



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 80 Sayı: 2022/2 ISSN 1300-9885

BİR GELİNCİĞE DE SEN
DESTEK OL (TURKCELL ve VODAFONE)

"BAGIS" yaz
Gönder **4306**'ya

Projeye gönderdiğiniz her SMS ile
5 TL'lik destek olabilirsiniz!

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA T: 0.312 416 72 00 F: 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

İhlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA T: 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

İhlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA T: 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Ankara Bar Association is being permanently



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
indexed in law databases.

İletişim Adresi | Contact

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Mizanpaj | Page Layout

Ankara Barosu | Ankara Bar Association

Basım Tarihi | Printing Date

2022

Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding

ARCS Dijital Ofset Matbaacılık

<http://arcs.com.tr>

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the review.

**ANKARA BAROSU DERGİSİ**

Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın
Ankara Barosu Başkanlığı, 2022
Tüm Hakları Saklıdır.
ISSN 1300-9885

**Dergide ileri sürülen görüşler
yazarlarına aittir.**

JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION

is a refereed review, issued quarterly
(January, April, July, October)
Presidency of Ankara Bar Association, 2022
All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885

**Articles published in this review reflect
the views of the authors.**

Sahibi Ankara Barosu Adına / Owner on Behalf of Ankara Bar Association
Av. Mehmet Eren TURAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editor
Av. Dr. Mahcemal SEYHAN

Editör / Editor
Doç. Dr. Veysel DİNLER

Eş Editör / Peer Editor
Av. Dr. Pınar NUR

ANKARA BAROSU YAYINLARI MERKEZİ
ANKARA BAR ASSOCIATION PUBLICATION CENTER

Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi / Coordinator Board Member
Av. Dr. Mahcemal SEYHAN

Merkez Başkanı / Head of the Center
Av. Prof. Dr. Cenker GÖKER

Başkan Yardımcısı / Vice President
Av. Dr. Pınar NUR

Genel Sekreter / Secretary
Av. Semra CİVAN

Sayman / Bookkeeper
Av. Uğur DOĞUŞ

Üyeler / Members

1. Av. Hacer Dilek BACANLI
2. Av. Nebile KISA İNCE
3. Av. Erkan KAYNARCA
4. Av. Ebru ALIUSTA
5. Av. Dr. Öğr. Üyesi İdris Hakan FURTUN
6. Av. Ebru EREN
7. Av. Emre Baturay ALTINOK
8. Av. Hatice İdil SELÇUK
9. Av. Elife UĞUR ÖRNEK
10. Av. Çiğdem DURKAN
11. Av. Pelin ATİLA
12. Av. Mehmet SEPİN
13. Av. Celal TOSUN
14. Av. Mehmet Refik ATALAY
15. Av. Ömer GÜNAY
16. Av. Ahmet AVCI
17. Av. Emre AYDUĞAN
18. Av. Zeynep SÜRÜCÜ
19. Av. Ezgi SELÇUK
20. Av. Dilruba Begüm KARTEPE
21. Av. Merve SİZER
22. Av. İlayda YEŞİLTEPE
23. Av. Durulcan SELÇUK
24. Av. Salim Berkay AKSU
25. Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
26. Av. Ayşegül KARAGÖZ
27. Av. Oğuzhan TUNA
28. Av. Pelin Bengü DAĞLI ASLAN
29. Av. Süleyman Sefa YAŞAR
30. Av. Sevda Nur GÜRSES
31. Av. Burak YILMAZ
32. Av. Ahmet COŞKUN
33. Av. Elif ŞAHİN
34. Av. Merve Sultan KOCAOĞLU
35. Av. Berra AKTAN
36. Av. Gözde UYSAL
37. Av. Ayça ELGİN
38. Av. Ümmü Bilge GÜNDÜZ
39. Av. İrem Nur GÖKGÜL
40. Av. Berkay ÖZDEMİR
41. Av. Leyla ŞAHAN
42. Av. Meltem ŞAHİN
43. Av. Selman BOZOKLU
44. Av. Emre ALTUN
45. Av. Hatice SAKALAR
46. Av. Nuran İZBELİ
47. Av. Anıl AKYOL
48. Av. Yalçın Berk AKGÜNEŞ

(Sicil numarasına göre)

ANKARA BAROSU DERGİSİ

DANIŞMA KURULU

1. **Prof. Dr. Levent AKIN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2. **Prof. Dr. Müslüm AKINCI**, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
3. **Prof. Dr. Ramazan ARSLAN**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
4. **Prof. Dr. İrfan BARLASS**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
5. **Prof. Dr. Sanem Suphiye BAYKAL**, TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
6. **Prof. Dr. Mehmet DEMİR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
7. **Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
8. **Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
9. **Prof. Dr. Fikret EREN**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
10. **Prof. Dr. Rifat ERTEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
11. **Prof. Dr. Selin ESEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
12. **Prof. Dr. İlke GÖÇMEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
13. **Prof. Dr. Cenker GÖKER**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
14. **Prof. Dr. Nadi GÜNAL**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
15. **Prof. Dr. Metin GÜNDAY**, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
16. **Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
17. **Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
18. **Prof. Dr. Hakan KARAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
19. **Prof. Dr. Ali Mehmet KOCAOĞLU**, Uluslararası Final Üniversitesi Hukuk Fakültesi
20. **Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
21. **Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ**, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
22. **Prof. Dr. Erdal ONAR**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
23. **Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK**, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
24. **Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK**, İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
25. **Prof. Dr. Alev ÖZKAZANÇ**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E)
26. **Prof. Dr. Fırat ÖZTAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
27. **Prof. Dr. Sühâ TANRIVER**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
28. **Prof. Dr. Durmuş TEZCAN**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

29. **Prof. Dr. Asuman TURANBOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
30. **Prof. Dr. Ayşenur TÜTÜNCÜ**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
31. **Prof. Dr. Ejder YILMAZ**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
32. **Prof. Dr. Süleyman YILMAZ**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
33. **Prof. Dr. Mustafa Tören YÜCEL**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
34. **Doç. Dr. Yıldız ABİK**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
35. **Doç. Dr. Olgun AKBULUT**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
36. **Doç. Dr. Gaye BAYCIK**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
37. **Doç. Dr. Veysel DİNLER**, Hitit Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi
38. **Doç. Dr. Serhat Sinan KOCAOĞLU**, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
39. **Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
40. **Doç. Dr. Saim ÜYE**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
41. **Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
42. **Doç. Dr. Bülent YÜCEL**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
43. **Dr. Öğr. Ü. Zeliha HACIMURATLAR SEVİNÇ**, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
44. **Dr. Öğr. Ü. Özge SIRMA GEZER**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
45. **Dr. Öğr. Ü. Zafer Ertunç ŞİRİN**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
46. **Dr. Öğr. Ü. Hamdi Deniz Ege GÖKTUNA**, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
47. **Av. Dr. Mahcemal SEYHAN**, Ankara Barosu
48. **Prof. Dr. Mohamad EL-GHAZI**, Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
49. **Prof. Dr. Felix HERZOG**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
50. **Prof. Dr. Joanna OSIEJEWICZ**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
51. **Prof. Dr. Pasquale POLICASTRO**, Szczecin Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
52. **Doç. Dr. Sunčana Roksandić Vidlička**, Zagreb Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Hırvatistan)
53. **Doç. Dr. Izabela GAWŁOWICZ**, Zielona Góra Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
54. **Dr. Clara da Mota Santos Pimenta ALVES**, Federal Yüksek Mahkeme (Brezilya)
55. **Dr. Fatma KARAKAŞ DOĞAN**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
56. **Av. Dr. iur. Necip Kağan KOCAOĞLU**, New York Barosu (ABD)

