükmü haline getirilmektedir. Buna bağlı olarak örneğin taraflar uygulanacak hukuk olarak Viyana Satım Sözleşmesi’ni ya da *lex mercatoria*’yı seçerse, bu seçim hukuk seçimi olarak mütalaa edilmeyecek ve uygulanacak hukuk objektif kıstasa göre belirlenecek ve bu hukukun emredici kurallarına aykırı olmayan sözleşme hükümleri uygulanacaktır.

Doktrinde, seçilen hukukun bir devlet hukuku olması zarureti, taraf iradesine ancak bir hukuk düzeninin meşruiyet kazandıracağı ve sözleşmenin bir hukuk düzenine dayanması halinde bağlayıcılık kazanabileceği gerekçesine dayandırılmıştır.¹⁴ Bunun dışında tarafların mevcut veya ileride çıkabilecek bütün sorunları kapsayacak şekilde bir hukuk seçimi yapamayacakları, sözleşmede düzenlenmeyen konularda uygulanmak üzere bir hukuk sistemine ihtiyaç duyulduğu haklı olarak belirtilmiştir.¹⁵ Karşılaştırmalı hukukta da hukuk seçimi anlaşması ile seçilebilecek hukukun ancak devlet hukuku olabileceği yönündeki yaklaşım için çeşitli gerekçeler öne sürülmüştür. Örneğin *Ancel/Lequette*, bazen emredici/zorlayıcı nitelikte hukuk kurallarının gerekli olduğunu bunu da sadece milli hukukların sağlayabileceğini ifade etmiştir.¹⁶ Buna karşılık taraflarca seçilebilecek hukukun ulusal hukuk dışında *lex mercatoria* gibi anasyonel hukuk kuralları olabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır.¹⁷

kullanılmakta, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak ele alınmaktadır. Hatta doktrinde bir adım daha ileri gidilerek Viyana Satım Sözleşmesi’nin CISG’nin tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine ilişkin olarak, ve hatta tahkim anlaşmasının kurulması yanında yorumlanması bakımından da CISG’nin uygulanmasının mümkün olabileceğini savunmaktadır. Bu konuda bkz. Can Yöney, ‘Viyana Satım Sözleşmesi’nin Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk Olarak Uygulanabilirliği’ (2019) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 758-760. Viyana Satım Sözleşmesi’nin tarihi ve uygulama alanı hakkında bkz. Zeynep Derya Tarman, *Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak: CISG’in Uygulama Alanı* (Beta 2015) 5 vd; Hatice Özdemir Kocasakal, ‘Viyana Konvansiyonu’nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı’ (2013)1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19-52; Hüseyin Akif Karaca, ‘CISG’in Milletlerarası Uygulama Alanı, İrade Serbestisi ve Bazı Yorum Meseleleri’ (2019) 39(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 189-215; Peter Winship, ‘The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts’ iç Nina M. Galston and Hans Smith (edr), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (New York 1984) 1-53; Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014) 124-148; Atakan Adem Selanik, Orkun Bayram ve Işlay Talay Değirmenci, ‘Viyana Satım Antlaşması’nın (CISG) Tarihsel Gelişimi ve Uygulama Alanı’ (2018) 17(4) Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 1353-1367.

14 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. Baskı, Beta İstanbul) 49.

15 Şanlı, *Ticari Akitler* (n 14) 50.

16 Bertrand Ancel and Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* (5. Baskı, Paris, 2006) 202 (Aktaran: Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (n 9) 147.

17 Peter Nygh, ‘The Reasonable Expectations of the Parties As a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort’ iç *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (Brill 1995) 307; Adrian Briggs, ‘Decisions of British Courts During 2007: Private International Law’ (2007) 78(1) *British Yearbook of International Law* 627.

Roma I Tüzüğü'nün hazırlanması sürecinde devlet hukuku dışında hukuk kurallarının seçilebilmesi hususu tartışılmıştır. Tüzüğün Tasarı metninde, uluslararası düzende veya AB'de kabul edilen maddî hukuk ilkeleri ve kurallarının, uygulanacak hukuk olarak seçilebileceği, ancak *lex mercatoria* ya da uluslararası toplum tarafından yeterince tanınmamış özel kodifikasyonların seçilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir.¹⁸ Fakat sonuç olarak hukuk kuralı seçimi reddedilmiştir.¹⁹ Ancak 2015 tarihli Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Uygulanacak Hukuka İlişkin Lahey Prensipleri'nde²⁰ devlet hukuku dışında anasyonel hukuk kurallarının seçilebileceği açıkça düzenlenmiştir (m. 3). Bununla birlikte Prensipler'in 3. maddesine göre, seçilebilecek olan hukuk kurallarının, uluslararası veya bölgesel düzeyde genel kabul görmüş, tarafsız ve dengeli olması gerekmektedir.²¹ Lahey Prensipleri'nin bu yönüyle de bir yenilik getirdiği ifade edilebilir.²²

B. TAHKİM YARGILAMASINDA

Uygulanacak hukuk konusunda anasyonel hukuk kurallarının seçiminin geçerliliği tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde farklılık arz etmektedir. Gerçekten de tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde irade serbestisi prensibi daha ön planda olup bu yollara tarafların rızalarının alınması suretiyle başvurulabilmektedir.²³ Bu durumun gözetilmesi ile ulusal ve uluslararası tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin kurallarda, uyuşmazlığın çözümünde tarafların esasa uygulanacak "hukuk kuralları"nı seçebileceği ifade edilmiştir.

Uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere taraflarca "hukuk kurallarının" seçilebileceği Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanun'da²⁴ yer almaktadır. Model Kanununun 28. maddesinin ilk fıkrasına göre "*Hakem Heyeti uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere taraflarca seçilen hukuk*

18 Taslak metne aşağıdaki linkten ulaşılabilir: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2007-0450_EN.html#title1> Söz konusu hüküm, madde 3'te düzenlenmiştir.

19 Buna karşın Roma I Tüzüğü'nün Önsözünün 13. paragrafında devlet hukuku niteliği taşımayan hukuk kurallarının ve uluslararası konvansiyonların, incorporation yoluyla sözleşmeye dâhil edilmesinin mümkün olduğu vurgulanmıştır.

20 Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, İngilizce metin için <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>> Erişim tarihi 19 Nisan 2021.

21 2015 tarihli Lahey Prensiplerinin hukuk kurallarının seçimine ilişkin getirdiği şartlar hakkında bkz. Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *Commentary on the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts* (2015) 40-43; Hüseyin Akif Karaca, 'Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda "Hukuk Kuralları"nın Seçimi: Lahey Prensipleri M. 3'üç Sibel Özel ve Mustafa Erkan (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler* (Oniki Levha 2018) 124-128; Ralf Michaels, 'Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts' iç Kai Purnhagen and Peter Rott (edr) *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz* (Springer 2014) 59-60; Peter Mankowski, 'Article 3 of the Hague Principles: The Final Breakthrough for the Choice of Non-State Law' (2017) 22(2) *Uniform Law Review* 373-376.

22 Karaca, 'Hukuk Kuralları' (n 21) 117.

23 Okezie Chukwumerije, *Choice of Law in International Commercial Arbitration* (Quorum 1994) 2; Cevdet Yavuz, 'Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler' iç II. *Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu - Tahkim* (TMSF 2009) 133; Cansu Yener Keskin, *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi* (Oniki Levha 2017) 164; Özel, *Tahkim* (n 9) 128; Şanlı, *Ticari Akitler* (n 14) 320; Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin 2013) 39.

24 UNCITRAL Model Kanun'un metni ve şerhi için bkz. United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985* (With amendments as adopted in 2006) (Vienna, 2008).

kurallarına göre uyumsuzluğu karara bağlarlar.” 1985 tarihli Model Kanunun ardından pek çok ülke Model Kanunu esas alarak ulusal düzeydeki milli ve milletlerarası tahkim kanunlarını çıkartmıştır. Bunlardan birisi olan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun²⁵ 12/C maddesine göre “*Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyumsuzluğun esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir.*” Hukuk kurallarının seçilebileceğine ilişkin bu yaklaşım, karşılaştırmalı hukukta da genel kabul görmüştür.

Taraflarca hukuk kurallarının seçimine ilişkin düzenlemeler uluslararası tahkim kurumlarının kuralları içerisinde de yer almaktadır. Örneğin 2021 tarihli revize ICC Tahkim Kurallarının²⁶ 21/1. maddesine göre, “*taraflar, uyumsuzluğun esasına ilişkin hakem heyeti tarafından uygulanacak hukuk kurallarını belirlemede özgürdürler. Böyle bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, hakem heyeti, uygun olduğunu belirlediği hukuk kurallarını uygular.*” Viyana Uluslararası Tahkim Merkezi’nin Tahkim Kuralları içerisinde de “*hakem heyeti[nin] uyumsuzluğa taraflarca kararlaştırılan yasal hükümlere veya hukuk kurallarına göre karar vereceği*” düzenlenmiştir (Madde 27/1).²⁷ ISTAC Tahkim Kuralları’nın²⁸ 25. maddesinde de bu yönde bir düzenleme yapılmış ve “*Tek Hakem veya Hakem Kurulu, tarafların uyumsuzluğun esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Taraflar, uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmadıkları takdirde Tek Hakem veya Hakem Kurulu, uygun bulduğu hukuk kurallarını uygular*” denilmiştir.

Sonuç olarak mahkemeler nezdinde anasyonel hukuk kurallarının uygulanacak hukuk olarak kullanılması genel olarak kabul görmezken tahkim açısından bu hususa daha esnek yaklaşılmakta ve anasyonel hukuk kurallarının taraflarca seçilebileceği ve bunun hakemlerce uygulanması zarureti kabul edilmektedir.²⁹

II. BEXIMCO V. SHAMIL BANK OF BAHRAIN KARARI³⁰

A. DAVA KONUSU OLAYLAR

İngiliz mahkemelerinin önüne gelen uyumsuzluk, taraflar arasında yapılan “murabaha sözleşmesi” ile buna bağlı diğer sözleşmelerden kaynaklanmaktadır. Taraflardan *Shamil Bank of Bahrain*, Bahreyn

25 RG. 05.07.2001, S. 24453.

26 2021 tarihli Tahkim Kuralları için bkz. <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>> Erişim tarihi 11 Mart 2021.

27 Merkezin 2018 tarihli Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları için bkz <https://www.viac.eu/images/documents/vienna_rules/Wiener_Regeln_2018_Brosch%C3%BCre_en_Onlinefassung_Einzelseiten_2_Auflage_20200401.pdf> Erişim tarihi 11 Mart 2021.

28 Merkezin 2016 tarihli Tahkim Kuralları için bkz <<https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/01/%c4%b0STANBUL-TAHK%c4%b0M-MERKEZ%c4%b0-TAHK%c4%b0M-KURALLARI.pdf>> Erişim tarihi 21 Mart 2021.

29 Özel, *Tahkim* (n 9) 142; Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (2. Bası, Yetkin 2010) 96; Chukwumerije (n 23) 110; Koray Güven, ‘Lex Mercatoria Ve Milletlerarası Tahkim’ (2014) 34(2) Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni 27; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, (5th Ed, OUP 2009), 215.

30 *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd* (No.1), [2004] EWCA Civ 19; [2004] 1 W.L.R. 1784; [2004]

hukuku çerçevesinde ve Bahreyn Para Kurumu ile Bahreyn Ticaret Bakanlığı'nın verdiği izin ile kurulmuş bir bankadır. Bahreyn Krallığı, nüfusunun %95'i Müslüman olan bir anayasal krallıktır. İslami bankacılığı ulusal bir politika olarak kabul etmesine karşın, İslam hukuku içerisinde yer alan "faiz" dâhil pek çok konu ülkenin ticaret kanunlarında yasaklanmamıştır.³¹ Bilakis Bahreyn Ticaret Kanunu m. 81 hükmü faizi yasal olarak kabul etmiştir.³² Buna karşın *Shamil Bank of Bahrain*, kendisini İslami prensiplere göre işlem yapan bir finansal kuruluş olarak tanıtmaktadır.³³ Ayrıca genel olarak İslami finans kuruluşlarının faaliyetlerini denetleyen ve bu konuda bir uyumluluk sertifikası veren İslami Finans Kuruluşları Muhasebe ve Denetim Kuruluşu (AAOIFI)'nun³⁴ söz konusu raporunun *Shamil Bank of Bahrain* lehine alındığı ifade edilmiştir.³⁵

Uyuşmazlığın davalı tarafında birbiri ile bağlantılı 5 ayrı "kişi" bulunmaktadır. Bunlar *Beximco Pharmaceuticals Ltd*, *Bangladesh Export Import Co. Ltd*, *Beximco Holdings Ltd* ile *Beximco Pharmaceuticals Ltd* şirketi müdürü *Ahmad Sohail Fasiuhur Rahman* ve *Bangladesh Export Import Co.*

4 All E.R. 1072; [2004] 2 All E.R. (Comm) 312; [2004] 2 Lloyd's Rep. 1; [2004] 1 C.L.C. 216; (2004) 101(8) L.S.G. 29; Times, February 3, 2004; 2004 WL 62027 (CA (Civ Div) [*Temyiz kararı*] para. 4. <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/19.html>> Erişim tarihi 25 Nisan 2021.

31 *Temyiz kararı* (n 30) para 4.

32 Söz konusu hüküm şu şekildedir:

"1. Ticari borçların ödenmesinin geciktirilmesi faizi, kanun veya anlaşma aksini öngörmedikçe, bu borçların vadesi geldiğinde tahakkuk edecektir.

2. Alacaklı tarafından alınacak toplam faiz, faizin hesaplanmasına esas alınan anapara tutarını aşmayacaktır. Bu hüküm, geri ödeme süresi yedi yılı geçmeyen borçlar için geçerlidir. Herhangi bir çelişen şart geçersiz ve hükümsüz olacaktır.

3. (2) nci fıkra hükümleri, yukarıdaki para birimlerinde yapılan işlemlere ilişkin borçlara uygulanmaz.

4. Alacaklı, gecikme faizine ilave edilmek üzere tamamlayıcı tazminat talep etme hakkına sahip olacak ve bu menfaati aşan zararın, borçlunun dolandırıcılığı veya ağır ihmalden kaynaklandığını ispat etmesi istenmeyecektir."

Kanunun İngilizce metni için bkz <<https://bahrainbusinesslaws.com/laws/Law-of-Commerce>> Erişim tarihi 8 Mart 2021.

33 İslami bankacılık uygulamasında genellikle "Danışma(veya Denetim) Kurulu" ve benzeri kurumsal yapılar vasıtasıyla yapılan işlemlerin İslam hukukuna uygunluğu ya da aykırılığı değerlendirilmektedir. Nitekim *Shamil Bank of Bahrain* şirketinin Kuruluş Sözleşmesi'nde de bu durum anlaşılmaktadır. Kuruluş Sözleşmesinin;

34. maddesinde İslam hukuku, dini hükümler ve İslam ekonomisi alanında uzman ve yetkin olarak tanınan en az 3 kişiden oluşan bir "Dini Denetim Kurulu" oluşturulacağı;

35. maddesinde Dini Denetleme Kurulu'nun, şirketin yatırımlarının ve faaliyetlerinin (ve bağlı ortaklıklarının ve bağlı şirketlerinin faaliyetlerinin) İslami ilke ve hükümlerine uygun olup olmadığını tespit edeceği, şirketin kurulduğu amaçların gerçekleştirilmesini sağlamak için İslami hükümlerin uygulanmasına yönelik tüm önemli kararları alacağı, bu konuda 6 ayda bir rapor sunacağı;

36. maddesinde ise yönetim kurulunun, şirket veya kendi kontrolündeki herhangi bir bağlı ortaklık veya bağlı şirket tarafından herhangi bir başka ticari işlem gerçekleştirilmeden önce, tüm yatırımların ve diğer ticari işlemlerin onay için Dini Denetleme Kuruluna gönderilmesini sağlamak için gerekli önlemleri alacağı, düzenlenmiştir. Kuruluş sözleşmesinde yer alan bu hükümlere mahkeme kararından ulaşılmıştır. Banka 2010 yılında Bahreyn merkezli bir başka yatırım bankası tarafından devralınmıştır.

34 Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI), 1991 yılında İslami finans kuruluşları için gerekli olan, fıkhi hükümler, muhasebe, denetim ve etik değerler ve kurumsal yönetim alanında İslami kurallara uygun standartlar yayınlamak amacıyla Bahreyn'de kurulmuştur. Kurum, İslami bankacılık standartlarına ilişkin olarak raporlar hazırlamaktadır. Kurum tarafından hazırlanan standartların bir kısmı yakın zamanda Türkçe çevrilmiştir. Söz konusu çeviri için bkz. Faizsiz Finans Standartları, TKBB Yayınları, Erişim: <https://www.izu.edu.tr/docs/default-source/default-document-library/faizsiz-finans-standartlari.pdf?sfvrsn=968bc0e9_0> Erişim tarihi 25 Kasım 2020.

35 *Temyiz kararı* (n 30) para 9.

Ltd müdürü *Ahmed Salman Fazlur Rahman*'dır. Çalışmamızın bundan sonraki kısmında davalıların hepsi birlikte *Beximco* adıyla anılacaktır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın başlangıç noktası 1995 yılında yapılan murabaha anlaşmasıdır. Murabaha, İslami bankacılık sisteminin temelinde olan hukuki işlemidir. İslami bankacılık kapsamında, müşterinin talebi üzerine başlayan süreçte finans kurumu önce müşterinin istediği malı kendi adına peşin olarak satın almakta ve müşteriye vadeli olarak satmaktadır.³⁶ Ancak, finans kuruluşu, müşteriye kendi adına satın alma için temsilci olarak atayabilir ve müşteri, finans kuruluşunun temsilcisi olarak bu tür bir satın alma işlemini gerçekleştirebilir. Peşin alım fiyatı ile müşteriye vadeli satım arasındaki fiyat farkı ise finans kuruluşunun kârı (kâr payı) olarak kabul edilmektedir.³⁷ Murabaha sözleşmelerinin şekli ve içeriği değişiklik gösterebilmektedir.³⁸

Taraflar arasında yapılan bu sözleşmeden sonra banka, *Beximco*'ya 15 milyon ABD doları ödeme yapmış, banka lehine de vadeli ödeme planı çıkarılmıştır.³⁹ Ancak 1996 yılında taraflar arasında yeni (diğerine ek olarak) bir Murabaha Sözleşmesi yapılmıştır.⁴⁰ Bankaya ödemelerin yapılmaması üzerine 1999 yılında borç yapılandırılmış ve şirket yöneticileri bireysel

36 Muhammed Ayub, *İslami Finansı Anlamak* (Çev: Suna Akten Çürük / Raif Parlakaya) (İktisat 2017) 235 vd; Atilla Yanpar, *İslami Finans – İlkeler, Araçlar ve Kurumlar* (Scala 2014) 94. *Murâbahanın sahih olması için satım akidinde arananlar yanında şu şartların gerçekleşmiş olması gerekir: a) Önceki satım sözleşmesi sahih olmalıdır. Çünkü murâbaha önceki semen esas alınarak yapılan bir akiddir. Halbuki fâsîd akidde Hanefîler'e göre mülkiyet sonucu doğsa da belirlenen fiyat (semen-i müsemmâ) değil mebtin kıymeti veya misli dikkate alınır; cumhura göre ise böyle bir akid zaten mülkiyet sonucu doğurmaz. Diğer taraftan Hanefî ve Şâfiîler'e göre murâbahaya konu olacak malın satıcıya mutlaka satım yoluyla geçmesi gerekmez; hibe ve vasiyet gibi bir yolla mülkiyeti kazanılan bir mal da kıymeti belirlenerek murâbahaya konu yapılabilir. b) Alış fiyatı taraflarca biliniyor olmalıdır. Alış fiyatına nelerin dâhil sayılacağı ve bunu etkileyen değişiklikler murâbaha hükümleri arasında geniş bir yer tutar. Alış fiyatı akid meclisi dağılmadan önce müşteriye bildirilmezse murâbaha geçersiz olur. c) Önceki sözleşmede semen aynı cinsten ribevî bir malla değiştirilmiş olmamalıdır. Ribevî malların kendi cinsleriyle eşit miktarda ve peşin mübadelesi şart kılındığı için murâbahalı satılması halinde alınan fazlalık kâr değil faiz olur. d) Kâr taraflarca biliniyor olmalıdır. Zira kâr satış bedelinin bir kısmını teşkil etmektedir; satış bedelinin bilinmesi ise bey'in şartlarındandır. Kâr, mâlûm ve muayyen olmak kaydıyla gerek misliyyattan gerekse kıyemiyattan, önceki semenle aynı veya farklı cinsten olabilir. Hanefî, Şâfiî ve Hanbelîler'in konuyla ilgili hükümlerinden, kâr hesaplamasında satıcının ilk satıcıya ödediği satım parası yanında maliyete dâhil diğer unsurların da esas alınacağı anlaşılmaktadır (Atıyye Feyyâz, s. 53). Mâlikîler ise maliyete dâhil edilip edilmeyecek unsurları ele alırken bunların kâra yansıtılıp yansıtılmayacağı hususunda bir ayırım yaparlar (aş.bk.). Yukarıda belirtildiği üzere, kârın alış fiyatına veya maliyete oranla belirlenmesini mekruh sayanlar hatta câiz görmeyenler vardır. e) Hanefîler'e göre önceki satım sözleşmesinde semen misliyyattan olmalıdır. Çünkü murâbaha önceki semenin üzerine kâr konarak yapılan bir satımdır. Önceki semen kıymet mal ise bunun değeri bilinmediğinden murâbahanın semeni de belirsiz kalır. Ancak bu malı mülkiyetinde bulunduran kimseyle oran belirleyerek değil maktû bir kâr ilâvesiyle murâbaha yapılabilir. Şâfiîler'e göre bir kimse kıymet mal karşılığında satın aldığı bir malı, "Aldığım fiyata veya bana maliyetine satıyorum" diyerek satabilir; ancak kıymet mal karşılığında aldığını ve değerini müşteriye bildirmesi gerekir. Bazı Şâfiî fakihlerine göre ise malın niteliğini belirtmesi gerekli olmayıp değerini söylemesi yeterlidir. Benzeri görüşler Hanbelîler'de de mevcuttur. Mâlikîler'de ilk akiddeki semenin misli olup olmamasına ve müşterinin elinde bulunup bulunmamasına göre farklı görüşler ve rivayetler vardır (Mv.F. XXXVI, 320-321). Murabaha hakkında bkz. Türkiye Diyanet Vakfı, İslam Ansiklopedisi, "Murabaha" <<https://islamansiklopedisi.org.tr/murabaha>> Erişim tarihi 25 Kasım 2020.*

37 Muhammed Nejatullah Siddiqi, *Issues in Islamic Banking* (IF Londra 1983) 97-98.

38 Yanpar (n 36) 93; Ayub (n 36) 236; Yahia Abdul-Rahman, *İslamda Bankacılık ve Finansman* (Çev. Salih Tuğ ve Abdullah Tuğ) (İZÜ 2015) 159-160.

39 *Temyiz kararı* (n 30) para 15.

40 *Temyiz kararı* (n 30) para 17.

olarak garanti vermişlerdir.⁴¹ Bu sözleşmeler de 2001 yılında yenilenmiş, son sözleşmeler kapsamında belirli mallar üzerinde Banka lehine mülkiyet hakkı tanınmış, malik konumuna geçen Banka ilgili malların kullanım hakkını davalı şirketlere vermiş, ödemeler konusunda yeni bir takvim belirlenmiştir.⁴² Ödemelerin yapılmaması üzerine Banka, *Beximco*'ya temerrüt mektubu göndererek tazminat ve ödemeler dâhil toplam yaklaşık 50 milyon dolarlık bir talepte bulunmuştur. Buna bağlı olarak temerrüt mektupları, garantör olarak sözleşmeye dâhil olan yöneticilere de gönderilmiştir.⁴³

B. TARAFLARIN İDDİA VE SAVUNMALARI

Dava içerisinde taraflar pek çok konuda iddia ve savunmalarda bulunmuştur. Ancak İngiliz yargısı tarafından tartışılan asıl konu sözleşmede yer alan uygulanacak hukuk klozunun ve buna bağlı olarak faize ilişkin hüküm içeren sözleşmelerin geçerliliğidir. Taraflar arasındaki sözleşmelerde uygulanacak hukuk klozu şu şekilde inşa edilmiştir: “*Yüce Şeriat prensiplerine bağlı olarak bu sözleşme İngiliz hukukuna tabi olacak ve İngiliz hukukuna uygun olarak yorumlanacaktır.*”⁴⁴

İlk derece mahkemesinde davacı *Shamil Bank of Bahrain*, davalı tarafın, İslam hukukuna ve yürürlükteki yasalara göre geçerli olan sözleşmelerdeki yükümlülüklerini yerine getirmediğini ifade ederek tazminat talebinde bulunmuştur. Davacı Bankanın iddiasını desteklemek üzere aldığı uzman raporunda; genel olarak İslam hukukunun ve özellikle İslami bankacılığın kapsamı ve içeriği konusunda ihtilafların olduğu, İslami bankacılığın fiili uygulamasının İslam dünyasında büyük ölçüde farklılık gösterdiği, Pakistan gibi İslami finans sistemlerini uygulamaya koymaya kararlı ve anayasal olarak zorunlu olan ülkelerde bile, devam eden tartışmalar olduğu, murabaha anlaşması dâhil bankacılık işlemlerinin içeriğinin bireysel bankalara kaldığı, hangi finansal işlemlerin İslami olup olmadığı konusunda yasal bir sınırlama yoksa asıl karar mercinin bankalar nezdinde oluşturulan Dini Danışma Kurulu ve benzeri kurullar olduğu ifade edilmiştir.⁴⁵ Bu çerçevede mütalaada, *Shamil Bank of Bahrain*'in Dini Denetleme Kurulu tarafından uygun bulunan bir işlemin İslam hukukuna uygun olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁶

41 *Temyiz kararı* (n 30) para 19.

42 *Temyiz kararı* (n 30) para 19-20.

43 *Temyiz kararı* (n 30) para 21-23.

44 “*Subject to the principles of the Glorious Shariaa, this Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England.*” Bkz. *Temyiz kararı* (n 30) para 1.

45 Söz konusu rapor, Londra Üniversitesi Doğu ve Afrika Çalışmaları Okulu (SOAS) İslam ve Ortadoğu Hukuku Merkezi eski başkanı Dr. Martin Lau tarafından hazırlanmıştır. Bkz. *Temyiz kararı* (n 30) para 29-30.

46 *Temyiz kararı* (n 30) para 31.

Buna karşın davalı *Beximco* ise, Şeriat hukukunun uygulanması bakımından pek çok farklılığın olduğunu kabul etmiş, ancak faiz yasağı bakımından tartışma olmadığını, Kur'an⁴⁷ ve Sünnet⁴⁸ ile faizin kesin olarak yasaklandığını, eğer sözleşmede faize ilişkin bir hüküm varsa sözleşmenin kesin geçersiz olacağını ileri sürmüştür.⁴⁹ Davalı taraf lehine sunulan uzman görüşünde⁵⁰ ise murabaha ve kira sözleşmelerinin İslam hukukunda kabul edildiği, ancak şeriat ilke ve kurallarına uyması gerektiği, 1999 ve 2001 tarihli yeni sözleşmeleri 1995 ve 1996 tarihli murabaha sözleşmelerinin yeniden yapılandırılması ve buna karşılık vadesi gelen meblağlar üzerinden ek bir meblağ alınmasını içerdiği, bu yönüyle faiz (riba) içerdiği için sözleşmelerin geçersiz olduğu ifade edilmiştir.⁵¹ Bunun yanı sıra uzman görüşünde, *Shamil Bank*'ın Dini Denetleme Kurulu'nun finansal işlemlerin Şeriata uygunluğuna ilişkin olarak verilen kararın Şeriat hukuku kapsamında inceleme yapan mahkemeleri ilgilendirmeyeceği ve mahkemelerin kendi bağımsız incelemelerini yapması gerektiğine yer verilmiştir.⁵² Asıl sözleşmelere bağlı olarak verilen kişisel garantilerin de asıl sözleşmenin geçersiz olması sebebiyle söz konusu şirketlerin yöneticilerinin de sorumluluğunun ortadan kalkacağı ileri sürülmüştür.⁵³

C. İNGİLİZ İLK DERECE MAHKEMESİNİN KARARI

İlk derece mahkemesi hâkimi Morison, 1 Ağustos 2003 tarihinde, *Shamil Bank of Bahrain* lehine kararını vermiş, davacı lehine toplamda 49.7 milyon ABD Doları alacak hakkına hükmetmiştir. İlk derece hâkimi, uygulanacak hukuk klozunun doğru bir şekilde dizayn edilmesi durumunda

- 47 Bakara Suresinin 275 ilâ 279. ayetleri faiz yasağına dair temel dayanak olarak gösterilmektedir. İlgili ayetler şu şekildedir: (275) *Faiz yiyenler ancak şeytanın çarparak sersemlettiği kimse gibi kalkarlar. Bunun sebebi onların, "Alım satım da ancak faiz gibidir" demeleridir. Halbuki Allah alım satımı helâl, faizi ise haram kılmıştır. Artık kime Allah'tan bir öğüt erişir de faizciliği bırakırsa geçmişte yaptığı kendisine aittir, işi de Allah'a kalmıştır. Kim de yine faizciliğe dönerse işte bunlar orada devamlı kalmak üzere cehennemliklerdir.* (276) *Allah faizi tüketir, sadakaları ise artırır ve Allah hiçbir inkârcı günahkârı sevmez.* (277) *Şüphesiz ki iman edenler, güzel şeyler yapanlar, namaz kılanlar ve zekât verenlerin rableri katında ecirleri vardır; onlara ne korku vardır ne de üzüleceklerdir.* (278) *Ey iman edenler! Allah'tan korkun ve gerçekten iman etmiş iseniz faizden kalanı bırakın.* (279) *Bunu yapmazsanız Allah ve Resulü tarafından size bir savaş açıldığını bilin. Eğer tövbe ederseniz, haksızlık etmemek ve haksızlığa uğramamak üzere ana paranız sizindir.* Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Diyanet İşleri Başkanlığı, Kur'an-ı Kerim, erişim: <<https://kuran.diyinet.gov.tr/tefsir/sure/2-bakara-suresi>> Erişim tarihi 1 Aralık 2020.
- 48 Faiz yasağına dayanak olarak gösterilen bazı hadisler aşağıdaki gibidir: "*Cabir'den şöyle nakledildi: Hz. Peygamber (sav), faiz alana/yiyene, veren/yedirene, sözleşmesini yazana, şahitlik yapana lanet etti ve 'Onların hepsi suça ortaktır' dedi*" (Müslim, Müsakat, 19:106-1598). (*Veda hutbesinde*) *Ribanın her türlü sü kaldırmıştır. Anaparanız sizindir. Kimse zulmetmeyecek ve zulme de uğramayacaktır. Allah (cc) kesin bir şekilde faizi haram kılmıştır. Ben faizli işlemlerde anaparadan başkasının alınmamasını, amcam Abbas'ın borçlularından alacaklı olduğu faizi iptal ederek başlatıyorum.*" (Müslim, Hac, 19:147-1218). Hadislere erişim; Ayub (n 36) 49.
- 49 Shahid Hasan Siddiqui, *Islamic Banking*, (Pakistan 1994) 9-18; İshak Emin Aktepe, *Faiz ve Finansman Hadisleri* (Yedirenk 2010) 78 vd; Abdul-Rahman (n 38) 117; Yanpar (n 36) 36; Ayub (n 36) 46-49.
- 50 Davalı tarafın görüşüne başvurduğu kişi Pakistan Yüksek Mahkemesinin Şeri Temyiz Organı'nın eski başkanı Fazal Khan'dır.
- 51 *Temyiz kararı* (n 30) para 33.
- 52 *Temyiz kararı* (n 30) para 34.
- 53 *Temyiz kararı* (n 30) para 35.

mahkemenin Şeriat hukukunu uygulaması gerektiğini ancak mevcut durumda Şeriat prensiplerinin hiç dikkate alınmayacağını ifade etmiştir.⁵⁴ Morison'a göre özetle;

a. (O dönemde yürürlükte olan) 1980 tarihli Roma Konvansiyonu m. 3/1'e (şimdi onun yerine Roma I Tüzüğü m. 3) göre seçilen hukukun bir devlet hukuku olması gerekmektedir. Ayrıca taraflar seküler niteliğe sahip olan İngiliz mahkemesinden dini ihtilafları çözmesini beklemiş olamazlar.⁵⁵

b. Uygulanacak hukuk olarak aynı anda iki hukukun seçilmesi mümkün değildir.⁵⁶ Taraflar bir taraftan İngiliz hukukunu seçerken diğer taraftan bunun Şeriat ilkelerine tabi olmasını istemiştir. Şeriat ilkeleri kavramı bir devlet hukuku olmadığı için uygulanacak hukuk seçimi olarak değerlendirilemez.⁵⁷

c. İslam hukuku uygulanacak hukuk olarak değerlendirilecek olsa bile hukuki ve dini ilkeleri içeren "Yüce Şeriat" kavramı çok fazla belirsizlik barındırmaktadır.⁵⁸ Özellikle şeriat hukukunun hangi ilkelere göre yorumlanacağı veya uygulanacağı konusunda tartışmalar vardır. Pek çok açıdan tartışmalı bir içeriğe sahip olan dini ilkeler bütününe İngiliz mahkemeleri tarafından uygulanmasını beklemek mümkün değildir.⁵⁹

Bu çerçevede hâkim, Shamil Bank'ın iddiası olan, "Yüce Şeriat prensiplerine tabi olarak" ifadesinin Bankanın işlemlerinin Şeriata uygun olduğuna dair kabulden ibaret olduğuna karar vermiştir.⁶⁰ Bir başka deyişle, sözleşmelerin Şeriata aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz olduğu savunmasını reddetmiştir.⁶¹

D. İNGİLİZ YÜKSEK MAHKEMESİNİN KARARI

İlk derece mahkemesi kararı üzerine temyize giden davalı tarafın vekili, tek bir uygulanacak hukukun olabileceği, somut olayda bunun İngiliz hukuku olduğunu kabul etmiş, ancak bu durumun Şeriatın genel prensiplerini tamamen dışarıda bırakmadığını, sözleşmenin bir ön şart olarak Şeriat ilkelerine uygun olduğu sürece geçerli olduğunu ileri sürmüştür.⁶² Bir başka deyişle, temyiz eden davalı taraf, Şeriat ilkeleri seçiminin Roma Konvansiyonu çerçevesinde uygulanacak hukuk olarak değil, sözleşme

54 Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd (No.1), [2003] EWHC 2118; [2003] 2 All E.R. (Comm) 849 [**İlk derece kararı**], para 45-46.

55 *İlk derece kararı* (n 54) para 36, 38.

56 *İlk derece kararı* (n 54) para 28, 40.

57 *İlk derece kararı* (n 54) para 24, 35.

58 *İlk derece kararı* (n 54) para 34.

59 *İlk derece kararı* (n 54) para 36.

60 *Temyiz kararı* (n 30) para 41.

61 "Bir anlamda bu mahkeme kendisine yöneltilen herhangi bir soruyu yanıtlayacak olsa da, ne kadar zor olursa olsun, tarafların gerçekten bu mahkemeden İslam dini ve ortodoksluk meselelerine girmesini istemeleri imkânsızdır. Banka, uluslararası bankacılık bağlamında Kurul'un kendi İslam hukuku anlayışına bankanın uyumunu sağlamak için kendi dini kuruluna sahiptir. Anlaşmanın yapıldığı tarihte veya davadan önce bir şekilde, Şeriat ilkelerinin uygulanmadığı konusunda taraflar itiraz etmemişler ya da endişeli olduklarını gösteren bir beyanda bulunmamışlardır. Şeriat hukuku savunması sanırım bir avukatın kurgusudur, ancak geçerli değildir." *İlk derece kararı* (n 54) para 54-55.

62 *Temyiz kararı* (n 30) para 42.

hükmü olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda tarafların seçimiyle Lahey Kurallarının⁶³ sözleşmeye dâhil edilmiş olduğu yönündeki *Nea Agrex SA v. Baltic Shipping CoLtd*⁶⁴ kararına ve diğer kararlara atıflar yapılarak⁶⁵ Şeriatın İngiliz mahkemelerinde uygulanabileceği ifade edilmiştir. Son olarak Şeriatın belirsizliği yaklaşımına karşı, somut olay açısından bir belirsizliğin değil, kesinliğin olduğu savunulmuştur.⁶⁶

İngiliz Yüksek Mahkemesi ise Şeriat hukukunun Roma Konvansiyonu bağlamında bir ülke hukuku olmadığını vurguladıktan sonra⁶⁷ sözleşmedeki hukuk seçimi klozu ile genel Şeriat prensiplerinin sözleşmeye dâhil edildiğinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Zira Mahkemeye göre, sözleşmeye dâhil etme, ancak tarafların anlaşması ile yabancı bir hukukun, bir uluslararası hukuk metninin ya da kurallar bütünüünün belirli hükümleri çerçevesinde mümkün olur ve bu hükümler sözleşmenin bir parçası haline gelir.⁶⁸ Bu durumda, söz konusu kuralın çerçevesi veya etkisi konusunda oluşabilecek belirsizlikler karşısında sözleşmeye dâhil edilen hükümlerin uygulanması ve yorumlanmasında mahkeme, yabancı hukuk uzmanlarından ilgili kuralların kendi yetki alanlarında nasıl uygulandığına dair bilgi isteyebilir.⁶⁹ Fakat “Şeriat hukukunun genel prensipleri” önermesinin belirlilik sağlamadığı kabul edilmiştir.

“Bu durumda Şeriat ilkelerine yapılan genel atıf, çerçevlendirildikleri koşullar bir yana, sözleşmeye dâhil edilmesi amaçlanan şeriat hukukunun ilgili yönlerine hiçbir atıfta bulunmamakta veya bir belirleme yapmamaktadır. Davalıların Şeriatın temel kurallarının bu davada geçerli olduğunu iddia etmeleri açıkça yetersizdir. Bu tür ‘temel prensiplere’ ne atıfta bulunulmuş ne de tanımlanmıştır. Bu nedenle, ‘.. şeriat ilkelerine’ yapılan atıf, genel olarak şeriat kurallarına atıfta bulunmak sonucunu doğurmamaktadır. Bu nedenle, sözleşmeye uygulanacak olan İngiliz hukukunun seçimine kaçınılmaz olarak aykırıdır ve uygulanacak hukuk hükmünü çelişkili ve anlamsız kılmaktadır.”⁷⁰

İngiliz hukukunun bankacılık ve finans işlemleri bakımından içtihadı olarak da gelişmiş olduğunu ve tüm dünyada uygulandığını vurgulayan Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesi kararını onaylayarak, söz konusu uygulanacak hukuk klozunun İngiliz mahkemelerinde Şeriat hukukunun uygulanması yönünde bir anlam taşımayacağını ifade etmiştir.⁷¹ Bu çerçevede temyiz eden davalının atıf verdiği içtihat hukukunda yer alan *Glencore International v. Metro Trading* davasında Birleşik Arap Emirlikleri içerisinde yer alan özerk birimlerden birisi olan Füceyre'nin Medeni Kanunu

63 International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading (The Hague Rules), Brussels, 1924.

64 *Nea Agrex SA v. Baltic Shipping Co Ltd* [1976] 1 QB 933(CA).

65 *Glencore International AG v Metro Trading International Inc* [2001] 1 Lloyds Law Rep 284, para. 113-125; *Al-Bassam v Al-Bassam* [2002] EWHC 2281 (Ch).

66 *Temyiz kararı* (n 30) para 45.

67 *Temyiz kararı* (n 30) para 48.

68 *Temyiz kararı* (n 30) para 51.

69 *Temyiz kararı* (n 30) para 51.

70 *Temyiz kararı* (n 30) para 52.

71 *Temyiz kararı* (n 30) para 54.

çerçevesinde uyumsuzluk konusunu hukuki olarak tanımlanmıştır. *Al Bassam* kararında ise taraflar ölen kişinin ölüm tarihinde ikâmetgah ülkesi olarak Suudi Arabistan hukukunun uygulanmasında mutabık kaldıkları için Şeriat hukuku uygulanmıştır. Davalı temyiz edenin iddiasının aksine bu davalar da seçilen hukukun bir devlet hukuku olması gerektiğini göstermektedir.⁷²

Her iki uyumsuzluk tarafının takdim ettiği uzmanların belirttiği üzere, dini ve ahlaki kuralların modern dönemde yeniden ele alınmasında görüş birliği bulunmayan hususlar bulunmaktadır. Bu durumun oluşmasında farklı düşünce okullarının varlığı başlıca etkidir. Faizin yasaklanması konusunda genel bir kabul olsa da bu durum sözleşmeye uygun bir şekilde dâhil edilmemiştir. Bu yüzden sözleşme geçerliliğinin hükümlerinin sadece İngiliz hukukuna göre ele alınması gerekir. Bu durumda da sözleşme geçerli ve davalı temyiz eden taraf davacı Bankaya karşı sorumlu olacaktır.⁷³

Garantör konumunda olan *Beximco Pharmaceuticals Ltd.* şirketi müdürü Mr. *Ahmad Sohail Fasiuhur Rahman* ve *Bangladesh Export Import Co. Ltd* müdürü Mr. *Ahmed Salman Fazlur Rahman*'ın sorumluluğu da yukarıdaki açıklamalara bağlı olarak geçerli olacaktır.⁷⁴

III. UYGULANACAK HUKUK OLARAK İSLAM HUKUKUNUN SEÇİLMESİ

A. İSLAM HUKUKUNUN KAPSAMI VE MODERN HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ POZİSYONU

Kavramsal olarak İslam hukuku ile fıkıh kavramları birbirinin yerine kullanılmaktadır.⁷⁵ Fıkıh ilk olarak “*nasslardan çıkarılan hükümler*” olarak tanımlansa da alt ayrımları gözetilmeden zamanla İslam hukuku olarak kullanılmaya başlanmıştır.⁷⁶ Ancak hukuk, insanlar arası dış münasabetler ve dünya düzeni ile ilgili iken fıkıh bunlara ek olarak dini vazifeleri ve dünya sonrası ahiret hayatını da ele almaktadır.⁷⁷ Fıkıh içerisinde ibadetler, muamelat ve ukubat kuralları bulunmakta iken zamanla ibadetlere ilişkin hükümler fıkıhtan ayrıştırılmıştır.⁷⁸ İslam hukuku yerine karşılaştırmalı hukukta Şeriat kavramı daha çok tercih edilmektedir. Şeriat, İslam'ın dini, ibadetsel, ahlaki ve hukuki sistemleri dâhil olmak üzere tüm İslam yasalarının adı olarak tanımlanmaktadır.⁷⁹ Ancak modern hukuk sistemleri İslam hukukunun ibadetlere ve ahiret hayatına ilişkin hükümleri ile ilgilenmemekte,

72 *Temyiz kararı* (n 30) para 54.

73 *Temyiz kararı* (n 30) para 55.

74 *Temyiz kararı* (n 30) para 56.

75 Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku* (3. Bası, AÜİF 1958) 7; Hamdi Döndüren, *İslam Hukukuna Giriş* (Karatay Üniversitesi 2017) 36; Kemal Gözler, ‘İslâm Hukukunun Değeri – İslâm Hukuku, Batı Hukukuna Alternatif Olabilir mi?’ (2019) <www.anayasa.gen.tr/islam-hukuku.htm> Erişim tarihi 19 Nisan 2021; Vahap Ovacı, ‘İslam Hukukunun Karakteristik Özellikleri’ (2015) 7(7), Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 70.

76 Ovacı (n 75) 70; Murteza Bedir, ‘Fikih to Law: Secularization Through Curriculum’ (2004) 11(3) *Islamic Law and Society* 381.

77 Ansay (n 75) 8; Sayed Hassan Amin, *Islamic Law and Its Implications for the Modern World* (Londra 1989) 10.

78 Ovacı (n 75) 71.

79 Taha Jabir Al-Alwani, *Source Methodology in Islamic Jurisprudence – Usul al-Fiqh al-Islami* (3rd Ed, Londra 2003) 1; Mohammad Hashim Kamali, *An Introduction to Shari'ah* (Ilmiah 2006) 12; Wael B. Hallaq, *An Introduction to Islamic Law* (CambridgeUP 2009) 19; Ahmet Akgündüz, *Introduction to Islamic Law* (OSAV 2010) 19.

insanların birbirleriyle ve devletle olan ilişkileri bağlamında var olan ilke ve kurallarını esas almaktadır.

İslam hukuku anlayışında hukukun kaynağı her şeyin yaratıcısı olan Allah'tır. Fıkıh kuralları da Allah'ın peygamberi vasıtasıyla bildirdiği emir ve yasaklardan oluşmaktadır. Buna bağlı olarak İslam hukukunun asıl ve ilk kaynağı Kur'an, ikinci kaynağı da peygamber Hz. Muhammed'in söz ve davranışlarından oluşan sünnettir.⁸⁰ Bununla birlikte İslam hukuku içerisinde icma⁸¹ ve kıyas⁸², diğer iki önemli kaynak olarak görülmüştür.⁸³ Hatta icma ve kıyasa verilen değer göz önünde bulundurularak İslam hukukunun bir içtihat hukuku olduğu benzetmesi yapılmıştır.⁸⁴

Modern hukuk sistemlerinde, bir hukuk kuralı meşruiyetini genel olarak ulusal kanunlardan ve uluslararası sözleşmelerden almaktadır. İslam hukuku ise ulusal kanunların ötesinde bir niteliğe sahiptir. "İslam hukuku" modern hukuk sistemlerinden farklı olarak kaynağı İlahi bir varlığa dayanan, dini temeller üzerine oturtulmuş, bu yönüyle kısmen değişmez bir kaynağa sahip olan bir hukuk sistemidir.⁸⁵ Dini temele dayanması itibariyle sadece dünyevi meseleler ile değil, dünya sonrası yaşama ve ibadetlere dair kurallar da içermekte ve hukuk kuralları ile bir arada bulunmaktadır. Buna bağlı olarak İslam hukukuna aykırı olarak yapılan işlem ve fiillerin dünya hayatında olduğu gibi ahiret hayatında da bir sonucu olacaktır.⁸⁶

İslam hukukunun evrimi, modern hukuk sistemlerinin ortaya çıkmasına kadar olan dönemde içtihatlar üzerinden ilerlemesine karşın modern dönemde kanunlaştırma çalışmaları başlamıştır. Bu konuda Osmanlı Devleti öncü olmuş ve İslam hukukuna ilişkin belirli ilke ve kuralların kodifikasyonunu gerçekleştirmiştir. 1869-1876 yılları arasında hazırlanan Mecelle'nin özel hukuk alanında yapılan ilk derleme olduğu kabul edilmektedir.⁸⁷ Mecelle'nin etkisi Osmanlı Devleti ile sınırlı kalmamış, Osmanlı Devleti dışında da kullanıldığı ifade edilmiştir.⁸⁸ Ancak Mecelle sonrası dönemde de özellikle kamu hukuku alanında Osmanlı Devleti, başta Fransa olmak üzere Batı yasalarını iktibas etmiştir.⁸⁹ Bu çerçevede zaman içerisinde İslam hukuku kısmen modern hukuk

80 Kamali (n 79) 16; Ansay (n 75) 13-14; Servet Armağan, *Anahatlarıyla İslam Hukuku* (Işık 2009) 42.

81 İcma, İslam bilgini ve müçtehitlerin Kur'an, Sünnet ve bazı mezheplere göre kıyasa başvurarak bir konuda aynı yönde hüküm vermeleri veya verilmiş bir hükümdede ittifak etmeleridir. TDV İslam Ansiklopedisi, İbrahim Kafi Dönmez <<https://islamansiklopedisi.org.tr/icma>> Erişim tarihi 23 Mart 2021; Ansay (n 75) 17-18.

82 Kıyas hakkında açık hüküm bulunmayan bir meselenin hükmünü, aralarındaki ortak özelliğe veya benzerliğe dayanarak hükmü açıkça belirtilen meseleye göre belirlemek anlamına gelmektedir. Bkz. TDV İslam Ansiklopedisi, Yunus Apaydın <<https://islamansiklopedisi.org.tr/kiyas#2-fikih>> Erişim tarihi 23 Mart 2021.

83 Kamali (n 79) 17; Ansay (n 75) 17; Armağan, İslam hukukunun kaynakları bakımından sabit kaynaklar – değişken (içtihadi) kaynaklar ayrımını yapmıştır. Yazara göre, sabit kaynaklar Kur'an ve sünnet iken içtihadi kaynaklar icma, kıyas, istihsan, istislah (kamu yararı), örf, Seddi zerayi, istishab, önceki şeraitler ve sahabe'nin tatbikatıdır. Bkz. Armağan (n 80) 63-86.

84 Ovacı (n 75) 75; Kamali (n 79) 22.

85 Akgündüz (n 79) 25; Armağan (n 80) 29.

86 Akgündüz, (n 79) 25-26.

87 Döndüren (n 75) 134.

88 Döndüren, Mecelle'nin bazı bölümlerinin Lübnan'da 1934, Suriye'de 1949, Irak'ta 1951, Ürdün'de 1977 yılına kadar uygulandığını ifade etmektedir. Bkz. Döndüren (n 75) 135.

89 Fransız kanunlarının iktibası suretiyle yasalaşan bazı Osmanlı kanunları şunlardır: 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret ve

sistemlerine entegre olmaya başlamıştır. Yine de İslam hukuku ile modern hukuk sistemleri arasında tam bir entegrasyonun olduğu söylenemez. Kanunlaştırma çalışmaları yapılsa da kodifiye edilen kurallar arasında farklılıkların olması muhtemeldir, zira devletlerin, İslam hukuku içerisinde yer alan aynı mezhep ve okulların ortaya koydukları ilke ve içtihatları kodifiye etmesi söz konusu değildir.

İslam hukukunun hukuk sistemine doğrudan kaynaklık ettiği devletler bakımından ortaya çıkan uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bağdaştırıcı bir role sahip olmuştur. Yine de modern hukuk sistemleri içerisinde İslam hukukunun dışlandığı bazı davalar ile karşılaşmaktadır. Uluslararası kaynaklarda, İslam dünyasının tahkime bakış açısını olumsuz olarak etkilediği ifade edilen davalardan⁹⁰ birisi olan *Petroleum Development (Trucial Coasts) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi* davasında hakem Lord Asquith, İslam hukukuna dayanan Abu Dabi hukukunun uygulanacağını tespit etmesine rağmen “*Kur’andan biraz yardım alarak Abu Dabi monarkının geniş takdir yetkisine bağlı adalet sisteminin*” kabul edilemeyeceğini öne sürerek uyuşmazlığı İngiliz hukukuna göre çözümlenmiştir.⁹¹ *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd* davasında da hakem, uygulanacak hukuk olarak İslam hukukunun ilgili sözleşmenin yorumlanmasında yetersizliğini ifade ettikten sonra ilgili sözleşmeye Katar hukukunu uygulamayı reddetmiştir.⁹² Fakat bu kararlar devam eden yıllarda yoğun eleştiri almıştır.⁹³

B. İSLAM HUKUKUNUN SEÇİLMESİNE İLİŞKİN OLASILIKLAR

Taraflar arasında uygulanacak hukuk olarak İslam hukukunun seçimi genel olarak dört farklı şekilde yapılabilmektedir: İlk olarak İslam hukuku kurallarının uygulandığı ya da esas alındığı devletler bakımından ilgili devletin hukuku seçilebilir. Bu durumda belirli bir ülke hukuku seçildiği için geçerli bir hukuk seçiminin kabulü muhtemeldir. İslam hukukunu – bir başka deyişle Şeriatı – devletin hukuki ve siyasi yapısının temeline koyan ülkeler Arap yarımadasında, Kuzey Afrika’da ve Güneydoğu Asya’da bulunmaktadır. Bu durumda örneğin Suudi Arabistan hukukunun taraflarca uygulanacak hukuk olarak seçilmesi mümkündür ve bir devletin hukuku seçildiği için dolaylı olarak İslam hukukunun da uyuşmazlığın çözümünde kullanılabileceği söylenebilir. Ancak İslam hukuku daha geniş bir kapsama sahiptir⁹⁴ ve İslam hukukunu benimseyen ülkeler (örneğin İran ve Suudi

1863 tarihli Ticareti Bahriye Kanunnamesi, 1861 tarihli Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi, 1879 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu. Osmanlı dönemindeki kanunlaştırma hareketleri için bkz. Mustafa Şentop, ‘Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü’ (2005) 3(5) Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi 652-659; Musa Gümüş, ‘Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri – İdeolojisi ve Kurumları’ (2013) Tarih Okulu (Sayı XIV) 166 vd.

90 Ibrahim Fadlallah, ‘Arbitration Facing Conflicts of Culture: The 2008 Annual School of International Arbitration Lecture’ sponsored by Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (2009) 25(3) Arbitration International, 307-308; Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter (n 29) 226.

91 *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi* (1951) 18 I.L.R. 144. Abdullah Mohammed Alsaidi, *Petroleum Arbitration: Applicable Law and Appropriate Arbitral Forum (A Study of Petroleum Disputes in Arab Countries)* (University of London 2004) 75.

92 *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co.* (1953) 20 ILR 534. Erişim: Alsaidi (n 91) 82.

93 Fadlallah (n 90) 313; Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter (n 29) 226; Julio Colon, ‘Choice of Law and Islamic Finance’ (2011) 46(2) Texas International Law Journal 414.

94 Doktrinde İslam hukukunun bu yönüyle ulusal-üstü (trans-national) olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Anowar Zahid and

Arabistan) yan yana koyulduğu zaman aynı konuda farklı kurallar ile karşılaşmak mümkündür. Nitekim bu durum İslam hukukunun kapsamının belirlenmesinde zorluk çıkarmaktadır.

İkinci olarak İslam hukukuna ilişkin sektörel veya ticari kuralları yansıtan AAOIFI Kuralları gibi İslam dini referanslı bazı metinlere yapılan atıflardır. Bu durumda da uygulanacak hukuk konusu tartışmaya pek açık değildir. Zira taraflarca atıf yapılan kuralların bir devlet hukuku olmadığı açık olmakla birlikte ‘uygulanacak hukuk kuralları’ kapsamına dâhil edilecektir. Bu yönüyle taraflarca seçilen hukuk kuralları, devlet mahkemeleri açısından uygulanacak hukuk olarak değil ancak sözleşme hükmü olarak işlev görecektir iken tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri için uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kuralları rolüne sahip olabilirler.

Bunun dışında, başka herhangi bir hukuk ya da kurallar bütünü zikredilmeksizin taraflar arasındaki belirli bir uyuşmazlığın İslam hukukuna göre çözümleneceği ifade edilebilir. Uyuşmazlık çözümüne ilişkin bu klozun ne şekilde nitelendirileceği ve doğuracağı hukuki sonuçlar tartışmaya açıktır. Şüphesiz uyuşmazlık çözüm merciinin ulusal mahkemeler ya da hakem heyeti (veya alternatif uyuşmazlık çözüm merciindeki ilgili merci) olmasına göre sonuç farklılık arz edecektir. Bu ihtimalde asıl tartışma konusu, uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilen İslam hukukunun bir anasyonel hukuk kuralı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda toplanmaktadır. Zira İslam hukukunun kavramsal olarak bir devlet hukuku olmadığı açıktır. Eğer taraflar arasındaki seçim anasyonel hukuk kuralı olarak değerlendirilirse İslam hukuku kurallarının sözleşmeye dâhil edilmesi ve – uygulanacak devlet hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmaması şartıyla – sözleşme hükmüymiş gibi kabul edilmesi mümkündür.

Son olarak belirli bir devlet hukuku seçilmekle birlikte İslam hukukunun temel veya belirli ilkelerinin uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu yöntem karma yöntem olarak ele alınmaktadır.⁹⁵ Bu çalışmada incelenen *Beximco* kararındaki hukuk seçimi bu türden bir seçimdir. Bu durumda salt İslam hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçilebilmesine ilişkin tartışmaların yanı sıra İslam hukukunun bir devlet hukuku ile birlikte seçilip seçilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Bilindiği üzere birden fazla hukukun seçimi geçerli bir hukuk seçimi değildir, çünkü bu hukuklardan hangisinin uygulanacağı belirsiz olup böyle bir hukuk seçiminin ‘patolojik’ bir yapısının olduğu söylenebilir.⁹⁶ Ancak uygulanacak hukuk olarak bir devlet hukukunun yanı sıra sözleşme hükümleri haline gelecek olan bir anasyonel kurallar serisinin seçilmesi mümkün olabilir. Zira bu ihtimalde taraflarca seçilen anasyonel hukuk kuralları sözleşme hükmü haline gelir ve geçerliliği seçilen devlet hukukunun emredici hükümleri ile sınırlandırılır. Ancak tahkim bakımından anasyonel hukuk kuralları da uygulanacak hukuk olarak seçilebileceği için bir yandan anasyonel hukuk kurallarının bir yandan da bir devlet hukukunun seçimi geçersizlik yaptırımını ile karşılaşacak niteliktedir.

Hasani Mohd Ali, ‘Shari’ah As A Choice Of Law In International Islamic Financial Contracts: Shamil Bank Of Bahrain Case Revisited’ (2013) 10(1) US-China Law Review 31.

95 Zahid / Mohd Ali (n 94) 33; Colon (93) 21; Junius (n 9) 543.

96 Patolojik kavramı daha çok tahkim anlaşmaları için kullanılsa da kanımızca hukuk seçimi anlaşmaları için kullanılması da mümkündür. Patolojik tahkim anlaşmaları hakkında bkz. Ozan Tok ve Sumru Akter, ‘Patolojik ve Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Değerlendirilmesi’ iç Mustafa Erkan ve Candan Yasan (edr), *Tahkim Okulu Panelleri Serisi Cilt I* (Oniki Levha 2020) 57-101.

C. LEX MERCATORIA İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK İSLAM HUKUKUNUN UYGULANACAK HUKUK OLARAK SEÇİLEBİLMESİ

İslam hukukunun, anasyonel hukuk kuralları içerisinde yer almasındaki en büyük engelin, İslam hukukuna ilişkin prensip ve kuralların tespit edilmesinde yer alan zorluk olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim hem doktrinsel görüşlerde⁹⁷ hem de yukarıda belirtilen İngiliz mahkemesi kararında, İslam hukukunun temel prensipleri arasında dahi mezhep ve döneme göre görüş farklılıklarının olduğu, taraflar arasında kastedilen hukukun hangi okul/görüş/mezhep yorumunun esas alınacağıının belirlenemeyeceği; bu sebeple sadece İslam hukukuna yapılan atfın yeterli olmayacağı ifade edilmektedir.

I. GENEL OLARAK LEX MERCATORIA

Lex mercatoria, sınırları yazılı kaynaklar ile belirlenmemiş bir hukuk kaynağı olsa da uluslararası tahkim hukukunda, uygulanacak hukuk olarak seçilebilmektedir.⁹⁸ Gerçekten de pek ulusal ve uluslararası tahkim mevzuatlarında kabul edildiği üzere, *lex mercatoria*, herhangi bir milli hukuk denetimi olmaksızın doğrudan esasa uygulanmak üzere seçilebilmekte⁹⁹ ya da tahkim düzenlemelerinin izin vermesi halinde doğrudan hakemler tarafından uygulanabilmektedir.¹⁰⁰ Hatta *lex mercatoria* yerine hukukun genel ilkeleri (*general principles of law*), uluslararası ticarete geçerli adet ve teamüller (*trade usages and practices in international law*), uluslararası ticaret hukukunda kabul edilen genel prensiplerin (*general principles of transnational commercial law*) seçilebileceği ve bunların da *lex mercatoria*'nın seçimi ile aynı anlama geldiği ifade edilmektedir.¹⁰¹

Lex mercatoria, uluslararası ticari işlemlerin esasına, hukuk sistemlerinden bağımsız olarak, ticari adet ve teamüller vasıtasıyla uygulanan kurallar bütünüdür.¹⁰² *Lex mercatoria*'nın hukuki niteliği konusunda üç temel yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, *lex mercatoria*'nın milli hukuk sistemlerinin dışında ve onlardan bağımsız ayrı bir hukuk sistemi olarak gören görüştür.¹⁰³ İkinci

97 Junius (n 9) 542; Colon (93) 424; Killian Balz, 'Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals and Others' (2004) 9(1) Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online 510; Jonathan Ercanbrack, *The Transformation of Islamic Law in Global Financial Markets* (CambridgeUP 2015) 315; Faisal Kutty, 'The Sharia Factor in International Commercial Arbitration' (2006) 28(3-4) Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 565, 596.

98 Tolga Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex mercatoria* (Vedat 2011) 86; Harold J Berman and Colin Kaufman, 'The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)' (1978) 19(1) Harvard Law Journal 221; Filip De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria* (Emerald 1992) 7; Arzu Oğuz, *Lex Mercatoria* (Yetkin 2004) 187; Güven (n 29) 27; Clive Schmitthoff, 'International Trade Usages'(ICC 1987) ICC Yayın no. 440/4, Institute of International Business Law and Practice Newsletter 48-49.

99 Bkz. yukarıda Bölüm I.B.

100 Özel, *Tahkim* (n 29) 142; Güven (n 29) 29-32; Ayoğlu (n 98) 88-89.

101 Ayoğlu (n 98) 87.

102 Ayoğlu (n 98) 2; Berman/Kaufman (n 98) 222; De Ly (n 98) 5; Güven (n 29) 29.

103 Bu görüş öncelikle Berthold Goldman tarafından ortaya atılmıştır. Berthold Goldman, *The Suez Company – an International Company* (Le Monde 1956); Aleksandar Goldstajn, 'Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention' iç Petar Sarcevic and Paul Volken (edr), *International Sale of Goods* (Oceana 1986) 70. Bu görüşü savunan yazarlar hakkında bkz. Ayoğlu (n 98) 33-39.

görüş ise *lex mercatoria*'yı milli hukuk sistemlerinin desteğiyle ve bu sistemlerin bir parçası olarak uygulanan uluslararası ticarete özgü maddi hukuk kuralları olarak kabul etmektedir.¹⁰⁴ Son olarak bir anlamda ilk iki görüşü birleştiren üçüncü bir görüş, *lex mercatoria*'nın bağımsız bir hukuk düzeni oluşturmayan ancak bağımsız bir hukuk düzeni gibi uyumsuzluğun esasına uygulanan, bağlayıcılığını uluslararası planda gördükleri genel kabulden alan milletlerarası ticarete özgü maddi norm ve kurallardan oluştuğunu ifade etmektedir.¹⁰⁵

Bununla birlikte *lex mercatoria*'nın bulunduğu çerçevenin daha iyi anlaşılabilmesi için *lex mercatoria*'nın kaynaklarını göz önünde bulundurmamak gerekmektedir. Bir yaklaşıma göre *lex mercatoria*'nın kaynaklarını uluslararası konvansiyonlar, model kanunlar ve ticari örf-adet'in oluşturduğu kabul edilmişken (sınırlayıcı yaklaşım), diğer bir yaklaşım yukarıda belirtilenlerin dışında sözleşmeler hukukunun genel prensipleri, standart sözleşmeler, genel işlem şartları, davranış kuralları ve hakem kararlarını da *lex mercatoria*'nın kaynağı olarak ele almaktadır (geniş yaklaşım).¹⁰⁶ Buradan da bakıldığı zaman *lex mercatoria*'nın uluslararası ticarete ilişkin karşılaştırmalı hukuk birikimi ve yerleşik kural ve uygulamaları yansıttığı anlaşılmaktadır.

2. İSLAM HUKUKUNUN SEÇİLMESİNDE TARAF İRADESİNİN GEÇERLİLİĞİ

Bilindiği üzere hukuk seçimi, geçerliliğini hukuk sisteminin izin verdiği ölçüde tarafların iradesinden almaktadır. Gerçekten de sözleşmeler alanında irade serbestisi prensibi en geniş anlamda geçerli olmakta ve yabancılık unsuru içeren sözleşmesel ilişkiler bakımından sözleşmeyi yönetecek olan veya uyumsuzluğun çözümünde kullanılacak olan hukuk sistemi taraflarca belirlenebilmektedir. Alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemleri bakımından irade serbestisi biraz daha geniş tutulmakta ve belirli hukuk kuralları seçilerek uygulanacak hukuk belirlenebilmektedir. Yine irade serbestisi prensibinin bir parçası olarak belirli kurallara atıfta bulunarak ilgili kuralların sözleşmeye dâhil edilmesine olanak tanınmaktadır.

Lex mercatoria, yukarıda üzerinde durulduğu üzere, ticari adet ve teamüller vasıtasıyla uluslararası ticari işlemlerin esasına, hukuk sistemlerinden bağımsız olarak uygulanabilmektedir. Oysa *lex mercatoria*, yazılı kurallar olmayıp uluslararası ticarete ilişkin karşılaştırmalı hukuk birikimi ve yerleşik kural ve uygulamaları yansıtmaktadır. Bu durumda *lex mercatoria* ile İslam hukuku hakkında hukuk seçimi bakımından nasıl bir fark olabileceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira İslam hukuku ya da Şeriat kavramları bakımından *lex mercatoria* ile benzer değerlendirmelerin yapılması mümkündür. İslam hukukunun milli hukuk sistemlerinden bağımsız ya da bazı milli hukuk sistemlerinin desteğiyle ve bu sistemlerin bir parçası olarak geliştiği ifade edilebilir. Bununla birlikte bazı devletlerde Müslümanların taraf olduğu uyumsuzluklar bakımından uyumsuzluğun İslam hukukuna göre ya da İslam hukukunun genel prensiplerine göre çözülmesi asıldır. Nitekim karşılaştırmalı hukukta bazı kaynaklarda İslam hukukunun *lex mercatoria* içerisinde değerlendirildiği

104 Bu görüşü savunan yazarlar hakkında bkz. Ayoğlu (n 98) 45-51.

105 Bu görüşü savunan yazarlar hakkında bkz. Ayoğlu, (n 98) 51-56.

106 Ayoğlu (n 98) 2.

görülmektedir.¹⁰⁷ Buna karşın İngiliz yargısının *lex mercatoria*'yı uygulanacak hukuk olarak kabul ederken Şeriat prensiplerinin uygulanmasını reddetmesi, bazı yazarlarca eleştirilmiştir.¹⁰⁸ Söz konusu kararı eleştiren Zahid/Ali'ye göre, taraflı bir yaklaşım sergilenmiş, irade serbestisi prensibine ve İslam hukukuna bir saygısızlık yapılmıştır.¹⁰⁹

İslam hukuku ya da Şeriat kavramlarının ulusal-üstü (*transnational*) olduğu, yani bir devlet hukukunun dışında fakat pek çok devleti ilgilendiren bir kurallar bütünü olduğu açıktır.¹¹⁰ Bununla birlikte *Beximco* kararında öne sürüldüğü üzere çok sayıda farklı yorum ve görüş ile karşılaşmaktadır. İslam dini ve buna bağlı olarak kuralları, mezhepler özelinde bir gelişim göstermiştir. *Lex mercatoria* ile İslam hukuku arasındaki temel fark buradan kaynaklanmaktadır. İslam hukuku kuralları, *lex mercatoria*'ya nazaran daha az kurumsallaşmış ve yeknesaklaştırılmıştır. *Lex mercatoria* içerisinde var olduğu kabul edilen Viyana Sayım Sözleşmesi, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, UNIDROIT ilkeleri ve uluslararası ticaret hukukunun temel prensipleri bakımından büyük benzerliklerin olduğu söylenebilir. Buna karşın İslam hukukunda bir konuda farklı görüşlerle karşılaşmak daha olasıdır. Yine de İslam hukuku içerisinde bazı temel prensiplerin ortak olduğu ya da genel kabul gördüğü ifade edilebilir. Bazı eserlerde ticari ve ekonomik alanda genel kabul gören kurallar bütününe ifade etmek üzere *lex mercatoria Islamica* kavramı kullanılmıştır.¹¹¹

Doktrinde; İslam ülkelerinde dahi faiz, garar ve murahaba gibi İslami finansa ilişkin kavramların çerçevesinin yasal olarak belirlenmediği, bu sebeple Batı dünyasında İslam hukukunun uygulanmasının 'belirsizlik' gerekçesiyle reddedildiği tespiti yapılmıştır.¹¹² Bununla birlikte İslam ülkeleri arasında aynı konuda farklı kural ve uygulamaların bulunması sözleşmeye ve/veya uyumsuzluğu taraflarca seçilen İslam hukukunun uygulanmasına engel görülmiştir. Buradan hareketle uygulanacak hukuk kurallarının seçiminde belirlilik unsurunun büyük önem arz ettiği görülmektedir. Bir kurumun çıkardığı yazılı kurallar bütününe, bir uluslararası sözleşmeye, belirli bir sektörde mutad hale gelen prensiplere yapılan atıflar ile belirli bir ülkenin hukukunun seçimi bu belirliliği sağlamaktadır. Belirlilik unsuru sadece seçilen hukuk kurallarının içeriği bakımından değil, ayrıca hukuk seçimi klozunun lafzı bakımından önem arz etmektedir.¹¹³ Bu hususta Türk mahkemelerinin de katı bir yaklaşımı bulunmaktadır.¹¹⁴

107 Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter (n 29) 225.

108 Zahid / Mohd Ali (n 94) 31-34; Kareem Adebayo Olatoye and Abubakri Yekini, 'Choice of Law As the Governing Law in Islamic Finance Contracts: The United Kingdom and Nigerian Perspectives' (2017) 25(1) IIUM Law Journal 158-159; Ahmad Q. Farah and Rasha M. Hattab, 'The Application of Shari'Ah Finance Rules in International Commercial Arbitration' (2020) 16(1) Utrecht Law Review 130.

109 Zahid / Mohd Ali (n 94) 34.

110 Zahid / Mohd Ali (n 94) 31.

111 Bruno Martin Baumeister, 'Lex Mercatoria Islamica: Sharia as Choice of Law under Rome I Regulation' Repositorio Universidad Pontificia Comillas <<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/27196>> Erişim tarihi 21 Mart 2021; Zahid / Mohd Ali (n 94) 31; Michelle Sanson, *Essential International Trade Law* (2nd Ed, Australia 2005) 6; Colon (93) 416.

112 Colon (93) 426.

113 Chuah (n 9) 144.

114 "... 02.04.2011 tarihli sözleşmenin 4. maddesi, "Taraflardan her biri, iş bu akitin süresinden önce feshini ancak M.K'nun 672. maddesinde yer alan önemli hususların vukuunda isteyebilirler ve ancak bu durumda akit süresinden önce feshedilir"

Ancak kanımızca bu hususta tarafların gerçek iradesinin ortaya çıkarılması konusunda, yargılamayı yapan merciin gayret göstermesi ve gerekli durumlarda taraflara başvurulması gerekmektedir. Bu durumda yargılama merciinde, gerekli inceleme yapıldıktan sonra, tarafların iradesi konusunda bir kanaat oluşmamışsa, uygulanacak hukuka dair seçimin geçersiz kılınması mümkün olmalıdır. Bir başka deyişle, somut olayın şartlarına göre tarafların iradesine geçerlilik tanımak mümkün ise İslam hukukunun ilgili prensiplerine etki tanınmalıdır, fakat uygulanacak kurallara dair belirsizlik bulunmakta ise geçersizlik yaptırımının üzerinde durulması beklenmektedir.

Son olarak İngiltere dâhil bazı ülkelerde yabancı hukukun hukuk olarak değil de vakıa olarak uygulandığını vurgulamak gerekir. Bu durumda eğer İslam hukuku seçilmesine rağmen taraflarca talep edilmemiş veya İslam hukukunun içeriğine dair bilgi getirilmemiş ya da uzman mütalaasına başvurulmamış ise İngiliz hukuku uygulanmaya devam edecektir.¹¹⁵ Kıta Avrupası hukukunun bir parçası olarak Türk hukukunda ise yabancı hukuk bir hukuk olarak uygulanmaktadır. Bir başka deyişle taraflarca seçilen hukuk, re'sen ve yabancı hâkim nasıl uyguluyorsa o şekilde uygulanmalıdır.¹¹⁶

SONUÇ

İrade serbestisi prensibi gereğince yabancılik unsuru içeren sözleşmesel ilişkilerde tarafların uygulanacak hukuku seçebilecekleri uzun zamandır kabul görmektedir. İrade serbestisinin sınırları tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından daha da geniş olup uygulanacak hukuk olarak bir devlet hukuku yerine anasyonel hukuk kuralları seçilebilmektedir. Nitekim uluslararası ticari uyuşmazlıklarda *lex mercatoria* kavramı, bağımsız bir maddi hukuk kuralları bütünü olarak gelişmiş ve uygulama tarafından genel kabul görmüştür.

İslam ülkelerinin uluslararası ticarete rollerinin artmasıyla birlikte uyuşmazlıkların çözümünde İslam hukukunun kullanılması daha fazla gündeme gelmektedir. Özellikle Batı kökenli laik hukuk düzenleri içerisinde İslam hukukunun ne suretle uygulanacağı konusu bazı belirsizlikler ve tartışmalar barındırmaktadır. Bu hususta hâkim veya hakemleri en çok zorlayan hususların, hâkim ya da hakemlerin İslam hukukuna yabancı olması, İslam hukukunun kapsamının ve

hükümünü haizdir. Bu maddeye göre, taraflar akdin feshinde Medenî Kanununun 672. maddesine yollama yapmışlardır. Yollama yapılan kanun, Yunan Medenî Kanunudur. Çünkü Türk Medenî Kanununun 672. Maddesi Miras Hukukuna ilişkin iken, Yunan Medenî Kanununun 672. maddesi iş akdinin feshini düzenlemektedir¹ ve "Taraflardan her birisi haklı sebepler ile önceden herhangi bir önel vermeksizin sözleşmeyi her zaman feshetme hakkını haizdir. İşbu hak sözleşme ile de bertaraf edilemez." hükmüne yer vermektedir. Bu durumda taraflar, sözleşmenin feshinde Yunan Medenî Kanununa göndermede bulunmuşlardır. Öncelikli mesele tarafların bu şekilde göndermede bulunmasının taraflar arasında bir hukuk seçimi anlamına gelip gelmediğini değerlendirmektir.... Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin bahse konu 4. maddesinin içeriği ve yukarıdaki 24. madde dikkate alındığında, tarafların yalnızca sözleşmenin feshi bakımından Yunan Medenî Kanununun uygulanmasını amaçlamış oldukları, aralarında uygulanacak hukuku tereddüde yer vermeyecek şekilde kararlaştırmış olduklarından söz edilemeyeceği; nitekim davalı vekilinin temyiz itirazlarında da iş sözleşmesinde uygulanacak hukuk seçimi yapılmadığının ifade edildiği gözetildiğinde taraflar arasındaki iş sözleşmesine, 5718 sayılı Kanununun 27/2. maddesine göre işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukukunun uygulanacağını kabul etmek gerekir." Y. 22. HD. E. 2016/9339 K. 2019/16564 T. 18.09.2019 Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim tarihi 17 Kasım 2020.

115 Kanunlar ihtilafı kurallarının ve uygulanacak hukukun vakıa olarak değerlendirilmesi hakkında bkz. Can Yöney, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (Oniki Levha 2018) 55-61.

116 Yöney (n 115) 51-55.

kurallarının belirlenmesinde yaşanan zorluklar, bir devlet hukuku olmaması sebebiyle bazı ülkelerde uygulanmasının kabul edilmemesi olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan İslam hukukuna ilişkin olarak ortaya konan bazı kararlar – Arap yarımadası gibi – ekonomik etkinliğin olduğu bazı bölgelerde, uluslararası hak arama çalışmalarına ve özellikle tahkime karşı olan bakış açısını olumsuz etkilemektedir.

Uluslararası uyuşmazlıklarda İslam hukukunun uygulanmasına ilişkin bu çalışmada *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco* kararı inceleme konusu yapılmıştır. İngiliz devlet mahkemeleri önünde görülen davada faize dayalı olarak yapılan sözleşmelerin geçerliliği, buna bağlı olarak uygulanacak hukuk olarak İslam hukukunun seçilip seçilemeyeceği tartışılmıştır. Taraflarca yapılan sözleşmede uygulanacak hukuk klozu olarak şu ifadeye yer verilmiştir: “*Yüce Şeriat prensiplerine bağlı olarak bu sözleşme İngiliz hukukuna tabi olacak ve İngiliz hukukuna uygun olarak yorumlanacaktır.*” İlk derece mahkemesinde; Roma Konvansiyonu’na göre uygulanacak hukuk olarak ancak bir devlet hukukunun seçilebileceği, İslam hukukunun bir devlet hukuku olmadığı, aynı anda iki devletin birden seçilemeyeceği, ayrıca ‘*Yüce Şeriat prensipleri*’ ile taraflarca ortaya konulan seçimde İslam dininin çok sayıda yorumundan hangisinin ya da hangilerinin uygulanmasını gerektiğinin belirlenemediği, çok fazla belirsizlik barındırdığı gerekçeleriyle, İslam hukukunun uygulanması reddedilmiştir. Bu suretle davacı lehine hüküm kurulmuş, bu karar İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından onaylanmıştır. 2004 tarihli bu karardan sonra lehe ve aleyhe doktrinsel değerlendirmeler yapılmıştır. İslam hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçilip seçilememesine ilişkin bu tartışma hâlâ önemini korumaktadır.

Konu hakkındaki esas tartışma İslam hukukunun anasyonel hukuk kuralları olarak tanımlanabilmesi üzerinde toplanmaktadır. Zira İslam hukukunun bir devlet hukuku olmadığı açıktır ve seküler devlet mahkemeleri nezdinde salt İslam hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçilmesi mümkün görünmemektedir. Bundan ziyade İslam hukukunun esas alındığı bir ülke hukukunun seçilmiş olması sonuç doğuracaktır. Ancak eğer İslam hukuku (ya da Şeriat) anasyonel hukuk kuralları olarak değerlendirilecek olursa, ilgili ilke ve kurallar, sözleşme hükmü olarak kabul edilebilecek ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri açısından uygulanacak hukuk kuralları içerisinde değerlendirilerek uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere taraflarca seçilebilecektir.

İslam ülkeleri ve tacirleri açısından uluslararası alanda İslam hukukunun uygulanması genellikle arzu edilmektedir. Ancak İslam hukukunun –anasyonel hukuk kuralları olarak dahi – uygulanması bakımından en büyük engelin, İslam hukukunun sahip olduğu geniş kapsam ve birbirinden farklı yorum ve uygulamalar olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de uluslararası ticari örf adet hukuku olarak da bilinen *lex mercatoria* uygulanacak hukuk olarak seçilebilirken İslam hukukunun seçilebilmesinde genel bir kabulün olmaması, “İslam hukuku”nun *lex mercatoria*’dan farklı olarak kurumsallaşamamasından ve yeknesak bir bütün oluşturamamasından kaynaklanmaktadır. Farklı mezhep ve ülkelere bağlı olarak bir hukuki işlemin İslam dinine göre caiz (hukuka uygun) olup olmadığı değişebilmektedir. Nitekim İslami bankacılık adı altında faaliyet gösteren pek çok finansal kuruluşun işlemlerinin İslam’a uygunluğu, kurum bünyesinde oluşturan Kurullar tarafından belirlenmektedir. Bu durumdan sektörel anlamda da olsa İslam hukuku hakkında bağlayıcı bir otorite bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu eksikliği gidermek adına AAOIFI gibi sivil ve bağımsız kurumlar

vasıtasıyla İslami kurallar somutlaştırılmaktadır. Ancak bu kurumların henüz “İslam hukuku”nu tayin ettiğini ileri sürmek mümkün görünmemektedir. Yine de bu kurumların zaman içerisinde *lex mercatoria Islamica*'yı inşa etmesi mümkündür.

Hukuk seçimi, irade serbestisi prensibinin bir parçasıdır. İrade serbestisi prensibinin kabul edildiği alanlarda tarafların gerçek iradesinin ortaya çıkarılması gerekmektedir. Nitekim pek çok ulusal kanunda ve tahkim kurumlarının kurallarında açık hukuk seçiminin yanı sıra zımnî hukuk seçiminin de geçerli kabul edildiği görülmektedir. Zımnî hukuk seçiminde tarafların gerçek iradesi, hükümlerin yorumlanması suretiyle tayin edilmektedir. Bu çerçevede İslam hukuku kuralları bakımından da tarafların açık iradesinin hilafına bir yorum yapmak hukuken doğru olmayacaktır. İslam hukuku içerisinde çeşitli alanlarda farklı görüş ve yorumların bulunduğu, özellikle Sünnî-Şii gibi ya da bunlar içerisinde alt ayrımların (Hanefilik, Şafilik, Malikilik, Hanbelilik gibi) bulunduğu açıktır. Buna karşın bazı prensipler açısından belirgin görüş farklılıkları bulunmamaktadır. Faizin yasaklılığı konusu da bilinen ve ihtilaf bulunmayan İslam ticaret hukuku prensiplerinden birisidir. Dolayısıyla taraflar, genel İslami prensiplere atıf yapmışlarsa faiz yasağının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir, zira tarafların bu yönde bir iradesinin bulunduğu kabul edilebilir. Bu durumda tarafların iradesi hilafına taraflarca yapılan seçim geçersiz kılınmamalıdır. Ancak faiz yasağının uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan hukukun kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilebilirse, bu konuda *lex arbitri*'ye başvurulabilecektir.

Shamil Bank of Bahrain v. Beximco kararını da bu bağlamda değerlendirmekteyiz. İlgili uyuşmazlıkta “*Yüce Şeriat prensiplerine bağlı olarak bu sözleşme İngiliz hukukuna tabi olacak ve İngiliz hukukuna uygun olarak yorumlanacaktır*” klozu ile karma bir hukuk seçimi yapılmıştır. Kanımızca, tarafların mahkemeler nezdinde esas uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukukunu seçtiği, ancak bundan önce şerî hukuk prensiplerinin dikkate alınması gerektiği, şer’î hukuk ile İngiliz hukukunun emredici hükümlerinin çatıştığı alanda İngiliz hukukunun uygulanacağı, İngiliz hukukunun izin verdiği ölçüde temel şeriat prensiplerinin uygulama alanı bulacağı anlaşılmaktadır. Bu perspektiften bakarak denilebilir ki sözleşme serbestisini ön planda tutan İngiliz hukukunda taraflar arasında yapılan anlaşma ile faizin uygulanmayacağına belirlenmesi mümkündür. “*Şeriat ilkelerine bağlı olarak*” ifadesine dayanarak temel İslam hukuku prensiplerinin sözleşmeye dâhil edildiğinin kabulü mümkün ve yerindedir. Ancak faiz konusunda İslami görüş ve disiplinler arasında belirgin bir fark olsaydı bu durumda, belirsizlik sebebiyle İslam hukuku prensipleri gözetilmeden doğrudan İngiliz hukukuna göre çözümlenmesi yerinde olurdu.

Ancak yukarıda belirtildiği üzere İslami bankacılık uygulamasında bağlayıcı Şeriat otoriteleri bulunmamakta, genellikle “Danışma(veya Denetim) Kurulu” ve benzeri kurumsal yapılar vasıtasıyla yapılan işlemlerin İslam hukukuna uygunluğu ya da aykırılığı değerlendirilmektedir. Somut uyuşmazlık bakımından 1995 ve 1996 tarihli murabaha anlaşmaları ile 1999 ve 2001 yıllarında yapılan sözleşme değişikliklerinin faiz içerdiği, bu sebeple (Şeriatı göre) geçersiz olması gerektiği ifade edilmiştir. Oysa bu sözleşmeler bankanın Dini Denetleme Kurulu tarafından Şeriatı uygun bulunmuştur. İslam hukuku uzmanları tarafından dolaylı olarak söz konusu işlemlerin faiz içerdiği ve İslam hukukuna aykırı olduğu sonucuna ulaşılsa dahi ilgili sözleşmelerin taraflar arasında

karşılıklı müzakere yoluyla yapıldığı ve taraflarca Şeriatı uygunluğunun kabul edildiği göz önünde bulundurularak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmenin dürüstlüğü aykırı olduğu kabul edilebilir.

Yukarıda yapılan değerlendirmeler Türk hukuku açısından da geçerlidir. Yani taraflar arasındaki hukuk seçimi klozunda “*Yüce Şeriat prensiplerine bağlı olarak bu sözleşme Türk hukukuna tabi olacak ve Türk hukukuna uygun olarak yorumlanacaktır*” ifadesi kullanılmışsa belirliliği sağladığı ölçüde Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olmayan İslami prensiplerin uyumsuzluğa uygulanması mümkündür. Zira Türk hukukunda anasyonel hukuk kurallarının seçiminin, uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla sözleşme hükmü olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir.¹¹⁷ Ancak hukuk seçimi klozunda İslam hukuku ya da Şeriatın genel prensipleri gibi belirli bir kalıba sahip olmayan kuralların seçimi taraf iradesini yeterince ortaya koymamaktadır. Bu durumda tarafların iradesinden tereddüt etmeyecek bir belirlilik sağlayacak olan anasyonel kurallar bütününe atf yapılması daha sağlıklı olacaktır.

Eğer taraflar, uyumsuzluk halinde İslam hukuku/Şeriat prensiplerinin uygulanmasını arzu ediyorlarsa; (a) İslam hukukunun uygulandığı devletlerden birinin hukukunun seçilmesi, (b) AAOIFI gibi yazılı kurallar oluşturan bağımsız kuruluşların kurallarına atf yapılması, (c) ilgili prensiplerin doğrudan sözleşmede yer alması, seçeneklerinden birini gözetmeleri hukuk seçiminin geçerliliği konusundaki belirsizlikleri ortadan kaldıracaktır. Aksi takdirde hukuk seçimi klozunda sadece “Yüce Şeriat prensipleri”, “İslam’ın genel kuralları” “İslam hukuku” gibi kavramlara yer verilmesi tek başına belirliliği sağlamaya yetmeyecektir. Ancak tarafların gerçek iradesinin tespit edilmesi mümkün ise, uyumsuzluk hakkında İslam dâhil bir dini kurallar bütününe ya da belirli bir mezhebinin ilkelerine göre hüküm kurulması – devlet mahkemesi nezdinde görülen davalarda uygulanacak devlet hukukunun emredici kurallarına aykırı olmamak şartıyla – mümkündür.

KAYNAKÇA

- Abdelhady H, ‘Islamic Law in Secular Courts (Again): Teachable Moments from the Journey’ (2011) <https://www.opalesque.com/OIFI137/Industry_Snapshot_Islamic_Law_in_Secular_Teachable197.html?act=archiveOIFI&and=showArticle&iID=37> Erişim tarihi 17 Nisan 2021.
- Abdul-Rahman Y, *İslamda Bankacılık ve Finansman* (Çev. Salih Tuğ ve Abdullah Tuğ) (İZÜ 2015).
- Akgündüz A, *Introduction to Islamic Law* (OSAV 2010).
- Aktepe İE, *Faiz ve Finansman Hadisleri* (Yedirenk 2010).
- Al-Alwani TJ, *Source Methodology in Islamic Jurisprudence – Usul al-Fiqh al-Islami* (3rd Ed, Londra 2003).
- Alsaidi AM, *Petroleum Arbitration: Applicable Law and Appropriate Arbitral Forum (A Study of Petroleum Disputes in Arab Countries)* (University of London 2004).

117 Türk mahkemeleri nezdinde faize ilişkin emredici kuralların doğrudan uygulanan kurallar kapsamında görülmesi mümkündür. Faize ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu dahil çeşitli kanunlarda düzenlemeler bulunmaktadır. TBK m. 88’de akdi faiz, m.120’de temerrüt faizi ve m.253/3’te taksitli satışlarda alıcının temerrüde düşmesi halinde uygulanacak faiz düzenlenmiştir. Kural olarak faiz taraflarca kararlaştırılabilir ancak bunun bir üst sınırı bulunmaktadır. Örneğin TBK m. 88’e göre, “(1)Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. (2) Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz.” Faize ilişkin üst sınır kuralları kanımızca doğrudan uygulanan kurallar içerisinde mütalaa edilebilir.

- Amin SH, *Islamic Law and Its Implications for the Modern World* (Londra 1989).
- Ansary Ş, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku* (3. Bası, AÜİF 1958).
- Armağan S, *Anahatlarıyla İslam Hukuku* (Işık 2009).
- Ayoğlu T, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria* (2. Bası, Vedat 2011).
- Ayub M, *İslami Finansı Anlamak* (Çev: Suna Akten Çürük / Raif Parlakkaya) (İktisat 2017).
- Balz K, 'Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals and Others' (2004) 9(1) Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online 509-526.
- Baumeister BM, 'Lex Mercatoria Islamica: Sharia as Choice of Law under Rome I Regulation' Repositorio Universidad Pontificia Comillas <<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/27196>> Erişim tarihi 21 Mart 2021.
- Bedir M, 'Fikih to Law: Secularization Through Curriculum' (2004) 11(3) Islamic Law and Society 378-401.
- Berman HJ and Kaufman C, 'The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)' (1978) 19(1) Harvard Law Journal 221-277.
- Bhatti M, *Islamic Law and International Commercial Arbitration* (Routledge, 2019).
- Blackaby N, Partasides C, Redfern A and Hunter M, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, (5th Ed, OUP 2009).
- Çalışkan Y, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilaflı Meseleleri* (Beta 2014).
- Casini L, 'The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport, Lex Sportiva: What is Sports Law?' iç Robert Siekmann and Janwillem Soek (edr) *Asser International Sport Law Series* (Springer 2012) 149-171.
- Çelikel A ve Erdem B, *Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk* (16. Bası, Beta 2020).
- Chuah J 'Islamic Principles Governing International Trade Financing Instruments: A Study of the Morabaha in English Law' (2006) 27(1) Northwestern Journal of International Law and Business 137-170.
- Chukwumerije O, *Choice of Law in International Commercial Arbitration* (Quorum 1994).
- Colon J, 'Choice of Law and Islamic Finance' (2011) 46(2) Texas International Law Journal 410-436.
- De Ly, Filip, *International Business Law and Lex Mercatoria* (Emerald 1992).
- Demirkol B, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (2. Baskı, Vedat 2014).
- Dicey AV, Morris JHC, Collins L, *Collins, Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* (15. Bası, Sweet&Maxwell 2012).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6. Bası, Savaş 2020).
- Döndüren H, *İslam Hukukuna Giriş* (Karatay Üniversitesi 2017).
- Duval A, 'Lex Sportiva: A Playground for Transnational Law' (2013) 19(6) European Law Journal 822-842.
- Colon J, 'Choice of Law and Islamic Finance' (2011) 46(2) Texas International Law Journal 410-435.
- Ercanbrack J, *The Transformation of Islamic Law in Global Financial Markets* (CambridgeUP 2015).
- Erkan M, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin 2013).
- Fadlallah I, 'Arbitration Facing Conflicts of Culture: The 2008 Annual School of International Arbitration Lecture' sponsored by Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (2009) 25(3) Arbitration International 303-318.
- Farah AQ, Hattab RM, 'The Application of Shari'Ah Finance Rules in International Commercial Arbitration' (2020) 16(1) Utrecht Law Review 117-139.
- Goldman B, *The Suez Company an International Company* (Le Monde 1956).

- Goldstajn A, 'Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention' iç Petar Sarcevic and Paul Volken (edr), *International Sale of Goods* (Oceana 1986).
- Gözler K, 'İslâm Hukukunun Değeri – İslâm Hukuku, Batı Hukukuna Alternatif Olabilir mi?' (2019) <www.anayasa.gen.tr/islam-hukuku.htm> Erişim tarihi 19 Nisan 2021.
- Gümüş M, 'Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri – İdeolojisi ve Kurumları' (2013) Tarih Okulu (Sayı XIV) 163-200.
- Güven K, 'Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim' (2014) 34(2) Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni 1-57.
- Hallaq WB, *An Introduction to Islamic Law* (CambridgeUP 2009).
- Junius A, 'Islamic Finance: Issues Surrounding Islamic Law as a Choice of Law under German Conflict of Laws Principles' (2007) 7(2) Chicago Journal of International Law 537-550.
- Kalpsüz T, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim* (2. Bası, Yetkin 2010).
- Kamali MH, *An Introduction to Shari'ah* (Ilmiah 2006).
- Karaca HA, 'CISG'in Milletlerarası Uygulama Alanı, İrade Serbestisi ve Bazı Yorum Meseleleri' (2019) 39(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 189-215.
- Karaca HA, 'Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda "Hukuk Kuralları"nın Seçimi: Lahey Prensipleri M. 3'ü iç Sibel Özel ve Mustafa Erkan (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler* (Oniki Levha 2018).
- Kutty F, 'The Sharia Factor in International Commercial Arbitration' (2006) 28(3-4) Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 565-624.
- Mankowski P, 'Article 3 of the Hague Principles: The Final Breakthrough for the Choice of Non-State Law' (2017) 22(2) Uniform Law Review 369-394.
- Michaels R, , 'Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts' iç Kai Purnhagen and Peter Rott (edr) *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz* (Springer 2014).
- Nygh P, 'The Reasonable Expectations of the Parties As a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort' iç *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (Brill 1995) 269-400.
- Oğuz A, *Lex Mercatoria* (Yetkin 2004).
- Olatoye KA ve Yekini A, 'Choice of Law As the Governing Law in Islamic Finance Contracts: The United Kingdom and Nigerian Perspectives' (2017) 25(1) IIUM Law Journal 137 – 159.
- Ovacı V, 'İslam Hukukunun Karakteristik Özellikleri' (2015) 7(7) Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 69-80.
- Ozdem BH, 'The Path of Eastern Arbitration to Take Islamic Finance Disputes from the Hands of English Litigation' (2019) 39(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 295-323.
- Özdemir Kocasakal H, 'Viyana Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı' 2013(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19-52.
- Özel S, *Akreditif ve Hukuki Niteliği* (Beta 1991).
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal 2008).
- Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *Commentary on the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts* (the Hague Conference 2015).
- Abdulrahman A, 'Shariah as the governing law of Islamic finance contracts in the UK: The impact of Rome I Regulation and the position in arbitration' Young ICCA Forum <https://youngicca-blog.com/2014/11/> Erişim tarihi 4 Mart 2021.

- Şanlı C, Esen E, Ataman Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8. Baskı, Beta 2020).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. Baskı, İstanbul 2019).
- Sanson M, *Essential International Trade Law* (2nd Ed, Australia 2005).
- Schmitthoff C, 'International Trade Usages'(ICC 1987) ICC Yayın no. 440/4, Institute of International Business Law and Practice Newsletter.
- Selanik AA, Bayram O, Değirmenci IT, 'Viyana Satım Antlaşması'nın (CISG) Tarihsel Gelişimi ve Uygulama Alanı' (2018) 17(4) Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 1353-1367.
- Siddiqi MN, *Issues in Islamic Banking* (IF Londra 1983).
- Siddiqui SH, *Islamic Banking*, (Pakistan 1994).
- Süral BC, 'Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması için Uluslararası Enstitü) Prensipleri' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2008).
- Şentop M, 'Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü' (2005) 3(5) Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi 647-672.
- Tok O ve Akter S, 'Patolojik ve Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Değerlendirilmesi' iç Mustafa Erkan ve Candan Yasan (edr), *Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt I* (Oniki Levha 2020) 57-101.
- United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (With amendments as adopted in 2006).
- Von Bar C ve Mankowski P, *Internationales Privatrecht* (2. Ed, Beck 2003).
- Winship P, 'The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts' iç Nina M. Galston and Hans Smith (edr), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (New York 1984) 1-53.
- Yanpar A, *İslami Finans - İlkeler, Araçlar ve Kurumlar* (Scala 2014).
- Yener Keskin C, *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi* (Oniki Levha 2017).
- Yöney C, 'Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Sportiva' iç Sibel Özel ve Hatice Selin Pürselim Arning (edr), *Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (Oniki Levha 2010) 69-115.
- Yöney C, 'Viyana Satım Sözleşmesi'nin Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk Olarak Uygulanabilirliği' (2019) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 745-781.
- Yöney C, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (Oniki Levha 2018).
- Zahid A and Mohd Ali H, 'Shari'ah As A Choice Of Law In International Islamic Financial Contracts: Shamil Bank Of Bahrain Case Revisited' (2013) 10(1) US-China Law Review 27-34.
- Özbay İ ve Erdem M, 'Bir Kurumsal Tahkim Merkezi Örneği Olarak İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi Üzerine Düşünceler' (2020) 2(1) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-58.
- İsta Blog, 'İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi' (2020) < <https://ista.org.tr/blog/haberler/islam-isbirligi-teskilati-tahkim-merkezi/> Erişim tarihi 19 Nisan 2021.
- Kumtepe Y ve Loschi R, 'Investment Dispute Settlement Body of the Organisation of Islamic Cooperation: A Dead End for Claims under the OIC Investment Agreement?' (2019) Kluwer Arbitration Blog, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/29/investment-dispute-settlement-body-of-the-organisation-of-islamic-cooperation-a-dead-end-for-claims-under-the-oic-investment-agreement/>> Erişim tarihi 19 Nisan 2021.

Çevrimiçi Kaynaklar

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>

<http://conflictoflaws.net/News/2011/01/PIL-China.pdf>.

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/19.html>
<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>
<https://bahrainbusinesslaws.com/laws/Law-of-Commerce>
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/>
<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration>
<https://islamansiklopedisi.org.tr/murabaha>
<https://ista.org.tr/blog/>
<https://kuran.diyaret.gov.tr/>
<https://treaties.un.org/>
<https://www.fedlex.admin.ch/>
<https://www.izu.edu.tr/docs/>
www.anayasa.gen.tr/islam-hukuku.htm
Legalbank Elektronik Hukuk Bankası

Haklı Yahut Geçerli Fesih Nedeni Olarak İşyerinde Yaşanan Duygusal İlişkiler – Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Değerlendirmeler

Emotional Relationships in the Workplace As a Justified or Valid Reason for Termination–Evaluations in the Framework of the Constitutional Court and Supreme Court Decisions

Mustafa Alp* , Dilek Dulay Yangın** 

Öz

İşyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin işyerine olumsuz yansımaları ilişki sebebiyle çalışma ortamının huzurunu bozacak düzeyde dedikoduların ortaya çıkması, özellikle ast-üst konumunda çalışanlar arasındaki ilişkiye bağlı olarak kayırmacılık ve ilişkinin verdiği rahatlığa dayanarak işin görülmesinde özensizliklerin baş göstermesi, ilişki sırasında taraflar arasında ortaya çıkan tartışmaların işyerine yansımaları, ilişkinin taraflarının eşleri yahut yakınlarının işyerine sirayet eden davranışları ve müdahaleleri sebebiyle çalışma düzeninin etkilenmesi gibi farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Bu olumsuz etkilerin bir katalog halinde sınırlı bir biçimde sıralanması mümkün olmamakla birlikte Yargıtay'ın farklı tarihlerde verdiği kararlara konu olduğu ve haklı yahut geçerli fesih sebebi kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi de 30/09/2020 tarihli 2017/14907 no.lu H.Ç ve 25/2/2021 tarihli 2018/1444 no.lu Esra Ünlü başvurularında işyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin hangi durumlarda işverene fesih hakkı sağlayacağı konusunda özel hayatın gizliliği çerçevesinde değerlendirmeler yaparak çeşitli esaslar tespit etmiştir. Çalışmamızda işyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin hangi durumlarda işverene fesih hakkı sağlayacağını Yargıtay kararları ve Anayasa Mahkemesi'nin H.Ç ve Esra Ünlü başvurusu ile verdiği kararlar çerçevesinde inceleyerek tespitlerde bulunmaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Özel Hayatın Gizliliği, Geçerli Fesih Sebebi Olarak İşyerinde Duygusal İlişkiler, Haklı Fesih Sebebi Olarak İşyerinde Duygusal İlişkiler.

* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD, ORCID: 0000-0001-7299-4487.

** Doç.Dr., Manisa Celal Bayar Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD, dilek.yangin@cbu.edu.tr ORCID:0000-0003-4702-5371

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Mustafa Alp

E-posta/E-mail: mustafa.alp@deu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 15.08.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 10.11.2021

ABSTRACT

Negative reflections of emotional relationships in the workplace may appear different ways such as emergence of gossip at a level that will disrupt the peace of working environment due to the relationship nepotism due to the relationship between employees in the subordinate-superior position, negligence in the performance of the job based on the comfort of the relationship, the reflection of the discussions that arise between the parties during the relationship, affecting the working order due to the behaviors and interventions of the spouses or relatives of the parties to the relationship. Although it is not possible to list these negative effects in a catalog in a limited way, it is seen that they were the subject of the decisions of the Court of Cassation on different dates and were evaluated within the scope of justified or valid termination reason. The Constitutional Court, in the applications no. 2017/14907 dated 30/09/2020 and Esra Ünlü, dated 25/2/2021 no. 2018/1444, evaluated within the framework of the privacy of private life on the situations in which emotional relations in the workplace will give the employer the right to terminate and established various principles. In our study, we will try to determine in which cases emotional relations in the workplace will provide the employer with the right to terminate, within the framework of the Supreme Court decisions and the decisions of the Constitutional Court with the application of H.Ç and Esra Ünlü.

Keywords: The Privacy of Private Life, Emotional Relationships in the Workplace as a Valid Reason for Terminate, Emotional Relationships in the Workplace as a Justified Reason for Terminate,

I.GİRİŞ

İşin hayatın önemli bir unsuru olması ve işyerinde geçirilen zamanın uzunluğu nedeni ile birlikte çalışanların işyerinde arkadaşlık kurması ve duygusal ilişkilerin yaşanması normal bir durumdur. Ancak bu durumun işin yürütümünü yahut işyerindeki düzenini olumsuz etkilediği durumlar olabilmektedir. Kişilerin iletişim sağlayabilmesine olanak sağlayan en önemli alan olarak işyerlerinde yaşanan duygusal ilişkilerde kimi zaman her iki taraf da bekar, kimi zaman da taraflardan biri yahut her ikisi evli olabilmekte; bu tür ilişkiler işyeri dışında aile yapısını da önemli ölçüde etkileyebilmektedir. İşyerinde yaşanan duygusal ilişki sebebiyle çalışanların veriminin düşmesi, işe geç gelme yahut erken ayrılma, ilişki içerisinde bulunulan kişi ile yaşanan tartışmalar, işte hatalar yapma, işyeri ortamındaki duygusal ilişkilerin işyerinde dedikodulara sebep olması, gerçekleşmemiş olsa bile diğer çalışanlar üzerinde eşitsizlik yapıldığı yönünde algının ortaya çıkması ve husumete dayalı davranışların gelişmesi olumsuz etkiler arasında sayılabilir¹. İşyerine olumsuz yansımaları olan duygusal ilişkilerin işverene fesih hakkı vereceği kabul edilmekle birlikte bu olasılığın baştan bu tür ilişkilerin iş ortamını olumsuz etkileyeceği yönünde sonuca varmayı haklı kılmayacağı kabul edilmelidir. Diğer bir deyimle işverenin işçilerin birbirleri ile iletişim kurmasını engellemek amacıyla arkadaşlık ilişkisi yahut duygusal ilişkiler kurulması konusunda yasaklar getirmesi özel hayata müdahale olarak değerlendirilebilecektir². Esasen iş hukukunun kendine özgü yapısı göz önünde tutulduğu vakit duygusal ilişki işyerindeki çalışma düzenini olumsuz etkilediği takdirde bu tür bir yasak bireysel iş sözleşmesinde yahut iç yönetmeliklerde yer almasa dahi işverene somut

- 1 Yusuf Yiğit, 'Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Yaşanan Duygusal (Romantik) İlişkilerin İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkına Etkisi' (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3778.
- 2 Ahmet Sevimli, 'İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları' (1.Baskı, Legal Yayıncılık 2006) 238 vd..

olayın özelliği çerçevesinde haklı yahut geçerli nedenle fesih hakkı doğuracaktır. İşyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin evlilik ile sonuçlanması da söz konusu olup bu gibi hallerde kimi işverenlerin bireysel iş sözleşmesinde özel bir hüküm getirmek suretiyle yahut işyeri iç yönetmelikleri ile evlenen işçilerden birinin işten ayrılacağına dair hükümler getirdiği görülmektedir. Anılan hükümlerin kişilik haklarına ve özel hayata müdahale oluşturduğundan geçersiz olduğu kabul edilmelidir³.

Bununla birlikte konu sadece ülkemizde değil başka ülkelerde de tartışılmaktadır. 2005 yılında merkezi ABD’de bulunan ve Avrupa başta olmak üzere dünya çapında faaliyet gösteren Wal-Mart adlı şirket çalışanların iş dışında akşamları birlikte yemeğe çıkamayacakları yahut birbirinin işlerini etkileyecek nitelikte aşk ilişkileri yaşamalarının yasak olduğuna ve hatta diğer işçilerin bu durumu işverene ihbar etmekle yükümlü olduğuna yönelik kuralı da içeren etik yönetmeliği uygulamaya koymuştur. Bu kurala Almanya’da şirketin işyeri kurulu (Betriebsrat) dava açmış ve sözü edilen Yönetmelik Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesi’nin 2015 yılında verdiği karara konu olmuştur. Eyalet İş Mahkemesi etik yönetmelikler ile çalışanlar arasındaki aşk ilişkisine dair getirilen bu düzenlemenin kişilik haklarının ihlali anlamına geldiğine, Federal Alman Anayasası’nın 1.maddesinin 2.fıkrası ile çatıştığına, Wal-Mart’ın getirmiş olduğu bu yönetmelik ile çalışanlar arasında dezavantajlı durumların ortaya çıkmasına engel olmak amacıyla hareket edilmesinin durumu değiştirmeyeceğine karar vermiştir⁴.

İşletmelerin kurumsal politikaları kapsamında bazen sadece veya ek olarak yöneticiler ile astları arasında duygusal ilişkilerin yasaklandığı yahut duygusal ilişkide işyerinde aleni bir şekilde sevgi göstermek gibi davranışların kısıtlandığı da görülmektedir. Cinsel istismara karşı işyerinin en küçük toleransının olmadığı güvencesinin vurgulanması kaydı ile işyerindeki duygusal ilişkilerin engellenmemesi, işin yürütümüne ve işverenin menfaatlerine zarar vermediği sürece özel hayata saygı kapsamında kabul edilmesi yönündeki yaklaşım aşağıda incelenecek Anayasa Mahkemesi kararlarında da görüleceği üzere genel olarak benimsenmelidir⁵.

Kimi durumlarda yaşanan duygusal ilişki sebebiyle işçi kendi isteği ile işten ayrılmaktadır. Bu noktada işçi tarafından yapılan fesih İş Kanunu md.24 çerçevesinde haklı bir sebep olarak değerlendirilemeyecektir. Nitekim Yargıtay’ın 19.06.2014 yılında verdiği karara konu olan olayda davacı iş sözleşmesinin haklı bir sebep olmaksızın işverence feshedildiğini ileri sürerken davalı, davacının işyerinde çalışan bayan işçi ile duygusal yakınlık oluşması sonucu şikayet ve işyerinde yaşanan olumsuzluk sebebi ile kendi isteği ile işten ayrıldığını ileri sürmüştür. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de dosya kapsamında tutulan tutanaklar ve tanık anlatımlarından iş sözleşmesinin davacı

3 Hediye Ergin, ‘İşyerinde Gönül İlişkinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi’ (2016) 35 Sicil İş Hukuku Dergisi 68 vd.

4 LAG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2005 – 10 TaBV 46/05; C Boyd: ‘The Debate Over the Prohibition of Romance in the Workplace’ (2010) 97 (2) Journal of Business Ethics Springer 326, 335; Kurt Pärli ve Jasmin Vögtli, ‘Control and Sanction of Employees on the Basis of Conduct-A Question of Basic Labour (Human) Rights’ (Spring 2020) Labour Law Journal 79; Mustafa Alp, Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi – Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu – (Whistleblowing), (1.Bası, Beta Yayıncılık 2013) 240 vd.

5 Yiğit (n 1) 3780; Ergin Gönül İlişkisi (n 3) 68; Hakan Keser, ‘İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshedilmesi’ (2017) 37 Sicil İş Hukuku Dergisi 21 vd.

tarafından haklı sebeple feshedilmediğinin anlaşıldığını belirtmiş olup kıdem ve ihbar tazminatı talebinin reddedilmesi gerektiğine hükmederek yerel mahkeme kararını bozmuştur⁶.

Haklı yahut geçerli fesih sebebi olarak işyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin yukarıdaki örnekten de görüldüğü üzere Yargıtay'ın farklı tarihlerde verdiği kararlara konu olduğu görülmektedir. Yüksek Mahkeme iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarihe kadar olan dönem içerisinde (15 Mart 2003 öncesi) konuyu haklı fesih sebebi olarak ele alırken, bu dönemden sonra somut olayın özellikleri çerçevesinde haklı yahut geçerli fesih sebebi olarak değerlendirmiş ve zengin bir içtihat oluşturmuştur. Anayasa Mahkemesi ise işyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin işverenin fesih hakkına ne şekilde etki edeceğini 30/09/2020 tarihli H.Ç başvurusu ve 25/2/2021 tarihli Esra Ünlü başvurusunda ele alarak özel hayata saygı kapsamında çeşitli kriterler geliştirmeye çalışmıştır. Biz bu çalışmamızda işyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin iş ilişkisine etkisini Yargıtay'ın konuya ilişkin geliştirdiği içtihatları da göz önünde tutmak suretiyle anılan Anayasa Mahkemesi kararlarında tespit edilen esaslar ve doktrinde ileri sürülen görüşler çerçevesinde ele almaya çalışacağız.

II. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KAPSAMI

1982 Anayasası “Özel Hayatın Gizliliği” kenar başlıklı md.20 hükmü uyarınca “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”. Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli tarihlerde yapılan bireysel başvurular neticesinde verdiği kararlarda özel hayatın tüketici bir tanımını yapmaktan kaçındığı ve kişilerin mesleki hayatlarının onların özel hayatlarıyla sıkı bir irtibatının olduğu ve meslek hayatına yönelik tedbirlerin ya da müdahalelerin söz konusu olduğu dava süreçlerinde özel hayata saygı hakkının gündeme geldiğinin yadsınamayacağını kabul ettiği görülmektedir⁷. Dış dünya ile irtibat kurulmasında önemli bir işlevi olan mesleki hayata özel hayatla ilgili birtakım nedenlerle müdahalede bulunulması ya da özel hayata ilişkin unsurlar gerekçe gösterilerek kısıtlayıcı yönde tedbirler alınması, bu tür uyumsuzlukların özel hayat kapsamında ele alınması bakımından yeterlidir. Zira özel hayatlarına ilişkin nedenlerle kişilerin mesleki hayatlarına yönelik müdahalenin ya da bu kişiler hakkında gerçekleştirilen eylem veya idari ya da adli işlemlerin onların özel hayat alanlarını etkileyebileceği açıktır⁸.

Mahkemeye göre özel hayat kavramı eksiksiz bir tanım bulunmayan geniş bir kavramdır. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlıktır. Özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkının kapsamının belirlenmesinde bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi temel alınmaktadır. Anılan hak herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak, kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etmekle birlikte kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuki menfaati de içermektedir⁹.

6 Yargıtay 22.HD, 14638/18062, 19.06.2014 (Sinerji İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası).

7 Anayasa Mahkemesi C.A. (3) [GK], B. No: 2018/10286, 2/7/2020, § 88.

8 Anayasa Mahkemesi Tamer Mahmutoğlu, B. No: 2017/38953, 23/7/2020, § 85 (R.G. Tarih ve Sayı: 8/9/2020-31238)

9 Anayasa Mahkemesi Serap Tortuk, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, §§ 31-35; Tevfik Türkmen [GK], B. No: 2013/9704, 3/3/2016, § 50; Ayşegül Çengel Kömür ve diğerleri, B. No: 2016/56228, 23/6/2020, § 43.

Özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Özellikle mahremiyet alanında cereyan eden cinsel içerikli eylem ve davranışların özel hayata saygı hakkının kapsamında olduğunda kuşku yoktur. Bu yönüyle özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri özel bir alana işaret etmektedir¹⁰. Mahkeme'nin M.K başvurusunda da belirttiği üzere başvuru tarafından alenileştirilmeyen, bireyin mahrem alanı içerisinde kalan ve mesleki hayatına etkisi ikna edici gerekçelerle ortaya koymayan eylem ve davranışlar özel hayatın gizliliği kapsamında korunmalıdır¹¹. İleride değinilecek olan Esra Ünlü ve H.Ç başvurusunda ifade edildiği üzere işyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin, bireylerin özel hayatının kapsamına dahil olabilecek mahrem alandan çıkıp çalışma düzenine olumsuz bir biçimde etki etmesi ve bu etkinin işyerinin kapasitesi, işçinin ifa ettiği görevi, sicili, ilişkinin kim tarafından alenileştirildiği gibi hususlar gözetilerek değerlendirilip yeterli ve ilgili gerekçe ile açıklandığı ayrıca oluşan bu olumsuzluklar nedeniyle iş akdinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceği hususlarının işveren tarafından ortaya konulduğu hallerde işverenin fesih hakkından bahsedilmesi mümkün olabilecektir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği yaklaşım ile Yargıtay'ın farklı tarihlerde verdiği kararlarda ortaya koyduğu yaklaşım farklılık arz etmekte olduğundan bu ayrışmanın doktrinde ileri sürülen görüşler de göz önünde tutularak ayrı bir başlık altında incelenmesi gerekmektedir.

III. BİREYLERİN ÖZEL HAYATI KAPSAMINA GİREBİLECEK MAHREM ALANDAN ÇIKAN DUYGUSAL İLİŞKİLERİNİN İŞ İLİŞKİSİNE ETKİLERİ

A. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

Örgüt psikolojisi içerisinde bir işyerindeki iki çalışanın, karşılıklı çekimlerini birbirlerine açıkça söylediklerinde ve flört ya da herhangi bir yakın ilişki şeklinde romantik duygularını fiziksel olarak ifade ettiklerinde bu tür bir yakınlaşma “işyeri romantizmi” ya da “örgütsel romantizm” olarak nitelendirilebilmektedir¹². Duygusal ilişki evli yahut bekar işyerinde çalışanlar arasında yaşanabileceği gibi müşteri, çalışanlardan birinin akrabası veya eşi ile çalışan arasında da ortaya çıkabilir.

İşyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin Yargıtay tarafından çeşitli tarihlerde verilen kararlarda “gönül ilişkisi” olarak adlandırıldığı da görülmektedir¹³. Yüksek Mahkeme'nin duygusal ilişkilerin çalışma düzenine etkisi bakımından somut olayın özellikleri çerçevesinde İş Kanunu md.18 kapsamında geçerli sebeple fesih yahut İş Kanunu md.25/II çerçevesinde “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” kapsamında haklı nedenle derhal fesih kapsamında hüküm tesis ettiği görülmektedir.

10 Anayasa Mahkemesi Serap Tortuk, §§ 32-36; Ata Türkeri, B. No: 2013/6057, 16/12/2015, §§ 30, 32.

11 Anayasa Mahkemesi M.K, B. No: 2016/10325, 10/03/2021, §§ 32,34.

12 Ece Ömürüş ve V. Rüya Ehtiyar, ‘Örgütsel Yapılarda Romantik İlişkiler: Algılanan Güdüler ve Davranış Değişiklikleri Üzerine Bir Alan Araştırması’ (2008) 16 Akdeniz İ.İ.B.F. Dergisi 21.

13 Yargıtay 9. HD, 33799/19760, 23.12.2020; Yargıtay 9.HD, 9643/21252, 02.07.2007 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

İş Kanunu md.18/f.1 belirsiz süreli iş sözleşmelerinin süreli olarak feshinde işverenin geçerli bir nedene dayanması gerektiğini öngörmüş ve bu nedenlerin neler olabileceğine ilişkin açıklık getirmiştir. Geçerli fesih sebepleri işçiye ilişkin nedenler olarak nitelendirilebilecek olan işçinin yetersizliğinden yahut davranışlarından kaynaklanan nedenlerden ile işletme gerekleri olarak özetlenebilecek işletmenin, işyerinin yahut işin gereklerinden kaynaklanabilir¹⁴. Bununla birlikte anılan düzenleme soyut bir nitelik taşımaktadır ve işçinin yeterliliği, davranışları yahut işletme gereklerinin hangi durumda geçerli sebeple feshe olanak sağlayacağı somut olayın özellikleri çerçevesinde hakim tarafından takdir edilerek belirginleştirilecektir¹⁵.

İşyerinde yaşanan duygusal ilişkiler İş Kanunu md.18/1 kapsamında işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeple feshe konu olabilecektir¹⁶. Anılan maddenin gerekçesine göre 25 inci maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunabilir. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kıskırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller verilebilir¹⁷. Gerekeçde yer verilen “işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek” ifadesi muğlak bir nitelik taşımakla birlikte doktrinde işyerlerinde çalışan bekar işçiler veya evli işçiler arasında ortaya çıkabilecek duygusal ilişkiler yahut farklı cinsel tercihlere dayalı olarak yaşanabilecek ilişkilerin bazı koşullar altında bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün görülmektedir¹⁸.

Gerekeçde de belirtildiği üzere işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz. Bu bağlamda işyerinde yaşanan duygusal ilişkinin işin normal yürütümünü, işyerindeki uyumu ve üretim sürecini aksatıp aksatmadığı her somut olayın özellikleri çerçevesinde hakim tarafından takdir edilecektir¹⁹. İşçinin davranışının taraflar arasında bulunması gereken güven temelini çökartecek biçimde ağır olmamakla birlikte işin normal işleyişini ve işyerindeki düzen ile uyumu bozması halinde işveren geçerli sebeple fesih hakkını kullanabilecektir²⁰. Bununla birlikte işçinin işyerinde olumsuzluğa yol açan davranışı hakim tarafından ölçülülük denetimine tabi

14 Sarper Süzek, İş Hukuku (Yenilenmiş 19.Baskı Beta Yayıncılık 2020) 572; Nuri Çelik, Nurşen Canıklıoğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca İş Hukuku Dersleri (Yenilenmiş 34.Baskı Beta Yayıncılık 2021) 530 vd.

15 Ali Güzel ‘İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare (Ultima Ratio) Olma İlkesinin Gözetilmesi (Karar İncelemesi)’ (2005) 1 Çalışma ve Toplum 163.

16 Ergin Gönül İlişkisi (n 3) s.70.

17 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekeçesi Türk-İş Ocak 2010 97.

18 Keser (n 5) 21.

19 Sarper Süzek, ‘İşçinin Yetersizliği ve Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih’ Can Tuncay’a Armağan (Legal Yayıncılık 2005) 576

20 Yargıtay 22.HD, 8393/22883, 10.12.2019; Yargıtay 22.HD, 21515/20032, 24.10.2019 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası)

tutulacak olup amaç bu davranışın tekrar edilmesinin önüne geçmek olduğundan aynı amaca daha hafif önlemlerle erişilip erişilemeyeceği göz önünde tutulacaktır²¹.

İş sözleşmesini haklı nedene dayalı olarak derhal fesih hakkı ise dürüstlük kuralları çerçevesinde iş ilişkisini sürdürmesinin kendisinden beklenemeyecek olan tarafa sözleşmeyi derhal sona erdirmeye yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir hak olup taraflardan birinin davranışı yüzünden iş ilişkisinde bulunması gereken güven temeli çökmektedir²². İş Kanunu md.25/II bendine göre işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışları haklı nedenle derhal fesih sebebi olmakla birlikte hangi durumların bu kapsamda değerlendirileceği konusunda sınırlayıcı bir sayıma gidilmediği görülmekte ve bendin kenar başlığında benzeri hallerin de haklı fesih nedeni olarak değerlendirileceği belirtilmektedir²³. Yargıtay da ileride değinileceği üzere çeşitli tarihlere verdiği kararlarda işyerinde yaşanan duygusal ilişkilerden bir kısmını haklı bir fesih sebebi olarak bu bent kapsamında değerlendirmekte ve her somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirme yaparak hüküm tesis etmektedir. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme'nin, ileride değinilecek olan kimi kararlarında bekar işçiler arasında yaşanan duygusal ilişkilere kıyasla evli işçiler arasındaki ilişkilere daha katı ve toleranssız bir biçimde yaklaştığı ve işyerinde olumsuz yansımaları olmasa dahi bu tür ilişkilerin çalışma düzenini bozduğu varsaydığı görülmektedir.

İşyerinde yaşanan duygusal ilişkilerde her iki tarafında rızası bulunmakta olup bu ilişkinin tarafları çalışanlar, çalışan yönetici yahut yöneticiler olabilmektedir²⁴. Bu çerçevede kişilik haklarını ihlal eden, rahatsız edici bir çalışma ortamı yaratan, işyeri düzenini bozarak hapsi gerektiren suç yahut ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturan, cinsel nitelikli davranışları içeren cinsel taciz ile karşılıklı rızaya dayanan duygusal ilişkileri ayırt etmek gerekmektedir²⁵. Bir tarafın diğerini zorlayıcı nitelikte ve cinsel içerikli davranışları duygusal ilişki değil, cinsel taciz kapsamında değerlendirilecektir²⁶. Bununla birlikte işyerinde bir çalışanın duygusal ve zorlayıcı olmayan şekilde nitelendirdiği davranış diğer işçi tarafından cinsel taciz olarak algılanabileceği gibi sona eren duygusal ilişki

21 Deniz Ugan Çatalkaya, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi (1.Baskı Beta Yayıncılık 2019) 492.

22 Süzek İş Hukuku (n 14) 691; Çelik Caniklioğlu Canbolat ve Özkaraca (n 14) 628 vd. .

23 Süzek İş Hukuku (n 14) 694; Çelik Caniklioğlu Canbolat ve Özkaraca (n 14) 628, 630 .

24 Ergin Gönül İlişkisi (n 3) 70; Yiğit, (n 1) 3775.

25 Kadriye Bakırcı, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz (Birinci Baskı Yasa Yayınları 2000) 103 vd; Ergin Gönül İlişkisi (n 3) 70; Yiğit (n 1) 3776; Cinsel tacize ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler için bkz. Erdem Özdemir 'İşyerinde Cinsel Taciz', 2006 4, Çalışma ve Toplum 84 vd.

26 Daire 2019 yılında verdiği diğer kararında, davacının davalı işyerinde beraber çalıştığı ve yine davalı işyeri tarafından çalışanlar için ayarlanan otelde birlikte kaldığı, bekar kadın çalışan MB' ye karşı duygusal yakınlık duyduğu çalıştığı restoran haricinde başka bir restoranda ikisi için özel bir masa hazırlattığı ve kadın çalışanı buraya davet ettiği, restorana gelen kadın çalışanın masanın özel hazırladığını, güllerle süslediğini görünce oturmak istemediği ancak davacının bu hususta ısrarcı olduğu, kadın çalışanın oturmamakta ısrar etmesi üzerine konunun kapandığı, ertesi gün davacının kadın çalışanın yine bir restoranda başkası ile oturduğu masaya izin almadan oturduğu kadın çalışanın kalkmasını istemesi üzerine kalktığı, ancak bir müddet sonra geri gelip agresif davranışlar sergilediği masayı devirdiği bu durumun emniyet güçlerine haber verilmesi nedeniyle olay yerine polis geldiği ve durumun böylelikle adli bir boyutta kazandığı davacının iş akdinin bu eylem sebebiyle feshedildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşıldığını ifade ettikten sonra olay işyeri dışında gerçekleşmiş ise de aynı işyerinde beraber çalıştığı ve aynı otelde beraber kaldığı bekar kadın çalışana karşı işlenmiş olması karşısında iş akdinin feshedilmemesi halinde mevcut olumsuzluğun doğrudan işyerine yansımalarının kaçınılmaz olduğunu bu sebeple davalı işveren fesihinde haklı değil ise de fesih geçerli nedene dayandığını ifade etmiştir. Yargıtay 9.HD, 538/12543, 29.05.2019 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

üzerine taraflardan birinin uzlaşma girişimleri de cinsel taciz olarak değerlendirilebileceğinden ayırım yapmak her zaman kolay olmamaktadır ve somut olayın özellikleri çerçevesinde nitelendirme yapmak uygun olacaktır²⁷.

İşyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin çalışma düzeninde yarattığı etkiler işverenin haklı yahut geçerli fesih hakkı bağlamında Yargıtay kararlarına konu olmakla birlikte Yüksek Mahkeme'nin bu konuda istikrarlı bir tutum izlememesi özellikle ileride değinilecek olan kararlarda görüldüğü üzere ahlaki bakımdan onay görmeyecek nitelikte ilişkileri işyerine olumsuz bir etkisi olmasa dahi haklı nedenle derhal fesih olanağı sağlayan sebepler arasında değerlendirmesi dikkat çekici niteliktedir. Anayasa Mahkemesi ise yukarıda sözünü ettiğimiz Esra Ünlü ile H.Ç başvurusunda verdiği kararlar ile işverenin fesih hakkına ilişkin kriterleri tespit etmiş ve AIHM uygulaması ile paralel bir tutum izleyerek bireylerin mahrem alanında kalan bu tür ilişkilerin özel hayatın gizli çerçevesi içerisinde kalacağını kabul etmiştir. Konuya ilişkin doktrinde de çeşitli görüşler ileri sürüldüğü görülmüş olduğundan işyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin çalışma düzeni ve bu bağlamda işverenin fesih hakkına etkilerinin farklı yazarlar tarafından ileri sürülen görüşler, AYM kararı ile tespit edilen esaslar ve Yargıtay'ın konuya ilişkin tutumu çerçevesinde incelenmesini gerekli kılmaktadır.

B. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

İşyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin işyerinde yarattığı etkiler örgütsel psikoloji disiplini içerisinde gerek ulusal gerekse uluslararası literatürde farklı çalışmalara konu olmaktadır. Konunun iş hukukuna yansımaya bakıldığı vakit hangi durumlarda bireylerin mahrem alanı içerisinde kalan özel hayatına dahil olacağı ve hangi durumlarda işverene haklı yahut geçerli nedene dayalı olarak fesih hakkı vereceğinin diğer fesih sebeplerinden farklı olarak iş hukuku perspektifi ile yoğun bir biçimde tartışılmadığı görülmektedir. Genel olarak işyerine olumsuz yansımaları olmayan bireylerin özel yaşamı içerisinde kalan duygusal ilişkilerin işverene fesih hakkı sağlamayacağı noktasında görüş birliği bulunmaktadır.

Doktrinde **Ergin**, işyerinde çalışan kişiler arasındaki gönül ilişkisinin özel yaşam sınırları içerisinde kaldığı ve çalışma ortamına olumsuz bir yansımaları olmadığı sürece iş sözleşmesinin sona erdirilme nedeni olmamasını, bu tür bir ilişkiye müdahale etmenin özel yaşama müdahale olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir²⁸. Ayrıca yazara göre iş sözleşmelerine aynı işyerinde çalışan erkek ve kadın işçilerin evlenmesi durumunda ikisinden birinin işyerinden ayrılacağına yönelik konulan hükümlerin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

27 Yiğit (n 1) 3776; Bu yöndeki bir karar için bkz. "*Davacının aynı işyerinde çalışan ... ile aralarında duygusal ilişki olduğu, evlenmeye karar verdikleri ancak ... vazgeçmesi üzerine davacının baskı yapmaya başladığı, tehdit mesajları gönderdiği ve en sonunda işyeri mutfağında cinsel tacizde bulunduğu dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır. Ayrıca davacı bu eylemi nedeniyle Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanmış, suçu sabit görülmüş ancak hükmün açıklanmanin geri bırakılmasına karar verilmiştir.... Davacının işyerinde çalışan arkadaşına karşı sabit olan eylemi nedeniyle iş akdinin feshi haklı nedene dayanmakla birlikte feshin yasal süresi içinde yapılmadığı anlaşıldığından feshin geçerli hale geldiği kabul edilerek davanın reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur...."* Yargıtay 7.HD, 23026/21586, 05.11.2015 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

28 Ergin Gönül İlişkisi (n 3) 68.

Sevimli işyerindeki cinsel tacizden işverenin sorumlu tutulabileceği gerekçesinin, çalışanlar arasında ilişki kurulmasının yasaklanmasını haklı kılmayacağını; aksinin kabulünün, işçinin özel yaşamına ağır şekilde müdahale sonucunu doğuracağını ifade etmektedir. Yazara göre işveren gönül ilişkilerini yasaklamak değil, işyerinde cinsel tacizi önlemeye ve sona erdirmeye yönelik, şikayet prosedürü başta olmak üzere etkili düzenlemeleri hayata geçirmekle yükümlüdür. İşyerindeki işçiler arasındaki gönül ilişkisi, işyerinin çıkarlarına zarar veren ya da görülen işi olumsuz etkileyen bir hal aldığı anda işveren için fesih hakkının doğumundan söz edilebilirse de; bu olasılık, daha baştan bu tür ilişkilerin, işi olumsuz etkileyeceği sonucuna varmayı haklı kılmaz ve işçinin özel yaşamına hukuka aykırı saldırı oluşturur²⁹.

Keser işverene haklı yahut geçerli fesih hakkı verebilecek nitelikte işçi davranışının her somut olayda ayrıntılı olarak ele alınması ve incelenmesi, işverene, iş arkadaşlarına, müşterilere ve de en önemlisi iş ilişkisine olan etkilerinin değerlendirilmesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir³⁰. Yazara göre işverene haklı nedene derhal fesih yetkisi veren İş Kanunu md.25/II alt bendinin başlığı her ne kadar ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri olsa da, işçinin özel hayatı, aile hayatı ve cinsel yönelimlerinin maddede sayılan haller ile doğrudan ilişkilendirilebilmesi mümkün değildir. İşçinin meslek dışı, iş ilişkisini ilgilendirmeyen özel hayatına ilişkin davranışları, ifa ettiği görev ve işletmenin kendine özgü amacı çerçevesinde işyerinde “*belirgin bir karışıklık, huzursuzluk veya sorun*” yaratıyorsa bu durumda iş sözleşmenin geçerli sebeple feshedilebileceğinden söz edilebilecektir. İşyerinde yaşanan duygusal ilişkinin işyerinde belirgin şekilde bir soruna yol açtığı veya işveren ile olan güven ilişkilerini zedelediğinin objektif somut delillerle ortaya konulması gerekmektedir. İşyeri çalışanları arasındaki özel ilişkiler, işverence iş sözleşmesine konulan hükümlerle ya da sözlü/ yazılı talimatlarla yasaklanmış olsa dahi, bu tür bir yasaklama Türk Medeni Kanunu’nun 23 üncü maddesi de dikkate alındığında, özel hayata yani kişilik haklarına müdahale anlamına geleceğinden geçersiz kabul edilmelidir.

Yiğit de günümüz çalışma kuralları içerisinde işyerinde çalışanlar arasında romantik ilişkileri yasaklayan kurallar getirilmesinin güç ve bireysel hakları ihlal edici sonucu olduğunu, sırf duygusal ilişkinin varlığının AİHS ve Anayasa ile güvence altına alınan özel hayata karışmama ve saygı ilkesi gereği fesih konusu yapılamayacağını ifade etmektedir³¹. Duygusal ilişkinin işe, işyerine ve müşteri ilişkilerine zarar vermeye başlaması, işte meydana gelen aksamalar, evlilik dışı gönül ilişkileri, taciz ve sapkınlık boyutuna varan ilişkiler yahut işyerindeki duygusal ilişki kaynaklı uygunsuz hareket ve davranışlar ile olumsuzluklar haklı veya geçerli fesih sebebi olabilecektir. Yazar ayrıca işyerinde duygusal ilişkilere ilişkin yasaklamaların sözleşmelerle getirildiği hallerde bu düzenleme aykırı davranılması durumunda sırf duygusal ilişkiye dayalı olarak fesih işleminin geçerliliğinin kabul edilemez olacağını ifade etmektedir.

Civan da işçinin özel hayatını ilgilendiren gönül ilişkilerinin işyerinde somut olarak olumsuzluklara yol açmadığı sürece iş sözleşmesinin feshi açısından geçerli sebep oluşturmayacağını, işçiler arasında

29 Sevimli (n 2) 281, 282.

30 Keser (n 5) 16, 20, 21, 22, 26.

31 Yiğit (n 1) 3779, 3794.

gönül ilişkisi olduğunu öğrenen işverenin yapması gerekenin işçinin özel hayatına saygı göstermek olduğunu ifade etmektedir³².

Yıldız da gönül ilişkisi yaşamanın tek başına iş sözleşmesinin işverence feshi bakımından gerekçe oluşturmayacağını, aynı işyerinde çalışan iki işçi arasındaki gönül ilişkisinin özel hayatın gizliliği kapsamında korunması gerektiğini bununla birlikte gönül ilişkisi devam ederken yahut sona erdikten sonra taraflardan biri yahut her ikisinin kusurlu davranışlarıyla işyerinde olumsuzluklara neden olması, iş sözleşmesinden doğan sadakat veya iş görme borcunu ihlal etmesi ve bu durumların işveren tarafından makul ölçüler içerisinde iş ilişkisine devam etmeyi beklenemez kılması durumunda ihlalin ağırlığına göre haklı yahut geçerli feshin gündeme gelebileceğini ifade etmektedir³³.

Genel olarak yaşanan duygusal ilişkinin taraflarının aralarındaki sorunları işyerine yansıtmaları ve işlerini aksatmaları, yakınlarının işyerinde olay çıkarmaları, işyeri ortamında meydana gelen dedikoduların işverenin katlanmasının beklenemeyeceği düzeyde çalışma ortamının huzurunu bozması, duygusal ilişkiden hareketle işe geç gelmesi gibi olumsuz durumlar duygusal ilişkinin işyerine olumsuz etkileri olarak kabul edilebilir ve bu takdirde işverenin geçerli nedenle fesih hakkı kabul edilebilir. Fakat iş sözleşmesinin duygusal ilişkinin işyerine olumsuz yansımaları sebebiyle geçerli sebeple feshinde de işveren eşit davranma yükümlülüğüne uygun davranmalı, ilişkinin taraflarının davranışının çalışma düzenini olumsuz etkilemesi durumunda her iki işçinin de sözleşmesinin feshi söz konusu olmalıdır³⁴. Duygusal ilişki sebebiyle ortaya çıkan husumetlerin işçinin işverenin başka bir işçisine sataşması, ast-üst konumundaki çalışanlar arasında yaşanan ilişkiden cesaret alarak haklı feshine sebebiyet verecek biçimde devamsızlık yapılması yahut duygusal ilişki sebebiyle işçinin gözaltına alınması yahut tutuklanması ve bu sebeple devamsızlığın İş Kanunu md.17 çerçevesinde işçinin kıdemine göre belirlenen süreleri aşması gibi taraflar arasındaki güven temelini çökertecek düzeyde sonuçların ortaya çıktığı haller ise haklı fesih sebebi olarak değerlendirilebilecek niteliktedir. Bu ve benzeri şekilde güven temelini çökertecek düzeyde işyerine olumsuz yansımaları bulunmayan duygusal ilişkilerin ise salt ahlaki kaygularla doğrudan işverene haklı nedene derhal fesih yetkisi veren İş Kanunu md.25/II alt bendinde yer alan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerinin kapsamına alınması mümkün olmamalıdır. Nitekim Yargıtay'ın ileride değinilecek olan kimi kararlarında toplumsal olarak kabul edilmeyen bir davranış söz konusu olsa bile işyerindeki duygusal ilişkilerin İş Kanununda sayılan haklı nedenle fesih gerekçeleri arasında bulunmadığını ifade ettiği görülmektedir³⁵. Diğer bir deyimle duygusal ilişkinin işyerinde yarattığı olumsuzluğun iş ilişkisinde taraflar arasında bulunması gereken güven temelini çökmesine sebep olup olmadığı her somut olayın özelliği çerçevesinde değerlendirilerek işverenin haklı yahut geçerli fesih hakkının doğup doğmadığı dikkate alınmalı; işyerine olumsuz yansımaları

32 Orhan Ersun Civan, İşçinin Yan Yükümlülükleri (1.Baskı Beta Yayıncılık 2021) 184.

33 Gaye Burcu Yıldız 'İşyerinde Yaşanan Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Açısından Değerlendirilmesi' (2021) 3 (XXV) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35.

34 Keser (n 5) 26; Yiğit (n 1) 3783; İşyerinde çalışan diğer işçilerin gönül ilişkisinden rahatsızlık duymasının tek başına fesih için geçerli yahut haklı sebep oluşturmayacağı yönündeki görüş için bkz. Yıldız (n 33) 15.

35 Yargıtay 22. HD, 17221/22711, 24.10.2017; Yargıtay 22.HD, 17587/22860, 01.07.2015 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

bulunmayan ilişkilerin ise bireylerin mahrem alanında kaldığı kabul edilerek özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilme yapılmalıdır.

C. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 30/09/2020 TARİHLİ KARARI

Anayasa Mahkemesi yeni tarihli bir kararı ile (30/09/2020 tarihli 2017/14907 başvuru no.lu)³⁶ aynı işyerinde çalışan kişilerin ilişkiye girmelerinin işverenin fesih hakkı üzerindeki etkisini inceleme konusu yapmıştır. Özel hayata saygı kavramının AİHM kararları çerçevesinde ayrıntılı bir biçimde incelendiği karar aşağıda çeşitli açılardan ele alınmaya çalışılacaktır.

I.KARARA KONU OLAN OLAY VE MERCİLERİN ÇÖZÜM TARZI

Başvurucu özel bir şirkette çalışmaktadır ve başvurucunun çalıştığı özel şirketi telefonla arayan bir kişi “Başvurucunun terör örgütü mensubu olduğu, bombalı eylemde bulunacağı ve işyeri sahibine yönelik işyerinde sabotajda bulunacağı” şeklinde ihbarda bulunmuştur. İşveren ise başvurucunun V.B. isimli şirket çalışanı ile ilişkisinin olduğu, bu ilişkiyi öğrenen V.B.nin eşinin şirket çağrı merkezini arayarak başvurucunun canlı bomba olduğuna dair ihbarda bulunduğu yapılan iç araştırma ve V.B.nin savunmasından anlaşıldığını belirtmiştir. Yapılan ihbar nedeniyle İlçe Emniyet Müdürünün şirkette inceleme yaptığı, üretim kaybı, korku gibi huzursuzluk yaratan durumların meydana geldiği ifade edildikten sonra anılan olayın oluşumunda başvurucunun işyerinde başka bir çalışan ile yaşadığı ilişkinin etkili olduğu vurgulanarak İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendi uyarınca iş sözleşmesi feshedilmiştir. Başvurucu tarafından açılan dava üzerine iş mahkemesi başvurucunun diğer çalışan ile çalışma alanında ya da işyerinde iş ilişkisi dışında farklı bir ilişkilerinin olduğuna dair delilin ortaya konulmadığı gerekçesi ile fesih kararının yerinde olmadığını ve feshin son çare olması ilkesinin gözetilmediğini ifade etmiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, davacı ile ilişki yaşadığı iddia edilen işçinin savunması dikkate alındığında, başvurucunun çalışma arkadaşlığı ilişkisini aşan bir ilişki yaşadığı, bu ilişkinin işyerinde olumsuzluklara yol açtığının anlaşıldığını; haklı fesih sebebi ağırlığında olmasa da işin yürütümünü bozucu nitelikte olduğu, işyerinde olumsuzluğa yol açtığı ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin, işveren açısından beklenemeyeceğini vurgulayarak iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığının kabulü gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Bu olay çerçevesinde irdelenmesi gereken temel hukuki sorun işyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin hangi durumlarda işverene haklı yahut geçerli nedenle fesih hakkı vereceği, ispat araçlarının neler olduğu ve özel yaşama saygı sınırları içerisinde kalacak durumların ne şekilde tespit edileceğidir. Anayasa Mahkemesi işyerinde kurulan duygusal ilişkiler bağlamında özel hayata saygı hakkının korunmasına ilişkin yaklaşımları geliştirirken işverenin haklı ve geçerli nedenle fesih hakkına ilişkin iç hukuk mevzuatına atıf yaptıktan sonra AİHM kararlarına da yer vermiş ve uluslararası hukuku da göz önünde tutmuştur.

36 Anayasa Mahkemesi H.Ç. B. No: 2014/14907, 30/09/2020, Resmi Gazete: 9.12.2020 S.31329 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/14907> Erişim:8 Mayıs 2021

2. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi, kararına esas teşkil eden hukuki kaynak ve referanslara geniş bir biçimde yer vermiştir. Mahkemenin gönderme yaptığı ilk iç hukuk düzenlemesi iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshine ilişkin 25. maddenin “*Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*” kenar başlıklı II. bendi, geçerli sebeple feshi düzenleyen 18. Madde ve sözleşmenin feshine ilişkin usulü düzenleyen 19. Madde olarak karşımıza çıkmaktadır. İleride Yargıtay’ın konuya ilişkin yaklaşımı bahsinde ele alınacağı üzere haklı sebep iş sözleşmesinin bildirim öneli vermeye gerek olmaksızın derhal feshedilmesini sağlamakta, bir tarafı dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşme ile bağlı kalmaktan kurtarmaktadır. Geçerli sebepler ise haklı fesih sebebinden farklı olarak iş ilişkisini derhal sona erdirmeye hakkı vermemekte, hukuki bakımdan dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşmenin devamını çekilmez hale getirmemekte, yalnızca işyerini olumsuz bir biçimde etkileyici bir görünüm arz etmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarını belirleyici referans norm olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu sözleşmede yer alan hakları somutlaştıran Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı anılan karar bakımından da önemli bir kaynak olarak karşımıza çıkmaktadır. Kararda atıf yapılan *Denisov/ Ukrayna* (B. No: 76639/11, 25/10/2018) kararı iş uyuşmazlıkları bağlamında özel hayat kavramına ilişkin temel ilkeleri ortaya koymaktadır. Kararda mesleki hayatın bazı durumlarda özel hayat alanına girebileceği, kişiler ve başkaları arasındaki etkileşim alanının bir parçasını teşkil edebileceği hatırlatıldıktan sonra bu tür davalarda özel hayat kavramının iki farklı yaklaşıma göre uygulanabileceği açıklanmıştır. AİHM bu kapsamda; sebebe dayalı yaklaşım olarak nitelendirdiği birinci yaklaşım şeklinde, uyuşmazlık nedeninin özel hayata ilişkin bir unsura dayanıp dayanmadığını irdelemiştir. İkinci yaklaşım şekli ise AİHM tarafından sonuca dayalı yaklaşım olarak belirlenmiş ve itiraz edilen tedbirin sonuçları bakımından özel hayata dokunan bir yönünün olup olmadığı sorgulanmıştır. Yine gönderme yapılan *Özpınar/Türkiye* (B. No: 20999/04, 19/10/2010) ve *Niemietz/Almanya* (B. No: 13710/88, 16/12/1992) kararlarında, özel yaşam kavramını tanımlamanın gereksiz ve imkansız olduğunu belirten AİHM, takip eden pek çok farklı kararında da, kavramın çok geniş olduğunu ve açıkça tanımlanamayacağını ifade etmiştir³⁷. Bu kararlara göre insanların büyük çoğunluğu, dış dünya ile olan ilişkilerini geliştirme olanaklarını en çok mesleki hayatları çerçevesinde yürüttükleri faaliyet kapsamında elde ettiğinden mesleki hayat özel hayat kavramı dışında tutulamaz. Özel hayat unsurları gerekçe gösterilerek mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini etkilediği ölçüde Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamına girebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*” hükmünü içeren “*özel hayatın gizliliği*” kenar başlıklı Anayasa’nın 20. maddesi çerçevesinde başvurunun kabul edilebilir olduğunu ifade ederek incelemeye başlamıştır. Özel hayata saygı hakkı Anayasa’nın 20. maddesinde koruma altına alınmıştır. Devlet, kişilerin özel ve aile hayatına keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü

37 Anılan kararlar için bkz. P.G. and J.H. v. UK, Appl. No. 44787/98, judgment of 25/09/200; K.A. and A.D. v. Belgium, Appl. No. 42758/98, 45558/99, judgment of 17/02/2005; S. and Marper v. UK, Appl. No. 30562/04 ve 30566/04, judgment of 04/12/2008.

kişilerin haksız saldırılarını önlemekle yükümlüdür. Özel hayat geniş bir kavram olup bu kavramın kapsayıcı bir tanımının yapılması oldukça zordur. Bununla beraber bu kavram; kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, bireyin ismi, cinsel yönelimi, cinsel yaşamı gibi unsurları korumaktadır. Kişisel bilgiler ve veriler, kişisel gelişim, aile hayatı vb. konular da bu hakkın içinde yer almaktadır. Kişinin mesleki hayatı da bu kapsamda değerlendirilebileceğinden iddia kabul edilebilir nitelikte görülmüştür (par 33)

Esas bakımından ise Mahkeme meseleyi devletin, özel hayata saygı hakkını etkili olarak koruma ve saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü bulunduğundan hareketle ele almıştır. Bu yükümlülük bireylerin birbirlerine karşı eylemleri bakımından anılan hakkın korunması için gerekli önlemlerin alınmasını da içerir (par 36). Kamu gücünü kullanan aktörler dışında kalan kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerinde kamusal makamların yükümlülükleri; bireylerin temel hak ve özgürlüklerine üçüncü kişilerin müdahalesinin önlenmesi için gerekli önlemlerin alınması ve mahkemelerce korunma sağlanmasıdır. Kamusal makamlarca gerekli yapısal önlemler alınmış olursa da uyuşmazlık konusu davayı yürüten mahkemelerce verilen kararlarda üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı bireylere korunma imkânı sağlanmadığı durumlarda bu yükümlülükler gereği gibi yerine getirilmemiş olacaktır (par 38). Bu doğrultuda, özel hukuk iş ilişkisi kapsamında çalışan bireylerin Anayasa ile güvence altına alınan haklarına yönelik müdahale iddiası içeren uyuşmazlıklarının karara bağlandığı davalarda derece mahkemelerince söz konusu güvenceler gözardı edilmemeli, işveren ve çalışanlar arasındaki çatışan çıkarlar adil biçimde dengelenmeli, müdahalenin işverenin meşru amacıyla ölçülü olup olmadığı değerlendirilmeli ve ulaşılan sonuç hakkında hüküm kurulurken ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmalıdır (par 39).