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Ankara Barosu Dergisi hukuk alanında teorik, mesleki ve uygulamaya dayalı yayınların geliştirilmesini amaçlayan, ULAKBİM/TR Dizin’de taranan hakemli bir bilimsel dergidir. Hakemli makalelerin yanında hakemsiz makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer mesleki yazılara da yer vermektedir.
2. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Hakemli makaleler Dergipark üzerinden gönderilmelidir (<https://dergipark.org.tr/tr/journal/1756/submission/step/manuscript/new>). Editöryal değerlendirme ve hakemlik süreçleri doğrudan Dergipark sistemi üzerinden yapılacağı ve yazarlar tarafından süreç izlenebileceği için, hakemli makaleler için zorunlu olmadıkça e-posta yoluyla iletişim kurulmayacaktır.
4. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makale kapak sayfasına eklenmelidir. Hakemli makalelerin sisteme yüklenen versiyonunda yazarın kimlik bilgileri yer almayacağı gibi, hakemlerin yazarın tanınmasını sağlayacak işaret veya ifadeler yer verilmemelidir. Kapak ve makale şablonuna <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından ulaşabilirsiniz.
5. Hakemli makaleler önce Editöryal değerlendirmeye alınacak ve uygun görülmesi halinde ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir.
6. Hakemli makale dışında kalan yazıların abym@ankarabarusu.org.tr adresine gönderilmesi gerekir. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (varsa ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalesin son sayfasına eklenmelidir.
7. Dergiye gönderilen tercüme edilmiş yazılar için, yazının sahibinin yayın izni ve metnin orijinali gereklidir.
8. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.
9. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
10. Yayın ilkeleri ve hakem süreciyle ilgili ayrıntılı bilgilere adresinden ulaşılabilir.

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAZIM KURALLARI

1. Yazım dili Türkçe ve İngilizcedir. Dergiye gönderilen yazıların yazım düzeltmesi Editörler/ Editör yardımcıları tarafından yapılır. Türkçe makalelerin yazımında, noktalamasında ve kısaltmalarda TDK Yazım Kılavuzu'nun en son baskısı esas alınır.
2. Ankara Barosu Dergisine gönderilecek makaleler "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) A4 sayfa düzeni normal, sayfa yapısı; üstten 2,5 cm, alttan 2,5 cm, soldan 2,5 cm, sağdan 2,5 cm, cilt payı 0, üstbilgi 1.25 cm, alt bilgi 1,25 cm olmalıdır. Sayfa numaraları alt ortada gösterilmelidir.
3. Yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil; Satır aralığı 1,5 ve sonra 6 nk olmalıdır. Dipnotlarda Times New Roman, 10 punto, satır aralığı 1 olmalıdır.
4. Hakemli makalelerin Türkçe ve İngilizce özetlerin (toplam 400 kelimeyi geçmeyecek şekilde); her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Makalenin Türkçe Başlığı > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
5. Başlıklandırma 5 düzeyi aşamaz (önerilen 3 düzeydir). Başlıklandırma şu şekilde yapılmalıdır:

I. BİRİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜRÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

A) İKİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜRÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

1- Üçüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

a) Dördüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

i. En Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük, Koyu ve Eğik Gerekmedikçe Kullanmayın

6. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden sonra verilmelidir. Atıflar, metin içinde gösterilmez.
7. İlk atıfta kaynağın tam künyesi verilmeli, aynı esere takip eden atıflar, aşağıda gösterilen örneklerle uygun olarak kısaltılmış olarak verilir. (Age, agm, agk, ibid, id, loc. cit.) bir önceki kaynağa işaret eden kısaltmalar kullanmayınız. Metin içinde makalenizin başka bir bölümüne dikkat çekmek için dipnotta sayfa numarası vermeyiniz. Metin içinde atf yapılmamış eserler, kaynakçada gösterilmez.
8. Ankara Barosu Dergisinde yayınlanan makaleler, The Chicago Manual of Style (17th Edition, Notes and Bibliography) atıf ve referans sistemi esas alınarak hazırlanmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

9. Kitap, editörlü kitap, e-kitap, çeviri kitap, kitap bölümü, dergi makalesi, bildiri, rapor, ansiklopedi maddesi, kitap tanıtımı, tez, gazete yazısı, röportaj, web içerik, blog yazısı vb tüm farklı yazı türleri atıf örneklerini <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından bulabilirsiniz.
10. Mahkeme kararları, kısaltmalar ve noktalama işaretlerinin kullanımında bir standart oluşturmak amacıyla; lütfen makalelerinizi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> yazılı kurallara uygun bir biçimde düzenleyiniz.

Başkanın Mesajı | President's MessagesXV
Av. Mehmet Eren TURAN

Hakemli Makaleler Peer Reviewed Articles

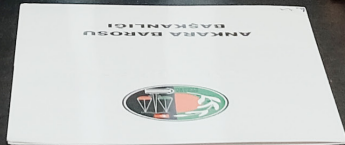
- 1** Rehinli İşlemlerde Lex Commissoria Yasağının Türk ve Rus İlgili Mevzuat Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi 1
Dr. Öğr. Üyesi Nazım AKSOY
- 2** Nükleer Güç Santrali Projelerine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim..... 39
Burcu YARDIM
- 3** Adli Kontrol Tedbiri Kapsamında Konutunu Terk Etmeme Yükümlülüğü: Ev Hapsi..... 101
Arş. Gör. Berna Ayşen YILMAZ
- 4** Covid-19 Pandemisinde Uzaktan Eğitim: Kamu Hizmeti İlkeleri Çerçevesinde Bazı Değerlendirmeler..... 189
Dr. Öğr. Üyesi Sezin ÖZTOPRAK
- 5** Bireysel Portföy Yönetim Sözleşmesi Kapsamında Portföy Yöneticisinin Hukuki Sorumluluğu..... 251
Av. Korhan ARMAĞAN
- 6** Kamu Hizmetinin Temel İlkeleri Bağlamında Elektrik Hizmeti..... 279
Dr. Arş. Gör. Ilgın ÖZKAYA ÖZLÜER

- 7** Zilyetliğin Korunmasında Yabancılık Unsuru, Yetkili Mahkemenin Tayini, Uygulanacak Hukukun Tespiti İle Esasa Türk Hukukunun Uygulanışı Hakkında Bir İnceleme..... 317
Doç. Dr. Aslı BAYATA CANYAŞ
Doç. Dr. Arif Barış ÖZBİLEN
- 8** Devlet Sırrı ve İfade Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme 351
Dr. Arş. Gör. Ömer E. EGELİĞİ

Makaleler

Articles

- 1** Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin, Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması, Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?..... 401
Av. Talih UYAR
- 2** 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun Ek-1. Maddesi Üzerine Bir Değerlendirme..... 499
Av. Seçkin ÖZTÜRK
- 3** Kontrgaranti Sözleşmeleri..... 505
Av. Eşref Can GÜRBÜZ



Av. Mehmet Eren Turan
Av. Mehmet Eren Turan
Başkan



BAŞKANIN MESAJI

PRESIDENT'S MESSAGES

Kıymetli MeslektaŐlarım,

Ankara Barosu Dergisi'nin 2022/2 sayısı çerçevesinde, birbirinden değerli yazarımızın kaleme aldığı hakemli ve hakemsiz makaleler ile karŐınızdayız. Ankara Barosu Yayınları Merkezimizin katkılarıyla, kısa bir süre içerisinde birbirinden değerli çalışmaları sizlerle buluŐturmanın mutluluğunu yaŐıyoruz.

Avukatlık Kanunu ile kendisine verilen gevleri yerine getiren, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını kendisine görev edinen ve birbirinden değerli avukatların kayıtlı olduğu Baromuz bünyesinde, akademik ve teorik çalışmaların yer alması bizler için çok değerli. Nitekim teori ve pratik birbirinden ayrılmaz bir bütün olup, birbirini besleyerek gelişen bu iki önemli unsurun Baromuz çatısı altında birleşmesi gurur verici.

Bu sayımızda, "Rehinli İŞlemlerde Lex Commissoria Yasağının Türk ve Rus İlgili Mevzuat Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi", "Nükleer Güç Santrali Projelerine İlişkin Uyuşmazlıkların zmnde Tahkim", "Adli Kontrol Tedbiri Kapsamında Konutunu Terk Etmeme Yükümlülüğü: Ev Hapsi", "Covid-19 Pandemisinde Uzaktan Eğitim: Kamu Hizmeti İlkeleri erçevesinde Bazı Değerlendirmeler", "Bireysel Portföy Yönetim Sözleşmesi Kapsamında Portföy Yöneticisinin Hukuki Sorumluluğu", "Kamu Hizmetinin Temel İlkeleri Bağlamında Elektrik Hizmeti", "Zilyetliğin Korunmasında Yabancılık Unsuru, Yetkili Mahkemenin Tayini, Uygulanacak Hukukun Tespiti ile Esasa Türk Hukukunun Uygulanışı Hakkında Bir İnceleme" ve "Devlet Sırrı ve İfade zgrlğ: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları erçevesinde Bir İnceleme" başlıklı hakemli makalelerimiz ile; "Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin, Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması, Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?", "1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun Ek-1. Maddesi zerine Bir Değerlendirme" ve "Kontrgaranti Sözleşmeleri" başlıklı hakemsiz makalelerimiz yer almaktadır.

Bu vesileyle, hukukun çeşitli alanlarından kaleme aldıkları değerli eserlerle dergimize katkılarını sunan akademisyen ve meslektaŐlarıma teŐekkürü bir borç bilirim. Ankara Barosu Dergisi'nin 2022/2 sayısının, değerli meslektaŐlarım ve okuyucularımıza faydalı olmasını diliyor, dergimizin yayımında emeği geçen herkese en içten teŐekkürlerimi sunuyorum.

Av. Mehmet Eren TURAN
Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

Rehinli İşlemlerde Lex Commissoria Yasağının Türk ve Rus İlgili Mevzuat Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi

Nazım AKSOY*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (naksoy@mehmetakif.edu.tr)
orcid.org/0000-0002-1835-7476

Makale Geliş Tarihi: 12 Mayıs 2021 **Makale Kabul Tarihi:** 7 Nisan 2022

Atıf önerisi: Aksoy, Nazım. “Rehinli İşlemlerde *Lex Commissoria* Yasağının Türk ve Rus İlgili Mevzuat Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 2 (Nisan 2022): 1-37. DOI: [10.30915/abd.1141904](https://doi.org/10.30915/abd.1141904)

REHİNLI İŞLEMLERDE LEX COMMISSORIA YASAĞININ TÜRK VE RUS İLGİLİ MEVZUAT HÜKÜMLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

Tacir faaliyetlerini yerine getirirken her zaman öz kaynaklarından yararlanmaz ve kredi kullanır. Zira malvarlığının zilyetliğinin devredilmeden sadece rehin sözleşmesinin tesciliyle rehin hakkı tesis edilerek kredi çekilebilmektedir. Bu tür rehinlerde rehin sözleşmesi kredi kuruluşları ile tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler arasında veya tacir ve/veya esnaf arasında yapılabilmektedir. Türk hukukunda alacaklıya, borç ödenmediği durumda, rehin konusunun mülkiyetini talep etme hakkı getirilmiştir. Bu durum rehin hukukundaki prensiplerden lex commissoria yasağına aykırılığı nedeniyle çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Benzer bir düzenleme Rus hukukunda da görülmektedir. Çalışmada bu yasağın temeline değinilerek, söz konusu düzenlemenin isabeti Türk ve Rus mevzuatlarının ilgili hükümleri açısından değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

ticari işlemler

Lex commissoria

taşınır rehni

KOBİ

Rus hukuku

EVALUATING THE LEX COMMISSORIA PROHIBITION IN SECURED TRANSACTIONS IN TURKISH AND RUSSIAN RELEVANT LEGISLATION PROVISIONS

ABSTRACT

The merchant does not always use its own resources and uses credit while performing its activities. Because, without transferring the possession of the assets, it can only take credit by establishing the right of pledge with the registration of the pledge agreement. In such pledges, a pledge agreement can be made between credit institutions and merchants, tradesmen, farmers, producers' organizations, self-employed real and legal persons or between merchants and/or tradesmen. In Turkish law, the creditor has been given the right to claim the ownership of the pledge subject in case the debt is not paid. This situation has caused controversy due to the violation of the principles of pledge law prohibition of lex commissaria. A similar legal arrangement can be seen in Russian law. In this study, by referring to the basis of this prohibition, the accuracy of the said regulation is evaluated in terms of Turkish and Russian relevant legislation provisions.

Keywords

Commercial transactions

Lex commissoria

Movable pledge

SME

Russian law

GİRİŞ

Türk hukukunda 20/10/2016 tarihinde kabul edilen ancak yürürlük tarihi 01/01/2017 olarak belirlenen 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (TİTRK)^[1] ile, yaklaşık yarım asırlık geçmişine karşın, toplamda 5000'eyakın ticari işletme rehninin kurulmasından dolayı, 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun (TİRK)^[2] beklenen sonucu karşılamaması nedeniyle yürürlükten kaldırılmasının güncellenme ihtiyacından kaynaklandığı düşüncesindeyiz.^[3] Bununla birlikte, her ne kadar yeni olarak nitelendirilebilecek TİTRK, bazı yazarlar tarafından ileri sürüldüğü gibi, UNCITRAL Teminatlı İşlemler Model Kanunu'ndan örnek alınmışsa da,^[4] TİTRK'in ideal bir düzenleme olmadığı ve çeşitli tartışmalara yol açtığı da bilinmektedir. Bu tartışmaların başında olan ve en çok gündeme gelen husus, TİTRK'de düzenlenen rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya devrinin *lex commissoria* yasağının ihlalinin olup olmadığına ilişkin husustur. Aşağıda konuyla ilgili Türk ve Rus mevzuatları incelenerek, söz konusu yasağının tarihi, gelişim süreci, TİTRK'in ilgili hükmü ile ihlal edilip edilmediği, bu yeni düzenlemeye yol açan gerekçelerin ve TİTRK'in söz konusu düzenleme dolayısıyla hukukiliği konuları ele alınmıştır. Çalışmada, Rus hukukuna değinilmesinin temel nedeninin, Rusya'nın da Türkiye gibi gelişmekte olan bir ülke olmasıyla birlikte, aşağıda da görüleceği üzere, her iki ülkenin Avrupa Birliği'nin müktesebatına uyum süreçlerinde mevzuatlarında yapılan revizyonların değerlendirilmesinde *lex commissoria* yasağına ilişkin düzenlemelerinin karşılıklı olarak esas alınabilmesidir. Zira her iki ülkenin hukuk sistemlerinde benimsenmiş olan *lex commissoria* yasağı ile birlikte, ticari işletme rehninde borcun ödenmemesi durumunda rehin konusu malın mülkiyetinin alacaklıya geçmesi hukuken mümkün kılınmıştır. Türk hukukunda konuyla ilgili yapılan eleştirilerden yola çıkılarak, Türkiye gibi

[1] Yayımlandığı RG: T. 28/10/2016 S. 29871

[2] Yayımlandığı RG: T. 28/07/1971 S. 13909

[3] Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 23. baskı (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017), 49, dn. 1.