Anayasa Mahkemesi, somut olaydaki uyuşmazlığın özel hukuk kişileri arasında gerçekleşmesi nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin sağladığı güvencelerin yerine getirilmediği iddiasını içeren başvurunun devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında ele alınması gerektiğini ifade ederek çeşitli ilkeler geliştirmiştir. Buna göre işlerin etkin bir şekilde yürütülmesi, iş sağlığı ve güvenliği gibi haklı ve meşru görülebilecek nedenlerle işverenin, kural olarak çalışanın özel hayatı kapsamında kalan bazı davranış ve eylemlerine ilişkin sınırlamalar getirebileceği söylenebilir. İşçinin aynı işyerinde çalışan başka bir işçiyle ilişki yaşamaması hâlinde işverenin sadece bu nedene dayanarak iş sözleşmesini feshedebileceğini kabul etmek, işçinin demokratik bir toplumda temel haklarına ve özgürlüklerine işyerinde de saygı gösterilmesi gerektiği yönündeki haklı beklentisiyle uyuşmayacağından çalışanın diğer bir çalışanla yaşadığı ilişkinin işin yürütülmesini, iş sağlığını ve güvenliğini etkileyip etkilemediği önem taşımaktadır (par 42). Devletin pozitif yükümlülüğüne ilişkin ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde, iki çalışan arasındaki ilişkinin iş sözleşmesinin feshi nedeni olarak kabul edilebilmesi için ilişkinin varlığı ve anılan ilişkinin işin yürütülmesine olumsuz etkileri ile birlikte iş sözleşmesinin sürdürülmesinin işveren açısından beklenemeyeceğinin işveren tarafından tam olarak ortaya konulması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca derece mahkemeleri tarafından da ilişkinin işyerine ve işin işleyişine olan yansımaları işyerinin kapasitesi, işçinin ifa ettiği görevi, sicili, ilişkinin kim tarafından alenileştirildiği gibi hususlar gözetilerek değerlendirilip yeterli ve ilgili gerekçe ile açıklanmalı, iş sözleşmesinin feshinin işverenin meşru amacına uygun ve orantılı olup olmadığı gözetilerek işveren ile çalışan arasındaki çatışan çıkarlar adil biçimde dengelenmelidir (par 43).

Anılan bu prensipleri somut olaya uygulayan Mahkeme şu sonuçlara ulaşmıştır: İşveren iş sözleşmesini, başvurusunun V.B. isimli işçi ile ilişkisi olduğu, bu ilişki nedeniyle V.B.nin eşinin yaptığı bir ihbar sonucu zarara uğradığı gerekçesiyle feshetmekle birlikte ceza soruşturması kapsamında ihbarı yapan kişinin V.B.nin eşi olmadığı ve ihbarın var olduğu iddia edilen ilişki ile ilgisinin bulunmadığı ortaya çıkmıştır. Ayrıca yargılama sürecinde işverenin anılan ihbar nedeniyle şirkete polisin gelerek inceleme yaptığı, işin durduğu ve bu nedenle zarara uğradığına yönelik iddialarını destekleyen belge sunmadığı, Mahkeme'nin bu konuda ayrıca bir araştırma yapmadığı ve dinlenen tanıkların işyerinde anılan olumsuzluklara yönelik beyanlarının alınmadığı görülmüştür. Öte yandan üretime ara verilmiş ve işveren zarara uğramış olsa bile bu durumun başvurusunun kusurundan kaynaklanmadığının sabit olduğu dikkate alındığında, başvurusunun yaşadığı iddia edilen ilişkinin işyerinde olumsuzluklara neden olduğu hususunun işveren tarafından ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır (par 44). Olayda işverenin, V.B.nin savunmasını almasına ve yargılama aşamasında bu savunmayı delil olarak mahkemeye sunmasına rağmen, iddia edilen ilişkinin tarafı olan başvurusunun savunması alınmayarak ilişkinin varlığına ilişkin tek taraflı bir beyana dayanıldığı ve yargılama aşamasına kadar başvurucuya bu beyana karşı görüşlerini sunma imkânının işveren tarafından tanınmadığı hususlarının gözetilmediği; derece mahkemesi tarafından da iddialar karşısında V.B.nin tanık olarak dinlenmediği, işveren tarafından dosyaya sunulan savunmasının doğruluğunun araştırılmadığı görülmüştür (par 45). Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde başvurusunun başka bir işçiyle ilişkisinin olduğu, bu ilişkinin başvuru tarafından alenileştirildiği ve ilişkinin işyerine olumsuz etkilerinin olduğu, ayrıca oluşan olumsuzluklar nedeniyle iş sözleşmesinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceği hususlarının işveren tarafından ortaya konulmadığı; iddia edilen ilişkinin varlığına ve işyerine yansımalarına ilişkin yeterli bir araştırmanın yapıldığı ve olaya özgü gerekçe sunulduğunun söylenemeyeceği; iş sözleşmesinin feshinin işverenin amacına uygun ve orantılı olup olmadığı hususu gözetilerek işveren ile çalışanın çıkarları arasında adil bir denge kuracak özenli bir yargılama yapılmadığı sonucuna varılmıştır (par 46).

Son tahlilde Mahkeme, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının oybirliği ile ihlal edildiğine, kararın bir örneğinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Manisa 1. İş Mahkemesi'ne gönderilmesine, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

İlginç olan husus, 22. Hukuk Dairesi'nin henüz Anayasa Mahkemesinin bu kararı yayınlanmadan önce 11.11.2019 tarihinde bu sefer muhtemelen aynı işçinin kıdem-ihbar tazminatı talepli davasını da karara bağlamış olmasıdır. Yüksek Mahkeme, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunan içtihadını bu kararında da sürdürmüş, evli bir iş arkadaşı ile ilişkiye giren ve kendisi de evli olan davacının iş sözleşmesinin feshini aşağıdaki gerekçeler ile geçerli kabul etmiştir: *“Öncelikle dava dışı ... isimli bayanın davacı veya davacının eşi ile ilgisi olup olmadığı hususu net olmadığı gibi davacının eşi tarafından canlı bomba ihbarının yapıldığı varsayımında dahi üçüncü kişi tarafından yapılan bu eylem davacının iş akdinin feshi için haklı fesih sebebi olmayacaktır. Ancak dosya kapsamında bulunan tutanaklar dikkate alındığında davacı ile işyerinde çalışan bayan işçi arasında ilişki olduğu sabittir. Davacının evli olması da dikkate alındığında bu tür bir ilişki toplumsal olarak kabul edilmeyen bir*

*davranış olsa bile iş sözleşmesinin feshi noktasında İş Kanununda sayılan haklı nedenle fesih gerekçeleri arasında bulunmamaktadır. İşverenin bu davranışı yapan davacı işçi ile iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyeceğinden, işverence yapılan feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmelidir*³⁸. Bu şekilde Yüksek Mahkeme en azından feshin haklı nedene dayandığı ve işçinin kıdem-ihbar tazminatına da kazanmayacağı yönündeki yerel mahkeme kararını bozmuştur.

D.ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 25/2/2021 TARİHLİ KARARI

Anayasa Mahkemesi 2020 yılında H.Ç başvurusunda verdiği kararda oluşturduğu esasları uygulamak suretiyle işyerinde yaşanan duygusal ilişkilere ilişkin olarak 25/2/2021 tarihli Esra Ünlü başvurusunda da (25/2/2021 tarihli 2018/1444 başvuru no.lu)³⁹ işyerinde yaşanan duygusal ilişkileri özel hayata saygı hakkı kapsamında incelemiştir. H.Ç başvurusunda verilen kararda tespit edilen özel hayata saygı hakkı ve işyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin işverenin fesih hakkına etkisine ilişkin esaslar kararda da tekrarlanmış olduğundan burada yalnızca karara esas teşkil eden somut olaya ve mercilerin çözüm tarzına yönelik açıklamalara yer verilecek, buna karşılık tekrar eden hususlarla ilgili esaslara somut olay ile bağlantılı olduğu ölçüde değinilecektir.

I.KARARA KONU OLAN OLAY VE MERCİLERİN ÇÖZÜM TARZI

Başvurucu özel bir şirkette mağaza sorumlusu olarak çalışmaktadır. Başvurucunun aynı şirkette çalışan M.E'nin telefonuna gönderdiği mesaj M.E'nin telefonuna yüklenen bir uygulama sebebiyle şirketin e-posta hesabına yansımıştır. Mesajların incelenmesi sonucu başvurunun iş sözleşmesi işveren tarafından başvurunun çalışma arkadaşı ile iş ahlak ve etiğine aykırı şekilde ilişkisi olduğu tespit edilerek savunması alınmak suretiyle İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) No.lu bendi uyarınca haklı nedenle derhal feshedilmiştir. Başvurucu feshe karşı iş mahkemesinde işe iade istemi ile tespit davası açmıştır. Mahkeme yargılama süresinde başvurunun da bildirmiş olduğu tanıkları dinlemiş ve M.E ile başvuru arasındaki mesajların özel hayata saygı hakkı kapsamında kaldığını, hukuka aykırı elde edilmiş delillerin olayın ispatında dikkate alınamayacağını, tanık anlatımlarından da herhangi bir uygunsuz davranışın görülmediğini, ilişkinin işe yansımadığının anlaşıldığını ifade ederek feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar vermiştir. Dava konusu olayda ilk derece mahkemesi tarafından yapılan yargılama esnasında tanık olarak dinlenen M.E'nin duygusal ilişkinin işten çıkarılmadan birkaç ay önce bittiğini ancak bu ilişkinin işyerine olumsuz yansımalarının olmadığını, ayrıca bölge sorumlusu olarak dokuz mağazanın kontrollerini yaptığını, bu kapsamda başvurunun çalıştığı mağazaya da haftada iki üç kez gittiğini ve toplam dört saat mağazada kaldığını, işverenin asıl amacının kendisini işten çıkarmak olduğunu, gönül ilişkisini bahane ederek ikisinin de iş sözleşmesini sonlandırdığını beyan etmesi dikkat çekici niteliktedir. İşverenin istinaf başvurusu üzerine Bölge Adliye Mahkemesi, başvurunun üstü konumundaki bölge sorumlusu

38 Yargıtay 22. HD, 23324/20727, 11.11.2019 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

39 Anayasa Mahkemesi Esra Ünlü B. No: 2018/1444, 25/2/2021, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/4144>
Erişim: 31 May 2021.

çalışan ile duygusal ilişki yaşadığının, başvuruçunun M.E.nin telefonuna gönderdiği mesajların iradeleri dışında olsa da şirketin mail programına geldiğinin anlaşıldığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre başvuruçunun evli olan ve üstü konumundaki diğer çalışanla bitmiş bile olsa ilişki yaşamaya davalı işverende olumsuzluğa yol açacak, iş barışı ve huzurunu bozacak, işveren işçiye güvenini yitirecek ve davalı işveren yönünden iş ilişkisinin sürdürülmesini çekilmez hâle getirecek niteliktedir; bu itibarla işveren açısından fesih tarihi itibari ile geçerli nedenlerin bulunduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca tarafların ilişkisinin diğer çalışanlarca bilinmediği, iş ortamına yansıtılmadığı, işe olumsuz etkisi olmadığı yönündeki beyanlara da itibar edilemediği kararda belirtilmiştir. Başvuruçucu ile ilişkisi olduğu iddia edilen M.E'nin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi üzerine açılan işe iade davasının da ilk derece mahkemesi tarafından reddedildiği ancak bu kararın da Bölge Adliye Mahkemesi tarafından fesih nedeni olarak gösterilen ilişkinin fesih tarihinden birkaç ay önce sona erdiği ve bu ilişkinin işyerinde bir olumsuzluğa sebep olmadığı belirtilerek kaldırıldığı görülmektedir. Davacı M.E.nin başvuruçucu ile ilişkisinin olduğunu kabul ettiği, bu şekilde evli olan davacının astı konumundaki iş arkadaşıyla özel ilişki yaşadığının sabit olduğu, davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluklara neden olduğu, işverenden iş ilişkisini sürdürmesinin beklenemeyeceği, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedenlerinin olduğu değerlendirilmesine yer vermek suretiyle Bölge Adliye Mahkemesi ve İlk Derece Mahkemesinin kararları Yargıtay 22.Hukuk Dairesi tarafından 7/3/2018 tarihinde bozulmuştur⁴⁰.

2. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi, 2020 yılında H.Ç başvurusu kararına esas teşkil eden hukuki kaynak ve referanslara Esra Ünlü başvurusunda da yer vermiş; iç hukukta iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshine ilişkin 25. maddenin “*Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*” kenar başlıklı II.bendi, geçerli sebeple feshi düzenleyen 18.madde ve sözleşmenin feshine ilişkin usulü düzenleyen 19. maddeye atıf yaparak incelemeye başlamıştır. Mahkeme'nin H.Ç başvurusuna benzer bir biçimde AİHM'in özel hayat kavramının kapsamını tayin ettiği *Denisov/Ukrayna* (B. No: 76639/11, 25/10/2018), *Niemietz/Almanya*, (B. No: 13710/88, 16/12/1992) ve *Özpınar/Türkiye* (B. No: 20999/04, 19/10/2010) kararlarına atıf yaptığı ve AİHM yargıcının belirlediği esasları göz önünde tutmaya çalıştığı bu kararda da görülmektedir.

Mahkeme, “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*” hükmünü içeren “*özel hayatın gizliliği*” kenar başlıklı Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesinde başvurunun kabul edilebilir olduğunu ifade ederek incelemeye başlamıştır. Yüksek mahkemeye göre işlerin etkin bir şekilde yürütülmesi, iş sağlığı ve güvenliği gibi haklı ve meşru görülebilecek nedenlerle işverenin, kural olarak çalışanın özel hayatı kapsamında kalan bazı davranış ve eylemlerine ilişkin sınırlamalar getirebileceği söylenebilir. Bununla birlikte işverenin yetki ve haklarının sınırsız değildir ve çalışana tanınan temel hak ve özgürlükler – somut olayda özel hayata saygı hakkı – işyeri sınırları dahilinde de korunmaktadır; kısıtlayıcı ve uyulması zorunlu işyeri kuralları çalışanların temel haklarının özünü zedeleyecek

40 Yargıtay 22.HD, 768/5989, 07.03.2018 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

nitelikte olmamalıdır. İşçinin aynı işyerinde çalışan başka bir işçiyle ilişki yaşaması hâlinde işverenin sadece bu nedene dayanarak iş sözleşmesini feshedebileceğini kabul etmek, işçinin demokratik bir toplumda temel haklarına ve özgürlüklerine işyerinde de saygı gösterilmesi gerektiği yönündeki haklı beklentisiyle uyuşmayacaktır. Bu çerçevede çalışanın diğer bir çalışanla yaşadığı ilişkinin işin yürütülmesini, iş sağlığını ve güvenliğini etkileyip etkilemediği önem taşımaktadır (par 40).

H.Ç başvurusunda tespit ettiği esasları yineleyen ve iki çalışan arasındaki ilişkinin iş sözleşmesini fesih nedeni olarak kabul edilebilmesi için ilişkinin varlığı ve anılan ilişkinin işin yürütülmesine olumsuz etkileri ile birlikte iş sözleşmesinin sürdürülmesinin işveren açısından beklenemeyeceğinin işveren tarafından tam olarak ortaya konulması gerektiği sonucuna ulaşan Mahkeme (par 41), işverenin başvuru ile evli ve çalışma üstü olan M.E arasında yaşanan ilişkinin işyerinde nasıl ve ne gibi olumsuzluklara neden olduğu konusunda somut bir bilgi sunmadığı sonucuna ulaşmıştır (par 42). Mahkemeye göre yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvuru ile M.E. arasında fesih tarihinden önce bitmiş bir ilişkinin olduğu, bu ilişkinin başvuru ve M.E tarafından alenileştirilmediği, tanık anlatımlarına göre iş sözleşmesinin feshi ile alenileşen ilişkinin diğer işçiler tarafından ve işveren tarafından bilinmediği, bu durumun işyerinde bir olumsuzluğa sebep olmadığı hususlarının sabit olduğu söylenebilecektir (par 42). Özel hukuk iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkları karara bağlayan derece mahkemelerince özel hayata saygı hakkına ilişkin Anayasa'da belirtilen güvencelerin gözetildiği özenli bir yargılama yapılmadığı, dolayısıyla anayasal güvencelerin korunması açısından pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği anlaşıldığından başvuruçunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır (par 44).

Son tahlilde Mahkeme oybirliği ile Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine, kararın bir örneğinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Karaman İş Mahkemesi'ne gönderilmesine, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

E. YARGITAY'IN YAKLAŞIMI

I. GENEL OLARAK

İşyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin işyerine olumsuz yansımaları ilişki sebebiyle çalışma ortamının huzurunu bozacak düzeyde dedikoduların ortaya çıkması, özellikle ast-üst konumdaki çalışanlar arasındaki ilişkiye bağlı olarak kayırmacılık ve ilişkinin verdiği rahatlığa dayanarak işin görülmesinde özensizliklerin baş göstermesi, ilişki sırasında taraflar arasında ortaya çıkan tartışmaların işyerine yansımaları, ilişkinin taraflarının eşleri yahut yakınlarının işyerine sirayet eden davranışları ve müdahaleleri sebebiyle çalışma düzeninin etkilenmesi gibi farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Bu olumsuz etkilerin bir katalog halinde sınırlı bir biçimde sıralanması mümkün olmamakla birlikte Yargıtay'ın farklı tarihlerde verdiği ve ortak özelliklere sahip olan kararlar olduğu görülmektedir. Aşağıda görüleceği üzere Yüksek Mahkeme'nin kimi kararlarında

AYM ile paralel esasları takip ederek duygusal ilişkinin işe, işyerine yahut çalışma düzenine olumsuz etkilerinin yeterli delil ve gerekçelerle ortaya konulmasını ararken, kimi kararlarında taraflar arasındaki ilişkinin işyerinde olumsuzluk yarattığına dair varsayımdan hareketle hüküm tesis ettiği görülmektedir⁴¹. Anılan olumsuz etkiler Yargıtay'ın geliştirdiği yaklaşımlar çerçevesinde ele alınarak Yüksek Mahkeme'nin verdiği kararlar ile Anayasa Mahkemesi'nin H.Ç ve Esra Ünlü kararında ortaya koyduğu esasların ayrıştığı noktalar tespit edilmeye çalışılacaktır.

2. HİYERARŞİK İLİŞKİ İÇERİSİNDE BULUNAN ÇALIŞANLAR ARASINDAKİ DUYGUSAL İLİŞKİNİN İŞ İLİŞKİSİNE ETKİLERİ

Hiyerarşik ilişki içindeki çalışanların duygusal ilişkileri, işyerinde kayırmacılık tehlikesini doğurmaya elverişlidir. Kayırmacılık, çalışanlara yapılan muamelede yakın ilişki ağlarını ön plana çıkarıp liyakatın önüne koyarak eşitlik ve adalet temelinden uzak işlemler tesis etmeyi ifade etmekte olup özellikle hiyerarşik ilişki içerisinde bulunan kişiler arasındaki duygusal ilişkiler eşit durumdakiler arasındaki duygusal ilişkilere kıyasla işyerinde kayırmacılığın ortaya çıkmasına yol açabilecek niteliktedir. Bu işlemler işyerinde ödüllendirme yahut terfi ettirme, görev ve kaynakların dağıtımından yaptırım mekanizmalarının uygulanış biçimine kadar geniş bir yelpazede sayısız olanağa karşılık gelmektedir⁴². Ayrıca bu tür ilişkilerin gerçekleşmemiş olsa dahi diğer çalışanlar arasında eşitsizlik algısı yaratarak işyerine bağlılığı ve verimi düşürme gibi etkilerinin olduğunu da söylemek mümkündür⁴³. Doktrinde Yıldız tarafından isabetle belirtildiği üzere aralarındaki gönül ilişkisi nedeniyle amir konumundaki işçi diğer işçiye hak etmediği halde performans değerlendirmesinden yüksek not veriyor yahut diğer çalışanların performansı daha yüksek olmasına rağmen sadece aralarındaki ilişki sebebiyle yüksek

41 9. Hukuk Dairesi'nin 29.9.2005 tarihinde verdiği kararda dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının iddia ettiği gibi işyerinde ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan bir davranışını kanıtlanmadığı gibi, dışarıdaki hareketlerin de sadece dedikoduya dayandığının anlaşıldığı ifade edilerek duygusal ilişkinin kesin deliller ile ispatlanması gerekliliği vurgulanmıştır. Yargıtay 9.HD, 2203/31733, 29.9.2005 (Şahin Çil, İş Kanunu Şerhi II.Cilt (1.Bası Turhan Kitabevi 2004) 1901); Daire 2014 yılında verdiği başka bir kararında da iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini ispat yükümlülüğünün davalı işverende olduğunu, somut olayda dava dışı şahıs ile davacı arasında özel ilişkinin varlığı ve iş düzenini bozucu eylemin bulunduğu beyan edilmediğini ve işveren tarafından da bu konuda tutanak ibraz edilemediğini dolayısıyla haklı nedenle feshin ispat edilemediğini belirtmiştir. 9.HD, 23.05.2014, E.2012/11399, K.2014/16603 (Sinerji Mevzuat ve İċtihat Bilgi Bankası); Bununla birlikte 22. Hukuk Dairesi 2017 yılında verdiği kararında, dosya kapsamında bulunan tutanaklar ve davacıya ait aile nüfus kayıt örneği dikkate alındığında davacı ile işyerinde çalışan diğer bir işçi arasındaki ilişki olduğunun sabit olduğunu ancak davacı ve diğer işçi arasındaki bu tür bir ilişki toplumsal olarak kabul edilmeyen bir davranış olsa bile iş sözleşmesinin feshi noktasında İş Kanununda sayılan haklı nedenle fesih gerekçeleri arasında bulunmadığını, davacının sosyal açıdan tasvip edilemeyecek bu davranışının iş görme ediminin gereği gibi ifasını etkilediğinin de iddia ve ispat edilmiş olmadığını belirtmiştir. Ancak mahkemeye göre işverenin bu davranışı yapan davacı işçi ile iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyeceğinden, işverence yapılan feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmelidir şeklinde hüküm tesis ederek taraflar arasındaki ilişkinin işyerinde olumsuzluk yarattığı varsayımından hareket etmiştir. Yargıtay 22. HD, 17221/22711, 24.10.2017 (Sinerji Mevzuat ve İċtihat Bilgi Bankası); Aynı yöndeki karar için bkz. Yargıtay 22.HD, 17587/22860, 01.07.2015 (Sinerji Mevzuat ve İċtihat Bilgi Bankası).

42 Lale Oral Ataç ve Asiye Şahin Emir 'İş Hukuku Boyutuyla Örgütlerde Kayırmacılık' in Prof.Dr.Sevinç Köse ve Prof. Dr.Mustafa Alp (eds) Örgütsel Davranış ve İş Hukukuna Yansımaları (Seçkin Yayıncılık 2020) 157.

43 Yiğit (n 1) 3778.

not veriyorsa anılan durum üst konumunda olan işçi bakımından işverene karşı iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğün ihlali niteliğinde olacaktır⁴⁴.

İşyerlerinde örgütsel yapı içerisinde ilişkiye giren tarafların eş düzey yahut yatay pozisyonda olduğu durumlar hem diğer yöneticiler hem de çalışanlar bakımından genellikle kabul görünürken, yönetici pozisyonunda bulunan kişiler ile astları arasındaki ilişkilere olumsuz yaklaşıldığı, çalışanın terfi ettiği durumlarda kayırmacılık algısının ortaya çıktığı gözlenmektedir⁴⁵. Nitekim Society for Human Resources Management tarafından 2005 yılında insan kaynakları yöneticileri üzerinde yapılan bir araştırmada duygusal ilişki içerisinde bulunan departman çalışanlarının %44'ünün kayırmacı davranışlar sergilediğinin tespit edilmiş olması dikkat çekici niteliktedir⁴⁶.

Konunun Yargıtay kararlarına yansımaya baktığımızda ise yönetici-çalışan arasındaki bu tür duygusal ilişkilerin kimi hallerde iş ilişkisinde taraflar arasında bulunması gereken güven temelini sarstığından ve iş ilişkisinin sürdürülmesini çekilmez hale getirdiğinden haklı nedenle feshine kimi hallerde ise işin işleyişini ve düzenini bozduğundan bahisle geçerli sebeple feshine neden olduğu görülmektedir. Bununla birlikte bahsi geçen kararlarda mahkemenin istikrarlı bir tutum izlemediği, kayırmacılık kapsamına dahil edilebilecek benzer davranışlar ve olumsuz etkiler içermesine rağmen konuyu kimi kararlarda işverenin geçerli fesih hakkına kimi kararlarda ise haklı nedenle derhal fesih hakkına dayandırması dikkat çekici niteliktedir.

7. Hukuk Dairesi'nin 2015 yılında verdiği karara konu olan olayda bölge müdürü pozisyonundaki çalışan ile astı arasındaki ilişkinin yarattığı olumsuz etki geçerli fesih sebebi olarak değerlendirilmiştir. Kararda bölge müdürlüğü çalışanları beyanları ve dosyadaki tanık beyanları bir bütün olarak değerlendirildiğinde; davacının Bölge Müdürüyle yaşadığı gönül ilişkisi nedeniyle bazen oldukça rahat davranıp işe geç geldiği, geç saate kadar çalışmaya başlamadığı, küskün oldukları bazı zamanlarda ise işle ilgili olarak bile birbirleriyle iletişimde bulunmadıkları gibi iş akışını engelleyecek tarzda davranıp birbirlerine hakaret ettiklerinin ve çalışanların bu davranışlardan olumsuz etkilendiklerinin dosya kapsamıyla sabit olduğu, bu nedenle işyerinde davacının eylemlerinin haklı neden ağırlığında olmasa da işyeri huzurunu bozan eylemler olduğu ve işverence iş ilişkisinin sürdürülmesi beklenemeyeceğinden feshin geçerli nedene dayandığı sonucuna ulaşılmıştır⁴⁷.

22. Hukuk Dairesi'nin 2014 yılında verdiği karara konu olan olayda davacının iş sözleşmesi işyerinde beraber çalıştıkları işçi ile aralarındaki duygusal ilişkinin sona ermesi neticesinde profesyonel düzeyde iş ilişkisinin devam etmesinde problemler olması, işyerinde bunun olumsuzluklara yol açması, yöneticisi olduğu işçi ile yakınlaşması ve bu işçiye karşı olumlu yönde ayrımcılık yapması, bu konularda diğer çalışanları tehdit etmesi gerekçeleriyle haklı sebep iddiasıyla feshedilmiştir. Daire ise taraf delilleri tam olarak toplanmaksızın fesih gerekçeleri sabit kabul edilerek geçerli sebeple iş

44 Yıldız (n 33) 22.

45 Bu ilişkiler içerisinde ise kadın üst düzey erkek alt düzey olan ilişkilerin, erkek üst düzey kadın alt düzey olan romantik ilişkilere göre daha uygunsuz karşılanması, erkek üst düzey-kadın alt düzey ilişkisinin ise daha kabul edilir görülmesi dikkat çekici niteliktedir. Ömüriş ve Ehtiyar (n 12) 23.

46 İbid 21.

47 Yargıtay 7. HD, 31351/26504, 23.12.2015 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

sözleşmesinin feshedildiğinin kabul edilmesinin yerinde olmadığını, öncelikle tarafların bildirdiği deliller toplanmasını ve bundan sonra dosya bir değerlendirmeye tabi tutularak oluşacak kanaate göre bir karar verilmesi gerektiğini belirtmiş; dosya tekemmül ettirilmeden ve dava, savunma ile yargılanma hakkına özen gösterilmeden verilen eksik incelemeye dayalı kararın bozulması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁸. 7.Hukuk Dairesinin 2016 yılında verdiği kararda yerel mahkeme, davacının takım lideri olduğu, aynı takımda bulunan kız arkadaşı ile kişisel ilişkisi itibari ile özellikle yapılan toplantı sayısının diğer çalışanların toplantı sayısına göre makul süre ve sayının çok üzerinde kaldığı, diğer çalışanlar arasında bu davranış şeklinin ciddi huzursuzluk yarattığı, dolayısı ile iş sözleşmesi karşılıklı güvene dayalı olduğundan ve işçinin sadakat ve özen yükümlülüğü bulunduğundan sözleşmenin devamının işveren yönünden çekilmez hal aldığı, eylemin 4857 sayılı yasanın 25/2-e maddesine göre güveni kötüye kullanma ,doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış ölçüsünde olduğu davacının iş sözleşmesini feshinin haklı sebebe dayandığı yönünde karar vermiştir. Daire ise çalışanların davacı hakkındaki şikayetleri ve kız arkadaşı olan diğer çalışan ile ilgili davranışları nedeniyle davacıya 06.01.2015 tarihinde yazılı uyarı verilerek tebliğ edildiğini; bu tarihten sonra davacının olumsuz herhangi bir davranışının tespit edilemediğini ifade ettikten sonra 4857 sayılı Kanununun 19. maddesi hükmü uyarınca işverence fesih sebebinin açık ve kesin belirtilmediği gibi fesih öncesinde davacının savunmasının da alınmadığı, ihbar tazminatı ödemesiyle haklı fesih nedeninin de çelişkili olduğu ve bu hususta ispatın da mevcut olmadığı işveren feshinin haklı ya da geçerli bir nedene dayanmadığı sabit olup davacının temyiz itirazlarının yerinde olduğunu, bu nedenle feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi gerektiği yönünde hüküm tesis etmiştir⁴⁹. 22.Hukuk Dairesi tarafından 2015 yılında verilen kararda yerel mahkeme işveren tarafından feshe konu edilen davacı işçi ile aynı şubede üstü konumunda olan dava dışı şahıs arasında yaşanan ilişkinin yargılanmasının ve kabul görmemesinin mümkün bulunmasına rağmen bu durumun sadece muhatapların eş ve yakınlarını ilgilendireceğini, bu sebeplere dayanarak iş sözleşmesini feshetmesinin iş kanununda haklı bir gerekçe olarak kabul edilmediğini; iki yetişkin birey arasındaki gönül ilişkisinin banka üst düzey yetkililerine bildirilmesini beklemenin hayatın olağan akışına aykırı olduğu gibi Anayasa ve İş Kanunlarında böyle bir zorunluluğun tanımlanmadığını ifade etmiştir. Yerel mahkeme kararının temyizi üzerine Daire ise davacı ile aynı şubede üssü konumundaki dava dışı evli şahsın özel ilişki yaşadıkları, bu durum hakkında davalı bankaca bilgi istenilmesine rağmen reddedildiğinin sabit olduğunu; işverenin bu davranışı yapan işçi ile ilişkisini sürdürmesi beklenemeyeceğinden, işverence yapılan feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁰. Doktrinde Yıldız tarafından isabetle belirtildiği üzere anılan karar çalışanların gönül ilişkileri hakkında işverene yazılı bilgi verme yükümlülüğünün olmaması ve davalı vekili tarafından ileri sürülen şube müdürü pozisyonunda olan kişinin duygusal ilişki içerisinde bulunduğu davacının performans değerlendirmesinde objektiflikten uzak davranma ve kayırmacılık ihtimaline yönelik somut delil sunulmaksızın genel bir şüpheden hareket edilerek hüküm tesis edilmesi bakımından eleştiriye açık niteliktedir⁵¹.

48 Yargıtay 22.HD, 21677/25434, 24.9.2014 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

49 Yargıtay 7.HD, 7096/12913, 08.06.2016 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

50 Yargıtay 22. HD, 35211/79, 19.01.2015 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

51 Yıldız (n 33) 23.

7.Hukuk Dairesi tarafından 2014 yılında verilen kararda dosyada dinlenen tanıklar, işveren tarafından alınan yazılı beyanlar ve toplanan tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, davacının diğer çalışan ile duygusal yakınlığının olması nedeniyle, diğer çalışanlarla bu çalışan arasında ayrımcılık yaptığı, bu kişinin daha rahat çalışmasını sağladığı, mesaiye uymamasına herhangi bir işlem yapmadığı ve bu nedenle işyerindeki çalışma barışını bozduğunun sabit olduğu, bu durumun işverene iş sözleşmesini haklı olarak tazminatsız sonlandırma imkanı verdiğini belirtmiştir⁵². 9. Hukuk Dairesi de 2016 yılında verdiği kararında ise duygusal ilişki yahut gönül ilişkisi kavramını kullanmamakla birlikte, işçilerin çalıştıkları departmandaki hiyerarşik yapı içerisinde ast üst ilişkilerini hiçe sayarak gayri ahlaki ilişki yaşamaları ve bunu da işyerine yansıtmaları nedeniyle 4857 sayılı yasanın 25. maddesi uyarınca iş akitlerinin sonlandırılabilceğini ifade etmiştir⁵³.

3. MÜŞTERİLER YAHUT ÇALIŞANLARDAN BİRİNİN EŞİ GİBİ İŞYERİ DIŞINDAN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İŞÇİ ARASINDAKİ DUYGUSAL İLİŞKİLERİN İŞ İLİŞKİSİNE ETKİLERİ

Duygusal ilişki evli yahut bekar işyerinde çalışanlar arasında yaşanabileceği gibi müşteri, çalışanlardan birinin eşi yahut akrabası gibi işyeri ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerle çalışan arasında da ortaya çıkabilir. Yüksek Mahkeme'nin çalışanlar arasında olmamakla birlikte işyerinde çalışan ile üçüncü kişi olan müşteriler arasında gerçekleşen duygusal ilişkiler sebebiyle iş sözleşmesinin geçerli olarak feshinde bu ilişkinin işyerinde ve işin yürütümünde olumsuz bir etki yaratıp yaratmadığını denetlediği görülmektedir.

2015 yılında 7. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda davacının iddia edilen bir kısım davranış veya ilişkilerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa ile güvence altına alınan özel hayata karışmama ve saygı ilkesinin bir gereği olduğu ve fesih konusu yapılamayacağı isabetli olarak belirtilmiş ise de, davacının özel hayatı ile ilgili meselelerin davacının işine ve müşteri ilişkilerine zarar vermemesi gerektiğinin açık olduğu belirtilmiştir. Karara konu olan olayda, davacının banka teftiş soruşturması sırasında bir dönem ilişki yaşadığını kabul ettiği evli ve polis memuru olan kişi aynı zamanda bankanın müşterisi olup maaşını bankadan almakta ve bankaya ait kredi kartlarını kullanmaktadır. Sözü edilen kişi davacı hakkında bankaya vermiş olduğu şikayet dilekçesinde, kendisinin 2012 ve 2013 yıllarında eşiyle tatile çıktığı dönemlerde davacının bankaya ait kredi kartlarındaki harcamaları kontrol etmek suretiyle kendisine nerede olduğunu bildiğini belirten mesajlar attığını ve banka görevlisi olmasından faydalanarak bu şekilde kendisini rahatsız ettiğini iddia etmiştir. Banka teftiş raporunda, müşteri tarafından mesajların silinmiş olması nedeniyle sunulmadığı ancak müşterinin kredi kartı bilgilerinin davacı tarafından müşterinin izinli olduğu 25.06.2012-14.07.2012 tarihleri arasında 118 defa ve 15.06.2013 – 08.07.2013 tarihleri arasında ise 51 defa kontrol edildiği tespit edilmiştir. Mahkeme davacının banka görevlisi olmasından faydalanarak özel hayatı ile ilgili meselelerle ilgili olarak müşterinin kişisel bilgilerine ulaştığının anlaşıldığını,

52 7.HD, 06.03.2014, E.2013/20680, K.2014/5507 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

53 Yargıtay 9.HD, 12252/20517, 21.11.2016 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

bankanın davacının bu ve bu gibi eylemleri nedeniyle zarar göreceğinin açık olduğunu ve bu sebeple iş sözleşmesinin feshedilmesinin geçerli nedene dayandığını ifade etmiştir⁵⁴.

2014 yılında 7. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda, her ne kadar davacının hastaneye gelen hastalarla işyeri dışında gönül ilişkisi kurması nedeniyle şikayet edilmesi geçerli fesih nedeni ise de, mahkemece feshin geçerli fesih nedeni olduğunun gözetilmeden kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesi hatalıdır şeklinde hüküm tesis etmiş ve işyerine olumsuz etkileri olan üçüncü kişi durumundaki müşterilerle kurulan duygusal ilişkilerin geçerli fesih nedeni olabileceğini kabul etmiştir⁵⁵. 2010 yılında 9.Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda da işçinin özel yaşamı ve ilişkilerinin işverenin ilgi alanı dışında bulunduğu açık olduğu ancak davacı işçinin müşterisi olan evli bir erkekle özel ilişkiye girdiği, söz konusu kişinin eşi tarafından, bu münasebeti ve eşi ile kendisini tehdit ettiği için işverene şikayet edildiğinin dosya içeriğine göre sabit olduğu, şikayet üzerine idari soruşturma başlatılarak davacı ve ilgililerin beyanlarına başvurulduğu ve olayın işyeri çevresinde bilinir hale geldiği ortaya konulmuştur. İşçinin olumsuz davranışları yüzünden artık iş ilişkisi işveren açısından normal ölçülerde sürdürülemez haldedir. İhbar ve kıdem tazminatlarının ödenmiş olması durumu değiştirmeyecektir ve fesih geçerli nedene dayanmaktadır⁵⁶.

Daire'nin 2018 yılında verdiği karara konu olan olayda davacı bir havayolu şirketinde pilot olarak çalışmaktadır ve aynı işyerinde kabin memuru olan E.K ile duygusal ilişki yaşamıştır. Kabin memuru E.K, davacı pilot ile ilişki yaşamadan evvel havayolu şirketinin müşterilerinden G.Y ile ilişki içerisinde bulunmuş; G.Y ise E.K'nın davacı ile birlikte olmasını kabullenemediğinden davacı ve E.K'ya çeşitli tarihlerde attığı mesajlarla kendilerini işten attıracağı ve rezil edeceğini ifade etmiş bunun karşılığı olarak davacının da G.Y'ye tehdit ve hakaret içeren mesajlar gönderdiği tespit edilmiştir. G.Y bu mesajları işverene iletmış ve davacı pilotun iş sözleşmesi haklı nedene dayalı olarak feshedilmiştir. Uyuşmazlık istinaf incelemesine tabi tutulmuş ve Bölge Adliye Mahkemesi davacının dava dışı G.Y. isimli kişiye ahlak ve adaba aykırı hareketlerde bulunduğu ileri sürülmesine karşı bu hareketlerin işyerinde meydana gelmediği davacı ile bu kişinin bir araya işyeri veya dışında hiç gelmedikleri davacı ile bu kişi arasındaki ilişkilerin özel yaşamlarından kaynaklandığı, davacının G.Y. ile arasında geçen olayları işyerine yansıtmadığı, çalışmasına etki etmesine izin vermediği, aksine G.Y. isimli kişinin davacıya husumet besleyerek davacıyı zayıflatacağı düşüncesi ile davacının işten çıkarılabilmesi amacıyla işverene sürekli mesajlar gönderdiği anlaşıldığından davacının toplu iş sözleşmesinin bu maddesi kapsamında kalacak bir hareketinin bulunmadığı, bu maddelere göre davacının iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği, davalı işverenin davacıya isnat olunan hareketler nedeniyle iş ilişkisinin davalı şirket açısından çekilmez hale geldiği yönünde dosyaya bir delil sunmadığı, davacı işçinin özel yaşamındaki bu yaşananları işyerine yansıtmadığı, aksine dava dışı G.Y. isimli kişinin davacıya zarar verebilmek amacıyla sürekli işverene mesaj göndermek suretiyle davacı aleyhinde harekette bulunduğu geçerli bir fesih nedeni de bulunmadığı bu sebeple de davacının iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilemeyeceğine hükmetmiştir. Temyiz incelemesi yapan 9.

54 Yargıtay 7.HD, 28037/26718, 24.12.2015 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

55 Yargıtay 7. HD, 5561/14474, 26.06.2014 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

56 Yargıtay 9.HD, 37801/36261, 6.12.2010 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

Hukuk Dairesi ise, davacının G.Y.'nin eşine ve kendisine yönelik tehdit ve hakaret içeren whatsapp mesajlarını içeren yazışmalarının G.Y. tarafından bir maille davalı işveren yetkililerine bildirildiği, bu mail üzerine davalının olaylardan haberdar olduğu, tarafların birbirlerine gönderdiği mesajların çirkin içeriği, işyerinden istifa ederek ayrılan E.K'nın davalı işverenin başka bir çalışanı olduğu hususları da gözetildiğinde taraflar arasındaki olumsuzluğun işyerine de yansıdığı, yaşanan olayların davalı işveren iş ilişkisinin sürdürülmesi açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyecek hale gelmesine neden olduğu, feshin bu suretle geçerli nedenlere dayandığını ifade etmiştir⁵⁷. Anılan kararda işverenin dava dışı G.Y ile davacı işçi arasında yaşanan olaylardan G.Y'nin gönderdiği mesajlar neticesinde haberdar olmasına dek geçen süreçte iş ilişkisine herhangi bir yansıması olmadığı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle Bölge Adliye Mahkemesi'nin ulaştığı sonucun Anayasa Mahkemesi'nin H.Ç ve Esra Ünlü başvurularında tespit ettiği esaslar ile uyumlu olduğu ve işçinin özel hayatına saygı hakkının korunması bakımından etkin olduğunu ifade etmek mümkündür⁵⁸.

Yüksek Mahkeme'nin çalışanlar arasında olmamakla birlikte işyerinde çalışan ile üçüncü kişi olan müşteriler arasında gerçekleşen duygusal ilişkileri somut olayın özelliğine göre işveren ile işçi arasında bulunması gereken güven temelini sarsıldığından bahisle haklı fesih sebebi olarak değerlendirdiği kararları da bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2000 yılında verdiği karara konu olan olayda işçilerden biri iş arkadaşının eşi ile duygusal ilişki içerisine girmiş ve arkadaşı mesaide iken onun eşi ile arkadaşının evinde ilişkide bulunmuş, suçüstü yakalanmış ve tutuklanmıştır. Hukuk Genel Kurulu işçilerden birinin eşi ile diğer işçinin ilişkiye girmesinin, işyerindeki çalışma düzenini olumsuz şekilde etkileyeceği, iş barışını bozarak verimi düşüreceğinin kabul edilmesi ve davacının söz konusu eyleminin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan bir hal olarak değerlendirilmesi gerektiğini, bu itibarla işyeri dışında işlenen bir suç olarak kabul edilmesinin uygun olmadığını ifade etmiştir⁵⁹.

Yeni tarihli kararlarda ise Yargıtay'ın sadece işçinin müşteri ile ilişkisini haklı fesih sebebi olarak yeterli görmediği, güven ilişkisini sarsan başka unsurların bu ilişki ile birlikte veya ilişki sonucu bulunmasını da aradığı söylenebilir. Hukuk Dairesi 2013 yılında verdiği kararında davacının savunması değerlendirildiğinde duygusal yakınlık yaşadığı şahsın maaş yazısını getirdiği firmada çalışmadığını bildiği ancak buna rağmen o belgeyi kabul ettiği, davacının davranışının doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış niteliğinde olduğu ve feshin haklı nedene dayandığı anlaşıldığından davanın kabulü yerine reddi hatalı olup bozma nedeni olduğunu belirterek bankada çalışan işçinin duygusal ilişki içerisinde olduğu kişiye usulsüz olarak kredi girişi yapmasını doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olarak nitelendirmiştir⁶⁰. 22. Hukuk Dairesi tarafından 2016 yılında verilen kararda da işçinin, Ayrancı-1 mağazasında devamlı alışveriş yapan bir bayan müşteriden şirket çalışma prensiplerine aykırı olarak cep telefonu numarası istemesi ve akabinde müşteri ile özel olarak görüşmek istediğini belirterek evli olduğu halde kendisini bekar olarak tanıtmak sureti ile

57 Yargıtay 9.HD, 26396/12470, 04.06.2018 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

58 Aynı yöndeki görüş için bkz. Civan (n 32) 183.

59 Yargıtay HGK, 9-1100/1155, 20.09.2000 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası); Doktrinde **Yiğit**, anılan kararın isabetli olduğunu belirtmektedir Yiğit (n 1) 3792; Aynı yöndeki karar için bkz. Yargıtay 9.HD, 18248/44, 26.01.2000 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

60 Yargıtay 9.HD, 2620/20522, 04.07.2013 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

şirket itibarını zedelediği eylemin haklı fesih sebebi olarak değerlendirilebileceği ancak her ne kadar davalı işveren tarafından eylemlerin gerçekleştiği tarihten itibaren altı iş günü içerisinde haklı fesih sebebi yapılmamış ise de geçerli feshe dayanak teşkil edeceği gözetilerek davalı delillerinin buna göre değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶¹. Dava konusu olayda işçinin anılan eylem dışında işyerinde satılan ürünü parasını ödemediği yemesi, sözlü uyarılara rağmen 15.12.2008 ve 09.01.2009 tarihlerinde görev başında iken cep telefonu kullanması, 24.09.2009 tarihinde çalışan bayan personel ile aşırı samimiyet kurması, 16.02.2009 tarihinde bayan müşteriye “*dışlerin takma mı, gerçek mi?*” diyerek müşteriye rahatsız etmesi, 26.02.2014 tarihinde mutfak personeli olarak çalışan bayan personele küfür etmesi şeklinde farklı eylemlerinin söz konusu olması da dikkat çekici niteliktedir.

İş Kanunu md.25/IV bendi uyarınca işçinin gözüaltına alınması yahut tutuklanması halinde devamsızlığın 17 maddede belirtilen bildirim süresini aşması haklı bir fesih nedeni olup işçinin gözüaltına alınmasına yahut tutuklanmasına sebep olan olayın işyerinde yahut işyeri dışında gerçekleşmesi, işçinin kusurlu yahut kusursuz olması önem taşımayacaktır⁶². İşyeri dışında ve işyerinde çalışmayan kişilerle yaşanan duygusal ilişkilerin olumsuz etkilerinin işyerine sirayet etmesinin özellikle işyeri dışında yaşanan cinsel ilişki sonucunda işçinin gözüaltına alınması yahut tutuklanması ve İş Kanunu md.25/IV uyarınca devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması biçiminde tezahür etmesi işverene iş sözleşmesini derhal sona erdirmeye yetkisi vermektedir⁶³. Nitekim 9.Hukuk Dairesi'nin 2009 yılında verdiği kararda davacının, küçük yaşta bir kızla cinsel birliktelik kurduğunun anlaşıldığı; davacının bu eyleminin, sonucu itibari ile işyerinde olumsuzluklara yol açacağı açık olduğu ve işverenin feshinin 4857 sayılı İş Kanunu m. 25/IV'ün unsurlarını taşıdığı kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁴.

4. DUYGUSAL İLİŞKİNİN TARAFLARININ EŞLERİ YAHUT YAKINLARININ İŞYERİNE SİRAYET EDEN DAVRANIŞLARININ İŞ İLİŞKİSİNE ETKİLERİ

İşin yürütümü ve işyerinin huzuru ile işleyişine yönelik olumsuz etki duygusal ilişkinin taraflarınca işyerine yansıtılmamış olsa dahi, tarafların eşleri, anne yahut babaları gibi yakınlarının işyerine sirayet eden davranışları neticesinde de ortaya çıkmış olabilir. 7. Hukuk Dairesi'nin 2015 yılında verdiği kararına konu olan olayda davacının bölge müdürü olarak davalı şirkette çalıştığı, evli olmasına rağmen bölgedeki başka bir mağazanın müdürü ile duygusal ilişki içinde olduğu, kadının eski eşinin işyerine gelerek olay çıkardığı ve yazılı şikayette bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu açıklamalar doğrultusunda, davacının emri altındaki personelle özel ilişkisinin işyerine yansıdığı, bu

61 Yargıtay 22. HD, 12190/13912, 9.5.2016 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

62 Üzük İş Hukuku (n 14) 730.

63 Doktrinde **Keser**, işyeri dışında yaşanan bir cinsel birlikteliğin işyerine olumsuz yansımaları bulunması durumunda işçinin iş sözleşmesinin ancak işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebep ile feshedilebileceği görüşündedir. Keser (n 5) 25.

64 Yargıtay 9.HD, 11072/127, 19.1.2009 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

durumun işin yönetimi ve işleyişinde olumsuzluklara neden olacağı ve iş ilişkisini sürdürmesinin davalı işverenden beklenemeyeceği açık olup feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir⁶⁵.

2017 yılında verilen karara konu olan olayda ise davacının işyerinde başka bir çalışanla gönül ilişkisi olduğuna dair dedikodu yapıldığını duyması üzerine, bu dedikodudan sorumlu tuttuğu işyeri çalışanın üzerine yürümüş ancak araya girenler olmasıyla olay bu aşamada yatışmıştır. Fakat konunun davacının kocasına da intikali üzerine bu defa davacının kocası yanında başkaları da olduğu halde işyerine gelerek olay çıkartmıştır. Mahkemeye göre bu durumda sonuç itibariyle davacı hakkında çıkan dedikodunun işyerinde olumsuzluklara yol açtığı tartışma dışı olup feshine konu eylemin işyerinde olumsuzluklara yol açtığı belirlenmesi karşısında davalı işverenin feshinin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekmektedir⁶⁶. Anılan kararda dedikodu yayılmasına sebebiyet veren işçi hakkında işveren tarafından herhangi bir yaptırım uygulanmadığı görülmektedir. Oysa ileride değinileceği üzere Yargıtay'ın kimi kararlarında işyerinde çalışan diğer işçilerce duygusal ilişki olduğu yönünde dedikodu yayılması da işverene haklı fesih imkanı veren sataşma fiilleri arasında görülmektedir.

5.DUYGUSAL İLİŞKİNİN TARAFLARININ İŞYERİNDE ALENİ BİR BİÇİMDE DUYGULARINI GÖSTERİCİ NİTELİKTE DAVRANIŞLARDA BULUNMALARININ İŞ İLİŞKİSİNE ETKİLERİ

Duygusal ilişkinin taraflarının işyerinde aleni bir şekilde duygularını gösterir nitelikte öpüşme, sarılma, kucaklaşma, kucak kucağa bulunma gibi davranışlarının Yargıtay tarafından ağırlıklı olarak işvereni ilgilendirdiği, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olduğu gerekçesi ile haklı fesih sebebi kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. 9. Hukuk Dairesi'nin 2019 yılında verdiği kararda, dosyadaki bilgi ve belgelerden işyerinde müdür yardımcısı olarak görev yapan davacı işçinin evli olan diğer bir kadın çalışan ile duygusal ilişki içine girdiği, işyerine ait elektronik postayı kullanarak yazıştığı, en son olarak kadın çalışan ile işyerinde öpüştüğü, bu durumun güvenlik kameraları tarafından kaydedildiği, duruma güvenlik kameralarının kaydı nedeni ile vakıf olan davalı işverenin davacı işçiyi bu fiili nedeniyle işten çıkarttığı tespit edilmiş ve özel hayat ve özel hayatın gizliliği kuralının iş yerinde ve başka bir çalışana karşı alenen yapılan fiili kapsamadığına, feshine konu edilen davranışta kadın işçinin rızasının olup olmadığı hususu tam olarak açıklığa kavuşturulmamasına da, davacı işçinin evli olan başka bir çalışan ile işyerinde yukarıda açıklanan şekilde bir olay yaşamasının başlı başına doğruluk ve bağlılık ile bağdaşmayan hal olup, işverenin haklı nedenle sözleşmeyi derhal feshinin haklı olduğuna karar verilmiştir⁶⁷. 2020 yılında Daire tarafından verilen bir başka kararda da dosyadaki bilgi ve belgelerden davalı işyerinde satış temsilcisi olarak görev yapan davacı işçinin aynı işyerinde bulunan kadın çalışan ile duygusal ilişki içine girdiği, en son olarak kadın çalışanı iş yerinde öpmeye çalıştığı, bu durumun güvenlik kameraları tarafından kaydedildiği, duruma güvenlik kameralarının kaydı nedeni ile vakıf olan davalı işverenin davacı işçiyi bu fiili nedeniyle işten çıkarttığının anlaşıldığı; özel hayat ve özel hayatın gizliliği kuralının işyerinde ve başka bir çalışana karşı alenen yapılan

65 Yargıtay 7.HD, 22993/21580, 05.11.2015 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

66 Yargıtay 9.HD, 25634/15797, 16.10.2017 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

67 Yargıtay 9.HD, 30145/3397, 12.02.2019 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

fiili kapsamadığı feshine konu edilen davranış kadın işçi tarafından da savunma tutanağında kabul edilmişken, davacı işçinin işyeri ortamında başka bir çalışan ile yukarıda açıklanan şekilde bir olay yaşamasının işyeri kurallarına ve genel ahlak kurallara aykırı olduğundan davalı işveren feshinin haklı nedene dayandığı ifade edilmiştir⁶⁸.

Daire'nin 2010 yılında verdiği kararda evli olan davacının işyerinde, mesai saatleri içerisinde yine davalı işverenin işçisi ile karanlık haldeki numune odasında uygunsuz vaziyette yakalandığının taraflar arasında ihtilafsız olduğu ve Mahkeme'nin kabulünde olduğu, evli olan davacının iş sözleşmesinin işveren tarafından ahlaka aykırı olduğu tartışmasız bulunan bu eylemi nedeni ile süresinde feshinin haklı nedene dayandığı ifade edilmiştir⁶⁹. 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu 2002 yılında verdiği kararda da Daire, işyerinde çalışma saatleri içerisinde bir başka işçi ile kucak kucaka otururken yakalanan işçinin iş sözleşmesinin feshinin md.17/2-d bendi kapsamında doğruluk ve bağlılığa uymayan, işverenin güvenini kötüye kullanan davranış niteliğinde olduğu ifade etmiştir⁷⁰.

9. Hukuk Dairesi tarafından 2005 yılında verilen kararda ise işçinin çalıştığı işyerinde bulunan misafirhaneye özel misafirini getirmesi işveren açısından iş sözleşmesinin bildirimsiz feshinde kullanılabilir bir haklı sebep olarak kabul edilmiştir⁷¹. 7. Hukuk Dairesinin 2014 yılında verdiği kararda işçilerin işyeri sınırları içerisinde yakınlaşmaları ve cinsel birliktelikte bulunmalarının işveren bakımından haklı nedenle feshine imkan tanıyacağı belirtilmiştir⁷². 9.Hukuk Dairesi tarafından 2020 yılında verilen bir kararda da somut uyuşmazlıkta, davalı işveren tarafından dosyaya sunulan ve otel güvenlik kamera kayıtlarını içeren CD'nin bilirkişi tarafından çözümlendiği ve davacının mesaisinin olduğu 08.09.2013 tarihindeki görüntülerde; otele gece 02:10:53'te giriş yapan kadın müşteri ile davacının ilgilendiğinin ve lobide yakınlaştıklarının, kadın müşteri ile birlikte otel odasına girdiklerinin ve 22 dakika odada kaldıklarının, davacının kadın müşteriyi samimi bir şekilde taksiye bindirdiğinin, sonrasında otele dönerek tekrar aynı odaya girdiğinin tespit edildiğinin anlaşıldığı ifade edildikten sonra bu durum doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak nitelendirilmiş; işçinin savunmasının alınmamasının feshi haklı olmaktan çıkarmayacağına hükmedilmiştir⁷³. Doktrinde **Ergin** tarafından da belirtildiği üzere bu davranışların 4857 sayılı İş Kanunu md.2'de yer verilen tanım ile sınırları çizilen işyerinde ve bu bağlamda işyeri içerisindeki misafirhanede, lojmanda veya işyerinin eklentisi durumunda olan depoda yahut numune odası gibi yerlerde gerçekleşmesi genel olarak haklı fesih nedeni olarak kabul edilmektedir⁷⁴.

9. Hukuk Dairesinin 2014 yılında aksi yönde bir kararına konu olan olayda işçi özel ziyaretçisini fabrikanın depo alanına kabul etmiş, bu alanda 4-5 saat boyunca birarada bulunmuşlar ve samimi

68 Yargıtay 9. HD, 33799/19760, 23.12.2020 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

69 Yargıtay 9.HD, 21894/8111, 25.03.2010 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

70 Yargıtay 9.HD, 10696/25071, 25.12.2002 (Ercan Akyiğit, İçtihat ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, I.Cilt, (3.Baskı Seçkin Yayıncılık 2008) 1216)

71 Yargıtay 9.HD, 5379/35371, 08.11.2005 (Çil (n 40) 1894)

72 Yargıtay 7.HD, 13113/23193, 24.12.2014 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

73 Yargıtay 9.HD, 12350/1151, 03.02.2020 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

74 Ergin Gönül İlişkisi (n 3) 76.

fotoğraflar çekirmişlerdir. Yerel mahkeme, her biri evli olan bu kişilerin ilişkilerinin arkadaşlık seviyesinden son derecede ileri bir seviyede olduğunu, nitekim davacının da savunmasında aralarında duygusal yakınlık olduğundan söz ettiğini, davacının iş sözleşmesine aykırı davranışları ile sözleşmeden kaynaklanan birden fazla borcunu ihlal ettiğini, davacının iş görme borcuna aykırı davrandığı gibi sadakat borcuna da aykırı davrandığını, güven ilişkisinin temelden sarsıldığını iş sözleşmesinin md.25/II-e bendi kapsamında haklı nedenle derhal feshedebileceğini kabul etmesine rağmen 9.Hukuk Dairesi davalı işverenin feshe dayanak olarak gösterdiği “*ziyaretçi giriş-çıkış talimatının*” davacı işçiye tebliğ edildiğine dair herhangi belge bulunmadığını, kaldı ki davalı tanığı olarak dinlenen ve davalı işyerinin insan kaynakları yöneticisinin duruşmadaki beyanında “*..ziyaretçilerin fabrikaya nasıl gireceklerine ilişkin yönetmeliğin olup olmadığını bilmediğini...*” bildirdiğini, tüm bu hususlar ve dosyadaki diğer bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde davacının söz konusu eylemi neticesinde iş sözleşmesinin feshedilmesinin ölçülülük ilkesi ile de bağdaşmadığını, bu nedenle feshin haklı veya geçerli bir nedene dayanmadığı gözetilmeksizin, davanın kabulü yerine yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesinin hatalı olduğunu ifade etmiştir⁷⁵.

9.Hukuk Dairesi'nin 2009 yılında verdiği kararda da somut olayda, işyerindeki öpüşme olayı ile ilgili her hangi bir şikayet olmadığı halde, işveren tarafından kamera kaydı ile tespit olunan görüntülere dayanılarak, davacının iş sözleşmesi feshedilmiştir. Karara göre davacı ve erkek arkadaşının, davalı işyerinde öpüştüğü, taraflar arasında çekişmesiz olmakla birlikte, öpüşme eyleminin anlık oluşu, işyerinde müşteri bulunmayışı, olayı bir başka çalışan işçinin de görmeyişi gözönünde tutulduğunda olayın bu oluşum şekliyle iş düzenini bozucu nitelikte bir eylem olarak kabulü ağır bir sonuç olup ölçülülük ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Davacının davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmadığından ve iş ilişkisinin devamını etkilemediği ve feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmıştır⁷⁶. Bahsi geçen bu karar Yüksek Mahkeme'nin Anayasa Mahkemesi tarafından H.Ç ve Esra Ünlü başvurusu ile belirlenen esaslar ile paralel bir biçimde hareket etmesi ve yaşanan duygusal ilişki işyerinde aleni olarak sevgi gösteren davranışları içerse dahi işyerine olumsuz bir yansıması olup olmadığının somut delillerle ortaya konulması gerekliliğini içermesi bakımından dikkat çekici niteliktedir⁷⁷.

75 Yargıtay 9.HD, 16418/33973, 13.11.2014 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

76 Yargıtay 9.HD, 36337/6945, 16.03.2009 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

77 İşyerinde olumsuzluğa yol açmayan duygusal ilişkileri geçerli fesih sebebi kabul etmeyen Daire'nin 2005 yılında verdiği bir başka karara konu olan olayda da dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının özel ilişki içinde bulunduğu belirtilen Genel Müdür Yardımcısının iş sözleşmesi 17.01.2005 tarihinde sona ermiştir. Davacının adı geçen ile yıllardır birlikte çalıştığı ve tek davalı tanık beyanına göre, aralarındaki ilişkinin yıllardır olduğu ve bilindiği anlaşılmaktadır. Davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinden önce görev yerinin değiştirilmesine de karar verildiği görülmektedir. Uzun yıllardır ve aynı genel müdür yardımcısı ile çalışan davacının iş ve özel ilişkisini yıllardır bildiği anlaşılmalı davalı işverenin, genel müdür yardımcısı ayrıldıktan sonra davacının iş sözleşmesini bu nedenle feshetmesi, doğru bir yaklaşım değildir. Somut bu maddi olgulara göre, davalı işveren, davacının davranışlarından kaynaklanan nedenlerin işyerinde olumsuzluklara yol açtığını kanıtlamış değildir. Daire'ye göre davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmamaktadır. Yargıtay 9.HD, 33676/36676, 21.11.2005 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

6. DUYGUSAL İLİŞKİ ESNASINDA YAHUT SONA ERMESİNDEN SONRA İŞYERİNDE HUSUMETE DAYALI GELİŞEN DAVRANIŞLARIN İŞ İLİŞKİSİNE ETKİLERİ

İşyerinde yaşanan duygusal ilişkilerin husumete dayalı ve özellikle ilişki sona erdikten sonra işçinin kişilik haklarını zedeleyici nitelikte davranışların ortaya çıkmasına sebep olması söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumların ortaya çıktığı hallerde işverenin fesih hakkını İş Kanunu md.25/II-d alt bendi uyarınca işçinin işverenin başka bir işçisine sataşması hükmüne dayandırmasının mümkün olup olmadığını tartışılması gerekmektedir. Haklı bir fesih nedeni olarak sataşmanın ne şekilde gerçekleşeceği konusunda yasada bir açıklık getirilmediğinden sözle yahut davranışla ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir⁷⁸. Doktrinde Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal tarafından da belirtildiği üzere işyeri dışında yaşanan ve sataşma teşkil eden davranışlar diğer işçilere karşı ise işyeri ile ilgili olduğu, işyerindeki çalışma düzenini etkilediği ölçüde haklı neden olarak kabul edilebilecek; işyeri düzenini ilgilendirmeyen ve etkilemeyen sataşma tarafların kişisel alanında kalacağından işverenin hakimiyet alanına girmeyecektir⁷⁹.

Duygusal ilişkinin taraflarından birinin ilişkiyi sonlandırmak istemesi üzerine yahut ilişki devam ederken ortaya çıkan anlaşmazlıklar sonucu işyerinde meydana gelen kavgaların Yargıtay tarafından sataşma kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. 9. Hukuk Dairesi'nin 2014 yılında verdiği karara konu olan olayda davacı ile aynı işyerinde çalışan E. adlı çalışan arasında duygusal ilişki bulunduğu, aralarındaki güven sorununu işyerine yansıttıkları, E. ile görevlendirilen bayan çalışanların davacı tarafından “*ne yaptınız, ne konuştunuz*” gibi sorularla rahatsız edildiği, olay günü de davacının yine E. ile görevlendirilen S. adlı çalışanı telefonla mesaj göndererek rahatsız ettiği, S.nin ağlayarak insan kaynakları sorumlusuna gittiği, konunun görüşülmesi için toplantı yapıldığı, toplantı sırasında sinirli olan davacının S.ye tokat attığı, S. nin de karşılık verdiği, yaşanan tartışma nedeniyle S'nin baygınlık geçirdiği, işyeri çalışanlarının bağrıışmalar üzerine olay yerine geldikleri ve kavgayı ayırmaya çalıştıkları, davacı tanıklarının olayın başlangıcını görmedikleri, bu nedenle olayı bizzat gören davalı tanığı beyanına üstünlük tanınması gerektiği, davacının işverenin diğer çalışanına sataştığı sabit olduğu olayda Yargıtay, davacının dava dışı S. ile aralarında geçen olayın karşılıklı hakaret ve saldırı boyutuna taşındığı, işverenin olayın taraflarından birini işten çıkarıp, davacıya fiili olarak sataşmada bulunduğunu dosyada bulunan imzalı beyanı ile ifade eden diğer işçi hakkında aynı yaptırımı uygulamamasının eşit işlem borcuna aykırılık oluşturduğu göz önüne alındığında, aynı olaya karışanlara farklı davranılmasının feshi haksız kılacağı ve davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulmasının yerel mahkeme kararını bozmayı gerektirdiğine hükmetmiştir⁸⁰.

78 Hediye Ergin, ‘İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi’ (2015) 34 Sicil İş Hukuku Dergisi 75; Sezgi Öktem Songu, ‘Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak Sataşma’ (2018) 39 Sicil İş Hukuku Dergisi 120; Nurşen Caniklioğlu ve Merve Akkaya, ‘Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Kavga Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi’ in Prof.Dr.Alp Hekimler (eds) Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı (Legal Yayıncılık 2021) 164 vd.

79 Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku (6.Baskı Turhan Kitabevi 2014) 843.

80 Yargıtay 9.HD, 6650/12926, 16.04.2014 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

Duygusal ilişki içerisinde bulunan işçilerden birinin diğer hakkında espri boyutunu aşan, kişilik haklarını zedeleyici nitelikte söz ve davranışlarda bulunması ve bunu diğer işçilerle paylaşması da sataşma kapsamında haklı fesih sebebi olarak değerlendirilmektedir. 7. Hukuk Dairesi'nin 2014 yılında verdiği karara konu olan olayda davacı hakkındaki şikayet dilekçeleri, mesajlar, tanık ifadeleri ve tüm dosya kapsamından davacının aynı işyerinde çalışan Ç. ve O. ile duygusal ilişki kurduğu ancak ikisi ile de ilişkisinin olduğunun anlaşılmasından sonra her ikisi hakkında kişisel haklarını zedeleyici nitelikte konuşmaları işyerinde yaydığı ve bunun üzerine adı geçen Ç. ve O.'nun davacıyı işverene şikayet ettikleri ve işverenin de sözleşmeyi feshettiği anlaşılmaktadır. Daire'ye göre 4857 sayılı İş Kanunu 25/II-d maddesine göre işçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması işveren açısından haklı fesih nedeni teşkil etmektedir; işçiler arasında basit bir şakalaşmanın ötesine geçen Ç. ve O'nun kişilik haklarını zedeleyecek söz ve davranışların birbirleriyle ve başka işçilerle de paylaşılması karşısında olayın kendisine iletildiği işveren tarafından işyerine de yansıyan eylem nedeniyle sözleşmenin haklı nedenle feshedildiği dikkate alınmaksızın yargılama aşamasında arkadaşlar arasında şakalaşma şeklinde nitelendirilerek kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozma nedenidir⁸¹.

Doğrudan duygusal ilişkinin taraflarından birince gerçekleşme dahi işyerinde çalışan diğer işçilerce duygusal ilişki olduğu yönünde dedikodu yayılması da işverene haklı fesih imkanı veren sataşma fiilleri arasında görülmektedir. 9.Hukuk Dairesi'nin 2019 yılında verdiği karara konu olan olayda dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının iş arkadaşı kadın işçi Z.T.'ye "*amirin yalakası, dost hayatı yaşıyorsunuz, seni onun için koruyup gözetiyor*" dediği, bunun ilgili olarak işverene verilen şikayet dilekçelerinde, davacının, evli olan Z.T. ve T.Ö.'nün aralarında dost hayatı yaşadıklarına dair dedikodular yaptığı ve bu hususun yönetime intikal ettiği anlaşılmıştır. Daire'ye göre davacının bu davranışı 4857 sayılı Yasanın 25/II-d maddesi gereği işyerinde başka bir işçiye sataşma olup işverene haklı fesih imkanı vermektedir⁸². Daire'nin 2017 yılında verdiği kararında işyerinde çalışan işçilerden birinin, diğer işçi hakkında işyeri ortağı olan işveren ile yemeğe çıktıkları ve tatile gittiklerini kendisine anlattığını ifade etmesi ve bu durumu işyerine gelip gidenlere de beyan ederek işyerinde aralarında ilişki olduğu yönünde dedikodular çıkmasına sebep olmasını 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-d bendinde düzenlenen "*İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması*" niteliğinde kabul etmiştir⁸³. 22. Hukuk Dairesi'nin 2015 yılında verdiği karara konu olan olayda işyerinde çalışan iki işçi arasında ilişki olduğu ve bu kişilerin işyerinde kasa ofisi bölümünde uygunsuz bir halde görüldükleri hususunda dedikodu yayıldığı, davacının vazifesi olmamasına rağmen güvenlik görevlisinden kasa ofisini gösteren kamera kayıtlarına bakılarak durumun tespitini harici olarak istediği, davalı işverenlikçe yapılan soruşturmada, davacının yazılı olarak verdiği savunmasından tanık Ş. A.'in beyanından ve dosyadaki diğer bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Daire'ye göre hakkında dedikodu çıkarılan işçilerden biri evli olup, söz konusu dedikodunun kaynağının davacı olduğu tanık beyanları ve dosyada mevcut ayrıntılı ve tutarlı yazılı

81 Yargıtay 7.HD, 25515/4086, 18.02.2014 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

82 Yargıtay 9.HD, 12550/14617, 01.07.2019 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

83 Yargıtay 9.HD, 6203/16421, 23.10.2017 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

ifadelerle sabittir. Davacının söz konusu davranışı diğer iki çalışana yönelik sataşma mahiyetinde olup işveren tarafından yapılan fesih haklı sayılmalıdır⁸⁴.

7. EVLİ İŞÇİLERİN YAŞADIĞI DUYGUSAL İLİŞKİLERİN İŞ İLİŞKİSİNE ETKİSİ

Yargıtay'ın genel olarak bekar işçiler arasında yaşanan duygusal ilişkilere kıyasla evli işçiler arasındaki ilişkilere daha katı bir biçimde yaklaştığı ve işyeri dışında gerçekleşse dahi somut olayın özellikleri çerçevesinde işverene haklı yahut geçerli nedenle fesih imkanı tanıdığı, bu tür ilişkilerin çalışma düzenini bozduğu yönünde bir varsayım geliştirdiği; bazı kararlarında ise Anayasa Mahkemesi ile paralel bir tutum sergileyerek duygusal ilişkinin işe, işyerine yahut çalışma düzenine olumsuz etkilerinin bulunup bulunmadığını dikkate aldığı görülmektedir⁸⁵.

22. Hukuk Dairesi tarafından 2017 yılında verilen karara konu olan olayda davacının iş sözleşmesi aynı işyerinde çalışan bir başka işçi ile evli olmasına karşın yoğun duygusal ilişkiye girdikleri, yemek saatlerinde samimi yaklaştıkları, hatta davacının bu ilişkiden 5 aylık hamile olduğu, bu durumun işyerinde dedikoduya sebep olduğu, bu durumun işverenin prestijini de sarstığı eylemin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-b, c, e maddesindeki kurallarını ihlal ettiği gerekçesi ile haklı sebeple feshedilmiştir. Yüksek Mahkeme, dosya kapsamında bulunan tutanaklar ve davacıya ait aile nüfus kayıt örneği dikkate alındığında davacı ile işyerinde çalışan diğer bir işçi arasında ilişki olduğunun sabit olduğunu ancak davacı ve diğer işçi arasındaki bu tür bir ilişki toplumsal olarak kabul edilmeyen bir davranış olsa bile iş sözleşmesinin feshi noktasında İş Kanununda sayılan haklı nedenle fesih gerekçeleri arasında bulunmadığını, davacının sosyal açıdan tasvip edilemeyecek bu davranışının iş görme ediminin gereği gibi ifasını etkilediğinin de iddia ve ispat edilmiş olmadığını belirtmiştir. Ancak mahkemeye göre işverenin bu davranışı yapan davacı işçi ile iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyeceğinden, işverence yapılan feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmelidir⁸⁶. Kararda davacının davranışının sosyal ve ahlaki açıdan onaylanmayacak olsa dahi bu davranışın iş görme ediminin ifasında ne gibi olumsuzluk yarattığının ispat edilmediği belirtilmesine rağmen soyut bir biçimde bu durumda davacı işçi ile işverenin iş ilişkisini sürdürmesinin beklenemeyecek nitelikte olduğunun ifade edilmesi kanaatimizce isabetsiz olmuştur. Evvelce de belirtildiği üzere işyerinde yaşanan duygusal ilişkiler etik açıdan tasvip edilemeyecek nitelikte olsa dahi bu durum işin yürütümünü, normal işleyişini ve işyerindeki düzen ile uyumu bozacak nitelikte değilse geçerli fesih sebebi olarak kabul edilmesi mümkün olmamalıdır. İşyerinde yaşanan romantik ilişkilerin diğer çalışanlar tarafından konuşulması ve dedikodulara sebep olması çoğu kez ortaya çıkan bir sonuç olmakla birlikte soyut olarak bu durum geçerli sebeple feshi olanak sağlamamalı, dedikoduların işyerindeki huzuru ve işin yürütümünü olumsuz yönde etkileyip etkilemediği hususu dikkate alınmalıdır. Doktrinde Keser tarafından da isabetle belirtildiği üzere ortada fiili bir durum olmaksızın olası dedikodu ve

84 Yargıtay 22.HD, 7794/11301, 24.03.2015 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

85 Doktrinde **Keser**, Yüksek Mahkeme'nin bu gibi hallerde işyerinde duygusal ilişki yaşayan taraflardan birinin ya da her ikisinin de evli olmasını, haklı sebeple fesih için bir kriter olarak değerlendirmeye yakın olduğunu ifade etmektedir. Keser (n 5) 26.

86 Yargıtay 22. HD, 17221/22711, 24.10.2017 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

olumsuzlukların varsayım olarak düşünülerek ve bu düşünceye dayanılarak yapılan bir fesih geçerli sebeple yapılmış bir fesih olarak değerlendirilemeyecektir⁸⁷. Anayasa Mahkemesi'nin Esra Ünlü ve H.Ç başvurusunda belirttiği üzere iki çalışan arasındaki ilişkinin iş sözleşmesinin fesih nedeni olarak kabul edilebilmesi için işveren kesin deliller ile duygusal ilişkiyi ispatlamalı ve olumsuz etkilerinin neler olduğunu, bu etkinin işyerinin kapasitesi, işçinin ifa ettiği görevi, sicili, ilişkinin kim tarafından alenileştirildiği gibi hususları gözetip yeterli ve ilgili gerekçe ile açıklayarak iş sözleşmesinin kendisi tarafından sürdürülmesinin mümkün olmadığını ortaya koymalıdır.

Daire, 01.07.2015 tarihinde verdiği kararında da dosya kapsamında bulunan tutanaklar ve davacıya ait aile nüfus kayıt örneği dikkate alındığında davacı ile işyerinde çalışan bayan işçi arasında ilişki olduğunun sabit olduğunu ve müşterek çocukları bulunduğunu, davacının evli olması da dikkate alındığında bu tür bir ilişki toplumsal olarak kabul edilmeyen bir davranış olsa bile iş sözleşmesinin feshi noktasında İş Kanununda sayılan haklı nedenle fesih gerekçeleri arasında bulunmadığını ancak işverenin bu davranışı yapan davacı işçi ile iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyeceğinden, işverence yapılan feshin geçerli sebebe dayandığının kabul edilmesi gerektiğini duygusal ilişkinin işyerinde olumsuz bir etkisi bulunup bulunmadığını dikkate almaksızın soyut bir biçimde ifade etmiştir⁸⁸. 22. Hukuk Dairesi'nin kararları incelendiğinde genel olarak evli işçiler arasındaki deyim yerinde ise "yasak" ilişkiyi haklı değil ama geçerli fesih sebebi olarak kabul ettiği, bu sonuca ulaşırken ilişkinin işyerine olumsuz etkisi olmasını aramadığı görülmektedir. Daire işverenin böyle bir ilişkiye giren işçi ile iş ilişkisini sürdürmesinin beklenemeyeceğini açıkça ifade etmektedir⁸⁹.

9. Hukuk Dairesinin de genellikle aynı yaklaşımı izlediği fakat bazen daha katı bir değerlendirme yaptığı görülmektedir. Daire'nin 2007 yılında verdiği karara konu olan olayda ise davacı işçinin evli olmasına rağmen, işyerinde çalışan bayan ile gönül ilişkisine girdiği, ailesinin gelmesi üzerine bayan işçinin ilişkisini bitirmek istediği, ancak davacının devam ettirmek için bayan çalışanı rahatsız ettiği, diğer bir işçi ile ilişkisi olduğu gerekçesi ile söylenti yaydığı ve bayan çalışanın diğer çalışan ile konuşmalarını cep telefonu ile kayda aldığı ve aleyhine kullandığı, bu davranışı nedeni ile şikayet edildiği, davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, iş sözleşmesi ilişkisinin işveren açısından sürdürülmesinin olanaksız olduğu, feshin davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayandığının sabit olduğu ifade edilerek işyerinde gönül ilişkisi sebebiyle ortaya

87 Keser (n 5) 23; Yazar tarafından işaret edildiği üzere işyerlerinde çalışan bekar bayan ve erkek işçiler arasında yaşanabilecek duygusal ilişkiler ile evli işçiler arasında yaşanabilecek duygusal ilişkiler arasında, bu ilişki iş ilişkisine ve işyerinde yürütülmekte olan işe olumsuz olarak yansımıyorsa temelde bir farklılık bulunmamakta; bu durum sadece tarafları ve aile hukuku kapsamında düşünüldüğü takdirde bu tarafların eşlerini ilgilendirmektedir. İşverenin veya hakimnin bu tür bir ilişkiyi yanlış ya da ahlaka aykırı bularak bir anlamda cezalandırmaya, İş Hukuku kapsamında düşünüldüğünde yetkileri bulunmamaktadır. Keser (n 5) 25.

88 Yargıtay 22.HD, 17587/22860, 01.07.2015 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

89 Yargıtay bu görüşünü yeni bir kararında da sürdürmüştür. Daire'ye göre "Ancak dosya kapsamında bulunan tutanaklar dikkate alındığında davacı ile işyerinde çalışan bayan işçi arasında ilişki olduğu sabittir. Davacının evli olması da dikkate alındığında bu tür bir ilişki toplumsal olarak kabul edilmeyen bir davranış olsa bile iş sözleşmesinin feshi noktasında İş Kanununda sayılan haklı nedenle fesih gerekçeleri arasında bulunmamaktadır. İşverenin bu davranışı yapan davacı işçi ile iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyeceğinden, işverence yapılan feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmelidir." Yargıtay 22. HD, 20727/23324, 11.11.2019 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

çıkan dedikoduların işyerinde olumsuzluklara yol açıp açmadığını dikkate aldığı görülmektedir⁹⁰. Daire'nin 2005 yılında verdiği kararda da somut olayda, evli olan davacının işyerinde evli bir bayanla birlikte iken kaçması ve birlikte olmasının, işçinin davranışlarından kaynaklanan ve işyerinde olumsuzluklara yol açan geçerli nedenler olacağını ifade ettikten sonra davacının bu davranışı nedeni ile aynı işyerinde çalışan eşinin şikayeti üzerine soruşturma yapıldığı soruşturma safhasında geçici olarak başka yere atmasının yapıldığı ve bu durumun işyerinde olumsuzluklara neden olduğu belirtilmiştir⁹¹.

Buna karşılık 9.Daire'nin bazı kararlarında fiil işyeri dışında gerçekleşmiş olsa dahi aynı işyerinde çalışan evli işçiler arasında yaşanan duygusal ilişkilerin doğruluk ve iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacağı, ahlaki bakımdan da kabul görmeyeceğini göz önünde tutarak konuyu haklı fesih sebebi kapsamında ele aldığı görülmektedir. 2001 yılında verilen bir kararda evli olan işçinin işyerinde çalışan hemşire ile duygusal ilişkiye girmesi ve hatta işyerinde gebelik testi yaptırması ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı bir durum olarak değerlendirilmiştir⁹².

9. Hukuk Dairesi 2019 yılında verdiği kararda ise, evli ve 3 çocuk sahibi olan davacı işçinin, aynı işyerinde çalışan dava dışı evli bir kadın işçi ile gönül ilişki yaşadığının sabit olduğunu, davacının bu davranışının işin normal yürüyüşünü ve işyerindeki çalışma ortamını olumsuz etkilediğini ve davacının bu davranışının doğruluk ve bağlılığa aykırı olup, güven ilişkisinin zedelendiğini, işverenin iş sözleşmesini feshinin özel hayata müdahale olmadığı, bu nedenle işverenin feshinin 4857 sayılı Kanununun 25/II. maddesi kapsamında haklı nedene dayandığının anlaşıldığını ifade etmiştir⁹³. Daire aynı yıl içerisinde verdiği bir başka kararda da aynı tutumu sergilemiş ve evli olan davacının davalı işyerinde çalışan bir kadın işçi ile gönül ilişkisine girdiği, işyerindeki bazı hareketleri, tutum ve davranışları neticesinde durumun çalışma arkadaşları tarafından fark edildiği, bu durumun çalışma arkadaşları nezdinde olumsuzluk yaratmasının yanı sıra ahlak ve adaba da mugayir olduğu, davalının bu durumda davacıyı çalıştırmasının beklenemeyeceği, davalının iş sözleşmesini fesihte haklı nedene dayandığı anlaşıldığından yazılı gerekçe ile kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilmesinin hatalı olduğuna karar vermiştir⁹⁴. Daire 2015 yılında verdiği kararında da benzer bir biçimde davacı kadın işçinin, aynı işyerinde çalışan evli olan Ü. ile duygusal bir beraberlik yaşamakta olup bu durum her ikisinin telefonundan çekilen mesajlar ile sabit olduğunu, aynı işyerinde çalışan ve kız kardeşi davacının duygusal beraberlik yaşadığı Ü. ile evli olan davalı tanığı ..'e dava dışı .. tarafından bu ilişkiden söz edildiğini, buna göre somut olayın işyerinde çalışma düzenini bozduğu sabit olup işverence iş sözleşmesi haklı nedenle feshedildiği halde hatalı değerlendirme ile kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilmesinin hatalı olup bozmayı gerektirdiğini ifade etmiştir⁹⁵.

90 Yargıtay 9.HD, 20397/32395, 5.11.2007 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

91 Yargıtay 9.HD, 17355/2619, 31.01.2005 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

92 Yargıtay 9.HD, 7288/10167, 14.6.2001 (Çil (n 40) 1985)

93 Yargıtay 9.HD, 10504/8673, 15.04.2019 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

94 Yargıtay 9.HD, 11196/14430, 27.06.2019 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası); Doktrinde **Yıldız** tarafından da haklı olarak belirtildiği üzere iş sözleşmesinin feshi açısından işyerinde olumsuzluklara neden olma dışında ahlaka ve adaba mugayir olma kavramının tercih edilmesi isabetli bir yaklaşım değildir. Yıldız (n 33) 11.

95 Yargıtay 9.HD, 16952/11491, 08.06.2015 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

Bununla birlikte Daire'nin 2015 yılında verdiği kararında, evli olan davacıya isnat edilen diğer işçi ile ilişkisinin, davacının eşinin şikayetine kadar işyerine yansımamış olup dosyadaki bilgi ve belgelere göre iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini gerektiren bir durum da oluşmadığını, davalı tanıklarının da beyanlarında bunu dile getirdiğinden yapılan feshin haksız olduğunun kabulü gerektiğini, davacının bu davranışının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/11. maddesinde yer alan nedenler içinde kalmadığını ifade ederek işyerine yansımamış olan ilişkilerin öğrenilmesi durumunu haklı fesih sebebi kapsamında değerlendirmeyerek Anayasa Mahkemesi ile paralel bir tutum izlemesi dikkat çekici niteliktedir⁹⁶.

IV. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Birlikte çalıştıkları işyerinde zamanlarının çoğunu geçiren iki insanın tanışması, arkadaş olması ve aralarında duygusal bir ilişki yaşanması her zaman mümkündür. Sonuçta bu ilişkinin evlilik ile sonuçlanması mümkün olabileceği gibi hayatın normal akışında çeşitli nedenlerle sonucun evlilik olmaması hatta bazen ilişkinin olumsuzluk doğuracak şekilde sonuçlanması da olasıdır. İşverenlerin işçiler arasındaki duygusal ilişkilere ülkemizde olduğu kadar dünyada da farklı tepkiler verdikleri, bazen ast-üst konumunda olanlar bazen ise tüm çalışanlar arasında duygusal ilişkileri yasaklamayı deneyen işverenler olduğu, bazı durumlarda da bu ilişkilerin veya ilişkinin işyerine yansımalarının tolere edilmediği dava konusu olan olaylardan anlaşılmaktadır. Bu tepkiler işçileri işten çıkarmaya kadar gidebilmektedir. Bu durumda işçilerin özel hayatının dokunulmazlığı ile işverenin işyerini verimli ve huzurlu yönetme hakkının çatıştığı ve sonuçta davalık bulunduğu görülmektedir. Hukuk düzeni çatışan bu menfaatler arasında güç de olsa adil bir denge bulmalıdır.

İşçinin özel hayatı ile işyerinin menfaatleri arasındaki çatışmalarda her somut olaya tam olarak uyan tek tip bir çözüm geliştirmek güçtür. Yargıtay'ın konuyla ilgili kararları incelendiğinde, her zaman istisnai kararlar bulunmakla birlikte, temelde duygusal ilişkinin işyerine olumsuz etkileri, ilişkinin çeşitli söz ve davranışlar ile işyerine ne ölçüde yansıdığı, ilişki içindeki işçilerin bekar veya evli olmaları gibi kriterlere göre bazı ölçütler geliştirildiği tespit edilmektedir. Yargıtay'ın genel olarak işyerinde huzursuzluk ve olumsuzluk doğuran ilişkileri ağırlığına göre haklı veya geçerli fesih sebebi olarak gördüğü rahatça söylenebilir ki bu yaklaşım kanımızca da isabetlidir. Bu olumsuzluklara örnek olarak, özellikle üst ile astın ilişkisi sonucu verimsizlik-kaytarmacılık-adaletsizlik gibi sonuçların doğması ile ilişki içindeki kavgaların işyerine yansıtılması gösterilebilir. İlişki taraflarının olması gereken profesyonel yaklaşımı bir kenara atıp duygusal davranmaya ve işyerine zarar vermeye başlayan tutumlarına işverenin katlanması beklenemez.

Buna karşılık işyerine hiçbir olumsuz etkisi olmayan bir duygusal ilişkinin işvereni ilgilendirmediği, işverenin ve mahkemelerin bir ahlak zabıtası görevlerinin bulunmadığı açıktır. İncelediğimiz Anayasa Mahkemesi kararlarında da AİHM içtihatlarına atıfla işçilerin işyerindeki davranış ve ilişkilerinin özel hayatın dokunulmazlığı kapsamında korunduğunun isabetli şekilde vurgulandığı görülmektedir. Bu alanda çözümü güç bir husus ise işçilerin birbirlerine işyerinde duygularını

96 Yargıtay 9.HD, 16880/10569, 16.03.2015 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

gösteren davranışlarda bulunmasıdır. Yargıtay'ın kararları incelendiğinde bunun genel olarak onaylanmadığı söylenebilir. Anayasa Mahkemesi ise henüz bu konuya girme gereği duymamıştır. Somut olayda bu tip bir davranışın içeriği, ne ölçüde aleni ve rahatsız edici olduğu ile işyerinin nitelikleri de dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması uygun olur. Aleni ve rahatsız edici olmayan davranışların, masum jestlerin fesih sebebi olması uygun olmayacaktır. Fakat temel olarak işyerinin çalışma yeri olduğu, işyerinde çalışanların profesyonel bir yaklaşımı ve ciddiliği korumasını beklemekte işverenin haklı bir menfaati olduğu da açıktır. Bu menfaat somut olayın koşullarına göre feshin geçerli kabul edilmesi sonucunu doğurabilir. Ancak feshin son çare olması ilkesine uygun olarak işverenin öncelikle işçilerini uyarması, olayın tekrarı halinde feshi düşünmesi olayın niteliğine göre daha uygun olabilir. Konuyla ilgili diğer bir sorun ise işverenin işçilerin duygularını gösteren davranışlarını nasıl tespit ettiği, özellikle bu konuda gizli gözetleme ile elde edilen bir delilin meşru olup olmayacağıdır⁹⁷.

Yargıtay'ın genel olarak işçilerden birinin veya ikisinin de evli olması durumunu ise ahlaka aykırı ve fesih sebebi olarak gördüğü söylenebilir. Bu durumda ilişkinin işyerine olumsuz etkisinin olması ve hatta işyerinde bilinir olması dahi aranmadan işveren feshi geçerli hatta bazen haklı kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi ise incelediğimiz kararlarında tam aksi görüşü kabul etmekte, Yargıtay kararlarının özel hayat hakkını ihlal ettiğine karar vermektedir. Kanımızca da Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımı daha isabetlidir. İşyerine hiçbir olumsuz yansımaları olmayan bir duygusal ilişki, evlilik dışı "yasak" bir ilişki niteliğinde olsa dahi işyerine bir zarar vermediği sürece işvereni ilgilendirmez. İşverenin burada durumdan vazife çıkarıp ahlak bekliliğine soyunması ve işçilerin iş sözleşmesini feshetmesi özel hayat hakkının ağır ihlalidir. Bu durumda feshin geçersizliğine hükmedilmelidir. İlişkinin işyerine olumsuz etkilerinin doğması halinde ise fesih geçerli kabul edilebilir. Bu konuda çözümü güç bir husus ise işyerinin bulunduğu çevre ve kültürel yaklaşımlar nedeni ile işyeri açısından bir zarar tehlikesinin doğması durumudur. Özellikle küçük bir yerde evli olan işçinin eşinin işyerinde olay çıkarması, zarar vermesi riski yüksek olabilir ve işverenden olası böyle bir tehlikeye aldırılmamasını beklemek de isabetli olmaz. Ayrıca işletmenin dini-manevi amaçlı bir işyeri olması halinde de konuya farklı yaklaşılabilir. Kanımızca özel hayat hakkı ile işverenin menfaatleri arasındaki sınır bu durumda daha farklı çizilebilir. Ancak bu durumda dahi feshin son çare olması ilkesine uyulması zorunludur. İşveren fesihden önce başka çareleri denemeli, ilişki yaşayan evli işçisini uyarmalı, mümkün ise onaylarını alarak işçilerden birinin işyeri veya bölüm değişikliğine gitmelidir.

Temel ilke olarak, aynı işyerinde çalışmakla birlikte tamamen işyeri dışında duygusal ilişki yaşayan, bu ilişkilerini işyerine yansıtmayan ve işyerinde herhangi bir olumsuzluğa neden olmayan işçilerin özel hayat hakkının, işverenin menfaatlerinden önce geldiği kabul edilmelidir. Duygusal ilişki, işyerine olumsuz etkileri olmadığı sürece haklı veya geçerli fesih sebebi oluşturmaz. Anayasa

97 Gizli gözetleme tedbirine ilişkin olarak bkz. İlke Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı (1.Baskı Adalet Yayıncılık 2016) 373 vd; Gülsevil Alpagut 'İşyerinde Kamera Gözetlemesi ve AİHM Kararları ile Tespit Edilen Esaslar' in Prof.Dr.Kübra Doğan Yenisey (eds) Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan (On İki Levha Yayıncılık 2019) 276, 313 vd; Dilek Dulay Yangın, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire'nin İşçilerin Gizli Kamera İle İzlenmesine İlişkin 17 Ekim 2019 Tarihli Lopez Ribalda ve Diğerleri Kararı'nın Değerlendirilmesi' (2020) 3 Çalışma ve Toplum 1709 vd.

Mahkemesinin AİHM içtihatlarına dayanarak geliştirdiği içtihadı ile Yargıtay'ı da bu yöne sevk etmeye çalıştığı tespit edilmektedir. Yargıtay'ın da genellikle bu ilkeyi gözetmeye çalıştığı ancak bazı durumlarda özel hayat hakkını yeterince gözetmeyen kararlar verebildiği görülmektedir. Gelecekte Yüksek Mahkemenin Anayasa Mahkemesi içtihadına tamamen uyması kanımızca yerinde olacaktır. Son olarak her durumda işverenin eşit davranma ilkesi ile de bağlı olduğu, özellikle de duygusal ilişki nedeni ile kadın işçiye erkek işçiden daha ağır bir yaptırım uygulama hakkının olmadığı, böyle bir durumda eşit davranma ilkesine aykırılık nedeni ile feshin haksız veya geçersiz kabul edilmesi gerekeceği açıktır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit E, İctihat ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, I.Cilt (3.Baskı Seçkin Yayıncılık Ankara 2008)
- Alpagut G, 'İşyerinde Kamera Gözetlemesi ve AİHM Kararları ile Tespit Edilen Esaslar' in Prof.Dr.Kübra Doğan Yenisey (eds) Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan (On İki Levha Yayıncılık 2019)
- Alp M, Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi – Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu – (Whistleblowing) (1.Baskı, Beta Yayıncılık 2013)
- Bakırcı K, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz (Birinci Baskı Yasa Yayınları 2000)
- Boyd C 'The Debate Over the Prohibition of Romance in the Workplace' (2010) 97 (2) Journal of Business Ethics Springer, 326
- Caniklioğlu N ve Akkaya M, 'Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Kavga Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi' in Prof.Dr.Alpay Hekimler (eds) Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı (Legal Yayıncılık 2021)
- Civan O, İşçinin Yan Yükümlülükleri (1.Bası Beta Yayıncılık 2021)
- Çelik N, Canbolat T, Caniklioğlu N ve Özkaraca E, İş Hukuku Dersleri (Yenilenmiş 34.Baskı Beta Yayıncılık 2021)
- Çil Ş, İş Kanunu Şerhi II.Cilt (1.Baskı Turhan Kitabevi 2004)
- Dulay Yangın D, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire'nin İşçilerin Gizli Kamera İle İzlenmesine İlişkin 17 Ekim 2019 Tarihli Lopez Ribalda ve Diğerleri Kararı'nın Değerlendirilmesi' (2020) 3 Çalışma ve Toplum 1709.
- Ergin H, 'İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi' (2015) 34 Sicil İş Hukuku Dergisi 75.
- Ergin H, 'İşyerinde Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi' (2016) 35 Sicil İş Hukuku Dergisi 68
- Gürsel İ, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı (1.Baskı Adalet Yayıncılık 2016).
- Güzel A, 'İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesih Son Çare (Ultima Ratio) Olma İlkesinin Gözetilmesi (Karar İncelemesi)' (2005) 1 Çalışma ve Toplum 163.
- Keser H, 'İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshedilmesi' (2017) 37 Sicil İş Hukuku Dergisi 21.
- Mollamahmutuoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, İş Hukuku (6.Baskı Turhan Kitabevi 2014)
- Oral Ataç L ve Şahin Emir A, 'İş Hukuku Boyutuyla Örgütlerde Kayırmacılık' in Prof.Dr.Sevinç Köse ve Prof. Dr.Mustafa Alp (eds) Örgütsel Davranış ve İş Hukukuna Yansımaları (Seçkin Yayıncılık 2020).
- Öktem Songu S, 'Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak Sataşma' (2018) 39 Sicil İş Hukuku Dergisi 120.
- Ömürüş E ve Ehtiyar V. R, 'Örgütsel Yapılarda Romantik İlişkiler: Algılanan Güdüler ve Davranış Değişiklikleri Üzerine Bir Alan Araştırması' (2008) 16 Akdeniz İ.İ.B.F. Dergisi 21.
- Özdemir E, 'İşyerinde Cinsel Taciz' (2006) 4 Çalışma ve Toplum 84.

Pärli K ve Vögltli J, 'Control and Sanction of Employees on the Basis of Conduct-A Question of Basic Labour (Human) Rights' (Spring 2020) Labour Law Journal 79.

Sevimli A, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları (1.Baskı, Legal Yayıncılık 2006),

Süzek S, 'İşçinin Yetersizliği ve Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih' Can Tuncay'a Armağan, (Legal Yayıncılık 2005)

Süzek S, İş Hukuku (Yenilenmiş 19.Baskı Beta Yayıncılık 2020)

Ugan Çatalkaya D, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi (1. Baskı Beta Yayıncılık 2019)

Yıldız G.Y, 'İşyerinde Yaşanan Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Açısından Değerlendirilmesi' (2021) 3 (XXV) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4.

Yiğit Y, 'Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Yaşanan Duygusal (Romantik) İlişkilerin İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkına Etkisi' (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3778.

Çevrimiçi Kaynaklar

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>)

Ortak Yetkili Mahkemenin Kesin Yetkili Olup Olmadığına İlişkin Bir Değerlendirme (HMK m. 7)*

An Evaluation of Whether Joint Jurisdiction is Exclusive Jurisdiction

Murat Yavaş** , Ömer Faruk Saçar*** 

ÖZ

Davalının birden fazla olması halinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 7. maddesindeki yetki kuralı dikkate alınarak yetkili mahkeme belirlenmektedir. Bu durumda davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde dava açılabilir. Ancak kanunda dava sebebine göre davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır. Bu düzenlemenin kesin yetki kuralı olup olmadığı doktrin ve uygulamada tartışmalıdır. Bu bağlamda ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yetki kuralları, Kesin yetki, Birden fazla davalı, HMK madde 7.

ABSTRACT

If there is more than one defendant, the competent court is determined by taking into account the rule of competence in Article 7 of the Code of Civil Procedure. In this case, a lawsuit can be filed in the court of the domicile of one of the defendants. However, if a court with joint jurisdiction is specified in the law for all of the defendants according to litigious facts, the case will be heard in the court of that place. Whether this regulation is a exclusive jurisdiction rule is debatable in doctrine and practice. In this article, an evaluation will be made as to whether the joint jurisdiction is exclusive jurisdiction.

Keywords: Competence rules, exclusive jurisdiction, More than one defendant, Article 7 of CCP.

* Bu makale, Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin (5.10.2017 tarihli ve 30201 Sayılı Resmî Gazete) 27. maddesinin 2. fıkrasınca öngörülen doktora tezinin savunabilmesi için tezden makale üretilmesi lüzumu uyarınca "İhtiyari Dava Arkadaşlığı" isimli tezden üretilmiştir.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-7612-9079.

*** Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, E mail: faruk.sacar@marmara.edu.tr – ORCID: 0000-0003-4631-4809.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Murat Yavaş

E-posta/E-mail: myavas@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 15.09.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 05.11.2021

GİRİŞ

HMK m. 7'ye göre, davalıların birden fazla olması halinde, dava, davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak kanunda, dava sebebine göre davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır (HMK m. 7/1/c.2). Bu düzenlemedeki mahkeme, ortak yetkili mahkeme olarak adlandırılmaktadır. Madde metninde “bakılır” ifadesine yer verilmesi ve maddenin hükümet gerekçesinde ortak yetkili mahkemeye ilişkin yetkinin kesin yetki olduğunun belirtilmesi, bu yetkinin kesin yetki kuralı olarak anlaşılmasına neden olmaktadır. Bir yetki kuralının kesin yetki olup olmadığının tespiti önemlidir. Diğer kesin yetki kurallarının madde metninde “kesin yetki” olduğu açıkça belirtilmesine rağmen m. 7'de buna yer verilmemiştir. Bu kapsamda ortak yetkili mahkemenin kesin yetki kuralı olup olmadığı doğal olarak sorgulanmaktadır. Diğer yandan kesin yetki kuralları belirli bir amaç çerçevesinde getirilmiş düzenlenmiştir. Ortak yetkili mahkemenin bu yönden de hangi amaçla kesin yetki kuralı getirdiğinin sorgulanması gerekir. Bu çalışmada ortak yetkili mahkemenin yetkisine ilişkin doktrindeki tartışmalara ve Yargıtayın her iki yöndeki kararlarına yer verilecektir. Ortak yetkili mahkemenin yetkisinin kesin yetki olmasının meydana getireceği sorunlar ele alınacaktır. Son olarak ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili olup olmayacağına ilişkin değerlendirmeye yer verilecektir.

I. HMK M. 7'NİN UYGULAMA ALANI

Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir (HMK m. 6/1). Yerleşim yeri ise Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenir. Yerleşim yeri ise bir kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir (TMK m. 19). Genel yetki kuralı, bütün davalar için uygulama alanı bulur. Bunun yanında kanun koyucu özel yetki kuralları da öngörmüştür. Kural olarak özel yetki kuralları, genel yetki kuralıyla birlikte uygulama alanı bulur. Ancak bazı yetki kuralları kesin olarak düzenlenmiştir. Kesin yetki kuralının varlığı halinde artık genel yetki kuralının uygulanması mümkün değildir. Söz konusu genel yetki kuralının yanında HMK m. 7'de davalının birden fazla olması halinde yetkili mahkemeyi düzenlenmiştir. Davalının birden fazla olduğu ihtimaller, ihtiyari ve mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu durumlardır. Birden fazla davalı olması ihtimalinde, davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olabileceği kuralı hem ihtiyari dava arkadaşlığında hem de mecburi dava arkadaşlığında uygulama alanı bulabilecektir¹.

Bunun yanında, HMK m. 7'nin uygulanması kesin yetki kuralının olmadığı hallerde söz konusu olur². Dava konusu itibarıyla kesin yetki söz konusu ise bütün davalılar için o mahkeme yetkili olacaktır. Örneğin, taşınmazın aynından kaynaklanan bir davada birden fazla davalının olması

1 Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 1. Cilt madde 1-33*, (4. Baskı Yetkin 2021) 519; Mine Akkan, 'Mahkemeler' iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, Oniki Levha Yayıncılık 2017) 273; Abdurrahim Karlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, (5. Baskı, Filiz Kitapevi 2020) 198; Muhammed Furkan Soylu, 'Medeni Usul Hukukunda Ortak Yetkili Mahkeme' (2017) 25(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 449, 459-460.

2 Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt 1*, (Yetkin 2020) 173.

halinde dava, taşınmazın aynından doğan davalardaki yetki kuralı gereği, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülür.

II. DAVALININ BİR DEN FAZLA OLMASI HALİNDE YETKİ

Kesin yetkinin söz konusu olmadığı ve davalıların birden fazla olduğu hallerde yetkinin düzenlendiği HMK m. 7 hükmü dikkate alınacaktır. HMK m.7/1/c.1'de davalıların birden fazla olması halinde, davanın davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılacağı düzenlemiştir. Buna göre birden fazla davalının olduğu durumlarda, davalılardan birinin yerleşim yerinde davanın açılması halinde, o mahkeme diğer davalılar için de yetkili hale gelecektir. Bu durumda diğer davalıların yetki itirazları yerinde olmayacaktır.

Davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesi olduğu gerekçesiyle bir yerde dava açılırsa, diğer davalılar, davanın açıldığı mahkemenin, davacının gösterdiği davalının yerleşim yeri olmadığı gerekçesiyle mahkemenin yetkisine itiraz edebilirler³. Bu ihtimalde ihtiyari dava arkadaşlığı kapsamında yetkiye itiraz eden davalılar bakımından yetkisizlik kararı verilir, itiraz etmeyen davalılar için mahkeme yetkili hale gelir⁴. Ancak davanın, davalılardan birini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı, deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme ilgili davalının itirazı üzerine onun hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı verir (HMK m.7/2). Bu hüküm, dürüstlük kuralına aykırı davranan davacı için getirilen bir yaptırımdır. Ancak bu hüküm ilgili davalının itirazı olmaksızın hâkimin söz konusu hususu dikkate alamayacak olması yönünden eleştirilmektedir⁵. Davacının, dürüstlük kuralına aykırı eylemi halinde, yani davalılardan birini sırf başka yer mahkemesine getirmek amacıyla hareket etmesinin yaptırımı, mecburi dava arkadaşlığının söz konusu davalarda değil, ihtiyari dava arkadaşlığının olduğu durumlarda uygulanabilir. Çünkü bu şekilde hareketin yaptırımı, ilgili davalının davası hakkında yetkisizlik kararı verilmesidir. Oysa mecburi dava arkadaşlığında davalılardan bir veya birkaçı için yetkisizlik kararı verilmesi mümkün değildir. Şu hâlde bu durum sadece ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olduğu durumlarda geçerli olabilecektir. Davacının kötüniyetli olarak açtığı davada, ilgili davalının bu itirazını ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁶.

3 Akkan (n 1) 273.

4 Yılmaz (n 1) 524; ibid 273; Yargıtay 17 HD, E 2016/7289 K 2016/9682, T 1.11.2016 "...ihtiyari dava arkadaşı olan dahili davalı 4.kişi ...nın yetki itirazı bulunmadığından onun yönünden verilen yetkisizlik kararı da doğru değildir..." Bu durum sadece ihtiyari dava arkadaşlığı için geçerlidir.

5 Akkan (n 1) 273.

6 Yılmaz (n 1) 537; Karşı görüş, davalı yetkisizliğe ilişkin itirazda bulunmasa bile mahkeme bu hususu dikkate alması gerektiğine ilişkin bakınız ibid 273-274; Aynı yönde Hülya Taş Korkmaz, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yargı Yeri Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2013) 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Prof. Dr. Aydın Zevkliler Armağanı) 1753, 1777; Mehmet Akif Tutumlu, 'Ortak Yetkili Mahkeme Hükümünün Kesin Yetki Niteliğinde Olup Olmadığı Sorunu' (2017) 12(136) Terazi Hukuk Dergisi 98, 103.

III. ORTAK YETKİLİ MAHKEMENİN YETKİSİNİN KESİN OLUP OLMADIĞI

A. ORTAK YETKİLİ MAHKEMENİN YETKİSİNE İLİŞKİN TARTIŞMALAR

Birden fazla davalı olması halinde davacının davalılardan birinin yerleşim yerinde dava açabileceği hükmüne istisna olarak kanun düzenleme getirmiştir. Buna göre, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır (HMK m.7/1/ 2. cümle). Doktrinde, ortak yetkili mahkemeye ilişkin bu düzenlemenin, kesin yetki kuralı niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür⁷. Kanun hükmünde “bakılır” şeklinde kesin bir ifade kullanılması ve ayrıca maddenin hükümet gerekçesinde bu düzenlemenin kesin yetki kuralı olarak düzenlendiği ifadesine yer verilmesi bu düzenlemede kesin yetki kuralı olduğuna dayanak teşkil etmektedir. Buna karşılık ortak yetkili mahkemeye ilişkin bu düzenlemenin kesin yetki kuralı olmadığı karşı görüş olarak ileri sürülmüştür⁸. Ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili olabilmesi için dava sebebine göre ortak bir yetkinin düzenlenmiş olması gerekir. Dava sebebinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin doktrinde, örneğin davalılara karşı ileri sürülen taleplerden bazıları haksız fiile, bazıları sözleşmeye aykırılığa dayanılıyorsa, bütün davalılar için aynı sebep olmadığından ortak yetkili mahkemenin söz konusu olamayacağı belirtilmiştir⁹. Buna karşılık aynı haksız fiilden kaynaklanan fakat farklı hukuki sebeplere dayanan birden fazla dava olması halinde ortak yetkinin söz konusu olacağı karşı görüş olarak ileri sürülmüştür¹⁰.

Yargıtayın da her iki yönde kararları yer almaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 25.5.2015 tarihli kararında, ortak yetkili mahkemenin yetkisinin kesin olmadığı şu gerekçelerle ifade edilmiştir; “...HMK 7. madde metninde, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkemenin kanunda belirtilmesi halinde bu yerin davada “kesin” yetkili olduğu hususunda açık bir düzenleme yazılı değildir. Bilindiği üzere yasa koyucu yetkinin kesin olmasını arzuladığı tüm hallerde bu “kesinlik” durumunu 6100 sayılı HMK sistematigi içinde açıkça madde metninde belirtmiş durumdadır...”.

7 Akkan (n 1) 274; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020) 180; yazarlar açıkça kesin yetki olduğunu ifade etmemekle birlikte ortak yetkili mahkemenin olması halinde, davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde davanın açılmayacağına ilişkin bakınız Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2020) 218; L. Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (9. Baskı, Yetkin 2020) 172; Yılmaz, (n 1) s. 528; Orhan Emre Konuralp, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Ortak Yetkili Mahkeme ile Münhasır Yetki Sözleşmesiyle Belirlenen Mahkemenin Yetkisinin Niteliği’ (2019) (142) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 211, 224; Soylu (n 1) 478.

8 Hakan Albayrak ve Tahsin Mavzer, ‘Haksız Fiilden Doğan Davalarda Ortak Yetkili Mahkeme Sorunu’ (2019) 27(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 279, 298; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2020) 54, Burada kesin yetki olmadığı şu şekilde açıklanmıştır, “kanunda bir dava için tek bir yetkili mahkeme gösterilmiş olması – mesela sebepsiz zenginleşme sebebine dayanan davalar yalnızca davalının yerleşim yerinde açılabilir – o mahkeme kesin yetkili mahkeme haline getirmez; özellikle bu dava için geçerli bir yetki sözleşmesi yapılmasına engel olmaz ve yetki kuralının resen dikkate alınmasını gerektirmez”; Dilek Karademir Aydemir, *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi* (2.Baskı, Adalet 2019) 179, Yazar burada ortak yetkili mahkemenin kesin yetki olmadığını ancak kesin yetkiye yaklaştığını ifade etmiştir; Yargıtay 17 HD, E 2014/6070 K 2015/12451, T 19.11.2015, “...Ortak yetkili mahkemede dava açılmasının zorunlu olması durumu, ancak zorunlu dava arkadaşlığına ilişkin hükümlerin varlığı halinde uygulanır...”; Ortak yetkili mahkemenin yetkisinin kesin yetki olmayacağına ilişkin bakınız. Yargıtay 11. HD, E 2016/759 K 2016/1931, T 24.2.2016; Aynı yönde Yargıtay 17. HD, E 2014/249 K 2014/1264, T 6.2.2014.

9 Yılmaz (n 1) 531.

10 Akkan (n 1) 275.

Ayrıca bu kararda Yargıtay, gerekçenin bağlayıcı olmayacağına atıf yapmıştır¹¹. Karşı görüşteki Yargıtay kararları ise, bu hükmün artık kesin yetki şeklinde düzenlendiği yönündedir¹².

Yargıtayın ortak yetkili mahkeme hususunda daha farklı bir noktada ele aldığı bir kararını da belirtmek isteriz. Yargıtay, ortak yetkili mahkemede dava açılmasının zorunlu olmasının, ancak mecburi dava arkadaşlığının olduğu durumlarda söz konusu olabileceğini ifade etmiştir¹³. Kanaatimizce, dava arkadaşlığı ayırımına göre ortak yetkili mahkemenin yetkisini kesin yetki olarak kabul edilmesinin haklı bir gerekçesi olmayacaktır. Kanun da açıkça “davalının birden fazla olması” hallerinde mahkemenin yetkisini düzenlemiştir.

B. KESİN YETKİNİN MEYDANA GETİRDİĞİ SORUNLAR

Ortak yetkili mahkemenin, kesin yetki kuralı meydana getirdiğinin kabulü halinde bazı sorunlar meydana gelmektedir. Davalıların birden fazla olması halinde kural olarak davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesi diğer davalılar için de yetkili olacaktır. Ancak açılacak dava için davalıların tamamı hakkında dava sebebine göre yetkili mahkeme belirtilmişse burada açılacağı öngörülmüştür. Örneğin bir kişinin birden fazla kişi tarafından darp edildiği olayda, açılacak tazminat davası için davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Fakat dava sebebine baktığımızda haksız fiil söz konusu olduğundan HMK’de haksız fiile ilişkin davalar için yetki kuralı getirdiğini görüyoruz. Şu hâlde davalılardan herhangi birinin yerleşim yerinin yetkisi yerine tümü için de ortak olacak bir yetki kuralı söz konusu olacaktır. Haksız fiile ilişkin yetki kuralına baktığımızda ise birden fazla mahkemenin yetkili olabileceği görülmektedir. Bunlar haksız fiilin işlendiği, zararın meydana geldiği veya gelme ihtimalinin olduğu ve zarar görenin yerleşim yeridir. Örneğe dönecek olursak, böyle bir durumda HMK m.16’da sayılan yerlerin her biri bu dava için ortak yetkili hale gelecektir. Haksız fiile ilişkin davalarda, ortak yetkili mahkemenin belirlenmesinde sadece haksız fiilin işlendiği yer mahkemesine göre ortak yetkili mahkemenin belirleneceği görüşü ileri sürülmüşse de bu görüşe katılmamaktayız¹⁴. Ortak yetkili mahkemenin yetkisinin kesin yetki kuralı olduğunun kabulü halinde, birden fazla mahkemenin yetkisi, kesin yetkili hale gelmektedir. Birden fazla mahkemenin kesin yetkili olarak kabul edilmesinin, kesin yetkinin düzenleme amacına uygun olmadığı kanaatindeyiz¹⁵.

11 Yargıtay HGK, E 2013/2359 K 2015/1443, T 27.5.2015; Yargıtay 11 HD, E 2016/759 K 2016/1931, T 24.2.2016; Yargıtay 17 HD, E 2014/21458 K 2016/3452, T 17.3.2016.

12 Yargıtay 17 HD, E 2014/6511 K 2014/9825, T 23.6.2014; Yargıtay 22 HD, E 2015/29785 K 2015/31001, T 16.11.2015.

13 Yargıtay 17 HD, E 2016/2372 K 2016/3070, T 10.3.2016.

14 Haksız fiile ilişkin ortak yetkili mahkemenin haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi olarak kabul edileceği, bunun da yerinde olmayacağına ilişkin bakınız Soylu (n 1) 479. Burada görüşümüz haksız fiile ilişkin ortak yetkili mahkemenin sadece haksız fiilin işlendiği yer değil diğerlerinin de olabileceği yönündedir. Haksız fiilin işlendiği yer mahkemesini yetkili olması HUMK’ndaki düzenlemeye yer almaktadır. Oysa HMK düzenlemesinde sadece haksız fiilin işlendiği yer değil zararın meydana geldiği veya gelme ihtimalinin bulunduğu ve zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olabileceği alternatifler getirmiştir.

15 Haksız fiil söz konusu olduğunda, ortak yetkili mahkemenin yetkisinden dolayı birden fazla yetkili mahkemenin yetkisinin kesin yetki kuralı haline geleceği, ancak bu durumun kesin yetkili mahkemenin tek olacağı kuralı ile bağdaşmayacağına ilişkin bakınız Albayrak ve Mavzer (n 8) 299.

Ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili olmasına ilişkin bir diğer sorun, yetki sözleşmesinin varlığı halinde ne olacağına ilişkindir. Örneğin davalılar ile davacı arasında bir satım sözleşmesi olsun ve davacının bu sözleşmeden dolayı alacaklı olduğunu düşünelim. Aynı zamanda bu ortak sözleşmede tarafların münhasır yetki sözleşmesi ile sadece yetkili mahkemede dava açılacağı konusunda anlaşmış olduklarını varsayalım. Bu halde davacı davayı açarken, ortak yetkili mahkemenin, davalılar yönünden dava sebebine göre bir yetki hükmü yer aldığı için sözleşmesinin ifa yeri bu davalılar için ortak yetkili mahkeme olacaktır¹⁶. Bunun yanında tarafların yetki sözleşmesi dolayısıyla yetkili kıldıkları mahkeme de yetkili olacaktır. Şu hâlde yetkili mahkeme ortak yetki dolayısıyla sözleşmenin ifa yeri mahkemesi mi yoksa yetki sözleşmesine göre yetkili hale gelen mahkeme midir? Ortak yetkili mahkemenin yetkisini kesin yetki olarak kabul etmemiz durumunda, kesin yetkinin varlığından dolayı yetki sözleşmesinin geçersiz olduğu sonucuna varmamız gerekecektir. Ancak yetki sözleşmesi yapılırken satım sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklar için kanun tarafından öngörülmüş bir kesin yetki kuralı olmadığından taraflar geçerli bir şekilde yetki sözleşmesini meydana getirmiştir. Fakat davanın birden fazla kişiye birlikte açılması söz konusu olduğunda, yetki sözleşmesinin sonradan geçersiz olacağı sonucu meydana gelmektedir. Diğer bir deyişle yetki sözleşmesinin geçerli olup olmaması davacının birlikte dava açma iradesine bırakılmıştır. Bu, kabul edilebilir değildir. Yetki sözleşmesinin yapılmasına ilişkin şartlar kanunda düzenlenmiştir. Gerek davadan önce gerekse dava açıldıktan sonra bir sözleşmesinin geçerli olup olmayacağı belirlidir. Bu durumda ise yetki sözleşmesi, adeta dava açıldıktan sonra geçersiz hale gelmektedir.

Bu konuya ilişkin bir diğer husus; ortak yetkili mahkemenin yetkisini, kesin yetki kuralı olarak kabul etmemiz halinde, kesin olmayan yetki kuralları aracı bir hükümlerle kesin yetki kuralı haline gelmektedir. Oysaki kesin yetki kurallarında, hangi davalarda, hangi yer mahkemesinin yetkili olacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir. Burada ise kanunda açıkça kesin yetki olduğu belirtilmemiş, aracı bir hükümlerle, tamamen sübjektif bir kriterle ortak yetkili mahkemenin yetkisi, kesin yetkili hale gelmektedir. Böyle bir kesin yetki kuralı yaratılması ise tabii hâkim ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Tabii hâkim ilkesi, uyumsuzluğun meydana gelmesinden önce mahkemenin görevi, yetkisi ve işleyişinin kanunla belirlenmesidir¹⁷. Tabii hâkim ilkesi, bireylerin, hangi mahkemede yargılanacaklarını, kesin olarak önceden bilmelerine imkân tanır ve yargıya olan güveni sağlar¹⁸. Nitekim Anayasa m. 37 ile de güvence altına alınmıştır. Kesin olmayan yetki kuralları bakımından bu ilkenin doğrudan ve sıkı bir ilişki olmamasına rağmen, kesin yetki kuralları bakımından doğrudan bir ilişkisi vardır¹⁹. Bu nedenle tabii hâkim ilkesi gereği, belirli uyumsuzluklar için kesin yetki kuralı öngörülecek ise bunun önceden kanunla düzenlenmiş olması gerekir. Oysa ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili olması durumunda, önceden belirlenmiş olma unsuru yoktur. Çünkü davanın, davalılara karşı birlikte

16 Ortak yetkili mahkemenin belirlenmesinde sadece haksız fiilden doğan davalardaki yetki kuralı uygulama alanı bulmayacaktır. Kanunda düzenlenen diğer özel yetki kuralları da uygulama alanı bulabilecektir. Örneğin dava sebebine göre taraflar arasında sözleşme olmasında halinde sözleşmenin ifa yeri mahkemesi de ortak yetkili mahkeme olabilecektir. Ayrıca bakınız Albayrak ve Mavzer (n 8) 299.

17 Süha Tanrıver, 'Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı' (2013) (104) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 11, 12; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (2.Bası, Yetkin 2018) 81. Karşı (n 1) 157-158.

18 Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (n 17) 84.

19 Tanrıver, 'Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı' (n 17) 29; Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (n 17) 97; Karşı (n 1) 158.

açılması halinde kesin olmayan bir yetki kuralı kesin hale gelmektedir. Ancak davanın birlikte değil de tek bir davalıya karşı açılması ihtimalinde, kesin olmayan yetki kuralı, kesin olmayan yetki kuralı olarak kalacaktır. Az önce de ifade ettiğimiz üzere, kesin olmayan yetki kurallarının kesin yetki kuralı haline gelmesi davacının iradesine bırakılmaktadır. Kesin yetki kurallarının ise subjektif eylemlere göre belirlenmesi, tabii hâkim ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

C. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yukarıda da belirttiğimiz üzere doktrinde ağırlıklı olarak ortak yetkili mahkemenin yetkisi, kesin yetki kuralı kabul edilmektedir. Esasında düzenlemenin lafzına ve maddenin gerekçesine baktığımızda kesin yetki kuralı izlenimi verdiği görülmektedir. Bununla birlikte biz bu görüşe katılmıyoruz. Öncelikle kanunların gerekçesi kanun maddesinden sayılmaz. Kanunun yorumlanmasında gerekçe dikkate alınmakla birlikte tek başına hükmü açıklamaya yetmez. Kanun maddelerinin anayasa normlarına uygun olması gerekir. Bu açıdan kanaatimizce ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili olarak kabul edilmesi, yukarıda belirttiğimiz üzere, tabii hâkim ilkesine aykırılık teşkil eder. Bunun yanında bir kanun maddesinin diğer kanun maddeleri ile uyumlu şekilde çalışması gerekir. Oysa ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili olduğunu ileri sürdüğümüzde, yetki sözleşmesine ilişkin hükümlerle çelişki içinde olmaktadır. Yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları belirli olmasına rağmen, ortak yetkinin kesin olduğunu kabul ettiğimizde yetki sözleşmesi geçersiz hale gelmektedir. Ayrıca, kesin yetki kuralları belirli amaç çerçevesinde getirilmiş hükümlerdir. İlgili uyumsuzluğa göre kimi durumlarda davacı veya davalı koruma amacı güderken, kimi durumlarda uyumsuzluğun daha kolay çözümü amaçlanır. Bu bağlamda ortak yetkili mahkemenin yetkisinin, kesin yetki kuralı olarak kabul edilmesinde bir amaç olmadığı düşüncesindeyiz. Kesin yetki kuralları, kamu düzeninden sayılır, mahkemece resen incelenir ve tek başına bozma sebebi teşkil ederler. Bu nedenle kesin yetki kurallarının açıkça, tereddüde yer vermeyecek şekilde kaleme alınması gerekir²⁰. HUMK'de aynı düzenleme yer almasına rağmen, HMK düzenlemesinde, kanun koyucu bu hükmü, kesin yetki kuralı olarak düzenleme iradesi göstermemiştir. Sadece gerekçede kesin yetki kuralı olduğu ifade edilmiştir. Kanun koyucunun, diğer kesin yetki kuralları gibi "kesin yetkili" olduğunu gerekçede değil, madde metninde ifade etmesi uygun düşerdi. Tüm bu gerekçeler çerçevesinde ortak yetkili mahkemenin kesin yetki kuralı getirdiğine ikna olmamız mümkün değildir.

Diğer yandan bu düzenlemenin kesin yetki kuralı olarak kabul edilmemesi halinde, nasıl bir fonksiyon icra edeceği düşünülebilir. Davalıların birden fazla olması halinde, HMK m. 7/1/c.1 hükmü, davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemenin yetkisine ilişkin genel yetki kuralı getirmektedir. HMK m. 7/1/c.2 hükmü ise diğer kesin olmayan özel yetki kurallarının da cari olduğunu bize ifade etmektedir. İkinci cümle (HMK m. 7/1/c.2) hükmü hiç olmasaydı, davalılardan birinin yerleşim yeri dışında, diğer kesin olmayan yetki kurallarının uygulanabilir olup olmayacağı konusunda tereddüt olabilirdi²¹. İkinci cümle hükmünün – kesin yetki kuralı olmadan – fonksiyonu ise diğer kesin

20 Bir yetki kuralının kesin yetki kuralı olduğu açıkça belirtilmediği sürece kesin olmayan yetki kuralı olarak değerlendirileceğine ilişkin bakınız Albayrak ve Mavzer (n 8) 298.

21 HMK m. 7/1/c.1'de ifade edilen "açabilir" ifadesi birden fazla davalıdan birinin yerleşim yeri mahkemesini tercih etme hususunda bir seçimlik imkanı sunmaktadır.

olmayan yetki kurallarının da uygulanabilir olduğu yönündedir. Diğer bir deyişle hem davalılardan birinin yerleşim yeri hem de davalılar yönünden dava sebebine göre yetkili olacak kesin olmayan özel yetki kuralları işler vaziyette olacaktır. Bu halde davacının yetkili mahkemenin belirlenmesinde seçimlik hakkı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akkan M., 'Mahkemeler' iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, Oniki Levha Yayıncılık 2017).
- Albayrak H., Mavzer T., 'Haksız Fiilden Doğan Davalarda Ortak Yetkili Mahkeme Sorunu' (2019) 27(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 279 – 306.
- Arslan R., Yılmaz E., Taşpınar Ayvaz S. ve Hanağası E., *Medeni Usul Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2020).
- Atalı M., Ermenek İ. ve Erdoğan E., *Medeni Usul Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020).
- Budak A.C. ve Karaaslan V., *Medeni Usul Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2020).
- Görgün L.Ş., Börü L., Toraman B. ve Kodakoğlu M., *Medeni Usul Hukuku* (9. Baskı, Yetkin 2020).
- Karademir Aydemir D., *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi* (2.Baskı, Adalet 2019).
- Karlı A., *Medeni Muhakeme Hukuku*, (5. Baskı, Filiz Kitabevi 2020).
- Konuralp O.E., 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Ortak Yetkili Mahkeme ile Münhasır Yetki Sözleşmesiyle Belirlenen Mahkemenin Yetkisinin Niteliği' (2019) (142) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 211-230.
- Kuru B., *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt 1*, (Yetkin 2020).
- Soylu M.F., 'Medeni Usul Hukukunda Ortak Yetkili Mahkeme' (2017) 25(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 449-484.
- Tanrıver S., 'Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı' (2013) (104) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 11-35.
- Tanrıver S., *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (2.Bası, Yetkin 2018).
- Taş Korkmaz H., '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yargı Yeri Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2013) 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Prof. Dr. Aydın Zevkliler Armağanı) 1753-1818.
- Tutumlu M.A., 'Ortak Yetkili Mahkeme Hükümünün Kesin Yetki Niteliğinde Olup Olmadığı Sorunu' (2017) 12(136) Terazi Hukuk Dergisi 98-103.
- Yılmaz E., *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 1. Cilt madde 1-33*, (4.Baskı Yetkin 2021).

Avrupa Birliği'nin Yeni Göç ve İltica Paktı ve Pakt'ın Göçmen Çocuklar Konusundaki Düzenlemelerine İlişkin Değerlendirmeler

Assessments on the European Union's New Migration and Asylum Pact and Its Regulations on Migrant Children

Cahit Ağaoğlu* 

ÖZ

Avrupa Birliği Yeni Göç ve İltica Paktı (Pakt), Avrupa Komisyonu tarafından 23 Eylül 2020 tarihinde açıklanmıştır. Bu Pakt ile amaçlanan artık işlevsiz hale gelen Avrupa Birliği (AB) göç politikalarını ortak bir şekilde yeniden inşa etmek ve göçmenlerin koruma taleplerine uygun olarak yerlerinin değiştirilmesi ve kendi ülkelerine geri gönderilmeleri için üye devletlere destek sağlamaktır. Böylece ülkeler arası dayanışmanın daha güçlü hale getirilmesi hedeflenmektedir. Pakt kapsamında on iki belge bulunmaktadır. Bu belgeler incelendiğinde uluslararası koruma talebini inceleyecek devletin ilk varış ülkesi olmasını öngören Dublin sisteminin yenilenmesini içeren değişikliklerin, özellikle çocukların üstün yararının korunması, aile birliğinin sağlanması gibi özel hukukla ilişkili konularda ortaya çıktığı görülmektedir. Bu nedenle çalışmamızda Pakt'ın çocuklar ve özellikle refakatsiz çocuklarla ilgili olarak öngördüğü yenilikler incelenecek olup, daha sonra bunun tamamlayıcı bir unsuru olarak aile birliğinin sağlanması argümanlarıyla uluslararası koruma taleplerini incelemekle yükümlü devletin, Dublin sisteminde farklı şekilde belirlenmesine yol açabilecek değişiklikler ele alınacaktır. Ancak yapılan bu değişikliklerin AB göç politikasında ana temanın dışlama, geri gönderme ve caydırma olduğu gerçeğini değiştirmedeği ve Pakt'ın göç sorununa uzun vadeli bir çözüm getiremediği yönünde eleştirilere de yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: AB Yeni Göç ve İltica Paktı, Refakatsiz çocuk, Çocuğun üstün yararı, Aile birliğinin sağlanması, Dışlama

ABSTRACT

European Union Migration and Asylum Pact (Pact) was announced by the European Commission on 23 September 2020. The aim of the Pact is to jointly reconstruct the European Union (EU) immigration policies that have become dysfunctional and support the member states for the relocation and repatriation of migrants in accordance with their protection demands. There are twelve documents under the pact. When these documents are examined, it is remarked that the innovations that envisage the renewal of the Dublin system, which stipulates that the state that will examine the international protection request will be the first destination country, has emerged especially in matters related to private law such as protecting the best interests of children and ensuring family reunification. Therefore, in our study, the innovations envisaged by the Pact regarding children and especially unaccompanied minors will be examined, and then, as a complementary element, the changes that may lead to the determination of the state responsible for examining international protection claims differently from the Dublin system will be discussed with the arguments of ensuring family unity. Furthermore, our study also includes criticisms that these amendments do not recast that the main theme of EU immigration policy is externalization, repatriation and deterrence, and that the Pact cannot provide a long-term solution to the migration problem.

Keywords: EU New Migration and Asylum Pact, Unaccompanied minor, Best interest of the child, Family reunification, Externalization

* Dr. Öğr. Üyesi, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

GİRİŞ

Tarihsel olarak toprağı üzerinde bulunan devletin politikasına tabi olan g, ye devletler arasında i sınırların kaldırılmasından beri Avrupa Birliğı (AB) yetki alanına kademeli olarak dhिल edilmiřtir¹. Serbest dolaşım temelinde ortak bir pazar yaratılması, Schengen ve Dublin sistemleri², Amsterdam Andlaşması'nda³ Birlik'in g ve iltica konusunda açıkça tanınan yetkisi ve son olarak da 1999 Tampere toplantısı⁴, oluşturulan ortak g politikasının kademelerini oluřturmaktadır⁵. Bunun yanı sıra, 2000'li yıllara doğru oluşturulan zgrlk, Güvenlik ve Adalet Alanı⁶, Avrupalı olmayan ve dış sınırlardan ortak toprağa girecek olan kişilerin güvenlik için bir tehdit olarak algılanmasıyla paralel şekilde somutlaştırılmıştır. 2005 tarihli La Haye programında da görüldüğü üzere zgrlk Alanı olarak nitelendirilen alan, davetsiz misafirlerin olmadığı, güvenli bir alan olarak ele alınmakta⁷ ve g konusu, güvenliğin ne çıktığı bir retorikle birlikte anılmaktadır⁸.

2015 yılından beri artan "Avrupalı olmayan nüfus", bir kriz olarak anılan g güvenlik argümanlarıyla ve ortak bir politika dhिलinde daha da güçlü kontrol etmeyi gerektirmiştir. G kontrolünde rolü olan Eurosur⁹, Schengen¹⁰ veya Frontex¹¹ gibi sistemlerin geliştirilmeye çalışılmasının yanında,

- 1 Avrupa Birliğı Adalet Divanı (ABAD), 9 Temmuz 1987, C-281 – 287/85. ye devletler g konusunu kendi yetki alanlarında tutmak istemiş olsa da Adalet Divanı nc ülkelerden gelen çalışanlar konusunda AB'nin yetkili olduğuna ve ortak bir politika geliştirilebileceğine hükmetmiştir.
- 2 AB, 14 Haziran 1985, Schengen Andlaşması; AB, 15 Haziran 1990, Dublin Andlaşması.
- 3 Amsterdam Anlaşması 2 Ekim 1997 tarihinde imzalanmış 1 mayıs 1999 tarihinde yrrlge girmiştir. Amsterdam Anlaşmasıyla ilgili ayrıca bkz. Işıl zkan, *G, ltica ve Sığınma Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2018) 207-208; Füsun Arsava, *Amsterdam Anlaşmasının Avrupa Birliğı Hukukuna Katkıları* (AÜSBF Yayınları 2000) No : 589, 1 vd.; Bülent iekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, (6. Baskı, Seçkin 2016) 240; Mehmet zcan, *Avrupa Birliğı Sığınma Hukuku Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya ıkışı* (Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu Yayınları 2002) 1 vd.; Mehmet Duruel, 'Avrupa Birliğı G Politikası ve Kitlemel G Akınları Karşısındaki Durumu' (2017) 3 (3) Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu Yayınları 1, 3 vd.
- 4 AB, 15-16 Ekim 1999, Conseil europeen de Tampere, Conclusions de la Prsidence, ř10, 20.
- 5 AB Hukuku'ndaki aşamalar için ayrıca bkz. Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5. Baskı, Beta 2018) 24 vd.
- 6 Konuyla ilgili bkz. zkan (n 3) 217 vd; İlke Göçmen, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliğı ve Türkiye G Hukuku* (Seçkin 2015) 91 vd; İlke Göçmen, 'AB G Hukukunun Genel erevesi' i Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali nal, Kübra Altıparmak, Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası zel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eskişehir, 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar* (Yetkin 2016) 111 vd.; Arif Köktaş, 'zgrlk, Güvenlik ve Adalet Alanı, Avrupa Birliğı: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar', Belgin Akçay, İlke Göçmen (edr), (2. Baskı, Seçkin 2014) 439 vd.
- 7 Didier Bigo, 'Liberty, whose liberty? The Hague Programme and the conception of freedom', (*Academia*, 2006) <https://www.academia.edu/3102843/Liberty_whose_liberty_The_Hague_Programme_and_the_conception_of_freedom> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2021.
- 8 Didier Bigo, 'Migration and Security Issues', (*Academia*, December 27, 2006) <https://www.academia.edu/3102809/Migration_and_security> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2021.
- 9 Avrupa Sınır Gözetleme Sistemi. AB Parlamentosu ve Konseyi, 22 Ekim 2013, Tüzük no 1052/2013.
- 10 14 Haziran 1985'te imzalanan Andlaşmanın 1995'te yrrlge girmesinin ardından yapılan çeşitli düzenlemelerle 1999 yılından itibaren ye devletler arasındaki i sınırların kaldırılması sistemini oluşturmaktadır. Geçerli tüzük için bkz AB Parlamentosu ve Konseyi, 9 Mart 2016, Tüzük no 2016/399; zkan (n 3) 207-208.
- 11 AB ye Devletlerinin Dış Sınırlarının Yönetimi için Operasyonel İşbirliğı Ajansı Frontex 2004 yılında kurulmuştur. AB Parlamentosu ve Konseyi, 26 Ekim 2004, Tüzük no. 2007/2004. 2019'dan beri Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı olarak da anılmaktadır. Frontex için bkz Mehmet Hanifi Bayram, *Avrupa Birliği'nin Dış Sınırlarının Yönetimi: Frontex* (Seçkin 2019) 78 vd; Göçmen 'AB G Hukuku' (n 6) 117.

üye devletler arasındaki dayanışmayı artırmak amacıyla Göç Ajandası¹² gibi ortak göç politikasını somutlaştıracak adımlar atılmaya çalışılmıştır. Bu dönemde koruma taleplerini incelemekle yükümlü olan üye devleti belirlemek için oluşturulmuş Dublin sisteminin yenilenmesi¹³ de AB göç gündeminde yerini almıştır. Yunanistan ve İtalya'ya Akdeniz üzerinden ulaşan göçmen sayısının fazlalığı¹⁴, uluslararası koruma taleplerini incelemekle yükümlü olan ülkenin ilk varış ülkesi olması sisteminin, bu iki ülke için aşırı bir yük getirmesine sebebiyet vermiştir. Bu iki devlet, ulaşılan ilk ülke olmaları dolayısıyla yapılacak uluslararası koruma başvurularında yetkili olduklarından çok sayıda başvuruyla karşı karşıya kalmış ve Polonya ve Macaristan gibi kuzey devletleri bu sorumluluğu bölüşmekte isteksiz davranmıştır¹⁵. 2015 yılından beri yaşanan artış sonucunda çeşitli adımlar atılmaya çalışılmış ve daha çok üye devletlerin Avrupalı olmayan kişilerin geri gönderilmesi konusunda gerekli araçlara sahip olabilmesini amaçlayan birtakım girişimlerde bulunulmuştur¹⁶. Tüm bu gelişmeler, daha somut bir ortak göç politikası oluşturulması amacıyla AB Yeni Göç ve İltica Paktı'nın devreye girmesine yol açmıştır.

Pandemi dolayısıyla yavaşlayan ortak göç politikasını yeniden şekillendirme süreci 9 Eylül 2020'de Yunanistan'da bulunan Moria Kampı'nda çıkan yangın sonrası hızlanmış¹⁷ ve AB Yeni Göç ve İltica Paktı'nın 23 Eylül 2020'de sunulmasıyla şekillenmiştir. Amacın son beş yıldır artık işlevsiz hale gelmiş göç politikasını ortak bir şekilde yeniden inşa etmek olduğu belirtilmektedir¹⁸. Göçmenlerin koruma taleplerinin değerlendirilerek yerlerinin değiştirilmesi veya kendi ülkelerine geri gönderilmeleri için yetkili olan üye devlete destek sağlamak amacıyla dayanışmanın güçlendirilmesi, Pakıtın esas getirisini oluşturmaktadır. Bu amaçla, Pakt, 2016 ve 2018 yıllarında Komisyon tarafından önerilen, yasa koyucuların üzerinde siyasi anlaşmaya vardıkları ancak sığınma ve geri dönüş reformlarına ilişkin müzakereleri sonuçlandırmak için yasal olan veya olmayan ileriye dönük bir yol haritası

12 AB Komisyonu, 13 Mayıs 2015, A European Agenda on Migration, COM(2015)240final.

13 1990 yılında ilk adımların atıldığı Dublin sistemi iki kere revizyona uğramıştır ve göç politikasının önemli unsurlarından biri olmaya bugün de devam etmektedir. Dublin sistemine göre, iltica taleplerini incelemekle yükümlü ülke ilk giriş ülkesidir. Dublin III Tüzüğü için bkz. AB Parlamentosu ve Konseyi, 26 Haziran 2013, Tüzük no. 604/2013. Bu konuda aynı zamanda bkz. Gökçe Arıkan, *Göç Hukukunda Yabancıya Sağlanan Uluslararası, Bölgesel ve Ulusal Koruma*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi, No: 17 (On İki Levha 2020) 215 vd.; Kutluhan Bozkurt, 'AB Sığınma Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Dublin Sistemi', *Uluslararası Hukukta Güncel Sorunlar Kongresi – MEF Üniversitesi 21-22 Şubat 2019* (On İki Levha 2020) 353 vd.; Göçmen 'AB Göç Hukuku' (n 6) 120; Esra Yılmaz Eren, *Mülteci Hukukunda Geçici Koruma* (Seçkin 2018) 101 vd.

14 AB Adalet Divanı yakın tarihli kararında İtalya ve Yunanistan'a düşen bu büyük sorumluluğun dayanışma prensibine uygun olarak diğer üye devletlerle paylaşılması gerektiğine hükmetmiştir. AB Adalet Divanı, 2 Nisan 2020, C-715/17, C-718/17, C-719/17, §80.

15 Germano Dottori, 'Immigration as a Domestic Policy Issue: What Strategy to 'Save' Europe?' (2018) 30(2) New England Journal of Public Policy 1, 6.

16 Örneğin bkz. AB Komisyonu, 6 Nisan 2016, COM(2016)197final; AB Komisyonu, 4 Mayıs 2016, COM(2016)271final; AB Komisyonu, 12 Haziran 2018, COM(2018)471final.

17 Tespit için bkz. Vasileia Digidiki and Jacqueline Bhabha, 'EU Migration Pact Fails to Address Human Rights Concerns in Lesbos, Greece' (2020) 22(2) Health and Human Rights Journal 291, 291.

18 Basın Açıklaması, 23 Eylül 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1706 Erişim Tarihi 11 Ağustos 2021.

dair olmakla birlikte, AİHM'in Yunanistan'ın insan haklarına uygun koşullar sağlama pratiğinin bulunmadığını kabul etmiş olması ve bu pratiğin bulunduğu bir ülkeye başvuramı geri göndermesi, Dublin sisteminin yarattığı sonuçlara ilişkin ipuçları vermektedir. AİHM bu kararında ayrıca istisnai olarak adil yargılanma hakkını göç hukukunda da uygulamıştır.

Bunun üzerine 2013 yılında yenilenen ve Dublin III olarak adlandırılan sistem de sığınmacı problemini çözme konusunda yeterli olmamıştır. Zira Dublin III düzenlemelerinde aile bağlarının sadece çekirdek aile nezdinde bırakıldığı, geniş aile bağlarının göz ardı edildiği ve sığınmacının hangi AB ülkesinde kalmak istediği yönündeki iradesine yer verilmediği eleştirileri getirilmiştir²⁵. Bu durum kendini Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) içtihatlarında da göstermektedir. Örneğin 2016 yılında ABAD'a konu olan *Mirza ve Macaristan* kararında Pakistan vatandaşı olan Mirza, Sırbistan üzerinden Macaristan'a kanuna aykırı bir şekilde giriş yaparak sığınma başvurusunda bulunmuş ve başvurusu incelenirken Macaristan'dan ayrılmış, Çekya'ya gitmek isterken yakalanmıştır²⁶. Çek yetkilileri Macaristan'dan Mirza'yı iade almasını istemiş ve Mirza Macaristan'a sığınma başvurusunu yenilemiştir. Macaristan bu talebi Sırbistan'ın güvenli üçüncü ülke olduğu gerekçesiyle reddetmiş ve konu ABAD'a taşınmıştır. Mahkeme, Dublin III nezdinde belirlenen usulün, sorumlu devletin kişiyi güvenli üçüncü devlete göndermek için transfer olunan Çekya'ya kendi millî hukuku hakkında bilgi vermek zorunda olmadığını ve Macaristan ile Çekya arasındaki bürokratik ve sistemsel problemlerin sığınma talebinde bulunan kişinin başvuru hakkını ortadan kaldırmayacağını, bu nedenle başvuru talebinin tekrar incelenmesi gerektiğini belirtmiştir²⁷.

Bu kararlara konu olan sorunlara rağmen Pakıtın, Dublin sisteminin tamamen değiştirilmesi anlamına gelmediği, sadece çeşitli yenilikler öngördüğü tespit edilmektedir²⁸. En büyük yeniliğin de uluslararası koruma taleplerini değerlendirmede belirlenecek devlet için çocuğun üstün yararı ve aile birliğini vurgulayarak belirlenen kriterler olduğu, fakat bunun dışında Dublin sisteminin yine uygulanmaya devam ettiği gözlemlenmektedir²⁹. Ayrıca uluslararası koruma talebini incelemekten sorumlu devletin belirlenmesinde, Dublin sisteminin yürümediği noktaları değiştirmeyi öngören kuralların karmaşıklığı, uygulamada yaşanabilecek sorunlara göz kırpmaktadır³⁰. Bu nedenle Pakıtın, göç sorununa uzun vadeli bir çözüm bulamamış olması da eleştirilmektedir³¹.

25 Bozkurt (n 13) 364.

26 <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=174856&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=5443347>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2021. Aynı zamanda bkz. Özkan (n 3) 261-62.

27 Özkan (n 3) 261-62.

28 Emilie Destombes, 'L'UE dans le domaine migratoire : la persistance de l'adolescence ou l'avènement de l'âge de raison ?' (2020) Réseau universitaire européen ELSJ <<http://www.gdr-elsj.eu/2020/09/23/asile/lue-dans-le-domaine-migratoire-la-persistance-de-ladolescence-ou-lavenement-de-lage-de-raison/>> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2021.

29 Sergio Carrera, 'Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the EU Pact on Migration and Asylum' iç Sergio Carrera and Andrew Geddes (eds) *The EU Pact on Migration and Asylum in the light of the United Nations Global Compact on Refugees. International Experiences on Containment and Mobility and their Impacts on Trust and Rights* (European University Institute 2021) 9.

30 <www.hrw.org/news/2020/10/08/pact-migration-and-asylum> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2021.

31 Philippe de Bruycker, 'The New Pact on Migration and Asylum: What it is not and what it could have been' (*EU Migration Law Blog*) <<https://eumigrationlawblog.eu/the-new-pact-on-migration-and-asylum-what-it-is-not-and-what-it-could-have-been/>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2021.

2. GERİ GÖNDERME ODAKLI DÜZENLEMELER

Geri gönderme odaklı politika sonucu göçmenler kendilerini kaçakçılara teslim etmiş, bu durum da Akdeniz’de yaşanan facialara son verilmesini imkânsız hale getirmiştir³². Arama kurtarma çalışmalarının önemi vurgulanırken arama kurtarma çalışmalarına gerek bırakmayacak düzenlemeler yapmaktan çekinen AB, sorunu yine yüzeysel olarak çözmeye yolunda ilerlemektedir. Zaten göçe ilişkin en önemli problemlerden birinin, yasal kanallar mümkün kılınmadığından, sığınma arayışındaki göçmenlerin yasadışı yollara başvurmak zorunda kalması olduğu düşünüldüğünde³³, Pakt’ın bu problemi çözücü bir yaklaşım benimsemediği görülmektedir.

Bu politikalardan geri göndermenin uygulamadaki örneklerinden biri BM Çocuk Hakları Komitesi’nin 1 Şubat 2019 tarihli kararında karşımıza çıkmaktadır. Karara konu olayda İspanya’ya Melilla üzerinden ulaşan göçmenler, gerekli başvuruları yapmalarına fırsat dahi verilmeden Fas’a geri gönderilmiştir³⁴. BM Çocuk Hakları Komitesi, İspanya’ya refakatsiz olarak gelen bir çocuğun doğrudan hiçbir işlem yapılmadan Fas’a geri gönderilmesini, çocuğun üstün yararını gözetme yükümlülüğüne ve refakatsiz çocuklar için özel koruma önlemlerinin alınması gerekliliğine aykırı olarak nitelendirmiştir³⁵.

Diğer yandan yasal olmayan yolları tercih etmek durumunda kalan göçmenlerin, AİHM önünde toplu sınır dışı etme yasağı bakımından sınırlı bir korumaya tabi tutulduğu gözlemlenmektedir. Örneğin, aynı yolla İspanya’ya gelen bir başka göçmenin AİHM’e yaptığı başvuruda ise pratikte resmi süreçte yaşanabilecek sorunların Mahkeme tarafından bertaraf edilemediği görülmektedir³⁶. AİHM Büyük Dairesi’nin yakın tarihli *N.D. ve N.T. v. İspanya* kararında, başvuranlar yasal yollar yerine yasal olmayan şekilde ülkeye giriş yapmış ve ülke sınırları içerisinde bulunduğu süre içinde bireysel koruma talep etmemişlerdir. Bu nedenle sınır dışı edilmeleri üzerine, AİHM’in toplu sınır dışı yasağına veya etkili başvuru mekanizması sağlama gerekliliğine aykırı davranılmadığı sonucuna ulaştığı görülmektedir³⁷. Bu bağlamda AİHM’in göçmenlerin “kendi davranışının sebep olduğu” bir mağduriyet söz konusu olduğunda, devletin takdir marjının arttığını kabul etmesi gündeme gelmiştir. Bu yaklaşımın da yeni bir “kendi davranış doktrini” tartışmasını ortaya koyması eleştirilmektedir³⁸.