[4] Aslı Makaracı Başak, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Lex Commissoria Anlaşması Yasağına İstisna Getirip Getirmediği Konusu Üzerine Bir Değerlendirme," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (Aralık, 2019): 746, dn. 3. <https://doi.org/10.21492/inuhfd.598731>

gelişmekte olan ve benzer mevzuat hükümlerine sahip ülkelerden biri olan Rus hukukundaki duruma değinilmiştir. Bununla da bir ülkenin hukuk sisteminde benimsenen ilkelere karşın, bu tarz düzenlemenin esas gerekçeleri üzerinde durulmak istenmiştir. Çalışmada rehin işlemlerinde *lex commissoria* yasağına geçmeden önce borç ilişkilerinde teminatların neler olduğu yönünde kısa bilgiler verilecek ve rehlin de bir teminat türü olduğu belirtilerek konunun anlaşılması açısından genelden özele doğru bir yöntem izlenecektir. Çalışmada her iki ülkenin mevzuatlarındaki hükümlerine ve konuyla ilgili öğretilerdeki görüşlere değinildikten sonra, sonuç kısmında elde edilen veriler doğrultusunda her iki ülkenin mevzuatları açısından durum değerlendirmesi ile görüşümüze yer verilmiştir.

I. TİCARİ İŞLEMLERDE REHİN

A) GENEL OLARAK TEMİNATLAR

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her bir tarafın üzerine düşen yükümlülüğünü yerine getirmesi beklenir. Hukuk terminolojisinde borcun konusunu oluşturan bu yükümlülük edim olarak ifade edilmektedir.^[5] Normal şartlarda bir işleme gerek olmadan edim yükümlülüğü her bir tarafın taahhüdü olarak değerlendirilir^[6]. Borç ilişkilerinde taraflarca taahhüdün yerine getirilmesini sağlamaya yönelik çeşitli teminatlara başvurulmaktadır. Teminatlar rehin, kefalet, garanti gibi çeşitli kavramlarla açıklanabilir. Bunlardan rehin, doktrinde: “*Rehin, bir alacak yerine getirilmediği takdirde, hak sahibine başkasına ait bir mal veya hakkın paraya çevrilmesi yoluyla elde edilen tutardan öncelikle alacağını alma yetkisi veren sınırlı bir aynı haktır*” şeklinde tanımlanmıştır.^[7]

[5] Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 29.

[6] Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 31 vd.; Osman Gökhan Antalya, *6098 sayılı Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2012), 11 vd.

[7] Tanımlar için bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir: *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 891; Şeref Ertaş: *Eşya Hukuku*, (İzmir: Barış Yayınları Fakülter Kitabevi, 2015), 539; Ayşe Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 640; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku III Sınırlı Aynı*

Bunun gibi diğer teminat türü olan kefalet sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) tanımlanmıştır. Buna göre, “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir*” (TBK m. 581).^[8] Diğer bir teminat türü ise garanti sözleşmesidir. Garanti sözleşmesi, her ne kadar TBK’de düzenlenmemiş olsa da, doktrinde nitelik bakımından TBK’nin 128. maddesinde düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme olarak kabul edilmektedir.^[9] Doktrinde garanti sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: “*Taraflardan birinin (garanti veren), bir üçüncü kişinin belli bir davranışını veya bir teşebbüsün sonucunu ve üçüncü kişinin temin edilen eylemi yapmaması veya sonucun meydana gelmemesi halinde diğer tarafa (garanti alana) tazminat ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmedir*”.^[10]

Borçluya ya da üçüncü kişiye ait olan eşya veya hak üzerinde, herkese karşı ileri sürülebilen, aynı hak sahibi kılan ve borç ödenmediğinde eşyanın veya hakkın paraya çevrilerek alacağını alma imkânını sağlayan teminatlar

Haklar, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 153; Faruk Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 1.

- [8] Kefalet sözleşmesi, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 483’üncü maddesinden farklı olarak sadece sözleşmelerden borcun kaynağını oluşturan haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya kanun tarafından tanınmış herhangi bir durumdan kaynaklanan borçlar için de verilebilecektir. Eski hüküm şu şekilde idi: “*Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüt eder*”. Bkz. Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 32; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), 423; Abdülkadir Arpacı, Rona Serozan ve Hüseyin Hatemi, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1992), 521; Necip Bilge, *Borçlar Hukuku – Özel Borç Münasebetleri*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1971), 364.
- [9] Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 406; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, 421; Eren, *Borçlar Hukuku*, 1180 vd.
- [10] Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen: *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 829-830. Bununla birlikte, doktrinde teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmesi ve yöneltmeyi amaçlayan (saf) garanti sözleşmesi olmak üzere iki çeşit garanti sözleşmesinden söz edilmektedir. Bu yönde geniş bilgi için bkz. Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 831-32; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, 421-22.

aynı teminatlardır. Bunlara örnek olarak nakit para, hisse, yatırım fonları veya maddi değeri olan taşınırın rehni ile taşınmaz rehni, gemi ipoteği vs. gösterilebilir.^[11] Borçlunun borcunu ödememesi durumunda kendisi dışında borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerce alacaklıya güvence verilmesi ise şahsi teminatır.^[12] Kefalet, aval, garanti, itibar emri vs. şahsi teminatlara örnek olarak verilebilir.^[13] Her iki teminat türü hukuken mümkün olmakla birlikte, her bir teminatın diğerine oranla üstün tarafları olduğu kanaatindeyiz. Zira aynı teminatla aradaki borç ilişkisinde üçüncü bir kişinin müdahalesi olmadan bir teminat sağlanması olanaklı iken; şahsi teminatın avantajı ise, borçlunun borcunun kendi mal varlığının dışında üçüncü bir kişi tarafından şahsen tüm borcu üstlenilmesi suretiyle ikili ilişkiye ek bir destek verilmektedir. Bu her iki duruma örnek verecek olursak, aynı teminatlarda alacaklının, diğer alacaklılara göre teminat konusu somut değer üzerinde bir öncelik (rüçhan) hakkının sağlanmasına karşın, şahsi teminatta, teminat veren kişinin borç karşılanana kadar tüm malvarlığının sınırsız olarak (kanunen haczedilemeyecek malvarlığı hariç) icraya konu olması ve alacağın tahsili imkânı sağlanmaktadır.^[14]

B) KREDİ SÖZLEŞMELERİNDE TEMİNATLAR

Kredi kelimesi Latince'nin “*credere*”, İngilizcedeki “*credit*” veya “*loan*” kelimesinden gelmekte olup dilimizde “*inanma*”, “*itibar*”, “*güven*”, “*saygınlık*” olarak tercüme edilmiştir.^[15] Türk Dil Kurumu Sözlüklerinden “*Güncel Türkçe Sözlük*”e göre kredi: “*Borç ödemede güvenilir olma durumu*” olarak

[11] Osman Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 90, 127 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku*, 87, 406, 751; Ayan, *Borçlar Hukuku*, 266; Gencer Özdemir, *Konut Kredileri ve Konut Kredilerinde Teminat İşlemleri*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 146.

[12] Eren, *Borçlar Hukuku*, 88.