32 Fatma Yılmaz Elmas, ‘AB Dış Göç Politikasındaki Kayıp Parça: Göçmen-Odaklı Yaklaşım’ (2017) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Anabilim Dalı, 25. Yıl Armağanı 401, 422-23. Refakatsiz çocukların kaçakçılar olmadan sınırları geçmeyi mümkün görmedikleri örnekler için bkz. Hatice Sezgin, ‘Avrupa’da Kayıp Refakatsiz Mülteci Çocuklar, Araştırma 104’ (*İNSAMER* Ağustos 2019) <https://insamer.com/tr/avrupada-kayip-refakatsiz-multeci-cocuklar_2331.html> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2021.

33 Yılmaz Elmas (n 32) 420.

34 Melilla’da zorla geri gönderme olaylarının 2018 yılında bir önceki yıla göre iki katından fazla artması söz konusu olmuştur < https://resourcecentre.savethechildren.net/node/18172/pdf/report_5_years_migration_1.pdf> 12.

35 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, 1 Şubat 2019, D.D. v. İspanya, CRC/C/80/D/4/2016, 14.7.

36 Karara ilişkin eleştiriler için bkz Sergio Carrera, ‘The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v. Spain A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?’ EUI Working Paper, RSCAS 2020/21, 1-36.

37 *N.D. and N.T. v. İspanya*, App No. 8678/15, 8697/15 (ECtHR, 13 February 2020) §231, 237.

38 Carrera (n 36) 2.

Kişinin “kendi davranışının” AİHM korumasını hak edip etmediği gibi bir yere kadar götürülebilecek bu yorum, göçte devleti önceleyen politikaları meşrulaştıracak bir adım teşkil etmektedir³⁹.

İltica taleplerinde olumlu yanıt oranının yıllardır %50'yi aşmıyor olması⁴⁰ da krizin göçmenleri koruyacak şekilde değil, üye devletleri koruyacak şekilde çözülmeye çalışıldığını göstermektedir. Göçmenin dışlanması, insan haklarının korunmasına tercih edildiği eleştirisi yapılmaktadır⁴¹.

Pakt kabul edilirken belirtildiği gibi, göçe ilişkin olarak her kesimi her açıdan memnun edecek tek bir çözüm bulmak mümkün deđildir⁴². Güvenlik argümanlarının yıllardır öne çıkması ve Pakt ile somutlaşmış olması, memnun olacak tarafın göçmenler olmasını zorlaştırmaktadır. AİHM'in de “göç krizi”ni göçmenler lehine çözüme eğiliminde olmadığı tespit edildiğinde, Avrupa'nın göç politikasının şu ana kadar başarıya ulaşmış olduğunu veya öngörülen kısa vadeli değişikliklerle uzun vadede başarı sağlanacağını savunmanın zor olduğu görülmektedir.

B. PAKT KAPSAMINDA GÖÇ POLİTİKALARI

Pakt kapsamında; AB Komisyonu'nun hazırladığı Yeni Göç ve İltica Paktı'na ilişkin Bildiri⁴³, Yol Haritası⁴⁴, Çalışma Belgesi⁴⁵, Göç ve İltica Yönetimi İçin Tüzük Önerisi⁴⁶, Dış Sınırlarda Üçüncü Ülke Vatandaşlarını Tarama Sistemini Oluşturacak Tüzük Önerisi⁴⁷, Uluslararası Korumaya İlişkin Ortak Bir Usul Oluşturan Tüzüğün Değiştirilmesine İlişkin Öneri⁴⁸, Eurodac Sisteminin Yenilenmesine İlişkin Öneri⁴⁹, Göç ve İltica Alanlarında Kriz ve Mücbir Sebep Durumlarını Kontrolle İlişkin Tüzük Önerisi⁵⁰, Göç Konusundaki Krizlere Hazırlıklı Olmayı ve Krizleri Kontrol Etmeyi Sağlayacak AB Mekanizmasına İlişkin Tavsiye Kararı⁵¹, AB'de Korumayı Sağlayacak Hukuki Yollara İlişkin Tavsiye Kararı⁵², Arama Kurtarma Amacıyla Özel Kurumların Sahip Olduğu veya İşlettiği Deniz Araçlarıyla Yapılan Operasyonlar Konusunda Üye Devletlerin İşbirliği Yapmasına İlişkin Tavsiye Kararı⁵³,

39 ibid 8.

40 <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics#Decisions_on_asylum_applications> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2021.

41 Digidiki and Bhabha (n 17) 294.

42 Basın Açıklaması, 23 Eylül 2020, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1706> Erişim Tarihi 11 Ağustos 2021.

43 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)609final.

44 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)609final, Annexe.

45 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, SWD/2020/207final.

46 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)610final.

47 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)612final.

48 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)611final.

49 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)614final.

50 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)613final.

51 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, Tavsiye Kararı no. 2020/1366.

52 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, Tavsiye Kararı no. 2020/1364.

53 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, Tavsiye Kararı no. 2020/1365.

Yasadışı Giriş, Geçiş ve İkametin Kolaylaşmasının Önlenmesi ve Tanımlanması İçin AB Kurallarının Uygulanması Hakkında Komisyon Kılavuzu⁵⁴ olmak üzere on iki belge bulunmaktadır.

Tüm bu belgeler incelendiğinde Pakt'ın üç aşamalı bir plan öngördüğü, ilk aşamada göçmenleri kendi ülkelerinde tutacak önlemler alınacağı, ikinci aşamada Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı'nın rol alacağı ve üçüncü aşamada üye devletler arasında dayanışma kurulacağı belirtilmiştir. Bu dayanışmadan kastedilenin göçmenleri toprağında bulundurmamak istemeyen devletin geri gönderme ve yer değiştirme için maddi destek sağlaması olduğu görülünce, asıl kaygının göçmenlerin mağduriyetini gidermek değil fakat, üye devletlerin takdir yetkisini artırmak ve göçmen sayısını azaltmak olduğu anlaşılmaktadır. Bu yaklaşım, İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün Orta Asya ve Avrupadan sorumlu temsilcisi Judith Sunderland'ın kelimeleriyle “okuldaki kabadayından çocuğu evine götürmesini istemek” gibi ironik bir sistem oluşturduğu için eleştirilmektedir⁵⁵.

Pakt'ta öngörülen yeniliklerden biri, sınırdan giriş öncesi yapılacak olan güvenlik kontrolüyle AB toprağı üzerinde bulunmaya hakkı olmadığı anlaşılan kişilerin kısa sürede geri gönderilmesini sağlamak için gerekli düzenlemelerin yapılmasıdır. Bu güvenlik kontrolünün kapsamında da sınırdan giriş esnasında koruma talep eden ve giriş hakkı olmayan kişilerin, arama ve kurtarma operasyonları sonrası kıyıda getirilmiş kişilerin ve dış sınırlardan ilk geçişi yapmış kişilerin olduğu gözlemlenmektedir. Buradan da Pakt ile hedeflenenin, yıllardır bir güvenlik sorunu haline getirilen göçü, AB toprağı üzerinde bulunan göçmen sayısını azaltarak kontrol etmek olduğu görülmektedir. Bu durum da şimdiye kadar zaten uygulamada var olan göçmenlerin doğrudan geri gönderilmesi pratiğini meşrulaştıracak bir yol açmaya sebep olmaktadır.

2018 Eylül'ünde gündeme getirilen ve Pakt ile birlikte tartışılan Geri Gönderme Tüzüğü'nde yapılacak değişiklik önerileri de⁵⁶ Pakt'a giden yoldaki esas kaygının göçmenleri geri gönderme olduğunu göstermektedir. Komisyon'un Geri Gönderme Tüzüğü değişikliği önerisini değerlendiren rapörtörlerin, çocuklar için yeterli güvence öngörülmemesi, güvenlik riski oluşturması ve bu nedenle geri gönderme koşullarının yeterince tanımlanmamış olması gerekçeleriyle birçok değişiklik önerisinde bulunduğu görülmektedir⁵⁷.

Avrupa Konseyi'nin Pakt'ı hazırlarken bu önerilerin özellikle çocuklara ilişkin kısımlarını dikkate aldığı anlaşılmaktadır. Zira bizzat Yeni Göç ve İltica Paktı'na ilişkin Bildiri'nin 2.4. paragrafında bu hususa vurgu yapılmıştır⁵⁸. Bu bağlamda özellikle refakatsiz çocuklar için öngörülen tedbirlerin Pakt'ın en önemli noktalarından birini oluşturduğu değerlendirilmekte, fakat bu durumun ana

54 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, C/2020/6470.

55 “It’s like asking the school bully to walk a kid home.” (EuroNews 25 Eylül 2020) <<https://www.euronews.com/2020/09/24/what-is-the-eu-s-new-migration-pact-and-how-has-it-been-received>> Erişim Tarihi 5 Ağustos 2021.

56 AB Parlamentosu ve Konseyi, 16 Aralık 2008, Direktif no. 2008/115/EC; AB Komisyonu, 19-20 Eylül 2018, COM(2018)634.

57 ibid. Gelişmeler için bkz <<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-towards-a-new-policy-on-migration/file-proposal-for-a-recast-of-the-return-directive>> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2021.

58 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0609#footnoteref7>> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2021.

temanın dışlama, geri gönderme ve caydırma olduğu gerçeğini değiştirmediği gözlemlenmektedir⁵⁹. Üye devletlere, toprağına gelen göçmene insan onuruna uygun yaşam koşulları sağlama yükümlülüğündense, geri dönüş için sponsor olma imkanı verilmektedir⁶⁰. Geri göndermeye yapılan bu vurgunun aile ve çocuk üzerinde olumsuz etkiler doğuracağı kuřkusuzdur⁶¹.

II. PAKT İLE GÖÇMEN ÇOCUKLARA İLİŞKİN GETİRİLEN YENİLİKLERİN DEğERLENDİRİLMESİ

A. PAKT'IN “ÇOCUK” VE “ÇOCUğUN ÜSTÜN YARARI” KAVRAMLARINA BAKIŐI

2 Eylül 2015 tarihinde Bodrum kıyılarında hayatını kaybeden Aylan Kurdi'nin fotoğrafı, göçün çocuklar üzerindeki etkilerinin boyutunu gözler önüne sermiş ve alınması gereken önlemler için bir hareketlilik başlatmıřtır⁶². AB'deki çocuk sığınma talepleri ve çocukların yasal olmayan ikametinin 2015 yılında bir önceki yıla göre iki katından fazla artış göstermesi⁶³, göç konusunda çocuğun özel olarak korunması gerektiğini vurgulamayı zorunlu kılmıştır. Pakıt'ta da bu zamana kadar yetersiz olan önlemler açığa vurularak “*çocuğun üstün yararı*” kavramının vurgulanmaya çalışıldığı gözlemlenmektedir⁶⁴.

Öncelikle Göç ve İltica Yönetimine ilişkin Tüzük önerisinde “*çocuk*” kavramının devletsiz (vatansız) veya üçüncü ülke vatandaşı olan ve 18 yaşından küçük herkesi kapsadığı belirtilmektedir. Diğer taraftan Türk Hukuku'nda yabancılara ilişkin mevzuat kapsamında örneğin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)⁶⁵ m. 3(e) ile YUKK'nın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik⁶⁶ m. 3(e)'ye göre çocuk henüz 18 yaşını doldurmamış ve ergin olmamış kişi olarak tanımlanmıştır.

59 Digidiki and Bhabha (n 17) 291.

60 <www.hrw.org/news/2020/10/08/pact-migration-and-asylum> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2021.

61 <https://resourcecentre.savethechildren.net/node/18172/pdf/report_5_years_migration_1.pdf> 14 Erişim Tarihi 17 Ağustos 2021. Bu anlamda PICUM tarafından bu düzenlemenin kaldırılması önerilmektedir. PICUM Recommendations on Safeguarding Children's Rights in the Migration and Asylum Pact Proposals, <https://picum.org/wp-content/uploads/2021/06/Child-rights-in-the-Asylum-and-Migration-Pact_final.pdf>, 7 Erişim Tarihi 18 Ekim 2021. PICUM, çoğu AB'de olmak üzere 30'dan fazla ülkede, belgesiz göçmenler için sosyal adaleti ve insan haklarını sağlamak için çalışın 160'tan fazla kuruluştan oluşan bir ağdır.

62 (BBC Türkçe 4 Eylül 2015) <https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/09/150904_alan_kurdi_oykusu> Erişim Tarihi 28 Ağustos 2021.

63 <<https://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/database>> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2021.

64 AB nezdinde “*çocuğun üstün yararı*” kavramı ile ilgili olarak bkz Syd Bolton, ‘Best Interests: Safeguarding and Promoting the Welfare of Children in Immigration Law and Practice’, in Lisa Woodall (ed), *Working with Refugee Children Current Issues in Best Practice* (2nd edn, Immigration Law Practitioners' Association 2012) 1, 4 ff.; Ursula Kilkelly, ‘Protecting Children's Rights Under the ECHR: the Role of Positive Obligations’ (2010) 61(3) Northern Ireland Legal Quarterly 245, 247 ff.; Nuray Ekşi, ‘Mevzuat ve Antlaşmalar Kapsamında Çocukların Uluslararası Korunması’ (2016) (7) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 559, 564 vd.; Merve Sizer, *Ülkeden Uzaklaştırmaya İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü*, (Yetkin 2021) 50 vd.

65 RG 11/04/2013 – 28615.

66 RG 17/03/2016 – 29656.

Burada akla gelebilecek ilk soru, 18 yaşına giren çocuğun kendisine tanınan koruma ve destekten aniden mahrum kalıp kalmayacaęıdır⁶⁷. Bu sorunun cevabını ABAD'ın güncel bir kararında bulmaktayız. Göçmen ocuğun korunması gerekliliğine son yıllarda yapılan vurgunun ABAD nezdinde de cevap bulduğu, 2018 yılında verdiği bir kararda görülmektedir. Kararda aile birliği talebinde bulunan çocuğun başvurusunu 18 yaşına girdikten sonra yapmasının önemli olmadığı, ye devletin toprağına girdiği sırada 18 yaşın altındaki herkesin ocuk olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmiřtir⁶⁸.

G ve İltica Yönetimi İçin Tüzük nerisi'nde çocuklara ilişkin güvenceleri düzenleyen özel bir madde karşımıza ıkmaktadır⁶⁹. Yer değiştirme söz konusu olduğunda çocuğun ncelięi⁷⁰, çocuğun üstün yararı kapsamında sosyal gelişiminin ve güvenliğinin yaşına ve olgunluğuna göre değerlendirilmesi gerektięi⁷¹, transfer söz konusu olduğunda ye devletlerin koruyucu veya temsilci atanmasını da içeren gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığını kontrol etme yükümlülüğünün bulunduęu⁷² ele alınmaktadır.

Ayrıca “ocuğun üstün yararı” kavramının farklı yorumlanabilme ihtimalinin ye devletler arasında iletişim problemi yaratabileceği deęerlendirilmektedir⁷³. ye devletlerin, çocuğun üstün yararına uygun olan süreci belirlerken dikkate alması gereken noktalar belirlenmiştir. Öncelikle aile birliğinin sağlanması için yapılması gerekenler dşnlmeli, çocuğun geçmişi göz önünde bulundurulduğunda, sosyal gelişimini en iyi sağlayacak koşullar dikkate alınmalıdır. Çocuğun güvenliğinin ve özellikle istismar veya insan ticareti mağduru olabileceği durumların göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Yaşına ve olgunluğuna göre çocuğun görüşlerinin de alınması ve refakatsiz ocuk söz konusu olduğunda da temsilcisinin verdiği bilgilerin dikkate alınması mümkün olmalıdır⁷⁴.

ngrlen esas değişikliklerde de uluslararası koruma talebini incelemekle yükümlü ye devletin belirlenmesindeki kurallar şu şekilde öngörülmektedir: “ncelikle çocuğun üstün yararı aksini gerektirmediği sürece ye devletlerden birinde bir aile yesi varsa onun bulunduğu devletin yükümlü olduğu” düzenlenmektedir. Başka bir ifadeyle bir ye devlette yasal olarak ikamet eden bir akrabası varsa ve bu kişi çocuğa bakabilecek durumdaysa onun bulunduğu devlet talebi incelemelidir. Bu konumda birden fazla kişinin birden fazla devlette bulunuyor olması halinde çocuğun üstün yararının gerektirdiği şekilde karar verilmesi gerektiği, refakatsiz çocuğun bir aile yesi veya akrabasının ye devletlerde bulunmaması halinde uluslararası koruma için kaydının ilk yapıldığı devletin sorumlu

67 AB Komisyonu, 6 Mayıs 2010, COM(2010)213final, 8-9.

68 AB Adalet Divanı, 12 Nisan 2018, C-550/16.

69 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)610final, m. 13.

70 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)610final, 16.

71 ibid §43.

72 ibid §48.

73 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, SWD(2020)207final, 55.

74 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)610final, m. 13§4.

olduğu düzenlenmektedir. Ayrıca başvuruyu yapan bir yetişkinin yanındaki çocuğun da üstün yararı, aksini gerektirmediği sürece, bu yetişkinle birlikte değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁵.

Sınırdan geçiş öncesi yapılacak kontrollere ilişkin tüzük önerisinde genel olarak kontrolden sorumlu mercilerin çocuğun üstün yararını dikkate alması gerektiği ele alınmaktadır⁷⁶. Burada önemli bir yeniliğin de sınırdan yapılacak ikinci kontrole getirilmesi önerilen istisna olduğu görülmektedir. Bu kontrolün⁷⁷ ailesiz çocuklara veya ailesiyle olsa da 12 yaşından küçük olan çocuklara uygulanmaması ve tüm süreçlerde çocuğun üstün yararının dikkate alınması gerekliliğine vurgu yapıldığı gözlemlenmektedir⁷⁸. Buna karşılık istisnai durumlarda bu kontrolün yapılabileceği, bu istisnaların da bir üye devletin ulusal güvenliğine veya kamu düzenine tehlike oluşturduğu tespit edilen kişiler için söz konusu olacağı düzenlenmektedir⁷⁹. Son olarak *Eurodac* sistemine⁸⁰ getirilecek yenilikler arasında da, çocuğun kimliğinin belirlenmesinin kolaylaştırılabilmesi amacıyla, parmak izi alma yaşının altıya indirilmesi söz konusu olmuştur⁸¹.

2017 yılında AB Komisyonu'nun sunduğu "Göçte Çocukların Korunması" başlıklı bildiriye, çocuğun yaşından, evinden ve çoğunlukla ailesinden uzak olmasından kaynaklanan özel bir hassasiyeti olduğu ve göç politikasında bir öncelik üzerinde durulması gerektiği vurgulanmıştır. Çocukların sınırdan geçiş aşamasındaki kontrolde kimliklerinin belirlenmesi ve kayıtlarının tutulması, bu süreçte görevli kimselerin de çocuklara davranışlarında dikkatli davranması gerektiği ve özellikle refakatsiz çocukların insan ticareti ve istismar riskine daha açık olduğu belirtilmiştir. Çocuğun korunması için yetkili kişinin sınırdan geçişinden hemen sonra belirlenmesi, aile birliğinin sağlanması, kayıp çocuklar için bildirim ve cevap süreçlerinin etkin şekilde yürütülmesi ve bu kapsamda bilgi teknolojisi sistemlerinin kayıp çocukların bulunması için geliştirilmesi gerektiği ele alınmıştır⁸².

Bunun yanında üçüncü ülke vatandaşlarının AB'ye uyum sağlaması amacıyla da dönem dönem çeşitli Eylem Planları da kabul edilmiştir. Örneğin, 2016 Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Entegrasyonuna

75 ibid m. 15.

76 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)612final, 12, §21, §27, m. 9§3.

77 İlk aşamada *pre-entry screening* ile veriler üzerinden yapılacak bir güvenlik kontrolü, ikinci aşamada da *border procedures* denilen bir sürece girilerek başvurunun hızlıca değerlendirilmesini, bu değerlendirmede de sınırdan girilmesine gerek olmadan, daha çok vatandaşı olunan ülke bazında bir değerlendirmeyi sağlama söz konusu olmakta ve bu yeniliklerle giriş öncesi süreci hızlandırma amacı güdülmektedir.

78 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)609final, 7. Bu anlamda çocuğun yaşının belirlenemediği veya yaşını belgeleyen herhangi bir belgenin bulunamaması durumunda PICUM tarafından şüpheden yararlanma ilkesinin devreye sokulması ve o kişinin çocuk olarak değerlendirilerek üstün yararının devreye sokulması gerektiği önerilmiştir. PICUM Recommendations on Safeguarding Children's Rights in the Migration and Asylum Pact Proposals, <https://picum.org/wp-content/uploads/2021/06/Child-rights-in-the-Asylum-and-Migration-Pact_final.pdf> 3, Erişim Tarihi 18 Ekim 2021.

79 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)611final, 11, 14, 15, 17, §15.

80 Eurodac, Dublin sisteminin uygulanması amacıyla sığınma talebinde bulunan üçüncü ülke vatandaşlarının daktiloskopik verilerinin bulunduğu sistem olarak kurulmuştur. Bkz. AB Parlamentosu ve Konseyi, 11 Aralık 2000, Tüzük no. 2725/2000; AB Parlamentosu ve Konseyi, 26 Haziran 2013, Tüzük no. 603/2013. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin 2725/2000 Sayılı Eurodac'ın Kullanılması ile İlgili Tüzüğe ve bu tüzüğün uygulanması kurallarını belirleyen 407/2002 sayılı Tüzüğe ilişkin görüşleri için bkz. Özkan (n 3) 250; Göçmen, AB Göç Hukuku (n 6) 123-124.

81 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)614final, 41.

82 AB Komisyonu, 12 Nisan 2017, The protection of children in migration, COM(2017)211final, 6-7.

İlişkin Eylem Planı'nda, göçmenlerin bulunduğu ÷lkeye uyum sağlayabilmesi için eğitimin önemi vurgulanmış ve gelişimleri için tüm çocukların eğitime erişim hakkının olması gerektiği dile getirilmiştir⁸³. 2021-2027 yıllarını kapsayacak şekilde düzenlenmiş olan son Eylem Planı'nda da çocuklara ilişkin olarak eğitimle bağlantılı benzer noktalara vurgu yapılmıştır⁸⁴.

Eğitimin, diğer birçok belgede de göçmen çocuklar için özel olarak vurgulandığı gör÷lmektedir. 2019 yılında yayınlanan Çocukun Güvencesi İçin Elverişlilik Çalışması kapsamında da yalnızca üçüncü ÷lke vatandaşı olan çocuklar değil, göçmen geçmişı olan tüm çocukların eğitiminin önemi ele alınmıştır. Bu bağlamda en az bir ebeveyni AB dışında doğmuş olan çocuk göçmen geçmişı olan çocuk olarak tanımlanmış ve bu çocuklar için yalnızca eğitim değil, sağlık, barınma ve beslenme gibi tüm temel ihtiyaçların karşılanması için de daha stratejik adımlar atılması gerektiği vurgulanmıştır. Üye devletlerin uluslararası hukuktan ve insan haklarını koruma mekanizmalarının gerektirdiği korumalardan kaynaklanan sorumlulukları da hatırlatılmıştır⁸⁵.

Üçüncü ÷lke vatandaşı olan çocuklar için Erken Çocuk Eğitimi ve Bakımı⁸⁶ (*Early Childhood Education and Care*) Sistemi'nin geliştirilmesi gerektiği de belirtilmektedir. Aralık 2020'de AB Komisyonu'nun bu bağlamda geliştirilebilecek araçlara ilişkin yayınladığı kılavuzda, çocukların özellikle dil bariyerini aşmalarına yardımcı olunması ve ayrımcılık yapılmadan tüm çocukların eğitimden yararlanmasını sağlayabilecek ortamın yaratılması önerilmektedir⁸⁷. Özellikle iltica süreçlerinde pedagojik yardım sağlayabilecek bir platformun olmaması ve Erken Çocuk Eğitimi ve Bakımı Sistemi'nin ulaşılabilirliğinin sınırları vurgulanmaktadır. Göçmen veya sığınmacı çocuğun üstün yararını korumakta kimin sorumlu olduğunun net olması gerektiği tespit edilmiştir⁸⁸.

Paktın öngördüğü bu düzenlemelerin, göçmen çocukların yararını gözetme amacıyla önemli adımlar atılmasına önayak olması umulmaktadır. Fakat çocuğun üstün yararının dikkate alınması gerekliliğine yapılan vurgunun pratikte ne kadar uygulanabileceği sorusunun cevabı bilinmemektedir. Zira 2019 yılına geldiğimizde hâlâ sığınma arayan çocukların sayısının 207.000 olduğu ve bunların %7'sinin refakatsiz çocuklardan oluştuğu gör÷lmektedir⁸⁹. Keza çocuğun üstün yararını gözetmek, üye devletler tarafından yıllardır uygulanması zaten gereken bir ilke olmasına rağmen, pratikte birçok ÷lkede çocukların geri gönderilme oranının çok yüksek olduğu ve yaptıkları başvuruların

83 AB Komisyonu, 7 Haziran 2016, Action Plan on the integration of third country nationals, COM(2016)377final, 7.

84 AB Komisyonu, 24 Kasım 2020, Action Plan on Integration and Inclusion 2021-2027, COM(2020)758final, 8-11.

85 AB Komisyonu, 2019, Feasibility Study for a Child Guarantee. Target Group Discussion Paper on Children with a Migrant Background (including Refugee Children). Çalışma için bkz. < <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f8373a0f-c7dd-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en> > Erişim Tarihi 18 Ağustos 2021.

86 AB'nin *Early Childhood Education and Care* politikaları kapsamında attığı adımlar için bkz. <https://ec.europa.eu/education/policies/early-childhood-education-and-care_en> Erişim Tarihi: 18 Ağustos 2021.

87 AB Komisyonu, Aralık 2020, Toolkit for inclusive early childhood education and care. Providing high quality education to all young children, 116. Çalışma için bkz. < <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4c526047-6f3c-11eb-aeb5-01aa75ed71a1> > Erişim Tarihi 18 Ağustos 2021.

88 ibid 122.

89 <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_en > Erişim Tarihi 17 Ağustos 2021.

reddedildiği çok sayıda örnek olduğu gözlemlenmektedir⁹⁰. Ayrıca İnsan Hakları İzleme Örgütü tarafından Pakıtın refakatsiz veya 12 yaşından küçük çocuklara yaptığı vurgunun bu grup dışında kalan çocuklar için gerekli standartları düşürdüğü tartışılmaktadır⁹¹. Yine de Pakıtta özellikle Dublin sisteminin yenilenmesi amacıyla öngörülen en önemli gelişmelerin çocuklara ilişkin öngörülen düzenlemeler olduğu inkâr edilmemelidir.

B. REFAKATSİZ ÇOCUKLARA İLİŞKİN GETİRİLEN YENİLİKLER

"Refakatsiz çocuk" kavramı bir yetişkin tarafından etkin şekilde koruma altına alınana kadar, bir üye devletin toprağına kendisinden kanunen veya pratikte sorumlu olan bir yetişkin olmadan gelen kişileri belirtmektedir⁹². Benzer tanım Türk Yabancılar Hukuku'nda da yapılmıştır. Gerek YUKK'nın 3(m) maddesinde gerekse de YUKK'nın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğın 3(1)y maddesinde "refakatsiz çocuk", sorumlu birinin etkin bakımına alınmadığı sürece, kanun veya örf ve adet kuralları gereğı kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati olmadan Türkiye'ye giriş yapan veya giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuk olarak tarif edilmektedir.

Çocuk yaşta evlenenlerin eşin ölümü halinde refakatsiz çocuk statüsünde kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin Pakt nezdinde özel bir düzenlemeye rastlanmamıştır. Ancak Pakıtın 15/2 maddesine göre sorumlu üye devlet, refakatsiz küçüğün yüksek menfaatlerine aykırı olmadığı kanıtlanmadıkça refakatsiz küçüğün bir aile üyesinin yaşadığı devlet olacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca başvuru sahibinin, eşi üye devletlerde yasal olarak bulunmayan evli ve küçük olması durumunda, sorumlu üye devlet, babanın, annenin veya kanunen veya uygulama yoluyla küçükten sorumlu olan diğer yetişkinin veya kardeşinin var olması durumunda onun bulunduğu üye devlet olacağı düzenlenmiştir⁹³.

Pakıtın göç ve iltica ile ilgili yenilikleri düzenlemeye başladığı konuların başında çocuğın üstün yararının sağlanması ve bunun tamamlayıcı bir unsur olarak da aile birliğinin oluşturulması gerektiğı yukarıda da belirttiğimiz gibi bizzat Yeni Göç ve İltica Pakıtına İlişkin Bildiri'nin 2.4. paragrafında belirtilmiştir. Pakt nezdinde özellikle çocukların üstün yararının korunması, aile birliğinin sağlanması gibi konulara öncelik vererek bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Reform öncesi mevcut sistemde de çocuğın özel olarak korunması gerektiğı zaten göç ve ilticaya ilişkin çeşitli düzenlemelerde vurgulanmaktaydı⁹⁴. Fakat bu özel korumaların yetersiz olabileceğı

90 <https://resourcecentre.savethechildren.net/node/18172/pdf/report_5_years_migration_1.pdf>24-25 Erişim Tarihi 17 Ağustos 2021.

91 <www.hrw.org/news/2020/10/08/pact-migration-and-asylum> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2021. Bu konuda getirilen eleştiriler için ayrıca bkz. Dunja Duić and Marina Čepo, 'Impact of the New Pact on Migration and Asylum on Child Refugees and Unaccompanied Minors' 2021 (17) Balkan Social Science Review 117, 130.

92 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)610final, m. 2(i), 2(j). Bu düzenlemelerde "çocuk" ile kastedilen 18 yaşından küçük vatansız veya üçüncü ülke vatandaşlarıdır.

93 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)610final.

94 AB Parlamentosu ve Konseyi, 26 Haziran 2013, Tüzük no. 604/2013 (Dublin III), m. 6; AB Parlamentosu ve Konseyi, 26 Haziran 2013, Tüzük no. 603/2013 (Eurodac), §35; AB Parlamentosu ve Konseyi, 26 Haziran 2013, Direktif no. 2013/33/EU, §9, m. 23§2; AB Parlamentosu ve Konseyi, 26 Haziran 2013, 2013/32/EU Direktif no., §33. Aynı zamanda bkz. Arıkan,

noktalarda genel bir koruma sağlamak amacıyla 2010 yılında Refakatsiz ocuklara İlişkin Eylem Planı kabul edilmiş, bu kapsamda mevcut sistem incelenmiş ve çeşitli düzenlemeler yapılması öngörölmüşür⁹⁵. Örneğin Geri Dönüşleri Düzenleyen Direktif'te⁹⁶ sınırları yasadışı olarak geçen üçüncü ülke vatandaşlarının tüzüğün korumasından çıkarılabilme ihtimali, bu kategorideki refakatsiz çocukların tüzükteki güvencelerden yararlanamamasına neden olabilmektedir. Bu nedenle Eylem Planı'nda, geri gönderilmeyecek refakatsiz çocuklara, ikincil bir koruma sağlayacak hukuki statü verilmesi tavsiye edilerek konunun önemi vurgulanmıştır⁹⁷. Konuyla ilgili yeni tarihli ABAD kararında da bir üye devletin Geri Dönüş Direktifi doğrultusunda, refakatsiz bir çocukla ilgili olarak bir geri gönderme kararı alıp, geri dönölen devlette refakatsiz küçüğün 18 yaşına ulaşana kadar kalabileceği yeterli kabul tesislerinin bulunduğuna ikna olana kadar o üye devletin refakatsiz çocukla ilgili geri gönderme kararının engellenmesi gerektiği belirtilmektedir⁹⁸.

AİHM kararlarına baktığımızda ise refakatsiz çocukların özellikle idari gözetim merkezlerinde tutulması konusunda AİHM'in işkence, aşığlayıcı ve kötü muamele yasağı kapsamında geniş bir koruma sağladığı görölmektedir⁹⁹. Bu korumanın aile birliğini gerçekleştirmek amacıyla yapılan tutulmalarda da sağlandığı gözlemlenmektedir¹⁰⁰.

Göç ve İltica Yönetimi İçin Tüzük Önerisi'nde çocuklara ilişkin güvenceleri düzenleyen özel bir maddenin olduğunu yukarıda belirtmiştik. Burada, refakatsiz çocuklar için bir temsilci veya yardımcı bulunması için üye devletlerin yükümlü olduğu belirtilmekte, bu temsilci veya yardımcının sahip olması gereken usuli güvenceler ele alınmaktadır. Bu kişi, refakatsiz çocuğun taleplerini incelemekle yükümlü devletin belirlenmesindeki sürece müdahil olmalı, çocuğun üstün yararını gözeterek ona yardımcı olmalıdır. Refakatsiz çocuğun bir üye devletten başkasına transferi halinde İltica Usulü Direktifi¹⁰¹ ve Kabul Şartları Direktifi¹⁰² bağlamında gerekli önlemlerin alınması gerektiği hatırlatılmaktadır. Bu bağlamda yer değiştirme söz konusu olduğunda refakatsiz çocuklara öncelik verilmesi gerektiği de vurgulanmaktadır¹⁰³.

(n 13) 240 vd.; Bülent Çiçekli, 'YUKK'daki Uluslararası Koruma Türleri Türkiye'yi Sığınma Hukuku Açısından Güvenli Ülke Yapar mı?' iç Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak, Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eskişehir 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar* (Yetkin 2016) 53; Gökçe Konyalı, *Uluslararası Hukukta Sığınma Hakkı*, (Seçkin 2021) 169 vd.; Göçmen, AB Göç Hukuku (n 6). 121-122.

95 AB Komisyonu, 6 Mayıs 2010, Action Plan on Unaccompanied Minors (2010-2014), COM(2010)213final, 9.

96 AB Parlamentosu ve Konseyi, 16 Aralık 2008, Direktif no. 2008/115/EC. Bu direktifle ilgili aynı zamanda bkz. Göçmen, AB Göç Hukuku (n 6) 130-131; Arıkan (n 13) 315 vd. Bu direktiften sonra 2008/115/EC Sayılı Yönerge'nin yeniden düzenlenmesini öngören "Üye Devletlerde Yasa Dışı Olarak Kalan Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Geri Dönüşlerine İlişkin Ortak Prosedürler ve Standartlar Hakkında 12.09.2018 tarihli Direktif Taslağı" da yayınlanmıştır. Taslak için bkz <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM%3A2018%3A634%3AFIN>> Erişim Tarihi: 19 Ağustos 2021.

97 AB Komisyonu, 6 Mayıs 2010, COM(2010)213final, 12-14.

98 ABAD, 14 Ocak 2021, C-441/19, TQ v Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid.

99 AİHM, 11/12/2014, Mohamad/Yunanistan, 70586/11, par. 56; AİHM, 5/4/2011, Rahimi/Yunanistan, 8687/08, par. 95.

100 AİHM, 12/10/2006, Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga, 13178/03.

101 AB Parlamentosu ve Konseyi, 26 Haziran 2013, Direktif no. 2013/32/EU.

102 AB Parlamentosu ve Konseyi, 26 Haziran 2013, Direktif no. 2013/33/EU.

103 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, SWD(2020)207final, 84.

Göçmen çocukların AB'de ikamet etmesinin koşullarının iyileştirilmesi bağlamında özellikle refakatsiz çocuklar için “koruyucu aile sistemi” veya özel bakım sağlayan merkezler oluşturulması tavsiye edilmektedir. Koruyucu sisteminin de çocukların kaybolmaması ve topluma kazandırılması amacıyla gerekli olduğu, bu sistemi uygulayan üye devletler arasında işbirliğini sağlamak amacıyla ortak bir AB ağı oluşturulması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁴. “Çocuğun üstün yararı” ilkesi çerçevesinde ülkesine geri gönderilmesi gerektiği durumlarda da geri gönderme yasağının uygulanması gereken hallerin, kişi özelinde bir inceleme yapılarak tespit edilmesi gerektiği düzenlenmektedir¹⁰⁵. Zira gerek “1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi” gerekse de diğer uluslararası düzenlemelerde geri gönderme yasağı kapsamında bulunan mülteciler bakımından yetişkin ve çocuk ayrımı bulunmamaktadır¹⁰⁶. Başka bir ifadeyle uluslararası düzenlemelerde çocuklara özel bir düzenleme yapılmamış ve çocuk mülteci kavramı özel olarak tanımlanmamıştır¹⁰⁷. Kaldı ki geri gönderme yasağının bir “uluslararası örf ve adet kuralı” olduğu¹⁰⁸ hatta bir “jus cogens” olduğu¹⁰⁹ görüşleri de dikkate alındığında bunun özellikle çocuklar bakımından uygulanmaması düşünülemez.

Pratikte ise 2015 Göç Ajandası'nın uygulanması konusunda 2019 yılında hazırlanmış raporda özellikle üye devletler ve Türkiye'nin konuya ilişkin attıkları adımlar öne çıkarılmış olmakla birlikte,

104 ibid 10.

105 İbid 13.

106 Bu konuda bkz. Nurçin Küçükayazıcı, *Mülteci Hukukunda Çocukların Statüsü* (Adalet 2020) 32 vd; Macit Akman, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Geri Göndermeme İlkesi Bağlamında Mültecilere Uygulanabilirliği* (On İki Levha 2019) 10 vd; Mehmet Selman Öktem, *Uluslararası Göç Hukukunda Çocuklar ve Hukuki Statüleri*, (On İki Levha 2018)103 vd; Esin Bozovalı, *Sığınma Hukuku ve Geri Göndermeme İlkesi AİHM ve AYM İçtihadı Işığında Düzensiz Göçe Yönelik Uygulamaların ve Türkiye'deki Uluslararası Koruma Mevzuatının Değerlendirilmesi* (On İki Levha 2020) 29.

107 “Çocuk Mülteci” kavramı sadece Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartının 23. Maddesinde yer almakla birlikte tanım yapılmamıştır. Merve Akbulut, *Çocuk Mültecilerin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler* (Beta 2017) 55, 57.

108 Bu görüşte olanlar Ekşi (n 5) 129; Özkan, (n 3) 163; Guy S. Goodwin-Gill and Jane Mcadam, *The Refugee in International Law* (3rd ed., Oxford University Press 2007) 345 ff.; Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, ‘The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion’ in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press, 2003) 140 ff.; Aoiffe Duffy, ‘Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law’ (2008) 20(3) *International Journal of Refugee Law*, 373, 373; Kemal Kirişçi, *Migration and Turkey, The Collection of Turkish Jurisprudence on Asylum, Refugees and Migration*, (UNHCR 2000) 20; Nils Coleman, ‘Non-Refoulement Revised Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law’ (2003) 5(1) *European Journal of Migration and Law*, 23, 23; İsmail Aksel, ‘The Enforcement of the Principle of Non-Refoulement in Cases Mass-influx’ (2012) 1(3), *LJR*, 179, 182; Elif Uzun, ‘Geri Göndermeme (Non-Refoulement) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme’ (2012) 8(20) *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 25 vd; Elif Uzun, ‘Uluslararası Hukuk Kuralı Olarak Geri Göndermeme İlkesi’ iç Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak, Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eskişehir 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar*, (Yetkin 2016) 83 vd.; Nazlı Töre, *Uluslararası Göç Hukuku* (Turhan 2016) 222. Geri göndermenin uluslararası örf ve adet kuralı olmadığı görüşü için bkz. James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, (2nd edn, Cambridge University Press 2021) 435 vd.

109 Bu görüşte olanlar Jean Allain, ‘The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement’ (2001) 13(4) *International Journal of Refugee Law* 533, 538; Alice Farmer, ‘Non-refoulement and Jus cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection’ (2009) *Georgetown Immigration Law Journal* 1, 10; Moreno-Lax, V., *Assessing Asylum in Europe Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Oxford Studies In European Law*, (Oxford University Press 2017) 281; Bozovalı (n 106) 59; Uzun, ‘Geri Göndermeme İlkesi’ (n 108) 89-90.

AB Ortak G Politikası'nın devreye girmesinin gerekliliği tekrar edilmiřtir¹¹⁰. Bu nedenle son altı yıldır atılan yukarıdaki adımların birleştirilmesi ve somutlaştırılması için Pakt'ta göçmen çocuğun üstün yararına ayrı bir önem verildiği görülmektedir.

Pakt kapsamında esas olarak reformun göçmen çocuklar için gerekli güvenceleri ve korumaları güçlendirmek için kullanılması gereken bir fırsat olduğu dile getirilmektedir. Özellikle refakatsiz çocukların gerekli kaynaklara ulaşması, bir temsilci veya koruyucuya sahip olması için gerekli kapasitenin artırılması ve iltica süreçlerinde çocuklar için özel usuli güvenceler ve destek sağlanması amacıyla çeşitli düzenlemeler yapılması ngrlmektedir¹¹¹.

III. “OCUğUN ÜSTÜN YARARI” KAVRAMININ TAMAMLAYICI BİR UNSURU OLARAK “AİLE BİRLİğİ”NE İLİŞKİN GETİRİLEN DEęİŐKİLERİN DEğERLENDİRİLMESİ

AB G İstatistikleri'ne göre, AB'ye gelme sebeplerinin başında %38 oranla ailevi durumlar yer almaktadır¹¹². Çocuğun stn yararının korunması için de gerekli olan aile birliğinin sağlanması amacıyla çocuğun temel ihtiyaçlarını önceleyen yukarıda bahsedilen girişimlerin çoğunda aile birliğine de vurgu yapıldığı gzlemlenmektedir¹¹³. Bu bağlamda Yeni G ve İltica Paktı da aile birliğini önceleyen ortak bir g politikası yaratılması konusunda atılacak son adımı oluşturmaktadır.

Çocuğun stn yararı gibi *aile birliği* kavramı da ilk defa Pakt ile g retoriğine katılan bir kavram değildir. 22 Eylül 2003 tarihli Aile Birliği Hakkına ilişkin Direktif'te belirtildiği gibi, aile birliğinin sağlanması, nc ülke vatandaşlarının bulunduğu ye devlete uyum sağlaması ve sosyo-kültürel istikrarın gerçekleştirilmesi için en gerekli unsurlardan biridir¹¹⁴. Bu bağlamda aile birliğinin sağlanması amacıyla ye devlete yapılacak başvuruların kapsayabileceği aile bireyleri; eş, kendi çocuğu veya eşinin çocuğu, ye devletin yetkili mercii tarafından verilmiş veya bu devlette uygulanabilecek bir karara göre kendisi veya eşi tarafından evlat edinilmiş ocuk, velayeti alınmiş olan veya kendisine bağımlı olarak yaşayan ocuk, velayeti eşi tarafından alınmiş olan veya eşine bağımlı olarak yaşayan çocuktur.

Bunun dışında evli olunmayan fakat düzenli uzun süreli bir ilişki içinde bulunulan veya kayıtlı bir ilişkisi olan kişiler de eş kapsamına girebilecektir. Fakat burada da aile birliği taleplerinin meşru temelleri olması, aile birliğinin sağlanması için başvuruda bulunan kişinin kamu güvenliğine tehdit

110 AB Komisyonu, 16 Ekim 2019, Progress report on the implementation of the European Agenda on Migration, COM(2019)481final.

111 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)609final, Ő2.4.

112 <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_en> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2021.

113 Örneğin bkz. AB Komisyonu, 12 Nisan 2017, The protection of children in migration, COM(2017)211final, 11.

114 AB Konseyi, Direktif no. 2003/86/EC, Ő4. Aynı zamanda bkz. zkan (n 3) 248-49.

teşkil etmemesi gibi sınırlar bulunmaktadır¹¹⁵. Ayrıca bu direktife göre aile birliği hakkı yalnızca yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarına tanınmaktadır¹¹⁶.

Pakt'ta da AB Komisyonu'nun, aile birliği hakkının göçmenlerin bulunduğu üye devlete uyum sağlaması için etkin bir şekilde kullanılabilmesi gerektiğini savunduğu görülmektedir¹¹⁷. Yukarıdaki Direktif dışında kalan durumlarda üye devletlerin aile tabanlı sponsorluk gibi insancıl kabul programları geliştirmesi gerektiğini tavsiye etmektedir¹¹⁸.

Tüzük önerilerinde öngörülen bir yenilik, aile birliği kapsamında yapılacak başvuruların kapsamını genişletmek amacıyla *aile üyesi* kavramının kapsamını genişletmektedir. Bu bağlamda vatandaş olunan ülkeden ayrıldıktan sonra fakat üye devlete varmadan önce kurulan aile bağlarını kapsayacak şekilde, kardeş veya kardeşler de aile üyesi kapsamına dâhil edilmek istenmektedir¹¹⁹. Ayrıca aile birliğinin sağlanmasını kolaylaştırmak için, olayın şartları açık, doğrulanabilir ve yeterince ayrıntılıysa DNA testi gibi resmi belgeli kanıtlar sunulmasına gerek olmadığı belirtilmektedir¹²⁰.

Aile üyelerine ilişkin öngörülen bu değişiklikler dışında aile birliği argümanlarıyla uluslararası koruma talebini inceleyecek üye devletin belirlenmesi konusunda da Dublin III Tüzüğü'nün 9, 10 ve 11. Maddelerine benzer birtakım düzenlemeler öngörülmektedir. Bir üye devlette uluslararası korumadan yararlanan bir aile üyesi olan başvuru için, aile üyesine uluslararası korumayı tanıyan üye devletin başvuruyu incelemekle yükümlü olabileceği öngörülmektedir¹²¹. Bu üye devlete yapılmış uluslararası koruma başvurusunun sonuçlanmış olmasına gerek yoktur¹²². Aynı üye devlete yakın zamanlarda bir ailenin birden fazla üyesi tarafından yapılmış bir başvuru varsa ve başvuru sonucunda aile üyelerinin ayrılmaları söz konusu olabilecekse de başvuruyu inceleyecek devlet, en çok sayıda aile üyesinin gideceği devlet veya en yaşlı aile üyesinin gideceği devlettir¹²³.

Tüm bu *çocuğun üstün yararı* ve *aile birliği* kavramlarına vurgu yapan girişimler pratikte ne kadar uygulanabilecektir sorusu burada da akla gelmektedir. Pakt öncesi dönemde de yetkili üye devletin belirlenmesi konusunda aile birliğinin dikkate alınması gerekmekteydi. Buna karşılık üye devletlerin aile birliğini ne kadar öncelediği ve talepleri ne kadar kabul ettiği oranına bakıldığında, 2019 yılında Alman hükümetinin Yunanistan'dan aile birliği sebebiyle yapılan başvuruların %70'ini reddettiği görülmektedir¹²⁴. Pakt'ın *aile üyesi* kavramını genişletmesinin olumlu sonuçlar doğurması umuduyla asıl atılacak adımların üye devletlere bağlı olduğu tespit edilmektedir.

115 AB Konseyi, Direktif no. 2003/86/EC, §14.

116 ibid m. 1.

117 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, Tavsiye Kararı no. 2020/1364, Başlangıç, §31; AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)609final, 27.

118 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, Tavsiye Kararı no. 2020/1364, §12.

119 AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)610final, 24, §47, m. 2.

120 ibid §49.

121 ibid m. 16.

122 ibid m. 17.

123 ibid m. 18.

124 <https://resourcecentre.savethechildren.net/node/18172/pdf/report_5_years_migration_1.pdf> 3, 19 Erişim Tarihi 3 Eylül 2021.

SONUÇ

Çok kapsamlı ve birçok farklı dokümanı içermesine rağmen söz konusu Pakt'ın AB'nin göçmen politikalarına ilişkin olarak kalıcı, uzun vadeli çözümler getirmediği açıktır. Bu durum bizzat AB yetkilileri tarafından dile getirilmiş ve Komisyon görevlisi Johansson, Pakt'ı 23 Eylül 2020 tarihinde tanıtırken “hiç kimsenin bu pakttan tatminkâr olmayacağını” bizzat belirtmiştir. Zaten Pakt ilan edilir edilmez eleştiriler de peşi sıra gelmeye başlamıştır. Çalışmamızda konumuzla sınırlı olmak kaydıyla bu eleştirilere yer verilmeye çalışılmıştır. Bu nedenle Pakt'ın uygulamaya ne kadar yararlı ve yardımcı olacağı zaman içerisinde görülecektir.

Pakt, önceliği çocuklara ama özellikle de refakatsiz çocuklara verdiğini, bu nedenle çocuğun üstün yararı ilkesinin tekrar gündeme getirilerek buna bağlı olarak aile birliğinin sağlanmasını temel hedef olarak belirlediğini bizzat kendisi ifade etmektedir. Çalışmamızda Pakt'ın çocuklar ve özellikle refakatsiz çocuklarla ilgili olarak öngördüğü yenilikler incelenmiş, daha sonra *çocuğun üstün yararı* prensibinin ayrılmaz bir unsuru olarak aile birliğinin sağlanması konusunda getirilen düzenlemelere yer verilmiştir. Pakt bir taraftan refakatsiz çocukların ilk giriş ülkeleri dışındaki ülkelerdeki aile üyelerine katılmaları için genişletilmiş fırsatlar gibi bazı olumlu öneriler içermekte diğer taraftan halihazırda yüksek sığınma ret oranlarıyla karşı karşıya olan refakatsiz veya 12 yaşın altındaki göçmen çocukların sığınma taleplerini değerlendirmek için daha da sıkı bir prosedür, daha düşük koruma standartları, reddedilen sığınmacıların Avrupa sınırları dışına gönderilmesini daha verimli hale getirme gibi düzenlemelerle bu olumlu önerilerin uygulanmasını da adeta imkansız hale getirmektedir.

Dublin sistemlerinin göçmen problemlerine cevap verememesi üzerine Pakt'ta ana prensip olarak dayanışmanın amaçlandığı görülmektedir. AB'nin sığınmacıları doğrudan karşılayan sınır ülkeleri ile diğer ülkeleri arasında sığınmacıların eşit ve adil paylaşımı konusunda 2015 yılından itibaren ortaya çıkan sorunlar AB ülkeleri arasında bu dayanışma meselesini yeniden gündeme getirme zorunluluğu doğurmuştur. Ancak kanaatimizce dayanışma bu Pakt ile de çok sağlanamamıştır. Zira Pakt ile üye devletlere ya yer değiştirme ya da geri gönderme konusunda sponsor olma gibi birbiriyle çelişkili seçenekler sunulmuştur. Dayanışmayı uygulamaya yönelik bu yol, AB'deki sığınma politikası üzerinde yeni bir fikir birliği oluşturmaya katkıda bulunmayacaktır.

Kanaatimizce böylesine kendine özgü bir problemi ortak mevzuat çerçevesinde çözmek çok doğru değildir. Bu soruna üye devletlerin ama özellikle dış sınır ülkelerinin görüşlerini alarak ülkesel bazda çözüm önerileri ile yaklaşmak daha doğru olacaktır. Bunun yanı sıra AB ajansları aracılığıyla ortak uygulamayı ve ortak finansmanı üye devletler arasında daha âdil sorumluluk paylaşımı için en iyi araçlar olarak kabul etmek ve buna dayanarak, uzun vadede kademeli olarak ortak bir politika inşa etmek mümkündür. Ancak bunun için de Avrupa'nın daha fazla emek göçü için verdiği vaatler karşılığında üçüncü ülkeler ile düzensiz göçle mücadeleye yönelik âdil bir işbirliği sağlayarak göç ve sığınma alanındaki dış ilişkileri yeniden inşa etmesi önerilebilecektir.

KAYNAKÇA

- <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1706>, (Erişim tarihi: 21 Ağustos 2021).
- <https://ec.europa.eu/education/policies/early-childhood-education-and-care_en>, (Erişim tarihi: 18 Ağustos 2021).
- <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics#Decisions_on_asylum_applications>, (Erişim tarihi: 18 Ağustos 2021).
- <<https://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/database>>, (Erişim Tarihi: 17 Ağustos 2021).
- <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_en>, (Erişim tarihi: 17 Ağustos 2021).
- <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM%3A2018%3A634%3AFIN>>, (Erişim Tarihi: 19 Ağustos 2021).
- < <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4c526047-6f3c-11eb-aeb5-01aa75ed71a1>> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2021.
- < <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f8373a0f-c7dd-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en>> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2021.
- <https://picum.org/wp-content/uploads/2021/06/Child-rights-in-the-Asylum-and-Migration-Pact_final.pdf>, (Erişim Tarihi 18 Ekim 2021).
- <https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/09/150904_alan_kurdi_oykusu>, (Erişim tarihi: 28 Temmuz 2021).
- <<https://www.euronews.com/2020/09/24/what-is-the-eu-s-new-migration-pact-and-how-has-it-been-received>>, (Erişim tarihi: 5 Ağustos 2021).
- <<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-towards-a-new-policy-on-migration/file-proposal-for-a-recast-of-the-return-directive>>, (Erişim tarihi: 18 Ağustos 2021).
- AB Adalet Divanı, 12 Nisan 2018, C-550/16.
- AB Adalet Divanı, 2 Nisan 2020, C-715/17, C-718/17, C-719/17, §80.
- AB Adalet Divanı, 9 Temmuz 1987, C-281 – 287/85.
- AB Komisyonu, 12 Haziran 2018, COM(2018)471final.
- AB Komisyonu, 12 Nisan 2017, The protection of children in migration, COM(2017)211final.
- AB Komisyonu, 13 Mayıs 2015, A European Agenda on Migration, COM(2015)240final.
- AB Komisyonu, 16 Ekim 2019, Progress report on the implementation of the European Agenda on Migration, COM(2019)481final.
- AB Komisyonu, 19-20 Eylül 2018, COM(2018)634.
- AB Komisyonu, 2019, Feasibility Study for a Child Guarantee. Target Group Discussion Paper on Children with a Migrant Background (including Refugee Children).
- AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, C/2020/6470.
- AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)609final.
- AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)610final.
- AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)611final.
- AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)612final.
- AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)613final.
- AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, COM(2020)614final.
- AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, SWD(2020)207final.

- AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, SWD/2020/207final.
- AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, Tavsiye Kararı no. 2020/1364.
- AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, Tavsiye Kararı no. 2020/1365.
- AB Komisyonu, 23 Eylül 2020, Tavsiye Kararı no. 2020/1366.
- AB Komisyonu, 24 Kasım 2020, Action Plan on Integration and Inclusion 2021-2027, COM(2020)758final, 8-11.
- AB Komisyonu, 4 Mayıs 2016, COM(2016)271final.
- AB Komisyonu, 6 Mayıs 2010, Action Plan on Unaccompanied Minors (2010-2014), COM(2010)213final.
- AB Komisyonu, 6 Mayıs 2010, COM(2010)213final.
- AB Komisyonu, 6 Nisan 2016, COM(2016)197final.
- AB Komisyonu, 7 Haziran 2016, Action Plan on the integration of third country nationals, COM(2016)377final.
- AB Komisyonu, Aralık 2020, Toolkit for inclusive early childhood education and care. Providing high quality education to all young children.
- AB Konseyi, Direktif no. 2003/86/EC.
- AB Parlamentosu ve Konseyi, 11 Aralık 2000, Tüzük no. 2725/2000.
- AB Parlamentosu ve Konseyi, 16 Aralık 2008, Direktif no. 2008/115/EC.
- AB Parlamentosu ve Konseyi, 22 Ekim 2013, Tüzük no. 1052/2013.
- AB Parlamentosu ve Konseyi, 26 Ekim 2004, Tüzük no. 2007/2004.
- AB Parlamentosu ve Konseyi, 26 Haziran 2013, Direktif no. 2013/32/EU.
- AB Parlamentosu ve Konseyi, 26 Haziran 2013, Direktif no. 2013/33/EU.
- AB Parlamentosu ve Konseyi, 26 Haziran 2013, Tüzük no. 603/2013 (Eurodac).
- AB Parlamentosu ve Konseyi, 26 Haziran 2013, Tüzük no. 604/2013 (Dublin III).
- AB Parlamentosu ve Konseyi, 9 Mart 2016, Tüzük no. 2016/399.
- AB, 14 Haziran 1985, Schengen Andlaşması.
- AB, 15 Haziran 1990, Dublin Andlaşması.
- AB, 15-16 Ekim 1999, Conseil européen de Tampere, Conclusions de la Présidence.
- AB, 2 Ekim 1997 (imza), Amsterdam Andlaşması,
- AİHM [BD], 13 Şubat 2020, *N.D. ve N.T. v. İspanya*, App. no. 8678/15, 8697/15.
- AİHM, 21 Ocak 2011, *M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan*, App No. 30696/09.
- Akbulut M, *Çocuk Mültecilerin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler* (Beta 2017) 55-103.
- Akman M, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Geri Göndermeme İlkesi Bağlamında Mültecilere Uygulanabilirliği* (On İki Levha 2019).
- Aksel İ, 'The Enforcement of the Principle of Non-Refoulement in Cases Mass-influx' (2012) 1(3), LJR, 179-194.
- Allain Jean, 'The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement' (2001) 13(4) International Journal of Refugee Law, 533-558.
- Arıkan G, *Göç Hukukunda Yabancıya Sağlanan Uluslararası, Bölgesel ve Ulusal Koruma, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi, No: 17* (On İki Levha 2020).
- Arsava F, *Amsterdam Anlaşmasının Avrupa Birliği Hukukuna Katkıları* (AÜSBF Yayınları 2000).
- Bayram HM, *Avrupa Birliği'nin Dış Sınırlarının Yönetimi: Frontex* (Seçkin 2019).

- Bigo D, 'Liberty, whose liberty? The Hague Programme and the conception of freedom,' (*Academia*, 2006) <https://www.academia.edu/3102843/Liberty_whose_liberty_The_Hague_Programme_and_the_conception_of_freedom> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2021
- Bigo D, 'Migration and Security Issues,' (*Academia*, December 27, 2006) <https://www.academia.edu/3102809/Migration_and_security> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2021.
- Birleşmiş Milletler ocuk Hakları Komitesi, 1 şubat 2019, D.D. v. İşpanya, CRC/C/80/D/4/2016, 14.7.
- Bozkurt K, 'AB Sığınma Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Dublin Sistemi,' *Uluslararası Hukukta Güncel Sorunlar Kongresi – MEF niversitesi 21-22 şubat 2019* (On İki Levha 2020) 353-375.
- Bozovaı E, *Sığınma Hukuku ve Geri Göndermeme İkesi AIHM ve AYM İçtihadı Işığında Düzensiz Ge Yönelik Uygulamaların ve Türkiye'deki Uluslararası Koruma Mevzuatının Değerlendirilmesi* (On İki Levha 2020).
- Carrera S, 'The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v. Spain A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?' EUI Working Paper, RSCAS 2020/21, 1-36.
- Carrera S, 'Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the EU Pact on Migration and Asylum' in Sergio Carrera and Andrew Geddes (eds) *The EU Pact on Migration and Asylum in the light of the United Nations Global Compact on Refugees. International Experiences on Containment and Mobility and their Impacts on Trust and Rights* (European University Institute 2021) 1-24.
- Coleman N, 'Non-Refoulement Revised Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law' (2003) 5(1) *European Journal of Migration and Law*, 23-68.
- iekli B, 'YUKK'daki Uluslararası Koruma Türleri Türkiye'yi Sığınma Hukuku Açısından Güvenli lke Yapar mı?' i Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali nal, Kübra Altıparmak, Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası zel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eskişehir 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar* (Yetkin 2016) 53-81.
- iekli B, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6. Baskı, Seçkin 2016).
- De Bruycker P, 'The New Pact on Migration and Asylum: What it is not and what it could have been' (EU Migration Law Blog) <<https://eumigrationlawblog.eu/the-new-pact-on-migration-and-asylum-what-it-is-not-and-what-it-could-have-been/>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2021.
- Destombes E, 'L'UE dans le domaine migratoire : la persistance de l'adolescence ou l'avnement de l'ge de raison ?' (2020) *Réseau universitaire européen ELSJ* <<http://www.gdr-elsj.eu/2020/09/23/asile/lue-dans-le-domaine-migratoire-la-persistance-de-ladolescence-ou-lavenement-de-lage-de-raison/>> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2021.
- Digidiki V and Bhabha J, 'EU Migration Pact Fails to Address Human Rights Concerns in Lesbos, Greece' (2020) 22(2) *Health and Human Rights Journal* 291-296.
- Dottori G, 'Immigration as a Domestic Policy Issue: What Strategy to 'Save' Europe?' (2018) 30(2) *New England Journal of Public Policy*, 1-9.
- Duffy A, 'Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law' (2008) 20(3) *International Journal of Refugee Law*, 373-390.
- Dui D and epo M, 'Impact of the New Pact on Migration and Asylum on Child Refugees and Unaccompanied Minors' 2021 (17) *Balkan Social Science Review* 117-143.
- Duruel M, 'Avrupa Birliği G Politikası ve Kitlesele G Akınları Karşısındaki Durumu' (2017) 3 (3) *Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu Yayınları*, 1-12.
- Ekşi N, 'Mevzuat ve Antlaşmalar Kapsamında ocukların Uluslararası Korunması' (2016) (7) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 559 – 574 (Ekşi, ocukların Korunması).
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5. Baskı, Beta 2018).
- Eren-Yılmaz E, *Mülteci Hukukunda Geçici Koruma* (Seçkin 2018).

- Farmer, A, 'Non-refoulement and Jus cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection', (2009) *Georgetown Immigration Law Journal*, 1-38.
- Goodwin-Gill GS and Mcadam J, *The Refugee in International Law* (3rd ed., Oxford University Press, 2007).
- Göçmen İ, 'AB Göç Hukukunun Genel Çerçevesi' iç Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak, Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eskişehir, 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar* (Yetkin 2016) 103-141.
- Göçmen İ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku*, (Seçkin 2015).
- Hathaway JC., *The Rights of Refugees Under International Law*, (2nd Edition, Cambridge University Press 2021).
- İneli-Ciğer M and Ulusoy O, 'A Short Sighted One Side Deal: Why The EU-Turkey Statement Should Never Serve As A Blueprint' in Sergio Carrera and Andrew Geddes (eds.), *The EU Pact on Migration and Asylum in the light of the United Nations Global Compact on Refugees. International Experiences on Containment and Mobility and their Impacts on Trust and Rights* (European University Institute 2021) 111-124.
- Kilkelly Ursula, 'Protecting Children's Rights Under the ECHR: the Role of Positive Obligations' (2010) 61(3) *Nothern Ireland Legal Quarterly*, 245-261.
- Kirişçi K, *Migration and Turkey, The Collection of Turkish Jurisprudence on Asylum, Refugees and Migration*, (UNHCR 2000).
- Konyalı G, *Uluslararası Hukukta Sığınma Hakkı* (Seçkin 2021).
- Köktaş A, 'Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı, Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar' iç Belgin Akçay, İlke Göçmen (edr), (2. Baskı, Seçkin 2014) 439-462.
- Küçükyaızıcı N, *Mülteci Hukukunda Çocukların Statüsü* (Adalet 2020).
- Lauterpacht E and Bethletem D, 'The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion' in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press, 2003).
- Moreno-Lax V, *Accessing Asylum in Europe Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law, Oxford Studies In European Law*, (Oxford University Press 2017)
- Öktem SM, *Uluslararası Göç Hukukunda Çocuklar ve Hukuki Statüleri* (On İki Levha 2018).
- Özcan M, *Avrupa Birliği Sığınma Hukuku Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı* (Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu Yayınları, 2002).
- Özkan I, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2018),
- Sezgin H, 'Avrupa'da Kayıp Refakatsiz Mülteci Çocuklar, Araştırma 104' (*İNSAMER*, Ağustos 2019) <https://insamer.com/tr/avrupada-kayip-refakatsiz-multeci-cocuklar_2331.html> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2021.
- Sizer M, *Ülkeden Uzaklaştırmaya İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü*, (Yetkin 2021).
- Spijkerboer T, 'I Wish There Was a Treaty We Could Sign' Leonard Cohen' (2016) in Sergio Carrera and Andrew Geddes (eds), *The EU Pact on Migration and Asylum in the light of the United Nations Global Compact on Refugees. International Experiences on Containment and Mobility and their Impacts on Trust and Rights*, (European University Institute 2021) 61.
- Syd B, 'Best Interests'Best Interests: Safeguarding and Promoting the Welfare of Children in Immigration Law and Practice', in Lisa Woodall (ed), *Working with Refugee Children Current Issues in Best Practice* (2. Baskı, Immigration Law Practitioners' Association 2012) 1-39.
- Töre N, *Uluslararası Göç Hukuku* (Turhan 2016).

- Uzun E, 'Geri Gondermeme (Non-Refoulement) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu zerine Bir Değerlendirme' (2012) 8(20) Uluslararası Hukuk ve Politika, 25-58 (Uzun, Değerlendirme).
- Uzun E, 'Uluslararası Hukuk Kuralı Olarak Geri Gondermeme İlkesi' i Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali nal, Kübra Altıparmak, Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası zel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eskişehir 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar*, (Yetkin 2016) 81-103.
- Yılmaz-Elmas F, 'AB Dış Go Politikasındaki Kayıp Parça: Gomen-Odaklı Yaklaşım' (2017) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Anabilim Dalı, 25. Yıl Armağanı, 401-429.

İcra ve İflâs Hukukunda Covid-19 Sebebiyle Sürelerin Durmasına İlişkin Düzenlemelerin Kıymet Takdiri Süresine Etkisi

Suspension of Limitation Periods under Covid-19 Regulations and Its Effects on Property Appraisal Periods in Turkish Enforcement and Bankruptcy Law

Birce Arslandoğan* 

ÖZ

Covid-19 sebebiyle alınan adli tedbirler çerçevesinde kabul edilen 7226 sayılı Kanun geçici madde 1 hükmü ile İcra ve İflâs Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim veya icra ve iflâs daireleri tarafından tayin edilen sürelerin duracağı düzenlenmiştir. Bu çalışmada ilgili düzenlemenin K m.128a/III,c.1'de düzenlenen 'kesinleşen kıymet takdirine ilişkin olarak iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemeyeceği' kuralına etkisi değerlendirilecektir. Bu kapsamda ilk olarak, Covid-19 pandemisi sebebiyle alınan adli tedbirlere ilişkin hukuki düzenlemeler üzerinde durulacaktır. Daha sonra İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen kıymet takdiri kurumu, özellikle satış aşamasında başvuru kıymet takdirinin işlevi tespit edilmeye çalışılacaktır. Cebri icra hukukunda kıymet takdirinin temel haklar ile ilişkisi çerçevesinde alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi arasındaki menfaatlerin tespiti neticesinde kurumun amacı incelenerek, 7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1 hükmünün lafzi yorumu ile İİK m.128a/III'de düzenlenmiş olan iki yıllık sürenin durması sonucuna ulaşılsa da, sürenin durmaması gerekliliği değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Cebri icra hukuku, Covid-19, Adli tedbirler, 7226 sayılı Kanun, Kıymet takdiri, Mülkiyet hakkı, Menfaat dengesi

ABSTRACT

Limitation Periods which are defined in Enforcement and Bankruptcy Law Act No. 2004 (EBLA) and in other related acts regarding enforcement proceedings and time periods determined by court rulings and Enforcement & Bankruptcy Offices have been suspended by the temporary Art. 1 of the Act No. 7226 as per the measures taken against Covid-19. This study examines the effect of related regulations to the rule "a new property appraisal cannot be requested within two years after an appraisal is finalized" which is defined in the first sentence of Art.128a/III of EBLA. First, the legal regulations concerning the judicial measures taken due to the Covid-19 pandemic is examined. Then, the institution of property appraisal, especially the function of appraisal requested at the sales phase is analyzed. The objective of this institution is reviewed within the context of appraisal in compulsory enforcement law, fundamental rights, and varying interests of creditors, debtors and third parties. As a result, despite the literal interpretation of the Act No. 7226 temporary Art. 1 suggesting the opposite, this article discuss the necessity of not suspending the two-year period defined in Art. 128a/III of EBLA.

Keywords: Mandatory execution processes, Covid-19, Legal precautions, Act No. 7226, Property appraisal, Property rights, Balance of Interests

* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-5201-4987

GİRİŞ

2019 yılı sonunda Çin'in Wuhan kentinde başlayan Covid-19 salgının genişleyerek tüm dünyada ve Mart 2020'de ülkemizde de görülmesi üzerine 12 Mart 2020 tarihinde açıklanan ve 16 Mart 2020 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlanan tedbirlere¹ ek olarak bir takım adli tedbirler alınması zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

Bu adli tedbirler kapsamında ilk olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun (İİK) "Fevkalade Hallerde Tatil" düzenlemeleri kapsamında "İcra Takiplerinin Durdurulması Halleri" başlıklı 330. maddesinde (m.) düzenlendiği üzere, salgın hastalık, umumi bir musibet veya harb halinde memleketin bir kısmında veya bazı iktisadi zümreler lehine muayyen bir müddet için icra takiplerinin durdurulabilmesinin ancak Cumhurbaşkanı kararı ile mümkün olması sebebiyle, 2279 sayılı "İcra ve İflâs Takiplerinin Durdurulması Hakkında Karar" başlıklı Cumhurbaşkanlığı Kararı² kabul edilmiştir. Bu Karar'ın 1. maddesine göre, COVID-19 salgın hastalığının ülkemizde yayılmasını önlemek amacıyla alınan tedbirler kapsamında; bu Kararın yürürlüğe girdiği tarihten 30/4/2020 tarihine kadar, nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere, yurt genelinde yürütülmekte olan tüm icra ve iflâs takiplerinin durdurulmasına ve bu çerçevede taraf ve takip işlemlerinin yapılmamasına, yeni icra ve iflâs takip taleplerinin alınmamasına ve ihtiyati haciz kararlarının icra ve infaz edilmemesine karar verilmiştir. Akabinde 25.03.2020 tarihli 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi ile adli tedbirler kapsamında ikinci bir düzenleme kabul edilmiştir³. Son olarak ise 2480 sayılı "Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla Getirilen Durma Süresinin Uzatılmasına Dair Karar" başlıklı Cumhurbaşkanlığı Kararı⁴ ile Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde yayılmasını ve yargı alanında doğabilecek hak kayıplarını önlemek amacıyla, 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun geçici İnci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen durma süresi, 01.05.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden 15.06.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar (salgın hastalığın yayılma tehlikesinin daha önce ortadan kalkması halinde yeniden değerlendirilmek üzere) uzatılmıştır⁵.

Çalışmamızda "Kıymet takdirine ilişkin şikâyet" başlıklı İİK m.128a/III,c.1'de yer alan, kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemeyeceğine ilişkin hükmün Covid-19 salgını kapsamında kabul edilen adli tedbirlere ilişkin hukuki düzenlemeler kapsamında ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği konu edilmiştir.

- 1 İç İşleri Bakanlığı'nın çıkardığı genelgelerle uygulanan bu tedbirlerin kanuni dayanaklarının İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinin C fıkrası ile Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 27. ve 72. maddeleri olarak gösterilmesine ve özellikle de sokağa çıkma kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na uygunluğunun değerlendirilmesine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Volkan Aslan, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu", (2020) LXXVIII (2), İstanbul Hukuk Mecmuası 809-835.
- 2 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, Kabul Tarihi: 21.03.2020, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 22.03.2020 (RG 22.03.2020, S 31076).
- 3 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 25.03.2020, Yürürlüğü Giriş Tarihi: 26.03.2020 (RG 26.03.2020, S 31080 Mükerrer).
- 4 2480 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, Kabul Tarihi: 29.04.2020, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 30.04.2020, (RG 30.04.2020, S 31114).
- 5 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve ikincil mevzuatında öngörülen zorunlu idari başvuru yoluna ilişkin süreler 2480 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın kapsamında dahil edilmemiştir.

Bu amaçla ilk olarak adli tedbirlere ilişkin düzenlemelerin kapsamı ele alınacak, arkasından İİK m.128a/III hükmünün niteliği değerlendirilecektir. Son olarak ise, kesinleşen bir kıymet takdirinin yenilenmesinden önce geçmesi gereken iki yıllık sürenin bu düzenlemeler kapsamındaki yeri incelenerek, adli tedbirlere ilişkin düzenlemeler kapsamında durup durmadığı tespit edilecektir.

I. ADLİ TEDBİRLERE İLİŞKİN OLARAK GETİRİLEN HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. 2279 SAYILI “İCRA VE İFLÂS TAKİPLERİNİN DURDURULMASI HAKKINDA KARAR” BAŞLIKLİ CUMHURBAŞKANI KARARI

İİK m.330’a göre, salgın hastalık, umumi bir musibet veya harb halinde Cumhurbaşkanı kararıyla memleketin bir kısmında veya bazı iktisadi zümreler lehine muayyen bir müddet için icra takipleri durdurulabilecektir. Bu maddeye göre, icra takiplerinin durdurulmasına ilişkin olarak varlığı aranan ilk şart olağanüstü durumların varlığıdır ki bu hususa ilişkin olarak madde metninde salgın hastalık, umumi bir musibet veya harb hali örnek olarak sayılmıştır⁶. İkinci olarak ise bu hükmün uygulanabilmesi için Cumhurbaşkanı Kararı’nın varlığının gereklidir⁷.

2279 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile İİK m.330 hükmünün uygulanabilmesi için gerekli olan şartlar oluşmuş ve İİK’nın yürürlüğe girmesinden bu yana, madde 330 ilk defa uygulama alanı bulmuştur⁸. Hatta İİK m.330 hükmü ile fevkalâde hallerde sadece başlamış olan icra takiplerinin durması kabul edilmiş iken, 2279 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile sadece başlamış olan icra takiplerinin değil, tüm icra ve iflâs takiplerinin durdurulmasına ve bu çerçevede taraf ve takip işlemlerinin yapılmamasına, yeni icra ve iflâs takip taleplerinin alınmamasına ve ihtiyati haciz kararlarının icra ve infaz edilmemesine karar verilerek, İİK m.330 hükmünün uygulama alanı genişletilmiştir⁹.

İlgili Cumhurbaşkanı Kararı ile icra ve iflâs takiplerinin durdurulmasına ilişkin bu tedbirin 22.03.2020 tarihinden 30.04.2020 tarihine kadar geçerli olacağı da hükme bağlanmıştır.

B. 7226 SAYILI BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN’UN GEÇİCİ 1. MADDESİ

Adli tedbirlere ilişkin ikinci olarak 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Geçici 1. maddesi düzenlemesi getirilmiştir. Bu düzenleme ile hem yargılama hukukundaki hem de icra ve iflâs hukukundaki sürelerle ilişkin birtakım tedbirlerin alınması öngörölmüştür.

6 Ejder Yılmaz, ‘Olağanüstü Durumlarda Borçlulara Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması’, (1977) IX BATİDER 153-191, 181.

7 Yılmaz (n 6) 181; Taylan Özgür Kiraz, ‘Fevkalâde Hallerde Mühlet ve Tatil (İİK. md.317-330)’, (2000) 73 (2) Manisa Barosu Dergisi 7-20, 12; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (2. Baskı, Adalet 2013) 1583 (*El Kitabı*); Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku* (3. Bası, Yetkin Yayınları 2020) s 79.

8 Kararın uygulama alan ve kapsamına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, ‘2279 sayılı Cumhurbaşkanı (Fevkalâde Mühlet) Kararı ile 7226 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi’, in Muhammet Özkes (ed), Covid-19 salgınının Hukuki Boyutu-Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler (On İki Levha 2020) 143-157, 143 (Covid).

9 Pekcanitez, *Covid* (n 8) 144.

7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1/I hükmü, Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla medeni usûl ve icra iflâs hukukuna ilişkin tedbirlerin kapsamı belirlenmiştir. Geçici madde 1/I hükmünün (a) bendi ile yargılama hukukuna (idari, ceza ve medeni yargılama) ilişkin tedbirlerin kapsamı belirlenmiş iken aynı fıkranın (b) bendi ile icra ve iflâs hukukuna ilişkin alınacak tedbirlerin çerçevesi çizilmiştir. İlgili maddenin ikinci fıkrasında 3 bend halinde hangi sürelerin bu maddenin kapsamı dışında kaldığı düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında 2004 sayılı Kanun ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlar kapsamında bazı durumlar ve tedbirler düzenlenmiş ve dördüncü ve son fıkra ile de durma süresince duruşmaların ve müzakerelerin ertelenmesi de dâhil olmak üzere alınması gereken tüm diğer tedbirlerin ve buna ilişkin usul ve esasların hangi kurumlar tarafından belirleneceği hükme bağlanmıştır¹⁰.

C. 2480 SAYILI “YARGI ALANINDAKİ HAK KAYIPLARININ ÖNLENMESİ AMACIYLA GETİRİLEN DURMA SÜRESİNİN UZATILMASINA DAİR KARAR” BAŞLIKLİ CUMHURBAŞKANI KARARI

29 Nisan 2020 tarihinde kabul edilerek 30 Nisan 2020 tarihinde yürürlüğe giren 2480 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, aslen duran işlemlerin ve sürelerin türü yönünden yeni bir düzenleme getirmeksizin, 7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1 hükmü ile 30.04.2020 tarihine kadar duran

10 7226 sayılı Kanun'un Geçici Madde 1 hükmü şu şekildedir: “(1) Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla; a) Dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler; 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler ile arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki süreler 13/3/2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, b) 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim veya icra ve iflâs daireleri tarafından tayin edilen süreler; nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere tüm icra ve iflâs takipleri, taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflâs takip taleplerinin alınması, ihtiyati haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemler 22/3/2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, itibaren 30/4/2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar durur. Bu süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden itibaren işlemeye başlar. Durma süresinin başladığı tarih itibarıyla, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden başlamak üzere on beş gün uzamış sayılır. Salgının devam etmesi halinde Cumhurbaşkanlığı durma süresini altı ayı geçmemek üzere bir kez uzatılabilir ve bu döneme ilişkin kapsamı daraltılabilir. Bu kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır. (2) Aşağıdaki süreler bu maddenin kapsamı dışındadır: a) Suç ve ceza, kabahat ve idari yaptırım ile disiplin hapsi ve tazyik hapsi için kanunlarda düzenlenen zamaşımı süreleri. b) 5271 sayılı Kanunda düzenlenen koruma tedbirlerine ilişkin süreler. c) 6100 sayılı Kanunda düzenlenen ihtiyati tedbiri tanımlayan işlemlere ilişkin süreler. (3) 2004 sayılı Kanun ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlar kapsamında; a) İcra ve iflâs daireleri tarafından mal veya haklara ilişkin olarak ilan edilmiş olan satış gününün durma süresi içinde kalması halinde, bu mal veya haklar için durma süresinden sonra yeni bir talep aranmaksızın icra ve iflâs dairelerince satış günü verilir. Bu durumda satış ilanı sadece elektronik ortamda yapılır ve ilan için ücret alınmaz, b) Durma süresi içinde rızaen yapılan ödemeler kabul edilir ve taraflardan biri, diğer tarafın lehine olan işlemlerin yapılmasını talep edebilir, c) Konkordato mühletinin alacaklı ve borçlu bakımından sonuçları, durma süresince devam eder, ç) İcra ve iflâs hizmetlerinin aksamaması için gerekli olan diğer tedbirler alınır. (4) Durma süresince duruşmaların ve müzakerelerin ertelenmesi de dâhil olmak üzere alınması gereken diğer tüm tedbirler ile buna ilişkin usul ve esasları; a) Yargıtay ve Danıştay bakımından ilgili Başkanlar Kurulu, b) İlk derece adli ve idari yargı mercileri ile bölge adliye ve bölge idare mahkemeleri bakımından Hâkimler ve Savcılar Kurulu, c) Adalet hizmetleri bakımından Adalet Bakanlığı, belirlir.”

süreleri 01.05.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden 15.06.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar ve salgın hastalığın yayılma tehlikesinin daha önce ortadan kalkması halinde yeniden değerlendirilmek üzere uzatmıştır.

D. DEğERLENDİRME

2279 sayılı Cumhurbaşkanını Kararı ve 7729 sayılı Kanun'un geçici madde 1 düzenlemesinin uygulanması ve yürürlüğünü bir arada değerlendirmek gerekmektedir¹¹. İİK m.330'de düzenlenen icra takiplerinin durmasına ilişkin düzenlemenin 2279 sayılı Cumhurbaşkanını Kararı ile uygulamaya konulduğu ancak kısa bir süre sonra kabul edilen 7226 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin yürürlüğe girmesi ile bu düzenlemenin normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanını düzenlemesinden önce gelmesi ve hem zamansal olarak daha sonra hem nitelik itibariyle özel bir düzenleme olması itibariyle, hem İİK m.330'un hem de 2279 sayılı Cumhurbaşkanını Kararını'nın uygulama alanının kalmadığı sonucuna ulaşmak gerecektir¹².

Her iki hukuki düzenleme bakımından da icra ve iflâs hukukunun ilgilendiren tedbirlere ilişkin durma süresinin 22.03.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden 30.04.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar olduğu sabittir. Ancak bu durma süreleri üçüncü bir düzenleme olan ve 30 Nisan 2020 tarihinde yürürlüğe giren 2480 sayılı Cumhurbaşkanını Kararı ile 01.05.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden 15.06.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar uzatılmıştır. Buna bağlı olarak ortaya sürelerin durması bakımından ortaya çıkan nihai zaman aralığı 22.03.2020 (bu tarih dâhil) ile 15.06.2020 (bu tarih dâhil) şeklinde değerlendirmek gerekmektedir.

II. ADLİ TEDBİRLERE İLİşKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE ALINAN İCRA VE İFLÂS HUKUKUNA İLİşKİN TEDBİRLERİN TESPİT EDİLMESİ

7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1/I, b. (b) hükmüne göre, 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim veya icra ve iflâs daireleri tarafından tayin edilen süreler; nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere tüm icra ve iflâs takipleri, taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflâs takip taleplerinin alınması, ihtiyati haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemler 22/3/2020 (bu tarih dâhil) tarihinden itibaren 30/4/2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar durur.

Buna göre, kısaca özetlemek ve gruplamak gerekirse icra ve iflâs hukukuna ilişkin olarak alınan tedbirler, takip hukukuna ilişkin olarak kanun ile, hâkim ve icra iflâs daireleri tarafından belirlenen

11 2279 sayılı Cumhurbaşkanını Kararı ile 7226 sayılı Kanun arasındaki uygulama sorunu, normlar hiyerarşisi ve zaman bakımından uygulamaya ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, '7226 Sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu m.330 Hükümünü Uygulayan Cumhurbaşkanını Kararını (2279 Sayılı) Çerçevesinde Ortaya Çıkan Bazı Sorular ve Tartışmalara Cevaplar', in Muhammet Özekes (ed), Covid-19 salgınının Hukuki Boyutu-Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler, (On İki Levha 2020), 159-186, 163 vd.

12 Pekcanitez, *Covid* (n 8) 146; Atalay ve Özekes (n 11) 163; Aziz Serkan Arslan, 'Covid-19 Salgını Sebebiyle İcra Takiplerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi', (2020) (148) TBB Dergisi, 197-234, 205; Murat Atalı ve Ersin Erdoğan, 'COVID-19 Salgınının İcra ve İflâs Hukuku Alanına Etkileri', (2020) LXXVIII (2) İstanbul Hukuk Mecmuası, 395-416, 401.

süreler, tüm icra ve iflâs takipleri (nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere), taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflâs takiplerinin alınması ve son olarak ihtiyati haciz kararlarının icra ve infazlarını durmasıdır.

III. İİK M.128A/III DÜZENLEMESİ

A. ANA HATLARI İLE KIYMET TAKDİRİ

Kıymet takdiri kavramı İcra ve İflâs Kanunu'nda tanımlanmış bir kavram olmadığı gibi yargı kararlarında da kıymet takdirinin tanımına yer verilmiş değildir. Bununla beraber, öğretide kıymet takdiri, icra hukuku bakımından 'hacze konu olan taşınır ve taşınmaz eşyanın haciz miktarı veya satışa esas tutarının belirlenmesi amacıyla yetkili kişiler tarafından yapılan icra takip işlemi niteliğindeki¹³ değer belirleme faaliyeti' olarak tanımlanmaktadır¹⁴. Taşınmaz mallarda kıymet takdiri haciz ve satış aşamalarında olmak üzere iki defa yapılmaktadır ve kıymet takdirinin işlevi de kıymet takdirinin yapıldığı zamanına göre değişiklik göstermektedir¹⁵.

İcra ve İflâs Kanunu'nda icra takipleri bakımından iki farklı aşamada kıymet takdiri yapılması öngörülmüştür. Bunlardan biri haciz aşamasında kıymet takdiri yapılmasıdır ki bu aşamada kıymet takdiri yapılmasının amacı satış aşamasında kıymet takdiri yapılmasından farklıdır. Haciz aşamasında kıymet takdiri yapılmasının amacı, takip konusu alacak, işlenmiş faiz ve takip masraflarını karşılayabilecek malların haczedilip haczedilmediğinin tespit edilmesidir ki bu sayede bir yandan alacaklının alacağına tam olarak kavuşması sağlanırken diğer yandan borçlunun borcundan fazla ekonomik değere sahip malının haczi engellenmektedir¹⁶. Kıymet takdirinin yapılması ikinci olarak satış aşamasında söz konusu olmaktadır ki bu aşamada kıymet takdiri yapılmasının asıl işlevi satışın en az hangi bedel ile yapılacağına saptanmasıdır¹⁷.

Çalışmamızın konusunu 128a/III düzenlemesinin 7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1'e göre yorumlanması teşkil ettiğinden, konu kapsamında sadece taşınmazların satış aşamasındaki kıymet takdiri ve bu aşamadaki kıymet takdirinin kesinleşmesine bağlanan sonuçlar ilgili olduğu çerçevede incelenecektir.

13 Kıymet takdirinin icra takip işlemi olarak nitelendirilmesine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Kıymet takdiri işleminin hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nilüfer Boran Güneysu, *İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri* (Yetkin Yayınları 2020) 116 vd.

14 Boran Güneysu (n 13) 28.

15 ibid 61.

16 Kuru, *El Kitabı* (n 7) 421; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin-Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukuku* (7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 156; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku* (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 251; Murat Dönmez, *İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi* (Vedat Kitapçılık 2010) 186 vd.; Haciz aşamasında yapılan kıymet takdirinin işlevine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Boran Güneysu (n 13) 61 vd.

17 Kuru, *El Kitabı* (n 7) 659 dn. 63; Boran Güneysu (n 13) 69-70; Taşınmazların satışı aşamasında kıymet takdirinin diğer işlevleri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Boran Güneysu (n 13) 71 vd.

B. KIYMET TAKDİRİNİN KESİNLEŞMESİ VE KESİNLEŞMESİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

‘Kıymet takdirine ilişkin şikâyet’ başlıklı İİK m.128a hükmü ile kıymet takdirine karşı başvurulabilecek hukuki bir imkân olarak şikâyet yolu düzenlenmiş ve kötü niyetle yetkisiz icra dairesine yapılan şikâyet başvurularının ve takibin gecikmesine neden olan davranışların engellenmesi amaçlanmıştır¹⁸.

Hukuki çare olarak şikâyet yolunda süresinde başvurulmaması veya icra mahkemesinin şikâyet başvurusunu reddetmesi üzerine satış aşamasında kıymet takdiri kesinleşmiş olacaktır¹⁹. Benzer şekilde, icra mahkemesine kıymet takdirine ilişkin şikâyet başvurusu yapıldığı ve bunun neticesinde satışa çıkacak taşınmazın kıymetinin farklı takdir edilmesi suretiyle de kıymet takdirinin kesinleşmesi söz konusu olabilecektir.

Hükmün üçüncü fıkrasında “Kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemez. Ancak, doğal afetler ve imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren bazı hallerde yeniden kıymet takdiri istenebilir.” hükmü bulunmaktadır. İlgili düzenlemeye göre, kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe, yeniden kıymet takdiri yapılması istenemeyecektir. Buna bağlı olarak da bu iki yıllık süre içerisinde taşınmazın satılacak olması halinde, kıymet takdirinin yeniden yapılmasına gerek olmayacaktır²⁰.

Madde hükmünde yer alan iki yıllık sürenin başlangıç tarihinin ne olması gerektiğine ilişkin olarak doktrin ve uygulamada farklı görüşler mevcuttur.

Doktrinde, kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna başvurulduğu hallerde, iki yıllık sürenin, kıymet takdiri bedelinin aynı çıkması veya talebin reddi halinde icra dairesince belirlenen tarihten ve şikâyet talebinin kabul edilip kıymetin icra mahkemesi tarafından belirlenmesi halinde ise, icra mahkemesince yaptırılan keşif tarihinden itibaren iki yıllık sürenin işlemeye başlaması gerektiği savunulmaktadır²¹.

Maddede düzenlenen iki yıllık sürenin başlangıcının, madde metninden kıymet takdirinin yapıldığı tarih olarak anlaşıldığı ancak, bu halde, kıymet tarihinin kesinleşmesine kadar geçecek olan sürenin de bu iki yılın içerisinde hesaplanmasının lazım geldiğini ve bu durumda da sürenin yapılan şikâyet başvurusundan icra mahkemesinin karar vermesine kadar kısalmış olacağını ve bu sonucun ise taraf menfaatleri ile bağdaşmayacağı dolayısı ile takibin de sürüncemede bırakılmaması için, kıymet takdirinin kesinleşmesinden itibaren hesaplanması gerektiği ileri sürülmüştür²².

18 İİK m.128a hükmü ile getirilen değişikliklere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, ‘4949 sayılı Kanun’la, İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi’ (2003) (49) TBB Dergisi, 137-258, 152-153 (Değişiklik); Mert Namlı, *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 470; Boran Güneysu (n 13) 206-207.

19 Namlı (n 18) 472; Boran Güneysu (n 13) 204-205.

20 Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, C. II (3. Baskı, Evrim 1990) 1298; Namlı (n 18) 473-474; Boran Güneysu (n 13) 215.

21 Mustafa Oskay, Coşkun Koçak, Adnan Deynekli ve Ayhan Doğan, *İİK Şerhi (Madde 100-176/b)*, C. 3 (Turhan Kitapevi 2007) 3152; Dönmez (n 16) 194-195; Boran Güneysu (n 13) 210.

22 Pekcanitez, *Değişiklik* (n 18) 153.

Yargıtay, kıymet takdirinin kesinleşmesi bakımından iki yıllık sürenin başlangıç tarihinin kıymet takdirinin fiilen gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kanaatindedir²³. Kıymet takdirine karşı hukuki çare olarak şikâyet yoluna başvurulmadığı halde, sürenin başlangıcının icra memuru ile bilirkişilerin taşınmazın bulunduğu yere fiilen gittikleri tarih olacaktır²⁴. Kıymet takdirine karşı hukuki çare olarak şikâyet yoluna başvurulmuş ve şikâyet başvurusunun da kabul edildiği hallerde ise, iki yıllık süre, hâkimin bilirkişiler ile keşif yaptığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır²⁵.

Kıymet takdirinin kesinleşmesinin en önemli sonucu, madde metninde düzenlendiği üzere, kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren ancak iki yıl geçmesi halinde yeniden kıymet takdiri yapılmasının istenebilecek olmasıdır. İki yıllık süre içerisinde taşınmazın satılacak olması halinde ise, yeniden kıymet takdiri yapılmasına gerek olmayacaktır. Aksi durum, Yargıtay tarafından ihalenin feshi sebebi olarak kabul edilmektedir ve bu düzenlemenin kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle mahkemenin bu hususu re'sen gözetmesi gerekmektedir²⁶.

IV. 7226 SAYILI KANUN GEÇİCİ MADDE 1 HÜKMÜ'NÜN KESİNLEŞEN KIYMET TAKDİRİNDE SÜREYE ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. MESELENİN ORTAYA KONULMASI

7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1 hükmü ile İcra ve İflâs Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ile bu kapsamda hâkim veya icra ve iflâs daireleri tarafından tayin edilen sürelerin 22/3/2020 (bu tarih dâhil) tarihinden itibaren 30/4/2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar durması düzenlenmiştir. Daha sonra 2480 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 01.05.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden 15.06.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar bu durma süreleri uzatılmıştır.

İcra ve İflâs Kanunu m.128a/III,c.1'de yer alan kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemeyeceği düzenlemesinde yer alan iki yıllık sürenin de 7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1 hükmü düzenlemesi gereğince durduğu doktrinde savunulmaktadır²⁷.

23 Yargıtay 12. HD, E 2013/5132, K 2013/12849, T 04.04.2013; Yargıtay 12. HD, E 2015/28132, K 2015/30325, T 03.12.2015; Yargıtay 12. HD, E 2017/1055, K 2017/5645, T 06.04.2017 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 28.02.2021).

24 Yargıtay 12. HD, E 2007/2908, K 2007/5536, T 23.03.2007; Yargıtay 12. HD, E 2007/6021, K 2007/8400, T 27.04.2007 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 26.02.2021).

25 Yargıtay 12. HD, E 2006/15691, K 2006/19176, T 13.10.2006; Yargıtay 12. HD, 2011/10638, K 2011/29421, T 19.12.2011 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 26.02.2021).

26 Namlı (n 18) 473; Boran Güneysu (n 13) 206; Yargıtay 12. HD, E 2014/990, K 2013/3397, T 11.02.2014; Yargıtay 12. HD, E 2016/1082, K 2016/6895, T 09.03.2016; Yargıtay 12. HD, E 2017/8478, K 2017/16001, T 22.12.20172011 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 20.02.2021).

27 Atalay ve Özeken (n 11) 173; Hakan Pekcanitez ve Evrim Erişir, 'Koronavirüs (Covid-19) Salgınına Karşı Alınan, MedeniUsûl ve İcra İflâs Hukukunu İlgilendiren Önlemler' (Legal Blok, 3 Haziran 2020) < <https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salginina-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iflas-hukukunu-ilgilendiren-onlemler/> > Erişim Tarihi 14 Şubat 2020.

7226 sayılı Kanun geçici madde 1 düzenlemesinin lafzinin İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen tüm sürelerin durması olduğu ve İİK m.128a/III,c.1 hükmünün de İcra ve İflâs Kanunu düzenlemesi olması itibariyle hükümdeki iki yıllık sürenin de Covid-19 adli tedbirleri kapsamında durması gerektiği sonucuna ulaşılabilecek ise de kıymet takdiri yapılmasının işlevi ve İİK m.128a/III hükmünün icra hukukundaki menfaatler dengesi çerçevesinde değerlendirilmesi sonucunda, farklı bir değerlendirme yapılabilmesi mümkün olabilir mi?

B. KIYMET TAKDİRİNİN MÜLKİYET HAKKI İLE SIKI İRTİBATI

İİK m.128a maddesine konu olan kıymet takdiri aslen hacizli malın değerini belirleme faaliyetidir ve bu işlemin sonunda parasal bir değer olan ve satış aşamasında malın değerinin belirlenmesi bakımından önem arz eden kıymet tutarına ulařılır²⁸.

Cebri icra faaliyetinin egemenlik yetkisinin kullanımına ilişkin olduğu ve bu faaliyetin de temelini ve gücünü Anayasadan almakta olduğu göz önüne alındığında, bu husus cebri icra organlarının işlemlerinin Anayasa'ya uygun olması zorunluluğunu ortaya ıkarmaktadır²⁹ ki bunun doğal bir sonucu olarak cebri icra işlemi olarak nitelendirilen kıymet takdiri işleminin de Anayasa'ya uygun olması gerekir³⁰.

Taşınmazın gerçek değerinin belirlenmesi amacını taşıyan kıymet takdiri, bu amacı sebebiyle takip alacaklısı, takip borlusı ve hatta nc kişilerin mülkiyet hakkını doğrudan ilgilendirmektedir³¹ ve mutlak bir koruma sağlayan mülkiyet hakkı, Anayasa m.35 hükmü ile düzenlenmiştir.

Cebri icra hukukunda bu koruma genel olarak, alacaklı bakımından, borçlu tarafından ihlal edilmiş olan mülkiyet hakkına (malvarlığına) yeniden kavuşması ve alacağını elde etmesi, hakkının engellenmemesi şeklinde ortaya ıkacaktır³². Borçlu bakımından ise mülkiyet hakkının korunması, borçlunun malvarlığından mahrum bırakılmaması, malvarlığına karşı haksız, ölçsüz ve menfaat dengesini bozan müdahaleler ile malvarlığının haraç mezat satılmaması şeklinde ortaya ıkmaktadır³³. nc kişilerin mülkiyet hakkı ise (ki bu kişiler esasen takibin tarafı değillerdir) malvarlıklarına müdahale edilmeyeceğinden emin olma ve haksız müdahaleleri ortadan kaldıracak imkanları ile korunmaktadır³⁴.

Mülkiyet hakkının korunması gerekliliği çerçevesinde, kıymet takdirinin de alacaklı, borçlu ve nc kişi bakımından olmak üzere üçlü bir fonksiyonunun olduğu sonucuna ulaşmak gerekecektir.

28 Boran Güneysu (n 13) 28.

29 Muhammet zekes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, (Adalet 2009) 21 (Temel Haklar); Pınar ifti, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi* (Adalet 2010) 49-50.

30 Boran Güneysu (n 13) 29.

31 zekes, *Temel Haklar* (n 29) 183-184; Boran Güneysu (n 13) 30.

32 zekes, *Temel Haklar* (n 29) 182.

33 ibid 182-183.

34 ibid 183.

Kıymet takdirinin ana işlevi satış aşamasında taşınmazın gerçek değerinin belirlenmesidir ve bu işlev aslen mülkiyet hakkının korunmasına hizmet eder.

Kıymet takdirinin amacı olan taşınmazın gerçek değerinin belirlenmesi, alacaklının alacağına tam olarak kavuşmasını sağlar³⁵. Taşınmazın gerçek değerinin belirlenmesi borçlu bakımından da malvarlığının, takipte değerinin çok altında satılmaması bakımından önemlidir ve bu belirleme, taşınmazın haraç mezat satılmasının önlenerek, borçlunun mülkiyet hakkının korunmasına hizmet eder. Ayrıca, borçlunun borcunu mümkün olduğu kadar fazla miktarda ödeyebilmesi, borçlunun daha sonra edindiği mallar üzerindeki mülkiyet hakkını da koruyucu niteliktedir lakin alacağını tam olarak alamayan alacaklının, borçlunun yeni edindiği mallarına haciz koydurma imkânı devam etmektedir³⁶. Son olarak ise taşınmazın gerçek değerinin tespiti, taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak sahiplerinin veya asıl borca karşılık, üçüncü kişinin verdiği ipoteklerin söz konusu olduğu hallerde taşınmaz sahibinin (ki takip bakımından üçüncü kişi olarak nitelendirilir) mülkiyet hakkını koruyucu niteliktedir³⁷.

Görülmektedir ki İİK'daki kıymet takdirine ilişkin düzenlemeler aslen Anayasa ile korunan mülkiyet hakkının korunmasına hizmet eden düzenlemelerdir. Kıymet takdirinin yapılması ve bu yolla satışa konu olacak taşınmazın gerçek değerinin tespiti hem alacaklı hem borçlu hem de üçüncü kişilerin menfaatini koruyucu niteliktedir.

C. İİK M.128A/III HÜKMÜNÜN DÜZENLENME AMACI

İcra ve İflâs Kanunu m.128a/III, c.1 hükmünde yer alan kesinleşen kıymet takdiri için iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemeyeceğine ilişkin düzenlemede yer alan iki yıllık sürenin 7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1 hükmü ile durup durmayacağı tespiti yapılırken hukukta menfaat dengelerinin korunmasına ilişkin değerlendirme yapılması ve ilgili normun amacına uygun yorumlanması gerekliliği vardır.

Dolayısı ile 128a/III, c.1'de yer alan iki yıllık sürenin getiriliş amacından yola çıkarak mevcut koşulların değerlendirilmesi ve bu çerçevede bir sonuca varılması zorunluluğu doğmaktadır.

Cebri icra hukukuna ilk olarak İİK m.128 hükmüne eklenen 'Kesinleşen kıymet takdiri için iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemez.' düzenlemesi³⁸ daha sonraki yıllarda 128a hükmünün kabulü ile³⁹ bu hükmün içine alınmış ve sürenin başlangıcının ne zaman olduğunun belirsiz olması üzerine, kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl geçmedikçe yeniden kıymet

35 Boran Güneysu (n 13) 30.

36 ibid 30-31.

37 ibid 31.

38 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 09.11.1988, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 25.11.1988 (RG 25.11.1988, S 20000).

39 4949 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi:17.7.2003, Yürürlük Tarihi: 30.07.2003 (RG 30.07.2003, S 25184).

takdiri istenemeyeceği şeklinde düzenlenmiştir. Ancak daha sonra madde metninde bir yıl olarak düzenlenen süre ‘iki yıl’ olarak değiştirilmiştir⁴⁰.

İcra ve İflâs Kanunu m.128’e kesinleşen kıymet takdiri için iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemeyeceğine ilişkin düzenlemenin eklenmesine ilişkin maddenin gerekçesinde⁴¹, “kötü niyetli ve mükerrer işlemleri önlemek için kesinleşen kıymet takdiri için iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenmemesinin öngörüldüğü” yer almıştır. Ortaya çıkmaktadır ki bu düzenleme, mükerrer ve kötü niyetli işlemleri önlemek amacıyla konulmuştur⁴². Getirilen bu hüküm doktrinde, yapılan kıymet takdirinden sonra taşınmaz malın değerinde ortaya çıkacak büyük değişikliklerin göz önüne alınmaması sonucunu doğuracağı ve bundan da borçluların ve hatta alacaklılarına tam olarak kavuşamayan alacaklıların da zarar göreceği sebebiyle eleştirilmiştir⁴³.

D. DEĞERLENDİRME

7226 sayılı Kanun geçici madde 1 hükmünün ilk fıkrasında sürelerin durdurulmasının “Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla” yapıldığı yer almaktadır. Pandemi sebebiyle alınmış olan adli tedbirlerin ana amacının hak kayıplarının engellenmesi olduğundan hareket edildiğinde, icra takip işlemi niteliğinin dahi tartışmalı olduğu kıymet takdirinin⁴⁴ yeniden yapılabilmesi için geçmesi gereken iki yıllık sürenin durduğu sonucuna ulaşmak, aslen daha büyük hak kayıplarına yol açabilir niteliktedir.

Taşınmazın değerinin tam ve doğru olarak tespit edilmesine ilişkin menfaat ile yeniden kıymet takdiri istenememesine ilişkin iki yıllık süreye ilişkin menfaat dengesinin doğru bir şekilde kurulması icap etmektedir. İcra ve İflâs Kanunu m.128a/III, c.1 hükmü niteliği itibariyle, kıymet takdirinin makul sürede tamamlanmasına yönelik bir tedbir olarak değerlendirilmeli⁴⁵ ve bu hükümde yer alan iki yıllık sürenin işleyişinin durdurulması yolu ile mutlak bir hak olan mülkiyet hakkı ihlal edilmemelidir.

Doktrinde İİK m.128a/III, c.1 hükmünde yer alacak sürenin belirlenmesinde kötü niyetli işlemlerin önlenmesi ile taraf menfaatlerinin dengelenmesinin gerekeceğinin altı çizilerek, alacaklı ve borçlu menfaatlerinin korunması amacıyla, kıymet takdirinin iki yıl geçmedikçe yeniden yapılamayacağına ilişkin hükmün değiştirilmesi ve bu sürenin bir yıla indirilmesi önerilmiştir⁴⁶. Ancak 7226 sayılı

40 5092 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi:12.2.2004, Yürürlük Tarihi: 21.02.2004 (RG 21.02.2004, S. 25380).

41 Madde gerekçesi için bkz. TBMM (S. Sayısı 113), Yasama Yılı: 2, Dönem 18.

42 Boran Güneysu (n 13) 206.

43 Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Kanunumuz Yine Değişti (değişikliklere ilişkin bazı düşünceler) (1989) (1) ABD, 105-135, 122 (Değişti).

44 İcra takip işlemine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nilüfer Boran Güneysu, ‘İcra Takip İşlemleri’ (2012) 101 31-60; Aziz Serkan Arslan, *İcra Takip İşlemleri* (Yetkin 2018); Kıymet takdiri işleminin hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Boran Güneysu (n 13) 116 vd.

45 Boran Güneysu (n 13) 33.

46 ibid 207.

Kanun geçici madde 1 hükmü ile iki yıllık sürenin işleminin durdurulacağı sonucuna varılır ise fiili olarak geçen süre iki yıldan da uzun olacaktır.

Yargıtay İİK m.128a/III, c.1 düzenlemesini kamu düzenine ilişkin olarak kabul etmektedir ve bu sebeple de iki yıllık sürenin aşılmış olmasını mahkemenin re'sen dikkate alması gerektiği kanaatindedir⁴⁷. Kıymet takdirinin kesinleşmesinden itibaren iki yıl içerisinde taşınmazın satılması gerekmektedir ancak kesinleşen kıymet takdirinin üzerinden iki yıl geçtikten sonra satış yapılması halinde icra mahkemesi bu hususu ihalenin feshi taleplerinde re'sen dikkate alacaktır. Lakin Yargıtay, satışa esas teşkil kıymet takdir işleminin üzerinden iki yıllık yasal sürenin geçmiş olduğu hallerde, zarar unsurunun oluştuğunu kabul etmektedir⁴⁸.

Görülmektedir ki, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra iki yıllık süre içerisinde taşınmazın satılması halinde yeniden kıymet takdiri yapılmasına ihtiyaç olmamakla birlikte, aksi durum kamu düzeni niteliği taşımakta ve bu süreye uyulup uyulmaması icra mahkemesi tarafından re'sen dikkate alınmalıdır. Dolayısı ile İcra ve İflâs Kanunu ve Yargıtay kararlarında ortaya çıkmaktadır ki taşınmazın kıymeti, kıymet takdirinin kesinleşmesine ilişkin iki yıllık sürenin geçmesi halinde, her halde yeniden takdir edilmelidir. Lakin iki yıllık süre içerisinde ekonomik gelişmeler ve dalgalanmalar dikkate alındığında, taşınmazın değerinde değişiklik meydana gelebilecektir⁴⁹. Hızlı gelişen ülkemizde farklı ekonomik yatırımların söz konusu olması, alt yapı faaliyetleri, ulaşım inşaatları gibi hususlar taşınmazın değerinde farklılık ortaya çıkarabilecektir. Bu sebepler dikkate alındığında madde hükmünde belirlenen iki yıllık süre, taşınmazın gerçek değerinin doğru kalabildiği maksimum süre olarak değerlendirilmelidir. Bu sürenin aşıldığı hallerde ise artık taşınmaza ilişkin yapılmış kıymet takdirinin taşınmazın gerçek ve doğru değerini yansıtmadığı kabul edilmelidir.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, 7226 sayılı Kanun geçici madde 1 hükmünün lafzi yorumu ile İİK m.128a/III,c.1'de düzenlenen iki yıllık sürenin durmasının kabul edilmesi aslen cebri icra hukukunda korunması gereken menfaatler dengesine aykırılık teşkil edebilecektir. Dolayısı ile adli tedbirler çerçevesinde bu sürenin durmadığının kabul edilmesi düşünülebilir.

Covid-19 pandemisi sebebiyle ile aslen ekonomik gelişmelerin durmadığı, ekonomik devininin devam ettiği ve hatta bu salgının ekonomik hayata etkisinin çoklu boyutu da dikkate alındığında, kıymet takdirine ilişkin olarak düzenlenmiş olan iki yıllık sürenin işleminin bakımından 7226 sayılı Kanun geçici madde 1 hükmünün kabul edilmesinden öncesi ile bir fark olmaması gerekir. Hatta taşınmazın gerçek değerinin doğru tespiti ve düzenlenmiş olan iki yıllık sürenin daha da önem kazandığı söylenebilecektir. Ekonomik gelişmeler ve varlık fiyatlarındaki dalgalanmalar pandemi ile birlikte artarak devam etmektedir ve bu sebeple aslen bu sürenin durdurulmasına da gerek olmayabilir.

47 Yargıtay 12. HD, E 2012/15306, K 2012/27755, T 25.09.2012; Yargıtay 12. HD, E 2013/1902, K 2013/9342, T. 14.03.2013; Yargıtay 12. HD, E 2013/3076, K 2013/11160, T 25.03.2013 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 20.11.2021).

48 Yargıtay 12. HD, E 2015/28132, K 2015/30325, T 03.12.2015 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 20.11.2021).

49 Boran Güneysu (n 13) 207.

Kaldı ki İİK m.128a/III, c.2 hükmü doğal afetler ve imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hallerde tarafların talebi ile yeniden kıymet takdiri yapılabilmesine imkan vermektedir. Bu çerçevede Covid-19 pandemisinin doğal afet olarak değerlendirilmesi ve tarafların her halde yeniden kıymet takdiri talep edilmesine imkân sağlanması gerekmektedir.

Dolayısı ile 7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1 hükmünde yer alan İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan sürelerin duracağına ilişkin hükmün, İİK m.128a/III, c.1'deki sürenin ruhuna, felsefesine, korumak istediği menfaate aykırı düşündüğü sonucuna da varılabilmektedir.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından karar verilen ihalenin feshine ilişkin karara karşı yapılan temyiz başvurusunda Bölge Adliye Mahkemesi kararını, taşınmazlar yönünden kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıldan fazla süre geçtiği, ilgili sürenin 7226 sayılı Kanun'la belirlenen durma süreleri içinde olmaması sebebiyle uzamasının da mümkün olmayacağı ve kesinleşen kıymet takdiri ile satış arasında iki yıldan fazla süre olmaması hususunun re'sen gözetilmesi gerektiği gerekçeleri ile doğru bularak, onamıştır⁵⁰.

SONUÇ

Dünya genelinde ortaya çıkan ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından 'pandemi' olarak ilan edilen Covid-19 salgını sebebiyle adli birtakım tedbirler alınması zorunluluğu doğmuştur. Bu tedbirler kapsamında 7226 sayılı Kanun'un geçici madde 1 hükmü ile İcra ve İflâs Kanunu ile takip hukukuna ilişkin sürelerin durması kabul edilmiştir.

50 Kararda "İİK'nun 128/a-2. maddesinde; "Kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemez" hükmüne yer verilmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nun 26.02.1992 tarih ve 1992/4-70 E. – 1992/130 K. sayılı kararında da vurgulandığı üzere, İİK'nun 128. maddesinde öngörülen iki yıllık sürenin başlangıcı, sonradan kesinleşmesi koşulu ile kıymet takdirinin fiilen yapıldığı keşif tarihidir. Diğer taraftan, 7226 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesi uyarınca 13/03/2020 tarihinden itibaren 30/04/2020 tarihinde kadar sürelerin işleminin durduğu, 30/04/2020 tarih ve 31114 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2480 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararıyla durma süresinin 15/06/2020 tarihine kadar uzatıldığı, 7226 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesi ile bu sürelerin, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden itibaren işlemeye başlayacağı, durma süresinin başladığı tarih itibarıyla, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan sürelerin, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden başlamak üzere on beş gün uzamış sayılacağı, bu nedenle 15/06/2020 tarihine kadar duran sürelerin bu tarihten itibaren yeniden işlemeye başladığı, uzamış sürenin son gününün ise 30/06/2020 tarihi olduğu anlaşılmıştır. Somut olayda, ihaleye konu taşınmazların kıymet takdiri işleminin, icra müdürlüğünce, 29/06/2018 tarihinde yaptırıldığı, ihalenin ise iki yıldan fazla süre geçtikten sonra 26.08.2020 tarihinde gerçekleştirildiği anlaşılmış olup, İİK'nun 128/a-2. maddesinde öngörülen sürenin son günü olan 29.06.2020 tarihi, 7226 sayılı Kanunla belirlenen durma süreleri içinde olmadığından uzatılması da söz konusu olmayacaktır. O halde, borçluların şikâyet dilekçesinde, kendilerine yapılan satış ilanı tebliğ işleminin usulsüz olduğu iddiasına dayalı açık bir fesih isteminin bulunmaması ve İİK'nun 150/e maddesi uyarınca icra emrinin borçlulara 12.06.2018 tarihinde tebliğ edilmesinden sonra alacaklının 26.10.2018 tarihinde satış avansını yatırması ve 24.05.2019 tarihinde de satış talep etmiş olması nedeniyle anılan bu iki hususun fesih nedeni yapılması doğru değil ise de; 391 ada 13 parselin ihale bedelinin, taşınmazın tahmini değerinin yüzde ellisine satış masraflarının eklenmesiyle oluşan miktarı karşılamadığının anlaşılması ve tüm taşınmazlar yönünden kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı 29/06/2018 tarihinden itibaren iki yıldan fazla süre geçtikten sonra ihalenin gerçekleştirilmesi hususunun da re'sen gözetilmesi gerektiğinden, Bölge Adliye Mahkemesince ihalenin feshine karar verilmiş olması sonucu itibarıyla doğru olup kararın onanması gerekmiştir." sonucuna varılmıştır, Yargıtay 12. HD, E 2021/3183, K 2021/4769, T 17.05.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 24.08.2021).

Bu düzenleme kapsamında İİK m.128a/III, c.1 hükmündeki iki yıllık sürenin durmasını kabul eden görüşün gerekçesi kabul edilmekle beraber farklı düşünmenin de mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Cebri icra hukukunda kıymet takdiri bakımından esas olan taşınmaza ilişkin değer tespitinin doğru ve tam bir şekilde yapılmasıdır. Bu amacı itibarıyla de kıymet takdirine ilişkin düzenlemeler hem takip alacaklının hem takip borçlusunun hem de taşınmaz üzerindeki diğer hak sahiplerinin menfaatlerini koruyucu niteliktedir. İİK m.128a/III,c.1'de yer alan iki yıllık süreyi de bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir. Hüküm, aslen kötü niyetli ve mükerrer işlemleri önlemek ve takibi sürüncemede bırakmamak amacı ile kabul edilmiş olmakla aslen kıymet takdirinin makul sürede tamamlanmasına yönelik bir tedbir olarak kabul edilmelidir. Kesinleşen kıymet takdirinin üzerinden iki yıl geçtikten sonra satış yapılması halinde zarar unsurunun her halde olduğu Yargıtay tarafından kabul edilmektedir ve icra mahkemesi de bu hususu ihalenin feshi taleplerinde re'sen dikkate alacaktır.

7226 sayılı Kanun geçici madde 1 hükmü ile iki yıllık sürenin işleminin durdurulacağı sonucuna varılır ise fiili olarak geçen süre iki yıldan uzun olacaktır. Bu durumda da taşınmazın değerinin tam ve doğru olarak tespit edilmesine ilişkin menfaat ile yeniden kıymet takdiri istenememesine ilişkin iki yıllık süreye ilişkin menfaat dengesinin gözden geçirilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da İİK m.128a/III, c.1'de yer alan iki yıllık sürenin 7226 sayılı Kanun ile belirlenen durma sürelerinin içinde olmadığını ve bu sebeple de uzamasının mümkün olmayacağına ilişkin karar vermiştir⁵¹.

Özellikle altının çizilmesi gereken bir diğer husus ise, İİK m.128a/III,c.2 hükmünün doğal afetler ve imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hallerde tarafların talebi ile yeniden kıymet takdiri yapılabilmesine imkan verdiğidir. Bu düzenleme ise aslen kanunun ruhunun süreye bağlılıktan öte taşınmazın değerinin doğru tespit edilmesine öncelik verdiğini gösterir niteliktedir.

KAYNAKÇA

Arslan A Z, *İcra Takip İşlemleri* (Yetkin 2018).

Arslan A Z, 'Covid-19 Salgını Sebebiyle İcra Takiplerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi', (2020) (148) TBB Dergisi, 197-234.

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar-Ayvaz S ve Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku* (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2020).

Aslan V, 'COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu', (2020) LXXVIII (2), İstanbul Hukuk Mecmuası, 809-835.

Atalay O ve Özkes M, '7226 Sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu m.330 Hükmünü Uygulayan Cumhurbaşkanlığı Kararı (2279 Sayılı) Çerçevesinde Ortaya Çıkan Bazı Sorular ve Tartışmalara Cevaplar', in Muhammet Özkes (ed), Covid-19 salgınının Hukuki Boyutu-Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler, (On İki Levha 2020) 159-186.

Atalı M, Ermenek, İ ve Erdoğan, E: *İcra ve İflâs Hukuku* (3. Bası, Yetkin Yayınları 2020).

Atalı M ve Erdoğan E, 'COVID-19 Salgınının İcra ve İflâs Hukuku Alanına Etkileri', (2020) LXXVIII (2) İstanbul Hukuk Mecmuası, 395-416.

Boran Güneysu N, Nilüfer Boran Güneysu, 'İcra Takip İşlemleri' (2012) (101), 31-60.

51 Yargıtay 12. HD, E 2021/3183, K 2021/4769, T 17.05.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 24.08.2021).

- Boran Güneysu N, *İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri* (Yetkin Yayınları 2020).
- Çiftçi P, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi* (Adalet 2010).
- Dönmez M, *İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi* (Vedat Kitapçılık 2010).
- Kiraz T Ö, 'Fevkalâde Hallerde Mühlet ve Tatil (İİK. md.317-330)', (2000) 73 (2) Manisa Barosu Dergisi 7-20.
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku*, C. II (3. Baskı, Evrim 1990).
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (2. Baskı, Adalet 2013) (El Kitabı).
- Namlı M, *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Oskay M, Koçak, C, Deyneki A ve Doğan A, *İİK Şerhi (Madde 100-176/b)*, C. 3 (Turhan Kitapevi 2007).
- Özekes M, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, (Adalet 2009) (Temel Haklar).
- Pekcanitez H, '4949 sayılı Kanun'la, İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2003) (49) TBB Dergisi 137-258 (Değerşiklik).
- Pekcanitez H, '2279 sayılı Cumhurbaşkanını (Fevkalâde Mühlet) Kararı ile 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi, in Muhammet Özekes (ed), Covid-19 salgınının Hukuki Boyutu-Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler (On İki Levha 2020) 143-157 (Covid).
- Pekcanitez H ve Erişir E, 'Koronavirüs (Covid-19) Salgınına Karşı Alınan, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukunu İlgilendiren Önlemler' (Legal Blok, 3 Haziran 2020) < <https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salginina-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iflas-hukukunu-ilgilendiren-onlemler/> > Erişim Tarihi 14 Şubat 2020.
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin-Özkan M ve Özekes M, *İcra ve İflas Hukuku* (7. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Yılmaz E, 'Olağanüstü Durumlarda Borçlulara Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması', (1977) IX BATIDER 153-191.
- Yılmaz E, *İcra ve İflâs Kanunumuz Yine Değiştii* (değerşikliklere ilişkin bazı düşünceler) (1989) (1) ABD, 105-135 (Değerştii).

İnternet Alan Adı (Domain) Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler: UDRP, URS ve TRABİS Karşılaştırması

Alternative Methods for Resolving Internet Domain Name Disputes: A Comparative Review of the UDRP, the URS and the TRABİS

Mehmet Bedii Kaya* 

ÖZ

Alan adları (*domainler*), internet ortamında yer alan bir içeriği pratik olarak konumlandırmak amacıyla kullanılan kısa yollardır. Alan adları, belge değişimi veya fiziksel temasın kısıtlı olduğu, kimlik teyidinin olmadığı otomatikleştirilmiş bir süreçle gerçekleştirilmektedir. İnternetin ticari amaçla kullanımının öne çıkmasıyla birlikte alan adlarının maddi değeri artmıştır. Bunun bir neticesi olarak, başkalarına ait markalarla aynı veya benzer nitelikteki alan adlarını yüksek bir meblağ karşılığında satmak, marka sahibinin alan adını kullanmasını engellemek, alan adının esasen ticari rakiplerin işlerine ya da faaliyetlerine zarar vermek, alan adıyla karışıklık meydana getirmek suretiyle başka siteye yönlendirmek gibi kötü niyetli davranışları içeren *cybersquatting* olarak da adlandırılan yeni bir haksız fiil türü ortaya çıkmıştır. İnternet ortamında markadan kaynaklanan hakların etkin korunması için ICANN tarafından iki uyuşmazlık çözüm mekanizması geliştirilmiştir: Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) ile Uniform Rapid Suspension (URS). Ayrıca, ülke kodlu üst düzey alan adları için farklı ülkeler kendi özel uyuşmazlık çözüm usüllerini devreye almıştır. Örneğin, Türkiye TR üst düzey alan adı için TRABİS isimli müstakil bir uyuşmazlık çözüm usülü geliştirmiştir. Bu çalışmada, UDRP ve URS usülleri etraflıca incelenecektir. UDRP ve URS incelemesinden sonra ise TR üst düzey alan adları için uygulamaya alınacak olan TRABİS usülü incelenecektir. Çalışmanın amacı TR alan adlarına ilişkin getirilen uyuşmazlık çözüm mekanizmasının uluslararası kurallarla ne kadar benzeştiği ve ne oranda farklılaştığını ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: Alan Adı, Uyuşmazlık, Marka, Haksız İşgal, UDRP, URS, TRABİS

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Ana Bilim Dalı, ORCID: 0000-0001-5256-9854

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Mehmet Bedii Kaya

E-posta/E-mail: mehmet@mbkaya.com

Geliş Tarihi/Received: 15.09.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 14.11.2021

ABSTRACT

Domain names are practical shortcuts that are used to locate Internet content. Domain names are registered through automated processes in which document exchange or physical contact is limited and does not require identity verification. As a consequence of the commercialisation of the Internet, the financial value of domain names has substantially increased. Hence, a new type of tort, so-called cybersquatting, has emerged, which is comprised of the registration of a domain name in bad faith primarily for the purpose of selling, renting or otherwise transferring it for valuable consideration; in order to prevent the owner of the trademark from reflecting the mark in a corresponding domain name; primarily for the purpose of disrupting the business of a competitor; in order to intentionally attract commercial gain by creating a likelihood of confusion with the trademark. Two dispute resolution mechanisms have been developed by ICANN for effective protection of trademark rights on the Internet: Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) and Uniform Rapid Suspension (URS). Furthermore, various countries have developed their own special dispute resolution procedures for country code top-level domains. For example, Turkey has developed a stand-alone dispute resolution procedure called TRABIS for the TR top-level domains. In this study, the UDRP and URS methods will be analysed in detail. After the UDRP and URS review, the TRABIS will be scrutinised. The main objective of this article is to map out the similarities of the TRABIS with the UDRP and URS and distinguish the sui generis features of the TRABIS.

Keywords: Domain, Dispute, Trademark, Cybersquatting, UDRP, URS, TRABIS

GİRİŞ

Alan adları (domainler) internet ekosisteminin en kritik bileşenleridir. IP adreslerinin kullanımının pratik olmaması sebebiyle önceleri bir internet ağında bir içeriğe alternatif erişim yöntemi olarak geliştirilen alan adları, artık internet ortamında gezinmenin ve bilgiye erişmenin en temel aracı haline gelmiştir.¹

Alan adlarının tescili kural olarak belge değişimi veya fiziksel temasın kısıtlı olduğu, kimlik teyidinin olmadığı otomatikleştirilmiş bir süreçle gerçekleştirilmektedir. Beyan usûlüne göre işleyen ve otomatikleştirilmiş bu süreç sayesinde alan adlarının sayısı bu denli artmaktadır. Bazı alan adı uzantılarında kimliği teyit veya mesleği teyit için belge talep ediliyor olsa da genel kural belgesiz, otomatik tescildir. Yılda 300 milyonu aşkın alan adı kaydedilmektedir.

Alan adları, hiyerarşik olarak yapılandırılmıştır ve bu hiyerarşinin en üstünde top-level domain olarak adlandırılan üst düzey alan adları yer almaktadır. Üst düzey alan adları, sınırlı sayı prensibine göre internetin yönetiminden sorumlu kurum olan İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu (ICANN) tarafından kararlaştırılmış kurallara göre belirlenmiştir.

Alan adları jenerik (*generic top-level domain names*) ve ülke kodlu (*country code top-level domain names*) olmak üzere iki temel kategoride yapılandırılmıştır. Her alan adı için asgari bir nokta (.) işaretine ihtiyaç bulunmaktadır. Alan adında noktanın sağında kalan kısım uzantı (*top-level domain*),

1 DNS olarak da adlandırılan bu sistemin tarihsel gelişimi için bkz. Johnny Ryan, A history of the Internet and the digital future, Reaktion Books, 2010, 100.

solunda kalan kısım ise (*second-level domain*) olarak adlandırılmaktadır. Bu şekilde alan adları hiyerarşide konumlanabilmektedir.

İnternetin ticari amaçla kullanımının öne çıkmasıyla birlikte alan adları özel bir maddi değeri haiz olmuştur. Alan adları marka olarak tescil edilmeye başladığı gibi, markaların da alan adı olarak alınması ve kullanılması gibi durumlar ortaya çıkmıştır.² Bunun bir neticesi olarak da başkalarına ait markaları satmak amacıyla alan adı olarak tescil eden veya satmak amacı olmaksızın salt marka sahibinin kendi markasına ilişkin alan adlarını kullanmasını engellemek için tescil eden yeni bir haksız fiil türü ortaya çıkmıştır.

Cybersquatting olarak adlandırılan bu kötü amaçlı tescil ve kullanım internet ekosisteminin en büyük tehditlerinden birisidir.³ Bu tehdiye karşı ve internetin dinamikliği dikkate alınarak ICANN tarafından üst düzey alan adlarına ilişkin özel iki uyuşmazlık çözüm mekanizması geliştirilmiştir: Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) (*Alan Adı Uyuşmazlıklarının Yeknesak Çözüm Politikası*) ile Uniform Rapid Suspension (URS) (*Yeknesak İvedi Askıya Alma Politikası*). Ayrıca, ülke kodlu üst düzey alan adları için farklı ülkeler kendi özel uyuşmazlık çözüm usüllerini devreye almıştır. Örneğin Türkiye, TR üst düzey alan adları için TR Ağ Bilgi Sistemi (TRABİS) isimli müstakil bir uyuşmazlık çözüm usülü geliştirmiştir.

Bu çalışmada UDRP ve URS isimli uyuşmazlık çözüm usülleri etraflıca ele alınacaktır. Çalışmada, UDRP ve URS usüllerinin hem usüle hem de esasa ilişkin kuralları ele alınacak, iki usül arasındaki farklar tespit edilecek ve bu çözüm usüllerinin etkinliği değerlendirilecektir. UDRP ve URS incelemesinden sonra ise TR üst düzey alan adları için uygulamaya alınacak olan TRABİS usülü incelenecektir. Çalışmanın amacı TR alan adlarına ilişkin getirilen uyuşmazlık çözüm mekanizmasının uluslararası kurallarla ne kadar benzeştiği ve ne oranda farklılaştığını ortaya koymaktır. Bu tespitler ışığında özellikle UDRP gibi bir usül takip etmek yerine müstakil bir politika geliştirmenin yerindeliği sorgulanacaktır. Çalışmanın amacı ve kapsamı dikkate alınarak, fikri mülkiyet hukukuna, özellikle de markalara ilişkin derinlemesine bir tartışma yapılmayacak olup konu internet hukuku tartışmalarıyla sınırlı tutulacaktır.

I. UNIFORM DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION POLICY (UDRP) (ALAN ADI UYUŞMAZLIKLARININ YEKNESAK ÇÖZÜM POLİTİKASI)

UDRP politikası 1999 yılında ICANN tarafından yürürlüğe koyulmuştur.⁴ 2021 yılı itibarıyla, ICANN tarafından akredite edilmiş tüm alan adı tescil kuruluşları (*registrar*) ile belirli ülke alan

2 Alan adı ile marka arasındaki ilişki için bkz. Zeynep Yasaman, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali, On İki Levha Yayıncılık, 2020, 142-160.

3 İnternet ortamının düzenlenmesine ilişkin genel bir konsensüs olmasa da marka sahiplerinin güçlü bir lobiye sahip olmasının daha internetin geliştiği ilk dönemlerde marka sahiplerini koruyucu böyle kapsamlı ve bağlayıcı bir düzenlemeye imkân verdiği belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Jacqueline Lipton, Internet Domain Names, Trademarks and Free Speech, Edward Elgar, 2010, 41.

4 ICANN, 'Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP)' <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en> (Son Erişim Tarihi 22.11.2021).

adlarını yöneten kuruluşlar tarafından uygulanmaktadır. UDRP politikasının amacı, alan adını kaydeden son kullanıcı ile bu alan adı sebebiyle hak iddiasında bulunabilecek üçüncü kişilerin arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin usûl ve esasları belirlemektir.⁵ UDRP, internetin ticarileşmesinin ve alan adlarının bir mülkiyet olarak kolektif değerinin farkına varılmasının bir neticesi olarak oluşturulmuştur.⁶ UDRP, kendi özgün kuralları sebebiyle *lex digitalis* olarak da adlandırılmaktadır.⁷

UDRP, çerçeve bir politikaadır. Alan adlarıyla ilgili kurallar, içtihatlarla ve Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) ve ICANN uygulamalarıyla şekillenmektedir.⁸ İlk UDRP başvurusu 9 Aralık 1999 tarihinde worldwrestlingfederation.com alan adı için yapılmış olup 14 Ocak 2000 tarihinde WIPO tarafından bu başvuru başvuran lehine karara bağlanmıştır.⁹

UDRP, alan adı sahipleri ile alan adı tescil kuruluşları arasında uygulanan tek düzenleme değildir. Alan adı tescil kuruluşları pekâlâ buldukları ülkenin hukuk kurallarına veya kendi tescil politikalarına uygun şekilde ilave kurallar koyabilirler ve alan adı sahiplerine UDRP’de yer almayan ilave bir yükümlülük getirebilirler. Her halükârda bir alan adı kaydedildiği zaman kayıt yapan son kullanıcı şu beyanlarda bulunmaktadır:

- (a) Kayıt sözleşmesinde paylaştığı bilgilerin tam ve doğru olduğunu,
- (b) Bu alan adını kaydetmek herhangi bir üçüncü kişinin hakkına hanel getirmedeğini veya üçüncü kişinin hakkını başka bir şekilde ihlal etmediğini,
- (c) Alan adının hukuka aykırı amaçlarla tescil edilmediğini,
- (ç) Alan adını uygulanabilir herhangi bir hukuk kuralı veya düzenlemeyi ihlal edecek şekilde bilerek kullanılmadığını.¹⁰

UDRP, bir alan adına ilişkin hangi durumlarda hak iddiasında bulunabileceğini etraflıca düzenlemiştir. UDRP kapsamında bir alan adı kullanımının durdurulması veya transferinin talep edilebilmesi için şu üç koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.¹¹

5 UDRP (n 4) Madde 1.

6 Kenneth Merrill, ‘Domains of Control: Governance of and by the Domain Name System’ in Francesca Musiani, Derrick L Cogburn, Laura DeNardis, Nanette S Levinson (Eds), *The Turn to Infrastructure in Internet Governance*, Palgrave Macmillan, 2016, 96; Yeni domain uzantılarının kullanıma sunulması da marka sahiplerinin haklarının etkin şekilde korunmasına yönelik politik tartışmalar sebebiyle yavaş ilerlemiştir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Milton Mueller, *Ruling the Root – Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, MIT Press, 2002, 193.

7 Matthias C Kettmann, *The Normative Order of the Internet*, OUP, 2020, 219.

8 Bkz. WIPO, ‘*WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition*’ (WIPO Jurisprudential Overview) <https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0/> (Son Erişim Tarihi 16.05.2021); UDRP politikası öncesi WIPO’nun alan adları ihtilaflarına ilişkin yaklaşımı için bkz. Tekin Memiş, ‘Internet Alan İsimleri Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu’, 1999, 19(1-2), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 513-527.

9 Andrew Murray, *The Regulation of Cyberspace Control in the Online Environment*, Routledge-Cavendish, 2007, 112.

10 UDRP (n 4) Madde 2.

11 UDRP (n 4) Madde 4.

1. Alan adı, ticari bir marka veya hizmet markası ile aynı veya iltibasa mahal verecek şekilde benzer olmalıdır (*identical or confusingly similar*).
2. Alan adını tescil edenin, alan adı üzerinde hiçbir hakkı veya meşru menfaati bulunmamalıdır (*legitimate rights or interest*).
3. Alan adı, kötü niyetli olarak tescil edilmiş ve kullanılmış olmalıdır (*bad faith*).

Bir alan adının salt bir markayla benzer olması, alan adının sicilden terkinin veya hak iddia eden kişiye transfer edilmesi için tek başına yeterli değildir. Keza meşru bir amacı olmasa bile kötü niyetli tescil ve kullanım ispat edilemezse talep neticesiz kalacaktır. Diğer bir deyişle, yukarıda sayılan üç koşul aynı anda oluşmadığı takdirde alan adına ilişkin talep başarısız olacaktır.

UDRP politikası uyarınca hak taleplerinde ispat külfeti iddia eden üzerinedir. Kişi veya kuruluş, tescil edilmiş bir alan adının ticari markasıyla aynı veya iltibasa mahal verecek şekilde benzer olduğunu; üstelik bu alan adını tescil eden kişinin alan adı üzerinde hiçbir hakkı veya menfaati olmadığını ve hem tescilin hem de kullanımın kötü niyetli olduğunu ispat etmekle yükümlüdür.

A. BENZERLİK KRİTERİ

Bir alan adına ilişkin UDRP politikasına göre talepte bulunabilmek için alan adının ticari bir marka veya hizmet markası ile aynı veya iltibasa mahal verecek şekilde benzer olması gerekmektedir. WIPO tarafından açıklandığı üzere, bu markanın tescilli veya tescilsiz olması veya markanın hangi hukuk düzeninde korumaya sahip olduğu da önemli değildir.¹²

Alan adı ihtilaflarında top-level-domain (TLD), diğer bir deyişle alan adının sonundaki com, net, org gibi kısaltmalar markaya ilişkin benzerliğin tespitinde dikkate alınmalı mıdır? Kural olarak TLD standart bir tescil koşulu olduğu için TLD uzantısının markaya ilişkin benzerlikte dikkate alınmaması gerektiği belirtilmektedir meğerki TLD bir markanın bir kısmını oluşturursun.¹³

Markayla aynı olmak kolay şekilde çözülecek bir ihtilaftan benzerliğin çözülmesi farklı parametrelerin dikkate alınmasını gerektirmektedir. Özellikle kasten yazım hataları yapılması (*typo-squatting*),¹⁴ küçük ve büyük harf kullanımında sıkça karıştırılan harflerin kullanılması (I v l gibi), markanın tercümesinin kullanılması (*transliteration*), klavyedeki dizilişin ve yazım alışkanlıklarının taklit edilmesi gibi durumlar sebebiyle her somut olayda benzerliğe ilişkin müstakil değerlendirme

12 WIPO Jurisprudential Overview (n 8) Bölüm 1.1.

13 WIPO Jurisprudential Overview (n 8) Bölüm 1.11.1.

14 Kasperky, 'What is Typosquatting? - Definition and Explanation' <https://www.kaspersky.com/resource-center/definitions/what-is-typosquatting> (Son Erişim Tarihi 16.05.2021).

yapılması gerekmektedir.¹⁵ Alan adının bütüncül işitsel hali ve fonetik mukayesesi de bu aşamada benzerliğin tespiti için kullanılan kriterlerdir.¹⁶

B. HAK VEYA MEŞRU MENFAAT KRİTERİ

Bir alan adının bir markayla aynı veya iltibasa mahal verecek şekilde benzer olduğunun tespitinden sonra ispat edilmesi gereken ikinci husus alan adını tescil edenin alan adı üzerinde bir hakkı veya menfaati olmadığıdır. UDRP, hak veya meşru menfaate ilişkin yol gösterici bazı örnekler içermektedir. UDRP politikasına göre aşağıdaki durumların varlığında hak veya meşru menfaat varlığı kabul edilebilir:¹⁷

1. Uyuşmazlığa ilişkin bildirim yapılmadan önceki dönemde, alan adını kaydeden kişinin alan adı veya alan adına tekabül eden bir ismi iyi niyetli olarak mal veya hizmetlerin sunumuna yönelik mevcut kullanımı veya ispatı mümkün bir kullanım hazırlığının olması;
2. Kişinin (birey, ticari kuruluş veya diğer bir yapı olarak), herhangi bir ticaret markası veya hizmet markası olmamasına rağmen alan adı ismiyle biliniyor olması;
3. İhtilafa konu marka veya hizmet markasının ticari bir kazanç amacıyla tüketicileri yanlış şekilde yönlendirmek veya markayı veya hizmet markasını kötülemek amaçlarıyla kullanılmaksızın, alan adının meşru ticari olmayan veya adil bir kullanımının olması.¹⁸

UDRP sürecini başlatan taraf, diğer bir deyişle markanın hak sahibi, alan adını kaydeden kişinin alan adını kullanmaya yönelik hiçbir hakkı veya meşru menfaati olmadığını ispatlamakla yükümlüdür. Bir hakkın veya meşru menfaatinin olmadığını ispatı menfi vakıa ispatıdır ve benzerlik ve iltibasın ispatına göre, diğer bir deyişle müspet bir vakıanın ispatından nispeten daha zordur.¹⁹

UDRP tarafından yukarıda sayılan durumlarda dahi hak sahipliği veya meşru menfaate ilişkin mutlak bilgi, esasında alan adı sahibinin uhdesindedir. İspat külfetinin marka sahibinde olması burada bir çıkmaza yol açmaktadır.

15 Yaygın aldatma teknikleri olarak şunlar gösterilebilir: yazım yanlış, kasten hatalı yazım, fonetik benzerlik, görsel benzerlik, kavramsal/fikri benzerlik, genel konsept benzerliği/uygulanabilir testler, bazı harflerin eklenmesi veya çıkartılması, kısaltmalar, kelimeler içerisinde rakam kullanımı, coğrafik kavram, ek kötüleyici ifadeler, ek nötr veya isimsiz kavramlar, işaretlerle, markalarla, jenerik kavramlarla veya coğrafi kavramlarla kombine edilmiş markalar, markanın baskın olmayan kısmının silinmesi, www gibi ön-ekler veya son-ekler eklemek, özel karakterler eklemek. Bkz. Categorization of UDRP decisions administered by the CAC https://udrp.adr.eu/arbitration_platform/categorization_of_decisions.php (Son Erişim Tarihi 22.11.2021).

16 WIPO Jurisprudential Overview (n 8) Bölüm 1.7.

17 UDRP (n 4) Madde 4.

18 Bu tür meşru menfaatlere tüketici şikâyet siteleri örnek olarak gösterilebilir.

19 Menfi vakıa "(...) hukuki sonucun, bir vakıanın mevcut olmamasına, gerçekleşmemesine veya bir süreç ya da kişi hakkındaki değer yargısının somut duruma uygun olmamasına bağlandığı durumlarda koşul vakıa (...)" olarak ifade edilmektedir. Bkz. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, 2017, 1629; ayrıca bkz. WIPO Jurisprudential Overview (n 8) Bölüm 2.

Girişte belirtildiği üzere, alan adı tescil süreçleri kural olarak kimlik teyidi gerektirmeyen veya fiziksel temasın zorunlu olmadığı otomatikleştirilmiş bir süreçle gerçekleştirilmektedir. Alan adı tescillerinde gerçek bilgilerin veya güncel kişisel verilerin paylaşılması zorunlu değildir. Bunun bir neticesi olarak, hatalı ve yanlış bilgilerin alan adı sahibi kısmına girilmesi durumuyla sıklıkla karşılaşmaktadır.

Bir alan adının kime ait olduğu nasıl tespit edilir? Bir alan adının sahibi, WHOIS olarak adlandırılan kamuya açık rehberlerde sorgulama yapılarak belirlenebilmektedir. Örneğin, <https://who.is> isimli web sitesinden “google.com” alan adı sorgulandığında bu alan adının kimin tarafından ne zaman tescil edildiği, tescil süresinin ne zaman sona ereceği, alan adının hangi sunucuya yönlendirildiğini gösteren sunucu bilgileri görüntülenebilmektedir. Lakin üçüncü taraflarca sunulan özel alan adı gizleme hizmetleriyle, alan adı sahibine ait bilgilerin tamamen gizlenmesi mümkündür. Proxy hizmetleri sayesinde kişisel veriler gizlenerek özel olarak oluşturulmuş maskeli bilgiler WHOIS kaydında güncellenmektedir.

UDRP süreci başlatılması durumunda bazı proxy hizmet sağlayıcılar gerçek alan adı sahibini paylaşırken bazı proxy hizmet sağlayıcılar kişisel verilerin korunması mevzuatları sebebiyle ancak UDRP sürecinde bu bilgiyi paylaşmaktadır. WHOIS bilgisinde görünen kişinin UDRP sürecinde karşı taraf olarak tanımlanması sürecin işletilmesini engellememektedir. Keza, gerçek alan adı sahibi (*underlying registrant*) tespit edildikten sonra düzeltme talebinde bulunularak gerçek alan adı sahibine talebin yöneltilmesi mümkündür.²⁰

WHOIS veri tabanının özellikle kişisel verilerin korunması bağlamında tamamen kapatılması gerektiğini ileri sürenler olduğu gibi, siber suçlarla mücadele amacıyla bu sicilın daha etkin hâle getirilmesini ve kimlik doğrulama yöntemiyle alan adı kaydı yapılması gerektiğini savunanlar da vardır. Bu konudaki tartışmalar özellikle Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (*General Data Protection Regulation*) (“GDPR”) düzenlemesinin yürürlüğe girmesiyle daha da alevlenmiştir.²¹ Esasında kişisel verilerin korunması hukuku açısından, bir kişinin marka hakkının korunması için UDRP gibi alternatif uyuşmazlık çözümü sürecini başlatmak için kişisel verileri işlemesi, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması ve hatta veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması gibi farklı hukuki işleme sebeplerine dayandırılabilirse de bu konuda henüz tüm hakları dengeleyecek bir orta yol bulunmamıştır.

Avrupa Birliği bünyesinde ve GDPR düzenlemesine tabi olarak faaliyette bulunan alan adı tescil kuruluşları yurtdışına veri aktarımına ilişkin kısıtlamaları gerekçe göstererek WHOIS bilgilerini “REDACTED FOR PRIVACY” şeklinde kısıtlamaktadır. Bu durumda dahi Proxy hizmetlerinde olduğu gibi doğrudan UDRP sürecinin başlatılması mümkün olacaktır.

Peki, marka sahibi alan adı kim tescil ettiğini bilmeden o kişinin bir hak sahibi olmadığı veya meşru menfaati olmadığını nasıl ispat edecektir? İspat külfetinin marka sahibi üzerinde olması teknik olarak yerinde midir?

20 WIPO Jurisprudential Overview (n 8) Bölüm 4.4.1.

21 ICANN, ‘Data Protection/Privacy Issues’ <https://www.icann.org/dataprotectionprivacy> (Son Erişim Tarihi 22.11.2021).

UDRP sürecinde keşif yapılmamaktadır. Hakem veya hakemler kendilerine sunulan belgeler üzerinden karar vermektedir. Menfi ispatın (*proving a negative*) güçlüğüne dikkate alan WIPO, yerleşik içtihatları da dikkate alarak alan adını tescil eden kişinin bu alan adına ilişkin hakkı veya menfaati olmadığını ispat edici temel deliller ortaya koyabilirse, ispat külfetinin karşı tarafa, alan adını tescil eden kişinin üzerine geçeceğini kabul etmektedir.²² Bu şekilde marka sahibi *prima facie* bir bilgi veya belgeyle ispat külfetine ilişkin yukarıda izah edilen çıkmazdan bir nebze olsun kurtulmaktadır.

C. KÖTÜ NİYET KRİTERİ

Alan adı ihtilaflarında üçlü testin son aşaması kötü niyetin ispatıdır. Kötü niyetin ispatı için objektif bir kriter geliştirilmesi mümkün değildir. Yine de UDRP'de kötü niyetin ispatı için karinelere yer verilmiştir.²³

1. Alan adının, ticaret veya hizmet markası, ticaret unvanı, işletme adı veya kişi adı ya da diğer tanıtıcı işaretin sahibi olan şikâyetçiye veya şikâyetçinin ticari olarak rekabette bulunduğu tarafa, bu alan adının belgelenmiş tahsis masraflarını ve yatırım maliyetini aşan miktardaki bir meblağ karşılığında satma veya devretme amacıyla tahsis ettirilmiş olması,
2. Alan adının, ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretin sahibinin, bu marka, unvan, ad ya da işareti alan adında kullanmasını engellemek amacıyla tahsis ettirilmiş olması,
3. Alan adının, esasen ticari rakiplerin işlerine ya da faaliyetlerine zarar vermek amacıyla tahsis ettirilmiş olması,
4. İhtilaf konusu alan adının, ticari kazanç elde etmek amacıyla, şikâyetçinin sahibi olduğu ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaret ile benzerlik oluşturup karışıklık meydana getirerek internet kullanıcılarının alan adı sahibinin internet sitesine veya herhangi bir internet sitesine yönlendirilmesi amacıyla kullanılması.

UDRP politikasına göre marka sahibinin ispat etmesi gereken kötü niyet iki boyutludur: tescilde kötü niyet ve kullanımda kötü niyet. Dolayısıyla ispat külfeti hem tescili hem de kullanımı kapsamaktadır.

Alan adının tescil edilip hiç kullanılmadığı, herhangi bir web sitesi oluşturulmadığı, hatta bir web sitesine isim sunucularının yönlendirilmediği durumlarda kötü niyetin ispatı önemli bir sorundur. Böyle bir durumda alan adını tescil edenin kötü niyetini ispat etmeye yönelik somut bir veri olmadığı için UDRP uygulamasında ciddi tartışmalar yaşanmaktadır.

²² WIPO Jurisprudential Overview (n 8) Bölüm 2.1.

²³ UDRP (n 4) Madde 4; Kötü niyete ilişkin kapsamlı bir inceleme için bkz. Ayça Zorluoğlu, 'Alan Adlarında Kötü Niyet Kavramı', 2012, 2(1) 2012, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 67-84.

WIPO, “pasif elde tutma doktrini” (*passive holding doctrine*) olarak nitelendirdiği bu durumda UDRP içtihatlarından yola çıkarak yine de kötü niyetin ortaya koyulabileceği görüşündedir.²⁴ WIPO’ya göre, her bir UDRP uyuşmazlığında şu hususlar pasif elde tutma doktrini için kullanılabilir:

1. Müştekinin markasının, ihtilafa konu alan adıyla ayırt ediciliğinin ve markanın bilinirliğinin derecesi;
2. Şikâyet edilenin herhangi UDRP başvurusuna yanıt vermemesi veya iyi niyetli kullanıma ilişkin mevcut veya muhtemel bir delil sağlamaması;
3. Şikâyet edilenin kimliğini gizlemesi veya sahte iletişim bilgileri kullanması (ki bu durum alan adı tescil anlaşmasının da ihlalidir)
4. Herhangi bir iyi niyetin ortaya koyulmasının mantıksızlığı.

Pasif elde tutma doktrini için her somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.²⁵ Bu doğrultuda, bu doktrinin içtihatlarla gelişimi UDRP hakemlerinin alan adı uyuşmazlıklarında takdir yetkisini geniş kullandıklarının bir göstergesidir.

Ç. UDRP USÛLÜ

UDRP uyuşmazlıkları ICANN tarafından akredite edilen kuruluşlar nezdinde çözüme kavuşturulmaktadır. Marka sahibi, markasını tescil ettiği ülke veya fiilen faaliyet gösterdiği bölgeyle bağlı olmaksızın dilediği kuruluş nezdinde süreci başlatma yetkisini haizdir. ICANN tarafından yetkilendirilmiş güncel kuruluşlar şunlardır:

1. Arab Center for Dispute Resolution²⁶
2. Asian Domain Name Dispute Resolution Centre²⁷
3. Canadian International Internet Dispute Resolution Centre (CIIDRC)²⁸
4. The Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes²⁹
5. National Arbitration Forum³⁰
6. WIPO³¹

24 WIPO Jurisprudential Overview (n 8) Bölüm 3.3.

25 Bu doktrinin kullanıldığı güncel bir örnek için bkz. WIPO Arbitration and Mediation Center, Administrative Panel Decision, Ferrari S.p.A v. Contact Privacy Inc. Customer 124.767.6738/Warren Welsh, Revolution.app Case No. D2020-3537. Bkz. <https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/text/2020/d2020-3537.html> (Son Erişim Tarihi 22.11.2021)

26 Arab Center for Dispute Resolution, <http://acdr.aipmas.org/default.aspx> (Son Erişim Tarihi 22.11.2021).

27 Asian Domain Name Dispute Resolution Centre, <https://www.adndrc.org> (Son Erişim Tarihi 22.11.2021).

28 Canadian International Internet Dispute Resolution Centre (CIIDRC), <https://ciidrc.com> (Son Erişim Tarihi 22.11.2021).

29 The Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes, <https://adr.eu/index.php> (Son Erişim Tarihi 05.06.2021).

30 National Arbitration Forum, <https://www.adrforum.com/domain-dispute> (Son Erişim Tarihi 05.06.2021).

31 WIPO, <https://www.wipo.int/portal/en/> (Son Erişim Tarihi 05.06.2021); WIPO, ilk yetkilendirilen UDRP kuruluşudur. WIPO, BM ve ABD arasında devam eden internetin yönetimine ilişkin süregelen politik gerilimde bir nevi hakem olarak

UDRP başvurusu otomatik ihtiyati tedbir içermektedir. UDRP başvurusu yapıldığı andan itibaren iki gün içerisinde alan adına transfer yasağı koyulmaktadır. Başvuru yapıldıktan sonra usûli ilk inceleme yapılır ve hakem atama süreci gerçekleştirilir. Tek hakem veya üçlü hakem heyeti seçimine göre uyuşmazlık çözüm maliyeti 2000 dolar ile 5000 dolar arasında değişmektedir. UDRP yargılaması İngilizce dışında dillerde de yapılmaktadır ve başvuruda beş bin kelimeye kadar içeriğin sunulması mümkündür.

UDRP kararları kesindir ve bu kararlara karşı bir itiraz mercii yoktur. Verilen karar neticesinde talep kabul edilerek alan adı ya transfer edilmekte ya da talep reddedilerek koyulan otomatik transfer yasağı kaldırılmaktadır.

II. UNIFORM RAPID SUSPENSION (URS) (YEKNESAK İVEDİ ASKIYA ALMA POLİTİKASI)

UDRP sürecinin başlatılması alan adının kullanımına bir kısıtlama getirmemektedir. İnceleme süresince alan adının transfer edilmesi yasaklanmakla birlikte bu otomatik ihtiyati tedbir alan adı kullanılarak internet ortamında yayın yapılmasına engel olmamaktadır. Alan adı, ancak nihai hakem kararıyla iptal edilmekte veya transfer edilmektedir.

UDRP alan adları uyuşmazlıklarının çözümü için önemli katkılar sunsa da çok etkin bir usûl değildir. Bu prosedür yaklaşık iki ay sürmektedir. Keza UDRP maliyetli bir süreçtir ve her bir alan adı için yaklaşık 5000 dolara yakın bir maliyete katlanmak gerekmektedir.

Yeni üst düzey alan adları uzantılarının (*new TLDs*) kullanıma sunulmasıyla birlikte internet ortamında marka haklarının korunmasına ilişkin daha dinamik bir yöntem olan ihtiyaç belirgin hale gelmiştir. 2010 yılında yeni alan adı uzantılarının kullanılmaya başlanmasıyla birlikte alan adları ihtilaflarının çözümü için ICANN tarafından 2013 yılında *Uniform Rapid Suspension* (“URS”) isimli yeni bir usûl getirilmiştir.³² Nihayetinde yeni uzantılarda özel koruma mekanizmaları geliştirilmiş olsa da (*sunrise* sürecinde marka koruması gibi) binlerce uzantı alternatifinin olması sebebiyle ihtilaflar kaçınılmaz hale gelmiştir.

URS sürecinin getirilmesiyle birlikte UDRP kaldırılmamıştır. Her iki usûl de yürürlükte ve aynı anda uygulanmaktadır. Alan adlarının tescili ve kullanımıyla haklarının ihlal edildiğini ileri süren kişiler dilerse UDRP dilerse URS yöntemlerini ayrı ayrı veya beraber işletebilirler.³³ Belirtmek gerekir ki ne UDRP ne de URS usûllerinin kullanılması bir mahkeme veya makam nezdinde hak aramaya hâle getirmemektedir. Bu usûller internet hukukuna özgü usûllerdir.

Tıpkı UDRP başvurusu gibi URS başvurusunun da başarıyla neticelenmesi için markanın benzer veya iltibasa yol açacak nitelikte olması, alan adını tescil edenin alan adına ilişkin bir hakkı veya

gör÷lmüştür. Roxana Radu, *Negotiating Internet Governance*, Oxford University Press, 2019, 91.

32 ICANN, ‘*Uniform Rapid Suspension System (URS)*’ <https://newgtlds.icann.org/en/applicants/urs/procedure-01mar13-en.pdf> (Son Erişim Tarihi 21.05.2021).

33 WIPO Jurisprudential Overview (n 8) Bölüm 4.22.

meşru menfaatinin olmaması ve hem tecilin hem de kullanımın ispatlanması gerekmektedir.³⁴ Hem UDRP hem URS benzer kurallar getirmektedir. URS usulünün UDRP usulünden ayrıldığı temel nokta ispat külfetine ilişkindir.

UDRP, başvurucuya katı bir ispat külfeti yüklerken URS nispeten daha hafif bir ispat külfeti getirmektedir. Şöyle ki, URS başvurusunda “açık ve ikna edici deliller” ortaya konulduğu takdirde başvurucu lehine bir karar alınabilecektir.³⁵ URS sürecinin sonunda alan adı ne transfer edilmektedir ne de sicilden terkin edilmektedir. URS usülüyle bir alan adının tescil süresince geçici olarak durdurulmasını sağlanmaktadır. Duruma göre bu askıya alınmanın bir yıl kadar daha uzatılması mümkündür. Bu sebeple, nispeten daha hafif bir ispat külfetiyle alan adından kaynaklanan hukuka aykırılığın önlenmesi için özel bir tedbir alınması mümkün olabilmektedir. UDRP süreci sekiz hafta sürebilirken URS süreci üç haftada neticelenebilmektedir. Bazı durumlarda hakemler kararlarını daha kısa sürede de açıklayabilmektedir.

Bir alan adına ilişkin aynı anda hem UDRP hem de URS usullerinin işletilmesi mümkündür. UDRP kararı verilmeden evvel URS kararının verilmesi mümkündür. Peki, URS kararı UDRP hakemleri için bağlayıcı mıdır?

Yukarıda belirtildiği üzere UDRP ve URS süreçlerinin esasa ilişkin kuralları aynı olsa da ispat kuralları başta olmak üzere usüle ilişkin düzenlemeleri farklıdır. WIPO, her iki sürecin de bağımsız süreçler olduğundan hareketle URS kararlarının UDRP için bağlayıcı olmadığı görüşündedir.³⁶ Esasında, UDRP esas dava, URS internet hukukuna özgü bir ihtiyati tedbir niteliğindedir. Bu sebeple, WIPO'nun yaklaşımı yerindedir.

URS, info, org, pro, tel, asia gibi yeni jenerik üst düzey alan adlarıyla pw gibi bazı ülke kodlu üst düzey alan adlarına uygulanmaktadır. 2021 yılı itibarıyla üç kuruluş URS hizmet sağlayıcı olarak ICANN tarafından yetkilendirilmiştir. Bu kuruluşlar şunlardır:

- Asian Domain Name Dispute Resolution Centre (ADNDRC)³⁷
- MFSD³⁸
- National Arbitration Forum (NAF)³⁹

Önceki bölümde belirtildiği üzere UDRP, uyuşmazlık çözüm usulü olarak alternatif bir yöntem olarak geliştirilmiştir. Ancak zamanla baş edilmesi gereken alan adı sayısı arttığı için UDRP de nispeten pahalı bir yöntem olmuştur. Bu yüzden URS usulü özel olarak tercih edilmeye başlanmıştır.

34 URS (n 32) Bölüm 8.

35 Orijinal metin: “The burden of proof shall be clear and convincing evidence.” Bkz. URS (n 32) Bölüm 8.2.

36 WIPO Jurisprudential Overview (n 8) Bölüm 4.22.

37 ADNDRC, <https://www.adndrc.org> (Son Erişim Tarihi 10.05.2021).

38 MFSD, <https://urs.mfsd.it> (Son Erişim Tarihi 17.06.2021).

39 ADR Forum, <https://www.adrforum.com> (Son Erişim Tarihi 17.06.2021).

UDRP usûlünün aksine URS yöntemi nihai bir hukuki çare değil; geçici bir tedbir niteliğindedir. URS kararının sonunda alan adı transfer edilmez, sadece tescil süreci boyunca askıya alınır. URS kararlarına UDRP kararlarının aksine itiraz mümkündür. Aynı usûlle kararın gözden geçirilmesi talep edilmektedir.

Şekli açıdan da URS usûlü farklılıklar içermektedir. UDRP usûlünü işletmek için İngilizce dışında da başvuru kabul edilirken URS sadece İngilizce dilinde gerçekleştirilmektedir. Keza UDRP başvurusunda beş bin kelimeye kadar başvuru dilekçesi sunulabilirken URS başvurusu beş yüz kelime ile sınırlıdır.

Özetle, URS yeni alan adı uzantılarına ilişkin geçici bir koruma sağlamak adına geliştirilmiş bir usûldür. Her ne kadar kısıtlı bir koruma da sağlasa, özellikle binlerce yeni alan adı uzantılarına karşı markaları korumak adına yine de önemli katkılar sunmaktadır.

III. ÜLKE KODLU ALAN ADLARINDA UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMLERİ

UDRP jenerik tüm üst düzey alan adlarında, URS ise sadece yeni üst düzey alan adlarında uygulanmaktadır. Her devletin, kendi ülke kodlu üst düzey alanında dilediği uyumsuzluk çözüm kurallarını uygulamak konusunda takdir yetkisi vardır.⁴⁰

Belirtmek gerekir ki UDRP genel kabul gören bir uyumsuzluk çözüm mekanizması halini almıştır. Bu sebeple, bazı devletler kendi kurallarını uygulamak yerine UDRP usûlünü uygulamayı tercih etmişlerdir.⁴¹ Dolayısıyla, bu tercihte bulunmuş ülke kodlarında aynı şekli usûl ve esaslara göre uyumsuzluklar çözülecektir ve kararlar bağlayıcı olarak uygulanacaktır.

Bazı devletler ise kendi uyumsuzluk çözüm mekanizmalarını geliştirmişlerdir. Bu tür politikalar da incelendiğinde genel olarak UDRP politikasından ilham alındığı ancak uyumsuzlukların yerel mahkemelerce veya hakemlerle çözüldüğü görülmektedir. Örneğin, Rusya UDRP benzeri bir politika geliştirmiş ancak uyumsuzluğun çözümünde Rus mahkemeleri yetkili kılınmıştır.⁴²

40 Farklı ülkelerin üst düzey alan adlarına ilişkin kapsamlı bir inceleme için bkz. Tamer Soysal, İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law), Adalet, 2014, 625 vd.

41 Bkz. AC (Ascension Island), AE and امارات (United Arab Emirates), AG (Antigua and Barbuda), AI (Anguilla), AO (Angola), AS (American Samoa), AU (Australia), BM (Bermuda), BO (Bolivia (Plurinational State of)), BR (Brazil), BS (Bahamas), BZ (Belize), CC (Cocos Islands), CD (Democratic Republic of the Congo), CH (Switzerland), CO (Colombia), CR (Costa Rica), CY (Cyprus), DJ (Djibouti), DO (Dominican Republic), EC (Ecuador), ES (Spain), EU (European Union), FJ (Fiji), FM (Micronesia (Federated States of)), FR (France), GD (Grenada), GE (Georgia), GT (Guatemala), HN (Honduras), IE (Ireland), IO (British Indian Ocean Territory), IR (Islamic Republic of Iran), KI (Kiribati), LA (Lao People's Democratic Republic), LC (Saint Lucia), LI (Liechtenstein), MA (Morocco), MD (Republic of Moldova), ME (Montenegro), MP (Commonwealth of the Northern Mariana Islands), MW (Malawi), MX (Mexico), NL (Netherlands), NR (Nauru), NU (Niue), PA (Panama), PE (Peru), PH (Philippines), PK (Pakistan), PL (Poland), PM (St Pierre and Miquelon), PN (Pitcairn Islands), PR (Puerto Rico), PW (Palau), PY (Paraguay), QA and رقط (Qatar), RE (Reunion Island), RO (Romania), SC (Seychelles), SE (Sweden), SH (St Helena), SL (Sierra Leone), SO (Somalia), TF (French Southern Territories), TJ (Tajikistan), TM (Turkmenistan), TT (Trinidad and Tobago), TV (Tuvalu), TZ (United Republic of Tanzania), UG (Uganda), VE (Venezuela (Bolivarian Republic of)), VG (Virgin Islands (British)), WF (Wallis and Futuna Islands), WS (Samoa), YT (Mayotte).

42 Sergey Vasiliev, Sergey Medvedev, 'Russia: Resolving domain name disputes and doing business online in Russia' <https://www.worldtrademarkreview.com/online/russia-resolving-domain-name-disputes-and-doing-business-online-russia>

Bazı devletler tamamen kendilerine özgün kurallar geliştirirken bazı devletlerin ise hiçbir uyumsuzluk çözüm mekanizması yoktur.⁴³ Bu sebeple de bu alan adları siber saldırıların tarafından özellikle istismar edilmekte, bu durum ise ciddi olarak eleştirilmektedir.

IV. TR ALAN ADI

Türkiye’de alan adları 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununda (“E-Haberleşme Kanunu”) düzenlenmiştir.⁴⁴ E-Haberleşme Kanunu, alan adı sistemini “*okunması ve akılda tutulması kolay olan ve genelde aranan adres sahipleri ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan adreslemede, karşılığı olan internet protokolü numarasını bulan ve kullanıcıya veren sistem*” olarak tanımlamıştır.

5809 sayılı Kanun, T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığına internet alan adlarına ilişkin strateji ve politikalar ile internet alan adlarının tahsisini yapacak kurum veya kuruluşun tespiti ile alan adı yönetimine ilişkin usûl ve esasları belirlemek görev ve yetkisi verirken, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna (“BTK”) siber güvenlik ve internet alan adları konularında genel bir yetki vermiştir.

TR Alan adı, ICANN tarafından yapılan yetkilendirmeye Orta Doğu Teknik Üniversitesi (“ODTÜ”) tarafından Nic.tr ismiyle yönetilmekte ve TR alan adlarının tahsisine ilişkin kurallar TR Alan Adları Politikalar, Kurallar ve İşleyiş kurallarına göre düzenlenmekte iken 2010 yılında Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı (*o zamanki adıyla Ulaştırma Bakanlığı*) yayımlanan İnternet Alan Adları Yönetmelik (“TR Yönetmeliği”) ve İnternet Alan Adları Tebliği (“TR Tebliği”)⁴⁵ uyarınca yeni bir rejime geçiş yapılmıştır. Yönetmeliğin, Geçici 1. maddesi uyarınca ODTÜ’nün Nic.tr sistemini BTK’ya devretmesi ve TR alan adının tamamen BTK tarafından işletilecek .tr ağ bilgi sistemi (“TRABİS”) üzerinden yönetilmesi kararlaştırılmıştır.⁴⁶

A. GENEL ESASLAR

TR uzantısı hem “a.b.tr” hem “a.tr” şeklinde yapılandırılmıştır. Örneğin, google.com.tr gibi bir üst düzey alan adının uzantısı gibi kullanım mümkün olduğu gibi tsk.tr gibi müstakil kullanım da mümkündür. Hangi formatta olursa olsun TR Yönetmeliğinin 4. maddesinde yer alan ve aşağıda sayılan ilkeler uygulanacaktır:

(Son Erişim Tarihi 24.05.2021).

43 Örneğin, .us, .uk ve .ca gibi ülke kodlu alan adlarında özel kurallar uygulanmaktadır. US alan adı için uyumsuzluk çözüm mekanizması için bkz. usTLD Disputes <https://www.adrforum.com/domain-dispute/ustld> (Son Erişim Tarihi 25.05.2021).

44 RG 10.11.2008/27050 (Mükerrer).

45 RG 21.08.2013/28742.

46 Belirtmek gerekir ki bu geçiş süreci muhtelif hukuki ihtilafları da beraberinde getirmiştir. Danıştay On Üçüncü Dairesinin 26/12/2018 tarihli ve Esas No:2012/3549; Karar No:2018/4450 sayılı kararı ile Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinin üçüncü fıkrasının iptaline karar verilmiştir. Daha sonra Danıştay On Üçüncü Dairesinin Esas No:2019/789; Karar No:2019/2861 sayılı kararı ile iptal kararının bozulmasına karar verilmiştir. Tüm bu ihtilafların çözümlenmesini müteakip, TR alan adlarının BTK tarafından yönetimi ICANN tarafından 2019 yılında onaylanmıştır.

1. Objektif nedenler aksini gerektirmedikçe niceliksel ve niteliksel devamlılık, ayırım gözetmeme, düzenlilik, verimlilik, nesnellik, orantılılık, şeffaflık, kaynakların etkin kullanılması ve teknoloji bağımsız davranılması,
2. Serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması,
3. Tüketici haklarının korunması,
4. Hizmet kalitesinin yükseltilmesinin teşvik edilmesi,
5. Uluslararası uygulamaların ve standartların dikkate alınması,
6. Alan adlarına yönelik uygulamaların ülke koşullarına uygun, etkin ve uzun vadeli çözümler olması,
7. Makul koşullarda, kolaylıkla faydalanılabilecek uygulamaların teşvik edilmesi,
8. Gerçek ve tüzel kişilerin talep ettikleri hizmet dışında herhangi bir hizmeti satın almak zorunda bırakılmaması,
9. Üçüncü kişilerin haklarının korunması.

B. USÛLİ ESASLAR

TR uzantısında bazı alan adları ilk gelen alır kuralına göre tahsis edilirken bazı uzantılar belge ibrazına dayalı olarak tahsis edilmektedir.⁴⁷ Alan adı bir defada en az bir en fazla beş yıl süre için tahsis edilebilmektedir.

İnternetin Türkiye’de hayatın her alanında temel bir bilgiye erişim ve haberleşme mecrası olarak kullanılmasının ve bilgi toplumuna dönüşümde dijital hizmetlerin kesintisiz olarak sunulmasının önemini dikkate alarak 5809 sayılı Kanun, alan adlarına ilişkin özel bir muafiyet getirmiştir. Kanunun ‘*Haczedilmezlik ve haberleşme hizmetlerinin sürekliliği*’ başlıklı 34. maddesi uyarınca internet alan adları gibi intifa ve kullanım hakları ile işletmecilerin yetkilendirmeleri hiçbir şekilde haczedilemez. Öte yandan TR Yönetmeliğinin 13. maddesi uyarınca alan adları satılabilir veya devredilebilir. Keza, gerçek kişilerin ölüm, gaiplik, gaiplik karinesi gibi durumlarda da alan adı yasal mirasçılara devredilebilir.

⁴⁷ Belgeli tahsis edilen alt alan adları şunlardır: “.av” Avukatlar, hukuk büroları ve avukatlık ortaklıkları; “.bel” İçişleri Bakanlığı kayıtlarında yer alan belediyeler; “.dr” Tıp doktorları, doktor ortaklıkları; “.edu” Yükseköğretim Kurulu (YÖK) tarafından tanınan yüksek öğretim kurumları; “.gov” Kamu kurum ve kuruluşları; “.pol” Emniyet Genel Müdürlüğü ve bünyesindeki birimler; “.k12” Millî Eğitim Bakanlığı (MEB), MEB’e bağlı veya MEB tarafından onaylanmış okul öncesi eğitim veren kuruluş, ilköğretim, lise ve dengi öğretim kurumları ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının ilgili mevzuatı kapsamında onaylanmış özel kreş, gündüz bakımevi, özel çocuk kulübü gibi kuruluşlar; “.tsk” Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde yer alan birimler; “.kep” BTK tarafından yetkilendirilen Kayıtlı Elektronik Posta Hizmet Sağlayıcıları.

TR uzantısı için aleni bir WHOIS, diğer bir deyişle rehberlik hizmeti de sunulmaktadır. Rehberlik hizmeti bilgilendirme amaçlıdır ve TRABİS vasıtasıyla BTK tarafından işletilmektedir. Rehberde asgari olarak; tahsisli alan adı, birincil ve ikincil ad sunucuların isimleri, ilgili kayıt kuruluşu bilgileri, tahsis tarihi, tahsis süresinin bitiş tarihi, alan adı sahibinin adı, adresi ve e-posta adresi ile rehber bilgisinin güncellenme tarihi yer almaktadır.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte rehberlik hizmetlerine ilişkin kurallar da revize edilmiştir.⁴⁸ TR Tebliğinin 29. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, gerçek kişi alan adı sahiplerinin kişisel verileri, rehberde ancak açık rızalarıyla yayınlanacaktır. Alan adı sahibinin açık rıza vermemesi durumunda yukarıda belirtilen bilgiler rehberde yer almayacaktır. Öte yandan gerçek kişi olmayan alan adı sahiplerinin açık rızası aranmaksızın tüm bilgileri rehberde yayımlanacaktır.

Peki, alan adı sahibine meşru bir iletişim kurulması gereken durum varsa bu nasıl gerçekleşecektir? TR Yönetmeliği bu durumlar için jenerik alan adları için de uygulanan bir nevi WHOIS proxy hizmeti sunulmasını öngörmektedir. TR Yönetmeliğinin 29. maddesinin üçüncü fıkrasına göre kayıt kuruluşu, rehberdeki e-posta adresi alanında yayımlanmak üzere anonimleştirilmiş bir e-posta adresi belirleyerek bunu alan adı sahibine ve TRABİS'e bildirmekle yükümlüdür. Bu adrese gelen e-postalar kayıt kuruluşu tarafından alan adı sahibine ait e-posta adresine yönlendirilecektir.

TR Yönetmeliğinin 29. maddesi de kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilave bir tedbir getirmektedir. Kişisel verilerin rehberde alenileştirilmesi neticesinde bu verilerin amaç dışı kullanımını önlemek adına rehberde sorgulama yapan kişiler edindikleri bilgileri istem dışı elektronik posta göndermek, ticari faaliyette bulunmak gibi amaçlarla kullanmayacağını taahhüt edeceklerdir.

C. HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER

TR uzantısında hak ve yükümlülükler BTK, kayıt kuruluşları ve alan adı sahipleri için ayrı ayrı tanımlanmıştır.

1. BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU (BTK)

TR uzantısının yönetiminde en temel görev BTK'ya verilmiştir. TR Yönetmeliğinin 14. maddesi uyarınca BTK, alan adı tahsis ve yenilemesine ilişkin ücretler ile uyumsuzluk çözüm mekanizmasının işletilmesi ile ilgili işlemlere ilişkin ücretleri belirlemek, gerektiğinde değişiklik yapmak ile TRABİS'i kurmak ve işletmek veya belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde TRABİS'in üçüncü bir tarafça kurulması ve işletilmesini sağlamakla görevlidir. Aynı doğrultuda, tahsise açılacak veya kullanımına son verilecek alt alan adlarını belirlemekle ilgili de BTK görevlidir. TR uzantısının beraber çalışabilirliğini ve küresel erişilebilirliğini de temin etmek amacıyla ICANN, RIPE NCC, CENTR gibi kuruluşlar nezdinde gerekli koordinasyonu da BTK sağlamakla görevlidir.

48 RG 17.10.2020/31277.

BTK'nın alan adları ihtilaflarını da çözmeye yönelik önemli bir görevi vardır. BTK, alan adları ile ilgili ihtilafların çözüm sürecini hakemler veya hakem heyetleri vasıtasıyla yürüten taraflar olarak tanımlanan uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcılarını (UÇHS) belirlemekle görevlidir. Keza, alan adı ihtilaflarına ilişkin kendisine iletilen mahkeme kararlarını ve UÇHS'nin kendisine ilettiği ihtilafa konu olan alan adları ile hakem veya hakem heyeti kararlarını, kişisel verilerin korunması amacıyla gerekli önlemleri de alarak internet sitesinde güncel olarak bulundurmak da BTK'nın görevleri içerisinde yer almaktadır.

2. KAYIT KURULUŞU

TRABİS sisteminde alan adı kayıtları kamulaştırılmamıştır. Bilakis, ICANN'in jenerik alan adı uzantılarına ilişkin metodolojisini takip edilerek, BTK'nın "kayıt kuruluşu" olarak tanımlanan uluslararası karşılığı *registrar* kuruluşları üzerinden alan adı tescillerini yönetmesi öngörülmüştür.

TR alan adları BTK'nın gözetim ve denetimi altında özel kişilerce gerçekleştirilmektedir. Başvuru, yenileme, iptal gibi alan adları ile ilgili işlemlerin yapılmasına aracılık eden taraflar kayıt kuruluşu olarak tanımlanmıştır. BTK'nın da sınırlı olarak kayıt kuruluşu olarak hareket etme yetkisi vardır.

TR Yönetmeliğinin 17. maddesi kayıt kuruluşlarına farklı nitelikte yükümlülükler getirmektedir. Bu yükümlülükler şu şekilde sınıflandırılabilir:

1. Siber güvenliği sağlama ve erişilebilirliği temin etme yükümlülüğü
2. Veri kalitesini ve güncelliğini sağlama yükümlülüğü
3. Uyumluluk yükümlülüğü
4. Özen yükümlülüğü
5. Şeffaflık yükümlülüğü
6. Veri yerelleştirme yükümlülüğü
7. İşlem kayıtlarını muhafaza yükümlülüğü
8. Yetkili hakem ve mahkeme kararlarını icra etme yükümlülüğü

Kayıt kuruluşunun ilk temel yükümlülüğü güvenliğe ilişkindir. Kayıt kuruluşu kullandığı cihaz ve sistemler ile sunduğu hizmetlerin erişilebilirliğini, güvenliğini, güvenilirliğini, bütünlüğünü sağlamakla yükümlüdür. Aynı doğrultuda, sunduğu hizmetlerin kalitesi ve sürekliliği ile ilgili bir aksamanın yaşanmamasını sağlamakla ve bunun için yeterli sayıda nitelikli personel çalıştırmak ve gerekli teknik donanımına sahip olmakla yükümlüdür. Tüm bu altyapı yatırımını yapan ve gerekli personel istihdamını sağlayan kayıt kuruluşunun, kişilere sundukları hizmetlere yedi gün 24 saat eşit erişim imkânı sağlaması beklenmektedir.

Kayıt kuruluşunun ikinci yükümlülüğü veriye ilişkindir. Kayıt kuruluşuna bu bağlamda kapsamlı ve detaylı bir veri kalitesini sağlama ve güncelleme yükümlülüğü getirilmiştir. TR Yönetmeliğinin 17. maddesi uyarınca kayıt kuruluşu, alan adı başvurusu ve diğer işlemler sırasında kişilerden tam ve doğru bilgiler almakla, bu bilgilerin güvenliğini ve gizliliğini sağlamakla, bu bilgileri güncellemekle, asgari yıllık olarak teyit etmekle, bilgi değişikliklerini TRABİS üzerinden BTK'ya derhal bildirmekle, bu bilgileri BTK ve yasal olarak yetkili kılınan taraflar haricinde hiçbir tarafa vermemekle ve alınma amaçları dışında kullanmamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüklerin bir yansıması olarak, alan adı kayıt başvuru formunun tam ve doğru olarak doldurulmaması halinde alan adı başvurusunun kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir.

Kayıt kuruluşunun üçüncü yükümlülüğü teknik işleyiş ve hizmet kalitesine ilişkindir. Kayıt kuruluşu, kendisine yapılan alan adına ilişkin tahsis, yenileme, iptal gibi talepleri gerçek zamanlı ve TRABİS'te uygulanan yazılım standartlarına uygun olarak TRABİS'e iletmekle yükümlüdür. Keza, kayıt kuruluşu TRABİS üzerinden yürüttükleri alan adına ilişkin işlemleri yerine getirirken gerekli özeni göstermekle yükümlüdür.

Kayıt kuruluşunun TR Yönetmeliği uyarınca muhtelif şeffaflık yükümlülükleri vardır. Öncelikle kayıt kuruluşu, tanıtıcı bilgilerini, ilgili mevzuatı ve başvuru formunun örneğini kendisine ait ".tr" uzantılı alan adına sahip İnternet sitesinde ilgili tarafların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yan sıra, kendisinden hizmet alan ve almak isteyen kişileri; alan adına ilişkin başvuru, tahsis, yenileme, iptal, transfer gibi işlemlerle ilgili olarak bilgilendirmekle ve rehberlik hizmetine (WHOIS sorgusu) kendi İnternet siteleri üzerinden ücretsiz erişim imkânı sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca, her yıl Mart ayı sonuna kadar bir önceki yıla ait faaliyet raporunu BTK'ya sunmakla yükümlüdür.

Kayıt kuruluşunun bir diğer yükümlülüğü ise işlem kayıtlarını muhafaza yükümlülüğüdür. Kayıt kuruluşu bu doğrultuda alan adı ile ilgili işlemler dolayısıyla elde ettiği bilgi ve belgeleri alan adının kullanımının herhangi bir nedenle sona ermesinden itibaren en az 10 yıl süre ile saklamakla yükümlüdür.

Kişisel verilerin korunması mevzuatlarıyla daha sık rastlanan veri yerelleştirme politikalarının alan adı sektörüne de yansımaları olmuştur. TR Yönetmeliğinin 17. maddesi uyarınca kayıt kuruluşu, TRABİS'e entegre olan sistemlerini ve yedeklerini Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde bulundurmakla yükümlüdür.

Kayıt kuruluşunun son yükümlülüğü ise alan adı ihtilaflarına ilişkindir.⁴⁹ 2021 yılında TR Yönetmeliğinin 17. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (I) bendi uyarınca kayıt kuruluşu, alan adı ihtilaflarına ilişkin kendisine iletilen mahkeme kararları ile UÇHS'nin kendisine ilettiği ihtilafa

49 .tr uzantısında kayıt kuruluşlarına yönelik yükümlülükler getirilmiş olsa da hukuka aykırılıktan dolayı doğrudan sorumlulukları bulunmamaktadır. Kayıt kuruluşları, nötr olarak hareket etmesi internetin uluslararası bilgi ağı niteliğine uygun bir yaklaşımdır. Öte yandan alan adlarına ilişkin hak koruma mekanizmalarına kayıt kuruluşlarının da sorumlu tutulabileceği bazı özel durumlar vardır. Trademark Post-Delegation Dispute Resolution Procedure (PDDRP) olarak adlandırılan bu prosedür için bkz. Yasaman (n 2) 168.

konu olan alan adlarına ilişkin hakem veya hakem heyeti kararlarının gereğini yerine getirmekle yükümlüdür.

3. ALAN ADI SAHİBİ

TR Yönetmeliği, alan adlarını kaydeden kişileri “alan adı sahibi” olarak tanımlanmakta ve alan adı sahiplerine bazı haklar tanırken bunlara karşılık da bazı yükümlülükler getirmektedir.⁵⁰ TR Yönetmeliğinin 21. maddesi uyarınca alan adı sahibi, alan adını tahsis süresi boyunca kullanma, alan adı tahsisini yenileme, alan adından feragat etme, hizmet aldığı kayıt kuruluşunu değiştirme haklarına sahiptir.

TR Yönetmeliği'nin 22. maddesi ise alan adı sahibine yükümlülükler getirmektedir. Söz konusu hükme göre alan adı sahibi, ilgili mevzuata uymakla, kayıt kuruluşuna tam ve doğru bilgiler vermekle, bu bilgilerde meydana gelen değişiklikleri derhal hizmet aldığı kayıt kuruluşuna bildirmekle, üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmemekle ve kayıt kuruluşları arası zorunlu transfer hallerinde bilgilendirilmesini müteakip gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür.

Yukarıda izah edildiği üzere, TR Yönetmeliği'nin 4. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendinde üçüncü kişilerin haklarının korunması temel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Alan adı sahipleri de üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmemekle yükümlü tutulmuşlardır.

Bu ilke ayrıca 7. maddeyle de perçinlenmiştir. Kayıt kuruluşları, alan adı kaydı yapacak kişileri başvuru sırasında, yanlış bilgi verme, üçüncü kişilerin haklarını ihlal etme gibi fiillerin hukuki sonuçları konusunda genel olarak bilgilendirmekle yükümlüdürler. Aynı doğrultuda, kişilerin başvuru sırasında, üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmeyeceklerini, alan adını hukuka aykırı bir şekilde kullanmayacaklarını ve iptal veya feragat durumunda bu işlemlerin kendi lehlerine bir hak doğurmayacağını kabul ettiklerini beyan ve taahhüt etmeleri zorunludur.

V. TR ALAN ADI UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ

A. USÛLE İLİŞKİN KURALLAR

TR Yönetmeliği, tr uzantılı alan adlarına ilişkin ihtilafların çözümü için alternatif bir uyuşmazlık çözüm sistemi oluşturmuştur. TR Yönetmeliği'ne istinaden çıkarılmış İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği (“TR Uyuşmazlık Tebliği”)⁵¹ de uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin detayları düzenlemiştir. Bu Tebliğde hüküm bulunmayan hallerde BTK'nın kurul kararı ile düzenleme yapma yetkisi bulunmaktadır.

50 Alan adı sahibi ifadesi yerinde bir tercih midir? Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere “alan adını tahsis ettiren taraftan “alan adı sahibi” yerine, “alan adını kayıt ettiren” olarak bahsedilmesi, alan adları hukukuna daha uygun düşen bir terim olurdu. Çünkü “sahiplik” meşru bir hakkı ve malikliği barındırır oysa alan adını kayıt ettiren taraf her zaman meşru bir hakka sahip olmayabilir.” bkz. Soysal (n 40) 746; Benzer bir eleştiri için bkz. Oğuz Sefer, İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması, Seçkin, 2014, 470.

51 RG 21.08.2013/28742.

TR Yönetmeliği'nin 23. maddesi uyarınca alan adları ile ilgili ihtilaflar alternatif olarak UÇHS'ler tarafından işletilen uyuşmazlık çözüm mekanizması vasıtasıyla çözülecektir. Bu bağlamda, ICANN ile benzer bir usûl izlenmiştir. Uyuşmazlıkların UDRP usûlünde olduğu gibi BTK tarafından akredite edilmiş müstakil merkezlerde çözülmesi öngörülmüştür.

UÇHS'ler bünyelerine fikri mülkiyet hakları hukuku, marka hukuku, ticaret hukuku veya bilişim hukuku alanlarında uzman olan hakemleri dahil edeceklerdir ve hakemler, uyuşmazlık konusu alan adına ve taraflarına ilişkin bağımsızlık ve tarafsızlıklarını gösterir yazılı beyanlarını UÇHS'ye sunmalarını müteakip çalışmaya başlayacaklardır.

TR Yönetmeliği hakem kararları için de özel bir şeffaflık hükmü getirmektedir. TR Yönetmeliğinin 27. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca UÇHS, kendisine iletilen kararı bir gün içinde Kuruma, şikâyetle ilgili taraflara ve ilgili kayıt kuruluşlarına bildirmek ve internet sitesinde yayımlamak zorundadır. Kararların UDRP uygulamasındaki gibi şeffaf şekilde yayınlanması bu alandaki içtihatların oluşması açısından da önemli bir faktördür.

UÇHS'lere aynı anda birden fazla alan adı için başvuruda bulunulması mümkündür. Bu konuda UDRP ile benzer bir usûl geliştirilmiştir.

UÇHS'lere yapılacak başvuru ücrete tabidir. Bu ücret, BTK tarafından belirlenecek üst sınıra göre UÇHS'ler tarafından tespit edilecektir. BTK'nın gerektiğinde uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işletilmesi ile ilgili işlem ücretlerine ilişkin alt sınırı da belirleyebilme yetkisi vardır. Uyuşmazlık Tebliğinin 20. maddesi uyarınca her bir hakem için hakem ücreti, 1000 Türk Lirasıdır. Bu ücret her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenecek yeniden değerlendirme oranına göre artırılabilecektir. UÇHS ücreti ise her bir hakem için belirlenen ücretin yarısıdır.

TR Yönetmeliğinin 26. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hakemlerin çalışmalarını kendilerine iletilen bilgi, belge ve delillerden oluşan dosya üzerinden yapmaları esas olup gerek görülmedikçe, tarafların şahsen dinlenmeyeceği düzenlenmiştir. Bu şekilde, ihtilafların hızla çözülmesi hedeflenmektedir.

Uyuşmazlık Tebliğinin 13. maddesi uyarınca hakemin veya hakem heyetinin, ihtiyaç duyması halinde UÇHS vasıtasıyla taraflardan ek bilgi ve belge isteme yetkisi saklıdır. Bu durumda dahi uyuşmazlığa ilişkin karar dosya üzerinden verilmektedir.

Şikâyetçinin ya da şikâyet edilen tarafın hakeme ya da hakem heyetine doğrudan bilgi ve belge sunması yasaklanmıştır; taraflar arası bilgi ve belge akışı sadece UÇHS vasıtasıyla yapılacaktır. Uyuşmazlık Tebliği, UÇHS ve taraflar arası iletişimin e-posta gibi elektronik yöntemlerle de sağlanabilmesine imkân tanımaktadır.

Uyuşmazlık Tebliği'nin 18. maddesi uyarınca taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, uyuşmazlık çözüm sürecinde kullanılacak dil Türkçedir. Bilindiği üzere UDRP'de İngilizce dilinde de uyuşmazlık çözümü süreci yürütülebilmektedir. TR alan adları için mutlak bir yasak getirilmeyip tarafların aksini kararlaştırmasına izin verilmesi yerinde bir yaklaşımdır.

Uyuşmazlık Tebliği'nin 7. maddesinin altıncı fıkrasının (ç) bendi uyarınca UÇHS'ye yapılacak başvuruda, şikâyetçinin iddiasını destekleyici tüm bilgi ve belgeler ile beş bin kelimeyi aşmayacak şekilde başvuru şartlarının sağlandığına ilişkin gerekçeler yer almak zorundadır.⁵² Şikâyetçi, aynı şikâyet konusu ile ilgili olarak daha önce başka bir UÇHS'ye veya mahkemeye başvuruda bulunup bulunmadığını ve alınmış herhangi bir karar olup olmadığını da beyan etmek zorundadır. Şikâyet edilen de cevabında konu ile ilgili olarak daha önce başka bir UÇHS'ye veya bir mahkemeye başvuruda bulunulup bulunulmadığı ve alınmış herhangi bir karar olup olmadığı bilgisini vermek zorundadır. Her iki düzenleme de UDRP ile paraleldir.

UÇHS'ye yapılacak başvuru üzerine hakem veya hakem heyeti, ilgili mevzuat, içtihatlar ve yargı kararlarını da göz önüne alarak şikâyetçi tarafın talebi doğrultusunda alan adlarının iptaline, şikâyetçi tarafa devrine veya şikâyetçi tarafın talebinin reddine karar verecektir. Hakem kurulunun kararları basit çoğunlukla alınmaktadır ve çekimsiz oy kullanılması mümkün değildir. Alan adının transferine karar verilebildiği için UDRP benzeri bir düzenleme yapılmıştır. Alan adıyla ilgili icrai bir karar verilmektedir.

Uyuşmazlık Tebliği'nin 14. maddesi uyarınca hakem veya hakem heyetinin, şikâyet dilekçesi ve cevabı sürecinin tamamlanmalarını müteakip on beş gün içinde karar vermesi gerekmektedir. Bu süre içerisinde karar verilememesi durumunda hakemin ya da hakem heyetinin beş güne kadar ek süre kullanması mümkündür. Uyuşmazlığın temelde on beş gün içerisinde karara bağlanmasının zorunlu tutulmasıyla, internet alan adları ihtilaflarının hızla çözülmesi ve bu şekilde internet ortamındaki hizmetlerin sürdürülebilirliğinin temin edilmesi amaçlanmıştır. Bu süre, UDRP süresinden daha kısa niteliktedir ve TRABİS bu yönüyle UDRP usulünden farklılaşmaktadır.

Uyuşmazlık Tebliği'nin 15. maddesi uyarınca, hakem kararının taraflara tebliğ edilmesinden itibaren on iş günü içinde veya uyuşmazlık çözüm mekanizması sürecinin daha önceki bir aşamasında konu hakkında ihtiyati tedbir kararının alındığının UÇHS'ye bildirilmemesi halinde ilgili kayıt kuruluşu ve UÇHS tarafından TRABİS'e iletilmek suretiyle alınan kararın gereğinin derhal yerine getirilmesi gerekmektedir.

Benzer şekilde, hakem kararının taraflara gönderilmesinden sonra on iş günü içinde veya uyuşmazlık çözüm mekanizması sürecinin daha önceki bir aşamasında konu hakkında ihtiyati tedbir kararının alındığının UÇHS'ye bildirilmesi halinde uyuşmazlık çözüm mekanizması süreci devam edecektir ancak hakem ya da hakem heyeti kararı uygulanmayacaktır. Bu durumda dava sürecinin tamamlanması beklenemez ve mahkeme kararının gereği ilgili kayıt kuruluşu ve UÇHS tarafından TRABİS'e iletilmek suretiyle derhal yerine getirilecektir.⁵³

52 Bilgi ve belge kelimelerinin kullanılması doğru bir tercih olmamıştır. Doktrinde yerinde bir şekilde belirtildiği üzere "Tebliğde uyuşmazlık konusu olan veya olmayan vakıların ispatında kullanılan verilerin tümü için "bilgi ve belge" terimi kullanılmıştır. Oysa, hukuk muhakemeleri usulü terminolojisinde mutad olan dava veya cevap dilekçesinde iddia edilen vakıanın ispatının "delil" ile yapılacağıdır. Bu itibarla, dava veya cevap dilekçesindeki vakıalarının ispatı için kullanılan veriler için "bilgi ve belge" ibaresi yerine "delil" ifadesinin kullanılmalıdır." bkz. Oğuz (n 50) 473.

53 6769 sayılı Sınai Mülkiyeti Kanunu, haksız rekabet hükümleri kapsamında ve adın korunmasına ilişkin hükümler kapsamında alan adlarına ilişkin dava açılması mümkündür. RG 10.01.2017/29944. Uyuşmazlığın dava yoluyla çözümüne ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Zeliha Karaman, İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları:

UÇHS'ye bir alan adına ilişkin başvuru yapılması durumunda, uyuşmazlığa konu olan alan adı uyuşmazlık süresince dondurulmaktadır. Bu bağlamda, alan adı kaydında yer alan bilgilerin değiştirilmesine, alan adının satışına, devrine, feragatine veya kayıt kuruluşu transferine izin verilmemekte; sadece alan adının yenilenmesine izin verilmektedir. Uyuşmazlık Tebliğinin 16. maddesiyle getirilen bu özel koruma UDRP ile benzer niteliktedir. UDRP süreci başlatıldığında da alan adına transfer yasağı koyulmaktadır. Bu şekilde uyuşmazlığın üçüncü kişilere teşmil edilmesi ve şikâyetçinin de hak kaybına uğramasının önlenmesi amaçlanmaktadır.

B. ESASA İLİŞKİN KURALLAR

Usûle ilişkin UDRP'ye benzerlikler ihtilafların esasına ilişkin de gözlemlenmektedir. TR Yönetmeliğinin 25. maddesi uyarınca uyuşmazlık çözüm mekanizmasına başvuru için;

1. İhtilaf konusu alan adının, sahip olunan ya da ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretlerle benzer ya da aynı olması,
2. Alan adını tahsis ettiren tarafın bu alan adı ile ilgili yasal bir hakkı ya da bağlantısının olmaması,
3. Bu alan adının alan adı sahibi tarafından kötü niyetle tahsis ettirilmesi veya kullanılması
4. gerekmektedir.

Bu üç şartın birlikte sağlandığını iddia eden şikâyetçi, uyuşmazlığın çözümü için UÇHS'lerden birini tercih ederek başvurusunu yapacaktır. Belirtmek gerekir ki, şikâyetçi başvuruda bulunduğu UÇHS'nin kendisine kesin bir karar bildirmesine kadar aynı hususta başka bir UÇHS'ye başvuruda bulunamaz.

Benzerlik ve iltibas kriteri, hak veya meşru menfaat kriteri UDRP ile birebir aynı olsa da kötü niyet kriteri UDRP'den önemli bir farklılık içermektedir. TR Yönetmeliği uyarınca alan adı sahibi tarafından kötü niyetle tahsis ettirilmesi veya kullanılması alternatif hukuka aykırılık halleridir. Halbuki UDRP için hem tahsisin hem de kullanımın kötü niyetli olması gerekmektedir. Her ne kadar içtihatlarla bu konuda bazı istisnalar getirilmiş olsa da UDRP uygulamasından ders çıkarılarak “ve” yerine “veya” ibaresinin kullanılması yerinde bir yaklaşımdır.

Uyuşmazlık Tebliğinin 19. maddesinde, tıpkı UDRP usûlünde yer aldığı gibi kötü niyetin ispatına ilişkin karineler düzenlenmiştir. Müteakipteki durumlar alan adının kötü niyetle tahsis ettirilmesi veya kullanılması olarak nitelendirilecektir:

1. Şikâyet konusu alan adının, ticaret veya hizmet markası, ticaret unvanı, işletme adı veya kişi adı ya da diğer tanıtıcı işaretin sahibi olan şikâyetçiye veya şikâyetçinin ticari olarak rekabette

bulunduğu tarafa, bu alan adının belgelenmiş tahsis masraflarını ve yatırım maliyetini aşan miktardaki bir meblağ karşılığında satma veya devretme amacıyla tahsis ettirilmiş olması,

2. Şikâyet konusu alan adının, ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretin sahibinin, bu marka, unvan, ad ya da işareti alan adında kullanmasını engellemek amacıyla tahsis ettirilmiş olması,
3. Şikâyet konusu alan adının, esasen ticari rakiplerin işlerine ya da faaliyetlerine zarar vermek amacıyla tahsis ettirilmiş olması,
4. İhtilaf konusu alan adının, ticari kazanç elde etmek amacıyla, şikâyetçinin sahibi olduğu ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işareti ile benzerlik sağlayarak karışıklık meydana getirmek suretiyle internet kullanıcılarının alan adının internet sitesine veya herhangi bir internet sitesine yönlendirilmesi amacıyla kullanılması.

Önemle vurgulamak gerekir ki bu durumlar tahdidi olmayıp hakem veya hakem heyeti takdiri ile de alan adının kötü niyetle tahsis ettirildiği veya kullanıldığına karar verilebilecektir.

TR alan adları için öngörülen kötü niyetli tahsis veya kullanımın karineleri incelendiği zaman bunların UDRP usûlünde öngörülen karinelerle aynı nitelikte olduğu görülmektedir. Bu doğrultuda denilebilir ki, kötü niyetle hem tahsisin hem de kullanımın müstakil bir ihlal olarak kabul edilmesine ilişkin farklılık dışında UDRP ile TRABİS arasında esasa ilişkin bir fark bulunmamaktadır.

SONUÇ

Hem UDRP hem de URS usulleri, usûl ekonomisine hizmet eden pratik çözüm mekanizmalarıdır. Online şekilde, duruşmasız olarak internetin ruhuna uygun şekilde özel bir koruma sağlanmaktadır. UDRP alan adlarına yönelik özel bir ihtilaf çözüm mekanizmasıdır. Bu usûl, alan adının yöneldiği web sitesi içeriğine ilişkin ihtilafların çözüm mekanizması olarak tasarlanmamıştır.⁵⁴ İçerik kötü niyetin ispatına yönelik bir delil olarak kullanılsa da hedeflenen alan adının kendisidir, içeriği değildir. Aynı doğrultuda tüm marka ihlal türleri de – örneğin markanın sulandırılması – UDRP kapsamına girmemektedir.⁵⁵

UDRP, güvenilir bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak yaygın olarak benimsenmiştir.⁵⁶ Bu sayede uyuşmazlıkların ulusal mahkemelere gitmeksizin çözülmesi mümkün olmuştur. Alan adı

54 Hannah Bloch-Wehba, 'Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State', 2019 72(1), SMU Law Review, 27-80, 41.

55 Annemarie Bridy, 'Addressing Infringement: Developments in Content Regulation in the US and the DNS' in Giancarlo Frosio (Ed.), The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability, OUP, 2019, 4.

56 UDRP usûlüne yönelik en temel eleştirilerden birisi coğrafi işaretleri korumaya yönelik etkin olmamasıdır. İnternetin küresel ağ niteliği karşısında coğrafi işaretlerin bölgeselliği bu alana özgü etkin ve pratik bir koruma rejiminin geliştirilmesini zorlaştırmaktadır. Bu konuda bkz. Theodor Georgopoulos, 'Cyberspace v Territory: Domain Names and the Problem of Protection for Geographical Indications' in Tatiana Synodinou, Philippe Jougleux, Christiana Markou, Thalia Prastitou (Eds), EU Internet Law – Regulation and Enforcement, Springer, 2017, 329.

ihtilaflarına ilişkin mahkemelere çok kısıtlı bir başvuru yapılmaktadır.⁵⁷ İnternet ortamında hukuka aykırılıklarla mücadelede konsensüs sağlanması kolay değildir. Bu sebeple, 30 yılı aşkın bir sürede markalardan kaynaklanan hakların korunması için özel bir usûlün etkin şekilde uygulanıyor olması önemli bir kazanımdır.

UDRP usûlünün büyük oranda başvuruçular lehine neticelendiğinden bu usûlün başvuruçular lehine olduğu için eleştirilmektedir.⁵⁸ 1999-2021 yılları arası verilen UDRP kararları incelendiği zaman başvuruların %90'ının iptal veya transfer ile neticelenirken, sadece %10'unun reddedildiği görülmektedir.⁵⁹

1999-2021 Arası UDRP İstatistikleri	
İptal kararı	635
Transfer kararı	36530
Şikâyetin reddi	4162

UDRP, kişilik haklarının korunması gibi özel bir alana uygulanabilir mi? Kişilik hakları ihlallerinin marka ihlal durumlarına kıyasen tahdidi olarak belirlenmesine yönelik sorunlar ve yerel hukukların bu konudaki farklılığı dikkate alındığında UDRP gibi genel bir ihtilaf çözüm mekanizmasının geliştirilmesi kolay olmayacaktır.⁶⁰

URS ise bir anda yüzlerce yeni üst düzey alan adının uygulamaya koyulmasıyla oluşan yeni düzende marka sahiplerinin etkin şekilde korunması için özel bir ihtilaf çözüm mekanizması olarak geliştirilmiştir. Daha ucuz ve daha hızlı bu usûlün uygulamaya alınmasıyla uluslararası *lex digitalis* daha görünür hale gelmiştir.

Hem UDRP hem URS, çerçeve politikalar ve WIPO başta olmak üzere ilgili kurum ve kuruluşların rehberleriyle ve yeni içtihatlarla şekillenmektedir. Hakem kararlarının şeffaf şekilde yayınlanması, bu alanda hukuki belirliliğin sağlanmasına önemli katkılar sunmaktadır.

Girişte belirtildiği üzere, alan adlarının tescili kural olarak belge değişimi veya fiziksel temasın kısıtlı olduğu, kimlik teyidinin olmadığı otomatikleştirilmiş bir süreçle gerçekleştirilmektedir. Beyan usûlüne göre işleyen ve otomatikleştirilmiş bu süreç sayesinde alan adlarının sayısı bu denli artmaktadır. Türkiye'de TR uzantısı ise farklı bir yaklaşımla çalışmaktadır. TR uzantılı alan adlarının tescili için istisnai uzantılar bir yana bırakılacak olursa genel olarak kapsamlı belgelendirme yükümlülüğü vardır.

TR uzantısının dayandığı katı belgeye dayalı sistem, tamamen dezavantajlı değildir. Doktrinde de haklı olarak vurgulandığı üzere:⁶¹

57 Radu (n 31) 92.

58 Bridy (n 55) 5.

59 WIPO, 'Domain Name Disputes' https://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/decision_rate.jsp?year=2020 (Son Erişim Tarihi 12.06.2021).

60 Joanna Kulesza, International Internet Law, Routledge, 2012, 43.

61 Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, Füsün Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, On İki Levha, 2015, 388.

“ODTÜ'nün alan adı tahsis ve tescil taleplerinde bugüne kadar getirdiği kurallar, Türk hukuku bakımından birçok sorunun doğmasını engeller nitelikte olmuştur. Örneğin, alan adı taleplerinin, talepte bulunan kişi ve/veya kuruluşun ismi ve/veya tescilli markası ile ilişkili olması ve bu ilişkiyi belgelemesi gerektiği kuralı, yukarıda belirtmiş olduğumuz türden sorunları ortadan kaldırma veya en aza indirme amacına hizmet etmiştir.”

Katı belgeye dayalı sistem, ihtilaf sayısını minimize etmiştir ancak bunun bir neticesi olarak da TR uzantılı alan adlarının tescili yaygınlaşmamıştır ve hatta TR uzantılı alan adları bu sebeple Türk şirketleri tarafından tercih edilmemektedir. Dolayısıyla, avantaj bir yandan dezavantaja dönüşmektedir.

BTK ve ODTÜ arasındaki TR uzantısının yönetimine ilişkin dava neticelenmiş ve geçiş süreci başlamış olsa bile TRABİS henüz tam olarak faaliyete geçmemiştir. Teknik altyapının kurulması, kayıt kuruluşlarının yeni rejime geçişi, UÇHS'lerin kurulması ve yetkilendirilmesi süreçleri devam etmektedir.⁶² TRABİS düzenlemeleri, UDRP ile benzerlik taşısa da tüm sistematüğün yeterli olduğu söylenemez.⁶³

TR uzantısı için yeni bir döneme giriş yapılırken, bu alan adlarını daha cazip hale getirmek adına katı belgeleme kurallarının esnetilmesi yerinde bir tercih olacaktır. TR uzantısını uluslararası kullanıma açmak için önemli bir fırsat niteliğindedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, uyumsuzluk çözümünde de yerel bir uyumsuzluk çözüm mekanizması yerine diğer birçok ülkenin yaptığı gibi tamamen UDRP sisteminin benimsenmesi yerinde bir tercih olacaktır. Oturmuş içtihatlarıyla ve yaygın kullanımıyla hukuki belirliliğin sağlandığı bir çerçevenin TR uzantısı için de uygulanması, şüphesiz hem alan adları sahipleri hem de marka sahipleri için daha güvenceli bir durum olacaktır. Keza, İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) gibi bir ulusal uyumsuzluk çözüm merkezinin de WIPO gibi ICANN nezdinde akredite olmasıyla ihtilaf çözümüne ilişkin de Türkiye'nin uluslararası platformda etkisi artacaktır.

Sonuç olarak, alan adlarına ilişkin ne kadar yeknesak kural varsa, suçla mücadeleden marka haklarının korunmasına kadar fayda en üst düzeye çıkartılacaktır. Türkiye'nin alan adlarına ilişkin kendi özel rejimini oluşturmak yerine uluslararası sisteme doğrudan dahil olmasının Türkiye'nin menfaatine olacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Bloch-Wehba H, “Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State”, 2019 72(1), SMU Law Review, 27-80.

62 TRABİS'in faaliyete geçmesiyle alan adlarıyla ilgili ihtilafların daha kolay çözüleceği için TR uzantılı alan adlarının daha fazla tercih edileceğine yönelik görüş için bkz. Karaman (n 53) 125.

63 TR alan adları için bir ön kayıt süresinin (*sunrise period*) açık bir şekilde belirtilmesi; hukukçu olmayan hakemlerin görev almasının mümkün olması; adını tahsis ettiren tarafın alan adı ile ilgili yasal bir hakkı ya da bağlantısının olmamasına ilişkin örnek hallerin belirtilmemesi gibi eksiklikler göze çarpmaktadır. Bu konuda bkz. Soysal (n 40) 747; Oğuz (n 50) 470 vd.

- Bridy A, “Addressing Infringement: Developments in Content Regulation in the US and the DNS” in Giancarlo Frosio (Ed.), *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, OUP, 2019.
- Georgopoulos T, “Cyberspace v Territory: Domain Names and the Problem of Protection for Geographical Indications” in Tatiana Synodinou, Philippe Jougleux, Christiana Markou, Thalia Prastitou (Eds), *EU Internet Law – Regulation and Enforcement*, Springer, 2017.
- Karaman Z, *İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları: Karşılaştırmalı Bir Analiz*, Seçkin, 2017.
- Kettemann M C, *The Normative Order of the Internet*, OUP, 2020.
- Kulesza J, *International Internet Law*, Routledge, 2012.
- Lipton J, *Internet Domain Names, Trademarks and Free Speech*, Edward Elgar, 2010.
- Memiş T, “İnternet Alan İsimleri Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu” 1999, 19(1-2), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 513-527.
- Merrill K, “Domains of Control: Governance of and by the Domain Name System” in Francesca Musiani, Derrick L Cogburn, Laura DeNardis, Nanette S Levinson (Eds), *The Turn to Infrastructure in Internet Governance*, Palgrave Macmillan, 2016.
- Mueller M, *Ruling the Root – Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, MIT Press, 2002.
- Murray A, *The Regulation of Cyberspace Control in the Online Environment*, Routledge-Cavendish, 2007.
- Oğuz S, *İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması*, Seçkin, 2014.
- Pekcanitez H, Özekes M, Akkan M, Taş Korkmaz H, *Medeni Usul Hukuku Cilt II, On İki Levha Yayıncılık*, 2017.
- Radu R, *Negotiating Internet Governance*, Oxford University Press, 2019.
- Ryan J, *A history of the Internet and the digital future*, Reaktion Books, 2010.
- Soysal T, *İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law)*, Adalet, 2014.
- Ülgen H, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku, On İki Levha*, 2015.
- Yasaman Z, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Zorluoğlu A, “Alan Adlarında Kötü Niyet Kavramı”, 2012, 2(1) 2012, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 67-84.

Karayoluyla Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının TTK m. 886 Kapsamında Pervasızca ve Zararın Muhtemelen Meydana Geleceği Bilinciyle Davranışı

The Carrier's Behaviour Recklessly and with Knowledge that Damage Would Probably Result within the Scope of Art. 886 TCC in Carriage of Goods by Road

Esra Kaşak* 

ÖZ

Taşıyıcı, eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre içinde, eşyanın zıyanından, hasarından veya teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan sorumludur. Taşıma hukukunda, taşıyıcının tazminat sorumluluğu prensip olarak belirli bir tutar ile sınırlandırılmıştır. Ancak TTK m. 886'ya göre taşıyıcı; zarara, kasten veya pervasızca ve bir zararın muhtemelen meydana geleceği bilinciyle sebep olursa, sorumluluk sınırlamalarından yararlanamaz. Kasıt hem dolaylı hem de doğrudan kasıt kapsar. Pervasızca ve bir zararın muhtemelen meydana geleceği bilinciyle davranış ise, olası kasıt ağırlığına ulaşmayan bir kusurdur ve yeni bir bilinçli ağır ihmâl türüdür. CMR m. 29'da ifadesini bulan kasta eş değer kusur derecesinin belirlenmesi bakımından da TTK m. 886'da yer alan pervasızca davranış kusurunun esas alınması gerekir. Çalışma ile bu yeni kusur türünün içeriği ve geleneksel kusur dereceleri arasındaki yerinin belirlenmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: TTK m. 886, Kasıt, Pervasızca Davranış, Zararın Muhtemelen Meydana Geleceği Bilinci, CMR m. 29.

ABSTRACT

The carrier is responsible for loss, damage or delay in delivery of the goods during the period from the receipt of the goods for carriage to their delivery. In transport law, the responsibility of the carrier for compensation is in principle limited to a certain amount. However, according to Art. 886 Turkish Commercial Code (TCC), if the damage is done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result, then the carrier will not be able to benefit from the limitations of responsibility. Intention encompasses both indirect (*dolus eventualis*) and direct intention (*dolus directus*). Reckless and with knowledge that damage would probably result, is a fault that does not reach indirect intention (*dolus eventualis*) and is a new type of advertent gross negligence. In order to determine the degree of fault equivalent to wilful misconduct regulated in Art. 29 CMR, recklessly behaviour fault stipulated in Art. 886 TCC should be taken as basis. The study aims to determine the content of this new fault type and its position among the traditional fault types.

Keywords: Art. 886 TCC, Intention, Recklessly Behaviour, Knowledge that Damage Would Probably Result, Art. 29 CMR.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-8294-4408.

I. TTK M. 886 HÜKMÜNÜN İÇERİĞİ VE İŞLEVI

Taşıyıcının, eşyanın zıyanından, hasarından veya teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan sorumlu olduğuna ilişkin temel kural Türk Ticaret Kanunu (TTK)¹ m. 875/1'de yer almaktadır. Her taşıma türünde görüldüğü üzere, karayoluyla eşya taşımalarında da taşıyıcının sorumluluğunu gerektiren zararlar bakımından tazminat yükümlülüğünün belirli bir miktarla sınırlandırılması esas kabul edilmiştir (TTK m. 882, 885)². Ancak zarara kasten sebep olunması halinde sınırlı sorumluluk imtiyazından yararlanılamayacağına ilişkin Roma hukukuna kadar dayanan temel düşünce (*fraus omnia corrumpit*)³, TTK m. 886'da taşıyıcının bazı davranışları bakımından karşılığını bulmuştur. Hükmün lafzına göre zarara, 'kasten' veya 'pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilin veya ihmalinin' sebebiyet verdiği ispat edilen taşıyıcı veya TTK m. 879'da belirtilen yardımcıları⁴, sorumluluk sınırlamalarından yararlanamaz⁵.

TTK m. 886, taşıma işleri komisyoncusunun (TTK m. 928) ve taşınma eşyası taşımalarında da taşıyıcının sorumluluğu (TTK m. 894, karşılaştırınız m. 901) bakımından uygulama alanı bulan bir düzenlemedir⁶. Taşıyıcının yardımcılarından birine karşı ileri sürülen sözleşme dışı sorumluluktan doğan istemler bakımından da aynı esas geçerlidir (TTK m. 887). Kanun'un öngördüğü iki nitelikli kusur halinden birinin, daha açık anlatımla «kasıt» veya kısaca «pervasızca davranış kusurunun» mevcudiyeti halinde, TTK m. 855/1 ve TTK m. 930/1'de öngörülen bir yıllık zamanaşımı süreleri üç yıla uzar (TTK m. 855/5, 930/2). Bu açıdan TTK m. 886; bir yandan sınırlı sorumluluk hükümlerinden istifade imkânını ortadan kaldırması, diğer yandan zamanaşımı sürelerinin uzamasına yol açması bakımından oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir.

II. CMR M. 29 BAKIMINDAN TTK M. 886'NİN ÖNEMİ

Taşıyıcının sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybına yol açan kusur türlerini gösteren TTK m. 886'nın bir diğer önemi 'Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi

1 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

2 Bu konuda ve sorumluluk sınırlarının belirlenmesine ilişkin tarihi süreç hakkında bakınız (bkz) Mertol Can, *Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları Cilt I* (1. Bası, İmaj 2017) 97; Burak Adıgüzel, *Taşıma Hukuku Deniz Ticareti Hariç* (3. Bası, Adalet 2020) 216 vd. Denizde eşya taşımaları bakımından taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin uluslararası sözleşmeler hakkında kronolojik bir inceleme, ulusal düzenlemeler ve sınırlı sorumluluğun getirilme gerekçeleri, sınırlandırmanın kimin menfaatine olduğu ve bunlara ilişkin olarak *Yazar*'ın eleştiri ve değerlendirmelerini de içeren ayrıntılı bir inceleme için bkz Cüneyt Süzel, *Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması* (1. Baskı, On İki Levha 2021) 5 vd; ayrıca bkz Duygu Damar, 'Die „Costa Concordia“ ist auf den Felsen aufgelaufen – auch das Recht auf Haftungsbeschränkung?' (2012) 8 Verbraucher und Recht-Zeitschrift für Wirtschafts – und Verbraucherrecht 287, 291.

3 Helga Jesser-Huß, 'CMR Art. 29' in Karsten Schmidt (ed), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 7* (4th edn, C.H.BECK 2020) CMR Art. 29 N 1.

4 Taşıyıcının yardımcıları hakkında bkz Burak Adıgüzel, 'Eşya Taşımalarında Taşıyıcı Yardımcısı Kavramı ve Yardımcıların Taşıyıcının Sorumluluğuna Etkisi' (2008) 3(2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 291, 291 vd.

5 Şükrü Yıldız, 'TTK Hükümleri Işığında Taşıyıcının (Kara Yoluyla) Eşya Taşımadan Doğan Sorumluluğu' (2015/2) 14(28) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 97, 107 vd.

6 Adıgüzel, *Taşıma* (n 2) 267, 315; Orhan Sekmen, *TKHK Kapsamında Karayoluyla Eşya Taşımada Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Tazminat* (1. Bası, Aristo 2020) 28.

(CMR)⁷ m. 29/1 bakımından ortaya çıkmaktadır. CMR, karayoluyla yapılan uluslararası eşya taşıma sözleşmeleri kapsamında ortaya çıkan uyumsuzluklarda, asgari bir uygulama birliği sağlanmasını amaçlamaktadır. Bununla birlikte, CMR'de tüm konular tam ve kapsamlı bir şekilde hükme bağlanmamış⁸; aksine Sözleşme'de bazı boşluklar bırakılmıştır⁹. Anılan sebeple CMR bakımından bazı hallerde milli hukuklar da tamamlayıcı olarak uygulama alanı bulmaktadır¹⁰. Sözleşme'nin işbu çalışma bakımından önem taşıyan 29. maddesinde yer alan '*kasta eş değer kusur*' kavramının belirlenmesinde, davaya bakan mahkemenin milli hukukuna (*lex fori*) atf yapılmıştır¹¹. Bu sebeple kasta eş değer kusurun ne anlama geldiği konusunda ülkeden ülkeye değişen uygulamaların ortaya çıkması sonucu doğmuştur¹².

CMR'de taşıyıcının, eşyayı teslim aldığı andan teslim edinceye kadar, bunun zıyaından, hasarından veya teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan sorumlu olacağı esası benimsenmiştir. CMR'nin 29. maddesinde, zarara kasten veya kasta eş değer kusurlu bir davranışla sebep olan taşıyıcının¹³, sorumluluğunu kaldıran, sınırlayan veya ispat yükünü karşı tarafa yükleyen dördüncü bölüm¹⁴ hükümlerinden¹⁵ yararlanamayacağı kabul edilmiştir. Taşıyıcının kastı veya kasta eş değer kusuru, ayrıca zamanaşımı sürelerinin de uzamasına yol açmaktadır (CMR m. 32).

7 Türkiye Cumhuriyeti'nin 7.12.1993 tarih ve 3939 sayılı Kanun'la uygun bulunan (RG 14.12.1993/21788) 'Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı için Mukavele Sözleşmesi (CMR)' ile bu Sözleşme'ye ek 5.7.1978 tarihli Protokol'e, Sözleşmenin 47. maddesine ihtirazi kayıt konmak suretiyle katılması Bakanlar Kurulunca 2.12.1994 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 04.01.1995/22161).

8 Reto Sutter, 'Besteht eine Darlegungspflicht des angegriffenen Frachtführers beim Verschuldensnachweis? – Betrachtungen zum internationalen und schweizerischen Frachtrecht' (2010) 3 Aktuelle Juristische Praxis 325, 325.

9 Barbara Klett, 'Die Haftung im internationalen Strassengüterverkehr nach CMR' (2017) 1 Strassenverkehr 20, 23; Sutter (n 8) 325.

10 Sutter (n 8) 325.

11 Jürgen Basedow, 'Internationales Einheitsprivatrecht im Zeitalter der Globalisierung', (2017) 81 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1, 23 dipnot 114; Jesser-Huß (n 3) CMR Art. 29 N 6.

12 Aksoy Yavaş, 'Kara Yolunda Yapılan Yük Taşımasında Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybına Sebepiyet Veren Kusur Türlerinin Değerlendirilmesi' (2017) 2(Ocak) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 200, 209; Kübra Yetiş Şamlı, *Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı* (1. Bası, On İki Levha 2008) 33. Bu hususta ayrıca bkz Krijn Haak, 'Haftungsbegrenzung und ihre Durchbrechung nach der CMR in den Niederlanden' (2004) 3 Transportrecht 104, 104.

13 CMR m. 29'un alternatif çevirisi için bkz Abuzer Kendigelen ve Alihan Aydın, 'Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR), Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi' iç Hayri Domaniç, Oğuz İmregün, Erdoğan Moroğlu ve Abuzer Kendigelen (edr), *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt 1* (Beta 2002) 515. Resmi Gazete'de kasta eş değer kusurun '*isteyerek kötü harekete eşdeğer sayılan kusur*' şeklindeki çevirisinin eleştirisi için bkz Burak Adıgüzel, 'Yargıtay Kararlarında CMR m. 29'daki Kasta Eşdeğer Kusur Kavramının Yorumlanması' iç Başak Şit (ed), *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXIV 10-11 Aralık* (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 2010) 353, 355.

14 Sözleşme'nin resmi çevirisinde '*bu madde*' denilmişe de doğrusu '*bu bölüm*' olmalıdır. Bkz Alihan Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu* (1. Bası, Arıkan 2006) 173.

15 İlgili hükümler hakkında bkz ve karşılaştırınız (karş) Karsten Otte, 'CMR Art. 29' in Franco Ferrari, Eva-Maria Kieninger, Peter Mankowski, Karsten Otte, Ingo Saenger, Götz Schulze und Ansgar Staudinger (eds), *Internationales Vertragsrecht* (3rd edn, C.H.BECK 2018) CMR Art. 29 N 2; Mirina Grosz and Alexander von Ziegler 'CMR Art. 29' in Willi Fischer and Thierry Luterbacher (eds), *Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (1st edn, Dike 2016) CMR Art. 29 N 37.

Milli hukuka yapılan atıf neticesinde, örneğin Avusturya¹⁶, İsviçre¹⁷, Polonya¹⁸, İtalya¹⁹ ve İskandinav ülkelerinde²⁰ kasta eş değer kusurun ‘*ağır ihmâl*’ olduğu kabul edilmiştir Alman hukuku bakımından ise meseleyi 1.7.1998 tarihinde yürürlüğe giren Taşıma Hukuku Revizyon Kanunu²¹ öncesi ve sonrası şeklinde ikiye ayırarak incelemek gerekir. Anılan revizyona kadar kasta eş değer kusur, Alman hukukunda ‘*ağır ihmâl*’ olarak nitelendirilmiştir²². Revizyondan sonra ise CMR m. 29 bakımından kasta eş değer kusurun belirlenmesinde, Alman Ticaret Kanunu (AlmTK)²³ § 435’t e öngörülen pervasızca davranış kusuru dikkate alınmaktadır²⁴. Bahis konusu kusur derecesi ile sınırsız sorumluluğun şartlarının ağır ihmale nazaran ağırlaştırıldığı konusunda Alman hukukunda yaygın bir kanaat bulunmaktadır²⁵.

Türk mahkemelerinde görülen ve CMR kapsamında kalan taşıma sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarda kasta eş değer kusur kavramı, TTK m. 886’da hükme bağlanan ‘*pervasızca davranış kusuru*’ ölçütüne göre belirlenmelidir²⁶. Çünkü taşıyıcının sorumluluğunu sınırlama hakkının kaybına yol açan kusur türlerini hükme bağlaması yönünden TTK m. 886, CMR m. 29’a koşuttur. Pervasızca

- 16 Simon Laimer, ‘Internationaler Gütertransport auf der Strasse zwischen Einheitsprivatrecht und Kollisionsrecht’ in Susan Emmenegger, Stephanie Hrubesch-Millauer, Frédéric Krauskopf and Stephan Wolf (eds), *Brücken bauen Festschrift für Thomas Koller* (Stämpfli 2018) 485, 494.
- 17 Klett, ‘Haftung’ (n 9) 27; Barbara Klett, ‘Haftung im Strassengüterverkehr’ in Barbara Klett and Andreas Furrer (eds), *Schaden im Warentransport Vertragsgestaltung – Versicherung – Schadenersatz* (Schulthess 2016) 132; Jesser-Huß (n 3) CMR Art. 29 N 10; Sutter (n 8) 326; Laimer (n 16) 494. Mahkeme kararları için bkz Stephan Erbe, ‘Vertragliche Steuerung des Haftungsrisikos bei Transportverträgen’ in Barbara Klett and Andreas Furrer (eds), *Schaden im Warentransport Vertragsgestaltung – Versicherung – Schadenersatz* (Schulthess 2016) 51, 55 dipnot 18.
- 18 Jesser-Huß (n 3) CMR Art. 29 N 10.
- 19 Jesser-Huß (n 3) CMR Art. 29 N 10.
- 20 Laimer (n 16) 495. Farklı ülkelere ilişkin değerlendirmeler için bkz Hakan Karan, Özgür Kara ve İzel Varan, *Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi* (2. Bası, Yetkin 2020) 877 vd; Mustafa Erdoğan, *CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu* (1. Bası, On İki Levha 2020) 294 vd.
- 21 Gesetz zur Neuregelung des Fracht-, Speditionen – und Lagerrechts vom 29.6.1998 (BGBl 1998 I, 1588 ff).
- 22 Otte (n 15) CMR Art. 29 N 5; Karl-Heinz Thume, ‘60 Jahre CMR Art. 29-Zankapfel damals wie heute’ (2017) 4 Transportrecht 141, 141.
- 23 Handelsgesetzbuch (HGB) vom 10.05.1897.
- 24 Otte (n 15) CMR Art. 29 N 6; Jesser-Huß (n 3) CMR Art. 29 N 15; Ingo Koller, *Transportrecht* (9th edn, C.H.BECK 2016) CMR Art. 29 N 3a. Bunun genel eğilim olduğu yönünde bkz Kay Uwe Bahnsen, ‘CMR Art. 29’ in Detlev Joost and Lutz Strohn (eds), *Handelsgesetzbuch Band 2* (3rd edn, C.H.BECK 2015) CMR Art. 29 N 11.
- 25 Bkz başlık IV, B, 2, e.
- 26 CMR’yi uygulayan Türk hâkiminin kasta eş değer kusur kavramı bakımından TTK m. 886’yı göz önünde bulundurması gerektiği yönünde bkz Aydın Alber Yüce, ‘CMR ve TTK’da Taşıyıcının Sorumluluğu ile Kast ve Kasta Eşdeğer Kusurun Sorumluluğa Etkisi’ (2012) 3-4(Aralık-Ocak) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171, 188. Türkiye’de görülen ve CMR kapsamındaki taşıma sözleşmelerinden doğan davalar bakımından kasta eş değer kusurun, pervasızca davranış kusuru olduğu yönünde bkz Muharrem Gençtürk, ‘Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıyıcının Sınırsız Sorumluluğunu Gerektiren Ağır Kusurları ve Türk Mahkemelerinin CMR’yi Uygulaması Bakımdan Muhtemel Etkisi’ (2012) XIV(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117, 139 vd. Belirtmek gerekir ki öğretide Karan, Kara ve Varan, Türk hukukunda taşıyıcının sorumluluğu sınırlama hakkından yararlanamayacağı tek halin kasıt olduğu, kasta eş değer kusur faraziyesiyle ağır kusura başvurulamayacağı, bunun gerekçesinin de TTK m. 1429’da hükme bağlanan zararın sigorta ettirenin veya sigortalının sadece kastından doğması halinde sigortacının tazminat ödeme borcundan kurtulacağı olduğu görüşündedir. Yazarlar ayrıca ‘zarar bilinerek veya zararın meydana gelme ihtimali bilinmesine rağmen, pervasızca yapılan davranış’ ifadesinin de (benzer şekilde TTK m. 886’daki ifadenin) doğrudan ve dolaylı kastı kapsadığını ifade etmektedir (Karan, Kara ve Varan (n 20) 878-881). Bu görüşün eleştirisi için bkz Gençtürk, ‘Yeni’ (n 26) 140-141.

davranış kusurunun kasta eş değer kusur olduğu hükmün gerekçesinde de ifade edilmiştir²⁷. Bu nedenle TTK m. 886 bakımından yapılan açıklamalar, CMR m. 29'un uygulanmasında 'kasta eş değer kusur' derecesinin belirlenmesi bakımından önemlidir. TTK m. 886 ile nasıl bir değişiklik yapıldığının görülebilmesi amacıyla, 6762 sayılı Kanun döneminde taşıyıcının sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybına yol açan ve bu anlamda kasta eş değer sayılan kusura verilen anlamın da ortaya konulması da gerekir.

III. 6762 SAYILI KANUN M. 786/3 HÜKMÜ

6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nun (eTTK)²⁸ uygulandığı dönemde, CMR'nin 29. maddesi bakımından kasta eş değer kusur, esas itibarıyla eTTK 786. madde çerçevesinde yorumlanmaktaydı²⁹. Mülga TTK m. 786/3'te '*Zarar, taşıyıcının ağır kusuru veya hilesinden doğmuş olduğu takdirde yukarıdaki fıkrada anılan halde veya bu maddenin birinci fıkrası veyahut 785 inci maddedeki tazminatlar yerine tam tazminat istenebilir*' hükmü bulunmaktaydı. Hükümde geçen 'hile' ifadesi 'kasıt' şeklinde anlaşılmış³⁰, CMR m. 29'da ifadesini bulan kasta eş değer kusurun Türk hukuku bakımından esas itibarıyla 'ağır kusur'u ifade ettiği ve bununla kastedilenin 'ağır ihmâl' olduğu sonucuna varılmış³¹.

27 Hükümün gerekçesi: "Pervasızca ve zararın muhtemelen gerçekleşebileceği bilinciyle hareket" birlikte, yani tek bir kavram olarak değerlendirilmeli ve kasta eşit bir kusur olarak yorumlanmalıdır. "Kasta eşit kusur" ölçüsü kaynak CMR m. 29 (1) hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Bu ibarenin CMR'nin İngilizce metninde "kasıt" karşılığı olarak "wilful misconduct" denildikten sonra "or by such default on his part as, in accordance with the law of the court or tribunal seized of the case, is considered as equivalent to wilful misconduct" denilmiştir. Bu metne göre, kasit veya davaya bakan mahkemenin veya hakemin hukukuna göre kasta eşit olarak müatalaa edilebilecek kusur söz konusudur.

28 Türk Ticaret Kanunu (mülga), Kanun Numarası: 6762, Kabul Tarihi: 29.06.1956, RG 09.07.1956/9353.

29 Bkz Yargıtay 11 HD, E 2000/4546 K 2000/5446, 12.06.2000; Yargıtay 11 HD, E 2005/12435 K 2006/12818, 5.12.2006 <<https://www.kazancı.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021; Murat Uslu, *CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu* (1. Bası, Seçkin 2010) 127; Ziya Akıncı, *Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR* (2. Bası, Seçkin 1999) 156; Adıgüzel, 'CMR' (n 13) 364. Bu eğilimin eleştirisi için bkz Karan, Kara ve Varan (n 20) 878-879.

30 Reşat Atabek, *Eşya Taşıma Hukuku* (1. Bası, Sulhi Garan Matbaası 1960) 274; Yetiş Şamlı, *Sorumluluk* (n 12) 41; Hikmet Cem Congar, *CMR ve Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Karayolu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu* (1. Bası, Yetkin 2021) 103; eTTK 767/5'te geçen 'hile' kavramı bakımından bkz Sabih Arkan, 'Karayolu ile Eşya Taşımına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Koşulları ve Taşıyıcının Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümleri (TTK İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme)' (1979) X(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 397, 413.

31 6762 sayılı Kanun döneminde kasta eş değer kusurun ağır ihmâl olduğu yönünde bkz Yetiş Şamlı, *Sorumluluk* (n 12) 41-42; Uslu (n 29) 127; Ecehan Yeşilova, *Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu* (1. Bası, Yetkin 2004) 98; Sabih Arkan, 'CMR Hükümlerine Göre Yardımcıların Fiillerinden Doğan Sorumluluk' in Mürsel Başgöl ve Haluk Konuralp (edr), *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 1988) 319, 333; bu konuda yapılan tespit için bkz Burak Adıgüzel, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Eşya Taşıma Hukuku Alanında Getirilen Yenilikler' (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 769, 786; Adıgüzel, 'CMR' (n 13) 365, 373; ancak *Yazar* kasta eş değer kusurun ağır ihmalden daha nitelikli bir kusur derecesi oluşturduğu, ancak kast denilen kusur derecesinin de altında bir nitelik arz ettiği düşüncesindedir, bkz Adıgüzel, 'CMR' (n 13) 372. *Özdemir*, kasta yakın derecede ağır kusurun, CMR m. 29'da aranan kusur şartını gerçekleştirdiği görüşündedir, bkz *Turkey Özdemir, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu)* (1. Bası, Vedat 2006) 176. Bu noktada belirtmek gerekir ki, öğretime *Karan, Kara ve Varan*, kasta eş değer kusurun belirlenmesinde, sigortacının hangi kusur türünde tazminat ödemekten kurtulacağını öngörüldüğü eTTK 1278'in dikkate alınması gerektiği, bu sebeple eTTK m. 786'dan hareketle kasta eş değer kusurun ağır ihmâl olarak değerlendirilmeyeceği görüşündedir, bkz *Karan, Kara ve Varan* (n 20) 878-879.

Hal böyle olmakla birlikte, 6102 sayılı TTK'de kasıt veya pervasızca davranış kusuru şeklinde iki kademeli nitelikli kusur hali öngörülerek 'hile' ve 'ağır kusur' biçimindeki kusur derecelendirmesinden vazgeçilmiştir. Anılan kusur derecesi düzenlenirken, 6102 sayılı Kanun'un 855/5, 887, 930/2, 1187 ve 1267 madde hükümleri arasında terim birliği ve uygulama açısından yeknesaklık sağlanması amaçlanmıştır³².

IV. NİTELİKLİ KUSUR HALLERİ

Hukuk düzeninin fertlerden beklediği ortalama hareket tarzından sapan davranışlar kusurlu olarak nitelendirilir³³. Türk hukukunda kusur, geleneksel olarak 'kasıt' ve 'ihmal' şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulur. Ayrıca kasıt bakımından 'doğrudan kasıt-dolaylı kasıt', ihmal bakımından 'ağır ihmal-hafif ihmal' ve 'bilinçli ihmal-bilinçsiz ihmal' şeklinde bir alt ayrıma daha gidilir. Sorumluluğu sınırlama hakkının kaybı, 6762 sayılı Kanun'un uygulandığı dönemde m. 786/3 hükmü dolayısıyla 'kasıt' ve 'ağır ihmal' olarak kabul edilirken; bu durum TTK m. 886'da 'kasıt' ve 'pervasızca ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir davranış' kusuruna dönüşmüştür. Çalışmada her iki kusur türünü kapsayacak şekilde 'nitelikli kusur' ifadesi kullanılmıştır. Madde metninde geçen kasıt kavramı bakımından bir yorum sorunu genellikle yaşanmazken, ikinci kusur derecesinin Türk hukukunda yerleşik kusur ayrımlarından birine girip girmediği, soruya olumlu cevap verilmesi halinde hangi kusur derecesine tekabül ettiği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

A. KASIT

Türk hukukunda, hem haksız fiil hem sözleşme sorumluluğunda, borçlunun sorumlu tutulabilmesi için kusurun derecesi *presnisp olarak* önemli değildir³⁴. Bununla birlikte hâkim, Türk Borçlar Kanunu (TBK)³⁵ m. 51/1 hükmü gereğince tazminatı belirlerken şüphesiz kusurun ağırlığını göz önünde bulundurur. Ayrıca bazı hükümlerin uygulanması bakımından, TTK m. 886'da olduğu gibi, kusurun dereceleri arasında ayırım yapıldığı da görülmektedir³⁶. Hükmün gerekçesinde maddenin kaynakları olarak gösterilen CMR m. 29 ile AlmTK § 435, TTK m. 886'da olduğu gibi, iki nitelikli kusur hali öngörmektedir. Bunlardan ilki kasıt olup, anılan kavramın Alman hukukunda hem doğrudan hem dolaylı kasıtı kapsadığı kabul edilmektedir³⁷. CMR'nin İngilizce metninde 'wilful misconduct';

32 TTK m. 930, 1187 ve 1297 gerekçesi.

33 Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)* (2. Bası, Vedat 2010) 46; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Bası, Yetkin 2017) 592.

34 Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1976) 478.

35 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

36 Örneğin TBK m. 49/2, 115, 225, 294.

37 Otte (n 15) CMR Art. 29 N 3; Karl-Heinz Thume, 'HGB § 435' in Karsten Schmidt (ed), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (4th edn, C.H.BECK 2020) HGB § 435 N 9; Hanno Merkt, 'HGB § 435' in Baumbach Adolf and Klaus J. Hopt (eds), *Handelsgesetzbuch* (39th edn, C.H.BECK 2020) HGB § 435 N 2; Marian Paschke, 'HGB § 435' in Hartmut Oetker (ed), *Handelsgesetzbuch* (6th edn, C.H.BECK 2019) HGB § 435 N 3; Wolfgang Schaffert, 'HGB § 435' in Detlev Joost and Lutz Strohn (eds), *Handelsgesetzbuch Band 2* (3rd edn, C.H.BECK 2015) HGB § 435 N 4; Günter Kirchhof, 'HGB § 435' in Martin Häublein and Roland Hoffmann-Theinert (eds), *Beck'sche Online-Kommentare HGB* (27. Edition, 15.1.2020) HGB § 435 N 4. Bu konuda görüş birliği olduğu yönünde bkz Karl-Heinz Thume, 'Durchbrechung der

Fransızca metninde ‘dol’ ifadeleri kullanılmıştır³⁸ ve bu ifadeler hem dolaylı hem doğrudan kastı kapsayacak şekilde yorumlanmaya müsaittir³⁹.

Türkhukukunda kasıt kavramı, hem doğrudan hem dolaylı kastı kapsayacak şekilde kullanılmaktadır⁴⁰. Şu halde TTK m. 886/1’de ifadesini bulan ‘kasıt’ kavramı bu minvalde yorumlanmalıdır. Doğrudan kasıt (*dolus directus*), bir kimsenin hukuka aykırı fiili⁴¹, hukuka aykırı sonucu⁴², zararlı sonucu⁴³ ‘bilme’si ve ‘isteme’si olarak tanımlanmaktadır. Kastın failin bilerek ve isteyerek bir başkasına zarar vermesi şeklinde tanımlandığı da görülmektedir⁴⁴. Kastta isteme unsuru doğrudan değil, dolaylı şekilde tezahür edebilir; bu halde dolaylı kasıt söz konusu olur. Dolaylı/ihtimali/muhtemel/olası kastta (*dolus eventualis/bedingter Vorsatz*) kişi hukuka aykırı sonucu⁴⁵, zararlı sonucu⁴⁶ bilmektedir; bunu istememekte, fakat sonucu göze almakta, kabullenmektedir⁴⁷. Failin fiil ile illiyet bağı içerisinde ortaya çıkan ve tazmini gereken zararların biçimini ve kapsamını öngörmüş ve istemiş olması ise gerekli değildir⁴⁸.

TTK m. 886’da geçen kasıt kavramı bakımından, taşıyıcının zarar verme amacıyla (*saikiyle*) hareket etmesi (*Absicht*) gerekli değildir. Adı geçen hükümde yer alan ‘zarara, kasten... sebebiyet verdiği ispat edilen taşıyıcı’ ifadesi kastın, hukuka aykırı davranışa yönelik olduğunu göstermektedir. Hukuk dilinde burada olduğu gibi ‘hareket tarzının niteliğini’n ‘hareket tarzı’ yerine kullanılması vakidir⁴⁹. Aslında ifade edilmek istenen ‘zarara kasıtlı bir hareket tarzıyla’ sebebiyet vermektir. O

Haftungsbeschränkung nach § 435 HGB im internationalen Vergleich’ (2002) 1 Transportrecht 1, 2.

38 CMR m. 51.

39 Otte (n 15) CMR Art. 29 N 3; Jesser-Huß (n 3) CMR Art. 29 N 5. Ayrıca bkz Arslan Kaya, ‘Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşme’de (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları (II)’ (1998) 56(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 239, 267; Aksoy Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk* (1. Bası, On İki Levha 2016) 200.

40 Eren (n 33) 597; Hüseyin Hatemi, Necip Kocayusufoğlu, Rona Serozan ve Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 2* (2. Bası, Filiz 1998) § 7 N 13; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (13. Bası, Vedat 2017) N 158; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993) 493.

41 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 40) 493; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Beta 2015) 153.

42 Hatemi, Kocayusufoğlu, Serozan ve Arpacı (n 40) § 7 N 13; Tandoğan (n 33) 46; Zahit İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri* (1. Bası, İsmail Akgün Matbaası 1949) 26. Zararlı sonucu bilme ve isteme şeklinde yapılan bir tanımlama için bkz Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Bası, Turhan 2017) 406; Oğuzman ve Öz (n 40) N 158, ancak karşı N 154.

43 Damla Gürpınar, *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermede Doğan Hukuki Sorumluluk* (1. Bası, Güncel 2006) 123. Failde hem zararlı sonuç hem de hukuka aykırılık bilincinin olması gerektiği yönünde bkz Eren (n 33) 598.

44 Pınar Çağlayan Aksoy, *Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini* (1. Bası, On İki Levha 2016) 371.

45 Hatemi, Kocayusufoğlu, Serozan ve Arpacı (n 40) § 7 N 13; Kadir Berk Kapancı, *Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kastan Verilen Zararın Tazmini* (1. Bası, Vedat 2016) 27.

46 Çağlayan Aksoy (n 44) 375.

47 Dolaylı kasıt hakkında bkz ve karşı Oğuzman ve Öz (n 40) N 158; Tandoğan (n 33) 47; Hatemi, Kocayusufoğlu, Serozan ve Arpacı (n 40) § 7 N 13; Eren (n 33) 596; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 40) 493.

48 Tandoğan (n 33) 47; Oğuzman ve Öz (n 40) N 158.

49 Tandoğan (n 33) 45.

halde taşıyıcının kanundan doğan veya sözleşmede kararlaştırılan ve uyulması halinde zararın doğmasını engelleyecek yükümlülüklerini kasten ihlal etmesi yeterlidir. Eklemek gerekir ki failin zarar verme amacıyla hareket etmesi, kastın en ağır halidir⁵⁰. Dolayısıyla bu fiiller de kasten işlenen fiiller içerisinde mütalaa edilir⁵¹.

B. PERVASIZCA DAVRANIŞ KUSURU

I. Genel Bakış

Sorumluluk sınırlamalarından yararlanma hakkını ortadan kaldıran ikinci nitelikli kusur hali, Kanun metninde '*pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilin veya ihmalin*' mevcut olması şeklinde formüle edilmiştir. Pervasızca ve zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinci ile davranma tek bir kavram olarak değerlendirilmelidir⁵². Dolayısıyla burada '*i) pervasızca davranış niteliğinde bir yükümlülük ihlali ve ii) zararın doğması ihtimaline ilişkin bir bilinç*' olmalı ve bu iki unsurun mevcudiyeti ayrı ayrı aranmalıdır.

Pervasızca davranış kusuru, Türk hukukuna tamamen yabancı değildir. 12 Ekim 1929 tarihinde Varşova'da imzalanan '*Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşme*'nin 28 Eylül 1955 tarihli Lahey Protokolü ile değiştirilen 25. maddesinde taşıyıcının işçilerinin veya temsilcilerinin '*zararın doğması ihtimali olduğunu bilerek dikkatsizce yaptıkları bir hareket veya ihmali sonucu meydana geldiği*'⁵³ hallerde sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının ortadan kalkacağı öngörülmüştür. Benzer şekilde Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK)⁵⁴ m. 126'da '*zararın doğması ihtimali olduğunu bilerek dikkatsizce yaptıkları bir hareket veya ihmali sonucunda meydana gelmesi*' ifadelerine yer verilmiştir⁵⁵. Dolayısıyla TTK m. 886'da öngörülen ikinci kusur derecesi, Varşova Sözleşmesi'nin değişik 25. maddesi ve bu ifadeyi tercih eden muhtelif metinler ile uluslararası sözleşmelerde yer alan formül ile benzerdir⁵⁶.

50 Çağlayan Aksoy (n 44) 371; Gürpınar (n 43) 123.

51 TTK m. 886'nın hükümet tarafından sunulan halinde '*taşıyıcının böyle bir zarara sebep olmak kastı*' ifadesi yer almaktaydı. Ancak Adalet Komisyonu tarafından metinde değişiklik yapılmış ve kasıt teriminin Türk hukukunda bu anlamı zaten içerdiği ifade edilmiştir. <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c032/tbmm23032022ss0096.pdf>> 523, Erişim Tarihi 28 Temmuz 2021.

52 Madde gerekçesi.

53 Resmi çeviri için bkz RG 03.12.1977/16128. Bu şekilde yapılan resmi çevirinin eleştirisi ve çeviri önerisi için bkz Tahir Çağa, 'Enternasyonal Deniz Hususi Hukukunda Yeni Bazı Gelişmeler', (1977) 9(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 289, 300-301.

54 Türk Sivil Havacılık Kanunu, Kanun Numarası: 2920, Kabul Tarihi: 14.10.1983, RG 19.10.1983/18196.

55 Nurdan Orbay Ortaç, 'Havayolu ile Taşımalarda Bagajın Zıyayı veya Hasara Uğraması Nedeniyle Doğan Akdi Sorumluluk' (2014) 114 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 143, 164.

56 Varşova Sözleşmesi'nin değişik 25. maddesindeki ifadenin kullanıldığı sözleşmeler hakkında bkz Duygu Damar, 'Milletlerarası Taşıma Hukukunda "Wilful Misconduct" – Kavramın Tarihçesi ve Tercümesi' (2004) 24(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 379, 386 vd.

2. Kusurun Niteliğine İlişkin Görüşler

Pervasızca davranış kusuruna nasıl bir anlam verilmesi gerektiği konusunda yapılan açıklamalar ile Varşova Sözleşmesi'nin 25. maddesine ve benzer kusur türünü düzenleyen diğer hükümlere ilişkin yorumlar dikkate alındığında, bu kusur derecesinin ne olduğu konusunda fikir birliğinin bulunmadığı görülmektedir. Öğretide, farklı veya benzer gerekçeler ile anılan kusur türünün 'dolaylı kasıt', 'ağır ihmâl', 'bilinçli ihmâl/bilinçli ağır ihmâl' olduğu düşüncesinde olan müellifler bulunduğu gibi, bu kusurun 'Kara Avrupası hukuk sistemlerinde bilinen kusur türlerinden hiçbirine uymadığı, bu sebeple kanunda verilen unsurların dikkate alınması suretiyle her bir olay bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerektiği' fikrini savunanlar da vardır:

a. Dolaylı Kasıt Olduğu Görüşü

Yukarıda belirtilen çerçevede bazı yazarlar tarafından pervasızca davranış kusurunun 'dolaylı kasıt' olduğu ileri sürülmüştür⁵⁷. CMR m. 29 bakımından konuyu inceleyen *Karan, Kara ve Varan*, CMR m. 29'da geçen kasıt kavramı için orijinal Fransızca metinde 'dol', İngilizce metinde ise "wilful misconduct" ifadelerinin kullanıldığı, bu kavramların ortak özelliğinin sigortacıyı sigortalısına karşı tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtaran kasıtlı davranış şeklini ortaya koyduğu, bu kavramlara ulusal hukuklarda aynı anlamın verilmeyeceği düşünülerek kasta (*dol/wilful misconduct*) eş değer sayılan ihlallere, yani sigortacının sigorta tazminatı ödemekten kurtulabileceği kusur türüne aynı hükmü uygulama yetkisi verildiği, TTK m. 1429'da zararın sigorta ettirenin veya sigortalının sadece kastından doğması halinde sigortacının tazminat ödemekle yükümlü olmayacağı düzenlendiği, bu nedenle Türk hukuku bakımından taşıyışının sorumluluğunu sınırlama hakkından yararlanamayacağı tek halin kasıt olduğu, kasta eş değer kusur faraziyesiyle ağır ihmale başvurulamayacağı, TTK m. 886'da yer verilen 'zararın bilinmesi' ile doğrudan kastın, "zararın meydana gelme ihtimali bilinmesine rağmen, pervasızca yapılan davranış" ile dolaylı kastın ifade edildiği gerekçeleriyle bu sonuca varmıştır⁵⁸.

Kahraman, kişinin zarar tehlikesini tahmin etmesine rağmen, davranışlarını bu bilinçle sürdürmesinin zararın gerçekleşmesini göze aldığı ve kabullendiği anlamına geleceği gerekçesiyle pervasızca davranış kusurunun olası kast olduğu görüşündedir⁵⁹. *Damar*, pervasızca davranış kusuru ile dolaylı kastın unsurları bakımından yaptığı ayrıntılı karşılaştırma sonucunda, pervasızca davranış kusurunun dolaylı kasta denk geldiği sonucuna varmıştır⁶⁰.

57 *Karan, Kara ve Varan* (n 20) 880; Zafer Kahraman, 'Medeni Hukuk Bakımından Pervasızca Hareket' iç Saibe Oktay Özdemir, Azra Arkan Serim ve Atilla Altop (edr), *Prof. Dr. Sermet Akman'a Armağan* (Filiz Kitabevi 2020) 425; Duygu Damar, *Wilful Misconduct in International Transport Law* (1st edn, Springer 2011) 269-290; Damar, 'Costa Concordia' (n 2) 292. Ülgen, sözü geçen kusur türünün dolaylı kast olduğu görüşünde olmasına rağmen, menfaatler durumu açısından daha uygun olduğundan taşıyıcının ağır ihmali halinde de sınırsız sorumluluğun şartlarının oluşması gerektiği düşüncesindedir, bkz Hüseyin Ülgen, *Hava Taşıma Sözleşmesi* (1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 1987) 203.

58 *Karan, Kara ve Varan* (n 20) 876 vd.

59 *Kahraman* (n 57) 421 vd.

60 *Damar, Wilful Misconduct in International Transport* (n 57) 269-290; *Damar, 'Costa Concordia'* (n 2) 292.

b. Ağır İhmal Olduğu Görüşü

Öğretide, bir diğer görüş olarak pervasızca davranış kusurunun ‘ağır ihmal’ olarak kabul gördüğüne işaret edilmektedir⁶¹.

c. Bilinçli Ağır İhmal/Bilinçli İhmal Olduğu Görüşü

Bir başka görüş, öngörülen kusur ölçütünün ‘bilinçli ağır ihmal/bilinçli ihmal’ olduğu şeklindedir. Anılan görüşte olan Yavaş, pervasızca davranış kusurunda, pervasızca davranışın taşıyıcının yükü korumak için göstermesi gereken en basit dikkat ve özeni göstermemesi olduğu, bu yönden anılan unsurun ağır ihmale denk geldiği, zarar ihtimaline ilişkin bilinç unsuru ile değerlendirildiğinde failin hukuka aykırı neticeyi öngördüğü; ancak bu sonucu istemediği, netice olarak pervasızca davranış kusurunun bilinçli ihmal olduğu, bilinçli ihmalin de ağır ihmalin en ağır hali olduğu düşüncesindedir⁶².

Sözer, belirtilen kusur türünün kasti bir davranışta olduğu kadar ağır bir kusur teşkil etmediği, ancak hafif ihmalin de yeterli olmayacağı, bilakis ağır ihmal mahiyeti taşıdığı, davranışın zarara yol açacağına da bilinmiş olması arandığından bilinçli ihmalin söz konusu olduğu görüşündedir⁶³. Yazar, netice olarak kasıt veya ağır ihmal halinde sorumluluğun sınırsız olacağını ifade etmekle birlikte, açıklamalarında failde aranan zarar bilinci sebebiyle davranışın bilinçli ihmal teşkil ettiği bilgisine de yer vermektedir.

d. Kara Avrupası Hukuk Sistemlerinde Bilinen Kusur Türlerinden Hiçbirine Uymadığı Görüşü

İleri sürülen son görüş, pervasızca davranış kusurunun Kara Avrupası hukuk sistemlerinde bilinen kusur türlerinden hiçbirine uymadığı yönündedir⁶⁴. Anılan görüşte olan yazarlar pervasızca davranış

61 Tuba Birinci Uzun, *Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu* (3. Bası, Seçkin 2020) 196 vd. Ağır ihmalin yeterli olmayacağı yönünde bkz Muharrem Gençtürk ve İlhan Yiğit, ‘CMR Kapsamındaki Taşımalarda Taşıyıcının Sınırlı Sorumluluktan Yararlanamayacağı Haller’ (2013) 3 Gaziosmanpaşa Bilimsel Araştırma Dergisi 34, 39; Duygu Damar, ‘Neues türkisches Handels – und Transportrecht’ (2013) 5 Transportrecht 171, 183.

62 Yavaş, ‘Kusur Türleri’ (n 12) 219 vd; Yavaş, *Konteyner* (n 39) 225; bkz ve karşı Gözde Cömert Varol, *Kara Yolunda Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve CMR Konvansiyonu Kapsamında Kayıp veya Hasardan Kaynaklanan Sorumluluğu* (1. Bası, On İki Levha 2020) 188 vd.

63 Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku Cilt 1* (5. Bası, Vedat 2019) 291 vd; Bülent Sözer, *Türk Hukuku’nda ve Uluslararası Hukuk’ta Hava yolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi* (2. Bası, Vedat 2009) 235, 240 vd; Bülent Sözer, ‘Türk Sivil Havacılık Kanunu’nun Hükümlerine Göre Taşıyanın ve İşletenin Sorumluluğu’ (1984) 12(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 3, 57-58. Ağır kusura ve bir ölçüde de şuuruz (ihtimali) kasta veya şuuruz taksire tekabül ettiği yönünde bkz Can (n 2) 104.

64 Çağa (n 53) 301 vd; Emine Yazıcıoğlu, *Hamburg Kuralları’na Göre Taşıyanın Sorumluluğu* (1. Bası, Beta 2000) 170-175; Atalay Özdemir, *Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu* (1. Bası, Sanem Matbaacılık 1992) 118-119; Yetiş Şamlı, *Sorumluluk* (n 12) 94 vd; Kübra Yetiş Şamlı, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Taşıyanın Zıya Hasar ve Geç Teslimden Sorumluluğu* (2. Bası, On İki Levha 2013) 169 vd; Ergon Çetingil, ‘Alman Deniz Ticareti Hukukunun 1986 Yılı Reformunda Taşıyanın Sorumluluğu ile İlgili Olarak Yapılan Değişiklikler’, (1992) 16(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 21, 34; Adıgüzel, *Taşıma* (n 2) 240 vd; ayrıca bkz Adıgüzel, ‘Yenilikler’ (n 31) 786; Burak Adıgüzel, *Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu* (2. Baskı, Adalet 2012) 232 vd.; pervasızca davranış kusurunu Türk hukukundaki kusur dereceleri ile örtüşürmenin sağlıklı olmayacağı yönünde bkz Süzel (n 2) 558.

kusurunun kendi unsurları içerisinde değerlendirilmesi ve somut olayda bu unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğinin sorgulanması gerektiği fikrindedir. Bununla birlikte bazılarının pervasızca davranış kusurunun hukukumuzda bilinen kusur derecelerinden hangilerinin arasına tekabül ettiği veya hangisine yakın olduğu şeklinde değerlendirmeler yaptığı da görülmektedir:

Yazıcıoğlu, pervasızca davranış kusuru bakımından failin muhtemelen zarar meydana geleceğinin bilincinde olması gerektiği, oysa zarar bilincinin olmadığı hallerde de ağır ihmalin söz konusu olabileceği, dolayısıyla anılan kusur türünün ağır ihmal olmadığı, zarar bilincinden maksadın zararın meydana gelme olasılığının gelmeme olasılığından yüksek olduğunun bilinmesi anlamına geldiği, bilinçli ihmalde failin zarar olasılığını görmesine rağmen bu olasılığın düşük olduğuna ilişkin bir güveni olduğu, bu yönden bu kusur türünün bilinçli ihmal de olmadığı, dolaylı kastta zarar olasılığının yüksek olması şartının aranmadığı, bu sebeple anılan kusur türünün dolaylı kasit olarak da nitelendirilemeyeceği⁶⁵, belirtilen sebeplerle pervasızca davranış kusurunun dolaylı kasta yakın, fakat ağır ihmal ile dolaylı kasit arasında yer alan bir kusur türü olduğu düşüncesindedir⁶⁶. *Yetiş Şamlı*, bu açıklamalara katılmakla birlikte sınırsız sorumluluğa yol açan bu kusur türünün bağımsız bir kusur türü olarak görülmesi ve unsurlarının oluşup oluşmadığının her bir olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶⁷.

Özdemir, burada failin zarar ihtimalini bilmesine rağmen bunu istememesi sebebiyle dolaylı kastın bulunmadığı, failde aranan bilincin *yüksek* zarar ihtimaline ilişkin olması zorunluluğu sebebiyle bilinçli ağır ihmalin de söz konusu olmadığı, dolaylı kasta yakın ve bilinçli ağır ihmal ile dolaylı kasit arasında yer alan bir kusur türü olduğu fikrindedir⁶⁸. *Adıgüzel*, ağır ihmalden daha nitelikli, ancak kasit derecesinin altında kalan bir kusur türü olduğu, değerlendirmede ele alınacak ölçütün pervasızca davranış kavramının objektif ve sübjektif yönleri olacağı düşüncesindedir⁶⁹.

Gençtürk, bahsi geçen kusur türünün hukukumuzda bilinen ve yerleşik kusur kavramlarından farklı olduğu, ancak Türk hukukuna tamamen yabancı da olmadığı, çünkü TSHK m. 126'da bu kusur türünün tanımladığı, bahsi geçen kusur derecesinde *i*) pervasızca bir davranış, *ii*) zararın meydana gelmesi hususunda galip (yüksek) ihtimal ve *iii*) bu ihtimal konusunda taşıyıcının şura sahip olması şeklinde üç unsurun bulunduğu, söz konusu kusurun mevcudiyeti tespit edilirken bu unsurların varlığı veya yokluğuna göre karar verilmesi gerektiği, iç hukukta yerleşmiş kavramlardan bağımsız olarak değerlendirilme yapılmasının uygun olacağı, anılan kusur türünde failin zararlı sonucu tasvip etmesi şart olmadığından olası kastın, zarar bilincinin aranması sebebiyle ağır ihmalin, zarar ihtimalinin galip ihtimal olması gerektiğinden bilinçli ihmalin söz konusu olmadığı, bununla

65 Çağa (n 53) 301 vd.

66 Yazıcıoğlu (n 64) 170-175.

67 Yetiş Şamlı, *Sorumluluk* (n 12) 94 vd.

68 Özdemir (n 64) 118-119.

69 Adıgüzel, *Taşıma* (n 2) 240 vd; ayrıca bkz Adıgüzel, 'Yenilikler' (n 31) 786; Adıgüzel, *Karayoluyla* (n 64) 232 vd. CMR m. 29'da yer alan kasta eş değer kusurun benzer şekilde değerlendirileceği, CMR m. 29'un uygulanması bakımından TTK m. 886'nın göz önünde bulundurulacağı şeklinde bkz Yüce, (n 26) 185.

birlikte pervasızca davranış kusurunun sadece bazı somut olaylarda bilinçli ihmal ile uyuşabileceği görüşündedir⁷⁰.

Süzel, pervasızca davranış kusurunun Türk hukukundaki kusur dereceleri ile örtüşürmenin sağlıklı olmayacağı, her bir olay bakımından anılan kusur türünün somut olayda mevcut olup olmadığının kanunda aranılan unsurlar bakımından değerlendirilmesi gerektiği, kusurun pervasızlık unsuru ile bilinçli bir şekilde ve makul olmayan bir riskin alınması biçiminde gerçekleşen hukuka aykırı bir davranışın kastedildiği, zarar bilinci bakımından ise, failin hukuka aykırı sonucu istemesinin şart olmadığı, sonucun gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, gerçekleşip gerçekleşmediğinde umursamazlığın söz konusu olduğu, zararın doğma olasılığı bakımından zararın kesin olarak meydana gelecek olmasının zaruri olmadığı, zarar verme ihtimalinin de tek başına yeterli olmayacağı, çünkü zarar doğması olasılığının '*muhtemel*' olması, daha açık anlatımla zararın doğma olasılığının doğmama olasılığından yüksek olması gerektiği görüşündedir⁷¹.

e. Alman Hukukundaki Görüşler

Pervasızca davranış kusurunun yorumlanmasında, gerekçede hükmün mehası olarak zikredilen AlmTK § 435 bakımından yapılan yorumlara da bakmak gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu yeni kusurun nasıl yorumlanacağı konusunda Alman hukukunda da farklı fikirler ileri sürülmüştür. Genel eğilim, pervasızca davranış kusurunun Kanun'a girmesiyle, sınırsız sorumluluğun şartlarının ağır ihmale nazaran ağırlaştığı yönündedir⁷². Bir görüş, getirilen yeni kusur ölçütünün Alman Medeni Kanunu'na⁷³ yabancı olduğu ve '*ağır ihmal ile dolaylı kasıt*' arasında bir kusur derecesine denk geldiği⁷⁴, bir diğer görüş '*bilinçli ağır ihmal ile dolaylı kasıt*' arasında olduğu şeklindedir⁷⁵. Bazı yazarlar ise ağır ihmal niteliğindeki bir davranışın ve failde zarar ihtimaline ilişkin bilincin arandığı bir kusur türü olduğu düşüncesini savunmuştur⁷⁶.

3. Değerlendirme ve Kanaat

Aşağıda bu yeni kusur derecesinin nasıl yorumlanması gerektiği konusunda şahsi kanaatimize yer verilmiştir. Bu noktada pervasızca davranış kusurunun '*pervasızca davranış*' ve '*zararın muhtemelen meydana geleceğine ilişkin bilinç*' şeklindeki iki unsuru bakımından ayrı ayrı açıklama yapılması ve

70 Gençtürk, 'Yeni' (n 26) 123, 134 vd.

71 Açıklamalar ve TTK m. 1187 bakımından pervasızca davranış kusurunun yabancı ve Türk yargı kararları çerçevesinde değerlendirilmesi için bkz Süzel (n 2) 558-582.

72 Kirchhof (n 37) HGB § 435 N 5; Rolf Herber, 'Die Neuregelung des deutschen Transportrechts' (1998) Neue Juristische Wochenschrift 3297, 3304; Fritz Fremuth, 'Haftungsbegrenzungen und deren Durchbrechung im allgemeinen deutschen Frachtrecht und nach der CMR' (2004) 3 Transportrecht 99, 99; Thume, 'Kommentar' (n 37) HGB § 435 N 11; Thume, '60 Jahre' (n 22) 142; Thume, 'Durchbrechung' (n 37) 2 ff.

73 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vom 18.08.1896.

74 Kirchhof (n 37) HGB § 435 N 5: '*...zwischen grober Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz*'.

75 Merkt (n 37) HGB § 435 N 2: '*... zwischen bewusster grober Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz*'.

76 Thume, 'Kommentar' (n 37) HGB § 435 N 11.

öğretide yer alan görüşlerin de yapılan açıklamalar ışığında değerlendirilmesi ve sonuca varılması şeklinde bir yol tercih edilmiştir.

a. Pervasızca Davranış Kusurunun Unsurları

aa. Pervasızca Davranış

Alman hukukunda pervasızca davranış, *taşıyıcı veya yardımcıların sözleşmenin diğer tarafının teslim ettiği eşya üzerindeki güvenlik menfaatlerini bariz bir şekilde göz ardı ettiği ve temel koruma önlemlerini dahi dikkate almadığı çok ağır yükümlülük ihlali* şeklinde ifade edilmektedir⁷⁷. Ağır ihmal ise, *her makul insanın aynı durum ve şartlar altında aşikâr sayacağı en basit dikkat ve özenin gösterilmemiş olması, alınması gereken en basit önlemin dahi alınmaması* biçiminde tanımlanmaktadır⁷⁸. Bu tanım ile yukarıda yapılan pervasızca davranış tanımı dikkate alındığında, iki kavramın ağırlık yönünden benzer olduğu görülmektedir. Bu nedenle kusurun ‘*pervasızca davranış*’ unsurunun geleneksel kusur ayrımı içerisinde ağır ihmalle işlenen fiillere denk geldiği sonucuna varılmalıdır. Nitekim öğretilerde de, yukarıda ifade edildiği üzere, bu yönde görüş beyan eden müellifler bulunmaktadır⁷⁹.

Pervasızca ve zarar bilinciyle yapılan her davranışın ağır ihmal teşkil ettiğine şüphe yoktur. Ancak her ağır ihmalin pervasızca davranış kusuru bakımından yeterli olduğunun peşinen kabul edilmesi mümkün değildir⁸⁰. Çünkü Kanun, kastın olmadığı hallerde sınırsız sorumluluk için, ‘*pervasızca davranış*’ ve buna *ilave olarak* failde ‘*zarar bilinci*’nin bulunmasını şart koşmaktadır. Sınırsız sorumluluğun şartlarının, ağır ihmale nazaran ağırlaşması esas itibarıyla bu ikinci unsur sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Bu konu bir sonraki başlıkta daha yakından değerlendirilmiştir. Yargıtay, Varşova Sözleşmesi m. 25 çerçevesinde verdiği bir kararında, pervasızca davranış kusuru için ‘*kasta yakın ağır kusur*’ ifadesini kullanmış ve haklı olarak her ağır kusurun sınırsız sorumluluk için yeterli olmayacağı zannını uyandırmıştır⁸¹. Ağır ihmal, ağır kusur olarak nitelendirilse de, pervasızca davranış kusurunun kabulü bakımından yeterli değildir. Çünkü öğretilerde de ifade edildiği üzere;

77 Bu hususta bkz ve karşı Kirchhof (n 37) HGB § 435 N 6; Jesser-Huß (n 3) CMR Art. 29 N 17; Thume, ‘Kommentar’ (n 37) HGB § 435 N 12. Ayrıca bkz Otte (n 15) CMR Art. 29 N 9; Ingo Koller, ‘HGB § 435’ in Ingo Koller, Peter Kindler, Wulf-Henning Roth, Klaus-Dieter Drüen and Nina Bach (eds), *Handelsgesetzbuch* (9th edn, C.H.BECK 2019) HGB § 435 N 2; Schaffert (n 37) HGB § 435 N 7; Bahnsen (n 24) CMR Art. 29 N 13. BGH, Urteil vom 30. 9. 2010 – I ZR 39/09 (OLG Nürnberg), NJW 2011, (296), 298: ‘...besonders schweren Pflichtenverstoß, bei dem sich der Frachtführer und seine Leute in krasser Weise über die Sicherheitsinteressen seiner Vertragspartner hinwegsetzen’. BGH, Urteil vom 22.05.2014 – I ZR 109/13, BeckRS 2014, 20661.

78 Tandoğan (n 33) 54 vd; Eren (n 33) 602; İmre (n 42) 27; Kahraman (n 57) 419; ayrıca bkz Heinrich Honsell, Bernhard Isenring and Martin A. Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5th edn, Schulthess 2013) § 6 N 26.

79 Öğretilerde ‘*pervasızca davranış*’ unsurunun ağır ihmal ile aynı olduğu görüşü için bkz Yavaş, ‘Kusur Türleri’ (n 12) 225; Yavaş, *Konteyner* (n 39) 220; ayrıca bkz Sözer, *Deniz Ticareti* (n 63) 298. Alman hukuku bakımından bkz ve karşı Thume, ‘Kommentar’ (n 37) HGB § 435 N 11-12; Merkt (n 37) HGB § 435 N 2.

80 1955 yılı Lahey Protokolü’nün 25. maddesinin müzakerelerinde sınırsız sorumluluk şartlarının ağırlaştırılması görüşünün hâkim olduğu yönünde bkz Özdemir (n 64) 117.

81 Yargıtay 11 HD, E 1998/5499 K 1999/136, 26.1.1999 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021. Değerlendirme için bkz Gençtürk, ‘Yeni’ (n 26) 133.

kişinin zarar ihtimalini görebilecek durumda olup da yeterli özeni göstermediği için görememiş olduğu hallerde de ağır ihmâl söz konusu olabilir⁸².

Pervasızca davranış, TTK m. 886'nın açık lafzına göre 'olumlu veya olumsuz davranış' (...*fiilinin veya ihmâlinin*...) şeklinde ortaya çıkabilir. Yükün güvenliği, zarara veya hasara uğramaması için hangi güvenlik önlemlerinin ne kapsamda alınması gerektiği, somut olayın şartlarına göre tespit edilir⁸³. Taşımayla ilgili risk büyüdükçe, gösterilmesi gereken dikkat ve özen düzeyi de yükselir⁸⁴. Buna uygun olarak *Yargıtay 11 HD*, İtalya'da taşıma yapan sürücülerin, yol güzergâhının riskli olması nedeniyle, daha fazla özen göstermek ve bu bağlamda yeterli güvenlik önlemlerini almak zorunda oldukları şeklinde karar vermiştir⁸⁵.

Taşımaya konu yükün kolay paraya çevrilebilmesi, bu yönden çalınma tehlikesinin fazla olması, maddî değeri, taşıyıcıya bildirilmesi gereken bir tehlikesinin bulunup bulunmadığı ve sözleşmenin niteliği alınması gerekli önlemlerin neler olduğunun tespitinde ve derecesinde önem taşır⁸⁶. Yükün başka bir araca aktarılmasına ilişkin süreçlerde zarar doğma ihtimali yükselir. Bu sebeple, yükün giriş ve çıkış kontrollerinin doğabilecek zararları önlemek adına uygun bir şekilde organize edilmesi gerekir⁸⁷.

bb. Zararın Muhtemelen Meydana Geleceği Bilinci

Zarar verenin, sınırsız sorumlu tutulabilmesi için, bir zararın muhtemelen meydana geleceği bilincini taşıması gerekir. Zarar doğacağı bilinci sübjektif bir olgu olduğu için, daha çok bazı işaretlerden, emarelerden ve somut olayın özelliklerinden yola çıkılarak tespit edilebilir⁸⁸. Bu yönden eğer olayda vuku bulan pervasızca davranış, zararın muhtemelen meydana geleceğine ilişkin bir öngörüyle faile dayatıyorsa, ikinci unsurun mevcut olduğu kabul edilir⁸⁹. Dolayısıyla zarar bilinci, pervasızca davranışın taşıyıcıya dayattığı bir öngörüdür. Ancak zarar bilincine, pervasızca davranışın şartlarının oluştuğu hallerde mutlaka sahip olunacağı sonucuna varılamaz⁹⁰. Taşıyıcının pervasızca davranışı,

82 Çağa (n 53) 301; Yazıcıoğlu (n 64) 173.

83 Kirchhof (n 37) HGB § 435 N 6; Thume, 'Kommentar' (n 37) HGB § 435 N 13.

84 OLG Düsseldorf Urteil vom 9.10.2002 – 18 U 38/02, <https://xn—rabro-mva.de/zur-kontrollpflicht-des-fahrers-eines-kuehltransportes/>. OLG Zweibrücken (5. Zivilsenat), Urteil vom 12.03.2019 – 5 U 63/18, BeckRS 2019, 4729.

85 Yargıtay 11 HD, E 2000/2114 K 2000/3241, 20.04.2000 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

86 Alınması gereken önlemlerin niteliği ve kapsamı belirlenirken göz önünde tutulması gereken ölçütler hakkında bkz ve karşı Kirchhof (n 37) HGB § 435 N 6; Paschke (n 37) HGB § 435 N 6; Thume, 'Kommentar' (n 37) HGB § 435 N 13; Merkt (n 37) HGB § 435 N 2.

87 Thume, 'Kommentar' (n 37) HGB § 435 N 13.

88 Bkz ve karşı Paschke (n 37) HGB § 435 N 7.

89 Bkz ve karşı 'Das Bewusstsein von der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ist eine sich dem Handelnden aus seinem leichtfertigen Verhalten aufdrängende Erkenntnis, es werde wahrscheinlich ein Schaden entstehen'. Ayrıca bkz Merkt (n 37) HGB § 435 N 2; Schaffert (n 37) HGB § 435 N 12; Thume, 'Kommentar' (n 37) HGB § 435 N 14.

90 BGH, Urteil vom 25. 3. 2004 – I ZR 205/01, NJW 2004, 2445 ff; Paschke (n 37) HGB § 435 N 7; Ralf Wojtek and Judy-Anne Krug, 'Haftungsvermeidung im Transportgewerbe' in Christoph E. Hauschka, Klaus Moosmayer and Thomas Lösler (eds), *Corporate Compliance Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen* (3rd edn, C.H.BECK 2016) § 56 N 20.

içeriği ve vuku bulduğu şartlara bakıldığında, taşıyıcının bu bilince sahip olduğu kabulünü haklı gösteriyorsa, böyle bir çıkarım yapılabilir⁹¹. Olayların tipik akışı ve hayat tecrübeleri dikkate alınarak pervasızca bir davranıştan, kişinin zarar bilincine sahip olduğu kabul edilebilir⁹². Nitekim Yargıtay ve BAM kararlarında da ‘*maddi vakıaların oluş şeklinin*’ bu yönden dikkate alınarak sonuca varıldığı görülmektedir⁹³.

TTK m. 886’da failde aranan bilincin ‘*zararın meydana gelmesi ihtimali*’ne ilişkin olacağı hükme bağlanmıştır. Bundan anlaşılması gereken, olayın şartlarına göre zarar doğması riskinin ‘*muhtemel*’ olmasıdır. Dolayısıyla burada fail, ‘*bir zararın muhtemelen meydana geleceği bilinciyle*’ pervasızca bir davranışta bulunmalıdır. Benzer hak durumunu düzenleyen TTK m. 1187 bakımından *Süzel*, hükmün mehzazı Lahey-Visby Kuralları m. 4’ü de dikkate alarak, TTK m. 1187’de kullanılan ‘*ihhtimal*’ ifadesinin isabetli olmadığını, ‘*muhtemelen zararın meydana geleceği bilinciyle*’ şeklinde bir çevirinin tercih edilmesi gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir⁹⁴. Bu yönden öğretilerde anılan unsurun varlığı tespit edilirken davranışın zarara sebebiyet vereceğinin yüzde elli bir ve üzerinde bir olasılık şeklinde öngörüldüğü, bir başka anlatımla zararın ortaya çıkma ihtimalinin çıkmama ihtimalinden daha yüksek olduğu hallerde zararın ortaya çıkmasının muhtemel olduğu ifade edilmektedir⁹⁵. Bu noktada TTK m. 886’da ihtimal bakımından belirli bir oran veya olasılık değerinin aranmamış olduğunu, ayrıca öğretilerde anılan hususta aksi fikirlerin de bulunduğunu belirtmek gerekir⁹⁶. Ancak pervasızca davranış kusurunun tarihi evrimi ve uluslararası metinlerde kullanılan ‘*probably*’ ifadesi dikkate alındığında, zarar olasılığının muhtemel, bir başka anlatımla galip ihtimal (yüzde elli bir ve üzerinde bir olasılık) olması gerektiği sonucuna varılması uygun olur⁹⁷. Nitekim TTK m. 886’nın gerekçesinde de ‘*zararın muhtemelen gerçekleşebileceği bilinciyle*’ şeklinde bir ifade kullanılmıştır.

Zarar bilinci bakımından AlmTK § 435 ile TTK m. 886 arasında bir lafız farkı söz konusudur. AlmTK’de taşıyıcının ‘*bir zararın (ein Schaden)*’ meydana gelmesine ilişkin bilincinden bahsedilmişken TTK m. 886’da ‘*böyle bir zararın*’ ifadesi kullanılmıştır. Metinde geçen ‘*böyle bir zarar*’ ifadesinden yola çıkılarak, somut olayda fiilen gerçekleşen zararın nicelik ve nitelik yönünden öngörülmesi gerektiği sonucuna varılmamalıdır⁹⁸. Hükmün gerekçesinden de, seçilen ifadenin bilinçli olduğu yönünde

91 Bu hususta bkz ve karşı BGH, Urteil vom 25. 3. 2004 – I ZR 205/01, NJW 2004, 2445 ff; BGH, Urteil vom 12. 1. 2012 – I ZR 214/10 (OLG Düsseldorf), NJW-RR 2012, 367; Paschke (n 37) HGB § 435 N 7; Wojtek and Krug (n 90) § 56 N 20; Federal Mahkeme uygulaması hakkında bkz Klaus Ramming, *Hamburger Handbuch Multimodaler Transport* (1st edn, C.H.BECK 2011) § 22 N 637.

92 Bu hususta bkz ve karşı Paschke (n 37) HGB § 435 N 7.

93 Yargıtay 11 HD, E 2018/3164 K 2019/4721, 24.06.2019: ‘*Maddi olguya ilişkin iddianın bu biçimdeki ileri sürülüşünün, davalı taşıyıcının pervasızca hareket etmesi nedeniyle hasarın oluştuğuna ilişkin olduğunda duraksanmamalıdır*’ <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021. İstanbul 14 BAM E 2018/1237 K 2019/1183, 26/09/2019; İstanbul 14 BAM E 2017/876 K 2018/295, 26/03/2018: ‘*Bu durumda somut olayın oluş şeklinin, bu yasal düzenlemeye göre değerlendirilmesi gerekir*’ <<https://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

94 *Süzel* (n 2) 561.

95 *Süzel* (n 2) 561; *Çağa* (n 53) 301; *Özdemir* (n 64) 119, 113; *Yazıcıoğlu* (n 64) 172; *Gençtürk ve Yiğit* (n 61) 39, *Gençtürk, ‘Yeni’* (n 26) 128; *Muharrem Gençtürk, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Gecikmeden Doğan Sorumluluk)* (1. Bası, Vedat 2006) 242; ayrıca bkz *Erdoğan* (n 20) 314.

96 Bkz *Yavaş, Konteyner* (n 39) 222-223.

97 *Çağa* (n 53) 300-301; *Süzel* (n 2) 561; *Gençtürk, Uluslararası* (n 95) 242.

98 *Yetiş Şamlı, Sorumluluk* (n 12) 98; AlmTK § 435 bakımından yapılan benzer değerlendirme için bkz ve karşı *Thume*,

bir sonuç çıkarılması mümkün değildir. Aksini kabul, maddenin uygulanması imkânını ortadan kaldıracığı gibi genel sorumluluk hükümlerindeki anlayışa da uygun değildir⁹⁹.

b. Pervasızca Davranış Kusurunun Niteliği: ‘Yeni Bir Bilinçli Ağır İhmal Türü’

Pervasızca davranış kusuru, pervasızca davranış ve zarar bilinci şeklinde iki unsurdan oluşmaktadır. Failde zarar bilincinin aranması sebebiyle, yukarıda ifade edildiği üzere, öğretilerde ikinci kusur derecesinin, ‘*olası kasıt*’, ‘*bilinçli ağır ihmal*’ veya ‘*bilinçli ihmal*’ olarak nitelendirildiği görülmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki bu kusur türünde aranan şartlar olası kasta nazaran daha hafiftir. Çünkü taşıyıcının öngördüğü zararı kabul etmesi, bir başka anlatımla sonucu dolaylı da olsa istemesi gerekli değildir¹⁰⁰. Bu nedenle pervasızca davranış kusurunun olası kasıt olarak değerlendirilmemesi gerekir. Ayrıca TTK m. 886’da kasta açıkça yer verildiği için, pervasızca davranış kusurunun yerinin ihmal suretiyle işlenen fiiller bakımından incelenmesi gerekir¹⁰¹. Pervasızca davranış kusuru ancak ağır ihmal niteliğindeki fiiller bakımından söz konusu olacağından, bu kusur derecesi için hafif ihmal düzeyinde kalan fiillerin de yeterli olmayacağını eklemek gerekir.

Türk hukukunda, kusurlu davranışın işleme biçimlerinden biri olan ağır ihmal, failin davranış normunu ihlal ettiğini, bir başka anlatımla hukuka aykırı davrandığını önceden öngörmüş olup olmamasına göre ‘*bilinçli/şuurlu*’ ve ‘*bilinçsiz/şuursuz*’ ihmal olarak ikiye ayrılır. Buna göre, fail fiilin hukuka aykırı sonuç verebileceği ihtimalini¹⁰² ‘*öngörmesine*’ rağmen, bunun gerçekleşmeyeceğini ‘*ümit etmişse*’, ‘*bilinçli ihmal*’ söz konusu olur. Bilinçli ihmal bakımından yapılan diğer tanımlar ise, failin zarara yol açma riskinin bilincinde olmasına rağmen, bunun gerçekleşmeyeceğini varsayması¹⁰³ veya failin zarara yol açma olasılığını öngörmesine rağmen, bunu yeterince dikkate almaması şeklindedir¹⁰⁴. Bilinçli ihmal, hem ağır ihmal hem de hafif ihmal düzeyinde kalan fiiller bakımından söz konusu olabilir¹⁰⁵. Buna karşılık, kişi hukuka aykırı bir sonucun meydana geleceğini öngörmemekle birlikte, gerekli özeni gösterseydi öngörebilecek idiyse ‘*bilinçsiz ihmal*’ söz konusu olur¹⁰⁶. Genel eserlerde, bu ayrımın teorik kaldığı, uygulanma olanağı bulmadığı belirtilmekteyse

‘Kommentar’ (n 37) HGB § 435 N 14.

99 Kasıtlı işlenen fiiller bakımından yapılan değerlendirme için bkz Tandoğan (n 33) 47; Oğuzman ve Öz (n 40) N 158.

100 Bkz Gençtürk, ‘Yeni’ (n 26) 135.

101 Benzer şekilde bkz Sözer, *Deniz Ticareti* (n 63) 296; Yavaş, *Konteyner* (n 39) 215; Birinci Uzun (n 61) 196; Yüce (n 26) 184 vd.

102 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 40) 495; İmre (n 42) 27; Tandoğan (n 33) 49.

103 Roland Brehm, ‘OR Art. 41’ in Heinz Hausheer and Hans Peter Walter (eds), *Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 – 61 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht* (4th edn, Stämpfli 2013) Art. 41 N 197a. Ayrıca bkz Honsell, Isenring and Kessler, (n 78) § 6 N 31.

104 Karl Oftinger and Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (5th edn Schulthess 1995) § 5 N 110.

105 Hilmar Neumann, ‘Die unbeschränkte Haftung des Frachtführers nach § 435 HGB’ (2002) 11(12) *Transportrecht* 413, 417. Buna karşılık, bilinçli ihmalin, ağır ihmalin bir türü olduğu ve ağır ihmalin en ağır hali olduğu da öğretilerde sürülmektedir, bkz Oğuzman ve Öz (n 40) N 160. Çalışmada anlaşılır olması ve ağır ihmale de vurgu yapması bakımından ‘*bilinçli ağır ihmal*’ şeklinde bir kullanım tercih edilmiştir.

106 Bilinçli/bilinçsiz ihmal kavramları hakkında bkz Tandoğan (n 33) 49; Eren (n 33) 602; Andreas von Tuhr and Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I* (3rd edn Schulthess 1984) 429.

de¹⁰⁷, TTK m. 886'da yer alan zarar bilinci, konunun bu ayırım bakımından da incelenmesini gerekli hale getirmiştir.

Öğretide yapılan bilinçli ihmal tanımlarına bakıldığında, failde aranan 'öngörme' unsurunun bazı kaynaklarda hukuka aykırı davranış, bazılarında hukuka aykırı sonuç, bazılarında ise zararlı sonuç bakımından şart koşulduğu görülmektedir. Her şeyden önce pervasızca davranış kusuru bakımından taşıyıcıda, 'zararın muhtemelen meydana geleceğine ilişkin' bilincin bulunması aranır. Bunun dışında bilinçli ihmalin geleneksel kullanımında fail, aldığı birtakım önlemlere, yeteneklerine veya önceki tecrübelerine dayanarak, öngördüğü sonucun gerçekleşmeyeceğini *ümit etmekte*; ancak failin aldığı önlemler olayda yetersiz kalmaktadır. Ayrıca bilinçli ihmale ilişkin tanımlarda hukuka aykırı sonucun doğması ihtimalinin yüksek olması gerektiğine özel bir vurgu yapılmaz; failin fiilin hukuka aykırı sonuç verebileceği ihtimalini/olasılığını öngörmesi yeterli görülür¹⁰⁸. Pervasızca davranış kusurunda ise, davranışın ağırlığı ve olayın şartlarına göre zarar doğması riskinin muhtemel, daha açık anlatımla galip ihtimal olması gerekir. Dolayısıyla pervasızca davranış kusuru, bilinçli ihmalin geleneksel tanımı ile birebir örtüşmeyen bir kusur türüdür¹⁰⁹. Ancak pervasızca davranışın ağır ihmal niteliğinde bir davranış olması ve maddede aranan zarara ilişkin bilinç sebebiyle pervasızca davranış kusurunun 'yeni bir bilinçli ağır ihmal' olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu nedenle geleneksel kusur ayırımında 'bilinçli ağır ihmal', 'i) basit bilinçli ağır ihmal' ve 'ii) pervasızca davranış kusuru' şeklinde iki alt başlığa ayrılabilir. O halde pervasızca davranış kusuru, olası kasıt ağırlığına ulaşmayan bir kusurdur ve bilinçli ağır ihmali yeni bir türüdür.

Sınırsız sorumluluğa sebebiyet veren pervasızca davranış kusurunun arka planında 'wilful misconduct' kavramının yer aldığı ifade edilmektedir¹¹⁰. *Wilful misconduct* kavramı, 1955 Lahey Protokolü ile değiştirilmeden önce, 1929 Varşova Sözleşmesi'nin 25. maddesinin İngilizce tercümesinde kullanılmıştır¹¹¹. 1955 Lahey Protokolü ile değiştirilen Varşova Sözleşmesi'nin 25. maddesinde, havayolu taşıyıcısının sorumluluk sınırını kaldıran kusur türleri için, zarar verme kastı veya zararın doğması ihtimali olduğunu bilerek dikkatsizce yapılan bir hareket veya ihmal şeklinde bir tabir kullanılmıştır ve bu yeni düzenlemenin 'wilful misconduct' kavramının açıklaması olduğu konusunda yaygın bir kabul bulunmaktadır¹¹². Değişiklik ile amaçlanan, 'wilful misconduct' kavramının ne

107 Eren (n 33) 602; Oftinger and Stark (n 104) § 5 N 111.

108 İmre (n 42) 27; Tandoğan (n 33) 49.

109 Pervasızca davranış kusurunun, zarar ihtimalin galip ihtimal olması yönüyle bilinçli ihmalden ayrıldığı, ancak bu iki kusur derecesinin bazı hallerde örtüşebileceği yönünde bkz Gençtürk, 'Yeni' (n 26) 135.

110 Yetiş Şamlı, *Geç Teslim* (n 64) 170.

111 Kavramın tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Damar, 'Wilful Misconduct' (n 56) 380 vd. Kavram hakkında yapılan açıklamalar için bkz ve karşı Yetiş Şamlı, *Sorumluluk* (n 12) 90; Kahraman (n 57) 421; Yavaş, 'Kusur Türleri' (n 12) 206; Sözer, *Deniz Ticareti* (n 63) 294: 'Wilful misconduct bilerek, isteyerek hukuka aykırı davranıştır; somut olaya göre, failde bir başkasına zarar vermek kastı olabileceği gibi, olmayabilir de, önemli olan fail davranışının hukuka aykırı olduğunu ve bir zarar meydana gelebileceğini bilmektedir, buna rağmen davranışını sürdürmektedir'. Erdoğan, Birleşik Krallık'ta verilen farklı yüksek mahkeme kararlar neticesinde kavramın 'taşıyıcının hatalı veya yanlış olduğunu bilerek gerçekleştirdiği eyleminin, zarar meydana getirme olasılığını artırdığının bilincinde olması' şeklinde tanımlanabileceğini ifade etmektedir (Erdoğan (n 20) 280 vd, ayrıca bkz 277, 280, 282); ayrıca bkz Malcolm Clarke, 'Wilful misconduct under English law', (2016) 21(4) *Uniform Law Review*, 574, 574 ff.

112 Damar, 'Wilful Misconduct' (n 56) 383; Duygu Damar ve Kübra Yetiş Şamlı, *Milletlerarası Taşıma Hukuku'nda ve Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda "Pervasızca Hareket" (Wilful Misconduct) Kusuru* (1. Bası, Deniz Hukuku Derneği-Sigorta

olduğunun araştırılmasından ziyade artık mahkemelerin somut olayın şartlarını, maddede belirtilen kısıtlar çerçevesinde değerlendirmeleridir¹¹³.

TTK m. 886'nın gerekçesinde hükme kaynaklık ettiği ifade edilen AlmTK § 435'in kaleme alınmasında da Varşova Sözleşmesi'nin değişik 25. maddesi etkili olmuştur¹¹⁴. Bu tarihi gelişim içerisinde, pervasızca davranış kusurunun mevcut olup olmadığının TTK m. 886'da belirtilen unsurlar bakımından değerlendirilmesi ve şartların gerçekleşmesi halinde sınırsız sorumluluk esasının geçerli olacağının kabulü uygun bir yaklaşım olacaktır. Öğretide de ileri sürülen bu düşünceye üstünlük tanımak gerekir¹¹⁵. Bu şekilde CMR m. 29 bakımından kasta eş değer kusurun belirlenmesinde uluslararası konvansiyonlarda tercih edilen pervasızca davranış kusuru esas alınmış olacak ve bu da sınır aşan taşımalarda uygulama birliğinin oluşmasına katkı sağlayacaktır¹¹⁶.

Netice itibarıyla '*pervasızca ve zararın muhtemelen meydana geleceği bilinci ile davranış*' şeklinde ifade edilebilecek ikinci kusur derecesi, Türk hukukunda yapılan ayrıma göre mevcut kusur derecelerinden birine girmemektedir. Pervasızca davranış kusuru, olası kasıt ağırlığına ulaşmayan, yeni bir bilinçli ağır ihmal türüdür. Bu sebeple anılan kusur türünün kanunda yer alan unsurları ile değerlendirilmesi ve yukarıda yapılan açıklamalar ışığında içeriğinin doldurulması gerekir. Ayrıca kusurun şartlarının, sadece ağır ihmalin yeterli görüldüğü 6762 sayılı TTK dönemine nazaran ağırlaştırıldığı ve taşıyıcının sınırsız sorumluluğuna yol açan hallerin kapsamının daraltıldığı da son olarak eklenmesi gerekir.

V. MAHKEME KARARLARI

Bu başlık altında esas itibarıyla konuyla alakalı mahkeme kararları ortaya konulmuş ve kararlara yansıdığı ölçüde sabit görülen vakialara ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Mahkeme kararlarına bakıldığında, kasta nazaran pervasızca davranış kusurunun daha büyük pratik önemi haiz olduğu görülmektedir.

A. KASITLA İŞLENEN FİİLLER

Kasıtlı fiillere verilecek örnekler oldukça az olup, yükün taşıyıcı veya yardımcıları tarafından çalınması buna misal olabilir¹¹⁷. Bu sebeple Yargıtay'ın önüne gelen taşıyıcının çalışanları tarafından

Hukuku Derneği 2012) 9. Resmi çeviri için bkz RG 03.12.1977/16128. Bu şekildeki resmi çevirinin eleştirisi ve çeviri önerisi için bkz Çağa (n 53) 300-301.

113 Damar, 'Wilful Misconduct' (n 56) 384.

114 Yavaş, *Konteyner* (n 39) 203; Adıgüzel, 'CMR' (n 13) 360.

115 Bu kusur derecesinin iç hukukta yerleşik kusur kavramlarından bağımsız olarak ve kanunda belirtilen unsurların varlığı veya yokluğu araştırılarak belirlenmesi gerektiği yönünde bkz Gençtürk, 'Yeni' (n 26) 134; TTK m. 1187 bakımından Süzel (n 2) 558-559; Varşova Sözleşmesi m. 25 bakımından ayrıca bkz Yetiş Şamlı, *Sorumluluk* (n 12) 96.

116 Gençtürk, 'Yeni' (n 26) 140.

117 Örnek için bkz Kirchhof (n 37) HGB § 435 N 4; ayrıca bkz Özdemir (n 64) 111. TTK m. 1187'de öngörülen zarara kasten sebebiyet verilmesi bakımından en tipik örneğin bataryaya olduğu yönünde bkz Süzel (n 2) 557.

gerçekleştirilen hırsızlık olayında, ‘kasta yakın bir davranış veya pervasızca bir tutum’dan değil¹¹⁸, kasıttan bahsedilmesi gerekir. Yargıtay’ın bir başka kararında, daha önce yaptığı taşımalar sebebiyle kendisine ödenmeyen taşıma ücretini tahsil edemediği için emtiayı bilerek ve isteyerek gönderilene teslimden kaçınan kişinin kasıtlı davrandığı kabul edilmiştir¹¹⁹.

B. PERVASIZCA DAVRANIŞ KUSURUYLA İŞLENEN FİLLER

I. TTK M. 886 Bakımından Verilen Kararlar

6102 sayılı TTK m. 886’nın uygulanmasına ilişkin Yargıtay ve BAM kararlarında, bazen ağır kusur ifadesinin kullanıldığı¹²⁰; bazen pervasızca davranış, zararın meydana geleceği bilinci şeklindeki kanuni ifadenin tercih edildiği görülmektedir¹²¹. Ağır kusur-hafif kusur ayırımında, ağır kusur ile kastedilen genellikle ‘ağır ihmal’dir¹²². Ağır kusur kavramı içerisinde kasıt da dâhil edilebilir. Pervasızca davranış kusuru, failin zararın muhtemelen meydana geleceği bilinciyle işlediği ağır ihmal niteliğindeki fiiller bakımından söz konusu olur. Bu nedenle böyle bir bilincin mevcut olmadığı ağır ihmal düzeyinde kalan fiiller, 6762 sayılı Kanun döneminden farklı olarak, artık bu kapsamda değerlendirilemez. Bunun dışında belirtmek gerekir ki pervasızca davranış kusurunun unsurlarının ayrıntılı olarak tartışıldığı bir karar tespit edilememiştir.