[13] Özdemir, *Konut Kredileri*, 146.

[14] Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku*, 177-80; Eren, *Borçlar Hukuku*, 89 vd.

[15] Ünal Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 1988), 351; Mehmet Vurucu ve Mustafa Ufuk Arı, *Güncel Gelişmeler Işığında Bankacılıkta Kredi Bilgisi*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 21.

açıklanmıştır.^[16] Doktrinde yer alan bir görüşe göre ise kredi: “*Hazır bir satın alma gücünün kullanılmasının belli bir süreliğine başka biri lehine vazgeçilerek bu gücün ona teslim edilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır.^[17] Başka bir görüş bankacılık açısından krediyi ele almıştır. Buna göre kredi: “*Bir bankanın yapacağı değerlendirme süreci sonucunda talepte bulunun kişilere, yasal düzenlemeler ile bankanın kendi düzenlemeleri ve kaynakları doğrultusunda, belirli limitler dâhilinde tanıdığı nakit veya nakit dışı kullanım hakkıdır*”.^[18] Diğer bir tanımla ise: “*Kredi, geri ödeneceğine güvenilen kişiye borç para verme*” olarak tanımlanmıştır.^[19]

Kredi sözleşmeleri denildiğinde, farklı ayrımlara tabi tutulan kredi türleri karşımıza çıkmaktadır.^[20] Şöyle ki: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’na^[21] (BK) göre nitelikleri açısından nakdi ve gayrinakdi krediler; kredinin vadelerine göre kısa, orta, uzun vadeli krediler; teminata bağlanması veya bağlanmaması açısından açık veya teminatlı krediler ve sair ayrımlar örnek olarak verilebilir (BK m. 48).^[22] Bu kredilerden çalışmamız açısından önemli olan son örnekteki ayırımda belirtilen teminatlı kredilerdir. Bankacılıkta, özellikle de kredi sözleşmelerinde, kredinin geri ödenmesini tehlikeye sokabilecek birden çok risk unsuru olabilmektedir. Bu riskler; bir işletmenin ticari riskleri, finansal yapısından kaynaklanan riskler, kötü yönetimden veya kredinin yanlış

[16] Türk Dil Kurumu Sözlükleri, erişim 10 Eylül 2021, <https://sozluk.gov.tr/>

[17] Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, 350.

[18] Bkz. Vurucu ve Arı, *Bankacılıkta Kredi Bilgisi*, 21.

[19] Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü (Öğrenciler için)*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 456.

[20] Kredi türleriyle ilgili geniş bilgiler için bkz. Selahattin Tekinay, vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1993), 156; Tamer İnal, *Açıklamalı – İçtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri İsviçre Hukuku – Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında*, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2002), 268; Cengiz Kostakoğlu, *Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar*, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996), 104.

[21] Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 01/11/2005 Sayı: 25983 (Mükerrer).

[22] Kredi türleri ile ilgili geniş bilgi için bkz. Senar Çağırğan Tuncer ve Yasin Ulusoy, “Kredi ve Kredi İşlemlerinin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi”, *Pamukkale Journal of Eurasian Socioeconomic Studies* 6, no. 2 (Aralık, 2019): 44 vd.

yapılandırılması ve kullanılarak kaynaklanan ve sair riskler olarak ayrımlara tabi tutmak mümkündür.^[23] Dolayısıyla kredi sözleşmelerinde kredinin geri ödeneşinin sağlanabilmesini temin edebilmek için söz konusu risklere karşı kredi borçlularından belirli teminatlar alınması gerekmektedir. Burada teminatın tarafı bakımından ikili ayırım söz konusu olmaktadır. İlk ayırım, bankanın müşterisinin borç ilişkilerindeki şahıslara karşı banka üzerinden sağladıkları teminatlardır. Yani burada banka, müşterisinin garantörü vasfı ile hareket etmektedir. Örneğin garanti kredisi vererek banka, müşterisinin kurduğu veya kuracağı bir hukuki ilişkide, müşterisinin bu hukuki ilişkiden doğan borcunu yerine getirmemesi riskine karşın, banka, müşterisinin riskini üstlenebilmektedir.^[24]

Diğer bir teminat türü olarak kabul kredisinde bir banka, müşterisinin, örneğin ithalatlarının bedelini, ihracatçı tarafından keşide edilen poliçeyi kabul ederek ödemeyi sağlar. Diğer bir ifade ile, bankanın bir müşterisinin senedinin sorumluluğunu almasına kabul kredisi denmektedir.^[25] Keza bankanın müşterisi için vermiş olduğu teminat mektupları ile, bir belgenin sunulması halinde ödeme yapmayı kabul etmesi halinde diğer bir teminat türü karşımıza çıkmaktadır. Teminat mektuplarının hukuki niteliği konusunda yaşanan tartışmalar 13.12.1967 tarihli ve E.1966/16, K.1967/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile son bulmuş ve bu mektupların garanti sözleşmesini oluşturduğu belirtilmiştir.^[26] Söz konusu kararda:

...Taahhütleri ihtiva eden Sözleşmelerde çok defa taraflardan biri, karşı tarafın vecibesini yerine getireceği konusunda geçerli bir banka teminatı istemekte ve bankalarca verilen bu gibi taahhüt belgelerine teminat mektubu denilmektedir. Banka teminat mektupları bir bakımdan üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde olup daima yazılı şekilde düzenlenmektedir. Bu mektupta genellikle bankanın

[23] Oruç Alkılınc, "Bankaların Kredi İşlemleri", 7, erişim 14 Nisan 2021 <https://docplayer.biz.tr/607070-12-bolum-bankaların-kredi-islemleri-yrd-doc-dr-oruc-alkilinc.html>

[24] Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, 372.

[25] Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, 402.

[26] Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. "Teminat Mektuplarında Vade ve Zamanaşımı", erişim 11 Mayıs 2021 <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/teminat-mektuplarında-vade-ve-zamanasimi/en/>; Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, s. 375.

sorumlu olacağı en yüksek miktar rakamla gösterilmektedir. Bankanın sıfatı, teminatı veren olduğundan, taahhüdü; esas sözleşmeyi yapan taraflardan ve esas akidden ayrı ve tamamıyla müstakildir. Bankanın taahhüdü lehdarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak tecessüm eder. Banka bu teminat mektubu ile bir sözleşmeye bağlanmış şahsın vebibesini yerine getirmesini ve yerine getirmedeği takdirde teminatı alan şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alır. Bir kimse, asıl borçlunun ileri sürebileceği itirazlara bakılmaksızın borcun yerine getirilmemesinden doğan zararın tazminini kabul etmesi halinde, o kimse garanti veren durumundadır. Üçüncü şahsın fiilini garanti eden, yani bu şahsın bir şey yapacağını başkasına vaadeden şahıs müstakil bir taahhüt altına girmiş olup, o şeyin yerine getirilmemesi halinde müsbet ve karşılık mahiyette zarar ve ziyan tediyesine mecburdur. Garanti akdinin kefaletten farkı; kefilin borcu fer'î mahiyeti haiz, yani asıl borca munzam ikinci bir derecede bir taahhüt olduğu, kefil borcun tediyeye edilmesinde tazminat vermeği değil asıl borçluca icrası lâzım olan taahhüdün ifasını, yani borcu ödemeyi üzerine aldığı halde; garanti veren kimsenin borcu, fer'î değü müstakil niteliği taşımış olmasıdır. Garanti veren, asıl taahhüdün icrasıyla değil, zarar ve ziyan tediyesiyle yükümlüdür. Teminat mektubunu veren banka, bir borç yüklendiğinden bu akdın borçlusu ve teminatı alan ise alacaklısı durumundadır. Sözleşme hükümlerini yerine getirme yönünden fiilî taahhüt edilen üçüncü şahıs ise bu garanti sözleşmesinin taraflarından değildir. Bu garantinin geçerli olabilmesi için, bu fiilin üçüncü şahıs tarafından yapılabileceğinin düşünülmesi yeterlidir. Teminat altına alınan sonucun gerçekleşmesi halinde bu taahhüt ortadan kalkar.^[27]