118 Yargıtay 11 HD E 2009/12640 K 2011/5061, 26.4.2011 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

119 Yargıtay 11 HD E 2015/3257 K 2016/1189, 09.02.2016 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

120 İstanbul 13 BAM, E 2019/1699 K 2019/1383, 16.10.2019: ‘Doktrinde “isteyerek kötü harekete eşdeğer sayılan kusur” kavramı, “ağır kusur” veya “ağır ihmal” olarak yorumlanmaktadır. TTK 886. madde düzenlemesindeki “pervasızca hareket” kavramı da bu kıstaslar çerçevesinde ele alındığında, taşıyıcı veya yardımcıların yükün güvenliği ile ilgili hususları açıkça önemsemeyen hareket etmesi olarak karşımıza çıkmaktadır’; İstanbul 12 BAM E 2019/567 K 2019/1065, 09.09.2019: ‘TTK nun 882.maddesi uyarınca taşıyanın sorumluluğu kural olarak sınırlı sorumluluk ise de; TTK 886. madde gereği zarara kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilinin veya ihmalinin sebebiyet verdiği hallerde taşıyıcı sorumluluk sınırlamalarından yararlanamaz. Adreste teslim esaslı bir kargonun alıcının telefonla yönlendirdiği iddia olunan kişiye herhangi bir kimlik örneği alınmadan yapılan teslimin pervasızca bir davranış olarak kabulü gerekmektedir. Taşıyıcının telefonla gelen bildirimini doğruluğunu araştırmadan teslimde ağır kusurlu sayılması gerektiği, kargo sorumluluk belgesinde cihazın niteliğinin açıkça yazılı olduğu anlaşılmalı davalı taşıyıcının tam sorumluluk esasına göre sorumlu tutulmasında isabetsizlik yoktur’. İstanbul 14 BAM, E 2018/1237 K 2019/1183, 26.09.2019: ‘TTK’nın 886. madde düzenlemesindeki “pervasızca hareket” kavramı... taşıyıcı veya yardımcıların yükün güvenliği ile ilgili hususları açıkça önemsemeyen hareket etmesi olarak karşımıza çıkmaktadır...TTK’nın 885. maddede düzenleme bulan ağır kusur ya da pervasızca ve zarar meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle yapılan bir ihmal ya da hareket olarak kabul edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır’; İstanbul 43 BAM, E 2020/116 K 2020/354, 27.11.2020: ‘Nitekim yasa koyucunun amacı ve uygulamaya bakıldığında, pervasızca hareket veya ağır kusur, kasta ve kasta yakın düzeyde bir eyleme zarara sebebiyet verilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır’; Bakırköy 2 Asliye Ticaret Mahkemesi, E 2017/822 K 2018/254, 19.03.2018: ‘Pervasızca davranış kusurundan söz edebilmesi için taşıyıcının veya adamlarının eşya-emptiaya özen yükümlülüğünü düşüncesizce, hareketin şekliyle ilgili olarak “makul bir taşıyıcıdan önlemlere, öngörülen kurallar ve doğabilecek olumsuz sonuçlara aldırılmaksızın” yoğun ve ağır ihmal olması gerekmektedir’ <<https://emsal.uyp.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

121 Yargıtay 11 HD, E 2018/1009 K 2019/6702, 24.10.2019: ‘İlk Derece Mahkemesince, ...taşıma sürecinde pervasızca-zarar meydana gelme bilinci içinde hareket edildiği, üç yıllık zamanaşımının uygulanacağı, davalı tarafın kusurundan bu olayın meydana geldiği, davacı sigortalının herhangi bir kusurunun bulunmadığı, dolayısıyla davalı tarafın meydana gelen zararın tamamından sorumlu olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi tarafından...davalı vekilinin istinaf başvurusunun...esastan reddine karar verilmiştir....Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir’ <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

122 Tandoğan (n 33) 54.

Taşıyıcının sorumluluğu bakımından hırsızlık ve yağma, mahkemelerin sıklıkla önüne gelen olay grupları arasındadır. Aşağıda ayrı ayrı belirtilmiş yargı kararları genel bir değerlendirmeye tâbi tutulduğunda; sürücünün güvenlik görevlisi bulunmayan, kamera veya güvenlik sistemleri ile kontrol edilmeyen, ışıklandırılması olmayan, karanlık, fark edilmesi kolay olan, hırsızlık ve gasp olaylarının yoğun olduğu veya daha evvel yaşandığı alanlarda, devriye kontrolü yapılmayan otoyollarda mola vermesi, yükün yer aldığı kısmın kilitli olmaması veya taşınan eşyanın niteliğine uygun güvenlik önlemlerine sahip olmaması, ikinci bir şoförün veya muavinin bulunmaması, moladan sonra aracın kontrol edilmemesi, araçta küresel konumlama sistemi (GPS), alarm sistemi gibi herhangi bir elektronik/teknik güvenlik tedbirinin ve takip sisteminin olmaması hırsızlık ile yağma olaylarında kusurun değerlendirilmesinde dikkate alınan hususlar olarak göze çarpmaktadır. Olayların ekseriyeti sürücülerin dinlendiği veya aracın başından ayrıldığı esnada ve gece vakti gerçekleşmektedir. Hırsızlık olaylarının gerçekleşmesinin kolaylaştığı bu zamanlarda, sürücüler yükün güvenliğini sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Örneğin; kargo taşıması yapan sürücünün, aracını saat 01.15 sularında otoyol üzerine park edip uyuduğu, 04.30 sularında uyanıp yola devam ettikten sonra uyarılması üzerine araçtaki piriçlerin çalınmış olduğunu tespit ettiği, güvenlik kamerasının, görgü şahidinin ve kapı kilidinin bulunmadığı olayda, TTK m. 886'nın şartlarının oluştuğu yönünde karar verilmiştir¹²³. Söze konu daire kararı, çoğunlukla alınmış ve karara bir muhalefet şerhi düşülmüştür. Muhalefet şerhine bakıldığında, taşınan emtianın kaybına, kimliği belirsiz kişilerin hırsızlık eyleminin yol açtığı, taşıyıcının ise söz konusu eyleme aslen veya fer'an bir iştirakinin, yani kasıtlı bir eyleminin söz konusu olmadığı, hırsızlık gibi kasıtlı ve suç sayılan bir eylemin işlenebileceğinin öngörülmemiş olduğu, bu konuda bilinçli hareket edilmediği, kasta eş değer kusurlu bir hareketin bulunmadığı gerekçesiyle muhalif kalındığı görülmektedir.

CMR m. 29'da kullanılan '*kasta eş değer kusur*', kastla aynı kınanma seviyesine sahip davranışı değil; kendisine kasıtlı davranışın hüküm ve sonuçlarının bağlandığı kusur derecesini ifade eder¹²⁴. Belirlemede esas alınacak hüküm TTK m. 886'dır ve bu hükümde öngörülen ikinci kusur derecesinin gerçekleştiğinin tespiti bakımından pervasızca davranış ve zararın muhtemelen meydana geleceği bilincinin mevcudiyeti şüphesiz ayrı ayrı aranacaktır. Zarara ilişkin bilinç, içsel bir unsur olduğu için, burada failin pervasızca davranışının kendisine muhtemelen bir zarar doğacağına ilişkin bilinci dayatıp dayatmayacağı dikkate alınır. Değerlendirme yapılırken, genel hayat tecrübelerine ve olayların normal seyrine bakılır. Belirtilen karara bakacak olursak, kararda geçen verilere göre olayda hırsızlık hadisesini engellemek adına hiçbir önlem alınmamıştır. Sürücünün zarar bilincine

123 Yargıtay 11 HD, E 2016/5629 K 2017/4303, 13.09.2017 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021. Hırsızlık ve yağma olayları bakımından şu davranışlar da ilgili mahkeme tarafından kusur yönünden sınırsız sorumluluğun şartlarını oluşturacak ağırlıkta görülmüştür: Aracın güvenli bir parka değil, korunaksız yol kenarına park edilerek başından uzaklaştırılması (İstanbul 13 BAM, E 2018/1403 K 2019/1882, 25.12.2019; benzer şekilde İstanbul 13 BAM E 2018/1115 K 2019/1409, 16.10.2019); kolaylıkla kaçırılması mümkün olan aracın gece vakti güvenliksiz, etrafı açık bir alana park edilmesi (İstanbul 14 BAM E 2018/1237 K 2019/1183, 26.09.2019); hırsızlık ihtimalinin yüksek olduğu, güvenlik önlemlerinin bulunmadığı boş bir arsada aracın park edilmiş olması (İstanbul 14 BAM, E 2017/876 K 2018/295, 26.03.2018). Kararlar için bkz <<https://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

124 Bu hususta bkz ve karşı Yetiş Şamlı, *Sorumluluk* (n 12) 41 vd.

sahip olduğunun kabulü için, mutlaka hırsızlık olayına iştirak etmesi ve bunu istemesi, bir başka anlatımla kusurun kasit derecesine ulaşması gerekmez. Bu açıdan özel dairece çoğunluk tarafından benimsenen yaklaşım isabetlidir.

Sınırsız sorumluluğa yol açan bir başka durum ‘*ağır organizasyon kusuru*’ olarak nitelendirilen özellikle eşyanın kaybolduğu yere ve kayıp nedenine ilişkin hiçbir açıklama getirilemeyen hallerdir. Taşıyıcının işletmesini faaliyetlerine uygun olarak organize etmemesi ve kaybın nedenini açıklayamaması halinde prensip olarak pervasızca davranış kusurunun var olduğu kabul edilmelidir¹²⁵. Özellikle yükün depodan bir araca veya bir araçtan diğerine aktarılması sırasında gerekli kontrollerin uygun şekilde yapılmaması halinde prensip olarak taşıyıcının nitelikli kusurunun olduğu sonucuna varılır; çünkü aktarmalar yükün kayıp riskinin arttığı süreçlerdir; bu nedenle yükün kaybolmaması için alınması gereken temel tedbirlere uyulmamış olması bir yandan pervasızca davranış teşkil eder, diğer taraftan taşıyıcıda bir zarar bilincinin olduğunu gösterir¹²⁶. Yargıtay 11 HD, 6762 sayılı TTK’nin meri olduğu dönemde CMR m. 29 bakımından verdiği bir kararında taşıyıcının zarar nedeni hakkında hiçbir açıklama yapmamış olmasının, kendisinin sorumluluğunu sınırlama hakkını karine olarak kaybetmiş sayılmasına yol açacağı şeklinde içtihat etmiştir¹²⁷.

Organizasyon kusuru bağlamında mahkemelerin önüne sıkça gelen olay grubu gönderinin kaybolmasıdır. Kararlara bakıldığında kargo taşımacılığında gönderinin tamamen kaybolması¹²⁸, yirmi dört saat içinde taşınması gereken bozulabilecek sağlık malzemesinin taşınmaması ve on günlük süre boyunca nerede olduğunun bilinmemesi¹²⁹, kayba ilişkin bir açıklama getirilememesi¹³⁰, kargo paketinin, alıcısına teslim edildiğine ilişkin bir belge sunulamaması¹³¹, alıcının telefonla yönlendirdiği iddia olunan kişiye herhangi bir kimlik örneği alınmadan malın teslimi¹³², TTK m. 868 hükmüne aykırı emir ve talimatlarla boşaltma adresinin değiştirilmesi¹³³, emtianın alıcıya veya göndericiye teslim edilmeyip hurda deposuna atılması¹³⁴ sınırsız sorumluluk için yeterli

125 Alman hukuku bakımından yapılan değerlendirmeler için bkz ve karşı Thume, ‘Kommentar’ (n 37) HGB § 435 N 21.

126 Alman hukuku bakımından yapılan değerlendirmeler için bkz ve karşı Paschke (n 37) HGB, § 435 N 9-10.

127 Yargıtay 11 HD, E 2005/12435 K 2006/12818, 5.12.2006; Yargıtay 11 HD, E 2004/6554 K 2005/3212, 4.4.2005; Yargıtay 11 HD, E 2000/4546 K 2000/5446, 12.6.2000 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

128 İstanbul 14 BAM, E 2018/926 K 2019/66, 17.01.2019 <<https://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

129 Yargıtay 11 HD, E 2015/14400 K 2016/3967, 11.04.2016 (Fatih Aydoğan, ‘Taşıma Hukukuna İlişkin Güncel Bazı Kararların Değerlendirilmesi’ iç Abuzer Kendigelen, Nurgül Yıldız, İsmail Cem Soykan, Necdet Uzel ve Müge Evlek (edr), *Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler – Tartışmalar) 12 Ekim 2018 (On İki Levha 2018)* 245.

130 Yargıtay 11 HD, E 2016/7146 K 2018/647, 25.01.2018; Yargıtay 11 HD, E 2016/12462 K 2018/4064, 29.05.2018; Yargıtay 11 HD, E 2017/3486 K 2019/552, 21.01.2019; Yargıtay 11 HD, E 2019/3479 K 2020/1916, 24.2.2020 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

131 Yargıtay 11 HD, E 2016/10736 K 2018/2870, 18.04.2018 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

132 İstanbul 12 BAM, E 2019/567 K 2019/1065, 09.09.2019 <<https://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

133 Yargıtay 11 HD, E 2018/1009 K 2019/6702, 24.10.2019 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

134 İstanbul 12 BAM, E 2019/910 K 2020/215, 18.02.2020 <<https://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

kabul edilmiştir. Yargıtay eski tarihli kararlarında yükün meçhul kişilere teslimini ağır kusur olarak nitelendirmiştir¹³⁵.

Emtianın, otogar gibi pek çok aracın giriş, çıkış ve manevra yaptığı bir yere bırakılmasının¹³⁶, bilgisayar monitörlerinin kusurlu (delik) konteynerle taşınmasının¹³⁷ sınırsız sorumluluğun şartlarını oluşturacağı; buna karşılık taşıma sırasında eşyanın olağan şekilde hasarlanmasının bu açıdan yeterli olmayacağı kabul edilmiştir¹³⁸.

2. CMR M. 29 Bakımından Verilen Kararlar

CMR m. 29'da yer alan kasta eş değer kusur, iç hukukta TTK m. 886'da hükme bağlanan pervasızca davranış kusuruna göre belirlenmelidir. Bununla birlikte, kararlarda geçen tarihler itibarıyla 6102 sayılı TTK'nin uygulanacağı tahmin edilen olaylar bakımından da bazı kararlarda TTK m. 886'ya atf yapılmadığı, 'ağır kusur' ifadesinin kullanıldığı görülmektedir¹³⁹. Daha evvel ifade edildiği üzere ağır kusur, zarar bilinci içermeyen ağır ihmali de içine alan bir kavram olduğundan, bu kullanımın TTK m. 886'ya uygun olmadığı ifade edilmelidir. 6102 sayılı TTK'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, CMR m. 29'da yer alan kasta eş değer kusur için ağır ihmalin yeterli görülmemesi, bundan sonra yukarıda uygulanma şartları izah edilen 'pervasızca davranış kusuru'nun ölçüt alınması gerekir.

Kararlara bakıldığında, eksik teslimin makul bir izahının yapılamaması¹⁴⁰, taşıma sürecinde yapılan aktarmalar sonrası son teslimat öncesi hatalı istif ve sabitlemeden dolayı hasara yol açılması¹⁴¹, vesaikin ibrazı sağlanmadan malın teslimi¹⁴² sınırsız sorumluluk bakımından yeterli görülmüştür.

Hırsızlık ve gasp olayları bakımından giriş çıkışı denetlenmeyen, kamera ve benzeri güvenlik sistemi olmayan, bekçisi bulunmayan bir tır parkında akşam saatlerinden sabaha kadar mola verildiği, araç sürücüsünün tırın içinde dinlenirken hırsızlık olayının yaşandığı, sürücünün sabah uyandığında

135 Yargıtay 11 HD, E 778 K 4782, 6.6.1994. Karar için bkz Gönen Eriş, *Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı Taşıma Hukuku (6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre)* (1. Bası, Seçkin 2015) 276.

136 Yargıtay 11 HD, E 2018/3164 K 2019/4721, 24.06.2019 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

137 İstanbul 12 BAM E 2017/524 K 2018/124, 15.02.2018 <<https://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

138 6762 sayılı Kanun'un uygulandığı bu karar için bkz Yargıtay 11 HD, E 2014/9550 K 2014/16834, 4.11.2014 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

139 Yargıtay 11 HD, E 2018/4570 K 2019/6098, 02.10.2019: 'CMR 29. maddesi hükmüne göre, ağır kusurun varlığı halinde taşıyıcı, bu konvansiyonun taşıyıcının sorumluluğunu kaldıran, sınırlandıran veya ispat yükünü diğer tarafa yükleyen hükümlerinden yararlanamayacaktır'; Yargıtay 11 HD, E 2018/2624 K 2019/3941, 20.05.2019 künyeli kararda 'taşıyıcının (şoförün) emtianın kaldırıldığı yerin seçiminde gerekli özeni göstermediğinden ağır kusuru bulunduğundan...' şeklindeki ilk derece mahkemesi kararında bir isabetsizlik görülmemiştir <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

140 Yargıtay 11 HD, E 2014/7 K 2014/10266, 2.6.2014; Yargıtay 11 HD, E 2000/4546 K 2000/5446, 12.6.2000; Yargıtay 11 HD, E 2004/6554 K 2005/3212, 4.4.2005 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

141 Yargıtay 11 HD, E 2015/11711 K 2016/8566, 01.11.2016 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

142 Yargıtay 11 HD, E 2015/8036 K 2016/2783, 14.03.2016 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021. Buna karşılık eski tarihli bir karar ise aksi yöndedir: Yargıtay 11 HD, E 2000/8660 K 2000/8576, 6.11.2000, karar için bkz Engin Erdil, *Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2020) 562 vd.

hırsızlığı fark ettiği olayda¹⁴³ ve İtalya Piacenzo'da seyir halinde iken şoförün on beş dakikadan beri bir arabanın kendisini takip etmekte olduğunu, sonrasında bu aracın polis işaret çarkı ile yanında durduğunu fark etmesi üzerine aracını herhangi bir tedbir almadan güvenlik şeridinde durdurması sonucu gerçekleşen gasp olayında¹⁴⁴ CMR m. 29'un şartlarının oluştuğu kabul edilmiştir.

Buna karşılık sürücünün saat 24.00 sularında İngiltere'deki alıcının deposuna geldiği, işyerinin kapalı olması nedeniyle aracını sıra bekleyen tırların arkasına çektiği, sabah bir kişinin aracın camına vurarak sürücüye arka tarafı gösterdiği, anahtarı alarak araçtan çıkan sürücüyü olay yerindeki ikinci şahsın iterek yere düşürdüğü, bu sırada anahtarın elinden çıktığı, anahtarı alan şahsın araç içine girerek aracı çalıştırdığı, olayı engellemeye çalışan sürücünün araçtan düşerek yaralandığı, içindeki emtialarla birlikte aracın zayi olduğu olayda kasta eş değer kusur bulunmadığı¹⁴⁵, aracın teknik kontrolünün yeterli yapılmaması ve aracın balatasının ısınması sonucunda yanması¹⁴⁶, trafik kazasına karışma¹⁴⁷ veya salt hasarlı teslim ya da hatalı istifleme¹⁴⁸ olaylarında sınırsız sorumluluğun şartlarının oluşmadığı yönünde karar verilmiştir.

Yargıtay bir kararında¹⁴⁹, trafik kazasının araç sürücüsünün yüzde yüz kusuru ile meydana geldiği bir olayda, sınırsız sorumluluğun şartlarının oluşmadığına hükmetmiştir. Anılan içtihat yüzde yüz kendi kusuru ile hareket eden kişinin, zarar olasılığını hiçe saymış, zararlı sonucu göze alarak kural ihlali yapmış olduğu gerekçesiyle öğretilere eleştirilmiştir¹⁵⁰. Oysa trafik kazalarında söz konusu olan kusur oranı, kusur derecesini/ağırlığını göstermez¹⁵¹. Kusur oranı fiil ile zararlı sonuç arasındaki illiyet bağına ilişkin bir değerlendirme içerir¹⁵². Örneğin; bir trafik kazasına tek başına sebebiyet veren araç sürücüsü yüzde yüz kusurlu sayılırken, kusurunun ağırlığı hafif ihmali düzeyinde kalabilir¹⁵³. Bu durumda yukarıda izah edildiği üzere, pervasızca davranış kusurunun şartları oluşmaz. Dolayısıyla ilgili Yargıtay kararının salt taşıyıcının kusur oranının yüzde yüz olması sebebiyle isabetsiz olduğu sonucuna varılması mümkün değildir¹⁵⁴.

143 Yargıtay 11 HD, E 2018/4570 K 2019/6098, 02.10.2019 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021. Hırsızlık olaylarına örnekler için ayrıca bkz Yargıtay 11 HD, E 2018/2624 K 2019/3941, 20.05.2019; Yargıtay 11 HD, E 2015/9172 K 2016/2407, 03.03.2016 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

144 İstanbul 13 BAM, E 2019/1699 K 2019/1383, 16.10.2019 <<https://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

145 Yargıtay 11 HD, E 2015/7926 K 2016/3438, 29.03.2016 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

146 Yargıtay 11 HD, E 453 K 7005, 30.04.2012. Bkz Eriş (n 135) 807.

147 Yargıtay 11 HD, E 602 K 2082, 5.02.2008. Bkz Eriş (n 135) 299.

148 Yargıtay 11 HD, E 2005/9206 K 2006/10203, 12.10.2006 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021; Yargıtay 11 HD, E 2012/428 K 2013/1961, 06.02.2013; Yargıtay 11 HD, E 2008/11391 K 2010/1942, 22.02.2010. Bkz Erdil (n 142) 530 vd, 542 vd.

149 Yargıtay 11 HD, E 2012/429 K 2013/577, 14.1.2013. Bkz Erdil (n 142) 532 vd.

150 Erdoğan (n 20) 320.

151 Kahraman (n 57) 420.

152 ibid 420.

153 ibid 420.

154 Yargıtay 11 HD, E 2007/12693 K 2009/7793, 25.6.2009 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021; İstanbul 12 BAM, E 2018/646 K 2019/1675, 31.12.2019; İstanbul 12 BAM, E 2018/635 K 2019/130, 07.02.2019 <<https://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

VI. İSPAT YÜKÜ

TTK m. 886 anlamında sınırsız sorumluluğun şartlarının oluştuğunu, talep sahibi ispat etmekle yükümlüdür¹⁵⁵. Olayda ikinci kusur derecesinin mevcut olup olmadığı değerlendirilirken, söz konusu pervasızca davranışın taşıyıcıya, zararın muhtemelen doğacağına ilişkin bir bilinci dayatıp dayatmadığı incelenektir. Bu nedenle talep sahibi, taşıyıcının pervasızca davrandığına ve zararın muhtemelen doğacağına bilincinde olduğuna ilişkin somut olay, olgu ve emareleri hâkime sunmakla yükümlüdür. Yargıtay, maddi olguların ileri sürülüş biçiminden olayda ikinci kusur derecesinin varlığının kabul edilebileceği yönünde karar vermiştir¹⁵⁶. Uygulamada ayrıca haklı olarak kazanın oluşumunda sürücünün yüzde yüz kusurlu olmasının, onun pervasızca davranış kusuru ile hareket ettiğini göstermeyeceği ifade edilmektedir¹⁵⁷.

SONUÇ

Karayoluyla eşya taşımalarında taşıyıcının sorumluluğunu gerektiren zararlar bakımından tazminat yükümlülüğünün belirli bir miktarla sınırlandırılması esas kabul edilmiştir. Ancak TTK m. 886'ya göre, taşıyıcı '*zarara, kasten veya pervasızca ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle sebep olursa*', sorumluluk sınırlamalarından yararlanamaz. Öngörülen nitelikli kusur hallerinin bulunduğu durumlarda, taşıyıcının sınırlı sorumlu tutulması haklı görülmemiştir. Maddenin uygulanması bakımından '*i) kasıtlı veya ii) pervasızca ve zararın muhtemelen meydana geleceği bilinci ile hareket*' şeklinde iki kademeli kusurlu davranış ölçütü getirilmiştir. Alternatifli olarak öngörülen bu iki kusur türünden birinin mevcudiyeti ayrıca zamanaşımı sürelerinin de uzamasına yol açmaktadır.

Dolaylı ve doğrudan kasıt ile kastın en ağır hali olan zarar verme saikiyle gerçekleştirilen fiiller '*kasıt*' kapsamında değerlendirilir. Pervasızca davranış kusuru bakımından '*i) pervasızca bir davranış ve ii) zararın muhtemelen meydana geleceği bilinci*'nin bir arada bulunması gerekir. Pervasızca davranış, taşıyıcı veya yardımcıların sözleşme tarafının yükün güvenliğine ilişkin çıkarlarını açık bir şekilde

155 '*Davacı, zarara davalının kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilin veya ihmalinin sebebiyet verdiğini de iddia ve ispat etmemiştir*' (Yargıtay 11 HD, E 2015/2501 K 2015/7524, 02.06.2015). Ayrıca bkz Yargıtay 11 HD, E 2016/1240 K 2017/3660, 13.06.2017; Yargıtay 11 HD, E 2017/4709 K 2019/1565, 26.02.2019; Yargıtay 11 HD, E 2016/7187 K 2018/4432, 08.06.2018; Yargıtay 11 HD, E 2015/1744 K 2016/317, 14.01.2016 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021. AlmTK § 435 bakımından bkz Merkt (n 37) HGB § 435 N 1; CMR m. 32 bakımından bkz Sutter (n 8) 326; Klett, Schaden (n 17) 133.

156 '*Mahkemece, davacının, zararın davalının... pervasızca bir davranışından meydana geldiğini ileri sürmediği, bu nedenle zikredilen yasa hükmünün somut olaya uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmışsa da, ...Maddi olguya ilişkin iddianın bu biçimdeki ileri sürülüşünün, davalı taşıyıcının pervasızca hareket etmesi nedeniyle hasarın oluştuğuna ilişkin olduğunda duraksanmamalıdır*' (Yargıtay 11 HD, E 2018/3164 K 2019/4721, 24.06.2019 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021. İstanbul 14 BAM, E 2018/1237 K 2019/1183, 26.09.2019; İstanbul 14 BAM, E 2017/876 K 2018/295, 26/03/2018: '*Bu durumda somut olayın oluş şeklinin, bu yasal düzenlemeye göre değerlendirilmesi gerekir*' <<https://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

157 Yargıtay 11 HD, E 2007/12693 K 2009/7793, 25.6.2009 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021; İstanbul 12 BAM, E 2018/646 K 2019/1675, 31.12.2019 <<https://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

göz ardı ettiği ağır ihmal niteliğindeki davranışlar bakımından söz konusu olur. Yükün güvenliği bakımından hangi güvenlik önlemlerinin alınması gerektiği, somut olayın şartlarına göre belirlenir.

Zarar doğacağı bilinci sübjektif bir olgudur, bu sebeple işaretlerden, emarelerden ve somut olayın özelliklerinden yola çıkılarak tespit edilir. Olayda vuku bulan pervasızca davranış, zararın muhtemelen meydana geleceğine ilişkin bir öngörüyle faile dayatıyorsa ikinci unsurun mevcut olduğu ve pervasızca davranış kusurunun şartlarının bir bütün olarak gerçekleştiği kabul edilir. Zararın muhtemelen meydana gelecek olması, zarar olasılığının galip ihtimal olması (yüzde elli bir ve üzerinde bir olasılık) anlamına gelir. Değerlendirmede olayların tipik akışı ve hayat tecrübeleri dikkate alınır. Taşıyıcının somut olayda fiilen gerçekleşen zararı nicelik ve nitelik yönünden de öngörmüş olması aranmaz.

Pervasızca davranış kusuru, olası kasta nazaran daha hafiftir. Taşıyıcının öngördüğü zararı kabul etmesi, bir başka anlatımla dolaylı da olsa istemesi gerekli olmadığı için pervasızca davranış kusurunun olası kasıt olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, pervasızca davranış kusuru ancak ağır ihmal niteliğindeki fiiller bakımından söz konusu olur. O halde hafif ihmal düzeyinde kalan fiiller, taşıyıcının sınırsız sorumlu tutulması için yeterli görülmemelidir. TTK m. 886'da aranan zarar bilinci sebebiyle, özen yükümlülüğünü ağır bir şekilde ihlal eden taşıyıcının bu davranış neticesinde muhtemelen bir zarar doğacağına da bilincinde olması gerekir. Bu yönden zarar bilinci taşımayan ağır ihmal niteliğindeki davranışlar da maddede aranan şartları sağlamaz. Dolayısıyla sınırsız sorumluluğun şartları, sadece ağır ihmalin yeterli görüldüğü 6762 sayılı TTK dönemine nazaran ağırlaştırılmıştır.

Pervasızca davranış kusuru bakımından taşıyıcıda, '*zararın muhtemelen meydana geleceğine ilişkin bilincin*' bulunması aranır. Burada zarar doğması riskinin muhtemel olup olmadığına bakılır ve bundan kasıt galip ihtimaldir. Bilinçli ihmalin geleneksel kullanımında failin öngördüğü hukuka aykırı sonucun doğması ihtimalinin yüksek olması aranmaz; fiilin hukuka aykırı sonuç verebileceği ihtimalinin/olasılığının öngörülmüş olması yeterlidir. Bu açıdan pervasızca davranış kusuru, bilinçli ihmalin geleneksel tanımı ile birebir uyuşmaz. Ancak muhtemel zarara ilişkin bilinç ve pervasızca davranışın ağır ihmal mahiyetinde olması sebebiyle pervasızca davranış kusurunun '*yeni bir bilinçli ağır ihmal*' olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu nedenle geleneksel kusur ayırımında '*bilinçli ağır ihmal*', '*i) basit bilinçli ağır ihmal*' ve '*ii) pervasızca davranış kusuru*' şeklinde iki alt başlığa ayrılabilir. Bu kusur türü, olası kasıt ağırlığına ulaşmayan '*yeni bir bilinçli ağır ihmal*' türüdür.

Görüldüğü üzere öngörülen yeni kusur türü, hukukumuzda mevcut olan kusur ayırımlarından hiçbiri ile tam olarak örtüşmemektedir. Bu yönden içeriğinin TTK m. 886'da yer alan unsurlar ışığında belirlenmesi gerekir. CMR m. 29 bakımından kasta eş değer kusurun belirlenmesinde de TTK m. 886'da öngörülen bu yeni kusur derecesi dikkate alınmalıdır.

Konu ile ilgili Yargıtay ve BAM kararlarında, pervasızca davranış kusuru için ya ağır kusur ifadesinin kullanıldığı ya da doğrudan Kanun'da geçen ifadenin metne yazıldığı görülmektedir. Ağır kusur genellikle ağır ihmali ifade etmek üzere kullanılır. Pervasızca davranış kusuru, failin zararın muhtemelen meydana geleceği bilinciyle işlediği ağır ihmal niteliğindeki fiiller bakımından söz

konusu olur. Bu nedenle zarar bilinci taşımayan ve ağır ihmâl düzeyinde kalan fiiller, TTK m. 886'da yer alan yeni kusur derecesi bakımında yeterli olmaz. Bu nitelendirme dışında, pervasızca davranış kusurunun unsurlarının ayrıntılı olarak ortaya konulduğu bir yargı kararı tespit edilememiştir.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel B, 'Eşya Taşımalarında Taşıyıcı Yardımcısı Kavramı ve Yardımcıların Taşıyıcının Sorumluluğuna Etkisi' (2008) 3(2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 291-332.
- Adıgüzel B, 'Yargıtay Kararlarında CMR m. 29'daki Kasta Eşdeğer Kusur Kavramının Yorumlanması' iç Başak Şit (ed), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXIV 10-11 Aralık (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 2010) 353-377.
- Adıgüzel B, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Eşya Taşıma Hukuku Alanında Getirilen Yenilikler' (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 769-791.
- Adıgüzel B, *Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Ziya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu* (2. Baskı, Adalet 2012).
- Adıgüzel B, *Taşıma Hukuku Deniz Ticareti Hariç* (3. Bası, Adalet 2020).
- Akıncı Z, *Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR* (2. Bası, Seçkin 1999).
- Arkan S, 'CMR Hükümlerine Göre Yardımcıların Fiillerinden Doğan Sorumluluk' iç Mürsel Başgül ve Haluk Konuralp (edr), *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 1988) 319-337.
- Arkan S, 'Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Koşulları ve Taşıyıcının Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümleri (TTK İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme)' (1979) X(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 397-414.
- Atabek R, *Eşya Taşıma Hukuku*, (1. Bası, Sulhi Garan Matbaası 1960).
- Aydın A, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu* (1. Bası, Arıkan 2006).
- Aydoğan F, 'Taşıma Hukukuna İlişkin Güncel Bazı Kararların Değerlendirilmesi' iç Abuzer Kendigelen, Nurgül Yıldız, İsmail Cem Soykan, Necdet Uzel ve Müge Evlek (edr), *Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler – Tartışmalar) 12 Ekim 2018* (On İki Levha 2018) 233-250.
- Bahnsen KU, 'CMR Art. 29' in Detlev Joost and Lutz Strohn (eds), *Handelsgesetzbuch Band 2* (3rd edn, C.H.BECK 2015).
- Basedow J, 'Internationales Einheitsprivatrecht im Zeitalter der Globalisierung', (2017) 81 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1-31.
- Birinci Uzun T, *Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu* (3. Bası, Seçkin 2020).
- Brehm R, 'OR Art. 41' in Heinz Hausheer and Hans Peter Walter (eds), *Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 – 61 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht* (4th edn, Stämpfli 2013).
- Can M, *Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları Cilt I* (1. Bası, İmaj 2017).
- Clarke M, 'Wilful misconduct under English law', (2016) 21(4) Uniform Law Review, 574-576.
- Congar HC, *CMR ve Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Karayolu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu* (1. Bası, Yetkin 2021).

- Cömert Varol G, *Kara Yolunda Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve CMR Konvansiyonu Kapsamında Kayıp veya Hasardan Kaynaklanan Sorumluluğu* (1. Bası, On İki Levha 2020).
- Çağa T, 'Enternasyonal Deniz Hususi Hukukunda Yeni Bazı Gelişmeler', (1977) 9(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 289-324.
- Çağlayan Aksoy P, *Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini* (1. Bası, On İki Levha 2016).
- Çetingil E, 'Alman Deniz Ticareti Hukukunun 1986 Yılı Reformunda Taşıyanın Sorumluluğu ile İlgili Olarak Yapılan Değişiklikler', (1992) 16(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 21-57.
- Damar D, 'Die „Costa Concordia“ ist auf den Felsen aufgelaufen – auch das Recht auf Haftungsbeschränkung?' (2012) 8 Verbraucher und Recht-Zeitschrift für Wirtschafts – und Verbraucherrecht 287-294.
- Damar D, 'Milletlerarası Taşıma Hukukunda “Wilful Misconduct” – Kavramın Tarihçesi ve Tercümesi' (2004) 24(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 379-393.
- Damar D, 'Neues türkisches Handels – und Transportrecht' (2013) 5 Transportrecht 171-191.
- Damar D, *Wilful Misconduct in International Transport Law* (1st edn, Springer 2011).
- Damar D ve Yetiş Şamlı K, *Milletlerarası Taşıma Hukuku'nda ve Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda “Pervasızca Hareket” (Wilful Misconduct) Kusuru*, (1. Bası, Deniz Hukuku Derneği-Sigorta Hukuku Derneği 2012).
- Erbe S, 'Vertragliche Steuerung des Haftungsrisikos bei Transportverträgen' in Barbara Klett and Andreas Furrer (eds), *Schaden im Warentransport Vertragsgestaltung – Versicherung – Schadenersatz* (Schulthess 2016) 51-79.
- Erdoğan M, *CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu* (1. Bası, On İki Levha 2020).
- Erdil E, *Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2020).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Bası, Yetkin 2017).
- Eriş G, *Açıklamalı-Gereççeli-İçtihatlı Taşıma Hukuku (6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre)* (1. Bası, Seçkin 2015).
- Feyzioğlu FN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1976).
- Fremuth F, 'Haftungsbegrenzungen und deren Durchbrechung im allgemeinen deutschen Frachtrecht und nach der CMR' (2004) 3 Transportrecht 99-104.
- Gençtürk M ve Yiğit İ, 'CMR Kapsamındaki Taşımalarda Taşıyıcının Sınırlı Sorumluluktan Yararlanamayacağı Haller' (2013) 3 Gaziosmanpaşa Bilimsel Araştırma Dergisi 34-46.
- Gençtürk M, 'Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıyıcının Sınırsız Sorumluluğunu Gerektiren Ağır Kusurları ve Türk Mahkemelerinin CMR'yi Uygulaması Bakımdan Muhtemel Etkisi' (2012) XIV(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-148.
- Gençtürk M, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Gecikmeden Doğan Sorumluluk)* (1. Bası, Vedat 2006).
- Grosz M and von Ziegler A, 'CMR Art. 29' in Willi Fischer and Thierry Luterbacher (eds), *Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (1st edn, Dike 2016).
- Gürpınar D, *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Ögüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk* (1. Bası, Güncel 2006).
- Haak K, 'Haftungsbegrenzung und ihre Durchbrechung nach der CMR in den Niederlanden' (2004) 3 Transportrecht 104-107.
- Hatemi H, Kocayusufpaşaoğlu N, Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 2* (2. Bası, Filiz 1998).

- Herber R, 'Die Neuregelung des deutschen Transportrechts' (1998) *Neue Juristische Wochenschrift* 3297-3308.
- Neumann H, 'Die unbeschränkte Haftung des Frachtführers nach § 435 HGB' (2002) 11(12) *Transportrecht* 413-421.
- Honsell H, Isenring B and Kessler MA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5th edn, Schulthess 2013).
- İmre Z, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri* (1. Bası, İsmail Akgün Matbaası 1949).
- Jesser-Huß H, 'CMR Art. 29' in Karsten Schmidt (ed), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 7* (4th edn, C.H.BECK 2020).
- Kahraman Z, 'Medeni Hukuk Bakımından Pervasızca Hareket' iç Saibe Oktay Özdemir, Azra Arkan Serim ve Atilla Altop (edr), Prof. Dr. Sermet Akman'a Armağan (Filiz Kitabevi 2020) 405-427.
- Kapancı KB, *Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini* (1. Bası, Vedat 2016).
- Karan H, Kara Ö ve Varan İ, *Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi* (2. Bası, Yetkin 2020).
- Kaya A, 'Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları (II)' (1998) 56(1-4) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 239-267.
- Kendigelen A ve Aydın A, 'Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR), Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi' iç Hayri Domaniç, Oğuz İmregün, Erdoğan Moroğlu ve Abuzer Kendigelen (edr), *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt 1* (Beta 2002) 495-525.
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Bası, Turhan 2017).
- Kirchhof G, 'HGB § 435' in Martin Häublein and Roland Hoffmann-Theinert (eds), *Beck'sche Online-Kommentare HGB* (27. Edition, 15.1.2020).
- Klett B, 'Die Haftung im internationalen Strassengüterverkehr nach CMR' (2017) 1 *Strassenverkehr* 20-29.
- Klett B, 'Haftung im Strassengüterverkehr' in Barbara Klett and Andreas Furrer (eds), *Schaden im Warentransport Vertragsgestaltung – Versicherung – Schadenersatz* (Schulthess 2016) 111-143.
- Koller I, 'HGB § 435' in Ingo Koller, Peter Kindler, Wulf-Henning Roth, Klaus-Dieter Drüen and Nina Bach (eds), *Handelsgesetzbuch* (9th edn, C.H.BECK 2019).
- Koller I, *Transportrecht* (9 th edn, C.H.BECK 2016).
- Laimer S, 'Internationaler Gütertransport auf der Strasse zwischen Einheitsprivatrecht und Kollisionsrecht' in Susan Emmenegger, Stephanie Hrubesch-Millaue, Frédéric Krauskopf and Stephan Wolf (eds), *Brücken bauen Festschrift für Thomas Koller* (Stämpfli 2018) 485-498.
- Merkt H, 'HGB § 435' in Baumbach Adolf and Klaus J. Hopt (eds), *Handelsgesetzbuch* (39th edn, C.H.BECK 2020).
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Beta 2015).
- Oftinger K and Stark EW, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (5th edn, Schulthess 1995).
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (13. Bası, Vedat 2017).
- Orbay Ortaç N, 'Havayolu ile Taşımalarda Bagajın Zıyayı veya Hasara Uğraması Nedeniyle Doğan Akdi Sorumluluk' (2014) 114 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 143-178.
- Otte K, 'CMR Art. 29' in Franco Ferrari, Eva-Maria Kieninger, Peter Mankowski, Karsten Otte, Ingo Saenger, Götz Schulze und Ansgar Staudinger (eds), *Internationales Vertragsrecht* (3rd edn, C.H.BECK 2018).
- Özdemir A, *Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu* (1. Bası, Sanem Matbaacılık 1992).
- Özdemir T, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu)* (1. Bası, Vedat 2006).
- Paschke M, 'HGB § 435' in Hartmut Oetker (ed), *Handelsgesetzbuch* (6th edn, C.H.BECK 2019).

- Ramming K, *Hamburger Handbuch Multimodaler Transport* (1st edn, C.H.BECK 2011).
- Wolfgang Schaffert, 'HGB § 435' in Detlev Joost and Lutz Strohn (eds), *Handelsgesetzbuch Band 2* (3rd edn, C.H.BECK 2015).
- Sekmen O, *TKHK Kapsamında Karayoluyla Eşya Taşımada Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Tazminat* (1. Bası, Aristo 2020).
- Sözer B, 'Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun Hükümlerine Göre Taşıyanın ve İşletenin Sorumluluğu' (1984) 12(4) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 3-86.
- Sözer B, *Türk Hukuku'nda ve Uluslararası Hukuk'ta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi* (2. Bası, Vedat 2009).
- Sözer B, *Deniz Ticareti Hukuku Cilt 1* (5. Bası, Vedat 2019).
- Sutter R, 'Besteht eine Darlegungspflicht des angegriffenen Frachtführers beim Verschuldensnachweis? – Betrachtungen zum internationalen und schweizerischen Frachtrecht' (2010) 3 *Aktuelle Juristische Praxis* 325-332.
- Süzel C, *Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması* (1. Bası, On İki Levha 2021).
- Tandoğan H, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)* (2. Bası, Vedat 2010).
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993).
- Thume KH, '60 Jahre CMR Art. 29 – Zankapfel damals wie heute' (2017) 4 *Transportrecht* 141-196.
- Thume KH, 'HGB § 435' in Karsten Schmidt (ed), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (4th edn, C.H.BECK 2020).
- Thume KH, 'Durchbrechung der Haftungsbeschränkung nach § 435 HGB im internationalen Vergleich' (2002) 1 *Transportrecht* 1-7.
- Uslu M, *CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu* (1. Bası, Seçkin 2010).
- Ülgen H, *Hava Taşıma Sözleşmesi* (1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 1987).
- von Tuhr A and Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I* (3rd edn Schulthess 1984).
- Wojtek R and Krug JA, 'Haftungsvermeidung im Transportgewerbe' in Christoph E. Hauschka, Klaus Moosmayer and Thomas Lösler (eds), *Corporate Compliance Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen* (3rd edn, C.H.BECK 2016).
- Yavaş A, 'Kara Yolunda Yapılan Yük Taşımada Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybına Sebepiyet Veren Kusur Türlerinin Değerlendirilmesi' (2017) 2(Ocak) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 200-238.
- Yavaş A, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk* (1. Bası, On İki Levha 2016).
- Yazıcıoğlu E, *Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu* (1. Bası, Beta 2000).
- Yetiş Şamlı K, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Zıya Hasar ve Geç Teslimden Sorumluluğu* (2. Bası, On İki Levha 2013).
- Yetiş Şamlı K, *Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı* (1. Bası, On İki Levha 2008).
- Yeşilova E, *Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu* (1. Bası, Yetkin 2004).
- Yıldız Ş, 'TTK Hükümleri Işığında Taşıyıcının (Kara Yoluyla) Eşya Taşımadan Doğan Sorumluluğu' (2015/2) 14(28) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 97-109.
- Yüce AA, 'CMR ve TTK'da Taşıyıcının Sorumluluğu ile Kast ve Kasta Eşdeğer Kusurun Sorumluluğa Etkisi' (2012) 3-4(Aralık-Ocak) *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 171-195.

Birleşme Amaçlı Ortaklıklar ve Hedef Şirketle Birleşmesine İlişkin Özellik Arz Eden Durumlar*

Special Purpose Acquisition Companies and Specific Circumstances Regarding Their Merger with Target Companies

Nevin Meral** 

ÖZ

Özel amaçlı devralma şirketleri (SPACs) veya Türk hukukunda düzenlendiği şekliyle birleşme amaçlı ortaklıklar, son yıllarda uluslararası piyasalarda oldukça yoğun bir şekilde talep görmektedir. ABD SPAC'leri model alınan ve bu çalışmanın konusunu oluşturan birleşme amaçlı ortaklıkların halka arzdan önce kendine ait hiçbir ticari faaliyeti yoktur ve bu ortaklıklar, halka açık olmayan, halihazırda ticari faaliyette bulunan ve hedef şirket olarak adlandırılan bir şirketle birleşmek üzere halka arz yoluyla kurulurlar. Bu süreç, kendi içinde bazı riskler barındırmaktadır. Hedef şirketler, halka açılmaya ilişkin sermaye piyasası düzenlemelerine uyumun zor olduğu düşüncesiyle ve bu düzenlemeleri dolanma sonucunu doğuracak şekilde, birleşme amaçlı ortaklık ile birleşmek istemektedir. Dolayısıyla birleşme işleminin, geleneksel halka arz işlemlerine nazaran daha kolay olması ve daha erken bir zamanda halka açık şirket olması imkânı, hedef şirketlerin birleşme amaçlı ortaklıklar ile birleşme talebini artırmaktadır. Bir halka arzın başarılı olmama riski, bu tür ortaklıklarla birleştiklerinde ortadan kalkacak ve küçük bir şirket olan hedef şirkete nakit akışının sağlanmasını garantiye alacaktır.

Birleşme amaçlı ortaklıklar, halka arz izahnamesinde belirlenmiş bir süre içinde ve yatırım stratejisi doğrultusunda bir hedef şirket bularak birleşmek durumundadır. Ancak gerek birleşmenin bir sebeple gerçekleşmemesine bağlı olarak gerekse birleşmenin, birleşme amaçlı ortaklığın genel kurulunda kabul edilmesine rağmen bu birleşmeden hoşnut olmadıkları için bazı pay sahiplerinin ayrılmak istemesi mümkündür. Belirlenen süre sonunda birleşmenin gerçekleşmemesi halinde halka arzdan elde edilen gelirin %90'ının kurucular dışındaki pay sahiplerine geri verilmesi söz konusu olacaktır. Diğer durumda ise, birleşmenin gerçekleşmesine rağmen şirketten ayrılmak isteyen pay sahiplerine yönelik gönüllü geri alım işleminin uygulanması gerekmektedir. Bu durumda gönüllü geri alım işleminin nasıl işleyeceğinin ayrıntılı bir şekilde irdelenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Birleşme, Birleşme amaçlı ortaklıklar, Gönüllü geri alım, Hedef şirket, Paylarda sulanma.

* Bu makalenin konusu, Asos 7. Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda Tebliğ olarak sunulmuştur.

** Doktor Öğretim Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-6205-2680

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Nevin Meral

E-posta/E-mail: nmeral@ybu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 12.09.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 05.11.2021

ABSTRACT

SPACs or 'birleşme amaçlı ortaklıklar' as regulated in Turkish law, have burst in recent years in international markets. Turkish SPACs modelled after their US counterparts, are founded through the initial public offering (IPO), and do not have any commercial operation until then. SPACs seek to merge with an operating non-public company called as target company. However, this merger process has its own risks. Bearing in mind that the IPO procedure is challenging, non-public companies may wish to merge with SPACs, by evading the relevant securities regulations. Hence, target companies seem to have an increasing demand to merge with SPACs, because merger procedure is easier to oblige than that of IPO's and they can become public in a shorter time. The merger with SPACs will diminish the failure risk in an IPO and ensure the cash flow into the target company, which is already financially small sized. Moreover, SPACs are obliged to merge with a target company within the timeframe and within the scope of investment strategy determined in their prospectuses in IPOs. However, some shareholders may wish to redeem their shares since the merger has not taken place for a reason or despite the shareholder approval of the merger, they are not satisfied of this merger. In case the merger has not consummated within the timeframe, the shareholders except sponsors are required to receive the 90% of the fund from the IPO must. In the other case, the voluntary buy-back process must be observed for the shareholders who would like to redeem their shares despite shareholder approval of the merger. Therefore, how this voluntary buy-back should be processed should be examined in detail.

Keywords: Merger, SPACs (special purpose acquisition companies), voluntary buy-back, target company, dilution in shares.

I. GİRİŞ

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukuna ilk olarak 1900'lü yılların başında giriş yapan ve 2000'li yıllardan itibaren yoğun olarak kullanılan¹ SPAC'leri (*special purpose acquisition company*: özel amaçlı devralma şirketi) model alan bir kavram Türk hukukuna da girmiştir. İlk kez 2013 yılında hukukumuzda düzenlenen birleşme amaçlı ortaklıklar, alternatif bir yatırım aracı² olarak nitelendirilebilir. Son birkaç yılda ABD piyasasında tüm halka arzların yarısından daha fazlasının bu tür ortaklıklarca yapıldığı³ görülmüş olmakla birlikte bu dönem özellikle medyada bu şirketlerin

- 1 Milos Vulcanovic, 'SPACs: Post-Merger Survival' (2017) 43(6) *Managerial Finance* 679, 680; Lora Dimitrova, 'Perverse Incentives of Special Purpose Acquisition Companies, 'the Poor Man's Private Equity Funds'' (2017) 63 *Journal of Accounting and Economics* 99, 99; Niharika Anand 'Special Purpose Acquisition Company' (2020) 7 (4) *Court Uncourt* 21, 21; Kanis Saengchote, 'The Tesla Effect and the Mispricing of Special Purpose Acquisition Companies (SPACs)' (SSRN, 2021) <<https://ssrn.com/abstract=3800323>> Erişim Tarihi 15 Ağustos 2021, s. 1; Elene Ignatyeva, Christian Rauch and Mark Wharenburg, 'Analysing European SPACs' (2013) 17(1) *The Journal of Private Equity* 64, 64; ancak SPAC'ler ABD hukukunda 2000'li yıllara kadar bu ölçüde dikkat çekmemiştir, Robert Berger, 'SPACs: An Alternative Way to Access the Public Markets' (2008) 20(3) *Journal of Applied Corporate Finance* 68, 68.
- 2 Berger (n 1) 68; Jessica Bai, Angela Ma and Miles Zheng, 'Reaching for Yield in the Going-Public Market: Evidence from SPACs' (SSRN, 2021) <<https://ssrn.com/abstract=3746490>> Erişim Tarihi 01 Eylül 2021, s. 1; Ignatyeva, Rauch and Wahrenburg (n 1) 64; Derin Altan ve Nil Acar, 'Yeni Bir Alternatif Yatırım Aracı: Birleşme Amaçlı Ortaklıklar' (2014), 16 (1) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 251, 254. Birleşme amaçlı ortaklıkların, girişim sermayesi de dahil olmak üzere benzer kurumlarla karşılaştırılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gül Okutan Nilsson, *Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık* (On İki Levha, 2016) 5-17.
- 3 Sadece 2021 yılı için bile ABD'deki toplam ilk halka arzların %70'inden fazla SPAC arzı yapılmıştır. İstatistikler için bkz. <<https://www.spacanalytics.com>> Erişim Tarihi 20 Nisan 2021.

niteliğine işaret ederek 'Açık Çek Patlaması' (*blank check boom*) olarak adlandırılmıştır. Nitekim Türk hukukunda birleşme amaçlı ortaklıklar olarak düzenlenen bu ortaklıklar,⁴ yatırımcıların kendisine birleşmek için şirket bulmak amacıyla adeta açık çek verdiklerini vurgulamak üzere açık çek şirketleri (*blank check companies*) ve halka arzdan önce hiçbir ticari faaliyeti veya varlığı olmamasını vurgulamak üzere ise kabuk şirketler (*shell companies*) gibi çeşitli isimlerle⁵ de anılmaktadır.

Birleşme amaçlı ortaklığın yaşam döngüsünü üç aşamada incelemek mümkündür. Bunlardan birincisi, kuruluşundan itibaren halka arzını da içeren ve hedef şirketin belirlenmesine kadar geçen süreç iken; ikincisi hedef şirketin belirlenmesinden sonra gerçekleşen birleşme süreci ve son olarak da birleşme amaçlı ortaklığın hedef şirketle birleşmesinden sonraki süreçtir. Birleşme amaçlı ortaklığın, *deSPAC* olarak da adlandırılan bu son aşaması, daha detaylı olarak, birleşmeden sonraki ilk iş gününden başlayarak şirketin farklı bir unvan ve *ticker* kodu altında piyasada işlem görmeye başlamasını ifade eder.⁶ Bu çalışmamızda, birleşme amaçlı ortaklığın kuruluşu, halka arzı ve halka arzdan sonraki dönemde hedef şirketle birleşme gerçekleşene kadarki faaliyetlerinden oluşan birinci süreç, sadece gerektiği kadarıyla incelenecektir. Ancak çalışmanın konusu esas olarak birleşme amaçlı ortaklıkların ikinci aşaması olan, hedef şirketin belirlenmesi, ortaklıkta bu yönde karar alınması ve buna bağlı olarak gerçekleştirilecek geri alım sürecine ilişkindir.

Birleşme amaçlı ortaklıkların, hedef şirketleri belirlemesi, birleşme sürecinin başlaması ve birleşmenin gerçekleşmesi durumlarında gerek kabuk şirket olmaları gerekse de sadece birleşme amacıyla kurulmaları dolayısıyla karşılaşılabilecekleri bazı sorunların olduğu tartışmasıdır. Bunlara rağmen, yatırımcılar için oldukça ilgi çekici bir yatırım aracı olan⁷ birleşme amaçlı ortaklıklara ilişkin hususların, pay sahiplerinin yaşayabilecekleri sorunları karşısında, Türk sermaye piyasası mevzuatında nasıl düzenlendiği ve düzenlemelerin nasıl uygulanacağına ortaya koyulması gerekir. Bu kapsamda çalışmanın ilk kısmında birleşme amaçlı ortaklıkların tanımı ve özellikleri üzerinde

- 4 Türk hukukundaki bu tür ortaklıkların kökeninin SPAC'ler olduğuna yönelik olarak ayrıca bkz. Çağlar Manavgat, *Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz* (BTHAE, 2016) 580; Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 3.
- 5 SEC tarafından yapılan özellikle bu iki tür nitelime için bkz. SEC's Investor Bulletin, 10 December 2020, "What You Need to Know About SPACs" <<https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-and-bulletins/what-you-need-know-about-spacs-investor-bulletin>>; <<https://www.investor.gov/introduction-investing/investing-basics/glossary/blank-check-company>>; <<https://www.sec.gov/corpfin/disclosure-special-purpose-acquisition-companies>> Erişim Tarihi 24 Mayıs 2021. Ayrıca bkz. Tim Jenkinson and Miguel Sousa, 'Why SPAC Investors Should Listen to the Market' (SSRN, 2009) <<https://ssrn.com/abstract=1331383>> Erişim Tarihi 20 Haziran 2021, s. 2; Nebojsa Dimic, Edward Lawrence and Milos Vulcanovic, 'The Determinants of IPO Withdrawals: Evidence from SPACs' (SSRN, 2020) <<https://ssrn.com/abstract=3538671>> Erişim Tarihi 06 Eylül 2021, s. 4; Saengchote (n 1) 1; Ignatyeva, Rauch and Wahrenburg (n 1) 64-65; Gül Okutan Nilsson, 'Incentive Structure of Special Purpose Acquisition Companies' (2018) 19 European Business Organisation Law Review 253, 253; Gökben Altaş, 'Satın Alma Amaçlı Şirketler' (2012) 12 TSPAKB Gündem 18, 22; Paul&Weiss, Client Memorandum, 17 March 2021, "What SPAC Sponsors, Directors and Officers Can Do to Mitigate Their Litigation Exposure" <<https://www.paulweiss.com/practices/litigation/securities-litigation/publications/what-spac-sponsors-directors-and-officers-can-do-to-mitigate-their-litigation-exposure?id=39540>> Erişim Tarihi 26 Haziran 2021, s. 2. İlgili şirketlerin, açık çek şirketlere ilişkin 1990 yılında çıkarılan Penny Stock Act düzenlemelerinin kapsamına girmemesinin temel sebebi, paylarının ve piyasa değerinin buradaki sınırların üzerinde olmasıydı, bkz. Altaş (n 5) 22.
- 6 Minmo Gahng, Jay R. Ritter and Donghang Zhang, 'SPACs' (SSRN, 2021) <<https://ssrn.com/abstract=3775847>> Erişim Tarihi 06 Eylül 2021, s. 17.
- 7 Geri alımların fazla olması sebebiyle birleşmeyi gerçekleştiremeyen birleşme amaçlı ortaklıkların bile yatırımcısına, tasfiye sonucunda yıllık ortalama %2 oranında getiri sağladığı belirlenmiştir, Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 3.

durulduktan sonra, ikinci kısımda hedef şirketle birleşme sürecinden bahsedilecektir. Bu noktada hedef şirketin belirlenmesi ve bu belirlemede özellikle süre başta olmak üzere hangi etkenlerin rol oynadığı üzerinde durulacaktır. Hedef şirketin belirlenmesinin ardından birleşme amaçlı ortaklığın genel kurulunda bu birleşmenin görüşülmesi ve ortaklık pay sahipleri tarafından oylanması söz konusudur. Bu doğrultuda çalışmanın son kısmında, birleşmenin gerçekleşmemesi veya birleşme gerçekleşecek dahi olsa genel kurulda olumsuz oy kullanıp da ortaklıktan ayrılmak isteyen pay sahiplerine mevzuatta tanınan gönüllü geri alım hakkının nasıl kullanılacağı ve bu sürece ilişkin esasların ayrıntılı bir incelenmesi yapılacaktır.

II. GENEL OLARAK BİRLEŞME AMAÇLI ORTAKLIK

A. TANIM

Birleşme amaçlı ortaklık kavramı Türk sermaye piyasası hukukuna ilk kez mülga 2013 tarihli Ayrılma Hakkı Tebliği⁸ ile girmiştir. Orada verilen tanım, neredeyse kelimesi kelimesine Birleşme Tebliği⁹ m. 4/1-b'de verilen tanımla aynıdır. Bu maddede birleşme amaçlı ortaklık, *“Önceden belirlenmiş bir süre ve yatırım stratejisi doğrultusunda, halka arz sonrası oluşacak sermayesini temsil eden payların en az yarısını halka arz etmek ve sonrasında halka açık olmayan bir ortaklık ile birleşme amacı ile kurulan, bu amacı gerçekleştirmek haricinde herhangi bir faaliyeti olmayan, ana sözleşmesinde ve/veya halka açılma nedeniyle düzenlenen izahnamede belirtilen faaliyetler için halka arzdan elde ettiği gelirin azami yüzde onunu kullanarak bakiye kısmın önceden belirlenmiş süre içerisinde hedeflenen birleşme işleminin gerçekleşmemesi halinde kurucular dışındaki ortaklara iade edilmesi amacıyla mevduat, devlet iç borçlanma senedi ve benzeri yatırım araçlarından bir veya birden fazlasına yatırım yapmak suretiyle değerlendirmeyi taahhüt eden ve bu çerçevede gerekli nakit yönetim politikasını halka açılma nedeniyle düzenlenen izahnamede kamuya açıklayan, birleşme işleminin onaylandığı genel kurul toplantısında olumsuz oy kullanan pay sahiplerine ve sona ermesi durumunda kurucular dışındaki tüm pay sahiplerine ait paylara yönelik olarak gönüllü geri alım işlemini izahnamede belirtilen esaslar çerçevesinde gerçekleştirecek olan ve ticaret unvanında birleşme amaçlı ortaklık ibaresi bulunan”* şirket olarak tanımlanmaktadır.

Türk hukukundaki bu hukuki kurumun temeli, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukunda SPACs olarak adlandırılan modele dayanmaktadır.¹⁰ SPAC'ler, ABD hukukunda da temel özellikleri bakımından Türk hukukundaki birleşme amaçlı ortaklığa benzer şekilde, kendine ait hiçbir ticari faaliyeti bulunmayan, nakit karşılığı hisselerini halka arz eden; halka arzdan elde ettiği fonun tamamını, halihazırda ticari faaliyeti bulunan bir veya daha fazla şirketle herhangi bir şekilde birleşmesinde (*any business combination*) veya gelecekte kullanmak üzere bir *trust* veya *escrow*

8 Seri: II, No: 23.1 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği, RG 24.12.2013/28861. Bu tebliğ, 27.06.2020 tarihli ve 31168 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği ile ilga edilmiştir.

9 Seri II, No: 23.2 sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliği, RG 28.12.2013/28865.

10 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 18 ve 71.

hesabına aktaran bir şirket olarak tanımlanmıştır.¹¹ Her iki hukuki kurum arasındaki farklar, aşağıda yeri geldikçe ele alınacaktır. Ancak bu çalışmada kullanılan birleşme amaçlı ortaklık terimi, yalnızca Türk hukukunda düzenlenen ve sınırları çizilen hukuki kurumu nitelemektedir.

B. BİRLEŞME AMAÇLI ORTAKLIĞIN ÖZELLİKLERİ

Mevzuatta verilen tanımdan yola çıkarak, Türk hukukunda düzenlenen birleşme amaçlı ortaklıkların özelliklerini belirlemek mümkündür. Öncelikle birleşme amaçlı ortaklıkların halka arz sırasında herhangi bir ticari faaliyeti bulunmamaktadır.¹² Bu ortaklıkların kurulma amacı, aktif olarak bir ticari faaliyette bulunan ve işler vaziyetteki halka açık olmayan bir şirketle birleşmektir. Dolayısıyla yatırımcıların neden bu şirkete yatırım yapmak isteyebilecekleri sorusu akıllara gelebilir. Son dönemlerde medyaya da sıkça yansdığı üzere, birleşme amaçlı ortaklıkların, sponsor olarak da adlandırılan kurucuları, yönetim alanında isim yapmış,¹³ oldukça deneyimli ve başarılı yöneticilerden oluşmaktadır.¹⁴ Yatırımların şirkete çekilmesinde, şirketin profilinden çok, bu yöneticilerin isimleri önemli bir rol oynamakta; yatırımcı esasen bu kimselerin uzmanlıklarına ve tecrübelerine güvenmektedir.¹⁵

Halka arz esnasında ticari faaliyeti olmayan birleşme amaçlı ortaklığın kuruluşun sonra da hiçbir ticari faaliyette bulunamayacağını söylemek kanaatimizce doğru değildir.¹⁶ Nitekim birleşme amaçlı

11 Bu tanım (*A SPAC is a company with no operations that offers securities for cash and places substantially all the offering proceeds into a trust or escrow account for future use in the acquisition of one or more private operating companies...*) için bkz. SEC, Division of Corporate Finance: "Special Purpose Acquisition Companies", CF Disclosure Guidance: Topic No. 11, 22 December 2020, <<https://www.sec.gov/corpfin/disclosure-special-purpose-acquisition-companies>> Erişim Tarihi 03 Eylül 2021.

12 Dimic, Lawrence and Vulcanovic (n 5) 4; Dimitrova (n 1)102; Saengchote (n 1) 1; Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 1; Neşe Ölekli, 'Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkı' (2018) 76(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 221, 243; Altaş (n 5) 20; Melis Aslan, 'Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Şirket Birleşmeleri' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018), 83.

13 Bir SEC çalışması, kamuya yaptığı bir açıklamasında, sponsorları 'ünlü (*celebrity*)' olarak nitelemiştir, bkz. John Coates, 'SPACs, IPOs and Liability Risk under the Securities Law' (*SEC Public Statement*, 8 April 2021) <<https://www.sec.gov/news/public-statement/spacs-ipos-liability-risk-under-securities-laws>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.

14 Jenkinson and Sousa (n 5) 5 vd; Okutan Nilsson, 'Structure' (n 5) 254; Altaş (n 5) 20; Aslan (n 12) 84. Yatırım fonları, Fortune 500'deki eski CEO'lar ve kıdemli yöneticilerin sponsor olduğu SPAC'lerin daha başarılı olduğu da araştırmalarla tespit edilmiştir, Michael Klausner, Michael Ohlrogge and Emily Ruan, 'A Sober Look at SPACs', (*European Corporate Governance Institution, Finance Working Paper Series*, N. 746/2021) <http://ssrn.com/abstract_id=3720919> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2021, s. 4 vd. Sponsorların, ABD hukukunda uygulamada hangi sermaye piyasası aktörlerinden oluştuğuna yönelik ayrıntılı bir çalışma için bkz. Berger (n 1) 68-70.

15 Dimitrova (n 1) 102; Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 9 ve 12; birleşme amaçlı ortaklık modelinin dayanağı olan SPAC'e yatırım yapmanın, neredeyse sponsorların itibarı üzerine bahse girmeye denk geldiğine ilişkin bkz. Jackson, Anna-Louise/ Curry, Benjamin: "Special Purpose Acquisition Company: What is a SPAC?", 9 March 2021, Forbes Advisor, <https://www.forbes.com/advisor/investing/spac-special-purpose-aquisition-company/>, Erişim Tarihi 20 Mayıs 2021. Türk hukukunda da benzer şekilde bu ortaklıkların, Kotasyon Yönergesi m. 11/1-a uyarınca yalnızca isimleriyle en az 200 milyon TL'lik fonu toplayabilecek sponsorlar tarafından kurulmalarına yönelik kurgunun yapıldığına ilişkin bkz. Derin Altan, Eren Ayanlar, Ece Küreğibüyük ve Şehribar Ünlü, 'Nedir Bu SPAC?' (*GKC Partners Sermaye Piyasaları Bülteni*, 11 Ocak 2020), <http://www.gkcpartners.com/clients-alerts/Client_Alert_SPAC.pdf> Erişim Tarihi 03 Eylül 2021.

16 Benzer görüş için bkz. Manavgat (n 4) 584. Ancak özellikle halka arzdan elde edilen gelirin %10'unun, sadece birleşme

ortaklığın kuruluş amacı belirli bir süre içinde halka açık olmayan bir şirketle birleşmek olsa da, Birleşme Tebliği'ndeki tanıma da uygun olarak izahnamede açıklanmak suretiyle kuruluştan sonra, birleşme için belirlenen süre zarfında ticari faaliyette bulunmasının önünde herhangi bir hukuki engel yoktur. Diğer taraftan her ne kadar teknik olarak 'işletme' konusuna girmese de, birleşme amacı dışında kurulmaya ilişkin herhangi bir hedefi veya amacı olmadığından, birleşme amaçlı ortaklıkların esas sözleşmesinde, işletme konusu olarak bu amacın yer alması yerinde olacaktır.¹⁷ Bu sebeple birleşme amaçlı ortaklıklar, yatırımcılar için bir nihai yatırım amacı değildir; ancak bu ortaklıklar, yatırımcılara bir yatırım aracı sunmaktadır.¹⁸

Halka arz edilerek birleşme için gereken fonu toplamayı amaçlayan ve dolayısıyla zorunlu olarak anonim şirket şeklinde kurulan¹⁹ birleşme amaçlı ortaklığın amacı, belirlenen süre içinde başka bir şirketle birleşmek olduğundan, bu ortaklık, geçici bir ortaklıktır.²⁰ Bu ortaklıkların ticaret unvanlarında birleşme amaçlı ortaklık ibaresinin bulunmasının zorunlu olup olmadığı hususu, doktrinde farklı görüşlerin doğmasına sebep olmuştur.²¹ Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu ortaklığın ticaret unvanında 'birleşme amaçlı ortaklık' ibaresinin bulunması gereklidir. Nitekim Birleşme Tebliği'ndeki tanımda açıkça "...*ticaret unvanında birleşme amaçlı ortaklık ibaresi bulunan...*" ifadesi yer almaktadır ve bu husus kanaatimizce yatırımcıyı koruma amaçlıdır.²²

Birleşme amaçlı ortaklığın halka arz sonrası oluşacak sermayesini temsil eden payların en az yarısını da halka arz etmesi gerekmektedir. Kotasyon Yönergesi m. 11/1 uyarınca, birleşme amaçlı ortaklığın paylarının kotasyonu şartlarında, "*halka arz edilen payların piyasa değerinin en az 200 milyon TL*"

amacına hizmet üzere kullanılabilceğine ilişkin doktrinde yer alan karşı görüş için bkz. Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 80; Altan ve Acar (n 2) s. 262-263; Aslan (n 12) 87. Birleşme Tebliği'nde verilen tanımdaki ifadeler doğrultusunda, halka arz gelirlerinin harcanmayarak saklanması, ancak hiçbir ticari faaliyette bulunmayan bir şirket tarafından başarılabilceğine ilişkin olarak bkz. Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 80.

17 Aynı doğrultuda bkz. Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 88-89. Birleşme amaçlı ortaklığın bu amacının, TTK m. 331/1 uyarınca ekonomik bir amaç veya konu olmadığı; şirketin esas sözleşmesinde TTK m. 339/2-b uyarınca yer alması zorunlu kayıtlardan olan işletme konusu ile ilgisi olmadığı; dolayısıyla bu amacın hukuki anlamının dışında, sadece bir hedef olduğu; sonuç olarak birleşme amaçlı ortaklığın esas sözleşmesinde ekonomik amaç kapsamında giren bir işletme konusunun ayrıca gösterilmesi gerektiği yönündeki karşı görüş için bkz. Manavgat (n 4) 582-583. Ancak bu noktada, bir anonim şirketin birleşme amacıyla kurulduğuna yönelik tespitinin nasıl yapılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Manavgat bu hususta, birleşme amaçlı ortaklık olarak kurulan anonim şirketin bu hedefinin belirlenmesinin halka açılma esnasında SPK tarafından yapılacağını belirtmektedir, Manavgat (n 4) 584.

18 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 1.

19 Manavgat (n 4) 582. Bu ortaklık girişim sermayesi fonlarına benzer bir iş modeli içermektedir Okutan Nilsson, 'Structure' (n 5) 254; dolayısıyla aralarında bazı benzerlikler ve farklılıklar mevcuttur, ayrıntılı bir karşılaştırma için bkz. Jenkinson and Sousa (n 5) 2 vd.; Altaş (n 5) 21; Okutan Nilsson, 'Structure' (n 5) 265.

20 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 2 ve 73; Aslan (n 12) 84.

21 Manavgat, 'tür' niteliğini haiz olmayan bu ortaklıkların, Birleşme ve Bölünme Tebliği hükmüne rağmen, TTK m. 46/1 uyarınca unvanlarında birleşme amaçlı ortaklık ibaresinin yer alamayacağını belirtmektedir, bkz. Manavgat (n 4) 583. Ancak bu çalışmanın hazırlandığı zaman dilimi itibarıyla Ticaret Sicili Gazetesi'nde unvanında 'birleşme amaçlı ortaklık' ibaresi bulunan hiçbir şirket kaydı veya BİST'te işlem gören hiçbir birleşme amaçlı ortaklık bulunamamıştır. Dolayısıyla uygulamanın ne yönde gelişeceği henüz belirsizdir.

22 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 88; Altan ve Acar (n 2) s. 263; Aslan (n 12) 89. Ayrıca yazarlar, tıpkı gayrimenkul yatırım ortaklıklarının *ticker* kodundaki GYO ibaresi gibi, birleşme amaçlı ortaklığın ticaret unvanında bulunması gereken anonim şirket ibaresinin yanında, paylarının BİST kotuna alınırken bu şirketlerin *ticker* kodunda BAO şeklinde özel bir sembol dizilimi olmasına dair öneride bulunmaktadır, bkz. Altan ve Acar (n 2) s. 263; aynı yönde bkz. Altaş (n 5) 20.

olmasının yanı sıra “halka arz edilen paylarının halka arz sonrası oluşacak ödenmiş ya da çıkarılmış sermayesine oranının en az %50 olması” şartı aranmaktadır. Aynı şart, Birleşme ve Bölünme Tebliği’nde yalnızca “halka arz edilen paylarının halka arz sonrası oluşacak sermayesini temsil eden payların en az yarısını halka arz etmek” şeklinde ifade edilmiş olsa da bu ifade farklılığının pratik bir sonucu bulunmamaktadır.²³ Kotasyon Yönergesi’nde, halka arz edilen payların ayrıca en az %80’inin kurumsal yatırımcıya²⁴ satılmış olması şartı, yatırımın riskli olduğunun bir göstergesidir.²⁵ Birleşme amaçlı ortaklığın, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) m. 7 uyarınca halka arz esnasında hazırlamakla yükümlü olduğu izahnamede, belirli bazı bilgileri kamuya açıklaması zorunludur. Bu kapsamda birleşme amaçlı ortaklık, Birleşme Tebliği’ndeki tanım uyarınca, yatırım yapacağı ve gelir getirme potansiyeline sahip halka açık olmayan bir hedef şirketle hangi süre içinde birleşeceğini izahnamesinde göstermek zorundadır.

Birleşme amaçlı ortaklığın, halka arzdan sonraki malvarlığı, halka arzdan elde ettiği nakit fonlardır ve bu fonların kullanım amacı, alanı ve oranı mevzuatta belirlenmiştir. Başlangıçta hiçbir ticari faaliyeti olmayan birleşme amaçlı ortaklıklar, halka arzdan elde ettikleri gelire birleşme amacını gerçekleştirmek için gereken kaynağı elde etmiş olurlar. Dolayısıyla ortaklık, kuruluş amacına uygun bir şekilde, öngörülen sürede birleşme gerçekleştirebilmek için, bu gelirin en az %90’ını belirli yatırım araçlarında değerlendirmek üzere ayırmak ve kalan %10’nunu da ortaklığın işletilmesi ve eğer izahnamedeki yatırım stratejisinde öngörülmüşse ticari faaliyette bulunabilmesi için gereken giderlere ayırmak durumundadır.²⁶ Birleşme amaçlı ortaklık, söz konusu fonun %90’lık kısmını, izahnamesinde açıklayacağı²⁷ bir nakit yönetim politikası çerçevesinde mevduat, devlet iç borçlanma senedi gibi yatırım araçlarında nemalandırabilir. Nihai olarak bu fonun kullanım amacı ise birleşme işlemi olmalıdır, birleşmenin gerçekleşmemesi durumunda da bu fon gönüllü geri alım için kullanılmak zorundadır.²⁸

Halka arzdan elde edilen gelirin tam olarak nerede tutulacağı konusunda mevzuatta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Uygulamada başvuru yöntemlerinden olan *escrow* veya *trust* sözleşmesinin

23 Okutan Nilsson, ‘Ortaklık’ (n 2) 75-76. Birleşme ve Bölünme Tebliği metninden anlaşıldığı üzere halka arz, sermaye artırımı yoluyla yapılacak olup (Manavgat (n 4) 582) SPKn m. 12/1 uyarınca gerek halka arzda gerek sonraki sermaye artırımlarında pay bedellerinin tam ve nakden ödenmesi gerekmektedir. Sonuç olarak halka açık şirket açısından çıkarılmış sermaye, ödenmiş sermayeye eşit olacaktır.

24 Kurumsal yatırımcı, 28.06.2013 tarihli ve 28691 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Seri II, No: 5.2 sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği m. 4/1-j’de “Kurulun yatırım kuruluşlarına ilişkin düzenlemelerinde tanımlanan ve talebe dayalı olarak profesyonel kabul edilenler dışındaki profesyonel müşterileri” ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Profesyonel müşteri tanımı da 17.12.2013 tarihli ve 28854 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Seri III, No: 39.1 sayılı Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ m. 31’de verilmiştir.

25 Coates (n 13); Okutan Nilsson, ‘Structure’ (n 5) 254; dolayısıyla alınan diğer bazı önlemlerin yanı sıra, bu düzenleme ile bireysel yatırımcının korunması amaçlanmıştır, bkz. Altan, Ayanlar, Küreğibüyük ve Ünlü (n 15) 3. Diğer taraftan yatırımcılar açısından bu yatırımın riskten uzak olduğuna ve bu sebeple ABD piyasalarında bu kadar popüler olduğuna yönelik olarak bkz. Jenkinson and Sousa (n 5) 20.

26 Manavgat (n 4) 585.

27 Birleşme amaçlı ortaklıkların paylarını halka arz ettiği sırada hazırlayacağı izahnamesinde yer verdiği bu bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması durumunda somut olay bazında SPKn m. 10 ve SPKn m. 32 uyarınca sorumluluğun doğması kaçınılmazdır.

28 ABD hukukundaki benzer kullanım amaçları için bkz. Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 7.

yapılması veya bankacılık sektöründe kullanılan bloke hesapların açılması suretiyle bir emanet hesapta halka arz gelirlerinin muhafaza edilmesi ve bu hesabın, salt birleşme veya gönüllü geri alım işlemlerinde kullanılma amacına vakfedilmesi uygun olacaktır.²⁹ Bu gibi mekanizmalardan dolayı, birleşme amaçlı ortaklık modeli, ayrılma hakkının güvenceye alınması ve gönüllü geri alım programı sebebiyle oldukça avantajlıdır.³⁰

III. HEDEF ŞİRKET İLE BİRLEŞME SÜRECİ

A. HEDEF ŞİRKETİN BELİRLENMESİ

1. BİRLEŞME İÇİN HALKA AÇIK OLMAYAN ŞİRKET ARAYIŞI

Birleşme amaçlı ortaklığın, paylarını halka arz ederken hazırlayacağı izahnamesinde, bir yatırım stratejisi oluşturması gerekmektedir. Burada bahsedilen yatırım stratejisi, esasen hedef şirkete yapılması beklenen yatırıma, diğer bir deyişle hedef şirketin seçiminde ve onunla birleşmede esas alınacak kriterlere ilişkindir.³¹ Nitekim birleşme amaçlı ortaklığın paylarının halka arzında, hedef şirkete ilişkin bir belirlemenin yapılmamış olduğu izahnamede belirtilmeli ve hatta bu yönde hiçbir görüşmenin yapılmaması gerekmektedir.³² İzahnamede ayrıca hedef şirkete ilişkin, sağlık, eğitim, gıda gibi bir veya birden fazla sektörün belirlenmesi de söz konusu olabilmektedir.³³ Nitekim hedef şirkete ilişkin yapılan sektörel veya ülkesel belirlemeler sonucunda birleşme işleminin başarıya ulaştığı yapılan çalışmalarla kanıtlanmıştır.³⁴ Birleşme amaçlı ortaklığın birleşmesi gereken hedef şirketin, halka açık olmayan, operasyonel, gelecek vadeden bir şirket olması gerekmektedir.³⁵

29 Birleşme amaçlı ortaklıkların dayanak modeli olan SPAC'ler için bu durumda, halka arzdan elde edilen gelirin %80'inden fazlasının, en geç 24 ay içinde tamamlanacak olan birleşmeye kaynak sağlamak amacıyla saygın kredi kuruluşları nezdinde tutulan bir *escrow* veya *trust* hesabında saklanması gerekmektedir, bkz. Anand (n 1) 21; Dimitrova (n 1) 102; Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 86; Altaş (n 5) 21. Özellikle SEC tarafından Açık Çek Şirketler için bu yönde düzenlenen Rule 419 kapsamında olmasa da SPAC'ler de bu uygulamaya tabidirler. Mevzuat için bkz. 17 CFR §230.419(b)(3) – Offerings by Blank Check Companies.

30 Okutan Nilsson, 'Structure' (n 5) 268.

31 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 74-75.

32 ABD hukukundaki benzer kural için bkz. Jenkinson and Sousa (n 5) 5; Berger (n 1) 70; Saengchote (n 1) 1; Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 2. Aksi halde bu hedef şirketin veya birleşme görüşmelerine başlandığının izahnamede açıklanması gerekecektir. Ancak tam tersi durum, benzer bir düzenlemenin olmamasından dolayı Avrupadaki SPAC'ler için söz konusudur ve bu SPAC'lerin çok hızlı bir şekilde birleşmeyi tamamladıkları gözlemlenmiştir, bkz. Ignatyeva, Rauch and Wahrenburg (n 1) 71.

33 Aynı doğrultuda bkz. Manavgat (n 4) 584.

34 Avrupada SPAC'lerin ülkesel olarak tercihlerinde belirgin bir ülke yer almazken, hedef şirketin belirlenmesinde rol oynayan esas faktörlerin hedef şirketin bulunduğu ülke borsaların düzenlenmeleri ile vergiye ilişkin hususlar olduğu belirlenmiştir, Ignatyeva, Rauch and Wahrenburg (n 1) 65 ve 67. Bunun yanı sıra, SPAC'lerin birleşme sonrası ticari hayatta kalma şanslarının da bu şekilde arttığına yönelik olarak bkz. Vulanovic (n 1) 690.

35 Berger (n 1) 68; Altan ve Acar (n 2) s. 256; SPAC'lerin aslında kendine yetebilen ve finansal durumu itibarıyla sermaye piyasasına kendi başına da erişebilme kapasitesine sahip şirketlere yöneldiğine ilişkin bkz. Ignatyeva, Rauch and Wahrenburg (n 1) 72. Doktrindeki karşı görüş olarak, sermaye piyasasına kendi başına geleneksel halka arzla erişme imkânı bulan şirketlerin, SPAC'in hedef şirketi olmak suretiyle halka açılmayı tercih etmediğine ilişkin olarak da bkz. Johannes Kolb and Tereza Tykvoová, 'Going Public via Special Purpose Acquisition Companies: Frogs do not Turn into Princes' (2016) 40 Journal of Corporate Finance 80, 91.

Nitekim, bir birleşme amaçlı ortaklığın ticari geleceği, birleşme sonrası için hedef şirketin finansal performansı ile yakından ilgilidir.³⁶

Şüphesiz burada birleşmelerin, halka açılma prosedürüne nazaran daha az hazırlık gerektirmesi, halka açılmada karşılaşılan piyasa riskini daha az taşıması³⁷ ve şartların gerçekleşmesi halinde kolaylaştırılmış birleşmeden dahi yararlanabilme olanağı, hedef şirketler açısından bu yöntemle birleşmeyi çekici kılabılır.³⁸ Geleneksel bir ilk halka arzda, şirketin paylarının piyasada, satış yöntemine göre hangi fiyattan ve ne miktarda satılacağı her zaman belli olmayabilir veya halka arz başarıya ulaşmayabilir. Ancak birleşme amaçlı ortaklıkla birleşmek suretiyle halka açılmak, bu risklerin hiçbirini taşımaz, bu yöntemin hedef şirket için getirileri oldukça nettir: piyasa riskine veya ağır halka arz prosedürüne maruz kalmadan halka açılmak, sonunda çok iyi bir yönetim ekibi ile çalışmak, saygın bir yatırımcı profiline³⁹ ve ciddi miktarda hazır bir fona sahip olmak.⁴⁰ Halka açık olmayan bir şirketin, sermaye piyasası düzenlemelerini dolanarak geleneksel yoldan değil de halka açık bir şirketi kullanarak halka açılmasını önleyici düzenlemeler, Birleşme Tebliği m. 12/4, 5, 6'da öngörülmüştür; ancak bu hükümlerin birleşme amaçlı ortaklıklara uygulanmayacağı aynı maddenin 8. fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Yine de birleşme amaçlı ortaklıklar açısından aşağıda ayrıntılı olarak açıklanan gönüllü geri alım işlemi gibi başka koruyucu mekanizmalar öngörülmüştür.

ABD hukukunda ise SPAC'ler aracılığıyla halka açılma yöntemini daha çekici kılan bir başka özellik daha bulunmaktadır. Geleneksel halka arzdan ziyade bu yöntemin seçilmesine sebep olan hususlardan biri, SPAC'lerin geleceğe yönelik tahminleri için ilgili kanunun, bir sorumsuzluk hükmü öngörmesidir.⁴¹ Geleneksel halka arzları kapsamayan ilgili hükme göre, halka açık şirket statüsünde olan SPAC'ler, vekalet bildirimlerinde (*proxy statements*), yıllık raporlarında ve SEC nezdinde yapılan herhangi bir bildirimde geleceğe yönelik tahminlerini, uygun bir dille ifade edebilir. Daha sonra tahmin edilenden farklı bir durumun gerçekleşmesi halinde ise yöneticilerin geçmişte buldukları tahminden ötürü sorumlu tutulamayacakları (*safe harbour provision*) kabul edilmiştir.⁴² Söz konusu hükme göre, birleşmenin gerçekleşmemesi halinde, bundan zarar gördüğünü ileri süren davacının, yöneticilerin bilerek yanlış açıklamalarda bulunduğunu kanıtlaması gerekir.⁴³ Dolayısıyla yukarıda

36 Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 46; Ignatyeva, Rauch and Wahrenburg (n 1) 65. Ayrıca birleşmeden sonraki iki yıl boyunca da hedef şirketlerin olumsuz bir gelişim gösterdiği kanıtlanmıştır, bkz. Ignatyeva, Rauch and Wahrenburg (n 1) 72.

37 Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 13; Kolb and Tykrová (n 35) 81; Dimitrova (n 1) 103; Altan ve Acar (n 2) s. 256.

38 Özellikle yabancı şirketlerin SPAC'ler aracılığıyla ABD'deki borsalara erişiminin kolaylaşması, bu yöntemi halka açılmadan çok daha çekici hale getirdiğine yönelik bkz. Vulcanovic (n 1) 690.

39 Söz konusu yatırımcı profiline ilişkin kriterler için bkz. BİST Kotasyon Yönergesi m. 11/1-b.

40 Kolb and Tykrová (n 35) 81; Berger (n 1) 68 ve 71-72; Vulcanovic (n 1) 680; Dimitrova (n 1) 103; Okutan Nilsson, 'Structure' (n 5) 255. Diğer taraftan ABD hukukunda Ocak 2019 ve Haziran 2020 yıllarını kapsayacak şekilde 47 SPAC üzerinde yapılan araştırma sonucunda, bir SPAC ile birleşerek halka açık şirket olmanın, geleneksel halka açılmaya kıyasla daha maliyetli olduğu da araştırmalarla tespit edilmiştir; ayrıntılı bilgi için bkz. Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 7-8.

41 Bkz. The Private Securities Litigation Reform Act (PSLRA), 15 U.S.C. §§ 77z-2, 78u-5.

42 Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 42-43; Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 5.

43 Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 13.

sayılan avantajların yanı sıra, birleşme amaçlı ortaklık ile birleşme, geleneksel halka arza nazaran daha tercih edilebilir bir yöntem haline gelmiştir.

2. BİRLEŞMEDE SÜREYE İLİŞKİN HUSUSLAR

SPAC uygulamasından farklı olarak,⁴⁴ Türk hukukunda birleşme amaçlı ortaklığın, birleşme süreye ilişkin bir üst sınır mevzuatta öngörülmemiştir. Bu konuya ilişkin tek düzenleme, BİST Kotasyon Yönergesi m. 24'te,⁴⁵ azami 24 ay sonunda veya izahnamede gösterilen süre sonunda hedef şirketle birleşmemişse, birleşme amaçlı ortaklıkların paylarının kottan çıkarılacağı şeklindedir. İzahnamede belirlenebilecek sürenin 24 aydan daha uzun olabileceği madde metninden anlaşıldığından, birleşme için bir üst sınırın olmadığı ve sürenin serbest bir şekilde belirlenebileceği kabul edilmelidir.⁴⁶

Birleşilecek hedef şirketin belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken en önemli hususlardan biri süredir. Birleşme ve hedef şirketin belirlenmesi için belirlenecek sürenin uzun tutulması, pay sahipleri nezdinde olumsuz bir kanının oluşmasına yol açabilir.⁴⁷ Normal şartlarda, halka arzdan hemen sonra fon toplayan birleşme amaçlı ortaklık, hedef şirket arayışlarına başlamaktadır.⁴⁸ Dolayısıyla hedef şirkete ve birleşmeye ilişkin duyurunun erken yapılmasının SPAC'lerin başarı şansı üzerinde olumlu bir etkisinin olduğu söylemek yanlış olmayacaktır.⁴⁹ İzahnamede belirlenen yatırım süresinin sonuna gelmesine rağmen birleşmenin henüz gerçekleşmemesi sonucunda oluşacak süre baskısı, kurucuların menfaatıyla pay sahiplerinin menfaatinin çatışmasına (*agency conflict*) yol açabilir.⁵⁰

44 NASDAQ Kotasyon Kurallarına göre, SPAC'lerin birleşmesi için öngörülen süre sınırı en fazla 36 aydır. Daha kısa süreler, şirketlerin izahnamelerinde belirtilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. NASDAQ Listing Rules, IM-5101-2: "Listing of Companies Whose Business Plan is to Complete One or More Acquisitions", <<https://listingcenter.nasdaq.com/rulebook/nasdaq/rules/Nasdaq%205100%20Series>> Erişim Tarihi 24 Mayıs 2021. Ayrıca uygulamada SPAC'lerin, 18 ila 36 ay arasında, en fazla 24 ay içinde birleşmeyi tamamladıkları görülmüştür, Dimitrova (n 1) 102; Saengchote (n 1) 1; Kolb and Tykvová (n 35) 84; Okutan Nilsson, 'Structure' (n 5) 254; Altan ve Acar (n 2) s. 253; Altaş (n 5) 21; bu hususta ayrıca bkz. SEC's Investor Bulletin, 10 December 2020, "What You Need to Know About SPACs – Period to consummate the initial business combination" <<https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-and-bulletins/what-you-need-know-about-spacs-investor-bulletin>>, Erişim Tarihi 24 Nisan 2021.

45 BİST A.Ş., 2015 tarihli Kotasyon Yönergesi, <<https://www.borsaistanbul.com/files/borsa-istanbul-kotasyon-yonergesi.pdf>>, Erişim Tarihi 23 Mayıs 2021.

46 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 74.

47 Dimitrova (n 1) 114; Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 60. ABD'de 2018 Ocak ile 2020 Aralık ayları arasındaki SPAC'ler üzerinde yapılan bir araştırmaya göre, hedef şirketin ve birleşmenin medyada duyurulması süresi, 2018 yılında 715 günden, 2020 yılının sonuna kadar 79 güne düşmüştür, bkz. Saengchote (n 1) 6.

48 Dimitrova (n 1) 102; bu arayışın ne kadar ciddi olabileceğine yönelik olarak "birleşme avı (*acquisition hunt*)" ifadesi kullanılmıştır, bkz. Berger (n 1) 70. Ayrıca ABD hukukundaki birleşmelerde hedef şirketin belirlenmesinde, SPAC'lerin 100'den fazla şirketi inceledikleri ve çok karmaşık sözleşmelerle birleşmeyi gerçekleştirdiklerine yönelik vaka incelemeleri (*case studies*) için bkz. Berger (n 1) 71-74. Bu arayışta bazı SPAC'lerin ayrıca başka bir kuruma para ödemek suretiyle hedef şirketi bulma işini profesyonel olarak yaptıkları, ancak bu durumun, kendi yetersizliklerine işaret etmesi ve ilgili kuruma ödenecek paranın *escrow* hesapta tutulan miktardan karşılanması sebebiyle negatif bir etkisi olduğu belirtilmiştir, bkz. Vulcanovic (n 1) 692.

49 Dimitrova (n 1) 112. Nitekim birleşmeden sonraki ticari hayatında başarısız olduğu tespit edilen SPAC'lerin birleşme duyurusunu, başarılı olanlara nazaran daha geç yaptıkları (bkz. Jenkinson and Sousa (n 5) 12-13) ve hedef şirketin belirlenmesi duyurusunu yapan SPAC'lerin yıllık ortalama %1,9 gelir artışı yaşadıkları (Ignatyeva, Rauch and Wahrenburg (n 1) 73) tespit edilmiştir.

50 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 59.

Hedef şirket belirlendikten sonra kamuya yapılan açıklama ve genel kurul toplantısı tarihleri arasındaki sürenin uzaması halinde, özellikle istikrarsız piyasalarda birleşmenin onaylanmaması riski artabilir.⁵¹ Belirlenen yatırım süresinin azalması, gerek kurucu payları gerek varantlarla büyük ölçüde finansal olarak şirketin başarısına bağlanan yöneticileri birleşmeyi ne pahasına olursa olsun gerçekleştirmeye iteceği için, birleşme amaçlı ortaklığı uzun dönemde çok büyük fayda sağlamayan bir hedef şirketle birleşmeye itebilir.⁵²

B. BİRLEŞMENİN GERÇEKLEŞMESİ VE ÖZEL DÜZENLEMELER

I. BİRLEŞME YÖNTEMİNİN BELİRLENMESİ

Birleşme amaçlı ortaklıkların, hedef şirketle hangi yöntemle birleşecekleri konusunda mevzuatta herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir.⁵³ ABD uygulamasında bu yöntem oldukça geniş tutularak herhangi bir ticari kombinasyon yeterli görülmüşken⁵⁴ Avrupa'da SPAC'ler, küçük çaplı birden fazla birleşme gerçekleştirmektedir.⁵⁵ Türk hukukunda ise, benzeri bir yaklaşımın benimsenmediği, Birleşme Tebliği'ndeki kullanımın, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 136 vd. hükümlerinde düzenlendiği şekliyle teknik bir birleşmeye işaret ettiği kabul edilmektedir.⁵⁶ Nitekim birleşilecek şirketin de halka açık olmayan bir şirket olma zorunluluğu ve bu ortaklıkların kabulünde model alınan SPAC'lerin, Türk hukuk mevzuatına '*özel amaçlı devralma şirketleri*' yerine '*birleşme amaçlı ortaklık*' şeklinde alınması, hedef şirketle birleşme yönteminin belirlenmesinde, özellikle teknik anlamda birleşmenin tercih edildiği görüşünü desteklemektedir. Türk sermaye piyasasında halka açılma oranlarının diğer ülkelere göre oldukça düşük olması, birleşme amaçlı ortaklıkla halka açılmayı teşvik etmek için bu tercih açısından haklı bir gereğe oluşturmaktadır.

Birleşme amaçlı ortaklığın hedef şirketle birleşmesi gerek yeni kuruluş şeklinde gerekse de devralma şeklinde birleşme olmak üzere iki yöntemle gerçekleşebilir. Bu kapsamda, ortaklığın, devralan veya devrolan şirket olması arasında mevzuatta bir ayırım yapılmamıştır. Birleşme amaçlı ortaklığın, birleşmede devrolan şirket olması durumunda devralan şirketin, hem birleşmeden önceki sermayesini temsil eden hem de ihraç edeceği yeni paylar için ihraç belgesi hazırlaması Birleşme Tebliği m.

51 Berger (n 1) 74; Kolb and Tykrová (n 35) 84; yine de istikrarsız piyasalardaki hedef şirketlerin, geleneksel halka açılmadansa, bir SPAC ile halka açılmayı tercih ettiklerine yönelik olarak bkz. Kolb and Tykrová (n 35) 88.

52 Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 20; Dimitrova (n 1) 99; Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 1; Paul&Weiss, Client Memorandum, 17 March 2021, "What SPAC Sponsors, Directors and Officers Can Do to Mitigate Their Litigation Exposure" <<https://www.paulweiss.com/practices/litigation/securities-litigation/publications/what-spac-sponsors-directors-and-officers-can-do-to-mitigate-their-litigation-exposure?id=39540>> Erişim Tarihi 26.06.2021, s. 2-3; hatta en çok bu hususta davaların açıldığına yönelik bkz. s. 7; Okutan Nilsson, 'Structure' (n 5) 264.

53 Manavgat (n 4) 582.

54 Jenkinson and Sousa (n 5) 6; bu noktada, birleşme, karşılıklı iştirak, bir malvarlığının alınması, hisse alım-satımı, yeniden organizasyon, bir veya birden fazla operasyonel işletme veya malvarlığı ile benzeri bir ticari kombinasyon kabul edilmektedir, bkz. NYSE Listing Standards, Section 1, 102.06 – Minimum Numerical Standards – Acquisition Companies: "...a business combination in the form of a merger, capital stock exchange, asset acquisition, stock purchase, reorganization, or similar business combination with one or more operating businesses or assets".

55 İgnatyeva, Rauch and Wahrenburg (n 1) 65.

56 Okutan Nilsson, 'Structure' (n 5) 255-256; Aslan (n 12) 86. Bizim de katıldığımız görüşünde yazar, bu tercihin sebebinin, şirketleri halka açılmaya teşvik edilmek istenmesi olabileceğini belirtmektedir, bkz. Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 79.

20/2-a uyarınca zorunludur. Bu haliyle halka açık olmasa dahi devralan şirket konumundaki hedef şirketin, sermayesine ilişkin gerekli kamuyu aydınlatmayı yapması ve paylarının SPKn kapsamına alınması sağlanmaktadır. Ancak birleşmeden sonra oluşan şirketin paylarının doğrudan borsaya kote olmasının önüne geçilmiştir⁵⁷ ve Kotasyon Yönergesi m. 40/3 uyarınca birleşme sonrası şirketin SPKn kapsamından çıkma şartlarını sağlamaması gerektiği belirtilmiştir.

Birleşme amaçlı ortaklıkların hedef şirketle birleşmesine ilişkin, Birleşme Tebliği m. 12/4 ve 5 hükümleri de uygulama alanı bulmaz. Bu haliyle birleşme amaçlı ortaklıklar, gerek kendi sermayesini %100 arttırarak kendinden en az iki kat daha büyük bir şirketle devralma şeklinde birleşebileceği gibi, yeni kuruluş şeklinde birleşmede bu ortaklıkların kendi pay sahiplerinin yeni şirkette azınlık olmasına yol açacak birleşmelere de katılması mümkündür.

2. BİRLEŞMENİN GENEL KURUL ONAYINA SUNULMASI

A. BİRLEŞME HAZIRLIKLARI

Hedef şirket belirlendikten sonra bu durum, Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPKr) özel durum açıklamalarına ilişkin düzenlemeleri doğrultusunda kamuya açıklanmalıdır.⁵⁸ Yapılan kamuyu aydınlatmadan sonra, kural olarak birleşme amaçlı ortaklığın genel kurulunda birleşmenin onaylanması gereklidir.⁵⁹ Bunun için, taraf şirketlerin yönetim organlarının aldıkları kararın kamuya açıklanmasının ardından, finansal tabloların bağımsız denetimden geçirilmesi ve birleşmede değişim oranlarının tespiti açısından bir uzman kuruluş raporunun alınması gerekir. Ayrıca pay sahiplerinin bilgilendirilmesine yönelik bir birleşme raporunun hazırlanması ile gerekirse esas sözleşme değişikliklerine ilişkin bir taslağın hazırlanması söz konusu olacaktır. Birleşme Tebliği m. 5 uyarınca pay sahiplerine yönelik hazırlanacak duyuru metninin de SPKr tarafından onaylanması ve kamuya açıklanması gerekir. Genel kurul toplantı tarihinden en az otuz gün önce, Birleşme Tebliği m. 8/2'de öngörülen birleşme belgeleri pay sahiplerinin incelemesine açılacaktır.⁶⁰

Birleşme amaçlı ortaklık yönetim kurulu ile hedef şirketin yönetim kurulu, birleşme görüşmeleri sırasında *due diligence* incelemesi yapmaları ve birleşme hususunda prensipte anlaşmaları halinde de niyet mektubu (*letter of intent*) vermeleri gerekecektir.⁶¹ Bu aşamada birleşmeye yönelik hedef

57 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 182.

58 Avrupa'daki SPAC'ler açısından yoğun bir düzenleme olmadığı için uygulamada bu noktada prosedürel farklılıklar da göze çarpmaktadır. Yapılan bir araştırmaya göre, bazı SPAC'lerin pay sahiplerinin birleşme hakkında oy kullanmasına izin verilmemişken bazı SPAC'ler ise birleşmeyi veya hedef şirketi kamuya açıklamamıştır, ayrıntılı bilgi için bkz. Ignatyeva, Rauch and Wahrenburg (n 1) 71.

59 Birleşmeye ilişkin prosedür ve TTK m. 136 vd. düzenlemeleri doğrultusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 167-188.

60 ABD hukukunda, yapılan bir araştırmaya göre, SPAC'lerin ortalama 362 gün önceden satın alma duyurusu yaptıkları ve bu duyurudan sonraki 300 güne kadar birleşme işlemini tamamladıkları tespit edilmiştir, bkz. Jenkinson and Sousa (n 5) 12-13. Birleşme duyurusundan sonraki ortalama 204 güne kadar işlemin tamamlandığına ilişkin çalışma için ayrıca bkz. Vulanovic (n 1) 686 vd.

61 Niyet mektubu, birleşme sonucunda ortaya çıkacak yapıya ilişkin bilgilerin ana hatlarıyla ortaya koyulduğu ve *due diligence* yapıldıktan sonra aradaki görüşmelerin resmîyet kazandığı aşamada yazılı bir belgedir ve hukuken bu mektup icaba davet olarak nitelendirilir, bkz. Hüsnü Turanlı, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi*

şirketin ödemesi gereken aracılık ücreti doğrudan gider olarak karşımıza çıkmakta iken, aynı zamanda birleşmede ödenmesi gereken ve aşağıda ayrıntıları incelenen dolaylı bir gider kalemi olarak payların sulanması⁶² söz konusudur.

Niyet mektubu veya ön anlaşma gibi herhangi bir belgenin kamuya açıklanmasından karar gününe kadar geçen süre içinde, birleşme amaçlı ortaklığın paylarının piyasa fiyatındaki değişiklikler, yatırımcının birleşmeye yönelik değerlendirmesi hakkında fikir edinilmesini sağlar.⁶³ Ancak pay fiyatları, birleşme kararından memnun kalınmaması da dahil her halde, payı satıp çıkma imkanından dolayı emanet hesapta tutulan pay başı miktarın altına düşmemelidir; aksi halde piyasanın birleşmeye olumsuz baktığı sonucu çıkabilir. Aynı zamanda, ABD hukukunda genel kurul toplantısından önce SPAC'in paylarının bloklar halinde satın alınması ya da kurucuların hedef şirketteki yatırımcılar veya başka ilgililer aracılığıyla kurumsal yatırımcılardan olumlu oyu satın almaya çalışması da birleşmenin SPAC açısından artı bir değer getirmediği ve dolayısıyla birleşmeden sonra SPAC'in başarısız olacağı yorumunu yansıtabilir.⁶⁴ Nitekim öğretilerde bu durumdaki şirketler, kötü SPAC'ler (*bad SPACs*) olarak adlandırılmıştır.⁶⁵

Birleşme amaçlı ortaklığın kurucuları, bu iş için herhangi bir ücret almayıp tamamen halka arzdan önce nominal değerden edindikleri %20'lik paylarının, ortaklığın hisselerinin özellikle birleşme sonrasında değerlendirileceği beklentisiyle çalışmaktadırlar.⁶⁶ Dolayısıyla yöneticiler, birleşme amaçlı ortaklığın bu birleşmeyi tamamlayarak başarıya ulaşmasını istemekte ve bu noktada yöneticilerle pay sahiplerinin menfaatleri örtüşmektedir. Bu husus, TTK m. 393'te düzenlenen yönetim kurulu toplantılarında müzakereye katılma yasağının burada da uygulanıp uygulanmayacağını akla getirebilecektir. Birleşme amaçlı ortaklığın menfaati ile bu ortaklığa ciddi anlamda finansal geleceği bağlı olan yöneticilerin, izahnamede belirlenen yatırım süresinin sonuna yaklaşılmasıyla menfaatlerinin çatışması haline özel olarak TTK m. 393 hükmünün uygulanabilirliğinin tartışılması gerekir. Nitekim burada kanun metninde bahsedilen şirket ve yönetici arasındaki menfaat çatışması,

(Orion, 2014), 102 – 104.

62 Bkz. aşa. "Paylarda Sulanma Etkisi" başlığı altındaki açıklamalar.

63 Jenkinson and Sousa (n 5) 8-9. Piyasadaki tepkiler, bunun da ötesinde şirketin geleceğinin nasıl olacağına dair bir tür gösterge niteliği taşımaktadır ve yatırımcılar genel kurulda oylarını kullanmadan önce birleşme duyurusunun ardından piyasadaki fiyatların tepkisini gözlemlemelidir, Jenkinson and Sousa (n 5) 21.

64 Berger (n 1) 74-75; Jenkinson and Sousa (n 5) 16; Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) s. 16; Dimitrova (n 1) 113 vd. Kurucuların gelirlerinin %34'ünü diğer yatırımcıların geri alım yapmaması veya daha fazla yatırım yapması amacıyla kullandığı tespit edilmiştir, Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 5. Diğer taraftan, hedef şirketteki pay sahiplerinin SPAC hisselerini satın alması da aynı sonuca ulaşmasını sağlayacaktır, ancak her ne şekilde olursa olsun SEC bilgileri kapsamında, söz konusu yöntemlere, genel kurul karar toplantılarından önce başvurulmaktadır, Jenkinson and Sousa (n 5) 16-17.

65 Bkz. Jenkinson and Sousa (n 5) 9, 12 ve 21; Dimitrova (n 1) 108.

66 Jenkinson and Sousa (n 5) 6; Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 20; Kolb and Tykvová (n 35) 83-84; Dimitrova (n 1) 102; Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 1; Okutan Nilsson, 'Structure' (n 5) 255 ve 263. Diğer taraftan birleşme amaçlı ortaklığın, halka arz esnasında ihraç ettiği ortaklık varantlarından (*warrants*) da satın alarak ortaklığın başarısına ciddi ölçüde finansal açıdan bağlanmaktadır. Yapılan çalışmalar, halka arz esnasında sponsorların daha fazla varant satın almasının, onların ortaklığa daha çok bağlandığı, güvendiği anlamına geldiğinden birleşmenin başarısına olumlu etkisi olduğu göstermiştir, Vulcanovic (n 1) 695.

özellikle yatırım süresinin sonunda doğmaktadır.⁶⁷ Birleşme işleminin öncelikle yönetim kurulunda görüşülüp karara bağlanması ve sonrasında hedef şirket yönetim kurulu ile bir birleşme sözleşmesinin imzalanması gerekeceğinden, kanundaki yasağın uygulanacağı kabul edilirse birleşmenin görüşüldüğü yönetim kurulu toplantısına hiçbir üyenin katılmaması durumu doğabilir. Ancak ABD uygulamasında kurucular bu sebeple, ellerindeki kurucu payları açısından pay sahiplerine birleşmenin görüşüldüğü genel kurul toplantısında birleşmeye olumlu oy kullanacakları veya en azından çoğunluğun kararına göre oy kullanacaklarına yönelik oy sözleşmesi yapmaktadır.⁶⁸

İzahnamede belirlenen süre sonunda, birleşme amaçlı ortaklık, ya hedef şirketle birleşerek faaliyete başlayacaktır ya da bu birleşme gerçekleşmezse, yatırımcılara halka arzdan toplanan gelirler iade edilerek ortaklık tasfiyeye girecektir. Birinci ihtimalde, birleşme işlemi tamamlanana kadar birleşme amaçlı ortaklığın pay sahiplerine herhangi bir temettü dağıtımı yapılmaz.⁶⁹ Ayrıca bu ortaklığın birleşme gerçekleşene kadar herhangi bir aşamada tasfiye edilme riski mevcuttur; dolayısıyla bu risklerin izahnamede, yeteri kadar sayıda pay sahibinin genel kurulda birleşmeye olumlu oy kullanmaması durumunda birleşmenin gerçekleşmeyebileceğine ilişkin bir uyarı şeklinde yer alması gerekir.⁷⁰ İkinci ihtimalde, birleşmenin gerçekleşmemesi ve ortaklığın tasfiyeye girmesi durumunda borsa fiyatı esas alınarak tasfiye işlemleri halledilebilir. Ancak emanet hesapta tutulan ve birleşme amacına özgülünen tutarın sadece para piyasalarında değerlendirilerek gönüllü geri alım programına ayrılması sebebiyle,⁷¹ bu ihtimalin düşük olduğunu söyleyebiliriz.

B. GENEL KURUL ONAYI

Birleşme amaçlı ortaklığın genel kurulunda, hedef şirket ve birleşme işlemi onaylanırsa, artık birleşmenin gerçekleşmesine bir engel bulunmamaktadır. Şüphesiz birleşmeye yeteri sayıda pay sahibinin olumlu oy vermesi gerekecektir, aksi halde birleşmenin gerçekleşmeme riski doğabilir. Böyle bir riskin bulunmadığı hallerde, TTK m. 136 vd. hükümlerinin uygulanması sonucu, genel kurul kararının tescil ve ilan edilmesiyle birleşme gerçekleşir. Birleşme amaçlı ortaklığın, birleşmeyi tamamlaması halinde artık diğer borsa şirketleri gibi işlem görmeye başlayacağı⁷² ve piyasa değerinin şirketin faaliyetlerine bağlı olarak değişebileceği unutulmamalıdır.⁷³

67 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 60-61.

68 Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 15-16. Ayrıca bkz. Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 61 ve 197.

69 Altaş (n 5) 21.

70 Bu hususa ilişkin bkz. aşağıda. "Birleşmenin Gerçekleşmemesi" başlığı altındaki açıklamalar.

71 Jenkinson and Sousa (n 5) 8-9; Altaş (n 5) 20 ve 21. Ancak bu şirketlerin pay fiyatlarının, emanet hesaptaki pay başına düşen tutarın altında olduğu hallerde dahi, yatırımcının bir birleşmeyi onaylaması sonucunda başarılı olmaması ihtimali yüksektir ve yine de bu halde, yatırımcının toplantıda birleşmeden yana olumlu oy kullandığı ve kötü durumdaki SPAC'lerin dahi kolay kolay tasfiyeye girmedikleri belirlenmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. Jenkinson and Sousa (n 5) 19.

72 Coates (n 13); Okutan Nilsson, 'Structure' (n 5) 256.

73 ABD hukukunda, SPAC'lerin, birleşmeden sonra ticari hayatlarında başarılı olup olmadıkları üzerinde yapılan araştırmaya göre, birleşme sonrası başarı oranının yalnızca %42 civarında kaldığı tespit edilmiştir; söz konusu çalışma ve ilgili sonuçlar için bkz. Vulcanovic (n 1) 692 vd.

Halka açık anonim şirket statüsünde olan birleşme amaçlı ortaklık açısından birleşme, SPKn m. 23/1-a ve Önemli Nitelikteki İşlem Tebliği m. 5/1-a uyarınca önemli nitelikteki işlem mahiyetindedir. Bu kapsamda, önemli nitelikteki işleme yönelik alınacak gerekçeli yönetim kurulu kararı ile bağımsız yönetim kurulu üyelerinin oylarının kamuya açıklanması gerekir. Ayrıca birleşmenin, önemli nitelikte işlem olmasının gereği, genel kurulda onaylanması için SPKn m. 29 ve Önemli Nitelikteki İşlemler Tebliği m. 7/1 uyarınca nitelikli nisaplar öngörülmüştür. Bir işlemin, önemli nitelikteki işlem olmasının pay sahibi açısından şüphesiz en önemli sonucu; pay sahibinin ayrılma hakkına sahip olmasıdır. Ancak Önemli Nitelikteki İşlemler Tebliği m. 12/1-i uyarınca birleşme amaçlı ortaklığın taraf olduğu birleşme işlemlerinde ayrılma hakkının doğmayacağı açıkça öngörülmüştür. Bu kapsamda aşağıda inceleneceği üzere birleşme amaçlı ortaklık, birleşme işleminin görüşüleceği genel kurul toplantısında birleşmeye olumsuz oy veren pay sahibinin talebi üzerine, gönüllü geri alım işlemini uygulamalıdır.

Bir birleşme işleminin, halka açık anonim şirketin yönetim kontrolünün değişmesini sağlayacak şekilde yapılması karşısında, kural olarak kontrolü ele geçirecek oranda pay iktisap edenlerin, azınlıkta kalan diğer pay sahiplerine yönelik olarak zorunlu pay alım teklifinde bulunmaları da gerekir. Ancak birleşme amaçlı ortaklığın devralan sıfatıyla taraf olduğu birleşmelerde, Pay Alım Teklifi Tebliği m. 18/1-d uyarınca,⁷⁴ SPK'ın bu yükümlülükten muafiyete karar verebilir. Nitekim birleşme amaçlı ortaklığın amacı, yönetim kontrolünün değişmesini sağlamaktır⁷⁵ ve bu ortaklığın pay sahiplerine yönelik başka bazı koruyucu mekanizmalar halihazırda mevzuatta öngörülmüştür. Ancak bu Tebliğ'de birleşme amaçlı ortaklığın devralan sıfatıyla birleşmeye katılmasına yapılan vurgu bazı tartışmaları beraberinde getirirse de zorunlu pay alım teklifi muafiyeti açısından birleşme amaçlı ortaklığın, birleşmenin hangi tarafında olduğunun önem taşıması gerekir.⁷⁶ Dolayısıyla Önemli Nitelikteki İşlemler Tebliği m. 16/1-d hükmünde olduğu gibi birleşme amaçlı ortaklığın birleşme işlemine katılması, zorunlu pay alım teklifi muafiyet hali için yeterli görülmelidir.

Birleşmenin görüşüleceği genel kurul toplantısında, birleşmenin gerçekleşmesinde çok büyük menfaatleri olan ve pay sahibi sıfatını haiz yöneticilerin de oy kullanabileceğini söylemek gerekir.⁷⁷ Nitekim TTK m. 436 uyarınca oydan yoksunluk hali, sadece pay sahibi ve ilgili kişiler ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işlemin görüşülmesi durumunda ortaya çıkar. Ancak birleşme amaçlı ortaklığın hedef şirketle birleşme işleminin görüşülmesi, pay sahibi sıfatına sahip yönetici açısından kişisel nitelikteki bir iş olmamasından dolayı oydan yoksunluk halini oluşturmayacaktır.⁷⁸

Bir borsa şirketiyle halka açık olmayan bir şirketin birleşmesi halinde, kapalı tip şirketin ortaklarının ellerindeki paylarını altı aylık bir süreyle borsada satmaları Birleşme Tebliği m. 13/6 uyarınca

74 Seri: II, No: 26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği, RG 23.01.2014/28891.

75 Aynı görüşte bkz. Altan ve Acar (n 2) s. 268.

76 Aynı doğrultuda bkz. Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 192; Aslan (n 12) 91-92.

77 Türk sermaye piyasası hukukunda oydan yoksun pay kavramı ortadan kalkmış ve sadece oy hakkını haiz paylar açısından bu hakkın kullanılmadığı bazı oydan yoksunluk halleri benimsenmiştir. Ancak ABD hukukunda SPAC'lerdeki sponsor payına sahip yöneticiler, genellikle B Grubu paylara sahiptir ve bu grubun özelliği gereği oy hakkına da sahip değildir, Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 1.

78 Bu doğrultuda bkz. Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 197.

yasaklanmıştır ve sonrasında da bu paylar için kademeli satış mümkün olacaktır. Ancak bu kısıtlama, aynı maddenin 8. fıkrası hükmü sebebiyle birleşme amaçlı ortaklıklar için uygulanmayacaktır. Dolayısıyla hedef şirket pay sahipleri, birleşme sonrasında paylarını istedikleri gibi borsada satabilecektir. Nitekim ABD hukukunda, birleşmeden önce şirkette pay sahibi olan kurumsal yatırımcıların, birleşmeden sonra tamamen şirketten çıktığını ve yerini yeni kurumsal yatırımcılara bıraktığı tespit edilmiştir.⁷⁹ Bu noktada satışın hangi fiyat üzerinden yapılmasının bekleneceği düşünülebilir. ABD hukukunda, halka arzdan sonra SPAC'lerin payları, ilk halka arz fiyatı olarak en fazla 10 Dolar⁸⁰ ile oldukça yakın seviyede işlem görürken, 2020 yılının ikinci yarısında özellikle hedef şirketin elektronik aletlerle ilgili alanda faaliyet gösterdiği hallerde, birleşmenin açıklanması sonucunda SPAC'lerin paylarının değerinin önemli şekilde arttığı tespit edilmiştir.⁸¹ Yine de yapılan araştırmalar, bir SPAC'in birleşme sonrası ticari hayatına devam edebilmesi ihtimalinin beklenilenden daha az olduğunu göstermektedir.⁸² ABD hukukunda kendinden en az iki kat daha küçük ölçüde olan şirketlerle birleşmeye çalışan SPAC'lerin çok büyük bir oranının birleşmenin genel kurullarında onaylanmasında başarısız oldukları görülmüştür.⁸³

C. PAYLARDA SULANMA ETKİSİ

Genel kurulda birleşme işlemi onaylandıktan sonra, birleşme amaçlı ortaklık, paylarında sulanma etkisi (*dilution effect*) ile karşılaşılabilecektir. Özellikle halka açık anonim şirketin, birleşme oranının halka açık olmayan bir şirket lehine olduğu hallerde iki şirketin birleşmesinde, bu etki görülebilecektir.⁸⁴ Birleşmenin gerçekleşmesiyle, birleşme amaçlı ortaklığın kurucularının halka

79 İgnatyeva, Rauch and Wahrenburg (n 1) 67; Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 16. Bu durumun da farklı tür yatırımcı gruplarının, SPAC'in farklı yaşam döngüsü aşamasına ilgi duyuyor olabileceğini gösterdiğine yönelik olarak bkz. İgnatyeva, Rauch and Wahrenburg (n 1) 68.

80 Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 1; Okutan Nilsson, 'Structure' (n 5) 254; Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 3. Sulanma etkisi dolayısıyla bu fiyat, yapılan bir araştırmaya göre birleşme duyurusun tarihinde ortalama 8 Dolar (bkz. Vulanovic (n 1) 686), birleşme sırasında da 6.67 Dolar olmaktadır (Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 57).

81 Saengchote (n 1) 5, nitekim yazar burada SPAC paylarının yanlış değerlendirildiğini (*mispricing*) belirtmektedir, bkz. Saengchote (n 1) 7-8. ABD'deki bir borsaya kote olmak istedikleri için daha iyi hazırlanmaları sebebiyle Çin menşeli bir şirketle birleşen SPAC'lerin ise daha başarılı olduğuna yönelik olarak bkz. Dimic, Lawrence and Vulanovic (n 5) 11. Diğer bir araştırmaya göre ise, Avrupa'daki SPAC'lerin birleşme için hedef şirketlerini enerji sektöründen seçtikleri tespit edilmiştir, İgnatyeva, Rauch and Wahrenburg (n 1) 69.

82 Vulanovic (n 1) 682; hatta bu performans düşüklüğünün, tahmin edilenden çok daha kötü olduğuna yönelik olarak bkz. Dimitrova (n 1) 108. SPAC'lerin geleneksel halka arzla halka açılan şirketlere nazaran çok daha kötü bir performans gösterdikleri araştırmalarla tespit edilmiş ve hatta kötü performans gösteren şirketlerin daha çok SPAC'lerin dikkatini çektikleri için birleşmeden sonra hedef şirketler açısından "kurbağanın prene dönüşmediği (*forgs turned prince scenario does not apply*)" şeklindeki metaforla bu husus vurgulanmıştır, bkz. Kolb and Tykvová (n 35) 82 ve 93.

83 Berger (n 1) 74. Diğer taraftan, ABD hukukunda SPAC'lerin, çoğunlukla tek başına halka açılmayacak küçük firmalara bu fırsatı tanıdığı da belirtilmiştir, bkz. Kolb and Tykvová (n 35) 82 vd.

84 Manavgat (n 4) 583. Ayrıca ABD hukukunda payların halka arzında aracı kuruma ödenecek ücrette de bu etkinin görüldüğünden bahsedilmektedir. Şöyle ki, birçok SPAC'in paylarının birçoğu geri alıma konu edildiğinden, tüm payların halka arzı için en başta %5,5 olan aracılık ücreti, geri alımdan sonra SPAC'te kalan örneğin %50 olan paylara oranlarsak %11'e çıkmaktadır. Bu durum da aracılık ücretinde geri alımın olmaması sebebiyle, aracı kurumun kazancının birleşmeden sonra sulanma etkisi sebebiyle oransal olarak arttığını göstermektedir, ayrıntılı bilgi için bkz. Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 21-22; diğer taraftan da bazı durumlarda halka arz aracılığına ilişkin ücretin tamamının, SPAC'in ancak başarılı bir şekilde hedef şirketle öngörülen bir yöntem kapsamında birleşmiş olması şartıyla ödeneceği

arzdan önce sahip oldukları %20'lik kurucu paylarının, halka arzdan sonra tabana yayılan sermaye karşısında değerlendirilmiş olması, bunun örneklerindedir.⁸⁵

Birleşme amaçlı ortaklığın paylarında meydana gelebilecek sulanma etkisinin bazı şekillerde görülebilmesi mümkündür. Örneğin birleşme sırasında birleşme amaçlı ortaklığın hedef şirkete sağlayacağı fonun miktarında ve ikinci olarak da birleşmede hedef şirketteki paylar için arttırılan sermaye ve birleşme amaçlı ortaklıkta, gönüllü geri alımdan sonra kalan payların fiyatında sulanma mümkündür.⁸⁶ Dolayısıyla bir taraftan halka arzdan pay satın alan birleşme amaçlı ortaklığın pay sahipleri, hedef şirketin pay sahipleri ve kurucuların bu sulanmadan daha kârlı çıkmakta; ancak diğer taraftan bu sulanmanın bedelini nihai olarak, birleşme sonrasında hala birleşme amaçlı ortaklık paylarını elinde bulunduran pay sahipleri ödemektedir.⁸⁷

Sulanma etkisi benzer şekilde, birleşmenin gerçekleşmesi sonucunda ortaklık varantlarının kullanılabilir hale gelmesi ile de görülebilecektir.⁸⁸ Halka arz esnasında birleşme amaçlı ortaklıklar, ancak birleşmeden sonra kullanılabilir şekilde⁸⁹ ortaklık varantları ihraç etmektedir. Buna göre birleşme amaçlı ortaklığın esas sözleşmesinde yer alan bir hüküm sayesinde, şirketin halka arz edilen paylarından tamamen bağımsız olarak sahibine, satın alma opsiyonu sunan bir sermaye piyasası aracıdır.⁹⁰ Bu varantların kullanılması da piyasada birleşme amaçlı ortaklığın paylarının değerinin düşmesine yol açacaktır.

Ç. KOLAYLAŞTIRILMIŞ BİRLEŞME

Kural olarak birleşmenin, kolaylaştırılmış usulde yapılması halinde, Birleşme Tebliği m. 13/2 uyarınca birleşme sözleşmesinin genel kurulda pay sahiplerinin onayına sunulmasına gerek kalmayacaktır. Bunun yanı sıra Önemli Nitelikteki İşlemler Tebliği m. 15/1-ç uyarınca kolaylaştırılmış birleşme durumunda ayrılma hakkı tanınmamakta, onun yerine zorunlu pay alım teklifinin yapılması öngörülmektedir. Nitekim kolaylaştırılmış birleşmede, ayrılma hakkının uygulanma şartları fiilen ortadan kalkmış olmaktadır.⁹¹ Buna göre, ayrılma hakkını kullanan pay sahibi, payını şirkete satıp şirketten çıkabileceksen, zorunlu pay alım teklifinde, pay sahibi payını, teklifi yapan pay sahibine satmaktadır.

kararlaştırıldığından, bu birleşmenin gerçekleşmesinde aracı kurumların da menfaati bulunmaktadır, Dimitrova (n 1) 102.

85 Jenkinson and Sousa (n 5) 8 vd.; Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 18; Kolb and Tykvová (n 35) 81; Ignatyeva, Rauch and Wahrenburg (n 1) 74; Okutan Nilsson, 'Structure' (n 5) 268-269.

86 Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 19.

87 Bu sebeptir ki, ABD'de SPAC'lerin hala çekici bir yatırım olduğu inancının hakim olduğu düşünülmektedir, Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 39-40.

88 Okutan Nilsson, 'Structure' (n 5) 269; Ignatyeva, Rauch and Wahrenburg (n 1) 74; hatta gönüllü geri alım sebebiyle bu işlemin ardından da şirkete kalan paylarda bir sulanma etkisinin görüleceğine ilişkin bkz. Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 18-19.

89 Söz konusu varantlar (warrants), ABD hukukunda birleşmeden sonraki 5 yıl sonra vadeli olarak ve 11.50 \$ üzerinden satılmaktadır, Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 1.

90 Ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku* (2. Baskı, Adalet, 2018) 200-201.

91 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 183-184.

Bu noktada tartışılması gereken husus, birleşmenin genel kurul onayına sunulmadığı kolaylaştırılmış usulde birleşmelerde, pay sahiplerinin birleşme işlemine onay vermeyerek paylarını şirkete satarak ayrılma haklarını nasıl kullanacaklarıdır. Birleşme amaçlı ortaklıklara ilişkin var olan düzenlemeler, birleşme kararının genel kurul onayından geçeceği üzerine kurgulandığından, kolaylaştırılmış birleşme dahi yapılsa, birleşme sözleşmesinin genel kurulda onaylanması gerektiği doktrinde belirtilmiştir.⁹² Ancak kolaylaştırılmış birleşmede amaç, sürecin hızlı ilerlemesi ve birleşme amacı ortaklığın, hali hazırda hedef şirketin %95'inden fazlasına sahip hakim şirket statüsünü kullanması olduğu için, birleşme kararını tekrar genel kurul onayına sunmak, zaman, emek ve kaynak kaybına neden olabilecektir. Dolayısıyla kanaatimizce, pay sahibinin yönetim kuruluna başvurması suretiyle birleşmeye karşı olduğunu bir şekilde ispatlaması, gönüllü geri alım işleminin uygulanması için yeterli olmalıdır, ki bu uygulama birleşme amaçlı ortaklık yapısına ve yatırımcının korunması ilkesine daha uygundur.⁹³

C. BİRLEŞMENİN GERÇEKLEŞMEMESİ

Birleşme amaçlı ortaklığın halka arz esnasında izahnamesinde açıkladığı süre içinde birleşmenin herhangi bir sebeple gerçekleşmemesi durumunda, varantların bir değeri kalmayacak⁹⁴ ve halka arz gelirlerinin en az %90'ının depo edildiği hesapta var olan miktarın kurucular dışındaki pay sahiplerine iadesi söz konusu olacaktır. Şirketin tasfiyesi ile yapılacak söz konusu iade, paylar itfa edilerek sermayenin azaltılması yoluyla oransallık ilkesine göre gerçekleştirilebilir.⁹⁵

Hedef şirketin açıklanmasını müteakip genel kurulda birleşme kararının oylanması tarihinde yeteri sayıda pay sahibinin (*conversion threshold*) birleşme için olumlu oy kullanmaması halinde birleşme gerçekleşemeyebilir.⁹⁶ Dolayısıyla ABD hukukunda SPAC'ler, izahnamesinde açıklayacağı gönüllü geri alım programında, gönüllü geri alıma konu edilebilecek payların oranına ilişkin, %10'dan az olmamak üzere bir sınır belirlemek hakkını haizdir.⁹⁷ Ancak Türk hukukunda bu yönde bir sınır getirebilme imkanının Birleşme Tebliği'nde verilen tanımda yer almaması, düzenlemenin amacının geri alım sınırının belirlenmesine izin verilmediği yönündeki kanaati güçlendirmiştir.⁹⁸ Ancak geri alım programı uygulanırken TTK m. 480/3'te emredici nitelikte düzenlenen sermayenin iadesi yasağı

92 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 196.

93 ABD hukukunda özellikle, önceden genel kurul toplantısının yapılmasını zorunlu tutan hüküm 2009-2010 yılında değiştirilmiş ve artık şirketlerin, genel kurul toplantısının yapılması yerine, genel bir pay alım teklifi yapılması ile yatırımcıya şirketten çıkma imkanının verilmesi yeterli görülmeye başlanmıştır, bkz. Kolb and Tykvová (n 35) s. 91. Bu uygulamanın Türk hukukunda da kabul edilmesinin, birleşme amaçlı ortaklık yatırımcısının menfaatlerini korumaya daha çok hizmet ettiği belirtilmiştir, bkz. Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 195-196.

94 Dimitrova (n 1) 102.

95 Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 2; Manavgat (n 4) 585; Altaş (n 5) 23.

96 Okutan Nilsson, 'Structure' (n 5) 258. Hangi sayının, birleşmenin gerçekleşmesini engelleyecek kadar fazla olduğu ise birleşme amaçlı ortaklığın sermayesine göre belirlenecektir. Bu oran, genel olarak ABD hukukunda %30-40 olarak belirtilmektedir, Berger (n 1) 71; söz konusu oranın %20 olduğuna yönelik bkz. Jenkinson and Sousa (n 5) 8; Dimitrova (n 1) 103.

97 Benzer ifadelerin kullanıldığı ilgili mevzuat için bkz. NASDAQ Listing Rules, IM-5101-2 (2)(d) ve NYSE Listed Company Manual, 102.06 (4)(b). Bu hükümlere 'bulldog provisions' adı verilmektedir, bkz. Okutan Nilsson, 'Structure' (n 5) 259.

98 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 209.

da ihlal edilmek suretiyle şirketin sonunu getirme durumu ortaya çıkmamalıdır. Geri alım işleminde kullanılacak tutarın, geri almaya tabi tutulacak payların fazlalığı nedeniyle yüksek olması halinde, şirketin geri alımdan sonra tasfiyesi söz konusu olmayacak ise, bu tutarın şirketin sermayesinden karşılanmaması gerekir.⁹⁹ Şirketin tasfiyeye başlaması halinde, şüphesiz birleşme amaçlı ortaklığın piyasa değeri düşecektir.¹⁰⁰

ABD hukukunda SPAC pay sahiplerinin belirli bir oranının şirketten ayrılması imkânı olmasına rağmen, diğer taraftan bu durumda, SPAC'ın malvarlığının belirli bir tutarın altına inmesi şartıyla, hedef şirkete birleşme sözleşmesini fesih imkânı tanınmaktadır.¹⁰¹ Benzer bir hak, Türk hukukunda da birleşme sözleşmesine bu yönde bir hüküm koyulmak suretiyle hedef şirkete tanınabilir.¹⁰²

Ç. GÖNÜLLÜ GERİ ALIM İŞLEMİ

I. DAYANAĞI

Birleşmenin, önemli nitelikteki işlemlerden olması sebebiyle, pay sahipleri kural olarak SPK'n m. 24 uyarınca ayrılma hakkının kullanımı ile korunmuştur. Benzer doğrultuda birleşme amaçlı ortaklıklar açısından, ayrılma hakkı yerine, birleşmenin onaya sunulduğu genel kurul toplantısında birleşmeye olumsuz oy veren pay sahiplerinin şirkete paylarını satın çıkma hakkı (*conversion or redemption right*) bulunmaktadır. Bu durumda şirket, kendisi açısından zorunlu¹⁰³ ama pay sahibi açısından gönüllülük esasına dayalı gönüllü geri alım programı¹⁰⁴ kapsamında geri alım gerçekleştirmek zorundadır; ancak söz konusu alımlara Geri Alınan Paylar Tebliği hükümleri uygulanmayacaktır.¹⁰⁵

Geri Alınan Paylar Tebliği m. 4/1-g hükmündeki tanımdan da açıkça anlaşılacağı üzere, gönüllü geri alım programının izahnamede esas ve usullerinin belirtilerek düzenleneceği açıktır. Bu durumda izahnamenin onaylanması müessesesi ile gönüllü geri alım esaslarının SPK'r gözetim ve denetimine tabi olacağını düşünmek sermaye piyasası hukuku düzenlemelerine ilk bakışta daha uygun

99 Bu noktada Okutan Nilsson, Geri Alınan Paylar Tebliği hükümleri birleşme amaçlı ortaklıkların yaptığı geri alımlar için uygulanmayacak olsa dahi TTK m. 480/3 hükmüne riayet edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır, Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 213-214.

100 Ancak araştırmalar, birleşmeden önce emanet hesaptaki tutara yakın seyreden pay fiyatlarının, birleşmenin gerçekleşmesi halinde, satın alma aşamasında, şirketin değerinin, bu hesapta tutulan ve şirketin birleşmeye ayırdığı tutarın üzerine çıktığını göstermiştir, bkz. Jenkinson and Sousa (n 5) 7.

101 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 211.

102 Benzer yönde görüş için bkz. Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 211.

103 Ölekli (n 12) 234; Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 199.

104 Geri Alınan Paylar Tebliği m. 4/1-g uyarınca gönüllü geri alım programı, "Birleşme amaçlı ortaklığın taraf olduğu birleşme işleminin onaylandığı genel kurul toplantısında olumsuz oy kullanan pay sahiplerine veya birleşme amaçlı ortaklığın sona ermesi durumunda kurucular dışındaki tüm pay sahiplerine ait payların halka açılma nedeniyle düzenlenen izahnamede belirtilen esas ve usuller çerçevesinde belirlenen fiyatlar üzerinden satın alınmasına imkân veren programı" ifade etmektedir.

105 Bu tebliğin birçok hükmünün, birleşme amaçlı ortaklığa uygulanabilecek nitelikte olmaması, birleşme amaçlı ortaklık tarafından yapılan gönüllü geri alımın, şirketin paylarının fiyatlarını düzeltmek veya piyasadaki düşüşten şirketi korumak gibi bir amacının bulunmaması bu durumun sebebi olarak gösterilebilir, bkz. Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 198-199. Nitekim yazar, payların satın alınması yükümlülüğünü, Geri Alınan Paylar Tebliği kapsamında yapılan geri alımdan ziyade ayrılma hakkına benzetmektedir, bkz. Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 199.

görülmektedir.¹⁰⁶ Ancak SPKn m. 6 ve İzahname Tebliği m. 22/1 uyarınca SPKr'nun izahnamenin onaylanması aşamasında izahnameye ilişkin yapacağı denetim, kapsamlı bir içerik denetimi olmayıp izahnamede yer alan bilgilerin tutarlı, anlaşılabilir ve belirlenen standartlara göre eksiksiz olmasıyla oldukça sınırlı kalacaktır. Dolayısıyla SPKr, izahnamenin onaylanması aşamasında, esasen gönüllü geri alım programının yatırımcının korunmasına ne kadar uygun olduğuna veya adil olduğuna ilişkin herhangi bir müdahalede bulunamayacaktır. Sonuç olarak birleşme amaçlı ortaklıkların en önemli özelliklerinden olan pay sahibine gönüllü geri alım yoluyla tanınan ayrılma hakkının veya benzer şekildeki yatırımının iadesi talebinin kullanımı önemli ölçüde baltalanmıştır.

Gönüllü geri alım hakkını herhangi bir sebeple kullanmayan, birleşmenin görüşüldüğü genel kurul toplantısını bir sebeple kaçıran veya bu toplantıda birleşmeye olumsuz oy vermeyen pay sahibinin her zaman elindeki payını borsada satma imkânı bulunmaktadır. Tabi pay sahibinin, bu durumda payını yalnızca, piyasa fiyatının, gönüllü geri alım fiyatının üzerine çıktığı durumlarda satacağı açıktır.¹⁰⁷

2. BU İŞLEME TABİ TUTULACAK PAYLAR

Türk hukukunda birleşmeye genel kurulda olumsuz oy kullanan pay sahibi, ayrıca muhalefetini tutanağa geçirtmeye gerek kalmaksızın paylarını birleşme amaçlı ortaklığın satın almasını talep edebilir. ABD hukukunda ise durum biraz farklıdır; yatırımcının, birleşmeye olumlu oy kullanmasına rağmen yine de gönüllü geri alım hakkını kullanarak şirketten ayrılma hakkı mevcuttur.¹⁰⁸ Ayrıca birleşmenin oylandığı genel kurul toplantısına herhangi bir sebeple katılmamış pay sahiplerinin de Önemli Nitelikteki İşlemler Tebliği m. 9/2'deki düzenlemeye paralel şekilde satma hakkını kullanmasına izin verilmesi gerekir.¹⁰⁹ Geri alma işleminin tam olarak nasıl yapılacağı hususunda da Önemli Nitelikteki İşlemler Tebliği hükümlerinden faydalanabilirse de satma hakkını kullanmak isteyen bir pay sahibinin, ayrılma hakkının kullanılmasında olduğu gibi elindeki payların tamamını satarak şirketten ayrılmaya zorlanması yerine yatırımının dilediği kadarını şirketten çekmesine müsaade edilmesi gerekir.¹¹⁰

Birleşme Tebliği'nde verilen tanıma göre, geri alım işlemi, paya veya sermaye oranına göre değil; pay sahiplerine yönelik olarak yapılacaktır. Dolayısıyla bir pay sahibinin TTK m. 434/2 uyarınca oy hakkının sınırlandırılması yoluyla geri alım işlemine tabi payın sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı da bu noktada düşünülebilir. Ancak geri alım işleminin, bir birleşme amaçlı ortaklığa daha en başta güvenip sermayesini koyan ve sonrasında hedef şirket seçiminden memnun kalmayan pay

106 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 202.

107 Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 18; Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 3 ve 31.

108 Söz konusu bu husus, 2010 yılında yapılan bir değişiklik ile ABD hukukuna girmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. Gahng, Ritter and Zhang (n 6) 11.

109 Aynı doğrultuda bkz. Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 207.

110 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 208.

sahibine yönelik olması sebebiyle, oy hakkı esas sözleşme ile sınırlandırılmış olsa dahi pay sahibinin, tüm paylarına yönelik olarak bu hakkını kullanabilmesi daha uygundur.¹¹¹

Geri alım işlemine tabi tutulacak payların, halka arzda edinilen paylar olması gerektiğini; kurucu payları olarak adlandırabileceğimiz ve halka arzdan önce kurucular tarafından halk arz fiyatına kıyasla çok düşük kalan nominal değerlerde edinilen payların bu alım işlemine konu olmayacağını belirtmeliyiz.¹¹² Nitekim ilk etapta kurucuların elinde bulunan bu hisseler, sonrasında başka yöneticilere de aktarılabilir veya kurucular ile yöneticiler ellerinde halihazırda bulunan kurucu payları dışında, halka arzdan da bazı payları edinebilirler. Dolayısıyla, geri alım işlemine tabi olmayan payları belirlerken, kurucuların elindeki paylardan ziyade, şirketin kuruluşunda kurucular, sponsorlar veya yöneticiler elinde bulunabilecek ve halka arzdan önce nominal değer üzerinden edinilmiş olan ‘kurucu payları (*sponsor promotes*)’ olarak adlandırılan payları esas almak daha doğru olacaktır. Kurucu dahi olsa, halka arzda, arz fiyatı üzerinden edinilen paylara ilişkin gönüllü geri alım hakkının kullanılması mümkündür.

3. GÖNÜLLÜ GERİ ALIM FİYATI

Birleşmeye olumsuz oy kullanıp şirketten ayrılmak isteyen pay sahipleri ile birleşmenin gerçekleşmemesi durumunda yatırımlarını geri almak isteyen pay sahiplerinin paylarının hangi fiyatla geri alınacağı mevzuatta açık bir şekilde düzenlenmemiştir. ABD hukukunda birleşmenin gerçekleşmesi durumunda, genel kurulda birleşmeye olumsuz oy kullanan veya olumlu oy kullanmış olsa da şirketten ayrılmak isteyen pay sahiplerine, emanet hesaptaki vergiler ve işletme giderleri düşüldükten sonra kalan toplamdan payları oranında hesaplama yapıp kendilerine gereken miktar verilmektedir.¹¹³ Türk hukukunda bu hususta Birleşme Tebliği’nde, “...birleşme işleminin onaylandığı genel kurul toplantısında olumsuz oy kullanan pay sahiplerine... kurucular dışındaki tüm pay sahiplerine ait paylara yönelik olarak gönüllü geri alım işlemini izahnamede belirtilen esaslar çerçevesinde gerçekleştirecek olan...” ve Kotasyon Yönergesi m. 24’te “...halka arz gelirinin nemalandırılmış toplam tutarının en az %80’ini kullanarak bir şirketle birleşmemesi halinde...” ortaklığın kottan çıkarılacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemelerin ötesinde herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kanaatimizce aynı yöntem Türk hukukunda da uygulanabilir.

111 Okutan Nilsson, ‘Ortaklık’ (n 2) 209. Yazar, eski 2499 sayılı SPKn döneminde var olan oydan yoksun paylara ilişkin benzer bir tartışmanın, önemli nitelikte işlemlere ilişkin ayrılma hakkında da gündeme geldiğini ve öğretilerde baskın görüşün, genel kuruluna gelip muhalefet ettikleri takdirde, ayrılma hakkını kullanabilecekleri yönünde olduğunu belirtmektedir, bkz. Okutan Nilsson, ‘Ortaklık’ (n 2) 210, dn. 555.

112 Kurucu payları, halka arz edilen payların %20’si kadardır ve birleşmenin gerçekleşmemesi halinde değerini yitirirler. Ayrıca kurucu payları, nominal değer üzerinden oldukça düşük bir fiyata edinildiği ve sponsorların aslen birleşme projesinin yükünü taşıması gereken kişiler olduğu göz önüne alınırsa (Dimitrova (n 1) 102), bu kimselerin paylarını satarak şirketten çıkmalarına izin verilmemesi oldukça yerindedir, bkz. Okutan Nilsson, ‘Ortaklık’ (n 2) 87; Aslan (n 12) 88.

113 NASDAQ Listing Rules, IM-5101-2 (2)(d) ve NYSE Listed Company Manual, 102.06 (4)(b) bu yönde aynı ifadeleri kullanmaktadır: “... to a pro rata share of the aggregate amount then on deposit in the trust account (net of taxes payable, and amounts disbursed to management for working capital purposes)...”. Ayrıca bkz. Vulcanovic (n 1) 685; Jenkinson and Sousa (n 5) 8; bu miktarın içinde emanet hesaptaki paranın fazı getirisi de bulunmaktadır, Klausner, Ohlrogge and Ruan (n 14) 7.

Bu noktada tartışılması gereken diğer bir husus, belirli yatırım araçlarında değerlendirilen ve halka arzdan elde edilen gelirin %90'ının, doğrudan mı yoksa elde edilen semerelerle birlikte mi iade edileceğidir. Burada belirlenecek görüşe göre, gönüllü geri alım fiyatı değişiklik gösterebilecektir. İlk ihtimalde, birleşmenin gerçekleşmemesi veya gerçekleşse dahi bazı yatırımcıların bu birleşmeye katılmak istememesi halinde, kurucular dışında kalan ve halka arzdan pay edinen yatırımcılar, pay oranlarıyla paralel bir şekilde emanet hesaba ilk aşamada yatırılan tutarı alacaktır. Bu tutar, birleşme amaçlı ortaklığın halka arzdan elde ettiği fonun en az %90'ının yatırıldığı emanet hesaptaki tutardır. İlk ihtimalde bu tutarın paylara oranlanması ile bulunacak miktar, şirketten ayrılmak isteyen pay sahibine iade edilebilecektir.

Halka arz gelirlerinin %90'ının tutulduğu emanet hesaplardaki tutarın, izahnamede açıklanacak bir nakit yönetim politikası çerçevesinde Birleşme Tebliği'nde verilen tanıma göre mevduat, devlet iç borçlanma senedi ve benzeri yatırım araçlarında değerlendirilmesi, nemalandırılması öngörülmektedir. Birleşme amaçlı ortaklığın halka arzı ile birleşme kararının oylanmasından sonra pay sahibinin şirketten ayrılmak istemesi arasındaki zaman farkı düşünüldüğünde, emanet hesaptaki tutarın, bu yatırımlarla büyük ihtimalle artmış olabileceğini söyleyebiliriz.¹¹⁴ Nitekim Tebliğ'de sayılan mevduat, devlet iç borçlanma senetleri gibi yatırım araçlarının düşük riskli araçlar olduğu¹¹⁵ ve bunlara yatırım yapılması halinde belirli bir getirinin olacağını düşününce emanet hesaptaki miktar artacaktır. Bu fazlalığın da pay sahiplerine, payları oranında dağıtılıp dağıtılmayacağı; dağıtılmayacaksa, bu fazlalığın tasfiyeye mi dahil edileceği Birleşme Tebliği'nde açık bir şekilde belirtilmemiştir. Ancak yine ilgili tebliğdeki tanım göz önüne alındığında, düzenlemenin amacının, halka arzdan elde edilen gelirin en az %90'luk kısmının, yani emanet hesapta tutulan bu kısmın vergiler gibi zorunlu giderler düşüldükten sonra tamamının kurucular dışındaki pay sahiplerine iade edilmesi olduğu anlaşılabilir.¹¹⁶ Sonuç olarak kanaatimizce ikinci ihtimaldeki hesaplama yöntemi birleşme amaçlı ortaklığın yapısına daha çok uygundur ve halka arz gelirinin %90'ının tutulduğu emanet hesaplardaki toplam miktardan işletme giderleri ve vergiler düşüldükten sonra kalan tutarının, kurucu payları dışındaki paylara, pay oranında bölünmesi ile elde edilecek pay başına hesaplanan rakam, gönüllü geri alım fiyatı olmalıdır.

III. SONUÇ

Birleşme amaçlı ortaklıklar, Türk hukukuna 2013 yılında girmiştir ve II-23.2 sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliği m. 4/1-b'de tüm özellikleriyle tanımlanmıştır. Buna göre birleşme amacı ortaklığın

114 Jenkinson and Sousa (n 5) 6. Nitekim uygulamada da yatırımcıların ortaya koydukları anaparaya denk gelen veya yakın bir tutarı geri alabildikleri de belirtilmiştir, bkz. Altaş (n 5) 21.

115 Aslan (n 12) 87.

116 Okutan Nilsson, 'Ortaklık' (n 2) 82-83. ABD hukukunda SPAC uygulamasının da bu yönde olduğuna dair bkz. Jenkinson and Sousa (n 5) 8; Anand (n 1) 21; Berger (n 1) 75. Nitekim NASDAQ Listing Rules, IM-5101-2 (2)(e) ve NYSE Listed Company Manual, 102.06 (4)(c) bu durumda, emanet hesaptaki tutardan vergi ve işletme giderleri düşüldükten sonra kalan toplamdan pay oranlarına göre pay sahiplerine paylarını şirkete satıp paralarını geri alarak şirketten ayrılma imkanı getirilmiştir: "...the opportunity to redeem all their shares for cash equal to their pro rata share of the aggregate amount then in the deposit account (net of taxes payable, and amounts disbursed to management for working capital purposes)...".

nihai amacı, halka açık olmayan, ticari faaliyeti olan bir şirket ile birleşmektir. Bu doğrultuda hedef şirketin, ortaklığın halka arzı esnasında belirli olmaması gerekmektedir; hedef şirkete ilişkin izahnamede sadece ülkesel veya sektörel bir belirleme yapılması kabul edilmektedir. Hedef şirketler açısından geleneksel halka arzdan ziyade birleşme amaçlı ortaklık ile halka açılmak, piyasa riskinin olmaması, çok tecrübeli ve kaliteli bir yönetim ekibi ile çalışma imkanı, ciddi miktarda hazır bir fonun bulunması gibi sebeplerden dolayı, daha avantajlı olabilir.

Birleşmenin azami hangi süre içinde gerçekleşmesi gerektiği sorusu Türk hukukunda mevzuatta net bir şekilde yanıtlanmamıştır. Buna göre BİST Kotasyon Yönergesi m. 24'te azami 24 ay veya izahnamede öngörülecek bir süre içinde birleşme işleminin gerçekleşmesi aranmıştır. Sonuç olarak birleşme amaçlı ortaklığın, birleşme açısından azami süreyi izahnamesinde göstermek suretiyle belirleme hususunda serbestiye sahip olduğu düşünülebilir. Ancak bu sürenin uzun tutulması, pay sahipleri nezdinde olumsuz bir kanaatin oluşmasına sebep olmaktadır. Sürenin sonuna gelinmesine rağmen hedef şirketin açıklanmaması halinde ise, finansal açıdan ortaklık varantları ve kurucu payları sebebiyle ortaklığın başarısına oldukça bağlanan yöneticilerle, ortaklığın pay sahipleri arasında bir menfaat çatışması yaşanabilir ve bu durum yöneticilerin ne pahasına olursa olursun birleşmeyi gerçekleştirmesine, örneğin ortaklığın, kendisine uzun vadede yarar sağlamayacak bir hedef şirketle birleşmesine yol açabilir.

Birleşmenin görüleceği genel kurul toplantısında, yeteri sayıda pay sahibinin olumlu oy kullanmaması sonucunda birleşme gerçekleşmeyebilir. Ancak hangi oranda olumlu oyun birleşme açısından gerektiğine ilişkin Türk hukukunda bir hüküm bulunmamaktadır. Birleşme Tebliği'nde verilen tanımda bu orana ilişkin herhangi bir sınırın yer almaması sebebiyle, gönüllü geri alıma ilişkin pay sahiplerine yönelik bir sınırın uygulanmaması gerekmektedir. Genel kurulda birleşme işlemi onaylanırsa, bundan sonra %20'lik kurucu paylarının, halka arzdan sonra tabana yayılan sermaye karşısında değerlendirilmiş olması veya ortaklık varantlarının kullanılabilir hale gelmesi sonucunda birleşme amaçlı ortaklığın paylarında sulanma etkisi görülebilecektir.