Diğer bir ayırım, bankanın müşterisi ile arasındaki borç ilişkisinden kaynaklanan teminatlara ilişkindir. Yani bankanın müşterisi ile kredi ilişkisinde müşterisinin krediyi geri ödememesi veya ödeyememesi durumunda bankaca belirli teminatların alınmasıdır. Bu teminatlar taşınır rehni, taşınmaz rehni (ipotek), alacak üzerinde rehin, kıymetli evrakın rehni, teminat amacıyla temlik şeklinde ve sair şekillerde olabilmektedir.^[28]

[27] Kararın tam metni için bkz. 5 Nisan 1968 tarih ve 12867 sayılı Resmi Gazete, erişim 14 Ocak 2022 <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12867.pdf>

[28] Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, 361; Vurucu ve Arı, *Bankacılıkta Kredi Bilgisi*, 29; Özdemir, *Konut Kredileri*, 146.

C) REHİN

Türk hukukunda rehin hakkı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) taşınmaz rehni (TMK m. 850) ve taşınır rehni (TMK m. 939) olmak üzere, ikili ayrıma tabi bir şekilde sınırlı ayni hakların bir türü olarak düzenlenmiştir. Haklar üzerindeki rehin ise, (TMK m. 954) taşınır rehni altında bir rehin türü olarak düzenlenmiştir.^[29] Bununla birlikte, rehin hakkının tanımına ilişkin bir hüküm TMK'de yer almamaktadır. Doktrinde ise, rehin hakkı, farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bazı yazarlara göre, rehin hakkı, bir borç ilişkisinde alacaklının sahip olduğu ayni teminatır.^[30] Bunun gibi farklı tanımlara da rastlamak mümkündür. Buna göre rehin hakkı: “*Rehin ile teminat altına alınmış alacak ödenmediği takdirde, hak sahibine taşınır, taşınmaz mülkiyetini veya başka bir hakkı paraya çevirme ve elde edilen tutardan öncelikle alacağını tahsil etme yetkisi veren bir hak*” olarak tanımlanmıştır.^[31] Dolayısıyla rehlin, sadece eşya üzerinde değil, aynı zamanda alacaklar ve diğer haklar üzerinde de kurulabilmesi mümkün kılınmıştır. Zira TMK'nin m. 954 hükmüne göre, alacaklar ve diğer hakların rehnedilebileceği, aksine bir hüküm bulunmadıkça, bunların rehni hakkında da teslimle bağlı rehin hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.^[32]

Yukarıda belirtildiği üzere, bankanın müşterisi ile arasındaki borç ilişkisinden kaynaklanan teminatlar kapsamında, bankanın müşterisi ile kredi ilişkisinde müşterisinin krediyi geri ödememesi veya ödeyememesi durumunda bankaca taşınır rehni, taşınmaz rehni, alacak üzerinde rehin, kıymetli

[29] Taşınır rehinle ilgili geniş bilgi için bkz. Ayşe Lale Sirmen, *Alacak Rehni*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990), 3-5; Alper Uyumaz, “Medenî Kanun Dışındaki Kanunlarda Düzenlenmiş Taşınır Rehni Çeşitleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. 4 (Ekim, 2017): 451 vd.

[30] Tanımlar için bkz. Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel: *Türk Eşya Hukuku*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978), 1010; Sirmen, *Alacak Rehni*, 5.

[31] Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, *Eşya Hukuku*, 890; Geniş anlamda rehin denildiğinde hem taşınır hem de taşınmaz rehin anlaşılmalıdır. Bu yönde bkz. Alfred Martin ve Necmeddin Berkin, “Rehlin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 22, no. 1-4 (1957): 229.

[32] Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1042; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 362.

evrakın rehni ve sair şekillerde borçlunun malvarlığı üzerinde rehin tesis edebilmektedir.^[33] Örneğin, ticari işlerde bankalar veya diğer kredi kuruluşları ticari işletmeler ile esnaf işletmeleri ticari işletmelerin rehni suretiyle krediler kullandırabilmektedir. Söz konusu rehin ve konuyla ilgili TİTRK ile düzenlemiştir. Söz konusu Kanun, TMK'nin (m. 939, 964) rehinle ilgili kural ve ilkelerden ayrılarak, aşağıda da görüleceği üzere, farklı hükümleri barındırmaktadır. Bu Kanun'a göre kredi temininin karşılığında rehnedilecek unsurların zilyetliğinin devrine ihtiyaç duyulmamaktadır. Her bir unsurun kendi sicillerine tescili için (TİTRK m. 4/1, 8, 9) ilgili sicillere rehin veren veya rehin alan tarafından başvuru şartı olmadan teslimsiz olarak rehnin geçerli olması söz konusu olmaktadır. Zira söz konusu Kanun'un “*Amaç ve kapsam*” başlıklı ilk maddesinde Kanun'un amacının; teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırın kapsamının genişletilmesi, taşınır rehinde aleniyetin sağlanması ile rehnin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmak için çıkarıldığı belirtilmiştir (TİTRK m. 1/1).

II. LEX COMMISSORIA YASAĞI

A) GENEL OLARAK YASAĞIN TARİHİ GELİŞİMİ VE SEBEBİ

Rehin hakkının temelini Roma dönemine dayandığı söylenebilir. Rehin, bir kimsenin eşyasını borcuna güvence oluşturması konusunda rehin olarak verilmesi yönünde anlaşmadır.^[34] Keza *lex commissoria* anlaşması da yine Romada ortaya çıkmıştır. Şöyle ki; eğer kararlaştırılan tarihte para ödenmezse, toprak sahası satılmamış sayılacaktır. Anlaşmada yer alan bu şartın adına *lex commissoria* şartı denildiği savunulmuştur.^[35] *Lex commissoria* yasağı ile aslında “sözleşmeye ekli bir kloz (şart)” olarak Türkçe'ye çevrilmesi gerekir.

[33] Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, 361.

[34] Orijinal metin şu şekilde verilmiştir: “*Contrahitur hypothecae per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae*” olarak tanımlanmıştır. Bkz. Иван Новицкий ve Иван Перетёрский: Римское частное право (*Roma Özel Hukuku*), (Moskova: Knorus Yayınları, 2014), 377.

[35] “*Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit*” Новицкий ve Перетёрский, Римское частное право, 371. Erden Kuntalp, *Lex Commissoria*

Bu ifadedeki “*lex*” kelimesi ile, sözleşme klozu (şartı) kastedilmektedir. “*Lex*” kelimesi, Roma’da Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru bir hukuki işlem yapılırken bu işlemin yan unsuru olarak taraflardan biri için getirilen özel bir yükümlülük anlamında kullanılmaktaydı. Ayrıca Roma hukuku kaynaklarında rehin sözleşmelerine eklenen *lex commissoria* ile satıcının (borçlunun) borcunu ödemediğinde rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya geçebileceğine ilişkin bir şart olarak eklenebilmekteydi. Ancak söz konusu dönemde borçlunun istismarına yol açan bu durum sonucunda o dönemin Roma İmparatoru Constantinus tarafından *lex commissoria* anlaşması MS. 326 yılında yasaklanmış ve bu durum günümüze kadar geçerliliği korumuştur. Dolayısıyla rehinli malın mülkiyetini devrini yasaklayan bu durumun esasında borçlu korunmakta ve rehinli mal sadece satılmak suretiyle elde edilen rakamla alacaklının alacağı kapatılır geriye kalan tutar (*superfluum, hyperocha*) ise borçluya iade edilmelidir.^[36]

Lex commissoria anlaşmasının Roma İmparatoru Constantinus tarafından yasaklanmasının birden fazla gerekçesi vardı. Bu gerekçelerin başında söz konusu yasağın aslında rehin hakkının özüne aykırılık oluşturma gelir. Zira rehinde amaç, borç ödenmediği durumda alacaklının rehin konusunu sattırarak paraya çevirmesi ve bu şekilde alacağın elde edilmesidir. Dolayısıyla rehinli malın tamamı üzerinde mülkiyet hakkının devri değildir. Yasağın ikinci gerekçesi, rehin verenin gabine karşı korunmasıdır. Dolayısıyla rehin verenin zor durumda kalarak alacağı para karşılığında değerli malın mülkiyetinin karşı tarafa geçirilmesinde meydana gelecek haksız kazancın engellenmesidir. Son gerekçe ise, rehinli alacaklının rehin verenin zor durumundan yararlanmasının ahlaka aykırı olarak değerlendirildiği düşüncesidir. Nitekim bu sebeplerin tümü bir araya getirildiğinde *lex commissoria* anlaşmasının yasaklanması ile rehin veren borçlunun rehin konusunun satışından doğan değer farkının borçluya iade edilerek alacaklıya karşı korunma amacıyla konulduğu söylenebilir.^[37]

Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı, İnan Kıracı’ya Armağan, (Ankara: 1995), 153, 160, 161.

[36] Geniş bilgi için bkz. Özlem Söğütlü, *Roma Özel Hukuku – Ders Kitabı*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 459-60.

[37] Bu yönde bkz. Makaracı Başak, “Ticari İşlemlerde Taşınır,” 747.

B) TÜRK HUKUKUNDA LEX COMMISSORIA YASAĞI

1- 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Açısından Lex Commissoria Yasağı

Günümüz hukuk sistemlerine bakıldığında, Roma hukukundan kaynaklı^[38] bu yasağın Roma Germen hukuk sistemini benimseyen Türk hukukunda da yerleştiği görülmektedir. Zira borç ödenmediğinde riskin gerçekleşmesi nedeni ile rehin konusu malın Türk hukukunda, TMK'ye göre ancak icra yoluyla satışından elde edilen parayla alacak ödenmektedir (TMK m. 965/I).^[39] Helvacı, *lex commissoria* anlaşmasını, borcun ifa edilmemesi durumunda rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceği yönündeki tarafların anlaşması olarak değerlendirmiştir.^[40] Türk hukukunda rehin konusu malın mülkiyetinin alacaklıya geçişini sağlamaya yönelik anlaşmalar TMK'de yasaklanmıştır. Şöyle ki, taşınmazların rehinlerinin düzenleyen TMK'nin "*Rehnin paraya çevrilmesi*" başlıklı m. 873/II. fıkrası hükmünde "*Borcun ödenmemesi hâlinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir*" hükmü yer almaktadır (TMK m. 873/II).

Bununla birlikte, taşınır rehnini açıklayan TMK'nin "*Mülkiyetin geçememesi*" başlıklı 949'uncu maddesinde de "*Borcun ödenmemesi hâlinde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersizdir*" şeklinde benzer bir hüküm yer almaktadır (TMK m. 949). Buradan yola çıkarak denilebilir ki, *lex commissoria* yasağına ilişkin hükümler Türk hukukunda, hem taşınır hem de taşınmazlara ilişkin rehinlerde taraflarca aksinin kararlaştırılmayacağı emredici hükümlerdir. Yine de belirlemek gerekir ki, söz konusu madde hükmünde, tarafların rehinli malın devrini sağlayan anlaşmada, anlaşmanın tamamının geçerliliğinin değil, ancak rehin konusu malın mülkiyetinin geçeceğine ilişkin kısmının geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır.

[38] Bkz. Erdal Özsunar, "Roma Hukukunda Rehin Hakkı (Pignus-Hypotheca)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2 (Aralık, 2005), 152, dn. 81.

[39] Benzer bir hüküm 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 83'üncü maddesinde de düzenlenmiştir. Buna göre: "*Alacaklı, ipotegİN kapsamına giren mamelek unsurları üzerinden alacağını, ancak cebri icra yolu ile alabilir*" (TSHK m. 83/I).

[40] İlhan Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre (Mürtehinin Merbunu Temellük) Yasağı* (MK m. 788/c. 2 ve MK m. 863), (İstanbul: Alfa Yayınları, 1997), 1.

2- 6750 Sayılı Ticari İşlerde Taşınır Rehni Kanunu Açısından Lex Commissoria Yasağı

a) 6750 Sayılı Ticari İşlerde Taşınır Rehni Kanunu Açısından Rehin

Türk hukukunda taşınır işlem rehni TİRK yerine TİTRK'de düzenlenmiştir (TİTRK m.17). 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren TİTRK'de, yürürlüğe girmesinin ardından kanun koyucu tarafından bir yıl sonra 7099 sayılı Kanun ile değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişikliklerle TİTRK'in kapsamına, idari para cezasına, iyiniyetli üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasına ilişkin çeşitli hükümlerin eklendiği görülmüştür.^[41] TİTRK hükümlerine genel hatları ile bakıldığında, TMK ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümlerinde yer almayan veya yer almasıyla birlikte ticari hayatın döngüsüne yeterli olmayan hükümleri içerdiği anlaşılmaktadır. Gerçekten de TİTRK ile özellikle küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin (KOBİ) ticari faaliyetleri desteklenecektir. Zira KOBİ'nin ticari faaliyeti çoğu zaman dış finansmana bağlıdır. Bu finansmanın temini ise genellikle kredi kuruluşlarından sağlanmakta olup, bunun için ise kredi kuruluşlarının güvenilir ve maddi değeri olan teminatları talep ettikleri görülmektedir.^[42] Bir KOBİ'nin işletmesini veya işletmesinde yer alan tesisatları rehin olarak göstermesi durumunda, bu teminatların zilyetliğini rehin alana teslim ederek genel hükümlere göre devretmesi gerekirdi (TMK m. 939/1, 954/2). Bu durum ise rehin verenin kredi çekmesi için satın alacağı tesisatlarını kullanamayacağı anlamını taşıyacaktır. Bununla da, ne kredi çeken ticari faaliyetine devam edebilecek, ne de rehin alan kredi kurumu rehinli varlıkların bakımı, deposu vs. masrafların karşılanması gibi istenmeyen durumlar ortaya çıkacaktı.^[43]

İşte bu sakıncaların bertaraf edilebilmesi adına kanun koyucu tarafından TİTRK tekrar gözden geçirilerek güncel bir düzenleme yapılması hedeflenmiştir. Bu düzenleme ile ticaretle uğraşanlara, ticari işletmesine alınacak tesisatlarını ve diğer maddi değeri olan varlıklarını kredi kuruluşuna

[41] Erişim 18 Nisan 2021 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180310-9.htm>

[42] H. Ercüment Erdem, "Ticari İşletme Rehninde Güncel Sorunlar", *Bankacılar Dergisi*, no. 76 (Mart, 2011): 42 vd.