Birleşme amaçlı ortaklık açısından önemli nitelikteki işlem olan birleşmede, Önemli Nitelikteki İşlemler Tebliği m. 12/1-i uyarınca ayrılma hakkı doğmamaktadır. Bu kapsamda birleşme amaçlı ortaklık, ayrılma hakkı yerine birleşmeye olumsuz oy veren pay sahibinin talebi üzerine, gönüllü geri alım işlemini uygulamalıdır. Genel kurulda olumsuz oy kullanan veya bir sebeple toplantıya katılmayan pay sahibinin de, muhalefetini tutanağa geçirtmeye gerek kalmaksızın bu hakkını kullanabilmesi uygun olacaktır.

Geri Alınan Paylar Tebliği m. 4/1-g uyarınca, gönüllü geri alım programının izahnamede esas ve usullerinin belirtilmesi gerekir. Gönüllü geri alma işleminde, pay sahibinin, yatırımının dilediği kadarını şirketten çekmesine müsaade edilmesi gerekir. Geri alım işlemine tabi tutulacak paylar kurucu payları dışında kalan ve dolayısıyla halka arzda edinilen paylardır. Gönüllü geri alım fiyatı, halka arz gelirinin %90'ının tutulduğu emanet hesaptaki vergiler ve işletme giderleri düşüldükten sonra kalan toplamdan, ilgili pay sahibinin payları oranında yapılan hesaplama ile belirlenir.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel B, *Sermaye Piyasası Hukuku* (2. Baskı, Adalet 2018).
- Altan D ve Acar N, 'Yeni Bir Alternatif Yatırım Aracı: Birleşme Amaçlı Ortaklıklar' (2014) 16(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 251-268.
- Altan D, Ayanlar E, Küreğibüyük E ve Ünlü Ş, 'Nedir Bu SPAC?', (*GKC Partners, Sermaye Piyasaları Bülteni*, 11 Ocak 2020) 1-4.
- Altaş G, 'Satın Alma Amaçlı Şirketler' (2012) 120 TSPAKB Gündem 18-29.
- Anand N, 'Special Purpose Acquisition Company' (2020) 7(4) Court Uncourt 21-22.
- Aslan M, 'Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Şirket Birleşmeleri' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018).
- Bai J, Ma A and Zheng M, 'Reaching for Yield in the Going-Public Market: Evidence from SPACs' (*SSRN*, 2021) <<https://ssrn.com/abstract=3746490>> Erişim Tarihi 01 Eylül 2021.
- Berger R, 'SPACs: An Alternative Way to Access the Public Markets' (2008) 2(3) Journal of Applied Corporate Finance 68-75.
- Coates J, 'SPACs, IPOs and Liability Risk under the Securities Law' (*SEC Public Statement*, 8 April 2021) <<https://www.sec.gov/news/public-statement/spacs-ipos-liability-risk-under-securities-laws>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.
- Dimic N, Lawrence E and Vulcanovic M, 'The Determinants of IPO Withdrawals: Evidence from SPACs' (*SSRN*, 2020) 1-31, <<https://ssrn.com/abstract=3538671>> Erişim Tarihi 06 Eylül 2021.
- Dimitrova L, 'Perverse Incentives of Special Purpose Acquisition Companies, 'the Poor Man's Private Equity Funds'' (2017) 63 Journal of Accounting and Economics 99-120.
- Gahng M, Ritter JR and Zhang D, 'SPACs' (*SSRN*, 2021) 1-64, <<https://ssrn.com/abstract=3775847>> Erişim Tarihi 06 Eylül 2021.
- Ignatyeva E, Rauch C and Wharenburg M, 'Analysing European SPACs' (2013) 17(1) The Journal of Private Equity 64-79.
- Jenkinson T and Sousa, M 'Why SPAC Investors Should Listen to the Market' (*SSRN*, 2009) <<https://ssrn.com/abstract=1331383>> Erişim Tarihi 20 Haziran 2021.
- Kolb J and Tykvová T, 'Going Public via Special Purpose Acquisition Companies: Frogs do not Turn into Princes' (2016) 40 Journal of Corporate Finance 80-96.
- Klausner M, Ohlogge M and Ruan E, 'A Sober Look at SPACs' (*European Corporate Governance Institution, Finance Working Paper Series*, N. 746/2021) <http://ssrn.com/abstract_id=3720919> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2021.
- Manavgat Ç, *Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz* (BTHAE 2016).
- Okutan Nilsson G, 'Incentive Structure of Special Purpose Acquisition Companies' (2018) 19 European Business Organisation Law Review 253-274. (Anılış: Structure)
- Okutan Nilsson G, *Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık* (On İki Levha 2016). (Anılış: Ortaklık)
- Ölekli N, 'Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkı', (2018) 76/2 İstanbul Hukuk Mecmuası 221-256.
- Saengchote K, 'The Tesla Effect and the Mispricing of Special Purpose Acquisition Companies (SPACs)' (*SSRN*, 2021) <https://ssrn.com/abstract=3800323> Erişim Tarihi 06 Haziran 2021, s. 1-11.
- Turanlı H, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi* (Orion 2014).
- Vulanovic M, 'SPACs: Post-Merger Survival' (2017) 43(6) Managerial Finance 679-699.

Karşılaştırmalı Hukuk Araştırmalarında Yöntem

Methodology of Comparative Legal Research

Çisil Durgun Arslan * 

ÖZ

Karşılaştırmalı hukuk, esas itibarıyla yabancı bir hukuka ilişkin bilgi edinilmesi, iç hukuk sisteminde gerekli görülen düzenlemelerin örnek alınacak hukuk modeli çerçevesinde gerçekleştirilebilmesi ve ihtiyaç duyulan alanlarda hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla ortaya çıkan ve kendine özgü yöntemi olan bir hukuk disiplini. Ne var ki, söz konusu alanda çalışmak isteyen araştırmacılar çoğu zaman hangi yöntem ya da yöntemler çerçevesinde çalışmalarını gerçekleştirmeleri gerektiği hususunda tereddüt hissedebilirler. Bu doğrultuda, her türlü karşılaştırmalı hukuk araştırması bakımından en verimli sonuçlara ulaşmamızı sağlayabilecek tek bir yöntem önerisinde bulunulamaz. Nitekim, bu makalede esas itibarıyla çalışmanın konusu ve amacı doğrultusunda uygulanabilecek olan yöntemlerin farklılık gösterebileceği anlatılmaya çalışılacaktır. Bilim insanları tarafından gerçekleştirilen akademik çalışmalar, yasa koyucunun üzerinde çalıştığı kanun metinleri ve hâkimler tarafından tesis edilen yargı kararları açısından büyük önem arz eden araştırma faaliyetlerinde; farklı yöntemlerin birbirini tamamlayıcı mahiyette bir arada uygulanabileceği ve söz konusu yöntemlerin birbirlerini dışlayan bir yapıda bulunmadıkları özellikle belirtmeye çalışılacaktır. Bu makalede, karşılaştırmalı hukuk araştırması yapılırken başvurulabilecek yöntemler, esas itibarıyla bilim insanları tarafından gerçekleştirilen araştırmalardaki ihtiyaçlar doğrultusunda tespit edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Karşılaştırmalı hukuk, Hukuk metodolojisi, Hukukta yöntem, İşlevsel denklik yöntemi, Yabancı hukuk.

ABSTRACT

Comparative law is an independent legal discipline which mainly focuses on the purpose of to obtain knowledge regarding the foreign law, to discover the model act if it is necessary which guides the development of domestic law and to maintain uniformity if it is required. However, researchers can easily hesitate when embarking on comparative legal research regarding the kind of methodology to be followed, nor even on the methodologies that could be followed. Accordingly, we need not a fixed methodological road map, which could fruitfully be applied in all comparative research. Basically, the aim of this article is to determine the different methods that could usefully be applied according to the subject and the purpose of the research. Comparative law is indispensable for all the research done by the academics, by legislators who works for legal texts and court decisions ruled by the judges. Therefore, different methods may be combined, as they are complementary and not mutually exclusive. This article focuses on the specific demand regarding the application of different methods especially by the scholars.

Keywords: Comparative law, Legal methodology, Methodology in law, Functional equivalence method, Foreign law.

* Ar. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

I. GİRİŞ

1900 yılında gerçekleşen Paris Dünya Fuarı (*Paris World Exhibition*), dünyanın farklı coğrafyalarından gelen katılımcıların sadece ülkelerindeki teknolojik gelişmeleri tanıtmaya sahne olanağına sahip oldukları bir etkinlik olarak değil; aynı zamanda Fransız düşünürleri *Édouard Lambert* ve *Raymond Saleilles*'in katkıları ile Birinci Uluslararası Mukayeseli Hukuk Konferansına (*First International Congress of Comparative Law*) öncülük etmesi ile de özdeşleşmiştir¹. Fuara hâkim olan güven ortamında düşünürlerin barışçıl bir yaklaşımla dünyadaki gelişmeleri anlamaya ve öğrenmeye duydukları heves, kuşkusuz hukukçuları da büyük ölçüde etkilemiştir. Karşılaştırmalı hukukun² kendine özgü yöntemi olan yeni bir hukuk disiplini³ olarak görülmesini sağlayan *Lambert* ve *Saleilles* önderliğindeki konferansta, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde herkesin üzerinde uzlaşabileceği ortak bir hukuk yaratmanın (*common law of mankind*) önemi fikri ortaya çıkmıştır. Söz konusu ortak iradenin kısa bir zaman dilimi içerisinde gerçekleşmesinin mümkün olmayacağı üzerinde hemfikir olunmasına rağmen; böylesi bir iradeye duyulan ihtiyaç üzerinde ortak bir kanaate varılmış olması, karşılaştırmalı hukuk alanında atılmış resmi anlamdaki ilk adımı oluşturmaktadır.

Bu yaklaşım, kültürel ve sosyal gelişimini benzer şekilde devam ettiren toplumlar arasında; politik ya da ahlaki sebeplerle, sosyal gereksinimlerle açıklanamayan; tarihsel tesadüfler yahut geçici nedenler sonucunda ortaya çıkmış hukuk uygulamalarındaki rastlantısal farklılıkların, karşılaştırmalı hukuk doğrultusunda giderilebileceği yönündeki kanaati güçlendirmiştir. Dolayısıyla, 20. yüzyıldan itibaren ekonomik ve teknolojik gelişmelerin devletler arası ilişkilerde yol açtığı değişim, karşılaştırmalı hukuk⁴ bakımından; uluslar arasındaki soyutlanmaların giderek zayıflamış olması şeklinde etkisini göstermiştir. Karşılaştırmalı hukuk araştırmaları sonucunda birbirleri ile yoğun bir iletişim içerisinde olan farklı hukuk sistemlerinin bakış açıları arasındaki benzerlikler daha çok hissedilmeye,

- 1 Konrad Zweigert and Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Tony Weir tr, 3rd edn, Oxford University Press 1998) 2 vd.; Bénédicte Fauvarque-Cosson, 'Development of Comparative Law in France' in Mathias Reimann ve Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press 2006) 39, 42 vd.
- 2 Karşılaştırmalı hukukun (Karşılaştırmalı hukukun tarihsel gelişimi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Esin Örüçü, 'Karşılaştırmalı Hukukta Eski ve Yeni' (Nurcan Yılmaz Özel tr, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 18 (1) 2019) 79, 83 vd. (Örüçü, Eski ve Yeni); Zweigert and Kötz (n 1) 48 vd.; Charles Donahue, 'Comparative Law Before the Code Napoléon' in Mathias Reimann ve Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (Oxford University Press 2006) 4, 4 vd.; Jürgen Basedow, 'Comparative Law and Its Clients', (2014) 62 (4) *The American Journal of Comparative Law* (2014) 821. Bu makalenin Türkçe çevirisi için bkz. Jürgen Basedow, 'Karşılaştırmalı Hukuk ve Kullanıcıları' (Gökçe Kurtulan tr) (2016) LXXIV (2) *İÜHF* 879, 887) tanımı, amaçları ve yöntemleri ilk defa bu konferansta tartışılmıştır. Bkz. Zweigert and Kötz, (n 1) 3. Karşılaştırmalı hukukun hukuk metodolojisindeki fonksiyonları ile ilgili bilgi için bkz. O. Gökhan Antalya, *Hukuk Metodolojisi*, (Seçkin 2021) para. 3398 vd.
- 3 Karşılaştırmalı hukuk, kendine özgü mevzuatı olan bir hukuk alanı değildir. Karşılaştırmalı hukuk, dünya üzerinde ne kadar farklı hukuk sistemi varsa, tüm bu sistemler arasındaki karşılaştırma faaliyetinin nasıl, hangi amaç doğrultusunda ve ne için gerçekleştirileceğini temsil eden bir hukuk disiplini. Karşılaştırmalı hukuku niteliği itibarıyla sadece bir metod olarak kabul eden veya bağımsız bir hukuk disiplini olarak gören ya da karşılaştırmalı hukukun birden çok amaç ve işlevi olduğu savunan yahut karşılaştırmalı hukukun evrensel olduğunu ileri süren yazarların görüşleri hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Arzu Oğuz, 'Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu', (2002) 22 (2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 451, 465 vd.
- 4 20. yüzyıldan günümüze kadar sürekli değişerek gelişen karşılaştırmalı hukuk anlayışında 21. yüzyılda benimsenen tavır ve tartışmalar, bir önceki yüz yıldan önemli ölçüde farklılaşsa da "karşılaştırmalı hukuk" kavramı günümüzde farklı çevrelerin üzerinde uzlaşabildiği bir kavram hâline gelmiştir.

üzerinde mutlak bir anlaşmaya varıldığına inanılan ve değiştirilemez şekilde nitelendirilen yerleşik anlayışların ise çözülmeye başladığı görülmüştür⁵. Bu sayede, hukuk kurallarının biçim ve içerik bakımından birbiri ile benzer bir gelişim sergilediği durumlar ile birbirinden derin bir şekilde ayrıştığı durumlarda dahi, özdeş bir adalet anlayışının temin edilebileceği yönündeki kanaat, farklı çevrelerde kabul edilmeye başlanmıştır⁶. Karşılaştırmalı hukuk araştırmaları, ortak bir hukuk anlayışı ile yalnızca uluslararası ticaretin gelişmesine, yatırım faaliyetlerinin dünya genelinde daha dengeli bir yapıya kavuşmasına ve bu sayede, insanların yaşam seviyelerinin yükselmesine olanak sağlamamaktadır. Tüm bu katkılarının yanında ayrıca, değişen ihtiyaçlar karşısında ülkelerin mevcut hukuk kurallarını yorum faaliyeti ile nasıl geliştirebilecekleri ya da gerekli görülmesi hâlinde, nasıl yeniden düzenleyebilecekleri konusunda da önemli bir kaynak niteliğindedir⁷.

Karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının gelişimi ilk olarak, farklı hukuk sistemlerindeki kurallar ya da içtihatlardan yola çıkılarak ortak bir kural ve kavramlar bütününe ulaşılması yönünde olmuştur⁸. Belirtmek gerekir ki, bu yaklaşımın esasında hukukun yeknesaklaştırılması amacı değil; farklı sistemlerin ortak temelini bulunması hedeflenmiştir⁹. Nitekim, karşılaştırma faaliyetinin temelini de bu ilk aşama oluşturmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının, birinci aşaması ile birlikte gelişmeye başlayan ikinci aşamasında ise, yabancı bir hukuk sisteminin anlaşılması amacını hedefleyen, bu doğrultuda da çoğu zaman söz konusu ulusun kültüründen istifade edilmesi gerekliliğini ortaya çıkaran karşılaştırma düzeyleri öne çıkmıştır¹⁰. Hukuk sisteminin¹¹ bütününe odaklanan karşılaştırma düzeyi, “makro-karşılaştırma” olarak öğretilde tanımlanmaktadır¹². Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının üçüncü aşamasında ise, belirli hukuki sorunların yabancı bir hukuk sisteminde nasıl çözümlendiği araştırılmaktadır. “Mikro-karşılaştırma” olarak nitelendirilen bu karşılaştırma düzeyi ile, belirli konulara ilişkin olarak farklı hukuk sistemlerinde üretilen çözümler gerçek anlamda karşılaştırılabilir bir hâle gelmiştir¹³. Mikro-karşılaştırma aşamasının tamamlanması ile, aslında söz konusu hukuk sistemi bahsi geçen hukuki sorun çerçevesinde tam anlamıyla değerlendirilmekte ve makro karşılaştırma ile mikro karşılaştırma aşamaları bütünleşmektedir¹⁴.

Somatlaştırmak gerekirse, Avrupa Birliği hukuku ile Avrupa Birliği üyesi devletlerin milli hukukları arasında gerçekleştirilecek olan karşılaştırma faaliyetinde¹⁵, her iki hukuk sisteminin

5 Zweigert and Kötz (n 1) 3.

6 ibid 3.

7 ibid 4.

8 Basedow (n 2) 887.

9 ibid 887.

10 ibid 888; Esin Örucü, *The Enigma of Comparative Law* (Springer 2004) 22.

11 “Hukuk sistemi” kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Örucü (n 10) 21 vd.

12 Zweigert and Kötz (n 1) 4; Ergun Özsunay, ‘Karşılaştırmalı Hukukun Çeşitli Görünümleri’, (1976) 10 (13) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 3, 6; Oğuz (n 3) 482; Basedow (n 2) 888.

13 Zweigert and Kötz (n 1) 5; Özsunay (n 12) 6; Oğuz (n 3) 482; Basedow (n 2) 889.

14 Örucü (n 10) 24.

15 Avrupa Birliği üyesi devletlerin Avrupa Birliği’nin yasama faaliyetlerine yoğun bir şekilde maruz kaldığı ve söz konusu düzenlemelerin üye devletlerin milli hukuk düzenlemeleri ile çoğu zaman tutarsız bir nitelik gösterdiği yönündeki yaklaşım için bkz. Reinhard Zimmermann, ‘Codification: “The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law’ (2012) 8 (4) European Review of Private Law 367. Bu makalenin Türkçe çevirisi için

yapısal anlamdaki farklılıkları ve temel maksatları arasındaki başkalık, uygulanabilecek yöntemler ve karşılaştırma düzeyi üzerinde de büyük etkiye sahiptir. Örneğin, Avrupa Birliği hukukunun, piyasalar arasındaki entegrasyonu sağlamaya yönelik olarak ulusal sigorta piyasaları için getirmiş olduğu düzenlemeler ile Avrupa Birliği üyesi devletlerin ulusal sigorta sistemleri arasındaki farklılık, Avrupa Birliği hukukunun bu alanda bütüncü bir etkiye sahip olmadığını göstermektedir. Bu durum, karşılaştırmaya konu edilen sistemler ve düzenlemeler arasındaki farklılığın, aşağıda ayrı ayrı ele alınacak olan hem işlevsel bakımdan denklik yöntemi hem de yapısal ve analitik yöntemler çerçevesinde yapılacak derinlemesine bir araştırma ile anlaşılabilirliğini göstermektedir. Karşılaştırma düzeyi bakımından ise, her iki hukuk sisteminin de birbirine olan bağımlılığı, karşılaştırmalı hukuk araştırmacısının söz konusu sistemleri birbirinden ayrı ve bağımsız şekilde inceleyebilmesi önünde engel teşkil etmektedir. Dolayısıyla, araştırmacının mikro ve makro karşılaştırma aşamalarını bir bütün hâlinde tek bir aşama olarak düşünüp, değerlendirmelerini bu yaklaşım doğrultusunda gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu durum, Avrupa Birliği'nde karar verme sürecinde etkin rol oynayan kurumlar ile Avrupa Birliği üyesi devletlerdeki karar vermeye yetkili organlar arasındaki farklılıkları da hem işlevsel denklik yöntemi açısından karşılaştırmamız gerektiğini hem de ilgili organların kendi sistemleri içerisindeki yetkinliğini eksiksiz şekilde tespit edip, aralarında benzer ya da farklı bir yapının bulunup bulunmadığını doğru biçimde belirlememizi gerektirmektedir. Ayrıca tüm bu süreci temel bir çerçevede ele alabilmek ve farklı organlar arasındaki ilişkiyi saptayabilmek için, yapısal yöntemden ve bütün mekanizmanın geçmişten günümüze kadar gösterdiği değişimi anlayabilmek için de tarihsel yöntemden istifade etmek lâzımdır.

Görüldüğü üzere, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında uygulanabilecek yöntem¹⁶ ya da yöntemler ile karşılaştırma düzeyleri hem birbiriyle iç içe hem de birbirinden ayrı biçimde değerlendirilmesi gereken hususlardır. Burada gerek yöntem gerekse de karşılaştırma düzeyinin seçimi, gerçekleştirilmesi hedeflenen araştırmanın konusuna bağlı olarak değişiklik gösterebilecektir. Çalışmamızda ise, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında uygulanabilecek yöntemlerin neler olduğu, söz konusu yöntemlere ilişkin öğretilere getirilen temel nitelikteki eleştiriler ile birlikte ele alınmaya çalışılacaktır. Her ne kadar yasa koyucu ve hâkimler tarafından gerçekleştirilen karşılaştırmalı hukuk araştırmaları da öğretici açısından oldukça eğitici olsa da, kanaatimizce söz konusu alanda en büyük katkıyı sağlayacak olan bilim insanlarıdır. Bu nedenle de çalışmamızda, tüm bu yöntem çoğulluğu içerisinde esas itibarıyla bilim insanları tarafından gerçekleştirilen karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında hangi yöntem ya da yöntemlerin benimsenmesi durumunda en verimli sonuçlara ulaşılabileceği anlatılmaya çalışılacaktır.

bkz. Reinhard Zimmermann, 'Kodifikasyon: Avrupa Ortak Satım Hukuku Arifesinde Kıta Avrupası Deneyimlerinin Değerlendirilmesi' (Ece Baş Süzül ve Meliha Sermin Paksoy trs) (2015) LXXIII (2) İÜHF 409, 424 vd.

16 İzlenecek yöntemin sosyal, kültürel ve politik arka planı ve genel olarak hukukta yöntem tartışmasına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Rona Serozan, 'Hukukta Yöntem' (2013) 8 Yaşar Üniversitesi E-Dergisi (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağanı), 2423, 2423 vd.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK ARAŞTIRMALARINDA UYGULANABİLECEK YÖNTEMLER

Karşılaştırmalı hukuk araştırmasını gerçekleştiren bilim insanlarının, çoğu zaman belirli bir yöntem çerçevesinde araştırmalarını temellendirmemeleri, öğretide sıklıkla eleştirilmektedir. Bu duruma ilişkin olarak *Van Hoecke*, karşılaştırmalı hukukçuların dünyanın farklı coğrafyalarına seyahat eden bir gezgin gibi davrandıklarını ve karşılaştıkları benzerlik ve farklılıkları yetiştikleri coğrafya ile kıyaslayarak yabancı hukuk sistemleri ve dolaylı olarak yabancı kültürler hakkında bilgi sahibi olabilecekleri yönündeki inanışlarını cüretkâr bulduğunu belirtmektedir¹⁷. Gerçekleştirilen seyahat sonrasında ilgili coğrafyaya ilişkin izlenimlerimizi, gördüğümüz tarihi yapıları çoğu zaman sosyal çevremizle paylaşıyoruz. Ne var ki, söz konusu coğrafyanın kültürü, sosyolojik yapısı ya da tarihi eserleri ancak konusunda uzman bir kişi tarafından bilimsel nitelikte bir değerlendirmeye konu edilebilir¹⁸. Günümüzde hukuk eğitiminin ağırlıklı olarak ulusal kurallar üzerine kurulu¹⁹ olduğu düşünüldüğünde; belirli bir hukuk sisteminin etkisi altında yetişmiş hukukçu bilim insanının, karşılaştırmalı bir bilimsel araştırma gerçekleştirmesinin; bir tarihçi, sosyolog, antropolog ya da siyaset bilimciye kıyasla daha zor olacağı söylenebilir.

Ayrıca, karşılaştırmalı hukuk araştırmasını gerçekleştiren hukukçuların ilgi alanlarının birbirinden önemli ölçüde farklılık arz etmesi de yapılan araştırmada benimsenecek yöntem açısından farklılık gösterebilir. Bazı hukukçular, bir hukuk sisteminin tamamıyla ilgilenmeyi tercih ederken; diğerleri, hukukun belirli bir alanı ile veya bir hukuki kurum üzerinden söz konusu karşılaştırmayı

17 Mark Van Hoecke, 'Methodology of Comparative Legal Research' (2015) Law and Method 1, 8.

18 ibid 8. *Van Hoecke*'nin verdiği örnek doğrultusunda aktarmaya çalıştığı yaklaşımına, bazı hususları ilave etmek istemekteyiz. Kanaatimizde de bir gezginin (karşılaştırmalı hukuk araştırmacısının) bir toplum ile olan teması ne kadar yoğun olursa, o toplumun ihtiyaçları, alışkanlıkları, sorunları çözüme yöntemi hakkında daha çok bilgi sahibi olma fırsatı olur. Herhangi bir konuya ilişkin bir araştırma faaliyetini gerçekleştirmek üzere bir haftalığına yabancı bir ülkeye seyahat eden bir gezgin ile aynı araştırmayı ilgili toplumda bir yıllık bir süre içerisinde aşama aşama yapma olanağına sahip olan bir gezginin izlenimlerinin aynı yoğunlukta olma ihtimali oldukça zayıftır. Zira bir hafta geçirmeyi planladığımız bir seyahat süresince, karşılaşılabileceğimiz sorunlar ve söz konusu sorunları nasıl çözebileceğimizin doğrultusunda tercih edebileceğiniz yöntemlere ilişkin seçenekler; aynı toplumda aynı sorunla karşılaşan ve bir yıla yakın bir zaman geçirmiş bir gezginin seçeneklerine göre çok daha sınırlıdır. Kısa bir süre içerisinde gelişen ve hızlıca çözüm üretmemiz gereken ihtiyaçlarımızı giderirken, çoğu zaman en kolay ve hızlı sonuç alabileceğimiz yöntemi tercih etme eğiliminde oluruz. Hâlbuki, söz konusu sorunu çözebilmek bakımından bir zaman sınırlaması içinde olmadığımızda; en makul yöntemi bulabilmek açısından elimizdeki diğer seçenekleri de değerlendirme imkânına sahip oluruz. Aynı durum, karşılaşma ihtimalimizin olduğu sorunların çeşitliliği ve zorluğu açısından da geçerlidir. Örneğin, bir seyahat süresince rahatsızlanıp tedavi için bir hastaneye başvurma ihtiyacımızın ya da noter huzurunda düzenlenmiş resmi bir evrak tanziminine olan gereksinimimizin, bir yıl süre ile kalacağımız bir ülkede, bir hafta süreye kıyasla gerçekleşmesi daha çok ihtimal dahilindedir. Diğer yandan, bazı durumlarda sadece geçici bir süre için bir yerde bulunan kişinin, bulunduğu topluma yabancı olması hasebiyle, söz konusu toplumun içinde yaşayan bir kişinin sahip olmadığı bir bakış açısıyla sorunları tespit edebilme ya da çözümlenebilmesi de imkân dahilindedir.

19 Tarihi Hukuk Bilimi Ekolü'nün, karşılaştırmalı hukuka gerekli itibarı göstermemiş olması ve karşılaştırmalı hukuka, sadece yasa koyucuya yardımcı bir rol atfetmiş olması da dogmatik hukuk biliminin önemini perçinlemiştir. Bkz. Örücü, Eski ve Yeni (n 2) 82. Her ne kadar hukuk sistemlerinin etkileşimine ilişkin artan farkındalık, 19. yüzyılın başlarından itibaren farklı şekillerde kendini gösterse de karşılaştırmalı hukuk araştırmasına dayanan evrensel bir hukuk disiplinine 20. yüzyılın başlarına kadar ihtiyaç duyulmamıştır. Karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının, sistematik bir yöntem doğrultusunda yürütülmesi gerekliliğine ilişkin inancın, günümüzdeki anlamına kavuşması ise, çok daha sonraki bir döneme isabet etmektedir. ibid 83. Karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının hukuk eğitime katkısına ilişkin bir değerlendirme için bkz. Basedow (n 2) 896.

gerçekleştirebilirler²⁰. Benzer bir şekilde bazı hukukçular; hukukun kültür, politika ya da diğer sosyo-ekonomik ölçütlerle olan etkileşimini de çalışmalarında esas alırken; diğerleri, sadece belirli bir hukuki kurumu ya da hukuk kuralının uygulamasını ele almayı tercih etmektedir²¹. Yine bazı hukukçuların amacı, farklı hukuk sistemleri arasındaki benzerliklerin tespit edilmesiyken; diğerleri, sadece mevcut farklılıklar üzerinden çalışmasını gerçekleştirmeyi tercih edebilir²². Son olarak karşılaştırmalı hukuk araştırması, sadece akademik amaçlarla²³ gerçekleştirilebileceği gibi, yasa koyucu tarafından yürütülen yasama faaliyetine katkı sağlamak amacıyla²⁴ ya da yeknesak hukuk kurallarının yaratılmasına yönelik bir yaklaşım doğrultusunda²⁵ veya da yabancılik unsuru ihtiva eden durumlarda söz konusu yabancı hukukun doğru bir biçimde uygulanabilmesi amacıyla somut uyumsuzluğu değerlendiren hâkim tarafından da yapılabilir²⁶.

Tüm bu ihtimallerden de anlaşılacağı üzere, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının yapılması ile hedeflenen amaç her durumda farklılık gösterebileceği gibi, bu amaç doğrultusunda benimsenecek yöntem ya da yöntemler²⁷ de değişiklik gösterebilir²⁸. Bir diğer ifadeyle, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarına atfedilen amaçlar arasındaki söz konusu farklılık, araştırmada hedeflenen amacın ve araştırmaya konu olan soruna en uygun yöntemin seçilmesi gerekliliğine de dikkat çekmektedir²⁹. Benimsenecek yöntemin doğru tespit edilmesi, çalışmada hedeflenen amacın gerçekleşmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, araştırma konusunun seçiminden bilimsel çalışma tamamlanıncaya kadar hangi yöntem ya da yöntemlerin izlenmesi gerekeceği, mümkün olduğunca çalışmanın başında belirlenmelidir³⁰. Bu noktada her türlü hukuki soruna uygulanabilecek nitelikte değişmez bir formül önermek mümkün değildir³¹. Bu nedenle, tüm bu yöntem çoğulluğu içerisinde karşılaştırmalı hukuk araştırmasının nasıl yapılması gerektiğine ilişkin verilecek karar; hem araştırmanın amacına hem de araştırmaya konu olacak yabancı hukukun en doğru şekilde nasıl anlaşılacağı sorusuna verilecek yanıt doğrultusunda şekillenecektir. Karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında uygulanabilecek yöntemlere ilişkin herkes için kabul edilebilir ortak bir tasnif bulunmadığından; öğretilerde hem en çok kabul edilen hem de en çok eleştirilen temel yöntemlerden, aşağıda bahsedilecektir. Söz konusu yöntemler, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında taşıdığı

20 Jaakko Husa, 'Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility?' (2006) 58 (4) In: *Revue internationale de droit comparé*, 1095, 1097; Basedow (n 2) 892.

21 Basedow (n 2) 892.

22 Husa (n 20) 1097; Basedow (n 2) 892.

23 Basedow (n 2) 895 vd.

24 Detaylı bilgi için bkz. *ibid* 900 vd.

25 Detaylı bilgi için bkz. *ibid* 906 vd.

26 *ibid* 892.

27 Husa (n 20) 1098; Van Hoecke (n 17) 9. Bu durum, öğretilerde *Martin Gebauer* tarafından "yöntemsiz çoğulculuk" olarak nitelendirilmiştir. Bkz. *Martin Gebauer*, 'Rechtsvergleichung' in Hanno Kobe and others (eds), *Leitgedanken des Rechts, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Heidelberg* (2013) 433 vd. (Basedow (n 2) 893 dnp. 43'den naklen).

28 Van Hoecke (n 17) 9; Basedow (n 2) 893.

29 Van Hoecke (n 17) 9; Oğuz (n 3) 488.

30 Oğuz (n 3) 488.

31 *ibid* 488.

özellikler doğrultusunda adlandırılmış olup, her bir yöntem bir diğeri ile uyum içerisinde uygulanma özelliğini haizdir.

A. İŞLEVSEL DENKLİK YÖNTEMİ

İşlevsel denklik yöntemi (*functional equivalence method*), belirli bir hukuki sorun için farklı hukuk sistemlerinde üretilen çözümlerin, işlevsel açıdan büyük ölçüde benzer olduğu şeklindeki bir varsayımdan hareket etmektedir³². Bu yaklaşımın temelinde, hangi hukuk sistemi benimsenirse benimsenir insanların karşılaştıkları sosyal sorunların ortak olduğu fikri hâkimdir³³. Zira aynı gelişmişlik düzeyindeki hukuk düzenlerinde³⁴, hukuki ilişkilerdeki benzer gereksinimler doğrultusunda üretilen çözümlere farklı yollardan ulaşılsa dahi, söz konusu çözümlerin pratik açıdan oldukça benzer olduğu düşünülmektedir³⁵.

1971 yılında *Zweigert ve Kötz* tarafından ileri sürülen işlevsel denklik yöntemi³⁶; bazı hukuk çevrelerinde, en verimli ve adeta inhisari nitelikte bir yöntem olarak kabul edilirken³⁷; aksi görüşü benimsyenler ise, karşılaştırmalı hukuk alanındaki tüm olumsuzlukların, söz konusu yöntemden kaynaklandığını düşünmektedir³⁸. Öğretide farklı açılardan yoğun şekilde tartışılan işlevsel denklik yöntemine ilişkin eleştirileri³⁹, *Michaels*'in söz konusu yönetime ilişkin üç başlık altında sıraladığı

32 Zweigert and Kötz (n 1) 34. İşlevsel denklik yönteminin tanımı için bkz. Ralf Michaels, 'Two Paradigms of Jurisdiction', (2007) 27 Michigan Journal of International Law 1003, 1004 (Michaels, Paradigms); Ralf Michaels, 'The Functional Method of Comparative Law' in Mathias Reimann ve Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (Oxford University Press 2006) 369; Oğuz (n 3) 462.

33 Zweigert and Kötz (n 1) 34 vd.; Oğuz (n 3) 488 vd.; Örcü Eski ve Yeni (n 2) 84. İnsanların karşılaştığı sosyal sorunların benzer olduğu yönündeki yaklaşımın temelinde, hukukun birleştirilebilmesi amacının bulunduğu yönündeki görüş için bkz. Michaels (n 32) s. 376; Michaels Paradigms (n 32) 1005.

34 Karşılaştırmalı hukuk araştırmacılarının, gelişmişlik düzeyi birbirine yakın olan ülkelerdeki hukuki sorunları, karşılaştırma faaliyetine daha çok konu etmesi yönündeki alışkanlığın eleştirisi için bkz. Michaels (n 32) 368. Karşılaştırılacak hukuk düzenlerinin seçimine ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Oğuz (n 3) 490 vd.

35 Zweigert and Kötz (n 1) 34 vd.; Michaels (n 32) 369; Oğuz (n 3) 488 vd.; Basedow (n 2) 889; Örcü Eski ve Yeni (n 2) 84 vd.; Van Hoecke (n 17) 9 vd. Toplumların karşılaştıkları sorunların benzer şekilde çözümlenmesinin temelinde; yasa koyucunun, mahkemelerin ve bilim insanlarının karşılaştıkları sorunların çözümüne ilişkin özellikle hukuk iktibas çalışmaları sırasında birbirlerinin sistemlerinden almış oldukları ilham olduğuna ilişkin bkz. Esin Örcü, 'Law As Transposition' (2002) 51(2) The International and Comparative Law Quarterly 205, 205 vd. (Örcü, Transposition).

36 İşlevsellik yönteminin karşılaştırmalı hukuk açısından temelini atan *Zweigert ve Kötz*'ün konuya ilişkin yaklaşımı şu şekilde özetlenebilir: Hukuki sorunlara ilişkin çözümlerin, mutlaka kanuni bir şekilde çözümlenmesi gerekmekte, bazı durumlarda gelenek ve teamüller çerçevesinde de çözüm sağlanabilmektedir. Bu nedenle karşılaştırmalı bir hukuk araştırmacısı için en uygun olan yöntem, söz konusu hukuki soruna ilişkin normun tespitini doğru bir biçimde gerçekleştirdikten sonra, diğer hukuk sistemlerinde işlevsel açıdan ilgili norma denk gelen düzenlemeleri birbirleri ile karşılaştırmaktır. Bkz. Zweigert and Kötz (n 1) 34.

37 Oğuz (n 3) 462 vd., 486.

38 Michaels (n 32) 340.

39 İşlevsel denklik yöntemi çerçevesinde gerçekleştirildiği ileri sürülen karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının, çoğu zaman söz konusu yönetime ilişkin yukarıda bahsedilen ve öğretide tarafından genel itibarıyla kabul gören temel yaklaşımı yansıtmadığı anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda öne çıkan pek çok çalışmada, araştırma konusu hukuki sorunun çözümüne ilişkin ele alınan mahkeme kararının ya da hukuk kuralının veya hukuki kurumun, sadece biçimsel bir yaklaşım doğrultusunda değerlendirildiği söylenebilir. (*Samuel*, öğretilde konuya ilişkin bu yönde ileri sürülen eleştirilere çalışmasında detaylı bir şekilde yer vermektedir. Bkz. Geoffrey Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory*

eleştirisi ile özetlemek mümkündür: “İşlevsel denklik yöntemi, üç bakımdan yanlışlık ihtiva etmektedir. Öncelikle, öğretide tek bir işlevsel denklik yöntemi değil, pek çok işlevsel denklik yöntemi bulunmaktadır. İkinci olarak, işlevsel açıdan denk olduğu ileri sürülen yöntemlerin tamamı işlevsel değildir. Son olarak, işlevsel denklik yöntemi çerçevesinde gerçekleştirildiği belirtilen bazı çalışmalarda, tanınabilir herhangi bir yöntemin takip edilmediği anlaşılmaktadır”⁴⁰. Karşılaştırmalı hukukta işlevsel denklik yöntemi üzerinden gerçekleşen bu kutuplaşma sebebiyle, araştırmacının işlevsel denklik yöntemine ilişkin yaklaşımının; onun karşılaştırmalı hukuka ilişkin diğer pek çok sorunu nasıl çözümleneceği hususunda da okuyucuya önemli ipuçları verdiği, öğretide kabul edilmektedir⁴¹.

Peki, işlevsel denklik yöntemi esasında hangi anlama gelmektedir? Bu yöntemin taraftarları, belli başlı unsurlar üzerinde uzlaşmaktadır⁴²: Öncelikle, işlevsel denklik yöntemi savunucuları, karşılaştırmalı hukuku olgusal bir yaklaşımla⁴³ ele almaktadırlar⁴⁴. Karşılaştırmalı hukukçunun odak noktası, hukuk kuralları değil, söz konusu kuralların yarattığı etki üzerindedir. Bir diğer ifadeyle, karşılaştırmalı hukukçu; öğretideki teorik nitelik arz eden tartışmalar yerine meydana gelen somut uyumsuzlukların mahkemeler tarafından nasıl karara bağlandığını incelemesinde esas almaktadır. Bu doğrultuda, muhtelif hukuk sistemleri arasında gerçekleştirdiği karşılaştırma faaliyetini de mahkemelerin benzer

and Method (Oxford University Press 2014) 79 vd.) Nitekim bazı durumlarda çeşitli hukuk sistemlerinde uygulanan ve birbiri ile özdeş ya da benzer nitelikte olduğu kabul edilen hukuk kuralları, uygulama açısından çok farklı sonuçlar elde edilmesine yol açabilir. İşlevsel denklik yönteminin benimsendiği belirtilen çalışmalarda hâkim olan bu anlayış, söz konusu yöntemin; “hukuk kuralını esas alan yöntem”, “hukukun kendi bağlamı içerisinde anlaşılması yöntemi”ne ilişkin öğretide yapılan ikili ayırımı, ilk başlığın altında kabul edilmesine neden olmuştur. Hukuk kuralını esas alan yöntemin gelişmesinde büyük katkıları olan *Ernst Rabel*'in çalışmaları, (detaylı bilgi için bkz. Basedow (n 2) 889 vd.) fiktisel anlamda *David J. Gerber*'in yöntem bilime ilişkin çalışmalarında sistematik bir iz düşünme kavuşmaktadır. *Gerber, Rabel*'in yaklaşımını, “...karşılaştırmalı hukuk araştırmacıları için bir reçete tanzim etmek gerekirse, bir hukuki sorunun iki ya da daha çok hukuk sisteminde nasıl çözümlendiğine bakılması ve söz konusu sorunun çözümünde hem benzerlik hem de farklılık arz eden hususların keşfedilmesi gerekliliği...” olarak özetlemektedir. (Bkz. David J. Gerber, ‘Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language’ in A. Riles (ed), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (2001) 199 vd.) *Gerber, Rabel*'in yöntem bilime ilişkin anlayışında, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının gerçekleştirilmesinde yabancı dil sorununun yol açabileceği engellerin öncelikle kaldırılması gerektiği inancını taşıdığını belirtmektedir. Bu doğrultuda, yazılı nitelikteki metinlerin kavramsal ve dilsel açıdan karşılaştırmalı bir hukuk araştırmasının gerçekleştirilebilmesi bakımından yeterli olmayacağını, ilgili yabancı hukukun mutlaka kendi bağlamı içerisinde incelenmesinin gerekliliğini de vurgulamıştır. (Bkz. Husa (n 20) 1100). Yasal uygulama hakkında yeterli derecede bilgi sahibi olmadan, hukuk kural ve kurumlarının anlaşılamayacağını belirten *Rabel*, aksi yönde yapılacak bir değerlendirmeyi, “kas sistemi olmayan bir iskelet”e benzetmiştir. (Bkz. Husa (n 20) 1101). Bu doğrultuda *Rabel*, karşılaştırma faaliyetinin gerçekleştirileceği hukuk kuralının ya da mahkeme kararının, somut hukuki uyumsuzluğa nasıl uygulanacağını arz ettiği önemi vurgulamak istemiştir. Dolayısıyla, *Rabel* tarafından da hukukun kendi bağlamı içerisinde, ait olduğu kültürel yapı çerçevesinde anlaşılmasının gerekliliği ortaya koyulmuş olsa da; günümüzdeki işlevsel denklik yöntemine hâkim olan yaklaşımda da kabul edildiği üzere, söz konusu yaklaşım teoride hedeflediği hâliyle her durumda uygulamaya geçirilememektedir. (Bkz. ibid 1100 vd.).

40 Michaels (n 32) 341.

41 İşlevsel denklik yöntemine ilişkin öğretide süregelen tartışmaların, metodolojik bir tartışmanın ötesine geçerek karşılaştırmalı hukukun çok farklı alanlarındaki çeşitli anlayışları da etkilediği yönünde detaylı bilgi için bkz. Michaels (n 32) 340 vd.

42 ibid 341 vd.

43 İşlevsel denklik yöntemi savunucularının, karşılaştırmalı hukuku olgusal bir yaklaşım ile ele almaları gerekliliğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Örcü (n 10) 29.

44 Farklı hukuk sistemleri arasındaki benzerliklere odaklanan olgusal yaklaşım; söz konusu benzerliklerin, ilgili hukuk sistemi açısından bir gereklilik sonucunda mı ortaya çıktığı yoksa tamamen rastlantısal bir şekilde ilgili hukuk sisteminde mi yer edindiğini anlayabilmemiz açısından yeterli gelmemektedir. Bkz. Michaels (n 32) 364.

durumlar karşısında üretmiş olduğu çözümleri temel alarak gerçekleştirmektedir⁴⁵. Bu durum, gerek hukukun daha doğru şekilde anlaşılmasına gerekse de mahkeme kararlarının eleştirel anlamda geliştirilerek daha iyi biçimde değerlendirilebilmesine olanak sağlamaktadır⁴⁶.

İkinci olarak, karşılaştırmalı hukuku işlevsel denklik yöntemi ile özdeşleştiren anlayış; sorunların olgusal bir yaklaşım ile değerlendirilmesini, toplumda hukuka atfedilen amaç çerçevesinde açıklamaktadır. Hukuk ve toplumun, birbiri ile yakın bir ilişki içerisinde olmasına rağmen, birbirinden ayrılabilmesi olgusu unutulmadan, bu amacın benimsenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁷.

Son olarak, işlevsel denklik yöntemi bir karşılaştırma ölçütü (*tertium comparationis*) olarak kullanılmaktadır⁴⁸. Burada ifade edilmek istenen, karşılaştırma faaliyetini gerçekleştiren hukukçunun, kendi içinde yetiştiği hukuk sisteminin bakış açısıyla sınırlı olmadan, değişmez olarak ifade edilebilecek unsurlar üzerinden tarafsız bir araştırma faaliyeti yürütebilmesidir⁴⁹. Zira bir hukuk kuralını ya da kurumunu karşılaştırma faaliyetine konu eden araştırmacının, ilgili kural ya da kurumu öncelikle kendi içinde bulunduğu hukuk sisteminin değer yargıları ile kavramaya çalışması, işin doğası gereği oldukça makul bir yaklaşımdır. Burada önemli olan, karşılaştırmalı hukukçunun böylesi bir anlayış ile karşılaştırma faaliyetine başlamış olduğunun bilincinde olması ve araştırmasını tarafsız bir şekilde sürdürebilmesine olanak sağlayan unsurlar üzerinden devam ettirebilme bilinciyle çalışmasını tamamlamasıdır⁵⁰. Bu yaklaşım, sadece karşılaştırma faaliyetini gerçekleştirdiğimiz ve bize nispeten yabancı olan hukuk sistemi açısından değil, kendi içinde yetiştiğimiz hukuk sistemi bakımından da daha tarafsız değerlendirmelerde bulunabilmemize olanak sağlar⁵¹.

İşlevsel denklik yöntemi savunucularının oybirliği ile üzerinde uzlaştıkları bir husus olmamakla birlikte, bazı hukuk çevrelerinde, işlevsel denklik ölçütünün çalışmanın sonucunda bir değerlendirme ölçütü olarak da kullanılabileceği kabul edilmektedir⁵². Bu sayede, belli bir hukuki soruna ilişkin karşılaştırmaya konu edilen hukuklar arasında, hangi hukukun daha iyi işlev (*better-law approach*) gösterdiği anlaşılacaktır. Bu sayede, farklı hukuk sistemleri arasında ulaşılan çözümler içerisinde en iyi olduğu düşünülen çözümün diğer sistemler tarafından benimsenme ihtimali de değerlendirilmiş olacaktır.

Bahsi geçen tüm bu amaçlara ulaşılmasındaki temel hedef; farklı hukuk sistemlerinin benimsendiği muhtelif toplumlardaki belirli sorunlara ilişkin, uygulama açısından nasıl bir çözüm üretildiğinin tespit edilebilmesidir. Başka bir ifadeyle, işlevsel denklik yöntemi; belirli bir soruna ilişkin menfaat çatışması durumunda hangi menfaatin üstün tutulduğuna yönelik incelemesini, üretilen çözümü esas alarak gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Bu sayede, söz konusu sorunu karşılaştırma faaliyetinin

45 Oğuz (n 3) 486 vd.

46 İşlevsel denklik yöntemi ile hedeflenen amaçlara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Michaels (n 32) 364 vd.

47 ibid 342.

48 Michaels (n 32) 342; Basedow (n 2) 893 vd.

49 Zweigert and Kötz (n 1) 35; Van Hoecke (n 17) 27.

50 Van Hoecke (n 17) 27.

51 Michaels (n 32) 342.

52 Aksi yöndeki diğer yaklaşıma ilişkin bilgi için bkz. ibid 374.

yürütüldüğü hukuk sisteminde yerleşik olan dogmatik yaklaşımlardan bağımsız bir şekilde kavrama olanağına kavuşmak da mümkün olmaktadır⁵³. İşlevsel denklik yönteminin uygulanmasında, ilgili hukuki sorunun çözümüne yönelik olarak karşılaştırma faaliyetinin yürütüldüğü hukuk sistemindeki kural, kurum ve mahkeme kararlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak burada ifade edilmek istenilen, karşılaştırmalı hukuk araştırmasının hukukun yazılı kaynakları ile sınırlı tutulması gerektiği değildir⁵⁴. Zira hukukun yazılı kaynakları olarak nitelendirebileceğimiz hukuk kuralları ve mahkeme kararlarının kökenini; kültürel, sosyal, ekonomik ve özellikle ideolojik nitelikteki toplumsal hayatın dinamikleri oluşturmaktadır. Bu doğrultuda karşılaştırmalı hukuk araştırmasının başlangıç noktasını, hukuki soruna yönelik tesis edilmiş hukuk kuralı ya da mahkeme kararı değil; araştırmacının çalışması çerçevesinde çözmeyi hedeflediği hukuki sorunun toplumda üstlendiği işlev oluşturmaktadır. Bu yaklaşım çerçevesinde, işlevsel denklik yöntemi aynı zamanda karşılaştırılabilirlik faaliyetinin hangi unsurlar arasında yapılabileceğini de göstermektedir⁵⁵. Sonuç olarak karşılaştırmalı hukuk araştırmacısı, karşılaştırma faaliyetini gerçekleştirdiği hukuk sistemindeki kural ve kurumların karşılaştırma faaliyetini gerçekleştirdiği diğer hukuk sistemleri ile arasında işlevsel anlamda bir denklik bulunup bulunmadığını incelemektedir. Bir diğer ifadeyle, karşılaştırma

53 Van Hoecke (n 17) 9; Samuel (n 39) 65.

54 Jaakko Husa, 'Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?' (2003) 67(3) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 419, 423 vd. (Husa, Functionalism).

55 "Karşılaştırılabilirlik" (*comparability*) kavramı üzerindeki tartışmalar günümüzde hâlen geçerliliğini devam ettirmektedir. Bkz. Özücü (n 10) 19. "Karşılaştırılabilirlik" kavramına ilişkin tartışmanın çıkış noktasını, "karşılaştırmaya konu edilen hususların karşılaştırılabilir olması" şeklindeki totolojik olarak da nitelendirilebilecek olan fikir oluşturmaktadır. *Zweigert ve Kötz*, karşılaştırmalı hukuku, farklı hukuk sistemlerindeki "karşılaştırılabilirlik" nitelikteki hukuki sorunlara ilişkin çözümlerin karşılaştırılması olarak tanımlamışlardır. Bkz. *Zweigert and Kötz* (n 1) 34. Ancak bu tanım, "karşılaştırılabilirlik" kavramına ihtiyaç duyulan katkıyı sağlamamaktadır. "Karşılaştırılabilirlik" kavramı, pek çok dille "önemli ölçüde benzerlik ihtiva eden" ya da "çok farklı olmayan" anlamında kullanılmaktadır. Zira karşılaştırma faaliyetine konu edilen enstrümanlar arasındaki benzerlik (*similarity*), aralarında farklılık olmadığını (*lack of difference*); farklılık (*difference*) ise, aralarında benzerlik olmadığını (*lack of similarity*) göstermektedir. Dolayısıyla "karşılaştırılabilirlik" kavramı, kısmen birbirine benzeyen hukuk sistemleri, kurumları ya da kuralların bir arada değerlendirileceği durumları anımsatmaktadır. Bkz. Özücü (n 10) 20 vd. Nitekim 1900 yılında gerçekleşen Birinci Uluslararası Mukayeseli Hukuk Konferansında da ancak benzer konuların karşılaştırmalı hukuk araştırmalarına konu edilebileceği fikri üstün tutulmuştur. Öğretide de karşılaştırmaların, verilen örneklerin karşılaştırılabilir ve ulaşılan sonuçların yorumlanabilir olduğu hâllerde gerçekleştirilebileceği kanaati hâkimdir. Ne var ki, "karşılaştırılabilirlik" kavramı ile "benzerlik" kavramı aynı anlama gelmemektedir. Zira "karşılaştırılabilirlik" faaliyetine birbirinden farklı durumların konu edilebileceği ya da sadece birbirine benzeyen durumlar arasında gerçekleştirilecek karşılaştırma faaliyeti sonucunda, birtakım farklılıkların da ortaya çıkmasının ihtimal dahilinde olduğu yönündeki yaklaşım, günümüzde de kesin bir netlik kazanmamıştır. Özücü (n 10) 21. Ayrıca, karşılaştırmalı hukuk araştırmasını gerçekleştiren kişinin söz konusu araştırmayı hangi amaçla yaptığı da "karşılaştırılabilirlik" kavramı açısından ayrıca ele alınmalıdır. Öğretide Özücü, bu durumu şu örnekler ile açıklamaya çalışmaktadır: Eğer amaç, birinin diğeri karşısında ne kadar mavi olduğunun ölçülmesi ise, bu durumda Deniz ile mavi bir terlik arasında dahi karşılaştırma faaliyeti gerçekleştirilebilir. Bu yaklaşımı karşılaştırmalı hukuk açısından sürdürdüğümüzde ise, mahkemelerin uyumsuzlukları çözümlerken hangi yöntemleri benimsediği, nasıl bir anlayış doğrultusunda hüküm tesis ettiği, hükmün kesinleşmesinin ne kadarlık bir zaman dilimi içerisinde gerçekleştiğini anlayabilmek için, bir boşanma davası ile kiraya veren tarafından kiracısına karşı açılmış bir tahliye davasını karşılaştırılabilir miyiz? sorusu yöneltilebilir. Nitekim her şeyin birbiri ile karşılaştırmaya konu edilebilir olması, öğretide "karşılaştırılabilirlik" kavramı üzerinden yürütülen ve geniş ölçüde çeşitlilik gösteren tartışmanın devam etmesini engellemektedir.

faaliyetine konu edilen hukuk kuralı ya da hukuki kurumun, kendi hukuk sistemi içerisinde nasıl bir toplumsal işlev üstlendiği, araştırmacı tarafından anlaşılmasına çalışılmaktadır⁵⁶.

Somatlaştırmak gerekirse, işlevsel denklik yöntemini benimseyen bir hukukçu⁵⁷, “A hukuk sistemindeki hangi kurum, B hukuk sisteminde incelenen kuruma denk bir işlev üstlenmektedir?” sorusuna yanıt aramaktadır⁵⁸. Örneğin, A hukuk sisteminde boşanma kurumunu inceleyen karşılaştırmalı hukukçu, B hukuk sisteminde de kişiyi artık içinde bulunmak istemediği bir evlilik birliğinin bağlarından kurtaracak, denk bir işlev üstlenen bir kurum arayışında olacaktır. Öğretide *Örücü*, bu yaklaşımı “işlevsel-kuramsal” yaklaşım olarak ifade etmektedir⁵⁹. “İşlevsel-kuramsal” yaklaşımın toplumsal bir anlayış doğrultusunda ele alındığı ve söz konusu yaklaşımın diğer ayağını oluşturan hâller ise öğretide *Örücü* tarafından, “sorun çözme” yaklaşımı olarak nitelendirilmektedir⁶⁰. İşlevsel-kuramsal yaklaşımın sorun çözme ayağı, “S hukuki sorununa karşı A, B ya da C hukuk sistemlerinde hangi çözüm üretilmektedir?” sorusu ile somutlaştırılabilir. Örneğin, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek olan tarafın korunması sorunu A, B ya da C toplumunda nasıl çözümlenmiştir? Bahsi geçen hukuki sorun, yoksulluk nafakası ile, devletin sunduğu sosyal sigorta olanakları ile yahut geleneksel aile yapısı içerisindeki yardıma ihtiyacı olan eşe katkı sağlanması şeklinde çözülmeye çalışılmış olabilir⁶¹. İşlevsel denklik yönteminin, iki farklı görünümü olarak kabul edilen bu yaklaşımlar sayesinde karşılaştırmalı hukukçu, işlevsel açıdan denk özellikler ihtiva eden ya da aynı sorunun çözümüne ilişkin benzer görevler üstlenen kurumları değerlendirerek, karşılaştırma faaliyetini gerçekleştirdiği toplumların hukuk sistemleri arasında benzerlik olup olmadığına karar verebilecektir⁶². Ne var ki, karşılaştırma faaliyetinin konusunun, muhtelif hukuk sistemlerindeki kural, kurum ya da mahkeme kararlarının karşılaştırılması yerine; söz konusu sorunun toplumda nasıl çözümlendiği üzerine yöneldiği durumlarda, işlevsel bakımdan denklik yönteminin tek başına uygulanması yeterli olmayacaktır⁶³.

Ayrıca, karşılaşılan sosyal sorunların dünyanın her yerinde benzer olduğu yönündeki anlayış, ancak sosyo-ekonomik yapılanmanın birbirine paralel bir gelişim gösterdiği toplumlar açısından iyimser bir varsayım olarak kabul edilebilir⁶⁴. Tarihsel açıdan hukuk sisteminde farklı bir yapılanmanın esas alındığı ya da ideolojik motiflerin veya dini değerlerin hukuk öğretilerinde rol oynadığı toplumlarda ortaya çıkan sosyal sorunları, dünyanın diğer coğrafyalarında karşılaşılan sorunlar ile benzer nitelikte kabul etmek, her durum için geçerli bir yaklaşım olmayacaktır⁶⁵. Nitekim, işlevsel denklik yönteminin karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında esas alınması gerektiğini kabul eden yaklaşım da bu durumun bilincindedir ki; tüm toplumlar bakımından evrensel şekilde çözümlenme eğilimi olan

56 Husa, Functionalism (n 54) 423 vd.

57 Örücü (n 10) 29.

58 ibid 29.

59 ibid 29.

60 ibid 29.

61 Örücü, Eski ve Yeni (n 2) 85.

62 ibid 85.

63 Van Hoecke (n 17) 10.

64 Van Hoecke (n 17)10; Oğuz (n 3) 496 vd.

65 Oğuz (n 3) 497.

olayları ağırlıklı olarak karşılaştırma faaliyetine konu etmektedir⁶⁶. Kendine özgü nitelik gösteren diğer durumlarda ise, ilgili hukuki soruna ilişkin üretilen çözümü, kanuni çerçevesinden tamamen ayırıp ya da söz konusu çözümün bir arada ele alınmasını gerektiren sosyo-ekonomik ya da tarihsel bağlamından çıkararak, işlevsel denklik yöntemi çerçevesinde karşılaştırma faaliyetine konu etme imkânı bulunmamaktadır⁶⁷. Böylesi durumlarda, karşılaştırmalı hukukçunun aşağıda ele alınmaya çalışılacak olan diğer yöntemlerden de istifade etmek suretiyle araştırma alanını genişletmesi gerekmektedir.

İşlevsel denklik yönteminin, belirli bir hukuki soruna ilişkin farklı sistemlerde getirilmiş çözümleri değerlendirirken, söz konusu çözümleri ilgili hukuk sisteminin kültürel bağlamından mümkün olduğunca ayrı bir şekilde ele alan yapısı; bu yöntemi, diğer yöntemlere kıyasla daha kolay uygulanabilir bir hâle getirmektedir⁶⁸. Karşılaştırmalı hukuk çalışmasını yürütürken karşılaşma ihtimali oldukça çok olan güçlükleri, çalışmanın başında benimsediğiniz yöntem sayesinde azaltmış olmak, söz konusu alanda araştırma yapmak isteyen pek çok hukukçu bakımından, işlevsel denklik yönteminin daha çok tercih edilmesini sağlayabilir. Ayrıca, aşağıda ele alınacak olan hukukun kendi bağlamı içerisinde anlaşılmasına ya da tarihsel yaklaşıma kıyasla, işlevsel denklik yöntemi; araştırmacının daha yaratıcı bir çalışma gerçekleştirmesine uygun olan ortamı da kendisine sağlamaktadır⁶⁹. Ne var ki, bu durum aynı zamanda söz konusu yöntemin benimsendiği çalışmaların ilgili hukuki soruna ilişkin açıklayıcılık açısından daha sınırlı kalmasına da yol açmaktadır.

B. YAPISAL YÖNTEM

İşlevsel denklik yöntemi, farklı hukuk sistemlerinde üretilen çözümlerin sadece belirli hukuki sorunlar ile sınırlı olmak koşuluyla birbirleriyle karşılaştırılabilmesine olanak sağlamaktadır. Bir başka ifadeyle, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında işlevsel denklik yöntemi, sadece mikro-karşılaştırma olarak nitelendirilen aşamaya ilişkin çözüme ulaşmamıza imkân vermektedir. Yapısal yöntem (*structural method*) ise, hukuk sistemleri arasında daha bütüncül bir yaklaşım ile gerçekleştirilecek olan karşılaştırma faaliyetlerine yönelik çözüm üretilmesini hedeflemektedir. Örneğin, hukuk sistemleri çeşitli ölçütler doğrultusunda hukuk ailelerine ayrılırken, yapısal yöntemden istifade edilmektedir. Yapısal anlamda yeterli derecede ortak özellik ihtiva eden farklı hukuk sistemleri, aynı hukuk ailesinin üyesi olarak kabul edilirler⁷⁰. Somutlaştırmak gerekirse, iç hukuklarında birbirinden

66 Michele Graziadei, 'The Functionalist Heritage' in Pierre Legrand and Roderick Munday (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transition* (Cambridge University Press 2003) 108 vd.

67 Van Hoecke (n 17) 10.

68 Van Hoecke (n 17) 11.

69 Van Hoecke (n 17) 11.

70 Van Hoecke (n 17) 12; Basedow (n 2) 888. Elbette, tarihsel gelişmeler ve bunun yol açtığı değişimler sonucunda hukuk sistemlerinin, mensubu oldukları hukuk ailesi değişebilir. Örneğin, Türk hukuku, Osmanlı İmparatorluğu zamanında İslam hukuku (dinsel) grubunda iken, Tanzimat'tan sonra, karma sistemlerden olmuş, cumhuriyetin ilanından sonra ise, Kara Avrupası grubuna geçmiştir. Bir hukuk sisteminin içinde bulunduğu grubu belirleyen unsurlarla ilgili detaylı bilgi için bkz. Esin Örucü, 'Karşılaştırmalı Hukukçu Gözüyle İskoç Hukuk Sistemi' (1990) 18 İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 71, 72. (Örucü, Karşılaştırmalı). Öğretide *Oğuz'a* göre, iki farklı hukuk düzeni aynı tipik yapı ve özelliklere sahip ise, söz konusu düzenler arasında bir akrabalık ilişkisinden bahsetmek mümkün olabilir. Bu

çok farklı düzenlemeler gerçekleştirmiş olan hukuk sistemleri, Kara Avrupası'nda hâkim olan civil law hukuk anlayışı ve hukuki düşünme yöntemini benimsemiş olmaları sebebiyle, aynı hukuk ailesinin üyesi olarak kabul edilirler. Yahut aralarında önemli yaklaşım farklılıkları olmakla birlikte, köken itibarıyla Roma hukukuna dayanan hukuk sistemleri de yine yapısal yöntem sayesinde kendi içlerinde bir bütünlük arz etmekte ve özel hukuktaki yapılanması, Roma hukukuna dayanmayan diğer sistemlerden ayrılmaktadır⁷¹.

Yapısal yöntem sayesinde araştırmacı, karşılaştırma faaliyetine konu edilen hukuk sistemini hem söz konusu sistemin içerisinde yetişmiş hem de sisteme dışarıdan bakan bir hukukçu gözüyle değerlendirme olanağına sahip olur⁷². Bu sayede, söz konusu sistemin içerisinde yetişmiş bir hukukçu bakış açısıyla öncelik hem hukuk norm ve kurallarına verilirken; hem de sistemi dışarıdan değerlendiren bir hukukçu bakış açısı sayesinde; araştırmacı, bir toplum bilimci gibi hareket ederek yasal çoğulculuk açısından da ilgili sistemi değerlendirebilme imkânını haiz olur⁷³.

Somutlaştırmak gerekirse, toprak hukuku ile ilgili dünya genelindeki tüm hukuk sistemlerini karşılaştırma faaliyetine konu etmeyi planlayan ve ilgili hukuk sistemlerinde üretilen çözümler doğrultusunda hukuk sistemlerini gruplandırmayı hedefleyen bir çalışma yapılacağını düşünelim. Böylesi bir çalışmada, araştırmacı ilk olarak Kara Avrupası hukuk sistemi ile common law hukuk sistemine dayalı temel bir ayırım gerçekleştirmeyi seçebilir. Bazı araştırmacılar ise, kamu hukuku ve özel hukuk ayırımına dayanarak çalışmalarına başlamayı tercih edebilir. Zira, 20. yüzyılda Doğu Avrupa ülkelerinde hâkim olan sosyalist ya da komünist anlayış, üretim araçları üzerindeki tasarruf yetkisini sorununu, kamu hukuku ile irtibatlandırmaktaydı. Bireylerin özel mülkiyetine izin vermeyen anlayışı, hukuk sistemi bakımından birbirine pek benzemeyen ve aynı hukuk ailesi içerisinde nitelendiremeyeceğimiz ülkelerin konuya ilişkin yaklaşımları çerçevesinde değerlendirirsek; Birleşik Krallık bakımından sadece teorik bir anlam taşımakla birlikte Kraliçe'nin resmi olarak tüm toprak parçasına sahip olması, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde ise vatandaşların özel mülkiyet hakkına sahip olmasına rağmen, şirketlerin ve yabancıların sadece yirmi beş yıl süre ile benzer nitelikteki hak ve yetkilere sahip olabilmesi ve Çin Halk Cumhuriyeti'nde ise, devletçi bir anlayış ile yine özel mülkiyetin çok sınırlı bir şekilde bireylere tanınması hâli, birbiriyle karşılaştırılabilir niteliktedir⁷⁴.

Hukuk çevrelerinde Kara Avrupası hukuk sistemi ile common law hukuk sistemine dayanan yerleşik ayırım, özel mülkiyete izin verilen toplumlar açısından mikro düzeyde bir karşılaştırma gerçekleştirilmesine imkân sunmakla birlikte; dünya genelindeki bütün hukuk sistemlerini alışkın olduğumuz bu ayırım doğrultusunda tasnif etme imkânı bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bir hukuk sisteminin hangi grupta bulunduğuyla ilişkin geliştirilen, sisteme özelliğini veren ve sisteme özgü

tipik yapı ve özelliklerin neler olabileceği ise, tanımlayıcı diğer unsurların belirlenmesi yoluyla açıklanacaktır. Akrabalık ilişkilerinin kurulması sonrasında ise, hukuk aileleri ve hukuk çevrelerinin oluşacağı yönünde bkz. Oğuz (n 3) 481, 484.

71 Van Hoecke (n 17) 12; Samuel (n 39) 96 vd.

72 Samuel (n 39) 106.

73 Yasal çoğulculuk yaklaşımının temelinde, devletin yasa yapabilen tek yetkili olmadığı ve sosyal düzenin, genellikle çeşitli normatiflik kaynaklarına dayandığı varsayımı yer almaktadır. Bu bakış açısı, araştırma faaliyetine konu edilen toplumlar hakkında daha derinlikli bilgi sahibi olunmasının önemini göstermektedir. Bilgi için bkz. Özücü, Eski ve Yeni (n 2) 90.

74 Toprak hukuku üzerinden verilen söz konusu örnek için bkz. Van Hoecke (n 17) 12.

hukuki düşünce biçiminin nasıl yapılandığından hareket eden ölçütler, çoğu zaman sadece özel hukuk çerçevesinden ele alınmaktadır. Hatta söz konusu ölçütler bir hukuk sisteminin hangi gruba ait olduğuna ilişkin bütüncül bir değerlendirme yapılmasına dahi her durumda olanak vermemekte; ilgili hukuki sorunun, aile hukukuna mı, toprak hukukuna mı, ya da miras hukukuna mı ilişkin olduğunun tespiti doğrultusunda ayrıca bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulmaktadır. Bu yaklaşım çerçevesinde yukarıda verdiğimiz örneği yeniden ele almak gerekirse, Birleşik Krallık, Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Çin Halk Cumhuriyeti'nin mülkiyet hakkına ilişkin yaklaşımlarının kendi içlerinde bir hukuki grup oluşturabileceği yönünde bir çıkarım yapılabilir⁷⁵. Bu durum, muhtelif ayırım ve ölçütlerden istifade edilerek gerçekleştirilecek bütünsel değerlendirmeler sonucunda, hukuk sistemleri arasında belirgin derecede kesin bir nitelik gösteren ve oldukça ilginç sonuçlara ulaşmamıza olanak sağlayabilir⁷⁶.

C. ANALİTİK YÖNTEM

Hukuk sistemleri, çeşitli hukuki kurumlar altında farklı nitelikteki pek çok yasal hakkı ihtiva ederler. Örneğin, mülkiyet hakkı, sahibine şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarruf etme imkânını vermektedir. Mülkiyet hakkının daha derinlemesine ele alınması hâlinde ise, farklı hukuk sistemleri çerçevesindeki intifa hakkına, oturma hakkına ya da irtifak haklarına ilişkin düzenlemeler arasındaki benzerlik yahut farklılıkları daha doğru şekilde tespit etme olanağına sahip oluruz. Somutlaştırmak gerekirse, common law hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerde oldukça yaygın bir uygulama alanına sahip olan ve mülkiyetin bölünmesi esasına dayanan *trust* kurumunun, Kara Avrupası hukuk sistemine oldukça yabancı olduğu düşünülebilir. Zira bu yapı sayesinde, *trust*'in konusunu oluşturan malvarlığı unsurlarının mülkiyeti inançlı mülkiyet esası çerçevesinde güvenilen kişide bulunurken; söz konusu unsurların güvenilenin kendi malvarlığından ayrı, özel bir malvarlığı oluşturması gerekmektedir⁷⁷. Ne var ki, *trust* yapısını Türk hukukundaki kurumlar ile analitik yöntem çerçevesinde karşılaştırdığımızda; Sermaye Piyasası Kanunu'nun 31/B maddesinin 6. fıkrasında yer alan yapının⁷⁸, *trust* olarak nitelendirilebilmesi için gereken zemini sağladığı söylenebilir⁷⁹.

Analitik yöntem, farklı hukuk sistemleri arasındaki benzerlik ya da farklılıkların derin bir yaklaşım çerçevesinde daha iyi anlaşılmasını hedeflemektedir. Bu sayede, kültürel bağlamda birbirinden

75 Van Hoecke (n 17) 12 vd. Aynı ölçütler ile kamu hukuku açısından bir değerlendirme yapılması gerektiğinde, devletin yönetim şekli, üniter mi federal bir yapıda mı olduğu, anayasa mahkemesinin yetkileri, insan hak ve özgürlüklerine ilişkin genel yaklaşımı vb. nitelikteki pek çok ölçütün daha bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir. Bkz. ibid 12 vd.

76 ibid 12 vd.

77 Göçke Kurtulan Güner, *Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi* (On İki Levha 2020) 109 vd.

78 Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, RG 30.12.2012/28513. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 31/B maddesinin 6. fıkrası; "*Teminat konusu varlıklar, teminat yöneticisinin mal varlığından ayırdır ve ayrı izlenir. Teminat konusu varlıklar, teminat yöneticisinin borçları nedeniyle kamu alacakları için olsa dahi haczedilemez, rehnedilemez, iflas masasına dâhil edilemez ve üzerlerine ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konulamaz*" şeklindedir.

79 Göçke Kurtulan Güner, "Türk Hukuku için Yeni (?) Bir Kurum: Teminat Yöneticisi" (İstanbul 2021) <<https://law.khas.edu.tr/tr/turk-hukuku-icin-yeni-bir-kurum-teminat-yoneticisi>> Erişim Tarihi: 10.08.2021.

oldukça farklı bir yapı ihtiva eden hukuk sistemlerinin dahi, karşılaşılan hukuki sorunları kendi yapısı içerisinde en elverişli şekilde nasıl çözümlendiği açıklanabilecektir⁸⁰.

D. HUKUKUN KENDİ BAĞLAMI İÇERİSİNDE ANLAŞILMASI YÖNTEMİ

1900 yılında gerçekleşen Birinci Uluslararası Mukayeseli Hukuk Konferansı sonrasında, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında uygulanabilecek yöntemler, öğretilerde bazı araştırmacılar tarafından temel itibarıyla ikiye ayrılarak ele alınmıştır⁸¹. Bu yöntemlerden ilki, hukuk kuralını esas alan yöntem (*rule oriented method*), diğeri ise, hukukun kendi bağlamı içerisinde anlaşılmasını (*the law in context method*) esas alan yöntemdir⁸². Öğretilerde yapılan bu ikili ayrım, yukarıda ele aldığımız diğere yöntemleri dışlamadığı gibi, söz konusu yöntemleri de bu ikili tasnif altında değerlendirmenin gerekliliğine inanmaktadır.

Hukukun kendi bağlamı içerisinde anlaşılmasına öncelik veren yöntem, bir dizi ihtimali bir arada değerlendirerek ilgili hukuki soruna ilişkin üretilen farklı çözümleri karşılaştırmaktadır. “Hukukun kendi bağlamı içerisindeki” ifadesi ile, tarihsel, sosyolojik, antropolojik, psikolojik ya da benzer nitelikteki hukuk dışı diğere disiplinlerin de söz konusu hukuki sorunun çözümünde bir ölçüt olarak değerlendirilmesi gerekliliği kastedilmektedir. Elbette, burada da öncelikli olarak karşılaştırma faaliyetine konu edilen hukuk kuralını ya da hukuki kurumu, yürürlükte olan yasal düzenlemeler, mahkeme kararları⁸³ ve hukuk öğretisi çerçevesinde ele almak gerekmektedir. Ne var ki, burada karşılaştırma faaliyeti, yasal düzenlemeler ve mevcut uygulama ile sınırlı kalmamakta; yukarıda bahsi geçen bir dizi disiplin ile ihtiyaç duyulan diğere disiplinlerden de istifade edilerek ilgili hukuki sorun ayrıca değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda karşılaştırmalı hukuk araştırmacısı, öncelikle tecrübesi doğrultusunda çalışmasında benimsemeyi tercih ettiği yöntemi belirlemelidir. Sonrasında ise, edindiği bilgiyi, zamansal bir sınırlama içerisinde bulunup bulunmadığı ve hedeflenen bilgiye ulaşmasını sağlayacak mali olanakların yeterliliği çerçevesinde, diğere disiplinlerin de yardımıyla en doğru şekilde kullanarak çözüme ulaştırmalıdır⁸⁴. Hukukun kendi bağlamı içerisinde anlaşılması

80 Analitik yöntem ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Van Hoecke (n 17) 13 vd.

81 Husa (n 20) 1098. Yazar, karşılaştırmalı hukuk araştırmasına ilişkin öğretilerde üzerinde uzlaşmış herhangi bir tanımın verilemeyeceğini belirtmekle beraber; common law ve Kara Avrupası hukuk sistemlerinde karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında uygulanacak yöntemlerin de arz ettikleri farklılıklar nedeniyle birbirinden ayrıştırılabileceğini belirtmektedir. Bkz. ibid 1098. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. dpn. 39.

82 Husa (n 20) 1098.

83 Mahkeme kararlarının karşılaştırma faaliyetine konu edilmesi bakımından dikkat edilmesi gereken husus ise, toplum içinde yaşayan hukukun doğru bir şekilde anlaşılabilmesi açısından mahkeme kararlarının önemli olduğu, ancak her zaman için yeterli olmadığı hususudur. Zira bazı hukuki sorunların varlığı toplumdan topluma değişiklik gösterebilir ve her toplumda aynı tür sorunlarla karşılaşılması muhtemel olmayabilir. Ya da ilgili toplumda söz konusu hukuki sorunun nasıl çözümlenmesi gerektiği herkesin bilgisi dahilinde olduğundan, bu konuda ortaya çıkan uyumsuzluklara ilişkin yargı sistemine müracaat edilmesine gerek kalmıyor olabilir. Öğretilerdeki bu yaklaşım, Van Hoecke tarafından şu şekilde betimlenmiştir: Mahkemeler, toplumsal düzenin sağlanması bakımından birer hastane gibi görev yaparlar. Bu nedenle, sadece hasta olanlar mahkemeye başvururlar; sağlıklı olanlara ilişkin herhangi bir mahkeme kaydına rastlanmaz. Dolayısıyla, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında hukuku kendi bağlamı içerisinde anlamaya çalışan yöntem; mahkeme kararlarını, toplumsal açıdan da ayrıca değerlendirdikten sonra hukuksal gerçekliğe ulaşabilir. Detaylı bilgi için bkz. Van Hoecke (n 17) 17 vd.

84 Van Hoecke (n 17) 17.

yöntemi, öğretide *Sacco* tarafından, “hukuku biçimlendirici” bir nitelik arz eden tüm unsurların bir arada değerlendirilmesi sonucunda ancak mevcut sistem hakkında en doğru bilgiye sahip olabileceğimiz yaklaşımı üzerine şekillendirilmiştir⁸⁵. Bu doğrultuda, yasa koyucu tarafından çıkarılan anayasa dahil tüm yasal düzenlemeler, mahkeme kararları ve hukuk öğretisi gibi açıkça belirtilmiş unsurlar dışında, her zaman açıkça belli olmayan ve ilgili toplumda hâkim olan anlayış doğrultusunda değişebilen ya da gelişebilen unsurlar da hukukun yorumlanmasında ve uygulanmasında büyük role sahiptir⁸⁶.

Sonuç olarak, hukukun kendi bağlamı içerisinde anlaşılmasına ilişkin yöntem, ilgili hukuki sorun bakımından hukukun nasıl anlaşılması, yorumlanması ve uygulanması gerektiği açısından önemli bir kaynak teşkil etmektedir⁸⁷. Söz konusu yöntem, ilgili hukuk sistemi içerisinde karşılaştırmaya konu edilen hukuki sorununun neden kaynaklandığını ve ulaşılan çözümün de halihazırda neden böyle olduğunu anlamamıza olanak sağlamaktadır.

Öğretide *Van Hoecke*'ye göre, hukukun kendi bağlamı içerisinde anlaşılmasına ilişkin yöntem, çoğu zaman diğer yöntemlerden ayırt edilemeyecek kadar onları tamamlayıcı bir nitelik arz etmektedir⁸⁸. Bu yaklaşım doğrultusunda karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında uygulanabilecek olan diğer yöntemleri de değerlendirdiğimizde, özellikle işlevsel denklik yönteminin ele aldığı hukuki soruna kendi bağlamı içerisinde bir çözüm üretmeye çalıştığı söylenebilir. Nitekim öğretide *Örücü*, hukukun kendi bağlamı içerisinde anlaşılması yöntemini, hukukun toplumsal bir anlayış doğrultusunda ele alınması olarak nitelendirmekte ve yukarıda da belirtildiği üzere bu durumu, işlevsel yöntemin bir çeşidi olarak görmektedir⁸⁹. Dolayısıyla, karşılaşılan toplumsal nitelikte bir sorunun; işlevsel denklik yöntemi çerçevesinde hangi hukuki kurum altında değerlendirileceğinin tespiti de bir dereceye kadar hukukun kendi bağlamı içerisinde anlaşılması gerekliliğine ilişkin yöntemden faydalanılarak, çözüme ulaştırılmaktadır⁹⁰. Benzer şekilde, yapısal yöntem ve analitik yöntem de çoğu zaman türdeş ihtiyaçlardan ötürü, hukukun kendi bağlamı içerisinde anlaşılması yönteminden istifade etmektedir⁹¹.

E. TARİHSEL YÖNTEM

Tarihsel yöntem, hukukun kendi bağlamı içerisinde anlaşılmasına ilişkin yöntemin bir görünümü olarak nitelendirilmektedir. Nitekim tarihsel yöntem çerçevesinde, bir hukuk kuralının ya da hukuki kurumun gösterdiği işlevin halihazırda doğru bir şekilde anlaşılabilmesi, söz konusu kural ya da

85 Rodolfo Sacco, ‘Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law’ (1991) *American Journal of Comparative Law* (part II) 343, 384 vd.

86 ibid 386 vd.

87 Van Hoecke (n 17) 17.

88 ibid 16.

89 Örücü (n 10) 25.

90 Van Hoecke (n 17) 16.

91 ibid 16.

kurumun tarih boyunca nasıl bir değişim ya da gelişim gösterdiğine bağlanmıştır⁹². Karşılaştırmalı hukuk araştırmacılarının, hukuk tarihi ile ilgili ihtiyaç duyabilecekleri bilgiyi temin etmeleri, yukarıda bahsi geçen diğer yöntemlere kıyasla daha kolaydır⁹³. Zira tarihsel yöntem, çoğu zaman hukuk dışı disiplinlerden olan ekonomi, sosyoloji, psikoloji vb. diğer disiplinlerden istifade ettiği bilgileri de kendi içinde içselleştirerek okuyucuya sunduğu için; araştırmacıya hem tarihsel hem de diğer disiplinler bağlamında hukuki sorunu bütüncül bir şekilde, adeta kendi bağlamı içerisinde anlayabilme fırsatını sunar⁹⁴.

Tarihsel yöntem sayesinde, sadece yürürlükte olan hukukun şimdiki durumuna nasıl ulaştığına ilişkin bilgi sahibi olmayız. Aynı zamanda, benzer yönde anlayışların farklı hukuk sistemlerinde de geçmişte benimsenip benimsenmediğini; eğer benimsendiyse de bu eğilimin günümüzde hâlen devam edip etmediğini ve buradaki değişim ya da gelişimin kaynağını da öğrenme imkânına sahip oluruz⁹⁵. Somutlaştırmak gerekirse, İngiliz, Fransız ve Alman hukuk sistemlerinde sözleşmenin yorumu birbirinden farklı şekilde anlaşılmaktadır. Örneğin, İngiliz hukukunda sözleşmenin metni (*as it appears from the text of the contract*) esas alınırken; Fransız hukukunda, sözleşenlerin gerçek iradesi (*the will of the contracting parties*) sözleşmenin yorumunda temel alınmaktadır. Alman hukukunda ise, İngiliz hukukunda benimsenen objektif yaklaşım ile Fransız hukukunda egemen olan sübjektif yaklaşımın arasında, adeta hem objektifleştirilmiş bir sübjektif anlayışın hem de sübjektifleştirilmiş bir objektif anlayışın benimsendiği söylenebilir⁹⁶. Zira Alman hukukunda, ilgili sözleşmeyi okuyan makul bir üçüncü kişinin sözleşmeye atfedeceği anlam (*the meaning a reasonable outsider would assume to be meant*) esas alınmaktadır. Konuyu tarihsel yaklaşım çerçevesinde değerlendirdiğimizde ise, Fransız hukukuna egemen olan sübjektif anlayışın, 19. yüzyılın ikinci yarısına kadar Alman ve İngiliz hukuklarında egemen yaklaşım olduğu ve 18. yüzyılın sonundan itibaren de Fransız hukukunda objektif anlayışın yaygınlaşmaya başladığı görülmektedir⁹⁷. Dolayısıyla gerek objektif gerekse de sübjektif anlayışın, yakın dönem tarihinde söz konusu ülkelerin tamamında hâkim olmuş

92 ibid 18.

93 Zira bir hukuk kuralı ya da hukuki kuruma ilişkin gerçekleştirilen araştırmada, yabancı kaynaklarda çoğunlukla söz konusu kural yahut kurumun hangi ihtiyaçtan kaynakladığı ve nasıl bir süreç içerisinde geliştiği, çalışmanın başlangıç kısmında ayrı bir bölümde ele alınmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının özellikle geçtiğimiz yirmi yıl içerisinde giderek önem kazandığı ve 2013 yılı itibarıyla Oxford Üniversitesi'nin Karşılaştırmalı Hukuk Tarihi (*Comparative Legal History*) ile ilgili çalışmaları ayrı bir dergide yayınlamaya başlamış olmasının, konuya atfedilen değer in önemli bir göstergesi olduğuna ilişkin bkz. ibid 18 ve dpn. 23.

94 ibid 19.

95 ibid 19.

96 İlgili örneğin, Fransız, İngiliz ve Alman hukuk sistemlerinde karşılaştırılmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Mark Van Hoecke, 'Deep Level Comparative Law' in Mark Van Hoecke (ed), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (2004) 178 vd. (Van Hoecke, Deep).

97 Sözleşmenin yorumlanmasındaki farklılıklara dikkat çeken örnek ile ilgili detaylı bir değerlendirme için bkz. Van Hoecke (n 17) 19, 23 vd.; Van Hoecke, Deep (n 96) 179 vd. Sözleşmelerin yorumuna ilişkin Fransız, İngiliz ve Alman hukuk sistemlerinde farklı anlayışların hâkim olmasında, aynı zamanda söz konusu toplumlarda, sözleşme kavramına atfedilen anlamı nasıl algılamamız gerektiği, bireysel özgürlükler ile alışveriş güvenliği arasında kurulmaya çalışılan dengede hangisine öncelik verildiği, hâkimin ilgili uyuşmazlıklarda ne kadar etkin bir görev üstlendiği gibi birçok farklı tartışmanın da doğrudan ya da dolaylı katkısının bulunduğu ilişkin bkz. Van Hoecke, Deep (n 96) 189.

olması; söz konusu teorilerin ilgili hukuk sistemlerine olan bağılıklarını değil, belirli bir tarihsel döneme olan bağılıklarını göstermektedir⁹⁸.

Geçen zaman içerisinde birbiri ile sürekli olarak bir rekabet içerisinde bulunan subjektif ve objektif yaklaşımlar arasında, birinin diğerine kıyasla üstün gelmesi hususunda Fransız, İngiliz ve Alman hukuklarındaki tarihsel sıralamanın, farklılık gösterdiği anlaşılmaktadır. Sonuç olarak, tarihsel yöntem sayesinde hukuk sistemleri arasındaki benzerlik ve farklılıkların, daha derinlemesine incelenmesi olanağına kavuşulmaktadır.

III. SONUÇ

Bu çalışmada, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında başvurulabilecek belli başlı yöntemleri genel özellikleri itibarıyla ele almaya çalıştık. Öncelikle, söz konusu yöntemleri öne çıkan özellikleri çerçevesinde kısaca değerlendirmek; sonrasında ise, konuya ilişkin öğretilere ileri sürülen eleştirilere mümkün olduğunca yer vermek istemekteyiz. Ancak belirtmek isteriz ki, uygulanacak yöntem konusunda getirilen eleştiriler esas itibarıyla karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının merkezinde bulunan işlevsel denklik yöntemine ilişkindir.

İşlevsel denklik yöntemi, halihazırdaki hukuki sorunu merkeze alarak; söz konusu sorunun farklı yargı çevrelerinde nasıl bir hukuki yol çerçevesinde çözümleneceğini ve bu doğrultuda, elde edilen sonuçların birbiri ile benzerlik mi farklılık mı ihtiva ettiği üzerine yoğunlaşmaktadır⁹⁹. Analitik yöntem ise, içinde yetiştiğimiz hukuk sistemi bakımından ilk bakışta alışılmadık özellikler ihtiva eden hukuk kural ve kurumları ile kendi hukuk sistemimiz arasında gerçekleştirilen karşılaştırma faaliyetinde, temel kavramlar üzerinden benzerliklerin ya da farklılıkların nasıl ele alındığının anlaşılmasına olanak sağlamaktadır¹⁰⁰. Yapısal yöntem ise, hukukun kendi çerçevesi içerisinde değerlendirilen ya da analitik yöntem sayesinde yeniden yapılandırılmış unsurlarına odaklanmaktadır. Burada kastedilen, karşılaştırma faaliyetine konu edilen her bir hukuk sisteminin yapısal anlamda ele alınması değil; araştırma konusu hukuki sorunun, yapısal anlamda açıklığa kavuşturulmasıdır. Tarihsel yöntem ise, karşılaştırmalı hukuka ilişkin bahsi geçen tüm yöntemler açısından tamamlayıcı bir işleve sahiptir. Hukuk sistemleri arasında tespit edilen benzerlik ve farklılıkların, öteden beri süregelen kültürel bir geleneğe mi yoksa tamamen tarihsel rastlantılara mı dayandığını, bu yöntem sayesinde öğrenebiliriz. Hukukun kendi bağlamı içerisinde anlaşılmasını sağlayan yöntem ise, her ne kadar tarihsel yöntem ile büyük bir etkileşim içerisinde olsa da, temel itibarıyla hukukun kültür, ekonomi, psikoloji vb. hukuk dışı disiplinlerle olan bağlamını sosyal anlamda incelemektedir. Hukukun kendi bağlamı içerisinde anlaşılmasını esas alan yöntem, bahsi geçen disiplinlerden elde edilen çözümlenmeleri işlevsel ya da analitik yöntemle kıyasla daha kapsamlı bir şekilde değerlendirmektedir¹⁰¹.

98 ibid 189.

99 Van Hoecke (n 17) 28.

100 ibid 28.

101 Söz konusu yöntemlere ilişkin genel bir değerlendirme için bkz. ibid 28 vd.

Peki karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında uygulanabilecek yöntemleri yukarıda bahsi geçen yöntemler ile sınırlı tutabilir miyiz? Söz konusu yöntemler açısından sınırlı sayı ilkesinin hâkim olduğu söylenemez. Ancak, gerçekleştirilecek araştırmanın konusu ve kapsamı doğrultusunda söz konusu yöntemlerden kimi zaman tek başına kimi zaman ise farklı yöntemlerin birleşimi doğrultusunda bir arada yararlanmak suretiyle gerçekleştirilecek karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının, daha verimli sonuçlara ulaşılmasını sağlayabileceği söylenebilir. Bu kapsamda, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarını ayrı bir bakış açısıyla yorumlayabilmek açısından hukuk iktibasına ilişkin gerçek deneyimlerden yararlanılabiliyor yararlanılamayacağı sorusu aklımıza gelebilir. Hukuk iktibas, karşılaştırmalı hukuk araştırmaları bakımından bir amaç ya da sonuç olarak değerlendirilebilir; ne var ki hukuk iktibas deneyimi, özü itibarıyla ayrı bir yöntem olarak değerlendirilmemelidir¹⁰². Zira bir hukuk sistemi bakımından başarılı kabul edilebilecek bir hukuk iktibas modeli, bir başka hukuk sistemi açısından başarılı olmayabilir. Örneğin Kara Avrupası hukuk sistemindeki aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin, Afrika'daki sömürgecilik faaliyetleri sırasında pek çok Afrika ülkesi tarafından iktibas edilmesi, kültürel ve sosyal farklılıkların derinliği sebebiyle başarılı olmayan bir hukuk iktibas deneyimi olarak öğretilde kabul edilmektedir¹⁰³. Nitekim öğretilde *Van Hoecke*'ye göre, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından yararlanmak isteyen ancak bunu belirli bir yöntem doğrultusunda gerçekleştiremeyecek toplumlar, uygulamada hukuk iktibasına daha çok başvurmaktadırlar¹⁰⁴. Buna rağmen, uygulamada başarılı olan hukuk iktibas çalışmaları da vardır; fakat bu çalışmalarda, esas itibarıyla hukukun kendi bağlamı içerisinde anlaşılmasını sağlayan yöntemden istifade edildiği anlaşılmaktadır¹⁰⁵.

Zweigert/Kötz'ün, işlevsel denklik yönteminin karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında uygulanabilir olmasını sağlayan ve bu yöntemin adeta bir düşünce şekli olarak benimsenmesinde ve öğretilde tanıtılmasında büyük katkıları olan çalışmaları, konuya ilişkin yayınlanmış ilk eser olmasından ötürü büyük önem arz etmektedir¹⁰⁶. Öğretilde pek çok yazar tarafından yüceltilen ve karşılaştırmalı hukuk ile büyük ölçüde özdeşleştirilen söz konusu yöntem, aynı zamanda yoğun eleştirilere de maruz kalmıştır.

Bu doğrultudaki eleştirilerin ilk ayağını, işlevsel denklik yönteminin öğretilde kabul edilen genel tanımındaki unsurlar oluşturmaktadır. İşlevsel denklik yöntemindeki temel anlayış, araştırma konusu hukuki soruna ilişkin çeşitli hukuk sistemlerinde muhtelif kural ya da kurumlar öngörülmesi olmasına ve söz konusu kural yahut kurumlar tarafından; ilgili hukuki sorunun farklı yollardan çözüme ulaştırılmasına rağmen, sunulan çözümün pratik açıdan benzer olduğuna ilişkin varsayıma

102 ibid 30.

103 Ayrıntılı bilgi için bkz. Mark Van Hoecke, 'Family Law Transfers from Europe to Africa: Lessons for the Methodology of Comparative Legal Research' in John Gillespie and Pip Nicholson (eds), *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers* (2012) 273 vd. (Van Hoecke, Family).

104 Van Hoecke (n 17) 30.

105 ibid 30.

106 Ne var ki öğretilde *Husa*'ya göre; *Zweigert/Kötz*, *Rabel* tarafından geliştirilen işlevsellik yöntemine ilişkin metodolojik talimatları en yalın hâliyle takip etmekle yetinmiş ve söz konusu yöntemi, hukuk disiplinine uygularken önemli nitelikte bir katkı sağlamamışlardır. Bkz. *Husa* (n 20) 1108.

dayanmaktadır¹⁰⁷. Her ne kadar farklı toplumlara esas teşkil eden kültürel yapı, benzer sorunların benzer bir şekilde yapılandırılmasına olanak sağlayabileceği gibi, farklı bir şekilde yapılandırılmasına da olanak sağlayabilir. İşlevsel denklik yönteminin temelini oluşturan bu yaklaşım, karşılaştırılabilir konuların daha sınırlı bir hâl almasına; etik değerler, siyasi ideolojiler, kültürel farklılıklar ve dini inanışların etkisi sonucunda, hukukun pek çok alanında söz konusu yöntemin uygulanamamasına yol açtığı için eleştirilmektedir¹⁰⁸. Somutlaştırmak gerekirse, bu yaklaşım işlevsel bakımdan denklik yönteminin, Batı hukuku anlayışında gelişen hukuk sistemleri arasında daha verimli sonuçlara ulaşılmasının hedeflenmiş olduğu inancındadır. Zira hukuk kurallarının dini kurallar çerçevesinde geliştiği bir hukuk sistemi ile Batı hukukunu benimsemiş bir hukuk sistemi arasında gerçekleştirilmek istenen karşılaştırma faaliyetinin, işlevsel denklik yöntemi çerçevesinde gerçekleştirilebilmesinin pek mümkün olmadığı kanaati hâkimdir¹⁰⁹.

Eleştirilerin ikinci ayağını ise, işlevsel denklik yöntemi uygulayıcılarının; sadece hukuk kuralları ya da hukuki kurumlarla sınırlı bir yaklaşım doğrultusunda hukuki sorunları ele almaları ve bu doğrultuda ilgili hukuki sorunun yeteri kadar kendi bağlamında ele alınmadan değerlendiriliyor olması yönündedir¹¹⁰. Bu eleştiri, işlevsel denklik yönteminin; hukuk ve kültür arasındaki ilişkiyi kimi zaman göz ardı edebildiği¹¹¹ yönünde öğretide ileri sürülen diğer eleştirileri de kapsamaktadır. Nitekim karşılaştırmalı hukuk öğretisinde *Legrand*, hukukun kendi bağlamı içerisinde anlaşılması çabasının hukuk kural ya da kurumlarının anlaşılmasından daha önemli olduğu inancındadır¹¹². Bu yaklaşım doğrultusunda, hukuki pozitivizmin sadece yürürlükte olan hukukun değerlendirilmesine olanak sağlayan statik bir değerlendirmeye imkân verdiğini¹¹³ ve bu durumun, karşılaştırmalı hukuk ile uğraşan bilim insanlarının düşünme biçimi açısından, bağlayıcı olarak nitelendirilebilecek kurallar ile kendilerini sınırlamalarına yol açacağı kanaatindedir¹¹⁴. Özü itibarıyla hukukun ne olduğunu ve hangi hukukun uygulanacağını belirleyen hukuki pozitivizmden¹¹⁵, karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında özellikle uzak durulması gerektiğinin vurgusunu yapan yazar, hukuk kuralını ya da hukuki kurumu tek başına değerlendiren aksi bir yaklaşımın, hukuk sisteminin yapısı hakkında oldukça yüzeysel nitelikte bilgi ihtiva ettiğini düşünmektedir¹¹⁶. Karşılaştırmalı hukuk açısından sorulması gereken doğru soruların yanıtlarının, hukuk kurallarında ya da hukuki kurumlarda aranmaması gerektiğini özellikle belirten *Legrand*, bu doğrultuda, “... bir hukuk kuralının anlamının,

107 Basedow (n 2) 889; Örucü, Eski ve Yeni (n 2) 84 vd.; Van Hoecke (n 17) 9.

108 Örucü, Eski ve Yeni (n 2) 87 vd.

109 Jaakko Husa, ‘Functional Method in Comparative Law – Much Ado About Nothing?’ (2013) 2(1) *European Property Law Journal* 4, 19 (Husa, Functional).

110 Aynı yönde bkz. Husa (n 20) 1110.

111 Husa, Functionalism (n 54) 446.

112 Pierre Legrand, ‘The Impossibility of Legal Transplants’ (1997) 4(2) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111, 114 (Legrand, Transplants).

113 Pierre Legrand, ‘The Verge of Foreign Law’ (2010) 1 *Romanian Journal of Comparative Law* 73, 80.

114 *ibid* 76 vd.

115 Öğretide *Legrand*, hukuki pozitivizmi, sadece yürürlükte olan hukuk kurallarını, hukuk olarak nitelendirmesi nedeniyle eleştirmektedir. Bkz. *ibid* 76.

116 Pierre Legrand, ‘European Legal Systems Are Not Converging’ (1996) 45(1) *The International and Comparative Law Quarterly* 52, 56. (Legrand, Converging).

hiçbir açıklama gerektirmeyecek kadar açık olmasının mümkün olmadığını ... Nitekim, söz konusu hukuk kuralının anlamının, kuralı yorumlayan kişinin tarihsel ve kültürel açıdan koşula bağlanmış epistemolojik varsayımlarına dayandığını” ileri sürmektedir¹¹⁷. Dolayısıyla *Legrand*, hukuk kuralını sadece yazılı bir metin olarak değerlendirmemekte, onu hukuk kültürünün bir parçası olarak da kabul etmektedir¹¹⁸. Benzer şekilde öğretide *Husa*'da, işlevsel denklik yönteminin, hukuk ve kültür arasındaki ilişkiyi yeterli derecede yansıtamadığı kanaatini taşımaktadır¹¹⁹.

İşlevsel denklik yönteminin, karşılaştırma faaliyetinin gerçekleştirildiği hukuk sisteminin genel yapısı hakkında yeterli bilgiye ulaşılmasına imkân tanımadan, ilgili hukuki soruna yönelik çıkarımlarda bulunduğu yönündeki eleştiri de yine bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu duruma ilişkin olarak öğretide *Gerber*, işlevsel denklik yöntemi çerçevesinde özdeş ya da benzer nitelikteki hukuki sorunlara farklı hukuk sistemlerinde üretilen çözümlerin karşılaştırmaya konu edildiğini; ne var ki, ilgili hukuk sistemlerinde uygulanacak hukuk kuralının tespiti hususunda yetkili ve görevli mahkemelerin nasıl belirlendiği dikkate alınmadığı gibi, söz konusu mahkemelerin karar verme sürecine etki eden hususların da yeterince önemsenmediğini belirtmektedir. *Gerber*'e göre, karşılaştırma faaliyeti sırasında tüm bu hususların göz önünde bulundurulması, çalışmanın daha faydalı olması açısından kaçınılmazdır¹²⁰.

Eleştirilerin üçüncü ayağını ise, öğretide adeta inhisari bir nitelik atfedilen işlevsel denklik yönteminin yaygın bir şekilde uygulanması oluşturmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk öğretilerinde, gerçekleştirilecek araştırmanın konusu ve araştırmada hedeflenen amaç doğrultusunda, hukuki soruna en uygun yöntemin seçilmesi gerekliliğinden yukarıda bahsedilmişti. Ne var ki, uygulamada araştırmacılar çalışmanın amacına uygun bir nitelik arz edip etmediğine bakılmaksızın, işlevsel denklik yönteminin tek başına uygulanmasının çoğu zaman yeterli olduğunu düşünmektedirler. Nitekim, işlevsel denklik yönteminin götürü bir anlayış doğrultusunda uygulandığı böylesi durumlarda, çoğu zaman uygulanan yöntem, gerçek anlamda işlevsel değildir¹²¹.

Ayrıca *Michaels*'in de belirttiği üzere, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında benimsenecek yöneme ilişkin öğretilerdeki tartışmaların sebeplerinden bir diğeri de işlevsel denklik yönteminin karşılaştırmalı hukukta tutarlı bir metodolojik yaklaşım doğrultusunda ele alınmayıp, daha çok faydacı yaklaşım¹²² çerçevesinde değerlendiriliyor olmasından kaynaklanmaktadır¹²³. Bu nedenle, işlevsel açıdan denklik yönteminin tercih edildiği durumlarda, söz konusu yöntemin metodolojik anlamda daha istikrarlı

117 *Legrand*, *Transplants* (n 112) 114.

118 *ibid* 116.

119 *Husa*, *Functionalism* (n 54) 446.

120 *Gerber* (n 39) 205 vd.

121 Öğretilerde *Michaels*'e göre, yedi farklı yaklaşım, işlevsel denklik yöntemi başlığı altında uygulanmaktadır. Söz konusu yaklaşımlara ilişkin detaylı bilgi için bkz. *Michaels* (n 32) 344 vd.

122 İşlevsellik yönteminin, karşılaştırmalı hukukta faydacı yaklaşım çerçevesinde ele alındığına ilişkin bilgi için bkz. *Esin Örucü*, 'Methodology of Comparative Law' in *Jan M. Smits* (ed), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (2nd edn 2012) 562 (*Örucü*, *Methodology*).

123 *Michaels* (n 32) 362; *Örucü*, *Eski ve Yeni* (n 2) 85.

bir yapıya kavuşturulması; karşılaştırmaya konu edilen hukuk sisteminin daha iyi anlaşılmasına ve yöntemin, yeknesak bir uygulamaya kavuşturulmasına da büyük katkı sağlayacaktır.

İşlevsel denklik yöntemine ilişkin öğretilerde öne çıkan eleştirilerde, yöntemin eksiklikleri ve aksayan yönleri genel itibarıyla doğru bir biçimde tespit edilmesine rağmen, yöntemin geliştirilmesinin mümkün olmadığı kanaati hâkimdir. İşlevsel denklik yöntemini neden benimsemediklerini haklı ve makul gerekçelerle ortaya koyan yazarlar, sistematik bir başka yöntem önerisinde ise çoğu zaman bulunmamaktadırlar. Karşılaştırmalı hukuk araştırmaları ile ilgilenen bilim insanlarının, düzenli biçimde işlevsel denklik yönteminin noksanlıklarını vurgulamaları, yeni bir yöntemin geliştirilebilmesi için ihtiyaç duyulan eleştirel ortama katkı sağlamasına rağmen¹²⁴, söz konusu yöntem ile rekabet edebilecek nitelikte sistematik bir model önerisi hâlen ortaya koyulamamıştır. Karşılaştırmalı hukukta araştırmacının ilgi alanı, kendi içinde yetiştiği hukuk sistemine kıyasla, başka bir coğrafyada yürürlükte olan, kendine özgü özellikler ihtiva eden bir başka hukuk üzerine olacaktır¹²⁵. Bu nedenle de, söz konusu hukukun; tarihsel, sosyal, politik, demografik, epistemolojik nedenler¹²⁶ çerçevesinde şekillendiği bilgisini her daim zihnimize canlı tutarak, karşılaştırma faaliyetini titizlikle gerçekleştirmemiz gerektiğini vurgulayan *Legrand* da uygulanabilecek herhangi bir yöntem önerisinde bulunmamaktadır¹²⁷. Aslında *Legrand*, karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında hiçbir yöntemin yeteri kadar uygun ve yeterli olacağına da inanmamaktadır¹²⁸. Bu durum, işlevsel bakımdan denklik yönteminin her türlü hukuki sorunun çözümünde tutarlı bir yaklaşım

124 Michaels (n 32) 363.

125 Uygulama açısından değerlendirildiğinde, gerek yargılama aşamasında iddiasını temellendirmeye çalışan avukatın gerekse de yargılama sonucunda vereceği kararı gerçekleştirmeye çalışan hâkimin, mevzuat düzenlemeleri ve konuya ilişkin daha önceden tesis edilmiş içtihatlar ile uyumlu bir davranış biçimi sergilemeyi tercih edeceği açıktır. Yargılama sonucunda korunması hedeflenen değerlerin, değişmezliği ve öngörülebilirliğinin esas alındığı bu süreçte, birbiri ile çelişen ve yargı sistemindeki mevcut ahengi bozan tutumlardan kaçınılır. Bkz. *Legrand* (n 113) 77. Ne var ki, karşılaştırmalı hukuk üzerine çalışan bilim insanlarının ilgi alanı, kendi içinde yetiştikleri hukuk değil, başka bir coğrafyada yürürlükte olan hukuktur. Bu durumu, deney ve gözleme dayanan bilimsel veriler ile açıklamak gerekirse, karşılaştırma faaliyetini gerçekleştirebilmek için birden fazla uluslararası hukuka ihtiyaç vardır. Birden fazla hukukun var olduğu bir karşılaştırma faaliyetinde, bilim insanları karşılaştıkları farklılıkların ne kadar önemsiz olduğunu da düşünseler ya da çalışmalarının tutarlı bir şekilde devamını sağlayabilmek için söz konusu ayrılıkları görmezden d gelseler, her hukukun kendine özgü ve benzersiz olduğu gerçeği değişmeyecektir. Bkz. ibid 79.

126 *Legrand*, bu duruma ilişkin örnek olarak, Fransa'da 15 Mart 2004 tarihli 2004-228 numaralı laiklik ilkesinin nasıl uygulanacağını tanzim eden yasa çerçevesinde, Devlet okullarında dini değerler ile özdeşleştirilebilecek işaretlerin taşınmasının ve kıyafetlerin giyilmesinin yasaklandığı düzenlemeyi örnek göstermiştir. Tarihsel, sosyal, demografik ve epistemolojik açıdan Fransa'dan farklı bir yapı ihtiva eden Kanada'da ise Yüksek Mahkeme, 12 yaşındaki Sih inancına mensup bir öğrencinin kirpanını (Sihlerin dini ibadetleri sırasında kullandıkları ve her zaman üzerlerinde taşımaları gerektiğine inandıkları nesneye verilen isim) okul sınırları içerisinde de üzerinde bulundurabilmesini kabul etmiştir. Dolayısıyla verilen kararların, her hukuk sisteminin kendi özellikleri doğrultusunda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. *Legrand*'a göre, verilen bu kararları hukuki pozitivismin gereken duyarlılığı göstermeyen yaklaşımı açısından farklı coğrafyalarda değerlendirirsek, birbirinden oldukça ayrı sonuçlara da ulaşabiliriz. Örneğin Fransa'da verilen kararın, Amerika Birleşik Devletleri bakımından inanç özgürlüğüne aykırı bulunması kuvvetle muhtemeldir. Bkz. ibid 79 vd.

127 Husa (n 20) 1108 vd.

128 *Legrand*'ın söz konusu yaklaşımının eleştirisi için bkz. Hoecke, Deep (n 96) 172. *Legrand*'a göre önemli olan, hukuk kültürünün derinlemesine anlaşılmasına ilişkin çalışmalara ağırlık verilmesi gerekliliğidir. Karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının, hukuk sistemlerini birleştirici etkisini kural olarak kabul etmeyen *Legrand*; çalışmalarını, heterojen bir yapı arz eden farklı hukuk kültürlerinden elde edilen bilginin meşru bir biçimde nasıl kullanılabileceği hususunda yoğunlaştırmaktadır. Bkz. *Legrand*, Transplants (n 112) 123.

doğrultusunda çözüm üretilmesine olanak sağladığı anlamına da gelmemelidir¹²⁹. Dolayısıyla, işlevsel denklik yöntemine seçenек oluşturabilecek diğer yöntemlerin her çalışmada ayrıca göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Karşılaştırmalı hukuk açısından farklı bakış açılarının bir arada yer aldığı *Örücü*'nün çalışması, hukuk araştırmalarında uygulanacak yöntem konusunda da öğretilde önemli bir açılım sağlamaktadır. Nitekim *Örücü*'ye göre, her türlü çalışmada en doğru sonuca ulaşmamızı sağlayacak tek bir doğru yöntemin varlığından bahsedilemez¹³⁰. Ne var ki, yöntemsel açıdan takip edilmesi gereken usul hakkında önemli bir referans olarak gösterilebilecek olan çalışmada izlenmesi gereken yöntem açısından verilen tavsiyeler, teorik anlamda çok değerli olmakla birlikte, pratik açıdan arzu edilen uygulanabilirliği ise sağlamamaktadır¹³¹.

Tüm bu yaklaşımlar sonucunda, karşılaştırmalı hukuk araştırmaları açısından en verimli sonuçlara, derinlemesine yapılan çalışmalarda rastlanıldığını söylenebilir. Peki bir hukuki soruna ilişkin olarak karşılaştırmalı hukuk araştırması derinlemesine nasıl yapılabilir? Karşılaştırma faaliyetinin gerçekleştirildiği hukuki soruna ilişkin, pozitivist bakış açısının ve betimsel bir anlayışın hâkim olmadığı tarihsel incelemeler, sosyolojik çalışmalar ve istifade edilmesinin gerekliliğine inanılan hukuk dışı diğer disiplinler, çalışmanın başlangıcında araştırmacıya kılavuzluk etmelidir. Bu durum, araştırmacının tek başına tüm çalışmayı tamamlaması yerine; farklı disiplinlerde uzman bilim insanlarının da katılımıyla araştırma gruplarının oluşturularak, karşılaştırmalı hukuk çalışmasının çok yönlü bir şekilde tamamlanabilmesine olanak sağlamaktadır. Nitekim konusunda yetkin bir tarihçinin, siyaset bilimcinin, sosyoloğun, dilbilimcinin, antropoloğun ve hatta deneyimli bir avukatın katılımıyla gerçekleştirilecek bir araştırma faaliyetinin ilgili konuyu farklı açılardan ve daha derinlemesine inceleyebileceği açıktır¹³². Elbette karşılaştırmalı bir hukuk araştırmacısı da çalışmada ihtiyaç duyduğu hukuk dışı diğer disiplinlerden faydalanabilir. Ne var ki, karşılaştırmalı hukuk ile ilgilenen bütün araştırmacıların ilgili araştırma konusu çerçevesinde hukuk dışı diğer disiplinlerden her zaman gerektiği ölçüde yararlanabilecek bilgi birikimi ve deneyime sahip olduğu söylenemez¹³³. Araştırmacının, çalışmasının başlangıç kısmı bakımından iyi bir yol haritası ile karşılaştırma faaliyetine başlaması kadar; karşılaştırma faaliyetinin devamı sırasında da ihtiyaç duyduğu ölçüde, hukuk dışı diğer disiplinlerde yetkin bilim insanlarından yardım talebinde bulunabileceğini bilmesi çok önemlidir. Hukuki araştırmanın konusu çerçevesinde öncelik verilmesi gerektiğine inanılan ve çalışmanın bağlamı doğrultusunda ele alınması gereken hukuk dışı disiplinlerden titizlikle istifade edildikten sonra, karşılaştırma faaliyetinin amacına en uygun olan yöntem ya da yöntemlerin araştırmacı tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Bu aşamada, hukuk literatürü ve mahkeme kararları da araştırma ile olan ilgisine uygun olarak değerlendirilmelidir. Nitekim, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında her araştırma

129 Husa (n 20) 1111.

130 Örücü, Methodology (n 122) 573 vd.

131 Husa (n 20) 1113.

132 Bu yöndeki görüş için bkz. ibid 1116.

133 Bu yöndeki görüş için bkz. ibid 1116.

konusuna özgü ayrı bir yöntemin belirlenmesi¹³⁴, en elverişli yaklaşımı oluşturmaktadır¹³⁵. Zira karşılaştırmalı hukuk araştırmalarındaki amaçların başkaldığı, uygulanacak yöntem ya da yöntemlerin her araştırmada yeniden belirlenmesini gerektirmektedir. Gerekli değerlendirmeler yapılmaksızın, bir yöntemin diğerine kıyasla daha iyi sonuç vereceği götürü bir yaklaşım doğrultusunda kabul edilmemelidir. Yine bu aşamada gerekli görülmesi hâlinde, hukukun diğer kaynaklarından da istifade edilebilir. Son olarak, karşılaştırma sonucunda ulaşılabilecek çözümlerlerin, toplumda yerleşik değerler bakımından farklı bir bakış açısı ortaya koymasının imkân dahilinde olduğu durumlarda, örneğin aile hukukuna ilişkin kökten bir değişikliğe ihtiyaç gösteren yeni bir yasa teklifinde, konuya ilişkin meclis tutanaklarından ve basın-yayın organlarında yayınlanan görüşlerden de yararlanılması faydalı olacaktır¹³⁶.

KAYNAKÇA

- Antalya, O. Gökhan, *Hukuk Metodolojisi*, (Seçkin 2021).
- Basedow, Jürgen, 'Comparative Law and Its Clients', (2014) 62 (4) *The American Journal of Comparative Law* 821-857. Bu makalenin Türkçe çevirisi için bkz. Jürgen Basedow, 'Karşılaştırmalı Hukuk ve Kullanıcıları' (Gökçe Kurtulan tr) (2016) LXXIV (2) *İÜHF* 879-917.
- Fauvarque-Cosson Bénédicte, 'Development of Comparative Law in France' in Mathias Reimann ve Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press 2006) 39-69.
- Donahue, Charles, 'Comparative Law Before the Code Napoléon' in Mathias Reimann ve Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (Oxford University Press 2006) 4-38.
- Gerber, David J., 'Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language' in A. Riles (ed), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (2001) 190-208.
- Graziadei, Michele, 'The Functionalist Heritage' in Pierre Legrand and Roderick Munday (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transition* (Cambridge University Press 2003) 100-127.
- Husa, Jaakko, 'Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility?' (2006) 58 (4) *Revue internationale de droit comparé*, 1095-1117.
- Husa, Jaakko, 'Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?' (2003) 67(3) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 419-447 (Husa, Functionalism).
- Husa, Jaakko, 'Functional Method in Comparative Law – Much Ado About Nothing?' (2013) 2(1) *European Property Law Journal* 4-21 (Husa, Functional).
- Kurtulan Güner, Gökçe, *Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi* (On İki Levha 2020).
- Kurtulan Güner, Gökçe, 'Türk Hukuku için Yeni (?) Bir Kurum: Teminat Yöneticisi' (İstanbul 2021) <<https://law.khas.edu.tr/tr/turk-hukuku-icin-yeni-bir-kurum-teminat-yoneticisi>> Erişim Tarihi: 10.08.2021.

134 İlgili toplumdaki hangi organın hukuk kurallarını yürürlüğe koyma yetkisi ile donatıldığından ya da hangi değerlerin hukukun gelişiminde etkili olduğundan bağımsız şekilde günümüzde yürürlükte olan hukuk sistemlerini değerlendirmek gerekirse; ilk olarak, muhtelif toplumların farklı hukuk sistemlerinin etkisi altında olduğu söylenebilir. Herkes tarafından kolaylıkla gerçekleştirilebilecek bu tespit dahi, başlı başına tek bir yöntemin gerçekleştirilmek istenen karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında yeterli olmayacağına önemli bir göstergesidir. Bkz. Husa, Functional (n 109) 20 vd.

135 Benzer yönde bir yaklaşım için bkz. Vernon, Valentine Palmer, 'From Lertholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology' (2005) 53(1) *The American Journal of Comparative Law* 261, 266 ve 290.

136 Karşılaştırmalı bir hukuk araştırmasının derinlemesine yapılabilmesi için takip edilmesi gereken süreç, öğretilde *Van Hoecke* tarafından detaylıca ele alınmıştır. Bkz. Van Hoecke, Deep (n 96) 191 vd.

- Legrand, Pierre, 'European Legal Systems Are Not Converging' (1996) 45(1) *The International and Comparative Law Quarterly* 52-81 (Legrand, Converging).
- Legrand, Pierre, 'The Impossibility of Legal Transplants' (1997) 4(2) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111-124 (Legrand, Transplants).
- Legrand, Pierre, 'The Verge of Foreign Law' (2010) 1 *Romanian Journal of Comparative Law* 73-104.
- Michaels, Ralf, 'The Functional Method of Comparative Law' in Mathias Reimann ve Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (Oxford University Press 2006) 340-382.
- Michaels, Ralf, 'Two Paradigms of Jurisdiction', (2007) 27 *Michigan Journal of International Law* 1003-1069 (Michaels, Paradigms).
- Oğuz, Arzu, 'Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu', (2002) 22 (2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 451-508.
- Örücü, Esin, *The Enigma of Comparative Law* (Springer 2004)
- Örücü, Esin, 'Karşılaştırmalı Hukukçu Gözüyle İskoç Hukuk Sistemi' (1990) 18 *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 71-81. (Örücü, Karşılaştırmalı).
- Örücü, Esin, 'Law As Transposition' (2002) 51(2) *The International and Comparative Law Quarterly* 205-223 (Örücü, Transposition).
- Örücü, Esin, 'Karşılaştırmalı Hukukta Eski ve Yeni' (Nurcan Yılmaz Özel tr, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 18 (1) 2019) 79-111 (Örücü, Eski ve Yeni).
- Örücü, Esin, 'Methodology of Comparative Law' in Jan M. Smits (ed), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (2nd edn 2012) 560-576 (Örücü, Methodology).
- Özsunay, Ergun, 'Karşılaştırmalı Hukukun Çeşitli Görünümleri', (1976) 10 (13) *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 3-13.
- Serozan, Rona, 'Hukukta Yöntem' (2013) 8 *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağanı) 2423-2440.
- Sacco, Rodolfo, 'Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law' (1991) *American Journal of Comparative Law* (part II) 343-401.
- Samuel, Geoffrey, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method* (Oxford University Press 2014).
- Van Hoecke, Mark, 'Methodology of Comparative Legal Research' (2015) *Law and Method* 1-35.
- Van Hoecke, Mark, 'Deep Level Comparative Law' in Mark Van Hoecke (ed), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (2004) 165-195 (Van Hoecke, Deep).
- Van Hoecke, Mark, 'Family Law Transfers from Europe to Africa: Lessons for the Methodology of Comparative Legal Research' in John Gillespie and Pip Nicholson (eds), *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers* (2012) 273-295 (Van Hoecke, Family).
- Valentine Palmer, Vernon, 'From Leretholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology' (2005) 53(1) *The American Journal of Comparative Law* 261-290.
- Reinhard Zimmermann, 'Codification: "The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law' (2012) 8 (4) *European Review of Private Law* 367-399. Bu makalenin Türkçe çevirisi için bkz. Reinhard Zimmermann, 'Kodifikasyon: Avrupa Ortak Satım Hukuku Arifesinde Kıta Avrupası Deneyimlerinin Değerlendirilmesi' (Ece Baş Süzel ve Meliha Sermin Paksoy trs) (2015) *LXXIII* (2) *İÜHF*M 409-436.
- Zweigert, Konrad and Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law* (Tony Weir tr, 3rd edn, Oxford University Press 1998).

Haksız Rekabette İhtiyati Tedbir Uygulamaları ve Özellik Arz Eden Durumlar (TTK m. 61)

Precautionary Measures in Unfair Competition and Special Situations (TCC art. 61)

Abdüssamet Yılmaz* 

ÖZ

Haksız rekabet uygulamasında ihtiyati tedbir kurumunun ayrı bir yeri ve önemi vardır. Bu nedenle kanun koyucu TTK m. 61’de ayrı bir ihtiyati tedbir hükmü düzenlemiştir. Maddede yer alan ihtiyati tedbir türleri incelendiğinde, bunların ifa amacına yönelik olduğu görülmektedir. İfa amaçlı ihtiyati tedbirlerin haksız rekabet hukukunun amacı ve koruduğu menfaatler ile uyumlu olduğu belirtilmelidir. Zira haksız rekabete konu haklar genellikle kısa ömürlü olup, uzun süren davaları kaldıramayacak kadar geçici niteliktedirler. Bu itibarla tedbir taleplerinin ifa amacına yönelmesi özellikle haksız rekabet eyleminden zarar gören tarafın haklarının korunması noktasında büyük bir önemi haizdir. İhtiyati tedbir şartları bakımından ise HMK hükümleri uygulanacak olup, bunların da haksız rekabet yargılamasının özellikler göz önünde bulundurularak mahkemelerce uygulanması önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Haksız rekabet, ihtiyati tedbir, ifa amaçlı ihtiyati tedbir.

ABSTRACT

The precautionary measures has a great place in unfair competition law. For this reason, the legislator regulated this institution with a separate provision in art 61 of TCC. When the types of precautionary measures in the article are examined, it is seen that they coincide with the decisions to be made as a result of the court. Considering the purpose of unfair competition law and the interests it protects, it should be noted that this approach is correct. Because the rights subject to unfair competition are generally short-lived, and they are too temporary to handle long-lasting lawsuits. In this respect, it is of great importance that the interim injunctions are directed to the purpose of performance, especially in terms of protecting the rights of the party injured by the act of unfair competition. In terms of interim injunction conditions, the provisions of the CCP will be applied, and it is important that these are applied by the courts, taking into account the peculiarities of unfair competition proceedings.

Keywords: Unfair competition, precautionary measures, interim injunction.

* Ar. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi Adalet MYO, Ticaret Hukuku, ORCID: 0000-0003-4496-0372.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Abdüssamet Yılmaz

E-posta/E-mail: abdussamet.yilmaz@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 15.09.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 23.11.2021

I. GİRİŞ

Haksız rekabet hukuku 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 54 ilâ 63. maddeleri arasında düzenlenmektedir. TTK m. 54/I'de kurumun amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının temini olarak açıklanmış olup bütün katılanlardan kasıt ise gerekçede de ifade edildiği üzere ekonomi, tüketici ve kamu üçlüsüdür¹. Haksız rekabet hukuku hükümleri ile rekabet ortamının düzgün işleyişi amaçlandığından, dürüst rekabet ortamını bozucu nitelikteki eylemlerin durdurulmasında, yukarıda sayılan "üçlü" nün önemli menfaati bulunmaktadır.

Ülkemizde yargılama sürelerinin uzunluğu haksız rekabetten kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından da sakıncalı sonuçlar doğurmaktadır. Zira yargılamanın uzaması, haksız rekabet sebebiyle oluşan zararın artmasına ve giderek tazmini imkansız hale gelmesine neden olmaktadır. Haksız rekabet sebebiyle uğranılan zararın miktarının belirlenmesinin de çoğu zaman mümkün olmadığı göz önünde bulundurulduğunda², uzayan yargılama süreleri sorunu çok daha vahim bir hale getirmektedir. Örneğin kötüleme haksız rekabet eyleminin mevcudiyeti durumunda, söz konusu eylem nedeniyle ortaya çıkan zarar her zaman net bir şekilde ortaya konulamamaktadır. Tarafların ticari defterlerinin incelenmesi de bu konuda yol gösterici olmamakta, bir zararın olduğu ortaya konulsa bile bu sefer haksız rekabet eylemi ile zarar arasındaki illiyet bağının kurulmasında problemlerle karşılaşmaktadır. Bu da eylemden zarar görenin tazminata ulaşmasını zorlaştırmaktadır. Davanın sonuna kadar bu eylemin etkilerinin devam etmesi ise davacının zararlarını katlanılmaz boyutlara ulaştırabilmektedir. Haksız rekabet yargılamasında ortaya çıkabilecek bu gibi sakıncalar, ihtiyati tedbir müessesesine ayrı bir önem kazandırmaktadır. Zira ihtiyati tedbir talebi, dava sonunda verilecek olan hükmün icrasının mümkün olmaması veya çok güçleşmesi tehlikelerine karşı getirilen bir geçici hukuki koruma müessesesidir³. Bu itibarla dava sonunda verilecek olan kararın icrasının güvence altına alınması ihtiyati tedbirin en önemli işlevlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamız kapsamında, ihtiyati tedbir kurumunun haksız rekabet hukuku bağlamında özellik arz eden yönleri üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda ihtiyati tedbirin şartları ile ihtiyati tedbir türlerinin haksız rekabet uyuşmazlıklarındaki görünümleri incelenecektir.

II. HAKSIZ REKABET HUKUKUNDA İHTİYATİ TEDBİR KURUMUNUN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

İhtiyati tedbir kurumu esas itibariyle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 389 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bunun yanında çalışmamız kapsamında incelemeye tabi tutulacak olan TTK m. 61'de de haksız rekabet hukuku özelinde ihtiyati tedbir düzenlemesine yer verilmiştir⁴.

1 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçesi, m. 54.

2 Anne-Christine Fornage and Isabelle Chabloz, 'Remarques Liminaires Aux Articles 9 a 11 LCD' in Vincent Martenet and Pascal Pichonnaz (eds), *Commentaire Romand* (Helbing Lichtenhahn, 2017) 402.

3 Muhammet Özokes 'Geçici Hukuki Koruma' iç Hakan Pekcanitez (edr) *Medeni Usul Hukuku* (Oniki Levha 2017) 2461; Muhammet Özokes 'Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir' (2002) 4(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89, 90.

4 Bu düzenleme, TTK'nın haksız rekabet hükümleri bakımından mehzaz teşkil eden Haksız Rekabete Karşı Federal

İhtiyati tedbir kurumunun haksız rekabet uygulamasındaki önemi ve özellikle tedbir taleplerinin türü bakımından sahip olduğu farklılıklar nedeniyle kurumun ayrı bir maddede düzenlenmesi gereği doğmuştur.

A. HAKSIZ REKABET HUKUKUNDA İHTİYATİ TEDBİRE İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEME

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 61. maddesi “İhtiyati Tedbirler” kenar başlığını taşımaktadır. Hükmün ilk fıkrası, “*Dava açma hakkını haiz bulunan kimsenin talebi üzerine mahkeme, mevcut durumun olduğu gibi korunmasına, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde öngörüldüğü gibi haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin önlenmesine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve diğer tedbirlere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ihtiyati tedbir hakkındaki hükümlerine göre karar verebilir.*” şeklindedir.

Maddeden anlaşıldığı üzere kanun koyucu haksız rekabet teşkil eden bir eylem sebebiyle zarar gören veya zarar tehlikesine maruz kalan bir kişinin ihtiyati tedbir talebinde bulunabileceğini ifade etmekte ve talep edilebilecek ihtiyati tedbir türlerine ilişkin de bir belirleme yapmaktadır. TTK m. 61’de hüküm bulunmayan hallerde ise HMK m. 389 vd. hükümlerinin uygulanacağı yine maddeden anlaşılmaktadır⁵. Bu kapsamda ilk olarak maddede belirtilen ihtiyati tedbir türleri üzerinde durulacak, ardından haksız rekabetten kaynaklı uyuşmazlıklarda ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilmesi için gereken şartlar değerlendirilecektir.

1. İHTİYATİ TEDBİR TÜRLERİ

TTK m. 61’de esas itibarıyla ihtiyati tedbir türleri üzerinde durulmaktadır. Gerçekten de kanun koyucu bu maddede, hangi tür tedbir talebinde bulunulabileceğini belirlemiş, ihtiyati tedbirin şartları bakımından da HMK hükümlerine yollama yapmıştır. Madde kapsamında haksız rekabet eylemi dolayısıyla dava açma hakkına sahip olan kimse mahkemeden şu ihtiyati tedbir taleplerinde bulunabilir:

- Mevcut durumun olduğu gibi korunması,
- Haksız rekabetin men’i,
- Haksız rekabet sonucu oluşan durumun ortadan kaldırılması,
- Haksız rekabetin önlenmesi,
- Yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesi,

Kanun’da (Loi Federal Contre la Concurrence Deloyale) yer almayan bir maddedir. İsviçre uygulamasında haksız rekabet sebebiyle ihtiyati tedbir talepleri ayrı bir maddede düzenlenmediğinden, İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun ilgili hükümleri (Code de Procédure Civile) haksız rekabet uyuşmazlıklarında da uygulama alanı bulmaktadır, bkz. Fornage and Chaloz (n 1) 400 vd.

5 N. Füsün Nomer Ertan, Haksız Rekabet Hukuku (Oniki Levha 2016) 469.

- Diğer tedbirler,
- Gümrük idareleri tarafından el konulma.

Kanun koyucunun TTK m. 61/1'de “diğer tedbirler” demek suretiyle ihtiyati tedbir türlerini burada sayılanlarla sınırlamadığı, hâkime bu konuda geniş bir takdir yetkisi verdiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla hâkim gerek görürse HMK'da yer verilen ihtiyati tedbir türlerine de karar verebilecektir⁶.

Maddede yer verilen ihtiyati tedbir türleriyle ilgili dikkat çeken bir diğer husus da kanun koyucunun TTK m. 56'da yer alan haksız rekabet sebebiyle açılacak davalardaki taleplerden birebir alıntı yapmasıdır. Gerçekten de TTK m. 61'de, TTK m. 56/1, b ve c hükümlerinin tekrar edildiği görülmektedir⁷. Burada önemli bir sorun olarak, dava neticesinde verilecek bir sonuca aslında ihtiyati tedbir kararı ile ulaşılması gündeme gelmektedir. Bu ise ihtiyati tedbir türlerinin içerik itibarıyla davanın esasını çözer mahiyette olması, dava sonuçlanmadan ve hatta asıl dava açılmadan, dava sonucunda varılacak sonuca ulaşılması sonucunu doğurmaktadır.

Bilindiği üzere ihtiyati tedbir kurumunun geçici niteliği, taraf menfaatleri arasındaki dengenin sağlanmasını zorunlu kılmaktadır⁸. İhtiyati tedbir kurumu, talepte bulunanı tatmin etme amacını taşımadığı gibi dava sonucunda verilmesi muhtemel bir kararın ihtiyati tedbir kararı ile verilmesi, bu sayede uyuşmazlığın esasının zamanından önce çözümlenmesi de mümkün değildir⁹. Bu husus İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda¹⁰, “*Davacının nihai talebi ile ihtiyati tedbir talebi çakışmakta olup, davanın sonunda verilecek hükmün, ihtiyati tedbir yolu ile verilmesi mümkün değildir. Davalının haksız rekabet teşkil ettiği öne sürülen davranışlarda bulunduğu yargılama ile belirlenirse, bunların tespitine ve men'ine yargılama sonunda karar verilebilecektir.*” şeklinde ifade edilmiştir¹¹. Buna rağmen haksız rekabetten kaynaklı uyuşmazlıklarda doğrudan davanın esasına yönelik kararların ihtiyati tedbir yoluyla da verilmesi mümkündür. Kanun koyucunun bu tercihi, haksız rekabet teşkil eden eylemlerin niteliğinden ve rekabet ortamının düzgün

6 Engin Erdil, Haksız Rekabet Hukuku (Seçkin 2020) 446.

7 Belirtmek gerekir ki maddenin kaleme alınış tarzında birtakım hatalar da bulunmaktadır. Şöyle ki, ilk olarak TTK m. 56/I, b'de haksız rekabetin men'i kavramı kullanılmışken, TTK m. 61/1'de hem TTK m. 56/I, b'ye atf yapılmış hem de ayrıca haksız rekabetin önlenmesinden bahsedilmiştir. İkinci olarak ise maddede açıkça TTK m. 56/I, c'ye atf olmasına rağmen ayrıca bu maddenin tekrardan yazımı yoluna da gidilmiştir. Bu iki husus maddenin kaleme alınışındaki özensizliği göstermesi itibarıyla önemlidir.

8 “*Hukuk yargılamasının amacının, doğru ve adil karar vermek olduğu, hak kaybının davanın her iki tarafı için de gözetilmesi gerektiği, usul kurallarının davanın her iki tarafının da haklarını korumak, kararın adaletli olmasını sağlamak ve davanın tarafları arasındaki uyuşmazlığı çözerken her iki tarafı da aynı oranda korumak için getirildiğini (...)*” HGK, 18.1.2012, 2011-13/701 E. 2012/6 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

9 Nevhis Deren Yıldırım, *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler* (Alkım 1999) 9; Derya Keskinci, ‘Haksız Rekabet Yargılama Hukukunda İfa Amaçlı İhtiyati Tedbirler’ (2013) 2(2) Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145, 147; Nomer Ertan (n 5) 471; Müjgan Tunç Yücel, ‘Haksız Rekabet Hukukunda Teminat Amaçlı İhtiyati Tedbirler’ iç Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan (Alkım 2003) 420-421.

10 İstanbul BAM 12 HD, E 2018/715 K 2018/833, 28.06.2018 (R. Tamer Pekdiğer ve Ozan Ali Tok, *İsviçre Hukuku ile Mukayeseli Türk Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı*, (Seçkin 2019) 255-256).

11 Ayrıca bkz. Yargıtay 13. HD, E 2012/2615 K. 2012/7420, 21.03.2012 (Kazancı içtihat bankası) “... hakim inihtiyati tedbir konulmasına karar verilmiş davanın ve uyuşmazlığın esasını halleder şekilde ihtiyati tedbir kararı verilmesi HMK'nu 394/5'ne aykırı olup bozmayı gerektirir.”

işlemesine olan kolektif menfaatin varlığından kaynaklanmaktadır. Nitekim doktrinde, ihtiyati tedbirlerin teminat amacı yanında ifa amaçlı olarak da tesis edilebileceği kabul edilmektedir¹². TTK m. 61 düzenlemesi de bu konudaki en önemli örneklerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

İfa amaçlı ihtiyati tedbirlerde amaç, ihtiyati tedbir talebinde bulunanın hakkına, dava sonuçlanmadan kısmen veya tamamen ulaşmasıdır. Dolayısıyla bu tedbirler hakkı temin etmenin ötesinde, alacaklının geçici olarak tatminine de hizmet etmektedir¹³. Haksız rekabet hukukunda korunan menfaatler göz önünde bulundurulduğunda ifa amaçlı ihtiyati tedbir türlerinin uygulanmasının önemi ortaya çıkacaktır. Zira haksız rekabet eylemi sebebiyle hakları ihlal edilen kişinin, bu eylemin etkilerinin ortadan kaldırılmasında acil bir menfaati bulunmaktadır. Elbette verilecek tedbir kararında taraf menfaatlerinin gözetilmesi ve bir dengenin kurulması, ifa amaçlı ihtiyati tedbirlerin ağırlığı nedeniyle daha da önem taşımaktadır.

Aşağıda ihtiyati tedbir talebinde bulunmanın şartları üzerinde durulacak ve meselenin haksız rekabet hukuku boyutuyla ilgili açıklamalarda bulunulacaktır. Özellikle ifa amaçlı ihtiyati tedbir kararı verilmesinin mevcut sistemdeki sonuçları üzerinde durularak çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

2. İHTİYATİ TEDBİR TALEBİNDE BULUNMANIN ŞARTLARI

TTK m. 61’de ihtiyati tedbire karar verilebilmesi için gereken şartlar üzerinde durulmamış, bunun yerine doğrudan HMK hükümlerine atıfta bulunulmuştur. Bu sebeple haksız rekabet uyuşmazlıklarında ihtiyati tedbir kararı HMK m. 389 vd. uyarınca verilecektir.

HMK m. 389/I düzenlemesinde, ihtiyati tedbir talebine ilişkin genel bir ihtiyati tedbir şartı, “*Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.*” şeklinde belirlenmiştir. HMK m. 390/III düzenlemesinde ise “*Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır.*” denilerek hem ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilmesinin bir diğer şartı ortaya konulmuş hem de ihtiyati tedbir yargılamasında uyulması gereken kurallardan, yaklaşık ispat kuralı ifade edilmiştir. Her iki hükümden hareketle, geçici bir hukuki koruma niteliğinde olan ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilmesi için temel olarak iki şartın mevcut olması gerektiği görülmekte olup bunlar, ihtiyati tedbire esas bir hakkın bulunması ile ihtiyati tedbir sebebinin mevcut olması olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴.

12 Bkz. Deren Yıldırım (n 9) 10; Keskin (n 9) 147.

13 Keskin (n 9) 148.

14 Özkes, *Medeni Usul Hukuku* (n 3) 2463; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin 2013) 559; Ramazan Korkmaz, *Haksız İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davası* (Oniki Levha 2020) 160.

A. İHTİYATİ TEDBİRİN HAK UNSURUNUN HAKSIZ REKABET HUKUKUNDA GÖRÜNÜMÜ

İhtiyati tedbir talebinde bulunulabilmesi için talepte bulunanın gerçekten bir hakka sahip olması gerekmektedir. Zira dava sonunda sahip olunamayacak bir hakkın ihtiyati tedbir ile sağlanması mümkün değildir. Haksız rekabetten kaynaklı uyuşmazlıklarda da ihtiyati tedbirin hak unsurunu, talepte bulunanın haksız rekabet hükümleri ile korunan menfaati oluşturmaktadır. Bu menfaat her bir haksız rekabet eylemine göre farklılık arz edecektir. Örneğin talepte bulunanın bir iş ürününden karşı tarafça yetkisiz yararlanılmışsa (TTK m. 55/I,c), söz konusu iş ürünü üzerinde, haksız rekabet hükümleri ile sağlanan koruma hakkı kapsamında talepte bulunanın geçerli bir hakkı bulunduğu kabul edilecektir. Benzer bir şekilde bir kötüleme haksız rekabet halinin mevcut olduğu durumda (TTK m. 55/I,a-1) talepte bulunanın itibarı zedelenmekte ve ihtiyati tedbire konu hak da haksız rekabet eylemi ile zedelenen ve dolayısıyla koruma altında bulunan bu itibar olmaktadır. Bir diğer örnek olarak karıştırılmaya yol açan önlemler almanın söz konusu olduğu hallerde (TTK m. 55/I,a-4) talepte bulunanın ürünleri veya faaliyetleriyle karıştırılmaya neden olacak eylemler, bu kişinin emeğinden haksız yararlanılmasına sebep olacağından, söz konusu emek ihtiyati tedbirin hak unsurunu oluşturacaktır. Görüldüğü üzere TTK m. 55’de sayılan hallerden birinin gerçekleştiği durumlarda esasında haksız rekabet hükümleri ile korunan bir menfaat söz konusu olduğundan, eylemin mevcudiyetinin ortaya konulması, ihtiyati tedbire karar verilmesi için gereklidir.

B. İHTİYATİ TEDBİR SEBEPLERİNİN HAKSIZ REKABET HUKUKUNDA GÖRÜNÜMÜ

İhtiyati tedbir talebinde bulunulabilmesinin bir diğer şartını ise, ihtiyati tedbir sebeplerinin bulunması oluşturmaktadır. İhtiyati tedbir sebepleri HMK m. 389/I’de genel bir çerçeve verilmek suretiyle belirlenmiştir. Buna göre ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilmesi için hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması ya da tamamen imkânsız hale gelmesi veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğması endişelerinin bulunması gerekmektedir. Talepte bulunanın bu hususları da yaklaşık ispat ölçüsünde ispatlaması gerekmektedir¹⁵.

Haksız rekabet hukukunda korunan haklar göz önünde bulundurulduğunda, davanın nihayete ermesinin beklenmesi ve bu sürede haksız rekabet eyleminin sonuçlarının devam etmesi telafisi mümkün olmayan zararlara neden olabilecektir. Örneğin sosyal medya platformları üzerinden gerçekleştirilen kötüleme haksız rekabet eyleminde, söz konusu beyanlar ilgili sosyal medya platformlarında kaldığı sürece etkilerini göstermeye devam edecektir. Bu halde, yargılamanın da uzun sürmesi sebebiyle tüketiciler nezdinde oluşacak algının geri döndürülmesi zorlaşacaktır. İşletmenin kötüleme öncesi itibarına ulaşması için harcayacağı emek ve zaman da göz önünde bulundurulduğunda, zararının artmaya devam edeceği ve çoğu zaman telafisinin de mümkün olmayacağı sonucuna varılabilecektir. Ya da iş ürününden yetkisiz yararlanma haksız rekabet

15 Korkmaz (n 14) 179. Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2014/14-1587 K 2016/822, 22.06.2016 (Kazancı Veritabanı), “İhtiyati tedbir talep eden taraf, tedbire esas olan hakkını, ihtiyati tedbir sebep veya sebeplerini keza davanın esası yönünden de haklılığını ispat etmelidir”.

eyleminin gerçekleştirildiği bir durumda, hasız rekabet eyleminin failinin dava sonuçlanıncaya kadar bu iş ürününden yararlanmaya devam etmesi de yine telafisi imkansız zararlara neden olabilecektir.

Belirtmek gerekir ki TTK m. 55'de yer verilen haksız rekabet hallerinin ekseriyetinde, ihtiyati tedbir sebeplerinin bulunduğundan bahsedilebilecektir. Zira haksız rekabete konu haklar genellikle kısa ömürlü olup, uzun süren davaları kaldıramayacak kadar geçici niteliktedirler¹⁶. Bu sebeple de haksız rekabet eyleminin yargılama boyunca devam etmesi, talepte bulunanın zararın artmasına neden olacağı gibi işletme bakımından yıkıcı sonuçlar doğurabilecektir. Dolayısıyla her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekmele birlikte, ihtiyati tedbirin sebep unsurunun haksız rekabet hallerinde mevcut olabileceği göz ardı edilmemelidir.

Bununla birlikte özellikle haksız rekabet uyuşmazlıklarında mahkemelerin ihtiyati tedbire karar verme konusunda çekingen davrandıkları müşahede edilmektedir. Mahkemeler genellikle uyuşmazlığın yargılamayı gerektirmesi, tarafların haklılık ve haksızlığının ancak yargılama neticesinde ortaya çıkabilecek olması nedeniyle ihtiyati tedbire sıcak yaklaşmamaktadırlar¹⁷. Bunun yanında mahkemelerce, haksız rekabet eyleminin devam etmesinin işletmeler yönünden yıkıcı etkilerinin olabileceği hususu da göz ardı edilmektedir. Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12 HD tarafından verilen kararda¹⁸, “*davacının ticaret unvanına haksız tecavüz olup olmadığı yapılacak yargılama sonucunda belirlenecek olup, davalı şirketin halen ticaret siciline tescilli bulunan unvanının kullanılmasının engellenmesi davanın taraflarının menfaat dengesine uygun düşmemektedir. Bir zarara uğraması halinde tazminini talep etme hakkı mevcuttur. Davacının talebinin haklılığı bu konudaki incelemeler tamamlandığında anlaşılabilir olduğundan, ... davacı tarafın davanın esası bakımından haklılığını yaklaşık ispat derecesinde ispatlanması koşulunun gerçekleşmediği belirlenmekle...*” şeklinde hüküm kurularak, zarar tehlikesinin mevcut olmadığı veya zarar tehlikesi mevcut olsa dahi bunun tazminat talebi ile giderilebileceği gerekçesiyle ihtiyati tedbir kararı verilmesine gerek görülmemiştir. Gerçekten de ihtiyati tedbir konusunda taraf menfaatleri dikkate alınmalı ve karşı tarafın haklarına mümkün mertebe müdahale etmekten kaçınılarak bir karar verilmelidir¹⁹. Çünkü dava sonuçlanmadan bir davadaki haklılık durumunun ortaya çıkması mümkün değildir. Ancak bir zararın mevcut olduğu durumda tazmininin mümkün olması ve bu sebeple de ihtiyati tedbir kararının verilmemesi yerinde bir yaklaşım değildir. Zira daha önce de belirtildiği üzere haksız rekabet uyuşmazlıklarında zararın belirlenmesi çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Bu da haksız rekabet eyleminden zarar gören kişilerin davayı kazansalar bile zararlarını karşılayamamaları sonucunu doğurmaktadır. Bu itibarla ihtiyati tedbir kararları, çoğunlukla asıl davada verilecek karardan daha önemli niteliktedir. İhtiyati tedbir kararı ile zararın artmasının önüne geçilmesi çok daha etkili bir yol olacağı gibi kanun koyucunun dürüst rekabet ortamının teminine yönelik iradesine de daha uygundur. Çünkü haksız rekabet eylemi devam ettiği sürece dürüst bir rekabet ortamının varlığından bahsedilemeyecektir.

16 Deren Yıldırım (n 9) 7; Erdil (n 6) 438.

17 Erdil (n 6) 442.

18 İstanbul BAM 12 HD, E 2019/802 K 2019/660, 7.5.2019 (Pekdiğer ve Tok (n 10) 257-258.)

19 Fornage and Chaloz (n 1) 401.

3. İHTİYATİ TEDBİRE DAYANAK OLAN HAK VE SEBEP UNSURLARINA İLİŞKİN YAKLAŞIK İSPAT KOŞULU

İhtiyati tedbire karar verilebilmesi için tedbir talebinde bulunanın normal bir yargılamada olduğu gibi hasmına karşı maddi hukuk anlamında bir hak ileri sürmesi gerekmektedir. İhtiyati tedbir bakımından incelenmesi gereken bu şart, HMK m. 390/III'de, “*davanın esası yönünden kendisinin haklılığını...*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu şart esas itibarıyla hâkimin, talep edenin ileri sürdüğü hakka bakarak haklılık öngörüsünde bulunması, diğer bir anlatımla esasa ilişkin açılacak davada talepte bulunan tarafın haklılığının ortaya çıkacağı yönündeki kanaatinin, davanın reddedilmesine olan kanaatine ağır basması olarak anlaşılmaktadır²⁰.

İhtiyati tedbir talebinde bulunan taraf, davadaki haklılığını yaklaşık ispat ölçüsüne göre ispatlamakla yükümlüdür. Bu itibarla talepte bulunan, tedbire esas olan hakkını, ihtiyati tedbir sebeplerini ve aynı şekilde davanın esası yönünden haklılığını da yaklaşık olarak ispat etmelidir. İhtiyati tedbir yargılamasında yaklaşık ispat ölçütünün kullanılıyor olması, sadece talepte bulunanın beyanları ile yetinileceği anlamına gelmemektedir²¹. Talepte bulunanın delillere dayanmak suretiyle ihtiyati tedbirin şartlarının mevcut olduğunu ispatlaması da ayrıca aranmaktadır. Talepte bulunanın dayandığı deliller dolayısıyla hâkim, ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmeli, iddia edilen olayın doğru olma ihtimalinin yanlış olma ihtimaline göre ağır bastığı kanaatine ulaşmalıdır²². Dolayısıyla mahkeme nezdinde oluşturulacak olan kanaatin somut verilere dayanması gerekliliğinin ifade edilmesi itibarıyla önemlidir. Yaklaşık ispat da ancak objektif verilere dayanan, talepte bulunanın beyanlarından ibaret olmayan bilgilerin mevcut olması ihtimalinde gerçekleşecektir.

Yaklaşık ispat kuralının, özellikle ifa amaçlı ihtiyati tedbire karar verileceği hallerde farklı uygulanması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir. Zira bu halde aleyhine tedbir kararına hükmedilen tarafın hukuki alanına ciddi bir müdahalede bulunulmaktadır. Dolayısıyla ihtiyati tedbir taleplerinde aranan ispat derecesinin tespitinde, aleyhine ihtiyati tedbir talep edilenin hukuki alanına yapılacak müdahalenin büyüklüğünün önem taşıdığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla ihtiyati tedbir kararı neticesinde karşı tarafın hakkı ne kadar tehlikeye düşecekse ispat ölçüsünün de o kadar yükselmesi gerektiği bu görüş uyarınca belirtilmektedir²³. Bunun bir sonucu olarak da haksız rekabet uygulamasında olduğu gibi, ifa amaçlı ihtiyati tedbirlerin varlığı halinde, karşı tarafın ağır zarara uğrama tehlikesi mevcut olduğundan somut olayın şartlarına göre tam ispatın da aranabileceği kabul edilmektedir²⁴. Sonuç itibarıyla ihtiyati tedbir taleplerinde aranan ispat ölçüsünün, tedbirin sonuçlarının ağırlığı ve tedbirin eski hale iade edilememesi tehlikesi ile doğru orantılı olarak tam ispata yaklaşabilecektir. Elbette ispat ölçüsü belirlenirken ihtiyati tedbir kararının talepte bulunanın asıl dava sonucunda verilecek karara ne derece yaklaştırdığı da önemli bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵.

20 Özkes, *Medeni Usul Hukuku* (n 3) 2463; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Yetkin 2017) 3547.

21 Özkes, *Medeni Usul Hukuku* (n 3) 2476; Mehmet Özdemir, *Geçici Hukuki Korumalar* (Adalet 2018) 91.

22 Bkz. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 22. HD, E 2017/283 K 2017/187, 24.02.2017 (Özdemir (n 21) 92).

23 Serdar Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü* (Adalet 2020) 247.

24 Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (Oniki Levha 2013) 218.

25 Deren Yıldırım (n 9) 66.

Bu noktada 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun ihtiyati tedbire ilişkin hükmü üzerinde de kısaca durulması yerinde olacaktır. Sınai mülkiyet haklarına tecavüzün kendine has özellikleri nedeniyle SMK m. 159'da ayrıca bir ihtiyati tedbir düzenlemesine yer verilmiştir. “*İhtiyati Tedbir Talebi ve İhtiyati Tedbirin Niteliği*” kenar başlıklı maddenin ilk fıkrası, “*Bu Kanun uyarınca dava açma hakkı olan kişiler, dava konusu kullanımın, ülke içinde kendi sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.*” şeklinde kaleme alınmıştır. SMK m.159/II'de ise ihtiyati tedbir türleri sayılmış olup aynı TTK m. 61'de olduğu gibi ifa amaçlı ihtiyati tedbir türlerinin yoğunlukta olduğu görülmektedir. Maddede en dikkat çeken husus, ihtiyati tedbir hak ve sebeplerinin yaklaşık ispatından bahsedilmemesidir. Gerçekten de kanun koyucu bu maddede “ispatı” aramıştır. Bu eğilimin de yukarıda açıklandığı şekliyle, ifa amaçlı ihtiyati tedbirle bozulan menfaat dengesinin sağlanması ile açıklanmasının mümkün olduğu düşünülmektedir.

B. HAKSIZ REKABET UYUŞMAZLIKLARINDA İHTİYATİ TEDBİR UYGULAMALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

TTK m. 61 hükmü ile dava sonucunda tesis edilecek kararların ihtiyati tedbir yoluyla da verilebileceği kabul edildiğinden, düzenlemenin, uyuşmazlığın esasının zamanından önce çözümlenmesi yönündeki ilkenin istisnasını oluşturduğu açıkça görülmektedir. Bununla birlikte böylesi ağır ihtiyati tedbir kararının verilmesinde, tedbir talep eden ile karşı taraf arasındaki menfaat dengesinin de korunması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu dengenin ispat ölçüsünün ağırlaştırılmasıyla kurulabileceği savunulmakla birlikte²⁶, mahkemelerce sıklıkla başvuru, “*uyuşmazlığın çözümünün yargulamayı gerektirmesi*” nedenine dayalı tedbir taleplerinin reddedilmesinin de sakıncalı sonuçlar doğuracağı açıktır. Zira ispat ölçüsünün ağırlaştırılması bu sefer de talepte bulunanın büyük hak ihlallerine uğramasına neden olacaktır. Yaklaşık ispatın dahi çoğu zaman kanıtlanamadığının ileri sürüldüğü haksız rekabet uyuşmazlıklarında, tam ispatın aranması ihtiyati tedbir uygulamasını imkansız hale getirebilecektir. Ancak ihtiyati tedbir müessesinde yer alan menfaat dengesini korumaya yönelik mekanizmaların devreye sokulması ile bu sorunların üstesinden gelinebileceği düşünülmektedir. Bu bağlamda ilk olarak ihtiyati tedbir talep edenin HMK m. 392 uyarınca teminat gösterme yükümlülüğü üzerinde durulmalıdır.

İhtiyati tedbirde teminat gösterme yükümlülüğü HMK m. 392'de, “*İhtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek zorundadır. Talep, resmi belgeye, başkaca kesin bir delile dayanıyor yahut durum ve koşullar gerektiriyorsa, mahkeme gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir. Adli yardımdan yararlanan kimsenin teminat göstermesi gerekmez.*” şeklinde belirlenmiştir. Bu konudaki yargı kararlarının da ihtiyati tedbirde karşı teminat gösterilmesinin zorunlu olduğu yönünde geliştiği belirtilmelidir. Karşı teminatın olmaması davalı tarafın ihtiyati tedbir sebebiyle uğrayabileceği zararların teminatsız kalması sonucunu doğuracak olup bu sonuç taraflar arasındaki

26 Erişir (n 14) 218.

menfaat dengesine de aykırılık teşkil edecektir²⁷. Karşı teminat ile haksız rekabet eyleminde bulunduğu ileri sürülen tarafa yönelik ihtiyati tedbir talebi neticesinde meydana gelecek hak kayıplarının da bu sayede tazmini mümkün olacağı gibi, ihtiyati tedbir talebinde bulunan bakımından da bir külfet getirilmek suretiyle tarafların menfaatleri dengelenmeye çalışılmaktadır.

Taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlayan bir diğer mekanizma da haksız rekabet hukuku hükümlerinde öngörülmüştür. TTK m. 59'da yer alan “*Mahkeme, davayı kazanan tarafın istemiyle, gideri haksız çıkan taraftan alınmak üzere, hükmün kesinleşmesinden sonra ilan edilmesine de karar verebilir. İlanın şeklini ve kapsamını mahkeme belirler.*” düzenlemesi ile, davada haklı çıkan tarafın istemi üzerine kararın gazetede ilan edilebileceği kabul edilmiştir. Böylece kararın büyük kitlelere duyurulması sağlanmış olmakta ve bu vesileyle de ilgili tarafın haklılığı ortaya konulmaktadır. Bu hüküm özellikle yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesi şeklinde verilen ihtiyati tedbir kararları bakımından önemlidir. Zira ihtiyati tedbir yoluyla yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesi halinde talepte bulunanın talebinin geçici değil kesin bir biçimde yerine getirildiğinden bahsedilebilecektir²⁸. Böylece talepte bulunan ancak dava sonucunda ulaşabileceği sonuca henüz davanın başında ulaşarak yargılamadan beklediği faydayı da sağlamış olacaktır. Ancak TTK m. 59'da yer alan ilan müessesesi sayesinde, davanın reddi durumunda kararın ilanı yaptırılarak, ifa amaçlı ihtiyati tedbir kararının sakıncalı sonuçları ortadan kaldırılmış olacaktır. Masrafları davada haksız çıkan tarafça karşılanacak gazete ilanları ile, ihtiyati tedbirin yanlışlığı da büyük kitlelere duyurulmuş olacaktır.

SONUÇ

Haksız rekabet hukukunda ihtiyati tedbir kurumunun önemi, haksız rekabet hükümleri ile korunan menfaatlerin nitelikleri gereği oldukça önemlidir. Bu öneme binaen kanun koyucu ayrı bir hüküm ile haksız rekabet hukukunda ihtiyati tedbir müessesesini düzenlemiştir. İhtiyati tedbirlerin ifa amacına yönelik olması, uyumsuzlukların esasının zamanından önce çözümlenmesi sonucunu doğurabilecek nitelikte olmakla birlikte, haksız rekabete konu hakların çoğunlukla kısa ömürlü ve uzun süreli davaları kaldıramayacak nitelikte olmaları nedeniyle ifa amaçlı ihtiyati tedbirler bir

27 “*Patentin hükümsüzlüğü davasında, taraf teşkilinin sağlanması ve yargılama sırasında taraf değişikliği nedeniyle yargılamanın uzamaması yönünden, dava konusu tescil belgesinin devrinin önlenmesi yönünde tedbir kararı verilmesi, usul ekonomisi ve yargılamanın hızlı bir şekilde sonuçlandırılması yönünden yerindedir, ancak devrin önlenmesi kararı, davalı tescil sahibinin tasarruf yetkisini kısıtladığından, davalının olası zararları yönünden teminat alınması gerektiğinden, davalı vekilinin istinaf başvurusunun kısmen kabulüne, kısmen reddine, mahkemenin 15/06/2021 tarihli kararının kaldırılmasına, davalı vekilinin itirazının kısmen kabulü ile, mahkemenin 09.04.2021 tarihli tedbir kararının kaldırılmasına, davacı tarafça 20.000 TL nakdi teminat yahut aynı miktarda kesin ve süresiz teminat mektubu ibraz edildiğinde, dava konusu patent tescil belgesinin devir ve temlikinin önlenmesi yönünde tedbir konulmasına karar verilmiştir.*” Karar için bkz. İstanbul BAM 16 HD, E 2021/1462 K 2021/1587, 23.09.2021 (Lexpera Bilgi Bankası). Benzer bir başka kararda ise “*...davacı tarafın İhtiyati tedbire dair yaklaşık ispat şartını yerine getirdiğinin kabulünün isabetli olacağı kanaatine varılmıştır. Ancak, aynı yasanın 392. maddesi kapsamında teminatsız İhtiyati tedbir kararı verilmesi talebinde isabet görülmemiştir. Şöyle ki, yasa, İhtiyati tedbir talep edenin haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek zorunda olacağına yer verilmiştir. Yasanın iş bu konudaki düzenlemesi emredici niteliktedir.*” şeklinde hüküm tesis eden istinaf mahkemesi, ihtiyati tedbirdeki teminatın zorunluluğunu açıkça ortaya koymuştur. Karar için bkz. İstanbul BAM 17. HD, E 2020/2067 K 2020/2005, 12.11.2020 (Lexpera Bilgi Bankası).

28 Deren Yıldırım (n 9) 90.

zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkemelerce ihtiyati tedbire karar verilmesinde çekingen davranılması haksız rekabet uyuşmazlıklarında, davacı tarafın telafisi mümkün olmayan zararlara uğramasına neden olmaktadır. Elbette ifa amaçlı ihtiyati tedbirlerin söz konusu olması dolayısıyla ispat ölçütünün daha yüksek belirlenmesi gerektiği savunulmaktaysa da bu durum ihtiyati tedbir uygulamasının önünde bir engel olarak görülmemelidir. Zira haksız rekabet hukuku ve ihtiyati tedbir kurumu özelinde menfaat dengesini sağlamaya yönelik birçok mekanizma mevcuttur.

KAYNAKÇA

- Deren Yıldırım N, *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler* (Alkım 1999).
- Erdil E, *Haksız Rekabet Hukuku* (Seçkin 2020).
- Erişir E, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (Oniki Levha 2013).
- Fornage A C ve Chabloz I, 'Remarques Liminaires Aux Articles 9 a 11 LCD' in Vincent Martenet and Pascal Pichonnaz (eds), *Commentaire Romand* (Helbing Lichtenhahn, 2017).
- Kale S, *Marka Davalarında Yargılama Usulü* (Adalet 2020).
- Keskinci D, 'Haksız Rekabet Yargılama Hukukunda İfa Amaçlı İhtiyati Tedbirler' (2013) 2(2) Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145-154.
- Korkmaz R, *Haksız İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davası* (Oniki Levha 2020).
- Kuru B, Arslan R ve Ejder Y, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin 2013).
- Nomer Ertan N F, *Haksız Rekabet Hukuku* (Oniki Levha 2016).
- Özdemir M, *Geçici Hukuki Korumalar* (Adalet 2018).
- Özekes M, 'Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir' (2002) 4(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-138
- Özekes M, 'Geçici Hukuki Koruma' iç Hakan Pekcanitez (edr) *Medeni Usul Hukuku* (Oniki Levha 2017).
- Pekdiñer R T ve Tok O A, *İsviçre Hukuku ile Mukayeseli Türk Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı*, (Seçkin 2019).
- Tunç Yücel M, 'Haksız Rekabet Hukukunda Teminat Amaçlı İhtiyati Tedbirler' iç *Prof. Dr. Ergun Önenè Armağan* (Alkım 2003) 417-430.
- Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Yetkin 2017).

Medenî Usûl Hukukunda Hükümden Sonra Feragat ve Davanın Feragat Sebebiyle Sona Erdiğini Ortaya Koyacak Olan Mercii: 7251 Sayılı Kanun Değişikliği Kapsamında Değerlendirmeler

The Authority that will Establish the Waiver and Termination of the Lawsuit due to Waiver after the Verdict in Code of Civil Procedure: Considerations within the Scope of Law No. 7251

Serpil Işık* 

ÖZ

Davadan feragat, davacının dava dilekçesinde yer alan talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir. Kanunda yer alan düzenlemeler uyarınca davadan feragat, hükmün şekli anlamda kesinleşmesine kadar yargılamanın her aşamasında yapılabilecektir. Yargılamanın ilk derece mahkemesinde devam ettiği bir esnada davadan feragat edilebileceği gibi hükmün verilmesinden sonra ve fakat kanun yollarına müracaat edilmesinden önce ya da dosyanın kanun yollarında incelendiği bir aşamada da davadan feragat yoluna gidilebilecektir. Yargılamanın ilk derece mahkemesinde devam ettiği bir sırada davadan feragat edilmesi üzerine, ilk derece mahkemesince davanın feragat sebebiyle sona erdiği ifade edilerek usule ilişkin bir kararla reddedilmesi gerekecektir. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesince hüküm verildikten sonra kanun yollarına müracaat süresi içerisinde veya hükmün kanun yollarına götürülmesinden sonra davadan feragat edilmesi durumunda hangi merci tarafından ne şekilde bir karar verileceği konusunda, 28.07.2021 tarihli ve 7251 sayılı HMK değişikliğine kadar usul kanunumuzda bir boşluk bulunmaktaydı. Bu sebeple, hükmün verilmesinden sonra kanun yolları süresi içerisinde veya dosyanın kanun yollarında incelendiği bir esnada davacı tarafından davadan feragat edilmesi durumunda müracaat edilecek olan mercii ile bu merci tarafından verilecek olan karar konusunda Yargıtay'ın yerleşik bir uygulaması söz konusuydu. 01.10.2011 tarihinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra çıkartılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 57'nci maddesi ile ilk kez hükmün ilk derece mahkemesince verilmesinden sonra davadan feragat edilmesi konusunda bir düzenleme yapılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin yürürlükten kaldırılmasından sonra Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle birlikte bu konuda bir düzenleme (m. 215) getirilmiştir. Getirilen yönetmelik hükümleri ile kanun yollarına müracaat edilmesinden önce davadan feragat beyanının mahkemece inceleneceği ve mahkemenin bu yönde bir "ek karar" vereceği öngörülerek Yargıtay uygulamasından farklı ve yeni bir düzenleme kabul edilmiştir. 28.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu değişikliği sonrasında ise, Kanunda açıkça davadan feragatin yapılma zamanı ve verilecek olan karara ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Böylelikle, Yönetmelik hükümleriyle kabul edilen ve uygulamada var olan durum, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da düzenlenerek kanun hükmü olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte, yönetmeliklerle öngörülen düzenlemeye kanuni bir temel kazandırılması ve HMK'da ilk defa "ek karar" kavramına yer verilmesi bakımından gerçekleştirilen değişiklik önem arz etmektedir. Çalışmamızda, hükmün ilk derece mahkemesince verilmesinden sonra ve fakat kanun yollarına müracaat edilmesinden önce ya da dosyanın kanun yollarında bulunduğu bir aşamada davadan feragat edilmesi üzerine davanın sona erdiğini tespit eden kararı verecek olan mercinin neresi olduğu Yargıtay kararları, doktrinde ileri sürülen görüşler ve yürürlüğe giren Yönetmelik hükümleri (eski HMK Yönetmeliği m. 57; Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215) ile 28.07.2020 tarihinde gerçekleştirilen 7251 sayılı HMK değişikliği çerçevesinde ele alınarak ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Medenî Usûl Hukukunda Davadan Feragat, Davadan Feragatin Zamanı, Hükümün Verilmesinden Sonra Davadan Feragat, Kanun Yolları Aşamasında Davadan Feragat, Ek Karar

* Araş. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0003-4329-1138.

ABSTRACT

Waiver of a lawsuit means the plaintiff to partially or completely withdraw from the claim stated in the petition. According to the regulations in the code, waiver can be given at any stage of the proceeding, until finalization of the form of verdict. While waiver is possible while the proceeding at the court of first instance is ongoing, it is also possible after the verdict is given, yet before applying to legal remedies or during when the lawsuit file is examined for remedies. If the lawsuit is waived while the proceeding at the court of first instance is ongoing, it should be terminated by a procedural decision of the court of first instance stating that the lawsuit was terminated due to waiver. However, there is no provision in our legislation about which decision will be passed, by which authority and in which manner if the withdrawal from the lawsuit is given within the legal time frame to apply to legal remedies after the verdict is given by the court of first instance or after the verdict is appealed through legal remedies. Therefore, there is an established practice of the Court of Cassation on the authority to be applied to and the verdict to be given by this authority if the lawsuit is waived by the plaintiff within the legal time frame for applying to legal remedies after the verdict or while the legal remedies are being examined. Article 57 of the Regulation on Code of Civil Procedure issued after the Code of Civil Procedures No. 6100 came into force on 01.10.2011, introduced for the first time a provision that the lawsuit can be waived after verdict is given by the court of first instance. After the repeal of the Regulation on Code of Civil Procedure, another regulation was introduced with the Regulation on the Regional Courts of Justice and Court of Original Jurisdiction and Chief Public Prosecutor's Office Administrative and Editorial Services (Art. 215). With the provisions of the regulation, a different and new regulation from the practice of the Court of Cassation was adopted by assuming that the court will examine the notice of waiver before applying for legal remedies and will give an "additional verdict" in this respect. After the CCO amendment that entered into force on 28.07.2020, provision regarding the case and the decision to be made were clearly introduced in the Law. Thus, the current situation in practice has been regulated in the CCP and brought into law. In our study will try to discuss which authority is to give the verdict that the lawsuit is terminated upon waiver of the lawsuit after verdict is given by the court of first instance but before applying to legal remedies, or while the lawsuit file is being examined according to the legal remedies in terms of the decisions of the Court of Cassation, opinions put forward in the doctrine and the provisions of the Regulations (former HMK Article 57; Regulations Art. 215) and within the framework of the CCP amendment that entered into force on 28.07.2020.

Keywords: Waiver of Lawsuit in Code of Civil Procedure, Time Frame of Waiver from the Lawsuit, Waiver after the Verdict, Waiver from Lawsuit During Legal Remedies, Additional Decision.

GİRİŞ

Medenî usûl hukukunda geçerli olan tasarruf ilkesinin doğal bir sonucu olarak davacı, hakkını elde edebilmek için üçüncü bir kişiye karşı açmış olduğu davaya devam edebilir yahut yargılamanın herhangi bir aşmasında davasından vazgeçebilir¹. Açılmış olan davaya devam etmek istemeyen

1 Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (7. Bası, Beta 2009) 422; Murat Atalı, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III* (15. Bası, On İki Levha 2017) 2012. Tasarruf ilkesine göre, yargılamanın tarafları dava konusu olan hak üzerinde etki ederek serbestçe tasarrufta bulunabilir. Tasarruf ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış (Tıpkı Basım)* (24. Bası, Yetkin 2013) 335; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 182-183; Nedim Meriç, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde)*, (Yetkin, 2011) 17 vd.; Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. I* (15. Bası, On İki Levha, 2017) 783-795; Ali Cem Budak ve Vural Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (4. Bası, Adalet 2020) 82-85; Abdurrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Filiz 2020) 228-231; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (3. Bası, Yetkin 2020) 98-102; Ömer Ulukapı, *Medeni Usul Hukuku* (3. Bası, Mimoza 2015) 119.

davacı, böyle bir durumda, “*davadan feragat*” müessesine müracaat ederek davanın sona ermesini sağlayabilir².

Davadan feragat, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun³ 307 ilâ 312'nci maddeleri⁴ arasında düzenlenmektedir⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan düzenlemeler uyarınca davadan feragat, davacının yargılamayı yürüten mahkemeye yapacağı tek taraflı bir irade beyanıyla gerçekleştirilir⁶. Davadan feragat için karşı tarafın iznine veya mahkemenin onayına ihtiyaç bulunmamaktadır⁷ (HMK m. 309/f. 2). Davadan feragat yargılamanın devam ettiği aşamada davacı tarafından gerçekleştirilebilir⁸.

Davadan feragat, zamansal olarak, hükmün kesinleşmesine kadar yargılamanın her aşamasında yapılabilir⁹ (HMK m. 310/f. 1). Buna göre, sadece yargılamanın ilk derece mahkemesinde

- 2 Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (3. Bs, Sevinç Matbaası 1967) 296; Necip Bilge, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (Sevinç Matbaası 1967) 262; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2012; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 505. Davadan feragat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Leyla Akyol Aslan, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat* (1. Bası, Yetkin 2011) 65 vd.
- 3 RG., 4.2.2011, S. 27836.
- 4 Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2008. Davadan feragat, 1.10.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “*Davaya Son Veren Taraf İşlemleri*” başlıklı üçüncü bölümünde 307 ilâ 312'nci maddeler arasında düzenlenmektedir. Alman hukukunda ise, davadan feragat (*Verzicht*), Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) §§ 306 vd.'nda düzenlenmektedir (Bkz.: Hans-Joachim Musielak, *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz* (8., Neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen München, 2011) 1034 vd.).
- 5 Bununla birlikte, davadan feragat yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 91-95 hükümlerinde düzenlenmekteydi (Ergun Önen, ‘Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez’ (1976) 1 ABD 26).
- 6 Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2016; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt 2* (Yetkin 2020) 1046; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 505; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Ali Haydar Karahacıoğlu ve Aynur Parlar, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Bilge, 2014) 1339. Ayrıca, davadan tamamen feragat edilebileceği gibi kısmen feragat yoluna da gidilebilir (Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2020; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri* (7. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1960) 180; İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (1911 Sayılı Kanun'a Göre Yazılmış 6. Bası, Sulhi Garan 1975) 480; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Budak ve Karaaslan (n 1) N 6, s. 320; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, Nesil 2000) 573; Nihat Yavuz, ‘Hukuk Davalarında Feragat ve Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin En Son Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler’ 1977 (6) Ankara Barosu Dergisi 1019. Davadan kısmen feragat edilmesi durumunda, feragat edilen kesimin dilekçede yahut tutanakta açıkça gösterilmesi gerekmektedir (HMK m. 309/f. 3) (Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Şanal L. Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (28.07.2020 tarih ve 7251 sayılı Kanunla Değiştirilmiş, Güncellenmiş 9. Bası, Yetkin 2020) 596). Davadan kısmen feragat halinde, feragat edilen kısım için dava sona erer ve feragat edilmeyen kısım için ise dava devam edecektir (Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Karşı (n 1) 373).
- 7 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 422-423; Karşı (n 1) 373; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2016; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 505; Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukuku* (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Esas Alınarak Hazırlanmış 3. Bası, Adalet 2012) 437, 441; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (1. Bası, Yetkin 2017) 389; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 596.
- 8 Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 479; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı* (1. Bası, Alfa 1995) 595; Karşı (n 1) 371; Muşul, (n 7) 436; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV* (6. Bası, Demir-Demir 2001) 3550.
- 9 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Karşı (n 1) 374; Muşul, (n 7) 441; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 598; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 388; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2012; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322; Karahacıoğlu ve Parlar (n 6) 1341. Yarg. 23. HD, 5.3.2012, E. 2012/923, K. 2012/1647“... *Feragat, 6100 sayılı HMK'nun 311. madde hükmü uyarınca, kesin hüküm sonuçlarını doğurduğu gibi, aynı Kanun'un 309/2. Maddesi uyarınca karşı tarafın kabulüne de bağlı bulunmamaktadır. Öte yandan aynı Kanun'un 310'uncu maddesi*

devam ettiği bir esnada değil; aynı zamanda, hükmün şekli anlamda kesinleşmesine kadar davadan feragat edilebilir¹⁰. Hükmün şekli anlamda kesinleşmesinden sonra ise, ortada derdest bir dava bulunmadığı için, bu aşamada davadan feragat yoluna gidilemez¹¹. İlk derece mahkemesince hükmün verilmesinden sonra ve fakat kanun yollarına müracaat edilmesinden önce ya da dosyanın kanun yollarında incelendiği bir esnada da davadan feragat edilebilmesi mümkündür¹².

Davayı sona erdiren usulî işlemlerden birisi olan feragat¹³, davacı tarafından yapıldığı anda hükümlerini doğurur¹⁴. Bu sebeple, davanın feragat sebebiyle sona erebilmesi için mahkemece bir karar verilmesine gerek yoktur¹⁵. Bununla birlikte, mahkemece, davanın feragat sebebiyle sona erdiğini tespit ve tevsik eden bir kararın verilmesi gerekmektedir¹⁶.

Dava henüz ilk derece mahkemesindeyken davacı tarafından davadan feragat edilirse, davanın feragat sebebiyle sona erdiğini tespit eden kararı verecek olan merci “ilk derece mahkemesi” olacaktır¹⁷. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesince hüküm verildikten sonra kanun yollarına müracaat süresi içerisindeyken davadan feragat edilirse hangi merci tarafından karar verileceği konusunda, 28.07.2020 tarihli ve 7251 sayılı HMK değişikliğine kadar usul kanunumuzda bir boşluk

uyarınca davadan feragat, karar kesinleşinceye kadar her aşamada mümkündür. Mahkeme davadan el çektiğinden, karar ortada durduğu müddetçe, davayı yeniden ele alıp, feragat nedeniyle bir karar veremez (11.04.1940 gün ve 70 sayılı İBK, 21.11.1981 gün 1981/2-551 sayılı HGK kararı). Bu itibarla, davadan feragat nedeniyle mahkemece bir karar verilmesi gerektiğinden, bunun sağlanabilmesi için hükmün öncelikle bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (Karahacıoğlu ve Parlar (n 6) 1341).

- 10 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 423-424; Üstündağ (n 6) 571; Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 478; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322; Bilge (n 2) 309.
- 11 Lütfü Fikri Soner, ‘Feragat, Kabul ve Sulhe Dair Bazı Sorunlar’ (1977) 3 ABD 442; Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 478; Akyol Aslan (n 2) 250 vd.; Ansay (n 6) 181; Üstündağ (n 6) 571; Karşlı (n 1) 374; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 598.
- 12 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 423-424; Kuru, *El Kitabı* (n 8) 597; Akyol Aslan (n 2) 257 vd.; Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 478; Karşlı (n 1) 374.
- 13 Davadan feragatin davayı sona erdiren usul işlemlerinden birisi olduğu hakkında bkz.: Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 422; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (Güncellenmiş ve 7251 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş 6. Bası, Yetkin 2020) 564 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 571 vd.; Budak ve Karaaslan (n 1) 319 vd.; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 592; Karşlı (n 1) 369-370; Kuru, C. IV (n 8) 3543; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 505; Kuru, *El Kitabı* (n 8) 594; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 386; Muşul, (n 7) 435 vd.; Atalı, *Pekcamtez Usul* (n 1) 2008 vd.; Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 476; Üstündağ (n 6) 568.
- 14 Soner (n 11) 444; Karşlı (n 1) 373.
- 15 Atalı, *Pekcamtez Usul* (n 1) 2015. Bununla birlikte, *doktrinde bazı yazarlarca*, davanın feragat sebebiyle sona erdiği konusunda mahkemece bir karar verilmesinin gerektiği kabul edilmektedir (Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 424). Doktrinde aksi görüşteki bu yazarlara göre, davanın feragat ile değil de mahkemenin feragat hakkında vereceği karar ile sona ereceği şeklindedir. Bu görüşteki yazarlar için bkz.: Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 13) 567.
- 16 Süha Tanrıver, *Medeni Usûl Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması* (Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin 2018) 1052. Doktrinde aksi yöndeki görüş için bkz.: Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 424; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 13) 567.
- 17 Soner (n 11) 444.

bulunmaktaydı¹⁸. Zira, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun¹⁹ yürürlükte olduğu dönemde, davadan feragati düzenleyen kanun hükümlerinin arasında (HUMK m. 91-95) bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı²⁰. Bununla birlikte, hükmün verilmesinden sonra kanun yolları süresi içerisindeyken veya dosyanın kanun yollarında incelendiği bir aşamada davadan feragat edilmesi durumunda, müracaat edilecek olan merci ile bu merci tarafından verilecek olan karar konusunda Yargıtay'ın yerleşik bir uygulaması söz konusuydu²¹.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, ilk derece mahkemesince hüküm verildikten sonra, kanun yolu incelemesinin gerçekleştirilmesinden önce davadan feragat edilmesi durumunda feragat sebebiyle dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi yönünde karar verilmesi gerekmektedir²². Zira, ilk derece mahkemesi, kararını ortaya koyduktan sonra dosyadan el çekmiş olacağı için, davacı tarafından davadan feragat beyanının ileri sürülmesi üzerine hükmü veren mahkemece tekrardan inceleme yapılarak karar verilmesi söz konusu olmaz²³. Böylelikle, feragat edilen dosyanın Yargıtay tarafından bozulmasından sonra, kararı veren ilk derece mahkemesine gönderileceği ve feragat sebebiyle yargılamaya son verileceği içtihat edilmekteydi²⁴. Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra getirilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin "*karar verilmiş dosyalara ilişkin işlemler*" kenar başlıklı 57'nci maddesi ile Yargıtay uygulamasından farklı bir düzenleme kabul edilmiştir²⁵. Bu durum karşısında Yargıtay, verdiği kararlarda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 57'nci maddesinde öngörülen düzenlemenin yürürlüğe girmesinden sonra da uzun zamandan beri sürdürdüğü uygulamanın devam etmesi gerektiği yönünde içtihatlar ortaya koymuştur²⁶.

18 İlk derece mahkemesince hüküm verildikten sonra kanun yollarına müracaat süresi içerisinde davadan feragat edilmesi durumunda hangi merci tarafından ne şekilde karar verileceği konusunda Kanunda bir boşluk söz konusuydu (Akyol Aslan (n 2) 262; Soner (n 11) 444).

19 RG., 2, 3, 4. 07. 1927, S. 622, 623, 624.

20 Bkz.: HUMK m. 91-95.

21 Yargıtay uygulaması hakkında bkz.: Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013; Kuru, C. IV (n 8) 3565-3568.

22 Yarg. 2. HD, 05.05.1999, 2708/4669 "...Taraflar arasındaki boşanma davasının yapılan mahkemece sonunda mahkemece isteğe uygun olarak boşanmaya hükmedilmiş, temyiz süresi içinde davacı 7.12.1988 tarihli dilekçesi ile davadan feragat etmiştir. Karar kesinleşinceye kadar davanın her safhasında davadan feragat mümkündür. Feragat kesin hükmün hukuki neticelerini doğurur (HUMK m. 95). Öte yandan işlem doğrultusunda oluşan hükmün kesinleşmesi bu kuralla çelişen bir sonuç doğuracaktır. O halde, henüz kesinleşmemiş hükmün ortadan kaldırılması zorunludur. Mahkemeler Kanunda öngörülen istisnalar dışında kendi hükümlerini kendileri kaldıramazlar. İlk derece mahkemelerinin kararlarını bozup kaldırma yetkisi münhasıran Yargıtaya aittir (Yargıtay Kanunu 1; HUMK m. 428). Mahkemece kadının davası kabul edilerek boşanmaya karar verilmeyle dosyadan el çekilmiştir. Davacı kadının hükmün kesinleşmeden önce verdiği 7.12.1998 tarihli dilekçesinin temyiz isteği olarak kabulü ile, dosyanın ele alınıp feragat sebebi ile gerekli kararın verilmesi gerekirken ek kararlar davanın feragat sebebi ile gerekli kararın verilmesi gerekirken ek kararlar davanın feragat sebebi ile reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir..." (YKD 1999/10, s. 1364; Aynı karar için bkz.: Kuru, C. IV (n 8) 3567).

23 Evren Koç ve Cengiz Serhat Konuralp, *Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemesi Kalem Mevzuatı* (Sümer, 2017) 66.

24 Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322. Yarg. 8. HD, 28.02.2017, E. 2016/10528, K. 2017/2702 "...Karar kesinleşinceye kadar davadan feragatin mümkün olduğuna, Mahkemece, bir karar verilip, davadan el çektikten sonra temyiz aşamasında davacı asil tarafından davadan feragat edildiğine ve bu aşamada feragat hakkında karar verme yetkisi yerel mahkemeye ait olduğuna göre, davacının davadan feragat beyanı hakkında bir karar verilmek üzere bozulması gerekmektedir" (e-uyar).

25 Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013.

26 Yarg. 22. HD. 15.2.2016, E. 2015/19288, K. 2016/3686 "...Bir kısım işçilik alacaklarının ödetilmesi istemi ile açılan davada

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin yürürlükten kaldırılmasından sonra onun yerine Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik (“Yazı İşleri Yönetmeliği”) kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur²⁷. Kanun koyucu, yeni Yönetmelik ile getirilen 215’inci madde hükmünde, yürürlükten kaldırılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 57’nci maddesinde öngörülen esaslarla birebir aynı düzenlemeleri kabul etmiştir²⁸. Buna göre, Yazı İşleri Yönetmeliği'nin 215’inci maddesinde, ilk derece mahkemesince hükmün verilmesinden sonra ve fakat şekli anlamda kesinleşmesinden önce davadan feragat edilmesi durumunda, hâkimin dosya üzerinden “*ek karar*” alabileceği; böylelikle, dosyanın istinaf ve temyiz incelemesine gönderilemeyeceği öngörülmüştür²⁹.

Doktrinde, yönetmelik hükümleriyle düzenleme getirilmesi eleştirilerek, bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da bir hükmün sevk edilmesinin gerektiği ileri sürülmüştür³⁰. 28.07.2020 tarihli ve 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla³¹ gerçekleştirilen değişiklikler sonrasında, davadan feragatin gerçekleştirilme zamanı ile davadan feragat üzerine davanın sona erdiğini tespit eden kararı verecek olan merciin neresi olduğu hakkında düzenlemeler yapılmıştır. Böylelikle, yönetmelik hükümleriyle kabul edilen ve uygulamada var olan durum, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da düzenlenerek kanuni bir zemine kavuşturulmuştur³². *Kanaatimizce*, yönetmeliklerle öngörülen düzenlemeye kanuni bir temel kazandırılması ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda ilk defa “*ek karar*” kavramına yer verilmesi

mahkemece davanın kısmen kabulüne ilişkin verilen karar, davalı ve davacı vekilleri tarafından temyiz edilmiş ve dosya temyiz incelemesi için dairemize gönderilmiştir. Davacı vekili 09.02.2016 tarihli dilekçesi ile davadan ve temyizden feragat ettiğini bildirmiştir. 06.08.2015 tarihli ve 29437 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 215. maddesinde “Hükmün kesinleşmesinden önce davadan feragat, davayı kabul veya sulh halinde, hâkim dosya üzerinden bu konuda ek karar verir. Taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi sırf bu nedenlerle dosya istinaf veya temyiz incelemesine gönderilmez.” düzenlemesi yer almaktadır. Anılan sebeple, hükmünden sonra ortaya çıkan ve temyiz incelemesine usulen engel oluşturan davadan feragat beyanının mahkemece değerlendirilip karara bağlanması için dosyanın mahkemesine iadesine karar vermek gerekmiştir...” (Lexpera).

27 RG. 3.4.2012, S. 28253.

28 Yürürlükten kaldırılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 57’nci maddesinde, “Hükmün kesinleşmesinden önce davadan feragat, davayı kabul veya sulh halinde, hâkim dosya üzerinden bu konuda ek karar verir. Taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi sırf bu nedenlerle dosya istinaf veya temyiz incelemesine gönderilmez.” denilmektedir. 06.08.2015 tarihinde yürürlüğe giren Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 215. maddesi de aynı düzenlemeyi içermektedir (Yarg. 23. HD, 21.04.2016, E. 2015/8604, K. 2566, e-uyar). Yönetmeliğin 215’inci maddesinde, “Hükmün kesinleşmesinden önce davadan feragat, davayı kabul veya sulh hâlinde, hâkim dosya üzerinden bu konuda ek karar verir. Taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi sırf bu nedenlerle dosya istinaf veya temyiz incelemesine gönderilmez.” denilmektedir.

29 Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013.

30 Sema Taşpınar Ayyavaz, ‘HMK Yönetmeliği ile Usul hükmü Getirilemez’ 2013/3 Güncel Hukuk Dergisi 552-555.

31 RG., 22.07.2020, S. 31199.

32 Selçuk Öztekin, Sema Taşpınar Ayyavaz ve 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’ (2020) Temmuz-Ağustos 33(149), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 138-139; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi’, *LexperaBlog*, (30.03.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>> (Son Erişim Tarihi: 29.07.2020).

bakımından gerçekleştirilen değişiklik önem arz etmektedir³³. Bu sebeple, çalışmamızda, öncelikle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmekte olan davadan feragat hakkında açıklamalarda bulunulacak ve davadan feragatin hukuki niteliği, şekli ile zamanı ifade edilecektir. Sonrasında ise, hükmün verilmesinden sonra davadan feragat edilmesi üzerine karar verecek olan mercî; doktrinde ileri sürülen görüşler, Yargıtay kararlarıyla şekillenen uygulama ve Yönetmelik hükümleri (eski HMK Yönetmeliği m. 57; Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215) ile 28.07.2020 tarihinde gerçekleştirilen 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu değişikliği çerçevesinde değerlendirilerek ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. DAVADAN FERAGAT HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. DAVADAN FERAGAT KAVRAMI

Davadan feragat, davacının dava dilekçesinde yer alan talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir^{34,35} (HMK m. 307). Davadan feragat eden davacı, mahkemeye müracaat ederek, dava dilekçesindeki talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçtiği hususunu ortaya koymaktadır³⁶. Davacı, davadan feragat yoluna müracaat etmekle sadece davasını geri almış olmamakta; aynı zamanda, davaya konu edilen haktan da vazgeçmiş sayılmaktadır³⁷. Bu sebeple, feragat edilen davaya konu olan hakkın tekrardan başka bir davada ele alınabilmesi mümkün olmamaktadır³⁸.

33 Öztek, Taşpınar Ayvaz ve Kale (n 32) 138.

34 Davadan feragat hakkında çeşitli tanımlar ve kavramsal açıklamalar için bkz.: Akyol Aslan (n 2) 65 vd.; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (7035, 7101 ve 7155 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Nazara Alınarak Gözden Geçirilmiş 8. Bası, On İki Levha, 2020) 437; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 572; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2011; Karşlı (n 1) 370; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 11, s. 321; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 505; Muşul, (n 7) 436; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 592; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 386; Tanrıver, *Medeni Usûl C. I* (n 16) 1046; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 422; Ömer Uğur Gençcan, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama-Son İçtihatlar* (Yetkin 2013) 1067. Bununla birlikte, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 91'inci maddesinde "Feragat, iki taraftan birinin neticei talebinden vazgeçmesidir" şeklinde ifade edilmekteydi (Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 476; Üstündağ (n 6) 571; Kuru, *El Kitabı* (n 8) 595; Kuru, *C. IV* (n 8) 3544).

35 Davadan feragat, Alman Medeni Usul Kanunu'nda (ZPO) § 306 hükmünde düzenlenmektedir. § 306 ZPO hakkında bkz.: Ingo Saenger, *Zivilprozessordnung: ZPO (Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäische Verfahrensrecht)*, Handkommentar, (8. Auflage, Nomos, 2019), § 306, N. 1; Leo Rosenberg, Karl Heinz Schawb ve Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht* (17., neu bearbeitete Auflage, München, Verlag C. H. Beck oHG, München, 2010) § 132, Rdn. 68; Hans-Joachim Musielak, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. 1: §§ 1-354*, Wolfgang Krüger (Hrsg.) (6. Auflage, C.H.Beck 2020) § 306, N. 2; *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, (Herausgegeben von Volkert Vorwerk und Christian Wolf) (36. Edition, Stand: 01.03.2020, Verlag C.H. Beck München 2020) marg. 2.

36 Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2020; Ansay (n 6) 180; Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 480; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Karşlı (n 1) 373; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 6, s. 320; Üstündağ (n 6) 573; Yavuz (n 6) 1019; Gençcan (n 34) 1067.

37 Saenger, ZPO § 306 (n 35) N. 1; Hans-Joachim Musielak und Wolfgang Voit, *Zivilprozessordnung: ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz* (17., neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2020) § 306, Rdn. 2; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 386; Kuru, *C. IV* (n 8) 3545; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2012; Karşlı (n 1) 370; Gençcan (n 34) 1067.

38 Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 592; Karşlı (n 1) 370-371; Gençcan (n 34) 1067. Yarg. 21. HD, 8.2.2005, 2004/12344-816 "feragate konu teşkil eden hak tamamen düşer ve artık bir daha dava edilemez" (YKD 2005/9, s. 1430; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 423). Yargıtay kararında, davacının kullandığı "yeniden dava

Davacı, davadan feragat iradesini ortaya koyarken başka bir müessesese ile karıştırılmayacak bir ifadeye yer vermelidir³⁹. Zira, *uygulamada*, davadan feragat ile benzer müesseselerin karıştırıldığı görülmektedir⁴⁰. Buna göre, davadan feragat ile “*davanın geri alınması*” (HMK m. 123; HUMK m. 185/f. 1; ZPO § 269) farklı müesseseler⁴¹ olmakla birlikte çoğu zaman hatalı bir şekilde birbirlerinin yerine kullanılmaktadır⁴². Bu sebeple, davadan feragat edilmek istenirken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 123’üncü maddesinde (HUMK m. 185/f. 1; ZPO § 269) öngörülen “*davanın geri alınması*” ile karıştırılmayacak bir ifadenin kullanılmasına özen gösterilmelidir⁴³.

Davanın geri alınmasına ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 123’te “*Davacı, hüküm kesinleşinceye kadar, ancak davalının açık rızası ile davasını geri alabilir*”⁴⁴ denilmektedir⁴⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 123’üncü maddesinin lafzından da anlaşılacağı üzere, davanın geri alınması bazı yönleriyle HMK m. 307’de düzenlenen davadan feragat müessesesinden farklılık arz etmektedir⁴⁶. Zira, davanın geri alınmasında davacı, davaya konu edilen haktan vazgeçmemekte;

açabilmek için süresinden önce ikame ettiğim bu davadan feragat ediyorum” şeklindeki beyanın davadan feragati değil; davanın geri alınmasını sonuçlayacağı ifade edilmektedir (Yarg. 2. HD, 27.10.1995 8962/10941 Yasa 1996/5 s. 927; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 423).

39 Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 594; Kuru, C. IV (n 8) 3544; Kuru, *El Kitabı* (n 8) 595. Bu kapsamda, Yargıtay kararlarında, boşanma davası esnasında, eşlerden birinin diğerinden nafaka ve tazminat istemiyorum şeklindeki beyanı davadan feragat olarak kabul edilmektedir (Yarg. 2. HD, 19.03.2013, E. 2012/21182, K. 2013/7436, Legal Elektronik Hukuk Bankası; Hukuk Türk Hukuk Veri Tabanı). Buna karşılık, davacının istinaf dilekçesinde yer alan “*tazminat ve nafaka verilmezse boşanmak istemiyorum*” şeklindeki beyanı davadan feragat iradesi olarak kabul edilemeyecektir (Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 595). Yargıtay’ın bu yöndeki bir kararı için bkz.: YHGK, 12.09.2012, E. 2012/2-245, K. 2012/554 (Legal Elektronik Hukuk Bankası).

40 Uygulamada, HMK m. 307 vd.’nda (HUMK m. 95 vd.) düzenlenmekte olan davadan feragat müessesesi yerine “*davadan vazgeçme*” tabiri de kullanılmaktadır. Bununla birlikte, davadan vazgeçme tabiri, davanın geri alınması için de kullanıldığından davadan feragat müessesesi ile sıklıkla karıştırılmaktadır (Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 505). HMK m. 123’de öngörülen (HUMK m. 185/f. 1) davanın geri alınması davadan feragatten farklılık arz etmektedir (Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2012; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 593; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 387; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 572; Postacioğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 479; Üstündağ (n 6) 571; Muşul, (n 7) 437; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 11, s. 321; Kuru, *El Kitabı* (n 8) 595; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 423; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 505).

41 Saenger, ZPO § 306 (n 35) N. 1; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, (n 34) 438.

42 Akyol Aslan (n 2) 70. Davadan feragat ile davanın geri alınması arasındaki farklar hakkında açıklamalar için bkz.: Postacioğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 479; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2012; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 505; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 423; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 593; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 11, s. 321; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 572.

43 Akyol Aslan (n 2) 65-66; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 594.

44 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 123’üncü maddesinde düzenlenen “*davanın geri alınması*”nın 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’ndaki karşılığı, 185/f. 1’de düzenlenmekteydi. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: “*Kanunu Medenide tayin olunan haller mahfuz kalmak şartıyla dava ikamesi ile aşağıda gösterilen neticeler hasıl olur: 1. Müddeaaaleyhin rızası olmaksızın müddei davasını takipten sarfınazar edemez.*” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.1086.pdf> (Çevirimiçi, Erişim Tarihi: 19.05.2020).

45 HMK m. 123’te düzenlenen davanın geri alınması hakkında bkz.: Budak ve Karaaslan (n 1) 213; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 292; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 382-383.

46 Saenger, ZPO § 306 (n 35) N. 1; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2012; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 572; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 11, s. 321; Karşlı (n 1) 371; Muşul, (n 7) 437; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 593; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 387. Benzer şekilde, 1086 sayılı HUMK döneminde, davadan feragat kurumu m. 185’te düzenlenmekte olan davayı geri alma (davanın takibinden sarfınazar etme) müessesesi ile karıştırılmaktaydı (Kuru, *El Kitabı* (n 8) 595; Kuru, C. IV (n 8) 3544; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 423; Üstündağ (n 6) 571). Yargıtay’ın bu yöndeki

aksine, davasını ileride açabilme imkânını saklı tutarak o an için geri almaktadır⁴⁷. Bunun neticesinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 123'üncü maddesi uyarınca geri alınan dava, dava konusu haktan vazgeçilmiş olmadığı için daha sonra tekrardan açılabilir⁴⁸. Diğer taraftan, davadan feragatte, aynı zamanda dava konusu olan haktan da feragat edildiği için⁴⁹ davacının feragat ettiği davayı tekrardan yargı önüne taşıyabilmesi mümkün olmamaktadır⁵⁰. Aksi takdirde, davacı, bir dava şartı olan kesin hükmü mahkemede ileri sürerek (HMK m. 114/f. 1, i) davanın usulden reddedilmesini sağlayabilecektir⁵¹. Davadan feragat ile davanın geri alınması arasındaki bir diğer fark ise, karşı tarafın rızasının gerekip gerekmediği noktasındadır⁵². Zira, davanın geri alınabilmesi için davalının açık rızasına ihtiyaç bulunmaktayken⁵³; davadan feragatte davacı, karşı tarafın rızasını almak zorunda değildir⁵⁴ (HMK m. 309). Ayrıca, vekil ile temsil edilen davalarda, davanın geri alınabilmesi için davacı vekilinin vekaletnamesinde özel olarak davayı geri alma yetkisinin bulunmasına gerek yoktur⁵⁵. Buna karşılık, davadan feragat edilebilmesi için davacı vekilinin vekaletnamesinde HMK m. 74 uyarınca, özel bir yetkinin bulunması şarttır⁵⁶.

Uygulamada, mahkemeye sunulan dilekçelerde davadan feragat kavramının yerine sıklıkla “*davayı atıye terk etme*”⁵⁷ ifadesi de kullanılmaktadır⁵⁸. Bununla birlikte, *Yargıtay kararlarında*⁵⁹, davadan

bir kararı şu şekildedir: “HUMK m. 91'deki “vazgeçme” terimi HUMK 185/1'deki davanın, davalının muvafakati ile geri alınmasını hatırlatması bakımından yanlıttır;” ... yazılı olduğu şekilde davalının feragati kabul etmediğinden bahisle, yargılamaya devam olunarak davanın kanıtlanmamış olduğu gerekçesi ile reddine karar verilmesi usule aykırıdır” (Yarg. 19. HD 30.9.1997, 48128/7838, YKD 1998/8, s. 1198; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 422 dn. 5).

47 Akyol Aslan (n 2) 73; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 387; Atalı, *Pekcanter Usul* (n 1) 2012.

48 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 572; Muşul, (n 7) 437.

49 Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 387; Karşlı (n 1) 370-371.

50 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 572; Karşlı (n 1) 370-371; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 11, s. 321; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 387.

51 Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 387.

52 Postacioğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 479; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 423; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 572; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 11, s. 321.

53 Atalı, *Pekcanter Usul* (n 1) 2012; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 572; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 11, s. 321; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 387; Karşlı (n 1) 371; Muşul, (n 7) 437.

54 Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 387; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 572; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 21, s. 321; Karşlı (n 1) 371. Yarg. 13. HD, 21.5.1984, 2810/3588 “...Davacı asilin, 2.4.1977 tarihli 25.5.1977 havale günlü davadan feragat dilekçesi dosyaya konmuştur. 15.10.1977 günlü dilekçesiyle de feragat dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmediği gerekçesi ile feragatten vazgeçtiği bildirilmiştir. Davacı vekili de 15.11.1977 tarihli celsede feragata ilişkin dilekçelerdeki imzaların müvekkiline ait olduğunu doğrulamıştır. HUMK'nun 93. Maddesine göre feragat dilekçesi ile veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılır. 2494 sayılı Kanunla 93. Maddede yapılan değişiklikle, feragat dilekçesinin karşı tarafa tebliği, davanın uzamasından başka sonuç doğurmadığından tebliği hususu madde metninden çıkartılmıştır. Çünkü feragatin sonuç doğurması karşı tarafın kabulüne bağlı değildir...” (İKİD 1984/284, s. 2801; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 422-423, dn. 5).

55 Akyol Aslan (n 2) 76; Kuru, *C. IV* (n 8) 3550.

56 Kuru, *El Kitabı* (n 8) 596; Kuru, *C. IV* (n 8) 3550.

57 Uygulamada, “*davayı atıye terk etme*” kelimesinden başka aynı anlamı karşılayacak şekilde “*davayı atıye bırakma*” ifadesi de kullanılmaktadır.

58 Davayı atıye terk etme ile davadan feragat müessesinin farklılık arz ettiği konusunda açıklama için bkz.: Görgün, Börtü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 595.

59 Yarg. 1. HD, 08.11.2012, 11250/12498 “... Yanlar arasında görülen elatmanın önlenmesi davası sonunda, yerel mahkemeye davanın, kabulüne ilişkin olarak verilen karar davalı tarafından yasal süre içerisinde duruşma istemli temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, Tetkik Hakimi H.Fatih Demirev'in raporu okundu, açıklamaları dinlendi, davacı, davasından

feragat kavramını karşılamak üzere kullanılan “*davayı atıye terk etme*” ifadesinin, davadan feragat olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmektedir.⁶⁰ *Yargıtay*, aynı zamanda, davacının ileri sürdüğü “*davayı kabul etmiyorum*” şeklindeki beyanın da davadan feragat olarak değerlendirilemeyeceğini ortaya koymaktadır⁶¹.

Davacı, davadan feragat etmek isterken “*feragat*” kelimesini bizzat kullanmak zorunda değildir⁶². Buna göre, feragat kelimesine yer vermemekle birlikte, dava dilekçesindeki talep sonucundan geri dönülemeyecek bir şekilde vazgeçtiğini ortaya koyan herhangi bir ifadeye yer vermesi yeterlidir⁶³.

Davadan feragat için, feragat beyanının “*açık*” olması⁶⁴ ve davacının gerçek iradesinin davadan feragat etmek olduğunun anlaşılabilir olması gerekmektedir⁶⁵. Bu sebeptendir ki, davadan zımnî feragat kural olarak mümkün değildir⁶⁶. Bununla birlikte, davacının gerçek iradesinin davadan feragat etmek olup olmadığının anlaşılmadığı bir durumda, mahkemece davacının gerçek amacının ne olduğu hususunun açıklattırılması ve bunun üzerine talebinin işleme konulması gerekmektedir⁶⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda davadan feragat edileme imkânı ancak “*davacıya*” tanınmaktadır⁶⁸ (HMK m. 307). Yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda ise,

feragat ettiğinden duruşma isteğinin reddiyle, evrak üzerinden inceleme yapılarak, gereği görüşülüp düşünüldü; Dava, çaplı taşınmazlara elatmanın önlenmesi isteğine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş olup, kararın davalı tarafından temyiz edildiği görülmektedir. Ne varki, davacı vekili temyiz aşamasında verdiği 17.10.2012 havale tarihli dilekçe ile, “dava hakkı baki kalmak üzere taleplerini atıye bırakarak davadan feragat ettikleri” beyan etmiştir. O halde, davacı vekilinin anılan dilekçesinin değerlendirilerek bir karar verilmesi bakımından hüküm bozulmalıdır. Davalının temyiz isteği bu sebeple yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenden ötürü (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK’nın 428.maddesi gereğince BOZULMASINA, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 08.11.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi...” (e-uyar).

60 Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 595.

61 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 422; Kuru, C. IV (n 8) 3549. *Yargıtay*’ın bu yöndeki bir kararı için ayrıca bkz.: Yarg. 19. HD, 4.7.1994, 93/6404-7218 (İlter Erdemir, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Bası, Cilt 1-2 Sim Matbaacılık 1988) 717).

62 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 422; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 594.

63 Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 594; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 422.

64 Saenger, ZPO § 306 (n 35) N. 1.

65 Kuru, C. IV (n 8) 3593; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 422. Yarg. 2. HD, 4.7.2011, E. 2010/10232, K. 2011/11439 “...*Davadan feragat beyanı, davacının netice talebinden tamamen veya kısmen vazgeçmesi (HUMK m. 91) olduğu göre, bu iradeyi açıkça ve tereddüte mahal bırakmaksızın gösterdiği takdirde hukuki sonuç doğurur. Davacının temyiz dilekçesinde davadan feragat ettiğine ilişkin açık bir beyanı bulunmamaktadır. Davada haklı çıkmış olan taraf da hukuki yararı bulunmak şartıyla hükmü temyiz edebildiğine (HUMK m. 427/1) göre, davacının hükmün boşanmaya ilişkin bölümünü temyiz etmiş olması, “davadan feragat” olarak nitelendirilemez. Bu sebeple değerli çoğunluğun temyiz dilekçesini davadan feragat olarak nitelendiren görüşüne katılmıyoruz, temyiz sebeplerinin incelenmesi gerektiğini düşünüyoruz...*” (Karahacıoğlu ve Parlar (n 6) 1340-1341).

66 Kuru, C. IV (n 8) 3595; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 594.

67 ibid 3593. Davacının yapmak istediği işlem davayı geri almak olmakla birlikte yanlışlıkla davadan feragat terimi kullanılmış ise, mahkemece bu hususun tespit edilmesi üzerine, davacının gerçek iradesinin davayı geri almak olduğu şeklinde yorumlanarak davanın geri alınmasına (HMK m. 123) göre bir işlem yapılması gerekmektedir. Ayrıca, davadan feragat deyimini yerine davacı tarafından vazgeçme ifadesine yer verilmişse böyle bir durumda da mahkemece davacının amacının davayı geri almak mı yoksa davadan feragat etmek mi olduğu hususunun açıklattırılması gerekecektir (Kuru, C. IV (n 8) 3593).

68 Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 479; Kuru, *El Kitabı* (n 8) 595; Karlı (n 1) 371; Muşul, (n 7) 436; Kuru, C. IV (n 8) 3550. Alman Hukukunda aynı yönde bkz.: Rosenberg, Schwab und Gottwald, § 132 (n 35) Rdn. 69.

davadan feragatin davanın her iki tarafınca gerçekleştirilebileceği düzenlenmekteydi⁶⁹ (HUMK m. 91). Bununla birlikte, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 307'nci maddesinde ifade edilen ve “*davacının*” talep sonucundan vazgeçmesi olarak öngörülen düzenleme *kanaatimizce* daha isabetli olmuştur⁷⁰. Zira, mahkemeye müracaat ederek talepte bulunan davacı olduğuna göre, bundan feragat edebilme imkânı da ancak davacıya ait olacaktır⁷¹. Bununla birlikte, – *istisnaen* – karşı davanın (HMK m. 132) açılması durumunda, davalının karşı davadaki talep sonucundan feragat edebilmesi de mümkün olacaktır⁷². Ayrıca, davacının feragat ettiği bir davada, davalı da mahkemece kendi lehine hükmedilecek olan yargılama giderlerinden feragat edebilecektir⁷³.

Davacı, kural olarak, hiçbir kayda tabi olmaksızın her türlü davadan feragat edebilir⁷⁴. Zira, kimse açmış olduğu bir davaya devam etmeye zorlanamaz⁷⁵. Kural bu olmakla birlikte, *uygulamada*, bazı istisnai davalar bakımından, davadan feragat yoluna gidilemeyeceği kabul edilmektedir⁷⁶. Buna göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 70'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, Cumhuriyet Savcısı'nın yer aldığı dava ve işler üzerinde taraflarca serbestçe tasarruf edilemeyeceği gerekçesiyle davadan feragat yoluna gidilemez⁷⁷. Davadan feragat, hakimlerin hukuki sorumluluğu sebebiyle devlet aleyhine açılacak olan tazminat davaları (HMK m. 46) bakımından da söz konusu olmaz⁷⁸.

İflas davalarına ilişkin olarak ise, davadan feragati kısıtlayan açık bir kanun hükmü bulunmaktadır⁷⁹. 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun⁸⁰ (İİK) 165'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, asliye ticaret mahkemesince iflası istenen bir tacir hakkında iflas kararı verilirse iflas kararından sonra davadan feragat geçerli olmaz⁸¹. Ayrıca, *Yargıtay kararlarında*, sosyal güvenlik hakkından feragatin caiz

69 Üstündağ (n 6) 571; Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 476; Kuru, *El Kitabı* (n 8) 595; Kuru, *C. IV* (n 8) 3544.

70 Bkz.: Muşul, (n 7) 436. Yargılamada, davalının talebi, kendisine karşı açılan davanın reddedilmesi olduğuna göre, yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK m. 91'de ifade edilen şekilde davalının da talep sonucundan vazgeçmesini öngören düzenleme temelde davalının kendisine karşı açılan davadaki talep sonucunu kabul etmesi anlamına gelecektir. Diğer bir deyişle, davalının talep sonucundan vazgeçmesi “*kabul*” kavramına karşılık geleceğinden her iki tarafın da davadan vazgeçmesinin feragat anlamına geleceğini öngören HUMK m. 91 hükmü isabetsizdir (Muşul, (n 7) 436).

71 Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 479; Kuru, *C. IV* (n 8) 3550.

72 BeckOK ZPO/Elzer, ZPO § 306 (n 35) marg. 2; Bilge ve Önen (n 2) 350; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, (n 34) 437; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2012; Muşul, (n 7) 436; Kuru, *C. IV* (n 8) 3551.

73 Kuru, *C. IV* (n 8) 3551.

74 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 572; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2016; Karşlı (n 1) 370; Muşul, (n 7) 436; Kuru, *El Kitabı* (n 8) 603; Yavuz (n 6) 1019.

75 ibid 603.

76 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 573; Karşlı (n 1) 370. Kimi davalardan feragat edilmesi davayı sona erdirmeyecek; feragate rağmen yargılamaya devam edilmesi gerekecektir (Kuru, *El Kitabı* (n 8) 604).

77 Budak ve Karaaslan (n 1) N. 14, s. 306; Karşlı (n 1) 370; Muşul, (n 7) 436.

78 Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2016-2017; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 573.

79 Budak ve Karaaslan (n 1) N. 14, s. 323; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2018.

80 RG. 19.06.1932, S. 2128.

81 Kuru, *El Kitabı* (n 8) 604; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575; Kuru, *C. IV* (n 8) 3568. “...iflasın küllî bir tasfiye şekli olup açılmasının tüm alacaklılara etkili sonuçlar meydana getireceğinin tabii olması bir yana İY'nin 165. Maddesine 24.11.1988 günü yürürlüğe giren 3494 sayılı Yasa ile eklenen “iflas kararı verilmesinden sonra iflas davasından feragat geçersizdir” kuralı yasa koyucu da bu konudaki düşüncesini açıkça belirttiğinden delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmasına göre, yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir” (Yarg. 11. HD, 19.11.1990, 12/497-545; Nihat İnal, *Örnek Karar Dilekçelerle Açıklamalı Hukuk Yargılama Usulü Yasası* (Yeni Yasa, 2012) 966).

olmadığı belirtilerek hizmet tespiti talebiyle açılan davalardan feragatin geçerli olmayacağı kabul edilmektedir⁸². Yine, *Yargıtay kararlarında*, sigortalılık hakkından feragat edilemeyeceği gerekçesiyle davadan feragat yoluna gidilemeyeceği de ortaya konulmaktadır⁸³. Bunların dışında, *uygulamada*, ortaklığın giderilmesi davasından da feragat edilemeyeceği kabul edilmektedir⁸⁴. Ortaklığın giderilmesi davası çift taraflı bir dava (*actio duplex*) olduğu için, davacı tarafından davadan feragat edilirse, davalının davaya devam etmek istemesi durumunda, mahkeme, ortaklığın giderilmesi davasına devam etmekle yükümlü olur⁸⁵.

82 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 573; Atalı, *Pekcamtez Usul* (n 1) 2017; Gençcan (n 34) 1068. Yargıtay 10. HD, 21.02.2005, E.2004/11796, K.2005/1483 “*Belli bir sosyal güvenlik kuruluşu sigortalısı olmak, kamu düzenine ilişkin, kişiye bağlı, vazgeçilmez ve kaçınılmaz hak ve yükümlülük doğuran bir hukuksal statü yaratır. Sosyal güvenlik hakkından feragat mümkün olmadığından sigortalılığın tespiti davasının feragat nedeniyle reddine karar verilemez. Davacı tespit davasından feragat edemeyeceğine göre, davasını geri alabilir, yani ileride tekrar dava açabilme hakkını saklı tutarak davanın takibinden vazgeçebilir. Mahkemece yapılacak iş; 506 sayılı Yasanın 6. maddesi uyarınca davadan feragatin mümkün olmayacağını davacıya hatırlatmak ve feragate ilişkin beyanı da hatırlatılarak, bunun davayı geri alma şeklinde anlaşılıp anlaşılmayacağı sorulmak ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 185 ve 409. maddesindeki prosedür gerekirse işletilmek üzere sonucuna göre karar vermektir.*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 10. HD, 26.11.2007, E.2174, K.19643 “...506 sayılı Yasa’nın 6. maddesi gereği sigortalı olmak hak ve yükümlünden kaçınılmaz ve vazgeçilmez. Yasa’nın öngördüğü belli bir sosyal güvenlik kuruluşu sigortalısı olmak, kamu düzenine ilişkin, kişiye bağlı, vazgeçilmez ve kaçınılmaz hak ve yükümlülük doğuran bir hukuksal statü yaratır. Kişi ve sosyal güvenlik kuruluşlarının bu statünün oluşumdaki rolü, yenilik doğurucu ve iradi bir durum değil, yasa gereği kendiliğinden meydana gelen statüyü belirlemekten ibarettir. Dolayısıyla sosyal güvenlik hakkından feragat mümkün olmadığından, feragat nedeniyle davanın reddine karar verilemez. Hal böyle olunca, davacı tespit davasından feragat edemeyeceğine göre, davasını geri alabilir. Başka bir anlatımla, ileride tekrar dava açabilme hakkını saklı tutan davanın takibinden vazgeçebilir. Mahkemece yapılacak iş; 506 sayılı Yasa’nın 6. maddesi uyarınca davadan feragatin mümkün olmayacağını davacıya hatırlatmak ve feragata ilişkin beyanı da hatırlatarak, bunun davayı geri alma şeklinde anlaşılıp anlaşılmayacağı sorulmak ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 185 ve 409. maddesindeki prosedür gerekirse işletilmek üzere sonucuna göre karar vermektir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 21. HD, 16.10.2000, E. 2000/5015, K.2000/6907 “*Davacı, davalılardan köy muhtarlığı nezdinde 1.1.1986-3.12.1999 tarihleri arasında sigortalı olarak çalıştığının tesbitine karar verilmesini istemiştir. Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde feragat nedeniyle reddine karar vermiştir. Hükümün, davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 10. HD, 05.10.2012, E.16553, K.17570 “*Dava, Tarım Bağ-Kur Sigortalılığının ve 6111 S.K. Kapsamında yapılandırılmadan yararlandırılmasının tespiti istemine ilişkindir. Davacı vekili, vekaletnamesindeki feragat yetkisini kullanarak davadan feragat dilekçesi sunmuştur. Anayasada ve 2926 S.K.ıda sigortalı olmanın kamu düzenine ilişkin, kişiye bağlı, vazgeçilemez ve kaçınılmaz hak ve yükümlülük doğuran bir hukuksal statü meydana getirdiği, kişilerin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının bu statünün oluşumdaki rolünün yenilik doğurucu ve iradi bir durum değil, kanun gereği kendiliğinden oluşan statüyü belirlemekten ibaret olduğu ifade edilmiştir. Bu tür davalardan feragat olanaksızdır ve açılan sigortalılığın ve sigortalı hizmetlerin tespitine ilişkin davadan da vazgeçilemez. Davacı ancak, ileride yeniden dava açabilme hakkını saklı tutarak, davalının rızası ile, davanın takibinden vazgeçebilir veya davayı takip etmeyerek yenileninceye kadar davanın işleminden kaldırılması ve giderek davanın açılmaması sonucunu elde edebilir.*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

83 Yarg. HGK. 11.2.2004, 54/54, “...sigortalılık hakkından feragat edilemez. Kamu düzenini ilgilendiren bu tür tespit davalarında hakim feragat nedeniyle davayı reddetmeyip özel bir duyarlılık göstererek delilleri kendiliğinden toplaması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir” (YKD 2004/6, s. 835; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 423, dn. 5a).

84 Atalı, *Pekcamtez Usul* (n 1) 2017; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 573; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 14, s. 323.

85 Kuru, *El Kitabı* (n 8) 604. Yargıtay’a göre, ortaklığın (paydaşlığın) giderilmesi davalarında, davacı davasından feragat etse bile, davalılardan birinin davaya devam etmek istemesi halinde mahkemece davaya devam edilmesi gerektiği içtihat edilmektedir. Yarg. 14. HD, 28.12.2916, E. 2015/11612, K. 2016/10954 “...*Paydaşlığın (ortaklığın) giderilmesi davaları iki taraflı, taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalardır. Bu davalarda davalı da davacı gibi aynı haklara sahiptir. Bu nedenle davacının paydaşlığın satış suretiyle giderilmesini istemesi davalıların aynen paylaşma istemesine engel teşkil etmez. Davacı davasından feragat etse bile davalılardan birinin davaya devam etmek istemesi halinde mahkemece davaya devam edilerek işin esası hakkında karar verilmelidir. Bu nedenle davacının davadan feragat beyanına karşı hazır bulunan davalılardan diyecekleri sorulmalı, davaya devam etmeyi istemeleri halinde yargılamaya devam edilmelidir. Somut*

B. DAVADAN FERAGATİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Davadan feragatin hukuki niteliği konusunda doktrinde birbirinden farklı görüşler ileri sürülmektedir⁸⁶. Davadan feragatin hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşleri üç grupta toplamak mümkündür⁸⁷. Buna göre, doktrinde, davadan feragatin “*salt bir maddi hukuk işlemi olduğu*”, “*salt bir usul hukuku işlemi olduğu*” ve “*karma karakterli bir işlem olduğu*” şeklinde üç görüş ileri sürülmektedir⁸⁸.

Kanaatimizce açılmış ve görülmekte olan bir davadan feragat yoluna gidilmesi ile hem bir usulî işlem hem de bir maddi hukuk işlemi yapılmış olmaktadır⁸⁹. Zira, davadan feragat ile bir taraftan, davaya konu olan haktan feragat edildiği için maddi hukuka ilişkin bir işlem gerçekleştirilmektedir⁹⁰. Diğer taraftan ise, davadan feragat ile aynı zamanda bir usulî işlem yapılmaktadır⁹¹. Davadan feragatin yapılaş biçimi ile feragat neticesinde uyuşmazlığın sona ermesi, onun usulî işlem olan niteliğini ortaya koymaktadır⁹². Bütün bu açıklamalarımız üzerine, belirtmek isteriz ki, davadan feragatin hukuki niteliğinin “*karma karakterli bir işlem*” olduğunu kabul etmek *kanaatimizce* daha uygun olacaktır⁹³.

Davadan feragatin hukuki niteliğinin karma karakterli bir işlem olduğunun kabul edilmesinin neticesinde, davacı, davadan feragat etmekle hem bir usulî işlem yapmakta hem de dilekçesinin talep sonucu bölümünde yer alan haktan feragat etmek suretiyle maddi hukuka ilişkin bir işlem gerçekleştirmiş olmaktadır⁹⁴.

C. DAVADAN FERAGATİN ŞEKLİ

Davadan feragatin etkisini doğurabilmesi için kanunda öngörülen şekle riayet edilmesi gerekmektedir⁹⁵. Davadan feragat konusunda getirilen şekle ilişkin kurallar aynı zamanda geçerlilik

olaya gelince; davacılar vekilinin 15.12.2016 tarihli dilekçesi ile davadan feragat ettiği ancak dosyada davacılar vekilinin vekaletnamesinin bulunmadığı anlaşılmıştır. O halde, öncelikle davacılar vekilinin vekaletnamesinin temin edilerek davadan feragat yetkisinin bulunup bulunmadığı tespit edildikten sonra yukarıda değinilen ilkeler gözetilmek suretiyle bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmektedir...” (e-uyar).

86 Davadan feragatin hukuki niteliği konusunda doktrine ileri sürülen görüşler için bkz: Akyol Aslan (n 2) 175-195.

87 Akyol Aslan (n 2) 175.

88 ibid 175.

89 Budak ve Karaaslan (n 1) N. 3, s. 319; Akyol Aslan (n 2) 195.

90 Atalı, *Pekantez Usul* (n 1) 2011; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 387; Kuru, *C. IV* (n 8) 3545; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 3, s. 319.

91 Kuru, *C. IV* (n 8) 3545; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 387. Davadan feragat, usulî işlem olması sebebiyle, geçerli bir şekilde davadan feragat edilebilmesi için gerekli olan şartlar ile feragatin etkileri medeni usul hukuku alanında düzenlenmektedir (Kuru, *C. IV* (n 8) 3545; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 387). Bu doğrultuda, davadan feragatin şekli (m. 309), zamanı (m. 310), sonuçları (m. 311) ile feragat halinde mahkemece tayin edilecek olan yargılama giderleri (m. 312) Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer almaktadır (Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 387).

92 Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 387; Kuru, *C. IV* (n 8) 3545.

93 Atalı, *Pekantez Usul* (n 1) 2011. Davadan feragatin çifte karakterli hukuki işlem olduğu hakkında bkz.: Budak ve Karaaslan (n 1) N. 3, s. 319; Akyol Aslan (n 2) 193.

94 Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 387; Kuru, *C. IV* (n 8) 3545.

95 Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506.

şartıdır⁹⁶. Bu sebeple, şekil bakımından kanun koyucu tarafından öngörülen şartlara riayet edilmeden yapılan feragat beyanı geçerli olmayacaktır⁹⁷.

Davadan feragatin şekli, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 309'uncu maddesinde açıkça düzenlenmektedir⁹⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 309'uncu maddesinin 1'inci fıkrasına göre, davadan feragat, “*dilekçeyle*” veya yargılamanın devam ettiği esnada “*sözlü olarak*” gerçekleştirilebilecektir⁹⁹. Görüldüğü üzere, davadan feragatin, “*yazılı olarak*” (dilekçeyle) yapılabileceği Kanun'da açıkça düzenlenmektedir¹⁰⁰. Davadan feragatin yazılı olarak yapılması durumunda, feragat iradesinin geçerli bir şekilde ortaya konulduğundan söz edebilmek için, mahkemeye sunulan feragat beyanının ayrıca duruşma tutanağına geçirilmesine ve davacıya imzalatırılmasına gerek yoktur¹⁰¹. Böyle bir durumda, davacının davadan feragat ettiğine dair dilekçesinin mahkemeye verildiğine ve yargılama dosyasına eklendiğine dair bir açıklamanın tutanağa geçirilmesi yeterli olur¹⁰² (HMK m. 154/f. 4).

Davadan feragat, davacının yargılama sırasında “*sözlü*” olarak iradesini ortaya koyması yoluyla da gerçekleştirilebilir¹⁰³. Böyle bir durumda, feragat beyanı, mahkeme huzurunda duruşmaların görüldüğü bir esnada yapılabileceği gibi keşif vb. gibi yargılama işlemleri sırasında sözlü bir şekilde de gerçekleştirilebilir¹⁰⁴. Davadan feragatin sözlü olarak yapılması durumunda, – *dilekçeyle yapılmasından farklı olarak* – davacının feragat beyanının açıkça duruşma tutanağına yazılması ve

96 Kuru, *El Kitabı* (n 8) 599.

97 Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506.

98 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “*Feragat ve kabulün şekli*” kenar başlıklı 309'uncu maddesinde davadan feragatin şekli şu şekilde ifade edilmektedir:

“(1) *Feragat ve kabul, dilekçeyle veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılır. (2) Feragat ve kabulün hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir. (3) Kısmen feragat veya kabulde, feragat edilen veya kabul edilen kısmın, dilekçede yahut tutanakta açıkça gösterilmesi gerekir. (4) Feragat ve kabul, kayıtsız ve şartsız olmalıdır*”. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda feragatin şekline ilişkin düzenlemenin yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki karşılığı HUMK m. 93'te yer almaktaydı. Kanun koyucu eskiden uygulanmakta olan HUMK m. 93'te bu hususa ilişkin olarak şu şekilde bir düzenleme getirmekteydi: “*Feragat ve kabul beyanı dilekçe ile veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılır. Görüldüğü üzere, 6100 sayılı HMK m. 309 hükmünde feragatin şekline ilişkin olarak HUMK m. 93'te öngörülene kıyasla daha kapsamlı bir düzenleme getirilmiştir.*”

99 Davadan feragatin dilekçeyle (yani yazılı) veya sözlü olarak yapılabileceği hakkında bkz.: Atalı, *Pekcantez Usul* (n 1) 2019; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Karlı (n 1) 372; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 12, s. 322; Muşul, (n 7) 441; Kuru, *El Kitabı* (n 8) 599.

100 Dilekçeyle davadan feragat hakkında bkz.: Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506-507.

101 Karlı (n 1) 372; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Akyol Aslan (n 2) 246.

102 Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 507; Karlı (n 1) 372. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 154'üncü maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca, tutanakta sözü edilen veya dosyaya konduğu belirtilen belgeler de tutanağın eki sayılacağı öngörüldüğü için, feragatin yazılı yapıldığı durumlarda dilekçenin mahkemeye sunulduğunun tutanağa geçirildiğine dair bir açıklamaya yer verilmesi yeterli olacaktır.

103 Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Bilge ve Önen (n 2) 351; Bilge (n 2) 309.

104 Atalı, *Pekcantez Usul* (n 1) 2019; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 595. Davadan feragat, mahkemece gerçekleştirilen keşif esnasında yapılabilecektir. Keşif esnasında davadan feragat edilmesi durumunda, davacının feragata ilişkin iradesinin, keşif tutanağına yazılarak altının davacıya imzalatırılması gerekmektedir (Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 595). Yargıtay'ın da keşif esnasında davadan feragat edilmesi durumuna ilişkin bir kararı söz konusudur. Yarg. 8. HD, 3.12.2003, 7809/7997 (Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Bası, Yetkin 2013) 1366).

tutanağın altının davacı tarafa imzalatırılması gerekmektedir¹⁰⁵ (HMK m. 154/f. 3, ç). Davadan feragat iradesinin tutanağa yazılarak davacıya imzalatırılması sözlü olarak yapılan feragat talebi bakımından bir geçerlilik şartıdır¹⁰⁶.

Davadan feragat edilebilmesi için karşı tarafın iznine veya yargılamayı gerçekleştirecek olan hâkimin muvafakatine gerek bulunmamaktadır¹⁰⁷. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bu hususa ilişkin olarak bir düzenleme getirilmiş değildir¹⁰⁸. Bununla birlikte, gerek *Yargıtay kararlarında*¹⁰⁹ gerekse de *doktrinde*¹¹⁰ davadan feragat edilebilmesi için karşı tarafın iznine veya mahkemenin muvafakatine gerek olmadığı kabul edilmekteydi¹¹¹. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise, bu konuya ilişkin olarak açık bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 309'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında, "*Feragat ve kabulün hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir*" denilmektedir¹¹². Feragatin söz konusu olabilmesi için davalının iznine ihtiyaç olmadığından¹¹³ (HMK m. 309/f. 2) davadan geçerli bir şekilde feragat edilebilmesi için davalının o yargılamada hazır bulunması şart değildir¹¹⁴.

Davadan feragat sadece mahkeme huzurunda değil; aynı zamanda, mahkeme dışında da yapılabilir¹¹⁵. Mahkeme dışında yapılan feragatin, sonradan yargılamayı yürüten hâkimin huzurunda ya da mahkemeye iletilecek olan bir dilekçede açıkça kabul edilmesi gerekmektedir¹¹⁶. Aksi takdirde, davacı

105 Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Bilge ve Önen (n 2) 351; Karşlı (n 1) 372; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2019; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 154'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında duruşma tutanağına mutlak olarak yazılması gereken hususlar belirtilmiştir. Buna göre, bahsi geçen HMK m. 154/f. 3, ç hükmünde, "*Beyanda bulunana okunmak ve imzası alınmak kaydıyla ikrar, yeminin edası, davanın geri alınmasına muvafakat, davadan feragat, davayı kabule ilişkin beyanlar ve sulh müzakereleri ile sonucu*"nun mutlak olarak tutanağa yazılacağı ifade edilmiştir.

106 Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574.

107 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 422-423; Karşlı (n 1) 373; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2016; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 505; Muşul, (n 7) 437, 441; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 389; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 596; Akyol Aslan (n 2) 127.

108 Akyol Aslan (n 2) 250.

109 Yarg. 3. HD, 24.4.1979, 2757/2821 "...Vazgeçme kesin hükmün sonuçlarını doğurur. Bunun için ayrıca karar verilmesi ve vazgeçmeyi karşı tarafın kabulü gerekmez..." (YKD 1979/10, s. 1415). Yarg. 2. HD, 21.3.1985, 2487/2698 "...Davadan feragat davalının kabulüne bağlı değildir. Öyle ise davacı ...nin davasının vazgeçme sebebiyle reddi gerekirken, davacının delillerini değerlendirip boşanmaya hükmedilmesi usul ve kanuna aykırıdır..." (İKİD 1988/331, s. 5819; Aynı karar için bkz.: Akyol Aslan (n 2) 129, dn. 298).

110 Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 480; Ansay (n 6) 180; Necmettin M Berkin, *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi* (Filiz Kitabevi 1982) 709; Üstündağ (n 6) 571; Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku* (Sevinç Matbaası, 1979) 279; Önen, 'Feragat' (n 5) 28; Bilge ve Önen (n 2) 351; Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler* (3. Bası, Duygu Matbaası 1948) 194; Şakir Berki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (Ege 1959) 28; Soner (n 11) 446; Akyol Aslan (n 2) 127 vd.

111 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 425; Karşlı (n 1) 373; Akyol Aslan (n 2) 127.

112 Karşlı (n 1) 373. Davadan feragat beyanı, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına (HMK m. 141) da tabi olmaz (Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2016).

113 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 422-423; Karşlı (n 1) 373; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2016; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 505; Muşul, (n 7) 437, 441; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 389; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 596.

114 Karşlı (n 1) 373.

115 Bilge ve Önen (n 2) 351; Kuru, *El Kitabı* (n 8) 604.

116 Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 595; Ayrıca, *Umar*, mahkeme dışında yapılan feragat bakımından feragat

tarafından bu şekilde açıkça kabul edilmeyen bir feragat beyanının geçerli bir şekilde yapıldığından söz edilemez¹¹⁷.

Davacı, davadan feragat beyanını içeren dilekçeyi, yargılamayı gerçekleştiren mahkemeye posta ile gönderebilir¹¹⁸. Böyle bir durumda, davadan feragat dilekçesinde yer alan imzanın davacının kendisine ait olduğuna dair noter şerhinin bulunması gerekmektedir¹¹⁹. Davadan feragat dilekçesinin posta ile mahkemeye gönderilmesi ihtimalinde, imzanın davacıya ait olduğu konusunda bir noter şerhi yer almıyorsa, mahkemenin davacıyı isticvap ederek imzanın kendisine ait olup olmadığı hususunu tespit etmesi gerekir¹²⁰.

Davacı, dava konusunun gerek bir kısmından gerekse de tamamından feragat edebilir¹²¹. Dava konusunun bir kısmından feragat edilebilmesi için, feragat edilmek istenen kısmın ayrılabilir ve bağımsız olması gerekmektedir¹²². Aynı zamanda, yargılamanın sonunda mahkemece kısmî hüküm verilebilmesi de mümkün olmalıdır¹²³. Davacının talep sonucunun bir kısmından feragat etmesi durumunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 309'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında öngörülen düzenleme uyarınca, feragat edilen kısmın dilekçede yahut tutanakta açıkça gösterilmesi gerekmektedir¹²⁴. Davadan kısmen feragat edilmesi durumunda, netice-i talebin feragat edilmeyen kısmı için davaya devam edilir¹²⁵. Bununla birlikte, davacının feragat ettiği kısım için dava sona erer¹²⁶.

dilekçesinin hasma tebliğ edilmesinin gerektiğinden söz etmektedir. Bkz.: Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Yargıç ve Avukatlar İçin HMK Uygulamasında Karşılaşılabilecek Soru ve Sorunların Türk ve Neuchâtel Bilimsel ve Yargısal İçtihatları Işığında Yanıtları ve Çözümleri)* (2. Bası, Yetkin 2014) 907. Yarg. 3. HD, 22.06.2010, E. 2010/10367, K. 2010/11157 "...Davacının talep sonucundan vazgeçmesidir. Davadan feragat, davacının mahkemeye karşı yapacağı tek taraflı bir irade beyanı ile olur. Feragat beyanının açık olması çok önemlidir. Feragat, duruşma sırasında sözlü olarak yapılabileceği gibi, davacı duruşma sırasında mahkemeye vereceği bir dilekçe ile de davasından feragat edebilir. Diğer yandan, duruşma dışında da mahkemeye verilecek dilekçe ile de feragat mümkündür. Ancak bu durumda hâkim tarafından feragat dilekçesinin altına imzanın davacıya ya da yetkili vekiline ait olduğu yolunda şerh verilmesi gerekir. Bu şekilde usulünce yapılan feragat ile dava konusu uyuşmazlık da son bulmuş olur. Somut olayda, davacının, davalının taraf olmadığı adi yazılı belgedeki genel ifadeli beyanı esas alınarak mahkemece feragat nedeni ile ret kararı verilmiştir..." (Lexpera).

117 Atalı, *Pekcanter Usul* (n 1) 2019.

118 Akyol Aslan (n 2) 248-249; Kuru, *C. IV* (n 8) 3611; Karşlı (n 1) 372.

119 Akyol Aslan (n 2) 248-249; Karşlı (n 1) 372; Kuru, *C. IV* (n 8) 3611. Zira, aksi takdirde, davacı yerine başka bir üçüncü şahsın feragat beyanını aldatıcı bir şekilde ileri sürerek davayı sona erdirmeye ihtimali olabilecektir. Bu sebeple, davadan feragat dilekçesinin davacının mahkeme huzurunda yer almadığı posta ile gönderilmesi yolunda yargılamayı gerçekleştiren mahkemece dikkatli olunması ve iyi bir şekilde incelenmesi gerekmektedir (Akyol Aslan (n 2) 248-249; Karşlı (n 1) 372).

120 Kuru, *C. IV* (n 8) 3611. Kendisine gönderilen isticvap dilekçesine rağmen davacı mahkeme huzuruna gelmezse ya da mahkemeye gelmekle birlikte herhangi bir cevap vermezse, feragat dilekçesinin altındaki imzanın kendisine ait olduğu hususunu ikrar etmiş sayılacaktır (Kuru, *C. IV* (n 8) 3611).

121 Ansay (n 6) 180; Bilge ve Önen (n 2) 352; Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 480; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Karşlı (n 1) 373; Akyol Aslan (n 2) 130.

122 Akyol Aslan (n 2) 129-130; Karşlı (n 1) 373. Davada konusunun bir kısmından feragatte davacı, aynı hukuki ilişkinin bütünlük gösteren netice-i talebinin bir kısmından feragat etmektedir (Akyol Aslan (n 2) 130; Karşlı (n 1) 373).

123 Akyol Aslan (n 2) 129-130; Karşlı (n 1) 373.

124 Atalı, Ermemek ve Erdoğan (n 1) 574; Karşlı (n 1) 373; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 12, s. 322.

125 Akyol Aslan (n 2) 130; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506.

126 Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Akyol Aslan (n 2) 130; Karşlı (n 1) 373.

Davadan feragat, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 309'uncu maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca "kayıtsız ve şartsız" yapılmalıdır¹²⁷. Bununla birlikte, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında davadan feragatin şarta bağlı olarak yapılıp yapılamayacağı hususu açıkça düzenlenmediğinden, *doktrinde* şarta bağlı olarak yapılan feragat beyanının geçerliliği meselesi tartışma konusu yapılmaktaydı¹²⁸. Diğer taraftan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, feragatin şarta bağlı olarak yapılamayacağı açıkça öngörüldüğünden, bu konudaki tartışmalar da sona ermiştir¹²⁹. Şarta bağlı feragat, davacının tek taraflı bir irade beyanı ile davayı sona erdirmesi ve aynı zamanda, feragatin kesin hüküm gibi hukuki sonuçlarının (HMK m. 311) olması sebebiyle yasaklanmıştır¹³⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, feragatin şarta bağlı olarak yapılabileceği kabul edilmediğinden, *doktrinde* şartın gerçekleşmesi durumunda, davadan feragat edileceğini öngören bir beyan "sulh teklifi" olarak nitelendirilmektedir¹³¹.

Davadan feragat beyanının ileri sürüldüğü mahkemenin yetkisiz olması durumunda, mahkemece öncelikle yetkisizlik kararının mı verileceği, yoksa feragat konusundaki incelemenin mi gerçekleştirileceği sorusunun cevaplandırılması önem arz etmektedir. Bu konuda, *doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre*, yetkisiz mahkemeye hitaben davadan feragat beyanında bulunulması üzerine davalı tarafından yetkisizlik itirazında bulunulacağı ve *mahkemenin gerçekten yetkisiz olduğunun anlaşılması halinde dahi* yetkisizlik kararından önce mahkemenin davanın feragat sebebiyle sona erdiğine karar vermesinin gerekeceği ifade edilmektedir¹³². Diğer taraftan, *Yargıtay kararlarında*,

127 Pekcanitez, Atalay ve Özkes, (n 34) 438; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2019; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 12, s. 322; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Karşlı (n 1) 373.

128 Karşlı (n 1) 372. 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu zamanında, şarta bağlı olarak feragat yapılıp yapılamayacağı konusunda, iki farklı görüş ileri sürülmekteydi. *Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre*, davadan feragatin şarta bağlı olarak yapılması mümkündür (Belgesay (n 110) 300 vd.; İlhan E. Postacıoğlu, 'Şarta Muallâk Hükümler' (1941) 2 *Adalet Dergisi* 113-114; Süha Tanrıver, 'Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu' (1988) 19 (4) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 48 vd.). *Doktrinde ileri sürülen aksi yöndeki diğer görüşe göre*, davadan feragat, şarta bağlı olarak gerçekleştirilemeyecektir (Üstündağ (n 6) 573; Berkin (n 110) 711; Ansay (n 6) 180; Bilge ve Önen (n 2) 351; Akyol Aslan (n 2) 133). 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun zamanında, *doktrinde ağırlıklı olan görüş*, feragatin şarta bağlı olarak yapılamayacağı yönündeydi (Üstündağ (n 6) 573; Berkin (n 110) 711; Ansay (n 6) 180; Bilge ve Önen (n 2) 351; Akyol Aslan (n 2) 133).

129 Karşlı (n 1) 373.

130 Nuray Sümer, 'Şartlı Feragata İlişkin Danıştay Kararlarının Düşündürdükleri' (2018) 2 *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 276.

131 Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Kuru, C. IV (n 8) 3584; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, (n 34) 438; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2019; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 12, s. 322; Sümer (n 130) 278. Görüldüğü üzere, şarta bağlı feragat beyanı doğrudan reddedilmemektedir. Böyle bir durumda, şarta bağlı feragat beyanı nitelik değiştirerek sulh anlaşmasına dönüşebilmektedir (Sümer (n 130) 278).

132 Kuru, C. IV (n 8) 3587. Bununla birlikte, *doktrinde bazı yazarlarca*, konu değerlendirilirken mahkemesinin yetkisinin kesin yetki olup olmadığı hususu dikkate alınarak farklı görüşlerin ileri sürüldüğü de ifade edilebilecektir. Buna göre, davanın görülmekte olduğu mahkemenin yetkisinin kesin olduğu hallerde, yetkisiz bir mahkemede davanın açılması durumunda, davadan feragat üzerine mahkemece yetkisizlik kararı verilerek feragat hakkında yetkili mahkemenin karar vermesi sağlanmalıdır (Umar (n 116) 909; Yılmaz (n 104) 1367; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 595). Bununla birlikte, yetkinin kesin olmadığı hallerde, aynı zamanda, davalı HMK m. 19/f. 2 uyarınca cevap dilekçesinde yetki itirazında bulunmamışsa davanın feragat nedeniyle sona erdiğini tespit eden bir karar verilerek yapılamaya sona erdirilmelidir (Umar (n 116) 909; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 595). Davalı tarafından, mahkemenin yetkisiz olduğunun ileri sürülmesi durumunda, yetkisiz mahkemeye yapılan feragat geçerli sayılarak, davanın feragat nedeniyle sona erdiğine karar verilmesi gerekir (Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 595).

yetkisiz mahkemenin feragat sebebiyle davanın sona erdiğine karar veremeyeceği; öncelikle, yetki itirazını inceleyerek bu hususta bir karar vermesinin gerektiği hükme bağlanmaktadır¹³³. *Kanaatimizce*, davalı tarafından mahkemenin yetkisizliği ileri sürülmüşken aynı zamanda davacının feragat bayanı mevcut ise, yetki uyuşmazlığı incelenerek bir karar verilmeden davadan feragat konusunda hüküm tesis edilmesi uygun olmaz¹³⁴. Diğer bir ifadeyle, öncelikle, yetki konusundaki uyuşmazlığın giderilerek dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesi sağlanmalıdır¹³⁵. Sonrasında ise, yetkili mahkemece davanın feragat sebebiyle sona erdiğine dair bir karar verilmesi söz konusu olmalıdır¹³⁶.

Davadan feragatin vekil tarafından yapılabilmesi için, vekilin vekaletnamesinde özel bir yetkiye sahip olması gerekmektedir¹³⁷. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 74'üncü maddesine göre, davadan feragat, vekilin vekaletnamesinde özel yetki bulunmasını gerektiren hallerden birisidir¹³⁸. Bu sebeple, davacı, kendisini vekil ile temsil ettirmeyi tercih etmişse, davadan feragat iradesini vekil aracılığıyla ileri sürülebilmesi için, vekilin vekaletnamesinde özel bir yetkinin bulunması şarttır¹³⁹.

Gerçek kişilerin velisi veya bir tüzel kişinin organının, davadan feragat edebilmek için herhangi bir makamdan izin alması zorunlu değildir¹⁴⁰. Bununla birlikte, vasinin sulh beyanını ileri sürebilmesi

- 133 Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2011. Yarg. 2. HD, 10.12.1973, 7498/7091 "...Davalı süresinde yetki itirazında bulunmuş, davacı ise davasından vazgeçmiştir. Yetki itirazı iptidai itirazlardan olup, her şeyden önce bu hususun hadise şeklinde incelenmesi lazım gelir (HUMK m. 190, 225). Yetki uyuşmazlığı çözülmüdüğü feragat sebebiyle hüküm tesis edilemez. Feragat sebebiyle dava ancak yetkili mahkemece karara bağlanabilir..." (İBD 1974/1-4, s. 214; Kuru, C. IV (n 8) 3587). Yarg. 2. HD, 21.05.2012, 6798/13707 "...Davalı süresinde yetki itirazında bulunmuş davacı ise davadan feragat etmiştir. Yetki itirazı ilk itirazlardan olup her şeyden önce bu hususun hadise şeklinde incelenmesi lazım gelir (HMK m. 116-130). Yetki uyuşmazlığı çözülmüdüğü feragat sebebiyle dava ancak yetkili mahkemece karara bağlanabilir..." (MİHDER 2014/2, S. 28, s. 113-114; Aynı karar için bkz.: Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2011).
- 134 Aksi görüşte bkz.: Kuru, C. IV (n 8) 3587 vd.; Kudret Aslan, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1999) 28-29; Akyol Aslan (n 2) 223-224.
- 135 Doktrinde aksi görüşteki *Akyol Aslan'a* göre, mahkemece yetkisizlik kararı verilerek dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesinden sonra feragat konusunda karar verileceğinin kabul edilmesi, gereksiz zaman kaybına ve gider yapılmasına sebep olacağı için isabetli değildir (Akyol Aslan (n 2) 224).
- 136 Doktrinde, *Akyol Aslan*, davadan feragat konusunda yetkisiz mahkeme ile yetkili mahkemenin bu anlamda aynı işi yaptığını ileri sürerek davadan feragat hakkında yetkili mahkemece karar verilmesi gerektiği yönündeki görüşü eleştirmektedir. Yazar, aynı zamanda, davanın feragat sebebiyle sona erdiğine yönelik tespitin yetkili mahkemece gerçekleştirilmesinde tarafların da menfaatinin söz konusu olmayacağını ifade etmektedir (Akyol Aslan (n 2) 224).
- 137 Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 480; Bilge ve Önen (n 2) 352; Kuru, *El Kitabı* C. 2 (n 6) 1048-1049.
- 138 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 74'üncü maddesinde davaya vekalette vekile özel yetki verilmesini gerektiren haller açıkça ifade edilmektedir. HMK'nın 74'üncü maddesinde öngörülen düzenleme uyarınca, "Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimî reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez." denilmektedir. Görüldüğü üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 74'üncü maddesi uyarınca, davadan feragat, davaya vekalette özel yetki verilmesini gerektiren hallerden birisidir.
- 139 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2019; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Ansay (n 6) 180; Bilge ve Önen (n 2) 352; Berkin (n 110) 710-711; Üstündağ (n 6) 408; Muşul, (n 7) 437; Kuru, *El Kitabı* C. 2 (n 6) 1048-1049.
- 140 Kuru, *El Kitabı* C. 2 (n 6) 1049; Bilge (n 2) 310; Bilge ve Önen (n 2) 352; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (1.

için mahkemeden izin alması şart olduğuna göre (TMK m. 462/f. 1, b. 8), davadan feragat edebilmek için de izin alması gerekmektedir¹⁴¹.

D. DAVADAN FERAGATİN GERÇEKLEŞTİRİLECEĞİ ZAMAN ARALIĞI

Davadan feragatin ne zamana kadar gerçekleştirilebileceği konusunda 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı¹⁴². Buna karşılık, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, feragatin yapılabileceği zamansal kesit Kanunda açıkça düzenlenmiştir¹⁴³. 28.07.2020 tarihli ve 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun değişikliği sonrasında, davadan feragatin gerçekleştirilme zamanı ve feragat üzerine karar verecek olan mercii neresi olduğu ile verilecek olan karar hakkında düzenlemeler getirilmiştir¹⁴⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 310^üncü maddesinin 1'inci fıkrasında öngörülen düzenleme uyarınca, davadan feragat, hüküm kesinleşinceye kadar yargılamanın her aşamasında yapılabilir¹⁴⁵. Davadan feragatin geçerli bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için açılmış ve görülmekte olan bir davanın bulunması gerekmektedir¹⁴⁶. Bu sebeple, yargılamanın ilk derece mahkemesinde devam ettiği bir esnada davadan feragat edilebileceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁴⁷.

Davanın açılmasından önce ortada derdest bir dava bulunmadığı için davadan feragat edilebilmesi mümkün değildir¹⁴⁸. Bu sebeple, henüz açılmamış; ancak, ileride açılması mümkün olan bir davadan

Bası, Legal 2015) 408.

141 Bilge ve Önen (n 2) 352; Kuru, *El Kitabı C. 2* (n 6) 1049; Kuru, *Ders Kitabı* (n 140) 408; Bilge (n 2) 310.

142 Soner (n 11) 442; Akyol Aslan (n 2) 250. Bununla birlikte, *doktrinde*, talep sonucu dava dilekçesinde ifade edildiği için davadan feragatin de dava dilekçesinde yapılmasının gerektiğini belirten yazarlar söz konusuydu (Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 477).

143 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Karslı (n 1) 374.

144 Bkz.: 7251 Sayılı Kanun m. 29 ile HMK m. 310'a eklenen f. 2 ve f. 3.

145 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Karslı (n 1) 374; Muşul, (n 7) 441; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 598; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 388; Atalı, *Pekcamtez Usul* (n 1) 2012; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322; Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (7251 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş 4. Baskı, Yetkin, 2020) 399.

146 Akyol Aslan (n 2) 250; Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 477. Davadan feragat edilebilmesi için, feragat beyanının davanın açılmasından sonra yapılması gerekmektedir (Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 423). Davadan feragat davaya son veren bir taraf işlemlerinden birisidir (Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 422; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayavaz ve Hanağası, (n 13) 564 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 571 vd.; Budak ve Karaaslan (n 1) 319 vd.; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 592; Karslı (n 1) 369-370; Kuru, *C. IV* (n 8) 3543; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 505; Kuru, *El Kitabı* (n 8) 594; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 386; Muşul, (n 7) 435 vd.; Atalı, *Pekcamtez Usul* (n 1) 2008 vd.; Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 476; Üstündağ (n 6) 568). Davadan feragatin davaya son veren taraf işlemi olması dolayısıyla, yalnızca derdest bir davanın var olması ihtimalinde medeni yargılama hukukunda öngörülen feragat söz konusu olabilir (Karslı (n 1) 374).

147 Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 477; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 423.

148 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506. Böyle bir durumda, HMK m. 307-312 uyarınca davadan feragat değil; esas haktan feragat söz konusudur (Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506). Feragat dava dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmeden önce yapılamaz. Diğer taraftan dava açıldıktan yani dava dilekçesinin tebliğinden sonra, diğer taraftan da tarafların teşkil edilmesinden önce davanın davasından feragat ettiğini bildirirse, böyle bir durumda, tarafların teşkili sağlanarak hareket edilmesi gerekir (Üstündağ (n 6) 572).

feragat edilebilmesi söz konusu olamayacaktır¹⁴⁹. Aksi takdirde, böyle bir durumda, gerçekleştirilecek olan feragat beyanı, esas haktan feragat edilmesi sonucunu doğurur¹⁵⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 310'uncu maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca, davadan feragat, yalnızca ilk derece mahkemesindeki yargılamanın sona ermesine kadar değil; aynı zamanda, hükmün şekli anlamda kesinleşmesine kadar söz konusu olabilecektir¹⁵¹. Bu doğrultuda, ilk derece mahkemesince verilen hükmün kanun yollarına götürülebilmesi için öngörülen süre içerisinde ve bu sürelerin işlemeye devam ettiği bir esnada davadan feragat edilebilmesi mümkündür¹⁵². Zira, hüküm verilmekle, henüz kesinleşmemişse, davacının talep sonucu üzerindeki tasarruf yetkisi hâlâ devam etmektedir¹⁵³. Bunun gibi, ilk derece mahkemesinden verilen hükmün kanun yollarına – *istinaf, temyiz gibi* – götürüldüğü bir aşamada da davadan feragat edilmesi söz konusu olabilir¹⁵⁴.

28.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7251 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 310 hükmüne eklenen 2. ve 3. fıkralarla, hükümden sonra feragat hakkında yeni düzenlemeler getirilmiştir¹⁵⁵. Buna göre, 7251 sayılı Kanun m. 29 ile değiştirilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.

149 Kuru, *El Kitabı* (n 8) 596; Kuru, *C. IV* (n 8) 3562; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574.

150 Kuru, *C. IV* (n 8) 3562; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Kuru, *El Kitabı* (n 8) 596.

151 Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322. Medeni Muhakeme Hukukunda davadan feragat edilebilmesi için hükmün aynı zamanda şekli anlamda kesinleşmemiş olması gerekmektedir (Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 478; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2012; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322; Muşul, (n 7) 437). Hüküm kesinleştikten sonra artık ortada derdest bir dava bulunmamaktadır (Üstündağ (n 6) 571). Bunun doğal bir sonucu olarak davadan feragat edilmesi mümkün olmaz (Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 478; Üstündağ (n 6) 571; Ansay (n 6) 181; Akyol Aslan (n 2) 250 vd.; Karşlı (n 1) 374; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 388; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 598). Hüküm kesinleştikten sonra, davacı tarafından gerçekleştirilen feragat beyanına rağmen, davacının lehine verdiği hükmü icra takibine koyması ve icra edilmesini talep etmesi MK m. 2 uyarınca dürtürlük kuralına aykırılık teşkil eder (Üstündağ (n 6) 571-572).

152 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574-575; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2012; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322; Kuru, *El Kitabı* (n 8) 597. Diğer taraftan, ilk derece mahkemesince hüküm verildikten sonra ve fakat hükmün kesinleşmesinden önce davadan feragat edilmesi söz konusu olabilir (Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 478; Kuru, *C. IV* (n 8) 3564).

153 Üstündağ (n 6) 572.

154 Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 478; Akyol Aslan (n 2) 257 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574-575. Yarg. 10. HD, 23.3.2017, E. 2016/8209, K. 2017/2432 "...Hükümün kesinleşmesinden önceki herhangi bir aşamada davadan feragat edilebilir. Temyiz edilen ve fakat henüz temyiz Dairesince görüşülmeyen bir karar, usul hukuku çerçevesinde kesinleşmiş olmadığından, bu aşamada davadan feragat mümkündür. Hâkim, gördüğü davada tahkikatı bitirip hüküm kurduktan sonra davadan elini çekmiş olur ve kural olarak dava sonunda verilen karar temyiz edilip bozulmadan ve bu suretle yargılamaya yeniden başlanmadan davanın esası ile ilgili hiçbir karar veremez. Feragat, davayı kesin olarak sonuçlandıran bir hukuki neden olduğundan, hakim karar verdikten sonra dahi belgelendirilen feragat üzerine davanın bu nedenle reddine karar verebilir ise de, Yargıtay uygulamalarında (örneğin Hukuk Genel Kurulu'nun 21.10.1981 gün 1981/2-551, 1981/683 ve 02.6.1982 günlü 1982/376-547 sayılı kararları ile 11.04.1940 gün ve 1939/15-1940/70 sayılı tevhibi içtihat kararının gerekçesinden esinlenen uygulama) hüküm temyiz edildikten sonra vaki feragat üzerine mahkemece kendiliğinden bir karar verilmeyerek Yargıtay'ın bu konuda (feragat konusunda) mahkemece bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına dair verilecek kararından sonra ancak dosyayı ele alabilir ve feragate dayanarak davayı reddedebilir. Bu itibarla; somut olayda davadan feragat edildiği bildirildiğinden, hükümden sonra ortaya çıkan ve temyiz incelenmesinde usulen engel oluşturan bu hukuki olgu çerçevesinde, davacının 6552 sayılı Yasadan yararlanmak amacıyla davadan feragat ettiği gözetilerek yeniden inceleme yapılmak üzere mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir..." (Lexpera).

155 7251 sayılı Kanun ile HMK m. 310 hükmüne eklenen 2. ve 3. fıkralar hakkında açıklamalar için bkz.: Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 13) 566; Tanrıver, *Medeni Usul C. I* (n 16) 1047; Karşlı (n 1) 374; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 598; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575.

310/f. 2 uyarınca, davadan feragat hükmün verilmesinden sonra gerçekleştirilmişse, yargılamanın taraflarınca kanun yoluna başvurulmuş olsa bile, dosyanın kanun yolu incelemesine gönderilmesi mümkün olmaz¹⁵⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 310'uncu madde hükmüne eklenen 3'üncü fıkra ile dosyanın temyiz incelemesine gönderilmesinden sonra feragat beyanında bulunulması hakkında düzenlemeler de getirilmiştir. 7251 sayılı Kanun değişikliği (m. 29) ile kabul edilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 310/f. 3 uyarınca, davadan feragat, dosyanın temyiz incelemesine gönderilmesinden sonra gerçekleştirilmişse, Yargıtay tarafından temyiz incelemesi yapılmaksızın dosyanın, feragat hususunda "ek karar" verilmek üzere hükmü veren mahkemeye gönderilmesi gerekmektedir¹⁵⁷.

Görüldüğü üzere, 28.07.2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte hükmün verilmesinden sonra davadan feragat edilebileceği HMK'da açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, hükümden sonra davadan feragatin mümkün olmadığı istisnai haller de mevcuttur¹⁵⁸. Buna göre, İcra ve İflas Kanunu'nun¹⁵⁹ 165'inci maddesinin 2'nci fıkrasında¹⁶⁰ öngörülen düzenleme uyarınca, asliye ticaret mahkemeleri tarafından görülmekte olan iflas davaları hakkında mahkemece iflas kararı verildikten sonra davadan feragat edilmesi söz konusu olamaz¹⁶¹. Zira, ilk derece mahkemesinin kararı ile artık iflasın açılması söz konusu olduğu için, bu noktadan itibaren davacı alacaklının davadan feragat etmesi mümkün değildir¹⁶². Böyle bir durumda, taraflarca müracaat edilebilecek tek yol, İcra ve İflas Kanunu'nun 182'nci maddesinde öngörülen "iflasın kaldırılması" olacaktır¹⁶³. Bunun gibi istisnai haller bir tarafa, kural olarak, dava açıldıktan sonra gerek ilk derece mahkemesindeki yargılamanın devam ettiği esnada gerekse de kanun yollarına müracaat edildiği ve kanun yollarında incelemenin gerçekleştirildiği bir aşamada, davadan feragat edilebilmesi söz konusu olabilir¹⁶⁴ (HMK m. 310). Buna karşılık, hüküm kesinleştikten sonra, – *artık herhangi bir fonksiyonu ve faydası kalmayacağı için* – davadan feragat yoluna gidilebilmesi mümkün olmaz¹⁶⁵.

156 Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 13) 566; Tanrıver, *Medenî Usûl C. I* (n 16) 1047; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322; Karşı (n 1) 374; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 598.

157 Tanrıver, *Medenî Usûl C. I* (n 16) 1047; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 13) 566; Karşı (n 1) 374; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 598; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575.

158 Kuru, *C. IV* (n 8) 3568.

159 RG. 19.06.1932, S. 2128.

160 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m. 165/f. 2'de bu husus şu şekilde ifade edilmektedir: "İflasa karar verilmesinden sonra iflas davasından feragat geçersizdir."

161 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575; Kuru, *C. IV* (n 8) 3568; Kuru ve Aydın (n 145) 399.

162 Kuru, *C. IV* (n 8) 3568; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575. İflas yargılmasını gerçekleştiren asliye ticaret mahkemesi ilk derece mahkemesi olarak kararını verdikten sonra artık iflas açılmış olacağı için bu karardan feragat edilmesi mümkün olmayacaktır (Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575).

163 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575.

164 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 423-424.

165 Akyol Aslan (n 2) 250 vd.; Ansay (n 6) 181; Postacioğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 478; Üstündağ (n 6) 571; Karşı (n 1) 374; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 598.

II. DAVADAN FERAGAT ÜZERİNE KARAR VERECEK OLAN MERCİİ VE VERİLECEK OLAN KARAR ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Mahkeme huzurunda davadan feragat edilmesiyle birlikte, görülmekte olan dava kendiliğinden sona erer¹⁶⁶. Davadan feragat beyanının ileri sürüldüğü mahkeme yalnızca, feragatin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen şekilde (HMK m. 309) yapılıp yapılmadığı ile davacının beyanının gerçekten feragat olup olmadığı hususunu araştırması gerekir¹⁶⁷. Mahkeme tarafından Kanunda öngörülen şekle uygun olarak¹⁶⁸ davadan feragat edildiği tespit edilirse, davanın feragat sebebiyle reddine karar verilir¹⁶⁹.

Kanunda öngörülen şartlara uygun olarak yapılan bir feragat beyanı, kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur¹⁷⁰ (HMK m. 311/c. 1). Ayrıca, davadan feragat işlemi usul hukuku hükümlerine göre değil; maddi hukuk hükümlerine göre ortadan kaldırılabilir¹⁷¹. Böylelikle, irade bozukluğu hallerinde (hata, hile ve ikrah) (TBK m. 30 vd.) davadan feragatin iptali istenebilir¹⁷² (HMK m. 311/c. 2).

Davadan feragat iradesi, yargılama hangi aşamada bulunuyorsa onu inceleyecek olan mahkemeye iletilir¹⁷³. İlk derece mahkemesince yargılama devam ederken davadan feragat edilirse, buna ilişkin dilekçenin *ilk derece mahkemesine* verilmesi gerekir¹⁷⁴. İstinaf aşamasında davadan feragat etmek

166 Tanrıver, *Medeni Usul C. I* (n 16) 1052.

167 Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506. Feragat beyanının ulaştığı mahkeme, yalnızca davacının feragat iradesinin usul hukuku kurallarına uygun bir şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini değerlendirecektir (Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2016).

168 Davadan feragatin şekli konusundaki açıklamalarımız için bkz.: yuk.I.C.

169 Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 13) 567; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 506.

170 Pekcanitez, Atalay ve Özkes, (n 34) 439; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2021; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 16, s. 323; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 507; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 389; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 598; Muşul, (n 7) 436; İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Derleri* (Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 8. Bs, Vedat 2020) N. 1458, s. 801; Ansay (n 6) 181; Berkin (n 110) 711-712-714; Önen, 'Feragat' (n 5) 33; Soner (n 11) 440; Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 480-481; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 425-426; Kuru, *C. IV* (n 8) 3632; Kuru, *El Kitabı* (n 8) 600; İnal (n 81) 978; Karahacıoğlu ve Parlar (n 6) 1342; Bilge ve Önen (n 2) 352; Bilge (n 2) 310.

171 Bilge (n 2) 311; Bilge ve Önen (n 2) 352.

172 Aslan (n 134) 172 vd.; Ansay (n 6) 181; Belgesay (n 110) 193; Berkin (n 110) 714; Bilge ve Önen (n 2) 352-353; Önen, 'Feragat' (n 5) 32; İsmail Hakkı Karafakih, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1952) 235; Kuru, *C. IV* (n 8) 3647; Üstündağ (n 6) 576; Postacıoğlu, *Usul Hukuku* (n 6) 482; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 426; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2023; Karlı (n 1) 375; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 578; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 17, s. 324; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 508; Muşul, (n 7) 439; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 599; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 415; Kuru, *El Kitabı* (n 8) 603; Bilge (n 2) 311; Mustafa Çenberci, 'Hukuk Davalarında Kesin Hüküm' (1964) 9-12, *Adalet Dergisi* 1153. *Doktrinde, "İrade bozukluğu hallerinde, feragat ve kabulün iptali istenebilir"* şeklindeki düzenlemenin madde metninden çıkartılabileceği ifade edilmektedir. Zira, *doktrinde ileri sürülen bu görüşe göre*, bahsi geçen düzenleme, maddenin ilk cümlesinde öngörülen "*Feragat ve kabul, kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur*" şeklindeki ifade ile çelişki halindedir (Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri* (İstanbul Barosu Yayınları 2006) 169).

173 Kuru, *El Kitabı* (n 8) 596; Kuru, *C. IV* (n 8) 3562; Üstündağ (n 6) 572.

174 Kuru, *C. IV* (n 8) 3586; Üstündağ (n 6) 572.

istenirse, feragat beyanının *bölge adliye mahkemesine* sunulması gerekecektir¹⁷⁵. Mahkemenin verdiği karar hakkında, temyiz kanun yoluna gidilmesi söz konusu ise, feragat iradesi Yargıtay'a yöneltilir¹⁷⁶.

Davadan feragat edilmesiyle birlikte, yargılamanın nihayete erdirilebilmesi için mahkemece bir karar verilmesine gerek olup olmadığı hususu önem arz etmektedir¹⁷⁷. Bu kapsamda, *doktrin de ileri sürülen bir görüşe göre*, davadan feragat gerçekleştirildiği anda sonuçlarını doğurur¹⁷⁸. Böylelikle, davanın feragat üzerine verilen bir kararla değil de davacının feragat beyanı ile sona ereceği ifade edilmektedir¹⁷⁹. Davadan feragat edilmesi üzerine, mahkemece davanın feragat sebebiyle sona erdiğini tespit ve tevsik eden bir tutanağın düzenlenmesi yeterli olur¹⁸⁰. Buna karşılık, *doktrin de ileri sürülen diğer bir görüşe göre* ise, davadan feragat iradesinin ileri sürülmesinin davanın sona ermesi için yeterli olmadığı; bunun için, ayrıca davadan feragat konusunda bir kararın verilmesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir¹⁸¹. *Kanaatimizce*, davadan feragat üzerine, dava kendiliğinden sona erer¹⁸². Bununla birlikte, mahkemece, davanın feragat sebebiyle sona erdiğini tespit eden bir kararın verilmesi uygun olur¹⁸³.

Dava dosyası ilk derece mahkemesinde ise ve henüz karara bağlanmamışsa, böyle bir durumda davadan feragat edilmesi üzerine, davanın feragat sebebiyle sona erdiğini tespit eden kararı verecek olan merciinin neresi olacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁸⁴. Zira, yargılamayı yürüten ilk derece mahkemesince, davanın feragat sebebiyle sona erdiğine dair bir karar verilir¹⁸⁵.

Buna karşılık, 28.07.2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanunla gerçekleştirilen HMK değişikliğinden önce, ilk derece mahkemesince karar verildikten sonra davacı tarafından davadan feragat edilirse, bu hususta karar verecek olan merciinin neresi olduğu sorusu ile karşılaşılırmaktaydı¹⁸⁶. Zira, kural olarak, ilk derece mahkemesince dava dosyası hakkında karar verildikten sonra, yüksek mahkemece bozma kararı alınmadıkça hükmü veren mahkemenin yeniden inceleme yaparak tekrardan karar verebilme imkânı bulunmamaktaydı¹⁸⁷. Dolayısıyla, ilk derece mahkemesince kararın verilmesinden sonra,

175 Akyol Aslan (n 2) 264 vd.; Karşlı (n 1) 374.

176 Karşlı (n 1) 374.

177 Bilge ve Önen (n 2) 352; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2015. Davadan feragat edilmesi durumunda, geçerli bir feragat beyanının sonuçlarını doğurabilmesi için ne karşı tarafın muvafakatine ne de hâkimin iznine ihtiyaç bulunmaktadır (HMK m. 309/f. 2) (Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 505; Kuru, *İstinaf Sistemi* (n 7) 389; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 423-424; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 596; Karşlı (n 1) 373; Muşul, (n 7) 441).

178 Bilge ve Önen (n 2) 352; Soner (n 11) 444.

179 Bilge ve Önen (n 2) 352; Bilge (n 2) 310-311; Soner (n 11) 444.

180 Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2015; Tanrıver, *Medeni Usûl C. I* (n 16) 1052.

181 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Esaslar* (n 1) 424; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 1) 507.

182 Bilge ve Önen (n 2) 352; Bilge (n 2) 310-311; Soner (n 11) 444.

183 Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2015; Tanrıver, *Medeni Usûl C. I* (n 16) 1052.

184 Soner (n 11) 444.

185 Üstündağ (n 6) 572; Soner (n 11) 444.

186 Soner (n 11) 444; Koç ve Konuralp (n 23) 66.

187 Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322. Yarg. 8. HD, 28.02.2017, E. 2016/10528, K. 2017/2702 "Karar kesinleşinceye kadar davadan feragatin mümkün olduğuna, Mahkemece, bir karar verilip, davadan el çektikten sonra temyiz aşamasında

davadan feragat edilmesi üzerine bu konudaki kararın “*ilk derece mahkemesince*” mi, yoksa “*yüksek mahkemeye*” mi verileceği hususu tartışmalara sebep olmaktadır¹⁸⁸.

Bütün bu açıklamalarımız üzerine belirtmek gerekir ki, çalışmamızın devamında, ilk derece mahkemesince hükmün verilmesinden sonra ve fakat kanun yollarına müracaat süresi içerisindeyken ya da hükmün kanun yollarına götürülmesinden sonraki bir aşamada davadan feragat edilmesi üzerine, davanın feragat sebebiyle sona erdiğini tespit eden kararı verecek olan merciinin neresi olduğu hakkında ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır. Bu doğrultuda, aşağıda öncelikle, 28.07.2020 tarihli ve 7251 sayılı HMK değişikliğinden önceki yönetmelik düzenlemeleri ile Yargıtay’ın konuya ilişkin uygulaması ifade edilecektir. Sonrasında ise, 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu değişikliği ile getirilen yeni düzenlemeler ortaya konularak geçmişten günümüze kadar gelen tartışmaların sona erip ermediği ve HMK m. 310/f. 2, 3’te öngörülen yeni hükümlerin yerindeki tartışma konusu yapılacaktır.

A. KANUN YOLLARINA MÜRACAAT SÜRESİ İÇERİSİNDEYKEN VEYA DOSYANIN KANUN YOLLARINA GÖTÜRÜLMESİNDEN SONRA DAVADAN FERAGAT VE DAVANIN FERAGAT SEBEBİYLE SONA ERDİĞİNİ TESPİT EDEN KARARI VERECEK OLAN MERCİİ

1. 7251 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİNDEN ÖNCEKİ DURUM: YÖNETMELİKTE YER ALAN DÜZENLEMELER VE YARGITAY’IN YAKLAŞIMI

A. GENEL OLARAK

İlk derece mahkemesince tarafların aralarındaki uyuşmazlık hakkında hüküm verildikten sonra kanun yollarına müracaat süresinin devam ettiği bir esnada veya dosyanın davanın taraflarınca kanun yollarına götürüldüğü bir aşamada davacı tarafından davadan feragat edilmesi¹⁸⁹ üzerine hangi mercice ne şekilde bir karar verileceği konusunda gerek 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda (m. 91-95) gerekse 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (m. 307-312) herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı¹⁹⁰. Kanun koyucu tarafından mevzuatımızdaki kanunlarda herhangi bir düzenlemenin getirilmemiş olmasına karşılık, Yargıtay’ın istikrar kazanan kararları

davacı asil tarafından davadan feragat edildiğine ve bu aşamada feragat hakkında karar verme yetkisi yerel mahkemeye ait bulunduğuna göre, davacının davadan feragat beyanı hakkında bir karar verilmek üzere bozulması gerekmektedir” (e-uyar).

188 Soner (n 11) 444.

189 Belirtmek isteriz ki, burada bahsi geçen feragat ile kanun yollarına (istinaf veya temyiz) müracaat konusundaki bir talepten vazgeçilmesi kastedilmemektedir (Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. V (6. Bası, Demir-Demir 2001) 4494). Kanun yoluna başvurma hakkından feragat ile çalışmamızda ele aldığımız ilk derece mahkemesi tarafından hükmün verilmesinden sonra kanun yoluna müracaat süresi içerisindeyken ya da dosyanın kanun yollarına götürülmesinden sonra dava konusu olan haktan feragat edilmesi birbirlerinden farklıdır. Zira, kanun yoluna başvurmadan feragat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Kuru, C. V (n 189) 4490-4494.

190 Bkz.: HMK m. 307-312.

ile *uygulamada* mahkemelerce izlenen bir prosedür söz konusuydu¹⁹¹. Bununla birlikte, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen yönetmelikler ile ilk derece mahkemesince hükmün verilmesinden sonra davadan feragat edilmesi durumunda, incelemeyi gerçekleştirecek olan mercî ile vereceği karar konusunda mevzuatımızda düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir¹⁹². Bu konuda getirilen ilk düzenleme, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin*¹⁹³ (“*HMK Yönetmeliği*”) hükümleri arasında yer almaktadır¹⁹⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin yürürlükten kaldırılmasından sonra, *Bölge Adliye ve*

191 Yargıtay'ın hüküm verildikten sonra henüz kanun yolu süresi başlamadan ya da kanun yolu süresi içerisindeyken davadan feragat halinde feragat nedeniyle karar vererek davaya son verildiğini ortaya koyma yetkisinin, Yargıtay'da olduğu yönünde kararları ve mevcut bir uygulamamız söz konusuydu (Kuru, C. IV (n 8) 3565-3567). Yargıtay'ın hüküm verildikten fakat kanun yolları mahkemesine ulaşmasından önce inceleme merciinin Yargıtay olması gerektiği kanunundaki kararları şu şekildedir: “...Mahkemece isteğe uygun olarak boşanmaya hükmedilmemiş ve karar davacıya 16.1.1986'da tebliği olunmuştur. Davacı henüz hüküm kesinleşmeden verdiği 20.01.1986 tarihli dilekçesi ile davadan feragat ettiğini bildirmiştir. Dilekçe alınırken mahkemece davacıyı hüviyeti de tesbit edildiğinden feragat dilekçesinin davacıya ait olduğunda kuşku yoktur. O halde feragat sebebi ile davanın reddine karar verilmesi zorunluluğu doğmuştur. Ancak mahkemece, işten el çekildiği gerekçesi ile bu dilekçe üzerine işlem yapılmadığı anlaşılmaktadır. Görülmektedir ki feragat dilekçesi üzerine Hakimlikçe işlem ifası için mahkemenin dosyayı yeniden ele almasının ve içine girebilmesinin sağlamak gerekmektedir. Öyle ise davadan feragat dilekçesini aynı zamanda temyiz dilekçesi gibi yorumlamak, hâkime işlem yapabilmesi için kararın bozularak dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar vermek zorunluluğu vardır. Davacı karar kesinleşmeden davadan feragat ettiğinden feragat sebebi ile dava red edilmek üzere hükmün bozulması gerekmektedir...” (Yarg. 2. HD, 30.01.1992, 556/784; Kuru, C. IV (n 8) 3566-3567). Uygulamada, hükmün temyiz kanun yoluna müracaat edildikten sonra ve fakat dosyanın yüksek mahkememiz Yargıtay'a intikal etmediği bir aşamada davadan feragat edilmesi durumunda bu konuda ilgili merciinin Yargıtay olacağı ve Yargıtay'ın feragat sebebiyle hükmü bozması üzerine yerel mahkemece davanın feragat sebebiyle reddedileceği ifade edilmekteydi. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: “Davacı, kocası davalı Ali aleyhine şiddetli geçimsizlik sebebiyle boşanma davası açmış, mahkemece dava kabul edilerek boşanmaya karar verilmiştir. Bu karar, davacıyı temyizi üzerine Özel Dairece bozulmuş, yerel mahkeme önceki kararında direnmiştir. Davacı, direnme kararını temyiz etmiş ve temyiz dilekçesinde (davasından feragat) ettiğini bildirmiştir. Davacı davasından feragat ettiğine göre, henüz kesinleşmemiş bulunan boşanma hükmünün ilk şartı olan (dava) ortadan kalkmış bulunmaktadır. Bu durum karşısında, yerel mahkemece davadan feragat hakkında bir karar verilebilmesi için direnme kararının bozulması gerekir. Nitekim, Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yoldadır (11.4.1980 gün ve 70 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesi; HGK 16.11.1966 gün ve 1438-290 s. K.; HGK. 21101981 gün ve 2645-4019 s.k.). O halde, yukarıda yapılan açıklamalara göre; davacı davasından feragat ettiğini bildirdiğinden bu hususta mahkemesince bir karar verilmek üzere, boşanmaya ilişkin direnme kararı bozulmalıdır...” (Yarg. HGK 5.2.1982, 2/1310-86, Kuru, C. IV (n 8) 3569-3570). Hükmedilen kararı ilişkin dosyanın kanun yolu (temyiz) incelemesinden yavaş yavaş davacı tarafından davadan feragat edilmesi durumunda, bu durumda dosya zaten kanun yolu mahkemesi olan Yargıtay'da olup Yargıtay, feragat incelemesini gerçekleştirmektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki yerleşik uygulamasını ortaya koyan kararı şu şekildedir: Yarg. 4. HD, 19.12.1985, 9159/10179 “... Davadan feragat kesin bir hükmün sonuçlarını doğurur. Davacı taraf temyiz aşamasında davadan feragat ettiğinden bu feragat karşı tarafın kabulüne bağlı bulunmadığından hükmün bozulmasına ve mevcut feragat gereğince işlem yapılmak üzere dosyanın mahalline gönderilmesine karar verilmek gerekmiştir. Sonuç: Temyiz olunan hükmün yukarıdaki nedenlerle mahalli mahkemece davanın reddine karar verilmek üzere bozulmasına karar verildi...” (Kuru, C. IV (n 8) 3572). Yarg. 21. HD, 13.12.2008, E. 2007/2209, K. 2008/23658 “...Davacı 22.05.2007 tarihli dilekçesi ile kararın temyizinden sonra davadan feragat ettiğini belirtmiş ise de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.02.2004 gün, E: 2004/21-54, K: 2004/54 sayılı kararında vurgulandığı üzere 506 sayılı yasanın 6.maddesi uyarınca sosyal güvenlik hakkından vazgeçilemeyeceği açıkça ortada olduğundan hizmet tesbitine ilişkin temyiz yönünden temyiz itirazlarının incelenmesi gerekmiştir... Davacı 22.05.2007 tarihli dilekçesi ile kararın temyizinden sonra davadan feragat ettiğini bildirdiğinden işçilik alacakları yönünden, 11.04.1940 günlü ve 70 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı gereğince, hükümden sonra ortaya çıkan ve esas hükmün temyiz yoluyla incelenmesine engel olan bu durum karşısında mahkemenin feragat hakkında bir karar vermesi için hükmün bozulması gerekmiştir...” (Lexpera).

192 Yönetmeliklerde yer alan düzenlemelere ilişkin açıklamalar için bkz.: Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575; Atalı, *Pekcanterz Usul* (n 1) 2013.

193 RG. 3.4.2012, S. 28253.

194 <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/hukuk-muhakemeleri-kanunu-yonetmeliği-12642>. (Erişim Tarihi: 06.04.2020).

*Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik*¹⁹⁵ (“*Yazı İşleri Yönetmeliği*”) yürürlüğe girmiştir¹⁹⁶. Yürürlüğe giren yeni yönetmelik hükümleri arasında da konuya ilişkin bir düzenleme getirilmiştir¹⁹⁷. Bu sebeple, aşağıda, yürürlükten kaldırılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği’nde ve onun yerine kabul edilen Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik’te getirilen düzenlemelerin açıklanması yoluna gidilecektir.

B. MEVZUATIMIZDA YER ALAN YÖNETMELİK HÜKÜMLERİ İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELER

aa. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği ile Getirilen Düzenleme (m. 57)

İlk derece mahkemesinden karar verildikten sonra ve fakat hükmün kesinleşmesinden önce davadan feragat edilmesi hakkında ilk olarak 3 Nisan 2012 tarihinde 28253 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği’nin 57’nci maddesinde bir düzenleme getirilmiştir¹⁹⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği’nin “*karar verilmiş dosyalara ilişkin hükümler*” kenar başlıklı 57’nci maddesinde, “*Hükmün kesinleşmesinden önce davadan feragat, davayı kabul veya sulh halinde, hâkim dosya üzerinden bu konuda ek karar verir. Taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi sırf bu nedenlerle dosya istinaf veya temyiz incelemesine gönderilmez.*” denilmektedir¹⁹⁹.

Görüldüğü üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği’nin 57’nci maddesi uyarınca, hükmün kesinleşmesinden önce davadan feragat edilmesi halinde, *mahkemenin hâkimi tarafından* buna ilişkin olarak “*ek karar*” verilebileceği şeklinde yeni bir düzenleme getirilmişti²⁰⁰. Bununla birlikte, m. 57’deki düzenlemeyi içeren Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği’nin kısa bir süre sonra yürürlükten kaldırılması sebebiyle, bahsi geçen hükmün uygulanmasına son verilmiştir²⁰¹.

bb. Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik ile Getirilen Düzenleme (m. 215)

Yürürlükten kaldırılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği’nin yerini *Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin*

195 RG. 06.09.2015, S. 29437.

196 <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2015/agustos/yonetmelik.html> (Erişim Tarihi: 29.05.2020).

197 Yürürlükten kaldırılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği m. 57’nin yerini alan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğinin yürürlükten kaldırılmasından sonra Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m. 215 düzenlemesinde, ilk derece mahkemesince hükmün verilmesinden ve fakat şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmesinden önce davadan feragat edilmesi halinde, hakimin dosya üzerinden bu hususa ilişkin olarak ek karar verebilmesine imkan tanınarak dosyanın istinaf ve temyiz mahkemelerine gönderilmemesi olanaklı kılınmıştır (Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013).

198 Ali Cem Budak ve Vural Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (3. Bası, Adalet 2019) N. 13, s. 306.

199 Budak ve Karaaslan 3 Bs (n 198) N. 13, s. 306

200 ibid 306.

201 Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013.

Yürütülmesine Dair Yönetmelik almıştır²⁰². 5 Ağustos 2015 tarihli 29437 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin “*karar verilmiş dosyalara ilişkin işlemler*” kenar başlıklı 215’inci maddesinde bu hususa ilişkin olarak açık bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, Yönetmeliğin 215’inci maddesinde, “*Hükümün kesinleşmesinden önce davadan feragat, davayı kabul veya sulh hâlinde, hâkim dosya üzerinden bu konuda ek karar verir. Taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi sırf bu nedenlerle dosya istinaf veya temyiz incelemesine gönderilmez.*” denilmektedir.

Görüldüğü üzere, Yönetmeliğin 215’inci maddesinde öngörülen düzenleme, yürürlükten kaldırılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği’nin 57’nci maddesi ile birebir aynı hususları içermektedir²⁰³. İlk derece mahkemesi tarafından hükmün verilmesinden sonra ve fakat, dava dosyasının kanun yolu mahkemesine gönderilmesinden önce, davadan feragat etmek isteyen davacının, bu talebi üzerine hangi mahkeme tarafından ne şekilde bir karar verileceği, Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 215’inci maddesinde (eski HMK Yönetmeliği m. 57’de) açıkça ifade edilmektedir²⁰⁴.

Yönetmeliğin 215’inci maddesi uyarınca, ilk derece mahkemesince verilen karar üzerine dosyanın kanun yoluna ulaşmasından önce davacı tarafından davadan feragat edilmek istenirse, ilk derece mahkemesinin hâkimi tarafından dosya üzerinden feragat sebebiyle “*ek karar*” verilebilir²⁰⁵. Böyle bir durumda, davacının feragat beyanı üzerine feragat sebebiyle davanın sona erdiğini tespit eden işlemleri yapacak olan mercî “*kararı veren mahkeme*” olacaktır²⁰⁶. Görüldüğü üzere, Yönetmeliğin 215’inci maddesinde getirilen düzenleme uyarınca, davacı tarafından feragat edilen dosyanın, istinaf

202 <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2013/agustos/yonetmelikbasbakanlik.pdf> (Erişim Tarihi: 06.04.2020).

203 Karş.: Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215; HMK Yönetmeliği m. 57. Yarg. 23. HD, 21.04.2016, E. 2015/8604, K. 2566 “...6100 sayılı HMK’da bu konuda açık bir düzenleme yapılmamış, ancak bu kanuna dayanılarak çıkarılan ve yeni yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 06.08.2015 tarihine kadar yürürlükte bulunan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği’nin “Karar verilmiş dosyalara ilişkin işlemler” başlıklı 57. maddesinde “Hükümün kesinleşmesinden önce davadan feragat davayı kabul veya sulh halinde, hâkim dosya üzerinden bu konuda ek karar verir. Taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi sırf bu nedenlerle dosya istinaf veya temyiz incelemesine gönderilmez.” düzenlemesi getirilmiştir. 06.08.2015 tarihinde yürürlüğe giren Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 215. maddesi de, aynı düzenlemeyi içermektedir...” (e-uyar).

204 Yarg. 22. HD, 10.05.2018, E. 2017/15145, K. 2018/11650 “...06.08.2015 tarihli ve 29437 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 215. maddesinde “Hükümün kesinleşmesinden önce davadan feragat, davayı kabul veya sulh halinde, hâkim dosya üzerinden bu konuda ek karar verir. Taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi sırf bu nedenlerle dosya istinaf veya temyiz incelemesine gönderilmez.” düzenlemesi yer almaktadır. Anılan sebeple, davacı vekilin dosyada mevcut vekaletname belgesinde davadan feragat yetkisinin bulunmadığı anlaşıldığından, öncelikle davadan feragat yetkisini içeren vekaletname temin edilerek hükümden sonra ortaya çıkan ve temyiz incelemesine usulen engel oluşturan davadan feragat beyanının Mahkemece değerlendirilip karara bağlanması için dosyanın Mahkemesine iadesine karar vermek gerekmektedir...” (Lexpera).

205 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322.

206 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575.

veya temyiz mahkemelerine gönderilmesine imkân tanınmamıştır²⁰⁷ (Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215/c. 2).

Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215/c. 1 uyarınca, hükümden sonra davadan feragat edilmesi üzerine, ek karar vererek davanın feragat sebebiyle sona erdiğini ortaya koyacak olan ilk derece mahkemesinin yeniden duruşma yapmasına gerek yoktur. Zira, bu halde, ilk derece mahkemesi, hükümden sonra feragat sebebiyle kararını “*dosya üzerinden*” verir²⁰⁸ (Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215/c. 1). Bu durumda, ilk derece mahkemesinin hâkimi, dosya üzerinden vereceği ek kararla davanın reddine hükmedebilir²⁰⁹.

Mevzuatımızda ilk olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 57'nci maddesinde öngörülen, sonrasında ise, Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 215'inci maddesinde yer alan imkânın yerindeliği *Yargıtay kararlarında ve doktrinde* tartışılmalıydı. Zira, – *yukarıda ifade edildiği üzere*²¹⁰ – Yargıtay tarafından, yüksek mahkemece ek karar verilemeyeceği şeklinde kararlar ortaya konulmaktaydı²¹¹. Aynı zamanda, *doktrinde ileri sürülen bazı görüşlerde*, Yazı İşleri Yönetmeliği'nin 215'inci maddesinin (eski HMK Yönetmeliği m. 57) isabetli olmayan yönleri mevcuttu²¹². *Doktrinde ileri sürülen bir görüşe* göre, hükmün ilk derece mahkemesince verilmesinden sonra davadan feragat edilmesi konusunda getirilen düzenlemenin kanun yerine yönetmelikte yer almasının uygun olmadığı ve “*ek karar*” kavramının, nispi kesin hüküm kurumuyla bağdaşmadığı belirtilerek, bu konuda düzenleme getiren yönetmelik hükmünün hukuki sonuç doğurmayacağı ileri sürülmekteydi²¹³. Yine, *doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe* göre, dosyadan el çeken hâkim nihai kararını vermiş olacağı için tekrardan dosyayı ele alarak yeni veya ek bir karar veremeyecektir²¹⁴. Aynı zamanda, medenî usûl hukukunda, ilk derece mahkemesince ek karar verilebileceği şeklinde bir düzenlemenin yer almaması sebebiyle Yönetmeliğin 215'inci maddesindeki düzenlemenin sorun teşkil edeceği ifade edilmekteydi²¹⁵. *Kanaatimizce* de hükmün verilmesinden sonraki bir aşamada davadan feragat edilmesi konusunda kanun yerine yönetmelikte düzenleme getirilmesinin kanun yapma tekniği ile bağdaşmadığı ortadaydı²¹⁶. Buna karşılık, kanun koyucunun, Yönetmeliğin

207 Atalı, *Pekcanter Usul* (n 1) 2013.

208 Yönetmeliğin 215'inci maddesinde ilk derece mahkemesince dosya üzerinden karar verileceği açıkça ifade edilmektedir. Bkz.: Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215/c. 1.

209 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575; Atalı, *Pekcanter Usul* (n 1) 2013.

210 Bkz.: yuk. II, A, 1, c, bb.

211 Atalı, *Pekcanter Usul* (n 1) 2013. Yarg. 19. HD, 09.02.2017, E. 2016/2118, K. 2017/1004“...*Mahkeme için esasına yönelik karar verdikten sonra davadan el çekmiştir. Feragat sebebiyle bir ek karar oluşturması mümkün değildir. Bu nedenle 01.10.2015 ek kararın kaldırılmasına, tarafların diğer temyiz itirazları yönünden yapılan incelemede her ne kadar mahkeme kararı taraflarca temyiz edilmişse de 01.10.2015 tarihinde davacı davadan feragat etmiş olduğundan feragat sebebiyle bir karar verilmek üzere mahkeme kararının bozulması gerekmiştir...*” (Lexpera).

212 Yönetmelik ile getirilen “*ek karar*” alma imkânı hakkında eleştiriler için bkz.: Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322; Koç ve Konuralp (n 23) 66.

213 Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322.

214 Koç ve Konuralp (n 23) 66.

215 ibid 66.

216 Taşpınar Ayvaz (n 30) 552-555; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 13) 566, dn. 2.

215'inci maddesinde (eski HMK Yönetmeliği m. 57) getirdiği ve mahkemece ek karar verilebilmesini mümkün kılan düzenlemesi, usul ekonomisi ilkesi bakımından oldukça önemliydi²¹⁷. Bu sebeple, Yönetmeliğin 215'inci maddesinde öngörülen düzenlemeye temel teşkil edecek kanun hükümlerinin gerçekleştirilecek olan değişikliklerle HMK'ya eklenmesi gereklilik arz etmekteydi²¹⁸. Zira, *doktrinde ileri sürülen görüşlerde*²¹⁹, yargılama hukukuna ilişkin kuralların kanunla düzenlenmesinin gerektiği şeklindeki Anayasal ilkenin (HMK m. 142) varlığında, kanun yerine yönetmelikle bir düzenlemenin getirilmesinin uygun olmadığı ifade edilmekteydi²²⁰. Bu sebeple, *doktrinde*, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da hüküm getirilmesinin gerektiği ileri sürülerek Kanunda değişiklik yapılması fikri savunulmaktaydı²²¹.

C. YARGITAY'IN YAKLAŞIMI

aa. Genel Olarak

Yönetmelik düzenlemelerinin (eski HMK Yönetmeliği m. 57; Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215) ve 7251 sayılı HMK değişikliğinin yürürlüğe girmesinden önce, ilk derece mahkemesince hükmün verilmesinden sonra, henüz kanun yollarına müracaat süresi içerisindeyken davacı tarafından davadan feragat edilmesi söz konusu olduğunda, Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımı, uygulamanın ne şekilde olduğunun anlaşılabilmesi bakımından önemli bir kaynak olarak karşımıza çıkmaktaydı²²². Ayrıca, Yargıtay tarafından, yönetmelik düzenlemelerinin (eski HMK Yönetmeliği m. 57; Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215) yürürlüğe girmesinden sonra da geçmişten beri süregelen uygulamanın devam ettirilmesi konusunda ısrar edilmesi söz konusuydu. Bu sebeple, Yargıtay tarafından ortaya konulan kararlar ile şekillenen uygulamanın yerindeliğinin tartışılabilmesi bakımından, Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımının açıklanarak ifade edilmesi önem arz etmektedir²²³.

217 Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013.

218 Taşpınar Ayvaz (n 30) 552-555.

219 ibid 552-555.

220 Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 13) 566, dn. 2; Taşpınar Ayvaz, s. 552-555.

221 Taşpınar Ayvaz (n 30) 552 vd.; Akyol Aslan (n 2) 262.

222 Yönetmelik düzenlemelerinin (eski HMK Yönetmeliği m. 57; Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215) ve 7251 sayılı HMK değişikliğinin yürürlüğe girmesinden önce, ilk derece mahkemesince hüküm verildikten sonra kanun yollarına müracaat süresi içerisinde davadan feragat edilmesi durumunda hangi merci tarafından ne şekilde karar verileceği konusunda mevzuatımızda herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı (Akyol Aslan (n 2) 262; Soner (n 11) 444). Bu sebeple, Yargıtay tarafından verilen kararlarla şekillenen uygulama çerçevesinde mevcut boşluk doldurulmaktaydı. Böylelikle, hükmün verilmesinden sonra davadan feragat edilmesi durumunda, gerek 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında gerekse de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay kararlarına yansıyan uygulama yol gösterici olması sebebiyle önem arz etmekteydi. İlk derece mahkemesince hükmün verilmesinden sonra, kanun yoluna müracaat süresi başlamadan önce veya kanun yolu süresi içerisinde davadan feragat edilirse, Yargıtay kararlarına yansıyan uygulama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Kuru, C. IV (n 8) 3564 vd.

223 Aynı zamanda, kanun yolları aşamasındaki bir davadan feragat edilmesi konusunda da Yargıtay'ın aynı yönde pek çok kararı mevcuttur. Kanun yolları aşamasında olan dosyanın yüksek mahkemece incelendiği bir esnada davadan feragat edilmesi durumunda Yargıtay kararlarına yansıyan ve geçmişten günümüze kadar süregelen bir uygulama da bulunmaktadır. Yarg. 14. HD, 3.2.2014, E. 2013/14170, K. 2014/1212 "...Hükmü, davalılar vekili temyiz etmiştir. Davacı vekili, dosyanın Yargıtay'a gönderilmesinden sonra vermiş olduğu kimliği onaylı 20.01.2014 tarihli dilekçesi ile davasından feragat ettiğini bildirmiştir. Davacı vekilinin dosya içerisinde bulunan vekaletnamesinde davadan feragat etme yetkisi

bb. 7251 sayılı HMK Değişikliğinden Önceki Dönemde Kanun Yollarına Müracaat Süresi İçerisindeyken Davadan Feragat Konusunda Yargıtay'ın Yaklaşımı

7251 sayılı HMK değişikliğinden önceki dönemde, Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, ilk derece mahkemesince hüküm verildikten sonra ve fakat kanun yolu incelemesinin gerçekleştirilmesinden önce davadan feragat edilmesi durumunda, dosyanın öncelikle Yargıtay'a gönderilmesi gerekmektedir. Zira, kural olarak, ilk derece mahkemesinin hâkimi, dava konusu hakkında karar verdikten sonra dosyadan el çektiği için tekrardan davayı ele alarak esasa etkili bir karar veremeyecekti²²⁴. Bu sebeple, Yargıtay kararlarına yansıyan uygulama uyarınca, ilk derece mahkemesince verilen karara karşı henüz kanun yoluna gidilmediği bir aşamada, davadan feragat edilmesi durumunda, mahkemeye sunulan feragat dilekçesi, temyiz talebi olarak kabul edilerek²²⁵ dosyanın Yargıtay'a sevk edilmesi sağlanmaktaydı²²⁶. Böylelikle, ilk derece mahkemesine sunulan davadan feragat dilekçesiyle, dava dosyasının Yargıtay'a gönderilmesi söz konusu olmaktadır²²⁷. Bunun üzerine, davadan feragat edildiği gerekçesiyle Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesinin verdiği karar bozulmaktaydı²²⁸.

*bulunduğu anlaşılmıştır (...)*16.11.1966 tarihli ve 1438/290 sayılı, 27.05.1992 tarihli ve 1992/2-250/364 sayılı Kararları). Mahkemece bir karar verilip davadan el çekildikten sonra temyiz aşamasında davadan feragat edildiğinden ve bu aşamada dahi feragat hakkında bir karar verilmesi gerektiğinden hükmün davacının davadan feragati hakkında mahkemesince bir karar verilme üzere bozulması gerekmiştir..." (Lexpera). Yarg. 8. HD, E. 2017/14239, K. 2017/16613 "...HMK'nun 310. maddesine göre davadan feragat, hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir. HMK'nun 311. maddesinde ise feragat kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğuracağı ve irade bozukluğu hallerinde feragat ve kabulün iptali istenebileceği belirtilmiştir. Karar kesinleşinceye kadar davadan feragatin mümkün olduğuna, Mahkemece, bir karar verilip, davadan el çekildikten sonra temyiz aşamasında davacı vekili tarafından feragat edildiğine, bu aşamada feragat hakkında karar verme yetkisi yerel mahkemeye ait olduğuna göre, davacı vekilinin feragat beyanı hakkında bir karar verilme üzere hükmün bozulması gerekmektedir. SONUÇ: Açıklanan nedenle, davacı vekilinin feragat talebi dikkate alınmak suretiyle hüküm kurulmak üzere yerel mahkeme kararının 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesinin yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi uyarınca BOZULMASINA..." (Lexpera). Yargıtay'ın benzer yöndeki kararları için bkz.: Yarg. 14. HD, 8.10.2015, E. 2015/6558, K. 2015/8662 (Lexpera).

224 Belgesay (n 110) 192; Soner (n 11) 444; Koç ve Konuralp (n 23) 66.

225 Kuru, C. IV (n 8) 3565; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013.

226 Yargıtay kararlarına yansıyan, yerleşik uygulama uyarınca, ilk derece mahkemesince hüküm verildikten sonrasında feragat beyanı üzerine dosyanın temyiz mahkemesince inceleneceği yönünde karar verilmekteydi. Yarg. 2. HD, 05.05.1999, 2708/4669 "...Taraflar arasındaki boşanma davasının yapılan muhakemesi sonunda mahkemece isteğe uygun olarak boşanmaya hükmedilmiş, temyiz süresi içinde davacı 7.12.1988 tarihli dilekçesi ile davadan feragat etmiştir. Karar kesinleşinceye kadar davanın her safhasında davadan feragat mümkündür. Feragat kesin hükmün hukuki neticelerini doğurur (HUMK m. 95). Öte yandan işlem doğrultusunda oluşan hükmün kesinleşmesi bu kuralla çelişen bir sonuç doğuracaktır. O halde, henüz kesinleşmemiş hükmün ortadan kaldırılması zorunludur. Mahkemeler Kanununda öngörülen istisnalar dışında kendi hükümlerini kendileri kaldıramazlar. İlk derece mahkemelerinin kararlarını bozup kaldırma yetkisi münhasıran Yargıtaya aittir (Yargıtay Kanunu 1; HUMK m. 428). Mahkemece kadının davası kabul edilerek boşanmaya karar verilmele dosyadan el çekilmiştir. Davacı kadının hükmün kesinleşmeden önce verdiği 7.12.1998 tarihli dilekçesinin temyiz isteği olarak kabulü ile, dosyanın ele alınıp feragat sebebi ile gerekli kararın verilmesi gerekirken ek kararlar davanın feragat sebebi ile gerekli kararın verilmesi gerekirken ek kararlar davanın feragat sebebi ile reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir..." (YKD 1999/10, s. 1364; Aynı karar için bkz.: Kuru, C. IV (n 8) 3567). Yarg. 1. HD, 12.12.2002, 13589/14189 "...mahkemece, karardan sonraki dönemde usule ilişkin ayırık hallerde dışında, davayı tekrar ele alıp, esasa etkili karar verilemez. Mahkemece işaret edilen doğrultuda inceleme yapıp karar verilmesine olanak tanıyan bir usul hükmü de yoktur. Hal böyle olunca, mahkemeye verilen feragat dilekçesinin temyiz isteği kabul edilerek dosyanın Yargıtaya sevkinin sağlanması, Yargıtay'ca verilen bozma ilamından sonra dosyanın ele alınıp feragat nedeniyle gerekli kararın verilmesi zorunludur. Yerleşmiş uygulama bu yödedir..." (YKD 2003/7, s. 1033).

227 Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013; Kuru, C. IV (n 8) 3565.

228 Yarg. 8. HD, 28.02.2017, E. 2016/10528, K. 2017/2702 "Karar kesinleşinceye kadar davadan feragatin mümkün olduğuna,

Sonrasında, hakkında bozma kararı verilen dava dosyasının, yargulamayı gerçekleştirerek kararı veren ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi sağlanmaktaydı²²⁹. Yargıtay tarafından verilen bozma ilamından sonra davacının davadan feragat beyanı hakkında karar verilmek üzere dava dosyası kendisine gönderilen ilk derece mahkemesince feragat sebebiyle davaya son verilmektedir²³⁰.

Görüldüğü üzere, Yargıtay kararlarına yansıyan yerleşik uygulama pratik olmaktan oldukça uzaktı. Zira, *doktrinde ileri sürülen görüşlerde*, Yargıtay uygulamasının yerinde olmadığı ifade edilerek söz konusu uygulama çeşitli açılardan eleştirilmekteydi²³¹. Gerçekten de *doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre*, hüküm verildikten sonra davadan feragat edilmesi durumunda, bu halin bir bozma sebebi olarak kabul edilmesinin uygun olmayacağı öne sürülmekteydi²³². Bu doğrultuda, kanun yolu mahkemesi tarafından feragat sebebiyle dava dosyası hakkında karar verilmesine yer olmadığı şeklinde bir hükmün tesis edilmesi isabetli bulunmamaktaydı²³³. Bu sebeple de yüksek mahkemece karar verilmesine yer olmadığına hükmedilebilmesinin gerektiği ileri sürülmekteydi²³⁴.

Yine, *doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre*, Yargıtay kararlarına yansıyan yerleşik uygulama, usul ekonomisi ilkesine (HMK m. 30; HUMK m. 77) ve menfaatler dengesine de aykırıydı²³⁵. Böylelikle, Yargıtay'ın geçmişten beri benimsediği uygulamayı sürdürmek istemesinin herhangi bir amaca ve pratik gereklere uygun düşmediği ifade edilmektedir²³⁶.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında belirtilen şekilde yerel mahkemece karar verildikten sonra kanun yoluna müracaat edilmeden önce davacının yönelttiği feragat dilekçesinin temyiz talebi olarak kabul edilmesi *kanaatimizce* de isabetli değildi²³⁷. Zira, hukuk davalarında, hüküm verildikten sonra davadan feragatin Yargıtay tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmesi usul yasalarına uygun olmamaktaydı²³⁸. Ayrıca, feragat sebebiyle dava dosyasının kanun yolu mahkemesine gönderilerek

Mahkemece, bir karar verilir, davadan el çektikten sonra temyiz aşamasında davacı asil tarafından davadan feragat edildiğine ve bu aşamada feragat hakkında karar verme yetkisi yerel mahkemeye ait bulunduğuna göre, davacının davadan feragat beyanı hakkında bir karar verilmek üzere bozulması gerekmektedir” (e-uyar); www.hukukmedeniyeti.org). Yarg. 6. HD, 28.5.1974, E. 2305, K. 2568 “...kararlar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Hüküm taraflara henüz tebliği ve temyiz vaki olmadan davacı vekilleri A.S. mahkemeye verdiği 7.4.1971 günlü dilekçe ile davadan vazgeçtiğini bildirmiş, vekaletnameye göre adı geçen vekilin davadan feragata yetkili bulunduğu anlaşılmıştır. Temyiz vaki olmadan davadan feragat edildiğine göre bu hususta bir karar verme yetkisi Yargıtay'a değil, mahalli mahkemesine ait olduğundan bu hususta bir karar verilmek üzere gerek esas hükmün ve gerekse sonradan itiraz edilen ve feragat istemi hakkında mahkemece bir karar verilemeyeceğine ilişkin kararın bozulması gerekmektedir.” (Soner (n 11) 444-445).

229 Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013.

230 Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013.

231 Eleştiriler için bkz.: Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013.

232 Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322.

233 ibid 322.

234 ibid 322.

235 Kuru, C. IV (n 8) 3567; Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013.

236 Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013.

237 Bkz.: Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322. Bu konuda daha önce yazılmış bir çalışma için bkz.: Akil Önder ‘Hukuk Davalarında Hüküm Lahik Olduktan Sonra Davadan Feragat Temyiz Mahkemesince Bozma Sebebi İttihaz Olunabilir Mi?’ (1942) 7 AD 799-810.

238 Bu görüşteki yazarlar için bkz.: Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322. Doktrinde *Budak*, temyiz incelenmesi esnasında davadan feragat edilmesi durumunun bir bozma sebebi olmayacağı bu sebeple de

sonrasında onun tarafından bozulması üzerine ilk derece mahkemesine tekrardan intikal ettirilmesi ve bundan sonra ilk derece mahkemesinin feragat sebebiyle karar vermesi ciddi bir zaman ve emek kaybı teşkil etmekteydi. Bu sebeple, Yargıtay tarafından benimsenen uygulama aynı zamanda usul ekonomisi ilkesine de aykırılık teşkil eden bir yöne sahipti²³⁹.

Doktrinde getirilen eleştiriler ve ileri sürülen görüşler bir tarafa, Yargıtay'ın geçmişten beri benimsediği uygulamanın mevcudiyetinde, Yönetmelik hükümleri ile getirilen düzenlemeler (eski HMK Yönetmeliği m. 57; Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215) hükümden sonra ve fakat kanun yollarına müracaat edilmesinden önce davadan feragat şeklindeki beyanının ilk derece mahkemesince karara bağlanacağını öngörmek suretiyle oldukça farklı bir esas kabul etmekteydi²⁴⁰. Bu durum karşısında Yargıtay, ilk zamanlarda verdiği kararlarda, Yönetmeliğin 215'inci maddesinde öngörülen ilk derece mahkemesince ek karar alınması gerektiği şeklindeki yönetmelik hükmünün (eski HMK Yönetmeliği m. 57) yürürlüğe girmesinden sonra da uzun zamandan beri sürdürdüğü uygulamanın devam etmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir²⁴¹.

Yargıtay'a göre, hükmün verilmesinden sonra yargılamayı yürüten ilk derece mahkemesinin dosyayı tekrardan ele alması mümkün olmayacağından dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi gerekmektedir²⁴².

kanun yolu mahkemesinin feragat sebebiyle dosya hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verebileceğini ileri sürmektedir. Bkz.: Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322.

239 Bu yöndeki eleştiriler için bkz.: Atalı, *Pekcanter Usul* (n 1) 2015-2016; Kuru, C. IV (n 8) 3568.

240 Atalı, *Pekcanter Usul* (n 1) 2013.

241 Yarg. 22. HD. 15.2.2016, E. 2015/19288, K. 2016/3686 "...Bir kısım işçilik alacaklarının ödetilmesi istemi ile açılan davada mahkemece davanın kısmen kabulüne ilişkin verilen karar, davalı ve davacı vekilleri tarafından temyiz edilmiş ve dosya temyiz incelemesi için dairemize gönderilmiştir. Davacı vekili 09.02.2016 tarihli dilekçesi ile davadan ve temyizden feragat ettiğini bildirmiştir. 06.08.2015 tarihli ve 29437 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 215. maddesinde "Hükümün kesinleşmesinden önce davadan feragat, davayı kabul veya sulh halinde, hâkim dosya üzerinden bu konuda ek karar verir. Taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi sırf bu nedenlerle dosya istinaf veya temyiz incelemesine gönderilmez." düzenlemesi yer almaktadır. Anılan sebeple, hükümden sonra ortaya çıkan ve temyiz incelemesine usulen engel oluşturan davadan feragat beyanının mahkemece değerlendirilip karara bağlanması için dosyanın mahkemesine iadesine karar vermek gerekmiştir..." (Lexpera). Yarg. HGK. 14.06.2017 T. E. 4-1358, K. 1193 "Diğer taraftan normlar hiyerarşisi dikkate alındığında daha alt basamakta yer alan ve tamamen idarenin düzenleyici tasarrufu niteliğinde olan yönetmelikle, daha üst basamakta bulunan ve yasama organı tarafından objektif, soyut ve genel nitelikte bir yasama tasarrufu niteliğinde bulunan kanuna aykırı düzenleme getirilmesi mümkün değildir. Yönetmelik kaynağını kanundan alır ve ancak kanunun uygulanmasını gösterir. Kanunda bulunmayan bir düzenlemenin, yönetmelikle ihdası ve bu yolla kanunun öniüne geçen bir uygulamanın benimsenmesi hukukun genel teorisine de aykırıdır. Taraflar arasında daha önce görülen maddi tazminat istemli davada, davalı ... hakkında verilen karar nihai bir karardır. Bu karar usulen temyiz edilip bozulmadan, mahkemece ortadan kaldırılarak başka bir karar verilemeyeceğine göre; temyiz süresi içinde davanın feragat dilekçesi vermesi üzerine, davanın yargı yolu sebebiyle reddine dair direnme kararının ortadan kaldırılması ile davanın reddine dair verilen 29.05.2014 tarihli ek karar yok hükmündedir (HGK, 24.06.2009 gün ve 2009/2-231 E., 2009/286 K.), Yukarıda açıklanan sebeplerle hükme bağlanıp hakimce el çekilen davaya, bir yönetmelik hükmüne istinaden hakimın tekrar bakabileceğinin kabulü mümkün değildir. Hal böyle olunca davalı ... hakkındaki davanın feragat sebebiyle reddine dair 29.04.2014 tarihli ek kararın kaldırılmasına oybirliği ile karar verilerek ikinci ön sorun da böylece aşılmıştır..." (e-uyar).

242 Yarg. 23. HD, 21.04.2016, E. 2015/8604, K. 2566 "...6100 sayılı HMK'da bu konuda açık bir düzenleme yapılmamış, ancak bu kanuna dayanılarak çıkarılan ve yeni yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 06.08.2015 tarihine kadar yürürlükte bulunan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin "Karar verilmiş dosyalara ilişkin işlemler" başlıklı 57. maddesinde "Hükümün kesinleşmesinden önce davadan feragat, davayı kabul veya sulh halinde, hâkim dosya üzerinden bu konuda ek karar verir. Taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi sırf bu nedenlerle dosya istinaf veya temyiz incelemesine gönderilmez."

Yine, Yargıtay kararlarında, yasada öngörülmemiş ve düzenlenmemiş bir hususta yönetmelik ile getirilen düzenlemeye üstünlük tanınamayacağı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin hükümden sonra dosyayı ele alarak ek karar oluşturmasının yerinde olmadığı içtihat edilmekteydi²⁴³. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarından birinde bu husus açıkça ortaya konulmaktaydı:

“...Yerel mahkemece hükmün verilmesinden sonra, ancak henüz kesinleşmeden davacı davadan feragat ettiğine göre; yerel mahkemenin dosyayı tekrar ele alıp ek karar oluşturması ve önceki kararını değiştirmesi artık mümkün değildir. Bu durumda dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi gerekir. Bu durumla ilgili mahkemeye yetki veren bir yönetmelik hükmü (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği m. 57) bulunduğu ileri sürülebilirse de; Hukuk Muhakemeleri Kanununda veya başka bir Kanunda öngörülmemiş ve düzenlenmemiş bir konuda yönetmelikle getirilen düzenlemeye üstünlük tanınamaz. O halde, mahkemenin hükümden sonra dosyayı ele alıp, ek karar oluşturması usul ve yasaya aykırıdır. Bu sebeple ek kararın bozularak kaldırılmasına karar verilmiştir...”²⁴⁴.

Görüldüğü üzere, Yargıtay, HMK Yönetmeliği m. 57 hükmüyle getirilen ilk derece mahkemesince ek karar verilerek feragat sebebiyle davanın sona erdirilmesi yönündeki imkânı kabul etmemekte ve yerleşik uygulamasında ısrar etmekteydi²⁴⁵. Bu sebeple, Yargıtay tarafından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 57'nci maddesi ile ilk derece mahkemesine ek karar alma yetkisinin

düzenlemesi getirilmiştir. 06.08.2015 tarihinde yürürlüğe giren Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 215. maddesi de, aynı düzenlemeyi içermektedir. HMK'nın 5. kısım 3. bölümünde yer alan ve davaya son veren taraf işlemlerinden olan feragat 6100 sayılı HMK'nın 311/1. maddesi hükmü uyarınca, kesin hüküm sonuçlarını doğurduğu gibi, aynı Kanun'un 309/2. maddesi uyarınca karşı tarafın kabulüne de bağlı bulunmamaktadır. Öte yandan, aynı Kanun'un 310/1. maddesi uyarınca davadan feragat kesinleşinceye kadar her aşamada mümkündür. Mahkeme davadan el çektiğinden, karar ortada durduğu müddetçe, davayı yeniden ele alıp, feragat nedeniyle bir karar veremez. (11.04.1940 gün ve 1939/15-70 sayılı İBK ile YHGK'nın 21.11.1981 gün ve 2 E., 551 K. sayılı ilamı bu yöndedir.) YHGK'nın 19.12.2012 gün ve 13-1369 E., 1221 K. sayılı ilamı ile Dairemizin 06.12.2013 tarih ve 5603 E., 7763 K; 29.09.2014 tarih ve 2028 E; 6027 K. sayılı ilamlarında da açıklandığı üzere; 6100 sayılı HMK'da açık bir hüküm bulunmayan ve İçtihadî Birleştirme Kararı ile yöntemi belirlenmiş bir konuda, yönetmelik hükmüne dayalı olarak, hükümden sonra davanın ele alınması suretiyle ek karar tesis edilmesi doğru değildir. Bu durumda mahkemece, 23.10.2015 tarihli dilekçenin kooperatifi temsile yetkili kişiler tarafından verildiğinin belirlenmesi ve kimlik tespitlerinin yapılması halinde asıl davadan feragat nedeniyle mahkemece bir karar verilmesi gerektiğinden, bunun sağlanabilmesi için hükmün öncelikle bu nedenle bozulması gerekmektedir...” (e-uyar).

243 Yarg. 2. HD, 25.9.2013, E. 2013/8562, K. 2013/21806 “... Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm, davalı tarafından 14.01.2013 tarihli ek karara yönelik olarak temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü: Mahkemece, 25.12.2012 tarihinde boşanma davasının esasın reddine, dava tarihinden geçerli olmak üzere davalı yararına aylık 200 TL tedbir nafakasına hükmolunmasına karar verilmiş, hüküm henüz kesinleşmeden davacı 11.01.2013 günü verdiği dilekçesiyle davadan feragat ettiğini bildirmiş, bunun üzerine hakim, dosyayı ele alıp, evrak üzerinden 14.01.2013 tarihinde ek kararı vermiştir. Ek kararla “davacı davadan feragat ettiğinden, esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde karar oluşturulmuştur. 1-Davadan feragat, kesin hükmün hukuki sonuçlarını hasıl eder. (HMK.m.311/1) Davacı, yerel mahkemece hüküm verilmesinden sonra henüz kesinleşmeden davadan feragat ettiğine göre, böyle bir durumda yerel mahkemenin dosyayı ele alıp ek karar oluşturması ve önceki kararını değiştirmesi artık mümkün değildir. Bu durumda dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi gerekir. Yasada öngörülmemiş ve düzenlenmemiş bir hususta yönetmelikle getirilen düzenlemeye üstünlük tanınamaz. O halde, mahkemenin hükümden sonra dosyayı ele alıp, ek karar oluşturması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur. 2-Kabule göre de; Davadan feragat, kesin hüküm hukuki sonuçlarını hasıl ettiğine (HMK.m.311/1) göre, ek kararın davanın feragat sebebiyle reddi yönünde olması gerekirken, davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde karar verilmesi de doğru olmamıştır...” (Lexpera).

244 Yarg. 2. HD, 01.12.2013, 23944/28255 (Lexpera; Aynı karar için bkz.: Atalı, *Pekcantez Usul* (n 1) 2013 – 2014).

245 Atalı, *Pekcantez Usul* (n 1) 2013.

verilmesinin söz konusu olamayacağı içtihat edilmekteydi²⁴⁶. Buna karşılık, HMK Yönetmeliği m. 57'yi yürürlükten kaldıran Yazı İşleri Yönetmeliği'nin 215'inci maddesinde öngörülen düzenlemenin yürürlüğe girmesi ile birlikte, yakın zamanda Yargıtay'ın hükümden sonra ortaya çıkan ve kanun yolu incelemesine engel teşkil eden feragat nedeniyle yargılamanın sona erdiğini tespit eden kararı vermek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine iade edilmesinin gerektiği yönünde kararlar verdiği görülmektedir²⁴⁷.

“...Bir kısım işçilik alacaklarının tahsili istemi ile açılan davada Mahkemece davanın kısmen kabulüne ilişkin verilen karar, bir kısım davalı vekili tarafından temyiz edilmiş ve dosya temyiz incelemesi için Dairemize gönderilmiştir. Davacı asıl tarafından 06.07.2017 tarihli dilekçe ile davadan feragat edildiği bildirilmiştir. 06.08.2015 tarihli ve 29437 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 215. maddesinde “Hükümün kesinleşmesinden önce davadan feragat, davayı kabul veya sulh halinde, hâkim dosya üzerinden bu konuda ek karar verir. Taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi sırf bu nedenlerle dosya istinaf veya temyiz incelemesine gönderilmez.” düzenlemesi yer almaktadır. Anılan sebeple, hükümden sonra ortaya çıkan ve temyiz incelemesine usulen engel oluşturan davadan feragat beyanının Mahkemece değerlendirilip karara bağlanması için dosyanın mahkemesine iadesine karar vermek gerekmiştir...”²⁴⁸

HMK Yönetmeliği m. 57 düzenlemesinin var olduğu dönemde, Yargıtay tarafından eskiden beri süregelen uygulamanın devam ettirilmesi gerektiği konusunda ısrar edilmesi²⁴⁹ kanaatimizce isabetli değildi²⁵⁰. Bu sebeple, Yargıtay tarafından son dönemlerde verilen kararlarda Yönetmeliğin 215'inci

246 Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı için bkz.: Yarg. 22. HD, 6.6.2016, E. 2016/1701, K. 2016/16658 (Lexpera).

247 Yarg. 22 HD, 10.05.2018, E. 2017/15145, K. 2018/11650 *“...Bir kısım işçilik alacaklarının tahsili istemi ile açılan davada Mahkemece verilen karar, temyiz edilmiş ve dosya temyiz incelemesi için Dairemize gönderilmiştir. Davacı vekili tarafından 01.05.2018 tarihli dilekçe ile davadan feragat edildiği bildirilmiştir. Ancak davacı vekilinin dosyada mevcut vekaletname belgesinde davadan feragate yetkisinin bulunmadığı anlaşılmıştır. 06.08.2015 tarihli ve 29437 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 215. maddesinde “Hükümün kesinleşmesinden önce davadan feragat, davayı kabul veya sulh halinde, hâkim dosya üzerinden bu konuda ek karar verir. Taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi sırf bu nedenlerle dosya istinaf veya temyiz incelemesine gönderilmez.” düzenlemesi yer almaktadır. Anılan sebeple, davacı vekilin dosyada mevcut vekaletname belgesinde davadan feragate yetkisinin bulunmadığı anlaşıldığından, öncelikle davadan feragat yetkisini içeren vekaletname temin edilerek hükümden sonra ortaya çıkan ve temyiz incelemesine usulen engel oluşturan davadan feragat beyanının Mahkemece değerlendirilip karara bağlanması için dosyanın Mahkemesine iadesine karar vermek gerekmiştir...”* (Lexpera).

248 Yarg. 22 HD, 07.07.2017, E. 2017/27972, K. 2017/16657 (Lexpera).

249 *“Yerel mahkemece hükümün verilmesinden sonra, ancak henüz kesinleşmeden davacı davadan feragat ettiğine göre; yerel mahkemenin dosyayı tekrar ele alıp ek karar oluşturması ve önceki kararını değiştirmesi artık mümkün değildir. Bu durumda dosyanın Yargıtaya gönderilmesi gerekir. Bu durumla ilgili mahkemeye yetki veren bir yönetmelik hükmü (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği m. 57) bulunduğu ileri sürülebilirse de; Hukuk Muhakemeleri Kanununda veya başka bir Kanunda öngörülmemiş bir konuda yönetmelikle getirilen düzenlemeye üstünlük tanınmaz. O halde, mahkemenin hükümden sonra dosyayı ele alıp, ek karar oluşturması usul ve yasaya aykırıdır. Bu sebeple ek kararın bozularak kaldırılmasına karar verilmiştir...”* (Yarg. 2. HD, 01.12.2013, 23944/28255, Lexpera; Aynı karar için bkz.: Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013-2014).

250 Doktrinde bu görüşte bkz.: Atalı, *Pekcanitez Usul* (n 1) 2013.

maddesindeki uygulamaya riayet edilerek, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerektiği hususunun ifade edilmesi *kanaatimizce* daha isabetli olmuştur.

2. 7251 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİNDEN SONRAKİ DURUM: HMK M. 310 HÜKMÜNDE ÖNGÖRÜLEN YENİ DÜZENLEMELER

28.07.2020 tarihli ve 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun değişikliği sonrasında, davadan feragatin zamanına ilişkin olarak Yazı İşleri Yönetmeliği'nin 215'inci²⁵¹ maddesi (eski HMK Yönetmeliği m. 57) ile Yargıtay'ın son dönemde verdiği kararlarda kabul edilen prosedür²⁵² HMK'ya eklenerek kanun hükmü haline getirilmiştir²⁵³. Kanun koyucu, HMK m. 310 hükmünde gerçekleştirdiği değişikliklerle, feragatin yapılma zamanı ile davadan feragat üzerine mahkemelerce verilecek olan karar hakkında çeşitli yenilikler meydana getirmiştir²⁵⁴. Bu kapsamda, 7251 sayılı Kanun ile HMK m. 310 hükmüne iki yeni fıkra eklenerek²⁵⁵ ilgili madde revize edilmiştir²⁵⁶.

HMK m. 310 hükmüne 7251 sayılı Kanun değişikliği ile eklenen 2'nci²⁵⁷ fıkraya göre, davadan feragat hükmün verilmesinden sonra gerçekleştirilmişse, yargılamanın taraflarınca kanun yoluna müracaat edilmiş olsa bile, dosyanın kanun yolu incelemesine gönderilmeyeceği ve ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesince feragat doğrultusunda "*ek karar*" verileceği hükme bağlanmıştır²⁵⁸. Görüldüğü üzere, mahkemece verilecek olan nihai karardan sonra davacı tarafından davadan feragat edilmesi gerek ilk derece yargılamasında gerekse de istinaf kanun yolunda mümkün olabilecektir²⁵⁹.

Şayet, mahkemece nihai karar verilerek dosyadan el çekildikten sonra, davadan feragat edilirse, dava dosyası, istinaf incelemesi için bölge adliye mahkemesine gönderilmez ve ilk derece mahkemesince – *davadan el çekilmiş olsa bile* – feragat sebebiyle ek karar verilerek dava sonlandırılır²⁶⁰. Görüldüğü üzere, HMK m. 310 f. 2 ile getirilen düzenleme sayesinde, feragat talebinde bulunulan dava dosyasının

251 Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215 hakkındaki açıklamalarımız için bkz.: yuk. II, A, 1, b, bb.

252 Yargıtay'ın davadan feragatin zamanına ilişkin olarak ortaya koyduğu kararlar hakkında bkz.: yuk. I, D.

253 Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322. Ayrıca, davadan feragatin zamanı konusunun Yargıtay kararlarıyla ve uygulamada ortaya konulduğu hakkındaki eleştiriler için bkz.: Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi', *LexperaBlog*, (30.03.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>> (Son Erişim Tarihi: 29.07.2020).

254 Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale (n 32) 138.

255 Karşlı (n 1) 374.

256 Bkz.: 7251 sayılı Kanun değişikliğinden sonraki HMK m. 310 f. 2 ve f. 3.

257 HMK m. 310/f. 2 hükmü aynen şu şekildedir: "*Feragat veya kabul, hükmün verilmesinden sonra yapılmışsa, taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi, dosya kanun yolu incelemesine gönderilmez ve ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesince feragat veya kabul doğrultusunda ek karar verilir.*" (Ek fıkra, 28.07.2020 tarihli 7251 sayılı Kanun m. 29).

258 Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale (n 32) 138; Tanrıver, *Medenî Usûl C. I* (n 16) 1047; Kuru ve Aydın (n 145) 399; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 13) 566; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322; Karşlı (n 1) 374; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 598.

259 Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale (n 32) 138.

260 Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 13) 566.

kanun yolu mahkemesine gönderilmeden sonlandırılmasının önü açılarak emek ve zaman kaybının yaşanmasına engel olunmuştur²⁶¹.

7251 sayılı Kanunla HMK m. 310'da gerçekleştirilen değişikliklerin temelinde Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215 ile Yargıtay kararlarıyla şekillenen uygulamada var olan durumu yansıttığı söylenebilecektir. *Doktrinde bazı yazarlarca*, HMK m. 310 hükmünde gerçekleştirilen değişikliklerin uygulamada ve Yargıtay kararlarında öngörülen durumun kanuna eklenmesinden ibaret olduğu ileri sürülerek eleştirilmektedir²⁶². Bununla birlikte, HMK m. 310 hükmünde gerçekleştirilen değişikliklerin bilineni ortaya koyduğu ve gereksiz olduğunun ileri sürülmesi *kanaatimizce* isabetli değildir²⁶³. Diğer bir deyişle, kanun koyucunun öngördüğü değişikliklerin tamamen gereksiz olduğunu ifade etmek doğru olmayacaktır. Zira, hükümden sonra feragat konusunda HMK m. 310/f. 2 hükmünün kabul edilerek yönetmelikle getirilen düzenlemelere kanuni bir dayanak sağlanmış olması önem arz etmektedir. Bu sayede, hukuk yapma tekniği bakımından önemli bir eksikliğin giderilmesi söz konusu olmuştur. Aynı zamanda, doktrinde ileri sürülen tartışmalara HMK m. 310 hükmünde düzenleme getirilmek suretiyle bir son verilmiştir.

B. KANUN YOLLARI AŞAMASINDA DAVADAN FERAGAT VE DAVANIN FERAGAT SEBEBİYLE SONA ERDİĞİNİ ORTAYA KOYACAK OLAN MERCI

Hükümden sonra, taraflarca kanun yollarına müracaat edilmesi durumunda, kanun yolları aşamasındaki bir davadan feragat²⁶⁴ edilmesi üzerine hangi merci tarafından karar verileceği hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir²⁶⁵. Bu kapsamda, öncelikle istinaf kanun yolundaki bir

261 Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale (n 32) 138. Yargıtay'ın yerleşik uygulamasında öngörülen şekilde davadan feragat edilmesine rağmen dosyanın kanun yolu mahkemesine gönderilerek üst derece mahkemesince verilecek olan kararın beklenmesi şeklindeki prosedürün önüne geçilmiştir (Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale (n 32) 138). Yargıtay'ın hükümden sonra davadan feragate ilişkin yönetmelik hükümlerinin (eski HMK Yönetmeliği m. 57; Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215) yürürlüğe girmesinden önceki yerleşik uygulaması için bkz.: yuk. II, A, 1, c, bb.

262 Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özeken, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi', *LexperaBlog*, (30.03.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>> (Son Erişim Tarihi: 29.07.2020).

263 Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale (n 32) 138.

264 Kanun yolları aşamasında davadan feragat ile kanun yollarından feragat sıklıkla karıştırılan ve kimi zaman da birbirlerinin yerine kullanılan kavramlardır. Oysaki, kanun yolları aşamasında davadan feragat kavramı, kanun yollarından feragat kavramından farklılık arz etmektedir (Kanun yollarından feragat hakkında kapsamlı açıklamalar için bkz.: İbrahim Ercan ve İbrahim Özbay, 'Medeni Usul Hukukunda Kanun Yollarından Feragat' (2006) X (3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 433-458). Kanun yollarından feragatte, taraflarca kanun yoluna müracaat talebinin geri alınması kastedilmektedir (Ercan ve Özbay (n 264) 434; Kuru, C. V (n 189) 4494). Ayrıca, hüküm verildikten sonra taraflarca kanun yollarına müracaat hakkından feragat mümkündür (Ercan ve Özbay (n 264) 446). Bununla birlikte, taraflarca temyiz yoluna müracaat hakkı doğmadan, temyizden feragat edilmesi geçerli değildir (Kuru, C. V (n 189) 4491). Diğer taraftan, konumuz olan temyiz aşamasında davadan feragatte, ilk derece mahkemesince kararın verilmesinden sonra temyiz aşamasına gelmiş olan bir davadan (ve böylelikle davaya konu olan haktan) feragat edilmesi söz konusudur. Böyle bir durumda, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, derdest bir dava söz konusu olduğu için kanun yolları aşamasında (istinaf veya temyiz) davadan feragat edilmesinde kural olarak herhangi bir engel bulunmamaktadır (Ansay (n 6) 183; Berkin (n 110) 751; Bilge (n 2) 310; Kuru, C. IV (n 8) 3570; Üstündağ (n 6) 571).

265 İlk derece mahkemesinin kararını vermesi üzerine taraflarca kanun yollarına müracaat edildiği bir aşamada da

davadan feragat edilmesi izah edilerek sonrasında, temyiz aşamasındaki bir davadan feragat konusu ele alınacaktır. Böylelikle, istinaf ve temyiz kanun yollarındaki bir davanın feragat sebebiyle sona erdiğini ortaya koyacak olan mercii neresi olduğu ile mahkemece verilecek olan karar hakkında açıklamalarda bulunulacaktır.

I. İSTİNAF KANUN YOLU AŞAMASINDA DAVADAN FERAGAT VE DAVANIN FERAGAT SEBEBİYLE SONA ERDİĞİNİ TESPİT EDEN KARARI VERECEK OLAN MERCİ

Bölge adliye mahkemelerinin 20 Temmuz 2016 tarihinde göreve başlamasından sonra²⁶⁶, adli yargı teşkilatının içerisinde yer alan hukuk mahkemelerindeki iki dereceli yargı sistemi yerini üç dereceli yargı sistemine bırakmıştır²⁶⁷. İlk derece mahkemesince verilen kararların kanun yolu denetimi ilk olarak istinaf mahkemesi olan bölge adliye mahkemesince değerlendirilecektir²⁶⁸. İstinaf kanun yoluna müracaat eden taraf, yerel mahkemece verilen kararın hatalı, eksik veya yanlış olduğunu ileri sürerek kendi lehine hüküm tesis edilmesini talep edebilecektir²⁶⁹.

Taraflardan herhangi birinin ilk derece mahkemesince verilen kararı, istinaf kanun yoluna götürmüş olması durumunda, henüz şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için davadan feragat yoluna gidilebilmesi mümkündür²⁷⁰ (HMK m. 310/f. 1). Böyle bir durumda, davacı istinaf aşamasında davadan feragat etmek isterse, feragat beyanını *bölge adliye mahkemesine* iletir²⁷¹.

İlk derece mahkemesince verilen hükmün istinaf kanun yoluna götürüldüğü bir aşamada, davadan feragat edilirse, dosya kendisinde olan bölge adliye mahkemesi, davanın feragat sebebiyle sona erdiğini tespit eden kararı verir²⁷². Bu husus, 7251 sayılı Kanun değişikliği ile Hukuk Muhakemeleri

davadan feragat edilmesi mümkündür (Akyol Aslan (n 2) 263; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 574-575). Yarg. 15 HD, 20.1.2015, E. 2014/6936, K. 2015/256 "...Kanunun 310.maddesinde feragatin hükmün kesinleşmesine kadar her aşamada yapılabileceği ve 311.maddesinde ise feragatin kesin hüküm gibi sonuç doğuracağı hususları düzenlenmiş bulunmaktadır. Bir başka deyişle feragat yargılamaya devam ederken yapılabileceği gibi, hüküm verildikten sonra, karar temyiz edilmeden ya da temyiz edildikten sonra da yapılabilecektir..." (Lexpera). Uygulamada, temyiz aşamasındaki bir davadan feragat edilmesi durumunda, Yargıtay'a verilecek olan feragat dilekçesinin altındaki imzanın davacıya ait olup olmadığının anlaşılabilmesi için hâkim veya noter tarafından feragat dilekçesine şerh verilmiş olması gerekmektedir (Kuru, C. IV (n 8) 3574). Doktrinde *Kuru*, görüşünü desteklemesi bakımından Yargıtay'ın şu kararını örnek olarak göstermektedir. Yarg. 2. HD, 13.6.1977, 4721/4847 "...Dava boşanma davası olup, "dava reddedilmiş, davacı hükmü temyiz etmiş, temyiz dilekçesinde davasından vazgeçmiştir. Bu bakımdan konusu ortadan kalkan dava reddedilmek için hükmün bozulması icabeder. Ancak, bu durum yeniden duruşma yapılmasını gerektirmez. Onun için kararının düzelterek onanması uygun düşer..." (Kuru, C. IV (n 8) 3573).

266 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 602. Adalet Bakanlığının 7.11.2015 tarihli ve 29525 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan "Bölge Adliye Mahkemelerinin ve Bölge İdare Mahkemelerinin Tüm Yurtta Göreve Başlayacakları Tarihe İlişkin Karar" uyarınca 20.07.2016 tarihinde bölge adliye mahkemeleri göreve başlamıştır (Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 370).

267 Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 648.

268 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 602.

269 Cenk Akil, *İstinaf Kavramı* (1. Bası, Yetkin 2010) 340. Ayrıca, istinaf kavramı hakkında bkz.: Tolga Akkaya, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf* (1. Bası, Yetkin 2009) 53 vd.; Ejder Yılmaz, *İstinaf* (2. Bs., İstanbul, Yetkin 2005) 21 vd.

270 Hatice Didem Sanıvar, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda Davadan Feragat* (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017) 45.

271 Akyol Aslan (n 2) 264 vd.; Karşlı (n 1) 374.

272 Akkaya (n 269) 336.

Kanunu'nun 310'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 310/f. 2 hükmünde açıkça, “*Feragat veya kabul, hükmün verilmesinden sonra yapılmışsa, taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi, dosya kanun yolu incelemesine gönderilmez ve ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesince feragat veya kabul doğrultusunda ek karar verilir.*” denilmektedir. Görüldüğü üzere, dosyanın istinaf kanun yolunda incelendiği bir esnada davadan feragat edilirse, 7251 sayılı Kanun değişikliği ile şekillenen HMK m. 310/f. 2 uyarınca, aynı zamanda bir hüküm mahkemesi olan bölge adliye mahkemesi²⁷³, dava dosyasını geri göndermeyerek yargılamanın feragat sebebiyle sona erdiğini ortaya koyan bir ek karar verir²⁷⁴.

Ayrıca, ilk derece mahkemesi tarafından verilen hüküm, bölge adliye mahkemesince istinaf denetimine tabi tutulduktan sonra, bir de temyiz kanun yoluna müracaat edilmişse, dosyanın istinaf mahkemesinde bulunduğu – yani henüz Yargıtay’a gönderilmediği – bir aşamada davadan feragat yoluna gidilirse, yargılamanın feragat sebebiyle sona erdiğini tespit eden kararı verme yetkisi bölge adliye mahkemesinde olur²⁷⁵. Diğer bir ifadeyle, 7251 sayılı Kanun değişikliği ile öngörülen HMK m. 310/f. 2 uyarınca, bölge adliye mahkemesince nihai kararın verilmesinden sonra ve fakat temyiz kanun yoluna müracaat edilmesinden önce davadan feragat edilirse, bu konuda bölge adliye mahkemesince ek karar verilerek yargılama sonlandırılır²⁷⁶.

2. TEMYİZ KANUN YOLU AŞAMASINDA DAVADAN FERAGAT VE DAVANIN FERAGAT SEBEBİYLE SONA ERDİĞİNİ TESPİT EDEN KARARI VERECEK OLAN MERCİ

Bölge adliye mahkemelerinin fiilen çalışmaya başlamasıyla birlikte, istinaf mahkemelerince verilen kararlara karşı temyiz kanun yoluna gidilebilir²⁷⁷. Temyiz aşamasındaki bir davadan feragat edilmesi durumunda, davadan feragat etmek isteyen davacının, feragat dilekçesini Yargıtay’a vermesi gerekir²⁷⁸.

7251 sayılı HMK değişikliğinden önceki uygulamada, temyizden sonra davacı tarafından davadan feragat edilmesi üzerine, Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesinin verdiği kararın feragat sebebiyle bozulması söz konusu olmaktadır²⁷⁹. Zira, Yargıtay’a göre, feragat beyanı, temyiz

273 Bilindiği üzere, İstinaf aşamasında, bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesince verilen kararı hem hukuka uygunluk hem de olaya uygunluk bakımından denetleyebilecektir (Akil (n 269) 205).

274 Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 13) 566; Karşlı (n 1) 374.

275 Sanıvar (n 270) 47; Akyol Aslan (n 2) 267.

276 Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale (n 32) 138.

277 Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 634. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre, bölge adliye mahkemelerinden verilen ve belli bir meblağı aşan usule ve esasa ilişkin bütün nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilecek olan kararlar aleyhine temyiz kanun yoluna (HMK m. 361-374) müracaat edilebilecektir (Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 634-635; Karşlı (n 1) 799).

278 Karşlı (n 1) 374.

279 Kuru, C. IV (n 8) 3570; Atalı, *Pekcantez Usul* (n 1) 2014. HGK 18.11.1967, E. 8/437, K. 546, “*Davacı yararına olan bir hüküm davalının temyizi üzerine Yargıtay’da incelenmekte iken davacı esas davadan vazgeçtiği taktirde hüküm Yargıtay’ca bozulmalıdır...*” (Soner (n 11) 445). 4. HD, 19.12.1985, 9159/10179, “*...davacı taraf temyiz aşamasında davadan feragat ettiğinden bu feragat karşı tarafın kabulüne bağlı bulunmadığından hükmün bozulmasına ve mevcut feragat gereğince işlem yapılmak üzere dosyanın mahalline gönderilmesine karar vermek gerekmiştir. Sonuç: Temyiz olunan hükmün yukarıdaki*

incelemesine usulen engel teşkil edeceği için feragat konusunda karar verme yetkisi hükmü veren mahkemeye ait olacaktır²⁸⁰. Bu sebeple, Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesince davadan feragat hakkında bir karar verilebilmesi amacıyla hükmün bozulması yönünde kararlar verilmekteydi²⁸¹. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarından birisinde bu husus şu şekilde açıklanmaktaydı:

*“...Karar kesinleşinceye kadar davadan feragatin mümkün olduğuna, Mahkemece, bir karar verilip, davadan el çekildikten sonra temyiz aşamasında davacı tarafından davadan feragat edildiğine ve bu aşamada feragat hakkında karar verme yetkisi yerel mahkemeye ait bulunduğu göre, davacının davadan feragat beyanı hakkında bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmektedir. Açıklanan nedenle, davacının davadan feragatı dikkate alınmak suretiyle davadan feragat ile ilgili hüküm kurulmak üzere yerel mahkeme kararının 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesinin yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi uyarınca BOZULMASINA...”*²⁸².

Görüldüğü üzere, 7251 sayılı Kanun değişikliğinden önce *uygulamada* temyiz aşamasında bulunan bir davadan feragat edilmesi halinde karar, Yargıtay tarafından bozularak ilk derece mahkemesine gönderilmekteydi. Böylelikle, kararı veren ilk derece mahkemesine davacının feragat beyanında bulunması sebebiyle davanın sona erdiğini tespit eden kararı verebilme imkânı sağlanmaktaydı²⁸³.

nedenlerle mahkemece davanın reddine karar verilmek üzere bozulmasına karar verildi.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Kuru, C. IV (n 8) 3572).

280 Yarg. 3. HD, 31.10.2013, 12136/15008 *“...Hükümün kesinleşmesinden önceki herhangi bir aşamada davadan feragat edilebilir. Ancak, hükümden sonra ortaya çıkan ve temyiz incelemesine usulen engel oluşturan feragat hakkında bir karar verme yetkisi ise hükmü veren mahkemeye aittir. Bu itibarla, mahkemece davadan karar verilmek üzere hükmün bozulmasına ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 31.10.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi...”* (Lexpera; Aynı karar için ayrıca bkz.: Atalı, Pekcanitez Usul (n 1) 2014).

281 Kuru, C. IV (n 8) 3570. Yarg. 1. HD, 27.09.2012, 9315/10217 *“...Ne var ki, davacılar vekili temyiz aşamasında sunmuş olduğu 06.09.2012 havalde tarihli dilekçesi ile davadan feragat ettiklerini bildirmiştir. Bilindiği üzere; 6100 sayılı HMK'nin 311. maddesinde feragatin kesin hüküm gibi hukuki sonu doğuracağı, 310. maddesinden ise hüküm kesinleşinceye kadar her zaman davadan feragat edilebileceği düzenlenmiştir. Hal böyle olunca, davacılar vekilinin feragat beyanının değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gereklidir. Davalı vekilinin temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle, duruşma istemi bozma gereğine yerinde görülmeyip, davadan feragat nedeniyle bir karar verilmek üzere hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3. maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'nin 428. Maddesi gereğince bozulmasına...”* (Lexpera; Aynı karar için ayrıca bkz.: Atalı, Pekcanitez Usul (n 1) 2015).

282 Yarg. 8 HD, 24.10.2016, E. 2016/14015, K. 2016/14411 (Lexpera).

283 Atalı, Pekcanitez Usul (n 1) 2015. Yarg. 10. HD, E. 2017/3255, K. 2017/7426, 31.10.2017 *“...Çekişmeli yargıda kural olarak, “tasarruf ilkesi” geçerlidir ve taraflar dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilirler. Bu suretle davaya son verilebilmesinin bir yöntemi davadan feragattir ve anılan kurum 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 307 ila 312. maddelerinde (mülgâ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 91 ila 94. maddelerinde) düzenlenmiştir. Hükümün kesinleşmesinden önceki herhangi bir aşamada davadan feragat edilebilir. Temyiz edilen ve fakat henüz temyiz Dairesince görüşülmeyen bir karar, usul hukuku çerçevesinde kesinleşmiş olmadığından, bu aşamada davadan feragat mümkündür. Hâkim, gördüğü davada tahkikatı bitirip hüküm kurduktan sonra davadan elini çekmiş olur ve kural olarak dava sonunda verilen karar temyiz edilip bozulmadan ve bu suretle yargılamaya yeniden başlanmadan davanın esası ile ilgili hiçbir karar veremez. Feragat, davayı kesin olarak sonuçlandıran bir hukuki neden olduğundan, hâkim karar verdikten sonra dahi belgelendirilen feragat üzerine davanın bu nedenle reddine karar verebilir ise de, Yargıtay uygulamalarında (örneğin Hukuk Genel Kurulunun 21.10.1981 gün 1981/2-551, 1981/683 ve 02.06.1982 günlü 1982/376-547 sayılı Kararları ile 11.04.1940 gün ve 1939/15-1940/70 sayılı tevhidî içtihat Kararının gerekçesinden esinlenen uygulama) hüküm temyiz edildikten sonra vaki feragat üzerine mahkemece kendiliğinden bir karar verilmeyerek Yargıtay'ın bu konuda (feragat konusunda) mahkemece bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına dair verilecek kararından sonra ancak dosyayı ele alabilir ve feragate dayanarak davayı reddedebilir. Bu itibarla, somut olayda davacının temyiz aşamasında verdiği dilekçe ile feragat edildiğini açıkça ve koşulsuz olarak bildirdiğinden, hükümden sonra ortaya çıkan ve temyiz incelemesine usulen*

Yine, dosyanın temyiz aşamasında bulunduğu bir esnada, öncelikle davadan feragat edilip sonrasında feragatten vazgeçildiğinde de gerek davadan feragat gerekse de feragatten vazgeçme beyanları hakkında ilk derece mahkemesince karar verilebilmesi için Yargıtay tarafından hükmün bozulması söz konusu olmaktadır.²⁸⁴.

7251 sayılı Kanun değişikliğinden önceki uygulama uyarınca, temyiz incelemesi sırasında davadan feragat edilmesi sebebiyle, Yargıtay tarafından bozularak kendisine gönderilen dosya hakkında ilk derece mahkemesince, yeniden yargılama yapılmamaktaydı²⁸⁵. Böyle bir durumda, ilk derece mahkemesi tarafından, davanın feragat sebebiyle reddi yönünde kararlar verilmekteydi²⁸⁶.

7251 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesi ile gerçekleştirilen değişiklikle birlikte, dosyanın temyiz kanun yoluna gönderilmesinden sonra davadan feragat edilmesi hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yeni bir düzenleme getirilmiştir. Böylelikle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 310'uncu maddesinin 3'ncü fıkrasında temyiz kanun yolunda davadan feragat bahsi açıkça ele alınmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 310/f. 3 hükmünde kanun koyucu tarafından açıkça, "Feragat veya kabul, dosyanın temyiz incelemesine gönderilmesinden sonra yapılmışsa, Yargıtay temyiz incelemesi yapmaksızın dosyayı feragat veya kabul hususunda ek karar verilmek üzere hükmü veren mahkemeye gönderir." denilmektedir.

Görüldüğü üzere, 7251 sayılı Kanunla HMK'nın 310'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasına yapılan ekleme neticesinde, temyiz kanun yolunda davadan feragat edilmesi söz konusu olduğunda, Yargıtay tarafından temyiz incelenmesi gerçekleştirilmeksizin dosyanın feragat hakkında ek karar verilmek üzere hükmü veren mahkemeye²⁸⁷ gönderilmesi gerekmektedir²⁸⁸. Dikkat edilirse, 7251 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişiklikle, kanun koyucu tarafından temyiz aşamasındaki davadan

engel oluşturan bu hukuki olgu çerçevesinde, yeniden inceleme yapılmak üzere mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir. O hâlde, hükmü temyiz eden davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve ... Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin istinaf başvurusunun reddine ilişkin kararının kaldırılarak İlk Derece Mahkemesince verilen hüküm bozulmalıdır..." (Lexpera).

284 Yarg. 8. HD, 4.10.2016, E. 2016/13988, K. 2016/13086 "...HMK'nun 310. maddesine göre davadan feragat, hükmün kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir. HMK'nun 311. maddesinde ise feragatin kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğuracağı ve irade bozukluğu hallerinde feragat ve kabulün iptali istenebileceği belirtilmiştir. Karar kesinleşinceye kadar davadan feragatin mümkün olduğuna, Mahkemece, bir karar verilir, davadan el çekildikten sonra temyiz aşamasında davacı asıl tarafından önce davadan feragat edilip sonra feragatten vazgeçildiğine, bu aşamada feragat hakkında karar verme yetkisi yerel mahkemeye ait olduğuna göre, davacı asılın davadan feragat ve feragatten vazgeçme beyanları hakkında bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmektedir." (Lexpera).

285 Kuru, C. IV (n 8) 3573.

286 Kuru, C. IV (n 8) 3573. Doktrinde Kuru, temyizden sonra feragat halinde, Yargıtay'ın ilk derece mahkemesinin hükmünü bozarak tekrardan kendisine göndermesi yerine, "feragat nedeniyle davanın reddine" şeklinde değiştirerek ve düzelterek onamasının daha isabetli olacağını ifade etmektedir (Kuru, C. IV (n 8) 3573).

287 Yani, dosya Yargıtay tarafından kural olarak, istinaf mahkemesine veya başvurunun esaslan reddi kararı üzerine temyiz edilen istinaf kararı ise ilk derece mahkemesine gönderilecektir (Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 13) 566-567).

288 Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale (n 32) 138; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 13) 566; Tanrıver, *Medenî Usûl C. I* (n 16) 1047; Karşlı (n 1) 374; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 598.

feragat hususunda uygulamada var olan durum kanun maddesi haline getirilmiştir²⁸⁹. Bununla birlikte, kanun koyucu, HMK m. 310/f. 3'te öngördüğü düzenleme ile şimdiye kadar ki Yargıtay uygulamasından bir yönüyle farklılaşmıştır. Zira, bu zamana kadar ki Yargıtay uygulamasında, temyiz kanun yolunda davadan feragat edilmesi üzerine hüküm Yargıtay tarafından bozularak kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilmekteydi²⁹⁰. Oysaki, günümüze kadar ki uygulamanın aksine, Yargıtay tarafından feragat beyanı üzerine bozma kararı verilmesi, HMK m. 310/f. 3 ile uygun bulunmamıştır²⁹¹. Diğer bir ifadeyle, Yargıtay, HMK m. 310/f. 3'te öngörülen düzenleme sonrasında yerleşik uygulamasında olduğu gibi hükmü bozmayacaktır²⁹². Zira, madde metninde de *Yargıtay'ın temyiz incelemesi yapmaksızın* dosyayı ek karar vermek üzere hükmü veren mahkemeye göndereceği açıkça ifade edilmiştir²⁹³. Bu kapsamda, ek karar verilmek üzere dosya, Yargıtay tarafından hükmü veren mahkemeye gönderilecektir²⁹⁴ (HMK m. 310/f. 3).

HMK m. 310/f. 3 hükmünde gerçekleştirilen değişikliğin yerinde olup olmadığı hususu doktrinde tartışma konusu yapılabilecektir. Bu kapsamda, *doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre*, kanun koyucunun öngördüğü bu düzenlemenin gereksiz ve bilinenin kanuna geçirilmesinden ibarettir²⁹⁵. *Kanaatimizce*, temyiz aşamasında davadan feragat edilmesi konusunda 7251 sayılı Kanunla, uygulamada var olan durum 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenmişse de getirilen düzenlemenin tamamıyla bilinen durumun kanuna geçirilmesinden ibaret olduğunun ifade edilmesi yerinde olmaz²⁹⁶. Zira, Yargıtay'ın içtihatlarında ifade edilen şekilde davadan feragat üzerine bozma kararı verilerek hükmün ilk derece mahkemesine göndermesi, bu konuda bir bozma sebebi olmadığı göz önünde bulundurulduğunda usul yasalarına aykırılık teşkil etmekteydi. Bu sebeple, 7251 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte, Yargıtay'ın temyiz incelemesi gerçekleştirmeksizin (böylelikle bozma kararı vermeden) dosyayı ek karar almak üzere hükmü veren mahkemeye göndermesi uygulamada isabetli olmayan durumun düzeltilmesi bakımından yerinde olmuştur. Ayrıca, HMK m. 310/f.

289 Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale (n 32) 138-139; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi', *LexperaBlog*, (30.03.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>> (Son Erişim Tarihi: 29.07.2020).

290 Yarg. 8. HD, 19.1.2015, E. 2014/20310, K. 2015/1022 "HMK'nun 310. maddesine göre davadan feragat, hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir. 311. maddesinde ise feragat kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. Karar kesinleşinceye kadar davadan feragatın mümkün olduğuna, Mahkemece, bir karar verilir, davadan el çekildikten sonra temyiz aşamasında davacı vekili tarafından davadan feragat edildiğine ve bu aşamada feragat hakkında karar verme yetkisi yerel mahkemeye ait olduğuna göre, davacı vekilinin davadan feragat beyanı hakkında bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmektedir." (Lexpera). Yargıtay'ın aynı hükmü içeren bir başka kararı için bkz.: Yarg. 8. HD, 12.12.2017, E. 2017/14239, K. 2017/16613 (Lexpera).

291 Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale (n 32) 139.

292 Bkz.: HMK m. 310/f. 3.

293 Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale (n 32) 139

294 Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, (n 13) 566; Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale (n 32) 138; Tanrıver, *Medenî Usûl C. I* (n 16) 1047; Karşlı (n 1) 374; Budak ve Karaaslan (n 1) N. 13, s. 322; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 575; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 6) 598.

295 Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi', *LexperaBlog*, (30.03.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>> (Son Erişim Tarihi: 29.07.2020).

296 Öztekin, Taşpınar Ayvaz ve Kale (n 32) 139.

3 hükmünde öngörülen düzenleme ile Yargıtay'ın yerleşik uygulamasındaki gibi bozma kararı verilmesinin öngörülmemesi, usul ekonomisi bakımından da uygun bir yöntem olması sebebiyle isabetlidir²⁹⁷.

III. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Davadan feragat davaya son veren usul işlemlerinden birisidir. Bunun doğal bir sonucu olarak, davacının davadan feragat edebilmesi için açılmış ve görülmekte olan bir davanın bulunması gerekmektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda getirilen açık düzenleme ile davadan feragatin hükmün kesinleşinceye kadar her zaman yapılabileceği ifade edilmektedir. Buna göre, kural olarak, ilk derece mahkemesi tarafından yargılamanın devam ettiği bir esnada, açtığı davaya devam etmek istemeyen davacı, tasarruf ilkesinin (HMK m. 24) doğal bir sonucu olarak davasından feragat edebilir. Böylelikle, davacının davasından feragat etmesi üzerine, ilk derece mahkemesince devam eden yargılama sona erecektir. HMK m. 310'da davadan feragatin hükmün kesinleşmesinden önce yapılabileceği ifade edildiğinden davadan feragat, ilk derece mahkemesince hükmün verilmesinden sonra ve fakat hükmün kesinleşmesinden önce kanun yollarına müracaat süresi içerisinde ve kanun yolları aşamalarında da gerçekleştirilebilir. Bununla beraber, hükmün şekli anlamda kesinleşmesinden sonra ortada derdest bir dava bulunmayacağı için, bu aşamada davaya son veren taraf usuli işlemlerinden olan feragat yoluna gidilebilmesi söz konusu olmaz.

Davadan feragat, hükmün kesinleşmesine kadar her zaman yapılabileceği için, sadece ilk derece mahkemesindeki yargılamanın devamı boyunca değil; aynı zamanda hükmün şekli anlamda kesinleşmesine kadar gerçekleştirilebilir. Bu sebeple, ilk derece mahkemesince hüküm verildikten sonra ve fakat kanun yollarına henüz müracaat edilmediği ya da dosyanın kanun yollarında – *istinaf veya temyiz* – incelendiği bir aşamada davadan feragat edilebilir.

Yargılamanın, ilk derece mahkemesince gerçekleştirildiği bir esnada davadan feragat edilmesi durumunda, ilk derece mahkemesince davanın feragat işlemiyle son erdiği ifade edilerek usule ilişkin bir kararla yargılamaya son verilmesi gerekir. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesince hüküm verildikten sonra hükmün kanun yollarına müracaat süresi içerisindeyken veya kanun yollarına götürülmesinden sonra davadan feragat edilmesi durumunda hangi merci tarafından karar verileceği konusunda kanunlarımızda herhangi bir açıklık söz konusu değildir. Bununla birlikte, hükmün verilmesinden sonra kanun yolları süresi içerisinde veya kanun yolları aşamasında davadan feragat hakkında karar verecek olan merci ve vereceği karar hakkında, Yargıtay'ın istikrar kazanan kararları ile şekillenen yerleşik bir uygulaması söz konusuydu.

Diğer taraftan, yakın zamanda kabul edilen yönetmeliklerde ilk derece mahkemesince hükmün verilmesinden sonra, hüküm kesinleşinceye kadar ki aşamada davadan feragat edilmesi üzerine, hangi merci tarafından ne şekilde işlem yapılacağını düzenleyen hükümlere yer verildiğini görmekteyiz. Bu konuda kabul edilen ilk düzenleme, 3 Nisan 2012 tarihinde 28253 sayılı Resmî Gazetede

297 ibid 139.

yayımlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 57'nci maddesinde getirilmekteydi. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin yürürlükten kaldırılmasından sonra 5 Ağustos 2015 tarihli 29437 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle birlikte 215'inci maddesinde öngörülen düzenleme uygulamaya konulmuştur. Kanun koyucu, yeni Yönetmelik ile kabul edilen 215'inci madde hükmünde, yürürlükten kaldırılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 57'nci maddesinde yer alan esaslarla birebir aynı düzenlemeleri getirmiştir.

Yönetmeliğin 215'inci maddesinde (eski HMK Yönetmeliği m. 57), kanun yollarına müracaat edilmeden veya kanun yollarına müracaat edilmekle birlikte dosyanın Yüksek mahkemeye ulaşmasından önce davadan feragat edilmesi durumunda, bu hususta *mahkemece* bir “*ek karar*” verileceği düzenlenmektedir. Bununla birlikte, hükmün verilmesinden sonra ve fakat kanun yolu incelemesinin gerçekleştirilmesinden önceki bir aşamada davadan feragat edilmesi durumunda Yönetmelik (HMK Yönetmeliği m. 57; Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215) ile getirilen düzenlemeden önce, bu konuda var olan boşluk Yargıtay kararları ile şekillenen yerleşik uygulama ile giderilmekteydi.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasında, ilk derece mahkemesince karar verildikten sonra dosyadan el çekileceği için, davadan feragat edilmesi üzerine hükmü veren mahkemece tekrardan karar verilemeyeceği içtihat edilmekteydi. Bu durumda, ilk derece mahkemesince karar verildikten sonra kanun yoluna müracaat süresi içerisindeyken ya da kanun yoluna müracaat edilmekle birlikte, dosyanın henüz yüksek mahkemece incelenmediği bir aşamada davadan feragat edilmesi üzerine feragat dilekçesinin temyiz talebi olarak kabul edileceği ifade edilmekteydi. Böylelikle, feragat edilen dosyanın Yargıtay tarafından feragat sebebiyle bozulmasından sonra kararı veren ilk derece mahkemesine gönderileceği ve feragat sebebiyle yargılamaya son verileceği ifade edilmekteydi.

Doktrinde, Yargıtay'ın yerleşik uygulamasını yerinde olmadığı belirtilerek bu konuda eleştiriler getirilmiştir. *Kanaatimizce* de Yargıtay kararlarına yansıyan uygulama eleştirilebilecek yönleri sahipti. Zira, öncelikle, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında belirtilen şekilde yerel mahkemece karar verildikten sonra kanun yoluna müracaat edilmeden önce davacının yönelttiği feragat dilekçesinin temyiz talebi olarak kabul edilmesi isabetli bir uygulama değildi. Zira, hukuk davalarında, hüküm verildikten sonra davadan feragatin Yargıtay tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmesi usul yasalarına aykırılık teşkil etmekteydi. Ayrıca, feragat sebebiyle dava dosyasının kanun yolu mahkemesine gönderilerek sonrasında onun bozması üzerine ilk derece mahkemesine tekrardan intikal etmesi ve bunun üzerine ilk derece mahkemesinin feragat sebebiyle karar vermesi ciddi bir zaman ve emek kaybı teşkil edecekti. Bu sebeple, Yargıtay tarafından benimsenen uygulama, aynı zamanda usul ekonomisi ilkesine (HMK m. 24) de aykırı nitelikteydi.

Yargıtay kararlarında ifade edilen ve doktrinde eleştirilen feragat üzerine dosyanın Yargıtay'a gönderilerek feragat sebebiyle bozulmasından sonra ilk derece mahkemesince yargılamanın feragat sebebiyle bozulduğuna ilişkin uygulama ile Yönetmeliklerle (HMK Yönetmeliği m. 57; Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215) getirilen ilk derece mahkemesince ek karar alınması hususunu

düzenleyen kural birbirlerinden farklılık arz etmekteydi. Bu doğrultuda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 57'nci maddesi ile yeni bir düzenleme getirilmesi üzerine Yargıtay, yönetmelik hükmünün uygulanmasını yerinde olmadığını ifade eden kararlar ortaya koymaktaydı. Diğer bir deyişle, bu hususta yerleşik uygulamanın devam etmesi gerektiği yönünde kararlar verilmekteydi. Bununla birlikte, HMK Yönetmeliği m. 57 ile birebir aynı düzenlemeyi getiren Yazı İşleri Yönetmeliği'nin 215'nci maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra yakın tarihli kararlarında, yerleşik uygulamasından farklı olarak ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükme karşı temyiz kanun yoluna müracaat edilmediği ya da dosyanın temyiz edilmekle birlikte incelemeyi gerçekleştirecek olan mahkemeye gönderilmediği bir aşamada davadan feragat edilmesi üzerine Yazı İşleri Yönetmeliği'nin 215'nci maddesinde öngörüldüğü şekilde, ilk derece mahkemesince ek karar verileceğine hükmedildiğini görmekteyiz. Yargıtay tarafından eskiden beri süregelen uygulamanın devam etmesi gerektiği konusunda ısrar edilmesi *kanaatimizce* isabetli değildi. Bu sebeple, Yargıtay tarafından son zamanlarda ortaya konulan kararlarda Yazı İşleri Yönetmeliği'nin 215'inci maddesindeki uygulamaya riayet edilerek, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin gerektiğinin içtihat edilmesi yerinde olmuştur. Buna karşılık, Yazı İşleri Yönetmeliği'nin 215'inci maddesinde, ek karar alınmasını öngören düzenlemeye yer verilmesi bahsi geçen düzenlemenin kanuni bir zemine dayanmaması sebebiyle doktrinde eleştirilmektedir.

7251 sayılı HMK değişikliği ile birlikte, davadan feragatin zamanı hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 310'uncu maddesinde açıkça düzenleme getirilerek uygulamada var olan durum kanun hükmü haline getirilmiştir. Yeni getirilen HMK m. 310/f. 2 hükmüne göre, davadan feragat, hükmün verilmesinden sonra gerçekleştirilmişse, yargılamanın taraflarınca kanun yoluna müracaat edilmiş olsa bile, dosyanın kanun yoluna gönderilmeyeceği ve ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesince feragat doğrultusunda ek karar verileceği hükme bağlanmıştır. 7251 sayılı Kanun ile getirilen bu düzenleme sayesinde, feragat edilen dava dosyasının kanun yolu incelemesine gönderilmeksizin nihayete erdirilmesi sağlanarak emek ve zaman kaybının yaşanmasının önüne geçilmiştir. Aynı zamanda bu şekilde bir düzenlemelerin getirilmesiyle usul ekonomisi ilkesine riayet edilmesi sağlanmıştır. 7251 sayılı Kanunla HMK m. 310/f. 2 hükmünde gerçekleştirilen değişikliklerin esasen Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215 ile Yargıtay kararlarıyla şekillenen uygulamanın kanuna yansıtılması olduğu ifade edilebilecektir. Bununla birlikte, HMK m. 310 hükmünde kabul edilen değişikliklerin tamamen bilinenin ortaya konulmasından ibaret olduğunu söylemek isabetli olmayacaktır. Zira, HMK m. 310/f. 2'de, Yazı İşleri Yönetmeliği m. 215'te öngörülen düzenlemeye yer verilmesi sayesinde, yönetmelikle getirilen düzenlemelere kanuni bir dayanak sağlanmıştır. Bu sebeple, kanun yapma tekniği bakımından önemli bir eksikliğin giderilmesi söz konusu olmuştur.

7251 sayılı HMK değişikliği ile temyiz aşamasında davadan feragat konusunda da kanun koyucu tarafından düzenleme getirilmiştir. Buna göre, HMK m. 310 hükmüne eklenen 3'üncü fıkra ile, temyiz kanun yolunda davadan feragat edilmesi söz konusu olduğunda, Yargıtay tarafından temyiz incelenmesi gerçekleştirilmeksizin dosyanın feragat hakkında ek karar verilmek üzere hükmü veren mahkemeye gönderilmesinin gerektiği hükme bağlanmıştır. HMK m. 310/f. 3 ile Yargıtay'ın istikrara kazanan kararlarında olduğu gibi davadan feragat edilmesi üzerine hükmün bozularak onu veren mahkemeye göndermesi yönündeki uygulamasından vazgeçilmiştir. Bunun yerine, temyiz kanun

yolundaki bir dosya hakkında feragat iradesinin ileri sürülmesi üzerine, ek karar verilmesi için hükmün verildiği mahkemeye gönderileceği kabul edilmiştir. HMK 310/f. 3 hükmüyle, her ne kadar yönetmelik ve Yargıtay kararlarıyla şekillenen uygulama ile paralel bir düzenleme getirilmişse de, kanun maddesinde Yargıtay tarafından temyiz incelemesine tabi tutulamayacağı ve bozma konusu yapılamayacağına açıkça öngörülmesi önemli bir aksaklığın giderilmesi bakımından isabetli olmuştur.

Genel olarak değerlendirildiğinde 7251 sayılı Kanunla getirilen düzenlemelerde, yönetmelikte öngörülen hükümlere kanuni bir zemin kazandırılmış olması ve usul ekonomisi ilkesinin de gözetilmiş olması HMK m. 310 hükmünde gerçekleştirilen değişikliklerin yerindeliliğini ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

- Akil C, *İstinaf Kavramı* (1. Bası, Yetkin 2010).
- Akkaya T, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf* (1. Bası, Yetkin 2009).
- Akyol Aslan L, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat* (1. Bası, Yetkin 2011).
- Alangoya Y, Yıldırım MK ve Deren-Yıldırım N, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (7. Bası, Beta 2009) (*Esaslar*).
- Alangoya Y, Yıldırım MK ve Deren-Yıldırım N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri* (İstanbul Barosu Yayınları 2006) (*Tasarı*).
- Ansay, SŞ, *Hukuk Yargılama Usulleri* (7. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1960).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar-Ayvaz S ve Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku* (Güncellenmiş ve 7251 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş 6. Bası, Yetkin 2020).
- Aslan Kudret, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1999.
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (3. Bası, Yetkin 2020).
- Atalı M, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III* (15. Bası, On İki Levha 2017).
- Beck'scher Online-Kommentar ZPO, (Herausgegeben von Volkert Vorwerk und Christian Wolf) (36. Edition, Stand: 01.03.2020, Verlag C.H. BECK München 2020) (BeckOK ZPO/Elzer, ZPO).
- Belgesay MR, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler* (3. Bası, Duygu Matbaası 1948).
- Berki Ş., *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (Ege 1959).
- Berkin NM, *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi* (Filiz Kitabevi 1982).
- Bilge N, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (Sevinç Matbaası 1967).
- Bilge N ve Önen E, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (3. Bs, Sevinç Matbaası 1967).
- Budak AC ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (4. Bası, Adalet 2020).
- Budak AC ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (3. Bası, Adalet 2020).
- Çenberci M, 'Hukuk Davalarında Kesin Hüküm' (1964) 9-12, *Adalet Dergisi*, 1137-1177.
- Ercan İ ve Özbay İ, 'Medeni Usul Hukukunda Kanun Yollarından Feragat' (2006) X (3-4) *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 433-458.
- Erdemir İ, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Bası, Cilt 1-2 Sim Matbaacılık 1988).
- Erdönmez G, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. I* (15. Bası, On İki Levha, 2017).
- Gençcan, ÖU: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, *Bilimsel Açıklama-Son İçtihatlar* (Yetkin 2013).

- Görgün ŞL, Börü L, Toraman B ve Kodakoğlu M, *Medeni Usul Hukuku* (28.07.2020 tarih ve 7251 sayılı Kanunla Değiştirilmiş, Güncellenmiş, Yetkin 2020).
- İnal N, *Örnek Karar Dilekçelerle Açıklamalı Hukuk Yargılama Usulü Yasası* (Yeni Yasa, 2012).
- Karafakih İH, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1952).
- Karahacıoğlu AH ve Parlar A, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Bilge, 2014).
- Karlı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Filiz 2020).
- Koç E ve Konuralp CS, *Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemesi Kalem Mevzuatı* (Sümer, 2017).
- Kuru B, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt 2* (Yetkin 2020) (*El Kitabı C. 2*).
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV* (6. Bası, Demir-Demir 2001) (*C. IV*).
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V* (6. Bası, Demir-Demir 2001) (*C. V*).
- Kuru B, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (1. Bası, Legal 2015) (*Ders Kitabı*).
- Kuru B, Arslan R ve Yılmaz E, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış (Tıpkı Basım)* (24. Bası, Yetkin 2013) (*Medeni Usul*).
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı* (1. Bası, Alfa 1995) (*El Kitabı*).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (1. Bası, Yetkin 2017) (*İstinaf Sistemine Göre*).
- Kuru B ve Aydın B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (7251 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş 4. Baskı, Yetkin, 2020).
- Meriç N, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde)*, (Yetkin, 2011).
- Musielak HJ, *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz* (8., Neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen München, 2011).
- Musielak HJ und Voit W, *Zivilprozessordnung: ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz* (17., neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2020).
- Musielak HJ, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. 1: §§ 1-354*, Wolfgang Krüger (Hrsg.) (6. Auflage, C.H.Beck 2020) (MüKoZPO/Musielak, ZPO § 306).
- Muşul T, *Medeni Usul Hukuku* (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Esas Alınarak Hazırlanmış 3. Bası, Adalet 2012).
- Önder A 'Hukuk Davalarında Hüküm Lahik Olduktan Sonra Davadan Feragat Temyiz Mahkemesince Bozma Sebebi İttihaz Olunabilir Mi?' (1942) 7 AD 799-810.
- Önen E, 'Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez' (1976) 1 ABD 26-39 (*Feragat*).
- Önen E, *Medeni Yargılama Hukuku* (Sevinç Matbaası, 1979) (*Medeni Yargılama*).
- Öztek S, Taşpınar Ayyavz S ve Kale S, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi' (2020) Temmuz-Ağustos 33(149), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 77-151
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özkes M, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi', *LexperaBlog*, (30.03.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>> (Son Erişim Tarihi: 29.07.2020).
- Pekcanitez, H, Atalay O ve Özkes M, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (7035, 7101 ve 7155 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Nazara Alınarak Gözden Geçirilmiş 8. Bası, On İki Levha, 2020).

- Postacıoğlu, İE, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (1911 Sayılı Kanun'a Göre Yazılmış 6. Bası, Sulhi Garan 1975).
- Postacıoğlu İE 'Şarta Muallâk Hükümler' (1941) 2 Adalet Dergisi 112-122 (*Şarta Muallak Hükümler*).
- Postacıoğlu İE ve Altay S, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 8. Bs, Vedat 2020).
- Rosenberg L, Schawb KH und Gottwald P, *Zivilprozessrecht* (17., neu bearbeitete Auflage, München, Verlag C. H. Beck oHG, München, 2010).
- Saenger I, *Zivilprozessordnung: ZPO (Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäische Verfahrensrecht)*, Handkommentar, (8. Auflage, Nomos, 2019).
- Sanıvar, HD, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda Davadan Feragat* (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017).
- Soner, LE, 'Feragat, Kabul ve Sulhe Dair Bazı Sorunlar' (1977) 3 ABD 439-448.
- Sümer N, 'Şartlı Feragata İlişkin Danıştay Kararlarının Düşündürdükleri' (2018) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 267-284.
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması* (Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin 2018) (*Medenî Usûl C. I*).
- Süha Tanrıver, 'Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu' (1988) 19 (4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 45-50 (*Şarta Bağlı Hüküm*).
- Taşpınar Ayvaz S, 'HMK Yönetmeliği ile Usul hükmü Getirilemez', 2013/3 Güncel Hukuk Dergisi 552-555.
- Ulukapı Ö, *Medenî Usûl Hukuku* (3. Bası, Mimoza 2015).
- Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Yargıç ve Avukatlar İçin HMK Uygulamasında Karşılaşılabilecek Soru ve Sorunların Türk ve Neuchâtel Bilimsel ve Yargısal İçtihatları Işığında Yanıtları ve Çözümleri)* (2. Bası, Yetkin 2014).
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, Nesil 2000).
- Yavuz N, 'Hukuk Davalarında Feragat ve Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin En Son Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler' 1977 (6) Ankara Barosu Dergisi 1019-1025.
- Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Bası, Yetkin 2013) (*Şerh*).
- Yılmaz E, *İstinaf* (2. Bs., İstanbul, Yetkin 2005) (*İstinaf*).

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<https://beck-online.beck.de/Home>

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.1086.pdf>

<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/hukuk-muhakemeleri-kanunu-yonetmeligi-12642>.

<https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/275831/yargitay-8-hukuk-dairesi-e-2016-10528-k-2017-2702/?v=list&aranan=davadan%20feragat>

www.hukukmedeniyeti.org

<http://www.e-uyar.com/>

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

<https://legal.com.tr/>

<http://www.hukukturk.com/sonuc.aspx?q=k&p=1922>

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2015/agustos/yonetmelik.html>

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>

<https://dejure.org/gesetze/ZPO/306.html>

Stock Buybacks in Public Companies: A Necessity or a Trap?

Halka Açık Şirketlerin Kendi Paylarını Edinimi: Bir Gereklilik Mi Yoksa Tuzak Mı?

Fatih Buğra Erdem * 

ABSTRACT

Stock buyback programmes have been at least as important as dividend payments for almost a quarter of a century given their positive effect on financial metrics such as the price-to-earnings and return on equity ratios. Stock buyback is considered one of the most effective remedies against hostile takeovers and manipulations. Although there are several pre-bid corporate defense mechanisms – the paper only covers the option of poison pills – acquisition by a company of its own shares is increasingly seen as an efficient alternative to those. An Anglo-Saxon-centric concept of stock buybacks is commonly used to address concerns regarding shareholder short-termism and analyst forecasts. This stream of thought predominantly deems the buyback of undervalued stocks significant for capital maintenance as opposed to the dominant European view that repurchasing shares for commercial reasons may run counter to capital maintenance. This study, accordingly, conceptualises whether a stock buyback is indispensable in protecting a company's assets or used for mitigating agency problems through signalling managerial optimism.

Keywords: Stock buybacks, Hostile takeovers, Poison pills, Capital maintenance, Managerial optimism

ÖZ

Ekseriyetle son çeyrek yüzyılda en az temettü dağıtımı kadar önem kazanan ve uygulaması yaygınlaşan pay geri alım programları fiyat kazanç, mali rantabilite ve benzeri finansal faydalarından ötürü oldukça ön plana çıkmıştır. Pay geri alımları aynı zamanda düşmanca devralma ve manipülasyonlar yoluyla şirketlerin kendi iradeleri haricinde dışarıdan yönetilmesine karşı en etkili çözümlerden biri olarak da anılmaktadır. Şirketlerin bu tehlikeler henüz gerçekleşmeden uygulamaya koyabilecekleri çeşitli kurumsal savunma mekanizmaları vardır fakat bu çalışma bu yollardan yalnızca en etkili alternatiflerden birisi olarak görülen zehir hapı seçeneğini irdelemektedir. Anglo-Sakson temelli bir müessese olan pay geri alımları genellikle pay sahiplerinin kısa vadeciliğine ve analistlerin tahminlerine ilişkin endişelerin bastırılması için öngörülen bir yoldur. Bu anlayış, sermayenin korunması gayesiyle pay geri alımlarının eksik değerlendirilmiş hisselerin şirketçe iktisap edilmesi olarak ifade edilebilir. Ancak Avrupa'daki hakim görüş, şirketlerin kendi paylarını münhasıran ticari kaygılarla ediniminin sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil ettiğidir. Bu çalışma bahsi geçen hususlar ışığında, pay geri alımlarının şirket malvarlığının korunması için mi yoksa yönetsel iyimserlik kisvesi altında temsile ilişkin aksaklıkların üzerinin örtülmesi için mi daha çok zaruret arz ettiği hususunu kavramsallaştırmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Payların geri edinimi, Düşmanca devralma, Zehir hapı, Sermayenin korunması, Yönetsel iyimserlik

* Öğr. Gör. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-8654-2684.

I. INTRODUCTION

The shareholding structure in joint stock (public) companies is financed by large shareholder groups through public offerings. Many companies whose financial structure deteriorated due to the shrinking economy during the Covid-19 pandemic preferred the public offering to meet their liquidity needs as well as increasing their prestige and credibility. This situation intensified the interest of individual investors in addition to the existing institutional investors in terms of financing companies (the convenience provided by technological developments in share purchase and sale transactions also plays a major role in this participation of individual investors) and further encouraged companies to offer their shares to the public.¹ However, companies deciding to list their shares on the stock exchange may face various risks such as hostile takeovers and manipulations on share prices. For this reason, public companies must produce preventive measures to eliminate these risks to ensure the continuation of controlling stockholders' dominance. In view of this situation, the stock buyback option is seen as a frequently used preventive method for public companies.

Stock buyback, among the prominent dividend policies seen especially in the US, in which it is recently on the march, is the process of using idle balance for the financing of the company. As of 1997, buybacks have taken precedence over dividend payments in the distribution of net income.² The UK also joined this trend and increased its buyback amounts gradually, and as of 2019, record levels of purchases were made.³

Stock buybacks, alias share repurchases, represent at acquisition by a company of its own shares. They generally denote a way of transferring profit to shareholders other than paying dividends. It is expected that existing shares would become more valuable as the number of shares in circulation decreases. In other words, stock buybacks provide an opportunity to shareholders for having more valuable shares in exchange for not getting dividends, due to the reduction in the number of stocks outstanding. However, it should be noted that no clear inference can be made on the financial effectiveness of share repurchase decisions, since a counterfactual analysis cannot be made. The stock buyback occurs at the saturation point, where executives have the confidence to refinance the business based on their own foresight and belief in the company's strong resources and future earnings, meaning that it no longer needs external equity funding. For this reason, investors pay close attention to stock buybacks. From at company's standpoint, stocks buyback is a profitable

- 1 Josue Cox, Daniel Greenwald and Sydney Ludvigson, 'What explains the Covid-19 stock market?' (National Bureau of Economic Research Working Paper 27784, 2020) <<http://www.nber.org/papers/w27784>> last accessed 9 August 2021; Meni Abudy, 'Retail Investors' Trading and Stock Market Liquidity', (2020) 54 *The North American Journal of Economics and Finance* 3; Deloitte, 'The rise of newly empowered retail investors: How they're changing customer expectations and investing dynamics' (2021) <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/financial-services/us-the-rise-of-newly-empowered-retail-investors-2021.pdf>> last accessed 9 August 2021.
- 2 Liyu Zeng and Priscilla Luk, 'Examining share repurchasing and the S&P buyback indices in the U.S. market' (S&P Dow Jones Indices, March 2020) <<https://www.spglobal.com/spdji/en/documents/research/research-sp-examining-share-repurchases-and-the-sp-buyback-indices.pdf>> last accessed 9 August 2021.
- 3 Sirio Aramonte, 'Mind the buybacks, beware of the leverage' (BIS Quarterly Review, September 2020) <https://www.bis.org/publ/qrtrpdf/r_qt2009d.pdf> last accessed 9 August 2021.

yet low-risk deal (when compared with risky investments in research and development to build advantageous technologies), if and only if the corporate growth shows continuity.

Companies may choose the stock buyback route for various reasons, such as for a better consolidated company structure with an increased equity value and drawing advantage from the undervaluation of stocks. Long-term potential (sustainable) earnings of companies show their results in the short-term by reason of carrying out valuation in advance. However, despite this, the stock price might be undervalued. In this case, the company can purchase and hold its own shares until the price reaches a normal level. After the market is corrected itself, the company will reissue the stocks. This situation commonly emerges during periods when the economy gives negative signals. For example, it has been determined that stock buybacks made by companies registered in the S&P 500 have increased by 117% within one year due to the Great Recession in 2010.⁴ In the recent period, stock buyback mechanism becomes intensified due to Covid-19 pandemic. Same situations can be observed in other big stock markets, namely London Stock Exchange (LSE), New York Stock Exchange (NYSE), Euronext N.V., Deutsche Börse, and Borsa Istanbul (BIST). This study, in this regard, provides a detailed comparative analysis by assessing legal systems executed in the US, the UK, Switzerland as well as Germany as an EU member state along with their pearls and pitfalls. This mixed picture is expected to contribute to guide lawmakers, company directors, and the academia in terms of developing policies, executing stock buyback programmes, and developing further intensive discussions, respectively.

The main interest of this study is to analyse and elucidate the stock buyback theory as well as its practical implications in different jurisdictions. It aims to reveal whether and to what extent the practice bases upon that theory. In other word, this paper examines the consonance between the theory, practice, and case-law. Accordingly, at the outset, the functionality of stock buyback is questioned considering the global values of trade; further, this review is argued on the basis of selected countries' applications. Since multinational shareholder structure in companies has become more common with the globalisation of trade, a uniform and certain guarantee scheme should be provided to protect investors and encourage them to invest more. Different legal regulations in different regions discourage investors by pushing them to seek for more convenient legal systems. For example, in this regard, it is not a coincidence that the headquarters of the majority of large companies in the US is located in Delaware, where they have a *milder legal approach*. Considering all the facts mentioned hitherto, this article examines different legal cultures to propose a *lex ferenda*.

II. THE CONCEPT OF STOCK BUYBACK

After every recession in the economy, stock buyback gains great importance, as it offers a way out for both shareholders and executives of public companies. According to the data provided by Goldman Sachs, the highest number of stock buyback events in the last 20 years occurred in the first 4 months

⁴ Standard and Poor's, 'S&P 500 Stock Buybacks Up 117% in 2010; Share Repurchases Increase for the 6th Quarter in a Row' (Cision PR Newswire, 23 March 2011) <<https://www.prnewswire.com/news-releases/sp-500-stock-buybacks-up-117-in-2010-share-repurchases-increase-for-the-6th-quarter-in-a-row-118496299.html>> last accessed 9 August 2021.

of 2021.⁵ This situation encourages investors to invest heavily in public companies offering stock buyback programmes, as they will be able to trade more comfortably under the guarantee that certain number of shares will be retaken by the company when the market value of shares falls below a set level.

Share repurchase programs are the purchase of companies' own shares at the market value within the scope of the programs to be determined by companies. Since this action reduces the number of shares in circulation, it increases stakeholders' stock ratio (provided that they retain their shares) and that means an increase in the ratio of dividend per share. Analysts put a lot of pressure on companies with EPS forecasts along with the heavy use of new media in the field of finance. There are empirical studies showing that stock repurchase is also used in this manner to meet and beat analysts' forecasts.⁶ It was showed that many companies would not have been able to reach expected EPS ratios consistent with predictions without making stock repurchase.⁷ Therefore, although the archical reason for companies to resort to the stock repurchase mechanism is to improve EPS, it is not the only reason. Several shareholders having the view of short-termism act upon the attainment of the analysts' forecasts.⁸ Therefore, making stock repurchase might signal managerial optimism⁹ and mitigate agency problems.¹⁰

In terms of investors, financial returns from a stock stem from two factors, namely a change in stock price and dividends received. Even though the common practice concerning the profit distribution is to pay dividends, stock repurchases as an alternative and/or adjuvant for paying dividends become more widespread. However, it should be noted that investors could return their investments if and only if stock repurchases boost the share price by the positive atmosphere with the consideration that these repurchases are *per se* fructuous. This is because the EPS will increase, while the number of stocks decreases. This entices financiers to make further investments to mark up the stocks price. These financiers (shareholders) will also be pleased with the increase in stock prices, rather than having dividends because of its tax

5 Aziza Kasumov and Siddharth Venkataramkrishnan, 'US Companies prepare share buyback bonanza as Outlook clears' (Financial Times, 12 May 2021) <<https://www.ft.com/content/d7adb226-e9a6-4cd8-9049-35d55c211ca4>> last accessed 9 August 2021.

6 It is seen in British and American practices that the main purposes of stockbuybacks are to increase the rate of return per share, add liquidity to company and increase the value of underpriced shares. Paul Hribar, Nicole Jenkins and Bruce Johnson, 'Stock repurchases as an earnings management device' (2006) 41(1-2) Journal of Accounting and Economics 3-27; Steven Young and Jing Yang, 'Stock Repurchases and Executive Compensation Contract Desing: The role of earnings per share performace conditions' (2011) 86(2) The Accounting Review 703-33; Kent Baker, Gary Powell ve Theodore Veit, 'Why companies use open-market repurchases: A managerial perspective' (2003) 43(3) The Quarterly Review of Economics and Finance 483-504.

7 Hribar, Jenkins and Johnson (n 6) 3-27.

8 Fatih Erdem, 'Short-Termism in Publicly Listed Companies and Corporate Governance' (2021) 70 Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 1-18; Theo Vermaelen, 'Common Stock Repurchases and Market Signalling' (1981) 9 Journal of Financial Economics 139-83; Michael Jensen, 'Agency costs of free cash flow, corporate finance, and takeovers' (1986) 76 The American Economic Review 323-9; Gustavo Grullon and David Ikenberry, 'What do we know about stock repurchases?' (2000) 13 Journal of Applied Corporate Finance, 31-51.

9 Vermaelen (n 8) 139-83.

10 Jensen (n 8) 323-9; Grullon and Ikenberry (n 7) 31-51.

advantages. From this perspective, the stock repurchase seems a win-win situation.¹¹ Nevertheless, it must be known that repurchasing stocks may not be feasible when comparing to make an investment in R&D, since the competitive structure of the market would likely punish the company in the cause of being non-innovative.¹² Therefore, stock buybacks are beneficial to shareholders only if the stock price is less than the company's true value.¹³ Therefore, the main purpose of stock repurchase for both the UK and the US is to increase EPS through taking advantage of the underpriced stock.¹⁴

When the EPS, which is one of the most used data by analysts, is below expectations, the company may attempt to misguide its actual and potential shareholders by manipulating them in regard to the company's profitability through taking a buyback decision. However, this decision without an increase in the company's earnings will cause a waste of company resources as well as preventing investors from making a conscious investment decision due to asymmetric information.¹⁵ In companies that reward their managers with certain percentages of stocks in certain periods, the management may announce stock buyback programs in order to keep their EPS high, even if favorable conditions are not met. For this reason, while the stock repurchase program is an effective tool for values that do not reflect the company's performance, it may cause undesirable results when solely used for the benefit of the managers.¹⁶

There are multiple reasons why companies acquire their own shares. One of the most important reasons for the company acquiring its own shares is to protect its own resources. That is, companies can buy their own shares, whose value does not reflect the transaction price (when real price is less than the market price), instead of investing the excess liquidity in current or future projects. When the acquired shares reach their real values, the company can get a profit by reselling these shares. This should not be interpreted as a trade for setting benefits, rather it is about capital maintenance. During the share repurchase process, all other alternatives should be evaluated to find the most appropriate way for the company. In this context, there should not be a more efficient investment tool in which company managers can invest their surplus capital.

Apart from the investment purpose, the share repurchase is also adopted to eliminate the risk of hostile takeover. It is an important defense mechanism for the company to buyback its shares in order to intervene in manipulative actions that may artificially decrease or increase the share values (when company is in a conflict of interest with third parties) in a timely manner. The existence of such a mechanism becomes more important especially for family companies in order to maintain the shareholding structure.

Macroeconomic crises (such as Covid-19 or the oil crisis) that adversely affect the capital markets can accordingly cause significant decreases in value of company shares, although they generally do

11 Phil Oakley, *How to Pick Quality Shares: A three-step process for selecting profitable stocks* (Harriman House, 2017).

12 Fatih Erdem, *The Suppression of Innovation: Testing the Open Nature of Article 102 TFEU* (Onikilevha, 2021).

13 Oakley (n 11).

14 Young and Yang (n 6) 703-33; Baker, Powell and Veit (n 6) 483-504.

15 Rammohan Yallapragada, 'Stock Buybacks: Good or bad for investors?' (2014) 12(2) *Journal of Business and Economics Research* 196; P La Monica, 'Love, but verify these buybacks' (2005) 34(8) *Money* 6-8.

16 Justin Pettit, 'Is a share buyback right for your company?' (2001) 79(4) *Harvard Business Review* 141.

not seriously affect company financials. In this case, the company can buy its shares to protect the true value of its shares and to create confidence for investors as far as concerned that the financial condition of the company is stable. Otherwise, panic sales by the shareholders will cause the decrease in company's share values. The benefits of share buybacks are not limited to those mentioned hitherto. For example, some tax advantages may also be obtained, since capital gains are obtained by repurchasing the share instead of the dividend to be paid in cash. However, it should be noted that companies deciding to acquire their shares without an increase in earnings may prevent them from making a conscious investment as they inform their investors asymmetrically and may also cause wastage of company resources.¹⁷

Despite all the above-mentioned benefits, the company's acquisition of its own shares should not be seen as a mere safe harbor. The acquisition of their own shares by companies carries the risk of manipulating the shares traded in the capital market. Malicious company managers may mislead investors and existing shareholders by showing that they have sufficient financial strength by deciding to acquire company shares even though there is no obvious truth to it. This situation, in particular, causes a man-made increase in the company's share values, where investors actually incur losses by purchasing shares with a much lower real value at higher values.¹⁸ In addition, another current risk factor is that companies are increasingly adopting short-term approaches. That is, when the EPS, as one of the most used data by analysts that is constantly updated in short time intervals, is below expectations, companies can manipulate the profitability of the company's economic activities (and consistency with regard to the target).¹⁹

Stock buybacks also entail the risk of violating the principle of equal treatment for all shareholders. For example, the acquisition of the shares of partners who want to leave the company by determining a price above the market price will be a violation of this principle. Likewise, the principle of equal treatment must be complied if the shares acquired on behalf of the company are resold to the remaining partners. For these reasons, all transactions regarding the repurchase of shares should be carried out transparently; information such as purchase amount, price, payback period and form of payment should be presented to all partners. Apart from all these, the proportionality principle for the share repurchase offer should be taken into account, as all partners should be treated equally on the basis of their basic capital ratios. In this context, for example, submitting a proposal for the resale of the acquired shares only to the (pre)determined shareholders would be a violation of this principle.

III. STOCK BUYBACKS IN COMPARATIVE LAW

In markets where the stock buyback is not allowed, those who want to seize control of the company with under-priced stocks can act more easily. On the other hand, in markets where the stock buyback

17 Rammohan Yallapragada, 'Stock Buybacks: Good or bad for investors?' (2014) 12(2) *Journal of Business and Economic Research* 193, 196.

18 Mathias Siems and Amedeo De Cesari, 'The Law and Finance of Share Repurchases in Europe' (2012) 12 *Journal of Corporate Law Studies* 33-36.

19 For more discussion, see Erdem (n 8) 1-18.

is allowed, it is possible to dissolve the idle cash within the company to return share price to its real value, thus, the buyers can be forced to go over the idea of taking over the company with its new share value. In civil law, stock buyback was prohibited until the 1970s due to its negative aspects (later, its application was allowed under exceptional circumstances),²⁰ while in the US buybacks have never been prohibited as it was considered always advantageous for the shareholders and ensuring continuity in dividend distribution.²¹

A. STOCK BUYBACKS IN GERMAN CORPORATE LAW

In German corporate law, the application of repurchasing the company's own shares was abstractly prohibited in 1870 with the third paragraph of Article 215 of the Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB). The main reason behind this prohibition was the thought that the basic principles and theories regarding company law would be violated. That is to say, for a long time in German commercial law, the assumption that a company's legal entity has only one personality, and that companies cannot have rights and obligations against themselves, was embodied as a theory that is difficult to prove. In this context, the company's acquisition of its own shares has been prohibited until 1931, when Article 215d ADHGB stipulated exceptions to this prohibition. In this context, it has been accepted that the company can acquire its own shares through donations or

20 “To the extent that the acquisitions are permitted, Member States shall make such acquisitions subject to the following conditions:

(a) authorisation is given by the general meeting, which shall determine the terms and conditions of such acquisitions, and, in particular, the maximum number of shares to be acquired, the duration of the period for which the authorisation is given, the maximum length of which shall be determined by national law without, however, exceeding five years, and, in the case of acquisition for value, the maximum and minimum consideration. Members of the administrative or management body shall satisfy themselves that, at the time when each authorised acquisition is effected, the conditions referred to in points (b) and (c) are respected;

(b) the acquisitions, including shares previously acquired by the company and held by it, and shares acquired by a person acting in his or her own name but on the company's behalf, cannot have the effect of reducing the net assets below the amount referred to in Article 56(1) and (2); and

(c) only fully paid-up shares can be included in the transaction. Furthermore, Member States may subject acquisitions within the meaning of the first subparagraph to any of the following conditions:

(a) the nominal value or, in the absence thereof, the accountable par of the acquired shares, including shares previously acquired by the company and held by it, and shares acquired by a person acting in his own name but on the company's behalf, does not exceed a limit to be determined by Member States; this limit may not be lower than 10 % of the subscribed capital;

(b) the power of the company to acquire its own shares within the meaning of the first subparagraph, the maximum number of shares to be acquired, the duration of the period for which the power is given and the maximum or minimum consideration are laid down in the statutes or in the instrument of incorporation of the company;

(c) the company complies with appropriate reporting and notification requirements;

(d) certain companies, as determined by Member States, can be required to cancel the acquired shares provided that an amount equal to the nominal value of the shares cancelled is included in a reserve which cannot be distributed to the shareholders, except in the event of a reduction in the subscribed capital; this reserve may be used only for the purposes of increasing the subscribed capital by the capitalisation of reserves;

(e) the acquisition does not prejudice the satisfaction of creditors' claims. ” See, further, Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council relating to certain aspects of company law (2017) OJ L 169/46, Art. 59-67.

21 Dimitris Andriosopoulos and Meziane Lasfer, ‘The Market Valuation of Share Repurchases in Europe’ (2015) 55(C) Journal of Banking and Finance 327-39.

inheritance. This amendment, together with Article 226 ADHGB, has been reflected in practice with the idea that partnerships can get their shares back as long as they do not aim to make a profit. As a result, company's acquisition of their own shares has turned into a defense mechanism that has been frequently used to eliminate both the company's own economic difficulties and the macroeconomic irregularities. This practice gained momentum especially after the First World War by that companies acquired their shares (provided that the prices were fully paid) as purchasing brokers, through capital reduction to prevent potential heavy losses. This freedom lasted until 1998 but was revised to adapt to global competition conditions. Since the convenience of buying their own shares provided to companies subjected to American law, the prohibition of acquiring own shares was a major disadvantage for German companies. Thus, due to the need for an environment where there are fair conditions in the global competition of companies, with the regulation "Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich", it has been regulated that the board of directors can be authorized for German companies to repurchase their own shares by not exceeding 10 percent of the company's registered capital. The only prerequisite for this is that the financial resource allocated for repurchase must be from distributable assets.²²

B. STOCK BUYBACKS IN SWISS CORPORATE LAW

In Swiss corporate law, company's acquisition of their own shares was prohibited by Article 628 of the Swiss Code of Obligations (Obligationenrecht) in 1881, parallel to the German legal order, by specifying exceptional circumstances. These exceptions are the acquisitions made for the purpose of depreciation of shares or capital reduction, provided that the purchase and sale of shares is one of the company's fields of activity stipulated in the articles of association or stipulated in the articles of association for the collection of shareholders' receivables. The company acquiring its own shares has to comply with the conditions that affiliated shares are not represented in the general assembly and that these shares are extinguished within the statutory period. In this context, the company is obliged to dispose of its shares immediately in case of amortisation or capital reduction, and obliged to dispose of them at the earliest convenient time in other cases. The repurchase of shares has been regulated in Articles 659 and 659b Obligationenrecht. Accordingly, the board of directors is allowed to decide on the acquisition of shares up to 10 percent of the basic capital without the need for any authorization by the general assembly. The determined upper limit can be increased up to 20 percent if the acquired shares are registered, but the shares acquired over 10 percent of the company's shares must be disposed of within two years or through capital reduction.²³ However, it should be noted that the board of directors will only be able to fulfill this acquisition with reserve funds. Otherwise, the purchase will be deemed to be made over the participation shares, and consequently, the acquisition

22 The German Stock Corporation Act (Aktiengesetz), Art. 71; For a general reading, see Alihan Aydın, *Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını Edinmesi* (Arıkan Yayıncılık 2008); Tilman Bezenberger, *Erwerb Eigener Aktien Durch die AG* (Verlag 2002).

23 Obligationenrecht, Art 659/2.

would be deemed as null and void. Regarding the voting rights arising from the shares acquired by the company, it is clearly regulated that these rights will be frozen.²⁴

STOCK BUYBACKS IN THE ANGLO-SAXON TRADITION

The concept of company's acquisition of its own shares represents the Anglo-Saxon tradition, and it is a concept that is not sufficiently familiar with the civil law. In terms of US law, since there is no prohibitive provision regarding stock buybacks, the opinion prevails that the company can acquire its own shares on the condition that purchasing transactions are made in good faith.²⁵ The application of US law differs from other legal systems with the fact that the maximum limit, which companies can acquire their own shares is not determined by a certain rate, but by the companies' surplus assets that can be distributed as dividends.²⁶ Hence, the company may repurchase shares as much as the portion of its assets exceeding its basic capital.²⁷ It should be noted that there is no uniform commercial law practice in American commercial law. Due to the different laws of states, there are many different applications.

The most prominent of these are the 1977 California Corporations Code and the Model Business Corporations Act, which is regulated by the American Bar Association and quoted in several states' legal systems, where no minimum capital is required for companies. In light of these regulations, the repurchase of shares has been evaluated in the same status as the profit distribution and has been subject to similar restrictions.²⁸ In most basic sense, this limitation arises during profit distribution or acquisition of company shares in cases where the assets of the company cannot meet its due debts.²⁹ In companies that do not comply with the relevant financial limitation, the responsibility is evaluated within the scope of the duty of care of the BoD and the business judgement rule. Members of the board are held jointly and severally liable for share repurchases performed against duty of care and law. However, if the members of the BoD oppose the repurchase decision by recording their negative vote in the official minutes book, they cannot be held responsible.³⁰

24 In this context, with regard to the tax aspect of the share repurchase is examined, the purchased shares are taxed as dividend income and not as a pseudo dividend rather than a tax examination for capital gains. See, Theo Vermaelen, 'Share Repurchases' (2005) 1(3) Foundations and Trends in Finance 214; Obligationenrecht, Art 659-a.

25 For example, in the *Taylor v. Miami Exporting Co.* decision, the court ruled that the company may acquire its own shares in return for a receivable. *Taylor v. Miami Exporting Co* (1831) 5 Ohio 162.

26 For example, in the *Hartridge v. Rockwell* decision, a bank acquired its own shares with excess liquid resources to sell them at a premium later on, and this was seen as a lawful action by the court. According to this decision, it has been taken into consideration that the creditors of the company will not suffer any loss since there will be no change in the value of the assets, which they have obtained in return for the amount they have paid. In terms of shareholders, the claims that the company managers could abuse the stock buyback mechanism were rejected by the court, as examining the purpose of stock buyback was seen extra judicial. See, *Hartridge v. Rockwell* (1828) R. M. Charlton 260; Erwin Esser Nemmers, 'The Power of a Corporation to Purchase Its Own Stock' (1942) 1942(2) Wisconsin Law Review 161-97; Irving Levy, 'Purchase by a Corporation of Its Own Stock' (1930) 15(1) Minnesota Law Review 1512-1551.

27 New York Business Corporation Law, §513(b)(1).

28 California Corporations Code CORP § 166; Model Business Corporation Act (2016), 1.40(6).

29 California Corporations Code CORP § 501; Model Business Corporation Act (2016), 6.40(c).

30 Delaware General Corporation Law (Title 8 Chapter 1 of the Delaware Code), § 160(a); New York Business Corporation Law, §719(a), (b); California Corporations Code CORP §316(b); Model Business Corporation Act (2016), §8.24(a), §8.33(d)

In terms of transactions related to capital market law, it should be noted that although corporate law in American law is regulated and implemented differently by states, capital market law is a federal law that is applied above the federal provisions with the 1934 Securities and Exchange Act. Regarding the buybacks made on the stock market, it is envisaged that it is necessary to prevent manipulation, to inform the investors continuously within the framework of the disclosure requirement, and to ensure that investors (and shareholders) are treated equally.³¹ If companies wish to acquire their shares on the stock market, four points must be taken into account: (1) in order not to create a false impression of company shares, companies shall purchase their own shares through a single broker, (2) companies cannot make transactions at the beginning of the trading day or in the last half hour of the session, (3) the price to be paid to the share shall not be higher than the price at which the highest independent bid or independent purchase is made, and (4) the amount to be paid for the purchase of shares should not exceed 25 percent of the average of the last four weeks.³² As long as these conditions are complied with, it is considered that a manipulative action is not executed in the stock market. In terms of public takeover offers subjected to capital market law, when the company acquires its own shares, the company must inform the shareholders in detail within the scope of the public disclosure obligation by presenting the detailed financial status of the company and the purchase schedule so that they can evaluate the situation comprehensively.³³ The takeover bid must last at least 20 business days from the time of its announcement; if changes are foreseen in the share purchase program in terms of quantity or price, the period is extended for at least 10 more working days as of this change.³⁴ Finally, it is important to note that share repurchases are generally subject to bankruptcy law rather than corporate law in the US, as they create debts related to the company.³⁵ As a final remark, the determinants of the share repurchase should be enlightened in terms of specifying whether there is a need for stricter norms on this surplus distribution mechanism.³⁶

31 However, the disclosure requirement is not the only tool to safeguard creditors. For example, federal fraudulent transfer laws are introduced to protect creditors, but the creditor's primary tool is the contract, which could protect their rights against shareholders. Apart from that, regarding the protection of creditors, the concept of stated (aka stipulated or subscribed) capital is not at the forefront for a large portion of the US. Accordingly, stated capital as a legal criterion becomes more of an issue in several States including Delaware when it comes to stock buybacks or distributing dividends. See, Bayless Manning & James Hanks, *Legal Capital* (Foundation Press, 2013) 9; Richard Booth, *Capital Requirements in United States Corporation Law* in Marcus Lutter (ed), *Legal Capital in Europe* (De Gruyter Recht, 2006) 620-45; Louise Gullifer and Jennifer Payne, *Corporate Finance Law Principles and Policy* (Bloomsbury, 2015) 148; Luca Enriques and Jonathan Macey, 'Creditors versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules' (2001) 86(6) *Cornell Law Review* 1165; Andreas Engert, 'Life Without Legal Capital: Lessons from American Law' in Marcus Lutter (ed), *Legal Capital in Europe* (De Gruyter Recht, 2006) 646-94; Securities Exchange Act of 1934 (48 Stat. 881, 15 U.S.C. 78a-78kk) §9(a)(2), 10(b).

32 Securities Exchange Act of 1934 (48 Stat. 881, 15 U.S.C. 78a-78kk) §10(b)-18.

33 *ibid*, §13(e)-4.

34 *ibid*, §13e-4(f)1(i), (ii).

35 Richard Booth, 'Capital Requirements in United States Corporation Law' (Villanova University School of Law Working Paper Series, 102 <<https://digitalcommons.law.villanova.edu/wps/art102>> last accessed 9 August 2021; Jonathan Rickford, 'Legal Approaches to Restricting Distributions to Shareholders: Balance Sheet Tests and Solvency Tests' (2006) 7 *European Business Organization Law Review* 139; Wolfgang Schön, 'The Future of Legal Capital' (2015) 5 *European Business Organization Law Review* 429-48.

36 Ioannis Chasiotis, Andreas Georgantopoulos and Nikolaos Eriotis, 'Determinants of Share Repurchases a Quantile Regression Approach' (2021) 10(1) *Economics and Business Letters* 27-36.

As in US law, there are certain regulations in both positive and case law for the protection of existing shareholders and company rights in UK corporate law.³⁷ The most basic legal basis in this context is the *Trevor v. Whitworth's* decision. In this decision – taken by the House of Lords in 1887-, it was emphasized that the company could not acquire its own shares, otherwise an attitude would likely be incompatible with the ultra vires principle and the capital would be imperiled. Exceptions to this situation are the cases where the company acquires its shares for receivables that cannot be collected in any other way, or when it acquires its shares as a result of a donation or will.³⁸ In the decision, Lord Watson emphasized the importance of the paid-in capital of the company by stating that both the company's creditors and shareholders had the right to assume that this capital was not spent.³⁹ Hence, it has been evaluated that the company's acquisition of its own shares is against the principle of capital maintenance. In line with this idea, it has been revealed that the acquisition of the company's own shares may pose a problem, since the responsibilities of the shareholders towards the company are limited to the capital shares they have paid and the creditors must apply to the company assets, not the shareholders, in case the company debts are not paid.⁴⁰ It can be said that this approach, which was adopted in 1887, still continues with the first paragraph of Article 658 of the Companies Act 2006. The relevant article in Chapter 18 titled "Acquisition by limited company of its own shares" prohibits the company from acquiring its own shares, except for the cases stipulated in the law.⁴¹ In other words, as a general rule in positive law, the acquisition of its own shares by the company has been determined as unlawful. In case of violation of this provision, the company and its partners will be punished with imprisonment or a fine.⁴² Regarding exceptions of this provision, companies are able to purchase their own shares for a reasonable price, provided that shares are fully paid.⁴³ The legislator has determined three basic exceptions regarding the repurchase of shares. The first exemption is provided for the acquisition of its own shares if the company applies for a capital reduction.⁴⁴ The second exception is occurred when the company's acquisition of its own shares is mandatory as a result of a court decision.⁴⁵ Finally, it is regulated that the company can acquire its own shares in case of non-payment of an amount due for the share.⁴⁶

IV. THE WAYS FOR A COMPANY TO ACQUIRE ITS OWN SHARES

Companies can acquire their own shares in many ways. Since these ways will serve different purposes, it is expected from managers to choose the most appropriate way with a prudent decision. In other words, a balance should be established between all the expected benefits and drawbacks

37 The Companies Act 2006, Part 10, Ch 2, Sections 170-181.

38 533 *Trevor and Another v Whitworth and Another* House of Lords (1887) 12 App. Cas. 409.

39 *ibid.*

40 Ellis Ferran, *Principles of Corporate Finance Law* (OUP 2008) 212-3; Bernard McCabe, 'The Desirability of a Share Buy-Back Power' (1991) 3(1) *Bond Law Review* 1991.

41 Companies Act 2006, c 46, part 18, Ch 1, Section 658(1).

42 *ibid.*, sections 658(2), 658(3).

43 *ibid.*, section 659(1).

44 *ibid.*, section 659(2)(a).

45 *ibid.*, Section 659(2)(b).

46 *ibid.*, Section 659(2)(c).

in terms of repurchasing decisions. Firstly, ‘open market repurchase’ is one of the most frequently used ways of acquiring shares through the stock market. This scheme can be defined as the most convenient way in which the share transfer can take place in accordance with the equal treatment principle because the transaction is realised through the intermediary institution and the parties making transactions of their shares remain anonymous.⁴⁷ Secondly, another common way to adopt for repurchasing is ‘fixed-price offer’, which is an offer proffered to all shareholders to buy back a certain number of shares at a fixed price. In this way of acquisition, the company announces to the public the proportion and number of shares planned to be repurchased along with the duration of purchasing. Shareholders who want to sell their shares apply for this acquisition offer, which is valid within the announced period, and if applications are below or equal the number of shares desired to be purchased, the company evaluates all requests. In case of excessive interest, managers are generally authorized to increase the purchase, but if they do not, they will purchase shares on a pro rata basis.⁴⁸ Finally yet importantly,⁴⁹ the ‘Dutch auction share repurchase’ way is popular among other ways. In this way, instead of a fixed price, a price range is determined for the shareholders. This range has the lower and upper limit prices that the company intends to pay for the shares to be acquired. After the announcement of the company, an acquisition price is determined from the average of the prices proposed by the shareholders. Consequently, shares that are equal to or below the determined price are acquired. In this case, each shareholder gets the same determined price. By this way, the price is not determined unilaterally by the company in advance, but according to the market conditions and the proposals of the shareholders.⁵⁰

The company’s acquisition of its own shares gains currency when there is a risk of a hostile takeover, which is derived from the fact that the capital owners, whose aim is not to get return on the company’s earnings, but to put the company management in a deadlock through the majority of their shares, force the company to repurchase its shares at a premium. It is a common problem frequently appeared in the US and UK financial markets, but also seen in other legal systems. Hostile takeovers, which usually pose a strong risk in cases where publicly traded shares are priced lower than company valuations, are not generally considered as blackmail, but as a lawful imposition (greenmail) since they do not constitute a crime in US law. Under these cases, there are two ways: to buyback shares at high prices or to give up the control of company (take it or leave it). However, as indicated in following section, there are some sidetracks prior to takeover attempts instead of company’s acquisition of its own stocks.⁵¹

47 James Miller and John McConnell, ‘Open-Market Share Repurchase Programs and Bid-Ask Spreads on the NYSE: Implications for Corporate Payout Policy’ (1995) 30(3) *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 365-82.

48 Grullon and Ikenberry (n 8) 32.

49 There are some other stock buyback methods such as employee share scheme buybacks and negotiated repurchase. See, Bolko Hohaus, ‘Share Buybacks and Employee Stock Options’ (2016) 16(4) *CESifo Forum* 79-81; Larry Dann and Harry DeAngelo, ‘Standstill agreements, privately negotiated stock repurchases, and the market for corporate control’ (1983) 11(1-4) *Journal of Financial Economics* 275-300.

50 Grullon and Ikenberry (n 8) 32; Peter Oh, ‘The Dutch Auction Myth’ (2007) 42 *Wake Forest Law Review* 853-910; Anita Anand, ‘Regulating Issuer Bids: The Case of the Dutch Auction’ (2000) 45 *McGill Law Journal* 133-54.

51 Allen He, ‘Buybacks: Look Before You Leap’ (Harvard Law School Forum on Corporate Governance, 26 July 2021) <<https://corp.gov.law.harvard.edu/2021/07/26/buybacks-look-before-you-leap/#comment-1208429>> last accessed 9

V. POISON PILLS

It is emphasised throughout the paper that the company can repurchase its own shares as a response to hostile takeover attempts, which is one of the most dangerous occasions that companies might face, over the shares quoted on the stock exchange. Apart from stock buyback route, companies have other defensive strategies to be implemented before (pre-bid) being taken over. What these strategies have in common is to maximise the value of stocks and depict the company as unattractive for bidders. With this way, the company can protect itself to some extent against hostile takeovers. Strategies such as greenmail put offeree companies (as takeover targets) at a disadvantage, and consequently, force them to repurchase their stocks. However, since the 1980s, companies have developed several defence mechanisms, but this study limits itself to discuss only poison pills despite other mechanisms such as shark repellent⁵² leveraged recapitalisation,⁵³ and employee stock ownership plans⁵⁴ exist.

Poison pill, which is also known as a shareholder rights plan developed by Lipton,⁵⁵ refers to a formidable defensive strategy used by a target company to prevent or deter a potential hostile takeover initiative by making itself unattractive to the bidder. This strategy forces prospective buyer companies to negotiate directly with the target company management rather than receiving offers from stockholders.⁵⁶ Poison pills, on that sense, limit bargaining power of purchasing company adversely, since stockholders are provided with a low cost to increase their share ownership and/or voting rights by dint of poison pills. These rights granted to shareholders are generally exercised

August 2021.

- 52 Nancy Meade and Dan Davidson, 'The Use of "Shark Repellents" to Prevent Corporate Takeovers: An Ethical Perspective' (1993) 12(2) *Journal of Business Ethics* 83-92.
- 53 See, Urs Peyer and Anil Shivdasani, 'Leverage and Internal Capital Markets: Evidence from Leveraged Recapitalizations' (2001) 59(3) *Journal of Financial Economics* 477-515; Michael Ryngaert and Ralph Scholten, 'Have Changing Takeover Defense Rules and Strategies Entrenched Management and Damaged Shareholders?' *The Case of Defeated Takeover Bids* (2010) 16(1) *Journal of Corporate Finance* 16-37.
- 54 Stock buyback occurs when large companies purchase their shares with the intent of distributing these to their employees, that is, they are spreading the wealth. It can be defined as a tool for offsetting dilution. Yardeni and Abbott argued that the general attitude of politicians is against stock buyback and that they even tend to ban it by suggesting that it creates wealth inequality. In this context, two US senators Schumer and Sanders stated that the way to return to the old glory days is to restrict stock buybacks with the aim of 'curtail[ing] the overreliance on buybacks while also incentivizing the productive investment of corporate capital.' However, since the 1980s, stock buyback has emerged as an increasingly common route for returning capital to shareholders in the US, and as of 1998, the amount of stock buybacks has exceeded cash dividends. Within the employee stock ownership plan, the company makes it difficult for any changes in corporate control to take place because of the expectation that employees evaluate every takeover attempt as a threat to their employment security and working conditions. Edward Yardeni and Joseph Abbott, *Stock Buybacks: The True Story* (YRI Press 2019); Chuck Schumer and Bernie Sanders, 'Schumer and Sanders: Limit Corporate Stock Buybacks' (*The New York Times*, 3 February 2019) <<https://www.nytimes.com/2019/02/03/opinion/chuck-schumer-bernie-sanders.html>> last accessed 9 August 2021; Gustavo Grullon and Roni Michaely, 'Dividends, Share Repurchases, and the Substitution Hypothesis' (Rice University and Cornell University working paper, 2000); Michael McGinley, 'Standing at the Crossroads: An Integrated Approach to the ESOP Repurchase Obligation' (2011), 2011 (Winter) *Insights* 12-18; Andrew Oringer and Michael Segal, 'Winding Down Employee Stock Ownership Plans' (2017) *Transactions & Business* 33-41.
- 55 Martin Lipton, 'Discussion Memorandum: Warrant Dividend Plan' (1982).
- 56 James van Horne, *Financial Management and Policy* (Pearson, 2001) 703; Julian Velasco, 'Just Do It: An Antidote to the Poison Pill' (2003) 52 *Emory Law Journal* 849-908.

without the approval of shareholders any given time determined by managers.⁵⁷ This represents a double-edged issue for shareholders. It renders helpless to shareholders by forcing them to take it more or leave it quickly, while there are studies showing that poison pills provide a positive mean cumulative abnormal return in short terms.⁵⁸ In line with this empirical evidence, Judge Richard Posner stated this issue as follows: “*The threat of hostile takeover plays a vital role in keeping management on its toes... All this sturm and drang seems a high price to pay for fending off a change of corporate control that may, for all that appears, benefit the shareholders greatly, though it will be a humiliation to the present officers and directors. It is defended as necessary to protect minority shareholders from a disadvantageous ‘back-end’ transaction.*”⁵⁹ As demonstrated, poison pill often results in effective outcomes,⁶⁰ they are not always the first and best way to preserve the company; it comes with disadvantages. At the outset, the application of poison pills would likely impose a burden on stockholders, as they are forced to purchase more stocks to uphold their share proportion in the company. This burden would also potentially set institutional investors aback due to the difficulty of risk measurement. Moreover, poison pill strategy could be abused by an ineffectual executive team to stay on task.

It is ultimately worth noting that poison pills could be addressed in the US, whereas actions taken by tamping down actual/potential bidders through depicting the target company as unattractive are restricted in the UK⁶¹ However, there are two recent cases in the UK that gave the first signals of a new move towards the use of poison pills. First of all, special shares were designated in the context of £5 billion initial public offering of The Hut Group. Accordingly, these shares provide shareholders an opportunity to deter unwanted takeover attempts for a 3-year period. This quasi-poison pill defence mechanism, which enables the founder having special shares to exercise his voting rights to make a general offer to shareholders in terms of controlling the company, was confirmed by the UK Takeover Panel as per Rule 9 of the Takeover Code. A second case was related to the joint venture initiative of William Hill

57 Tatyana Sokolyk, ‘The Effects of Antitakeover Provisions on Acquisition Targets’ (2011) 17 *Journal of Corporate Finance* 612-27; Lucian Bebchuk, Alma Cohen and Allen Ferrell, ‘What matters in Corporate Governance?’ (2009) 22(2) *Review of Financial Studies* 783-827; Paul Gompers, Joy Ishii and Andrew Metrick, ‘Corporate Governance and Equity Prices’ (2003) 118 *Quantitative Journal of Economics* 107-55; Morris Danielson and Jonathan Karpoff, ‘Do pills poison operating performance?’ (2009) 12 *Journal of Corporate Finance* 536-59.

58 Katherine Fowlkes, ‘Poison pills and their effect on shareholder return’ (TRACE: Tennessee Research and Creative Exchange, 2019) <https://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3267&context=utk_chanhonoproj> last accessed 9 August 2021; Simon Hitzelberger, ‘What effect do poison pills have on shareholder value’ (2017) <run.unl.pt/bitstream/10362/26192/1/Hitzelberger_2017.pdf> last accessed 9 August 2021.

59 Nos. 86-1601, 86-1608 United States Court of Appeals, Seventh Circuit, *Dynamics Corp. of America v. CTS Corp.* (1986) 794 F.2d 250, 259.

60 John Pearce, ‘Hostile takeover defenses that maximize shareholder wealth’ (2004) 47(5) *Business Horizons*, 15-24; Randall Heron and Erik Lie, ‘On the use of poison pills and defensive payouts by takeover targets’ (2006) 79(4) *The Journal of Business* 1783-1808; Paul Malatesta and Ralph Walkling, ‘Poison pill securities: stockholder wealth, profitability, and ownership structure’ (1988) 20(1) *Journal of Financial Economics* 347-76; Michael Ryngaert, ‘The effect of poison pill securities on shareholder wealth’ (1988) 20(1) *Journal of Financial Economics* 377-417; Gary Caton and Jeremy Goh, ‘Corporate Governance, Shareholder Rights, and Shareholder Rights Plans: Poison, Placebo or Prescription?’ (2008) 42(2) *The Journal of Financial and Quantitative Analysis* 381-400.

61 UK City Code on Takeovers and Mergers, Rule 21.

and Caesars.⁶² William Hill, a betting company located in London, accepted Las Vegas casino operator Caesars' takeover request amounted around £2.9 billion. However, there has been an intense interest from Apollo Global Management in terms of acquiring William Hill's properties and rights in Europe. Due to the poison pill belonging to William Hill's shareholders, Apollo withdrew its attention to buyout.⁶³

In short, this defence mechanism, as an extremely malleable instrument,⁶⁴ protects minority shareholders as well as business executives. Notwithstanding the foregoing drawbacks, it is commonly used by American public companies in different ways, which are under two types of poison pill strategies, namely flip-in and flip-over poison pills.⁶⁵

Flip-in poison pill is one of the most preferred ways when corporate raiders purchase a large number of shares from the company. By this way, the target company provides an opportunity for the shareholders, except for the acquirer, to purchase voluminous shares at a discounted rate to counter the offer. This eventually is expected to reduce the acquirer's control in the company, and consequently, its bargaining power.⁶⁶ In short, flip-in poison pill is a provision in the bylaws of the takeover candidate that gives the current shareholders of the target company, excluding the transferee, the right to purchase additional shares of the targeted company at the price minus the discount. This strategy, accordingly, includes allowing shareholders other than the purchaser to purchase additional shares. Although purchasing additional shares derives instant profits to shareholders, the practice would likely reduce the value of a limited number of shares, which have already been purchased by the acquiring company. As per this application, the interest of the acquiring company would be more restricted as much as the number of shareholders purchasing additional shares.⁶⁷ As new shares are distributed at discounted prices, the value of the shares held by the transferee decreases; and this makes the takeover initiative more expensive. If the bidder is aware of that such a scheme may be activated, the takeover attempt would not likely occur. Such clauses are often made publicly available in a company's contract, illustrating their potential use as a takeover defence.

Flip-out (flip-over) poison pill allows the target company's shareholders to purchase shares of the acquiring company at a greatly discounted price on the condition that the hostile takeover attempt is successful. This tactic reduces the share of the previous partners of the acquiring company after the takeover, as it gives the target company partners the right to buy the stock at less than the market price of the acquiring company's

62 Nigel Stacey, Sian Williams and SJ Beaumont, 'Are poison pills finally coming to the UK?' (Financier Worldwide, February 2021) <<https://www.financierworldwide.com/are-poison-pills-finally-coming-to-the-uk#.YLJGy2cbUo>> last accessed 9 August 2021.

63 Pushkala Aripaka, 'Apollo formally ends bidding war for Britain's William Hill' (Reuters, 12 November 2020) <<https://www.reuters.com/article/us-william-hill-m-a-apollo-idUKKBN27S0UX>> last accessed 9 August 2021.

64 Guhan Subramanian, 'Bargaining in the Shadow of Peoplesoft's (Defective) Poison Pill' (Harvard Law School Discussion Paper No. 568, 2006) 5.

65 Poison pills are seen as one of the most effective tools for activist shareholders that use their shares and rights to put pressure on their existing or prospective companies.

66 Dingual Sunder, 'The Controversial 'Poison Pill' Takeover Defense: How valid are the arguments in support of it?' (2013) 23 NMIMS Management Review 48-49.

67 Patrick Gaughan, *Mergers, Acquisitions and Corporate Restructurings* (John Wiley and Sons 2007) 178; Guhan Subramanian, 'Bargaining in the shadow of takeover defenses' (2003) 113(3) *The Yale Law Journal* 621-86.

stock.⁶⁸ To put it in a different way, this way, as the opposite of flip-in poison pill, occurs when shareholders choose to purchase shares in the acquirer's company after the merger. Therefore, flip-out poison pill potentially reduces the acquiring company's interest, as it makes the deal more expensive and unfavourable.

VI. STOCK BUYBACKS AS A RESPONSE TO SHORT-TERMISM

Short-termism serves as the driving force behind the case of shareholders forcing companies to purchase their own shares. Empirical studies show that shareholders' economic decisions are constantly changing in liberalised but fragile markets under adverse circumstances.⁶⁹ Accordingly, shareholders hold their shares in a much shorter period compared to previous periods. This behaviour can be expressed as a globally widespread and dominant trend. In other words, companies may resort to stock buybacks to meet the short-term expectations of their shareholders, reach the target amounts determined by analysts and reduce the pressure on company management. Note that the market prices of the shares are already priced in advance by considering the long-term (sustainable) earnings, in view of the information and expectations of investors. However, despite this condition, the share values may still be below their real values. In this case, companies may choose to acquire their own shares until the prices reflect the truth. Subsequently, they may not only eliminate the shares they have acquired but may also resell these shares when prices and expectations are balanced.

Economic analyses demonstrate that companies need to be innovative and allocate regular budgets for R&D activities to maintain their existence.⁷⁰ Otherwise, in the light of the theories known as creative destruction⁷¹ or disruptive innovation,⁷² the chance of survival for companies is very low. Therefore, further to the assumption that the purpose of companies is to grow continuously, instead of distributing dividends to their shareholders, the companies' acquisition of their own shares by using the assets allocated from distributable dividends can be based upon economically logical foundations. In Anglo-Saxon legal systems, the main purpose of corporate governance is to protecting the interests of shareholders,⁷³ while in other legal systems it is usually considered in a broader perspective (employees and customers are also prioritised).⁷⁴

68 Richard Downen, James Johnson and Gerard Jensen, 'Poison Pills and Corporate Governance' (1994) 4 *Applied Financial Economics* 305-13; Steven Bragg, *Merger and Acquisitions: A Condensed Practitioner's Guide* (John Wiley and Sons 2009) 36.

69 David Hunkar, 'Average holding period for U.S. Stocks is Just 5-1/2 months in 2020' (Top Foreign Stocks, 4 August 2020) <<https://topforeignstocks.com/2020/08/04/average-holding-period-for-u-s-stocks-is-just-5-1-2-months-in-2020>> last accessed 9 August 2021.

70 Erdem (n 12).

71 Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (Routledge 2003) 102; David Harvey, 'Neoliberalism as Creative Destruction' (2007) 610(1) *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 21-44.

72 Joseph Bower and Clayton Christensen, 'Disruptive Technologies: Catching the Wave' (1995) 73 *Harvard Business Review* 43-53; Clayton Christensen, 'The Ongoing Process of Building a Theory of Disruption' (2006) 23 *The Journal of Product Innovation Management* 39-55.

73 Andrei Shleifer and Robert Vishny, 'A Survey of Corporate Governance' (1997) 52(2) *The Journal of Finance* 737-83; Diane Denis and John McConnell, 'International Corporate Governance' (Purdue CIBER Working Papers No. 17, 2001) 1-2 <<https://docs.lib.purdue.edu/ciberwp/17/>> last accessed 9 August 2021.

74 Franklin Allen and Douglas Gale, 'A Comparative Theory of Corporate Governance' (Wharton Financial Institutions

This situation arises from the concept of *shareholders* in Anglo-Saxon understanding and *stakeholders* in European understanding. Therefore, it would be useful to examine dispersed ownership and concentrated ownership structures in terms of examining these conflicts of interest. In Anglo-Saxon systems, the majority of companies have non-dominant shareholders, known as the outsiders, who do not have enough power to control the company. This situation requires leaving the management of the company to a professional management team (managerial capitalism). It is also known as the separation of ownership from the control of a company. Although there are different factors for the motivation and risk-taking capacity of managers who make decisions because they are not shareholders, these problems can be overcome with a good institutional organisation. Failing this, managers can prioritise their own interests before those of the shareholders, and approach that would lead to managerial shirking. This issue is handled in the doctrine under the agency problem.⁷⁵ To eliminate this problem, the company needs to bear the monitoring cost of the investors, the cost of minimising the losses from the activities of the managers (bonding cost) and the residual losses.⁷⁶

On the other hand, stockholder theory, which argues that the sole duty of corporations is to maximise the profits of its stockholders, has been at the forefront but been decreasingly influential in corporate law since the 1970s. This theory took its philosophical, economic and normative sources from the Friedman doctrine, which is in line with the notion that a company is only accountable to its stockholders. In this respect, stockholder is in a diametrically opposite position with the theories based on supporting corporate social responsibilities. Quite short, the Friedman doctrine alleges that a corporate executive should prioritise stockholders' demands.⁷⁷ Therefore, these executives are not dependent on fulfilling social responsibilities but on acting upon the desires of shareholders.⁷⁸

Center Working Paper No.03-27, December 2002) <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.202.2082>> last accessed 9 August 2021.

- 75 Dan Dalton and others, 'The Fundamental Agency Problem and Its Mitigation' (2007) 1(1) *The Academy of Management Annals* 1-64; Meri Boshkoska, 'The Agency Problem: Measuring for Its Overcoming' (2015) 10(1) *International Journal of Business and Management* 205-6.
- 76 See, Michael Jensen and William Meckling, 'Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure' (1976) 3(4) *Journal of Financial Economics* 310-1; James Ang, Rebel Cole and James Lin, 'Agency Costs and Ownership structure' (2000) 55(1) *Journal of Finance* 1-39.
- 77 Both US and UK corporate laws have evolved to employ stockholder-centric approach, as stockholders are capable of commending a company by appointing directors and approving critical decisions with the help of assigned executives, who have fiduciary duties to adopt course of actions to the best advantage for stockholders. This approach is termed as stockholder primacy. See, Gordon Smith, 'The Shareholder Primacy Norm' (1998) 23(2) *The Journal of Corporation Law* 277-8; John Matheson and Brent Olson, 'Corporate Cooperation, Relationship Management, and the Triological Imperative for Corporate Law' (1994) 78 *Minnesota Law Review* 1443-91; William Bratton and Joseph McCahery, 'Regulatory Competition, Regulatory Capture, and Corporate Self-Regulation' (1995) 73(5) *North Carolina Law Review* 1861-1948; Stephen Bainbridge, 'In defense of the shareholder wealth maximization norm: A reply to Professor Green' (1993) 50 *Washington and Lee Law Review* 1423-1447; Also see cases, *Dodge v. Ford Motor Co* (1919) 204 Mich. 459, 170 N.W. 668; *Churella v Pioneer State Mutual Insurance Co* (2003) 671 NW2d 125; *Davis - Louisville Gas and Electric Co* (1928) 16 Del Ch 157; *Unocal Corp v Mesa Petroleum Co* (1985) 493 A2d 946 (Del 1985); *Burwell v Hobby Lobby Stores Inc* (2014) 573 US 682.
- 78 Milton Friedman, 'A Friedman Doctrine: The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits' (*The New York Times Magazine*, 13 September 1970) <<https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>> last accessed 9 August 2021; Milton Friedman, *Capitalism and Freedom* (University of Chicago Press 1962).

while they need to make adequate R&D research investment to avoid the risk of creative destruction and disruptive innovation. All in all, the company's acquisition of its own shares always hinges upon shareholder primacy in connection with the short-termism of the major shareholders.

VII. CONCLUSION AND WAY FORWARD

The company takes on a more attractive role for investors when purchasing its circulating stocks because it boosts the EPS ratio. Therefore, short-term investors (i.e. those who want to derive profits in a short span of time) always keep a close watch for companies planning a scheduled buyback. This is because significant financial metrics such as the price to earnings ratio and the return on equity ratio automatically enhance the valuation of stocks. The company acquiring its own shares may be regarded as necessary so that its truly undervalued shares are not abused by third parties. However, if this repurchase is made to mislead investors and shareholders considering managerial optimism, then it will turn into a trap.

REFERENCES

- Abudy M, 'Retail Investors' Trading and Stock Market Liquidity', (2020) 54 *The North American Journal of Economics and Finance* 3
- Allen F and Gale D, 'A Comparative Theory of Corporate Governance' (Wharton Financial Institutions Center Working Paper No. 03-27, December 2002) <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.202.2082>> last accessed 9 August 2021
- Anand A, 'Regulating Issuer Bids: The Case of the Dutch Auction' (2000) 45 *McGill Law Journal* 133-54
- Andriosopoulos D and Lasfer M, 'The Market Valuation of Share Repurchases in Europe' (2015) 55(C) *Journal of Banking and Finance* 327-39
- Ang J, Cole R and Lin J, 'Agency Costs and Ownership structure' (2000) 55(1) *Journal of Finance* 1-39
- Aramonte S, 'Mind the buybacks, beware of the leverage' (BIS Quarterly Review, September 2020) <https://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt2009d.pdf> last accessed 9 August 2021
- Aripaka P, 'Apollo formally ends bidding war for Britain's William Hill' (Reuters, 12 November 2020) <<https://www.reuters.com/article/us-william-hill-m-a-apollo-idUKKBN27S0UX>> last accessed 9 August 2021
- Aydın A, *Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını Edinmesi* (Arıkan Yayıncılık 2008)
- Bainbridge S, 'In defense of the shareholder wealth maximization norm: A reply to Professor Green' (1993) 50 *Washington and Lee Law Review* 1423-1447
- Baker K, Powell G ve Veit T, 'Why companies use open-market repurchases: A managerial perspective' (2003) 43(3) *The Quarterly Review of Economics and Finance* 483-504
- Bebchuk L, Cohen A and Ferrell A, 'What matters in Corporate Governance?' (2009) 22(2) *Review of Financial Studies* 783-827
- Bezenberger T, *Erwerb Eigener Aktien Durch die AG* (Verlag 2002)
- Booth R, 'Capital Requirements in United States Corporation Law' (Villanova University School of Law Working Paper Series, 102 <<https://digitalcommons.law.villanova.edu/wps/art102>> last accessed 9 August 2021
- Booth R, 'Capital Requirements in United States Corporation Law' in Marcus Lutter (ed), *Legal Capital in Europe* (De Gruyter Recht, 2006)

- Boshkoska M, 'The Agency Problem: Measuring for Its Overcoming' (2015) 10(1) *International Journal of Business and Management* 205-6
- Bower J and Christensen C, 'Disruptive Technologies: Catching the Wave' (1995) 73 *Harvard Business Review* 43-53
- Bragg S, *Merger and Acquisitions: A Condensed Practitioner's Guide* (John Wiley and Sons 2009)
- Bratton W and McCahery J, 'Regulatory Competition, Regulatory Capture, and Corporate Self-Regulation' (1995) 73(5) *North Carolina Law Review* 1861-1948
- Burwell v Hobby Lobby Stores Inc* (2014) 573 US 682 *California Corporations Code*
- Caton G and Goh J, 'Corporate Governance, Shareholder Rights, and Shareholder Rights Plans: Poison, Placebo or Prescription?' (2008) 42(2) *The Journal of Financial and Quantitative Analysis* 381-400
- Chasiotis I, Georgantopoulos A and Eriotis N, 'Determinants of Share Repurchases a Quantile Regression Approach' (2021) 10(1) *Economics and Business Letters*
- Christensen C, 'The Ongoing Process of Building a Theory of Disruption' (2006) 23 *The Journal of Product Innovation Management* 39-55
- Churella v Pioneer State Mutual Insurance Co* (2003) 671 NW2d 125
- Companies Act 2006*
- Cox J, Greenwald D and Ludvigson S, 'What explains the Covid-19 stock market?' (National Bureau of Economic Research Working Paper 27784, 2020) <<http://www.nber.org/papers/w27784>> last accessed 9 August 2021
- Dalton D and others, 'The Fundamental Agency Problem and Its Mitigation' (2007) 1(1) *The Academy of Management Annals* 1-64
- Danielson M and Karpoff J, 'Do pills poison operating performance?' (2009) 12 *Journal of Corporate Finance* 536-59
- Dann L and DeAngelo H, 'Standstill agreements, privately negotiated stock repurchases, and the market for corporate control' (1983) 11(1-4) *Journal of Financial Economics* 275-300
- Davis - Louisville Gas and Electric Co* (1928) 16 Del Ch 157
- Delaware General Corporation Law*
- Deloitte, 'The rise of newly empowered retail investors: How they're changing customer expectations and investing dynamics' (2021) <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/financial-services/us-the-rise-of-newly-empowered-retail-investors-2021.pdf>> last accessed 9 August 2021
- Denis D and McConnell J, 'International Corporate Governance' (Purdue CIBER Working Papers No. 17, 2001) 1-2 <<https://docs.lib.purdue.edu/ciberwp/17/>> last accessed 9 August 2021
- Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council relating to certain aspects of company law (2017) OJ L 169/46
- Dodge v. Ford Motor Co* (1919) 204 Mich. 459, 170 N.W. 668
- Downen R, Johnson J and Jensen G, 'Poison Pills and Corporate Governance' (1994) 4 *Applied Financial Economics* 305-13
- Dynamics Corp. of America v. CTS Corp.* (1986) Nos. 86-1601, 86-1608 United States Court of Appeals, Seventh Circuit
- Engert A, 'Life Without Legal Capital: Lessons from American Law' in Marcus Lutter (ed), *Legal Capital in Europe* (De Gruyter Recht, 2006)

- Enriques L and Macey J, 'Creditors versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules' (2001) 86(6) *Cornell Law Review*
- Erdem F, 'Short-Termism in Publicly Listed Companies and Corporate Governance' (2021) 70 *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 1-18
- Erdem F, *The Suppression of Innovation: Testing the Open Nature of Article 102 TFEU* (Onikilevha, 2021)
- Ferran E, *Principles of Corporate Finance Law* (OUP 2008)
- Fowlkes K, 'Poison pills and their effect on shareholder return' (TRACE: Tennessee Research and Creative Exchange, 2019) <https://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3267&context=utk_chanhonoproj> last accessed 9 August 2021
- Friedman M, 'A Friedman Doctrine: The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits' (The New York Times Magazine, 13 September 1970) <<https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>> last accessed 9 August 2021
- Friedman M, *Capitalism and Freedom* (University of Chicago Press 1962)
- Gaughan P, *Mergers, Acquisitions and Corporate Restructurings* (John Wiley and Sons 2007)
- Gompers P, Ishii J and Metrick A, 'Corporate Governance and Equity Prices' (2003) 118 *Quantitative Journal of Economics* 107-55
- Grullon G and Ikenberry D, 'What do we know about stock repurchases?' (2000) 13 *Journal of Applied Corporate Finance*, 31-51
- Grullon G and Michaely R, 'Dividends, Share Repurchases, and the Substitution Hypothesis' (Rice University and Cornell University working paper, 2000)
- Gullifer L and Payne J, *Corporate Finance Law Principles and Policy* (Bloomsbury, 2015)
- Hartridge v. Rockwell* (1828) R. M. Charlton 260
- Harvey D, 'Neoliberalism as Creative Destruction' (2007) 610(1) *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 21-44
- He A, 'Buybacks: Look Before You Leap' (Harvard Law School Forum on Corporate Governance, 26 July 2021) <<https://corpgov.law.harvard.edu/2021/07/26/buybacks-look-before-you-leap/#comment-1208429>> last accessed 9 August 2021
- Heron R and Lie E, 'On the use of poison pills and defensive payoffs by takeover targets' (2006) 79(4) *The Journal of Business* 1783-1808
- Hitzelberger S, 'What effect do poison pills have on shareholder value' (2017) <run.unl.pt/bitstream/10362/26192/1/Hitzelberger_2017.pdf> last accessed 9 August 2021
- Hohaus B, 'Share Buybacks and Employee Stock Options' (2016) 16(4) *CESifo Forum* 79-81
- Hribar P, Jenkins N and Johnson B, 'Stock repurchases as an earnings management device' (2006) 41(1-2) *Journal of Accounting and Economics* 3-27
- Hunkar D, 'Average holding period for U.S. Stocks is Just 5-1/2 months in 2020' (Top Foreign Stocks, 4 August 2020) <<https://topforeignstocks.com/2020/08/04/average-holding-period-for-u-s-stocks-is-just-5-1-2-months-in-2020>> last accessed 9 August 2021
- Jensen M and Meckling W, 'Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure' (1976) 3(4) *Journal of Financial Economics* 310-1
- Jensen M, 'Agency costs of free cash flow, corporate finance, and takeovers' (1986) 76 *The American Economic Review* 323-9

- Kasumov A and Venkataramakrishnan S, 'US Companies prepare share buyback bonanza as Outlook clears' (Financial Times, 12 May 2021) <<https://www.ft.com/content/d7adb226-e9a6-4cd8-9049-35d55c211ca4>> last accessed 9 August 2021
- La Monica P, 'Love, but verify these buybacks' (2005) 34(8) Money 6-8
- Levy I, 'Purchase by a Corporation of Its Own Stock' (1930) 15(1) Minnesota Law Review 1512-1551
- Lipton M, 'Discussion Memorandum: Warrant Dividend Plan' (1982)
- Malatesta P and Walkling R, 'Poison pill securities: stockholder wealth, profitability, and ownership structure' (1988) 20(1) Journal of Financial Economics 347-76
- Manning B and Hanks J, *Legal Capital* (Foundation Press, 2013)
- Matheson J and Olson B, 'Corporate Cooperation, Relationship Management, and the Trialogical Imperative for Corporate Law' (1994) 78 Minnesota Law Review 1443-91
- McCabe B, 'The Desirability of a Share Buy-Back Power' (1991) 3(1) Bond Law Review 1991.
- McGinley M, 'Standing at the Crossroads: An Integrated Approach to the ESOP Repurchase Obligation' (2011), 2011(Winter) Insights 12-18
- Meade N and Davidson D, 'The Use of "Shark Repellents" to Prevent Corporate Takeovers: An Ethical Perspective' (1993) 12(2) Journal of Business Ethics 83-92 New York Business Corporation Law
- Miller J and McConnell J, 'Open-Market Share Repurchase Programs and Bid-Ask Spreads on the NYSE: Implications for Corporate Payout Policy' (1995) 30(3) Journal of Financial and Quantitative Analysis 365-82
- Model Business Corporation Act (2016)
- Nemmers E, 'The Power of a Corporation to Purchase Its Own Stock' (1942) 1942(2) Wisconsin Law Review 161-97
- Oakley P, *How to Pick Quality Shares: A three-step process for selecting profitable stocks* (Harriman House, 2017)
- Obligationenrecht
- Oh P, 'The Dutch Auction Myth' (2007) 42 Wake Forest Law Review 853-910
- Oringer A and Segal M, 'Winding Down Employee Stock Ownership Plans' (2017) Transactions & Business 33-41
- Pearce J, 'Hostile takeover defenses that maximize shareholder wealth' (2004) 47(5) Business Horizons 15-24
- Pettit J, 'Is a share buyback right for your company?' (2001) 79(4) Harvard Business Review 141
- Peyer U and Shivdasani A, 'Leverage and Internal Capital Markets: Evidence from Leveraged Recapitalizations' (2001) 59(3) Journal of Financial Economics 477-515
- Rickford J, 'Legal Approaches to Restricting Distributions to Shareholders: Balance Sheet Tests and Solvency Tests' (2006) 7 European Business Organization Law Review 139
- Ryngaert M and Scholten R, 'Have Changing Takeover Defense Rules and Strategies Entrenched Management and Damaged Shareholders?' The Case of Defeated Takeover Bids' (2010) 16(1) Journal of Corporate Finance 16-37
- Ryngaert M, 'The effect of poison pill securities on shareholder wealth' (1988) 20(1) Journal of Financial Economics 377-417
- Schön W, 'The Future of Legal Capital' (2015) 5 European Business Organization Law Review
- Schumer C and Sanders B, 'Schumer and Sanders: Limit Corporate Stock Buybacks' (The New York Times, 3 February 2019) <<https://www.nytimes.com/2019/02/03/opinion/chuck-schumer-bernie-sanders.html>> last accessed 9 August 2021
- Schumpeter J, *Capitalism, Socialism and Democracy* (Routledge 2003)

- Securities Exchange Act of 1934 (48 Stat. 881, 15 U.S.C. 78a-78kk)
- Shleifer A and Vishny R, 'A Survey of Corporate Governance' (1997) 52(2) *The Journal of Finance* 737-83
- Siems M and De Cesari A, 'The Law and Finance of Share Repurchases in Europe' (2012) 12 *Journal of Corporate Law Studies* 33-36
- Smith G, 'The Shareholder Primacy Norm' (1998) 23(2) *The Journal of Corporation Law* 277-8
- Sokolyk T, 'The Effects of Antitakeover Provisions on Acquisition Targets' (2011) 17 *Journal of Corporate Finance* 612-27
- Stacey N, Williams S and Beaumont S, 'Are poison pills finally coming to the UK?' (*Financier Worldwide*, February 2021) <<https://www.financierworldwide.com/are-poison-pills-finally-coming-to-the-uk#.YL-JGy2cbUo>> last accessed 9 August 2021
- Standard and Poor's, 'S&P 500 Stock Buybacks Up 117% in 2010; Share Repurchases Increase for the 6th Quarter in a Row' (*Cision PR Newswire*, 23 March 2011) <<https://www.prnewswire.com/news-releases/sp-500-stock-buybacks-up-117-in-2010-share-repurchases-increase-for-the-6th-quarter-in-a-row-118496299.html>> last accessed 9 August 2021
- Subramanian G, 'Bargaining in the Shadow of Peoplesoft's (Defective) Poison Pill' (Harvard Law School Discussion Paper No. 568, 2006)
- Subramanian G, 'Bargaining in the shadow of takeover defenses' (2003) 113(3) *The Yale Law Journal* 621-86
- Sunder D, 'The Controversial 'Poison Pill' Takeover Defense: How valid are the arguments in support of it?' (2013) 23 *NMIMS Management Review* 48-49
- Taylor v. Miami Exporting Co* (1831) 5 Ohio 162
- The German Stock Corporation Act (Aktiengesetz)
- Trevor and Another v Whitworth and Another House of Lords* (1887) 12 App. Cas. 409 UK City Code on Takeovers and Mergers
- Unocal Corp v Mesa Petroleum Co* (1985) 493 A2d 946 (Del 1985)
- van Horne J, *Financial Management and Policy* (Pearson, 2001)
- Velasco J, 'Just Do It: An Antidote to the Poison Pill' (2003) 52 *Emory Law Journal* 849-908
- Vermaelen T, 'Common Stock Repurchases and Market Signalling' (1981) 9 *Journal of Financial Economics* 139-83
- Vermaelen T, 'Share Repurchases' (2005) 1(3) *Foundations and Trends in Finance* 214
- Yallapragada R, 'Stock Buybacks: Good or bad for investors?' (2014) 12(2) *Journal of Business and Economic Research* 193-196
- Yardeni E and Abbott J, *Stock Buybacks: The True Story* (YRI Press 2019)
- Young S and Yang J, 'Stock Repurchases and Executive Compensation Contract Design: The role of earnings per share performance conditions' (2011) 86(2) *The Accounting Review* 703-33
- Zeng L and Luk P, 'Examining share repurchasing and the S&P buyback indices in the U.S. market' (S&P Dow Jones Indices, March 2020) <<https://www.spglobal.com/spdji/en/documents/research/research-sp-examining-share-repurchases-and-the-sp-buyback-indices.pdf>> last accessed 9 August 2021