[43] Arkan, *Ticari İşletme*, 48.

teslim etmeden rehin gösterilmek suretiyle kredi çekmesine imkân vermesi, TİTRK'in esas amacını taşımaktadır. Bununla birlikte, TİTRK hükümlerinin sadece tacirlere ilişkin olmayıp, rehin sözleşmesinin kredi kuruluşları ile esnafın, çiftçinin, üretici örgütünün, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişileri arasında, ayrıca tacir ve/veya esnaf arasında yapılabilmesine açıkça imkân tanınması, tacir dışındaki kişiler açısından uygulanabilmesinden dolayı önemli bir yasal düzenleme olduğu da söylenebilir (TİTRK m. 3)^[44]. Bununla birlikte, TTK'nin 12. maddesinin 3. fıkrasında geçen “*tacir gibi sorumlu olanlar*”, tacirlere tanınan haklardan yararlanamayacaklarından ve sadece iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olacaklarından, bu kişilerin Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca kurulacak bir rehin sözleşmesinde taraf olamayacakları doktrinde ifade edilmiştir.^[45]

TİTRK ile kanun koyucu tarafından mülga TİRK hükümlerinde yer almayan, netlik gerektirecek konularında önemli eksikler giderilmiş ve bazı hususlarda daha pratik çözümler üretilmiştir. Örneğin TİRK'te yer alan noterde tanzim hususu, TİTRK'e yapılan düzenleme ile, rehin sözleşmesinin elektronik ortamda ya da yazılı olarak düzenlenebileceği hükme bağlanmıştır (TİTRK m. 4/2). Yazılı olarak düzenlenen rehin sözleşmesinin sicile tescil edilebilmesi için doktrinde yer alan bir görüşe göre, tarafların imzalarının noterce onaylanmasına alternatif olarak sözleşmenin sicil yetkilisinin huzurunda imzalanmasına olanak sağlanmıştır.^[46] Bununla da, rehin verenin, zaman kaybı yaşanmadan, direkt sicil yetkilisinin huzurunda işlemlerin gerçekleştirilmesinin, dolayısıyla tek bir birimde yapılmasının rehin işlemlerinin kolaylaştırılması açısından önemli bir gelişme olarak değerlendirilebileceği düşüncesindeyiz (TİTRK m. 4/4).

[44] Makaracı Başak, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni”, 746.

[45] Bu yönde bkz. Belin Köroğlu Ölmez, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 129 (Mart-Nisan, 2017): 266.

[46] Doktrinde, üçüncü kişinin borçlu lehine rehin vermesi durumunda, rehin sözleşmesinin üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılmış sayılacağı, ancak bunun için üçüncü kişinin, TİTRK'in 3'üncü maddesinin emredici hüküm olması gerekçesi ile, söz konusu maddede sayılan kişilerden biri olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu yönde bkz. Arif Duran, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesi Taraflarının Hak ve Yükümlülükleri”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (Aralık, 2016): 107.

Son olarak yine TİTRK'den farklı olarak hangi ürünlerin taşınır işlemlerin rehininde teslimsiz olarak rehin karşılığı kredi çekilebilecek varlıkların rehinin konusu olabileceği ve bu varlıkların 7099 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle sınırlı olmadığı belirtilmesinin de olumlu bir gelişme olduğunu söylemek mümkündür (TİTRK m. 5/1-p). TİTRK m. 5'de aşağıdaki taşınır varlıklar üzerinde teslimsiz rehin kurulması mümkün kılınmıştır. Bunlar: alacaklar, çok yıllık ürün veren ağaçlar, fikri ve sınai mülkiyete konu haklar, hammadde, hayvan, her türlü kazanç ve iratlar, başka bir sicile kaydı öngörülme-yen ve idari izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsatlar, kira gelirleri, kiracılık hakkı, makine ve teçhizat, araç, ekipman, alet, iş makinaları, elektronik haberleşme cihazları dâhil her türlü elektronik cihaz gibi menkul işletme tesisatı, sarf malzemesi, stoklar, tarımsal ürün, ticaret ünvanı ve/veya işletme adı, ticari işletme veya esnaf işletmesi, ticari plaka ve ticari hat, ticari proje, vagon, üçüncü kişiler zilyetliğindeki taşınır varlık, hak ve paylı mülkiyet hakları ve benzeri her türlü taşınır varlık ve haklardır (TİTRK m. 5).

b) 6750 Sayılı Kanun Açısından *Lex Commissoria* Yasağı

Yukarıda sayılan ve rehin veren lehine TİTRK'le yapılan değişikliklerin yanı sıra, söz konusu Kanun'da borçların süresinde ifa edilmemesi hâlinde rehin konusu malın mülkiyetinin rehin alana devredilmesi hükmüne de yer verilmiştir. Mülga TİTRK'de olmayan bu husus, Türk hukukunda ilk defa TİTRK'de düzenlenmiş ve çeşitli tartışmalara sebep olmuştur.^[47]

Tartışmaların odağında, Kanun'da rehinli işlemlerde önemli ilkelerden biri olan *lex commissoria* yasağının ihlalinin olduğuna yönelik iddialar söz konusudur. TİTRK m.14/f.1/a'da geçen hüküm şu şekilde düzenlenmiştir:

... borçların süresinde ifa edilmemesi hâlinde alacaklı, birinci derece alacaklı ise icra dairesinden 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 24 üncü maddesi uyarınca rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilir. Bu halde icra dairesi, bu devri Sicile bildirir. Rehinli taşınırın, Kanununun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca belirlenen değerinin, birinci derece alacaklının toplam alacağından fazla olması durumunda, aradaki fark miktarından, diğer

[47] Tartışmalar için bkz. Hikmet Bilgin, "6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İcra-İflâs Hukuku Açısından Genel Bir Bakış", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 31 (Temmuz, 2017): 622-24.

derecelerdeki alacaklılara karşı, birinci derece alacaklı ile rehin veren müteselsilen sorumludur.

Keza 31 Aralık 2016 tarihli ve 29935 sayılı Resmî Gazete çıkarılan ve TİTRK’de belirtilen rehin sözleşmesine ve bununla ilgili hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasları düzenleme amacını taşıyan yönetmelik de TİTRK’le birlikte aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Gümrük ve Ticaret Bakanı’nın yürüteceği “*Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik*”in (Yönetmelik) 29/1’inci maddesi ve devamı hükümleri de takibin nasıl yapılacağı hususlarını düzenlenmektedir. Buna göre, alacaklının alacağını alamadığı takdirde, borçludan rehinli taşınırın mülkiyetinin kendisine devrini kanuni bir hak olarak talep edebileceği ifade edilmektedir.^[48] Bu durumun ise *lex commissoria* yasağının ihlali olarak değil, kanuni bir istisna veya meşru bir durum değerlendirilmesi olarak yorumlanması gerektiği sonucu çıkmaktadır.^[49] Oysa Roma-Germen hukuk sistemini benimseyen ülkelerde bu durumun temel ilkelere aykırı olduğu düşüncesi hakimdir.^[50] Yönetmeliğin son maddesinde TİTRK ve uygulamasına ilişkin Yönetmelik’te hüküm bulunmayan hallerde TMK’nin taşınır ve taşınmaz rehnine ilişkin hükümleri ile 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun (İİK) ipoteğin paraya çevrilmesi hakkındaki hükümlerinin kıyasen uygulanacağı hükme bağlanmıştır (Yönetmelik m. 42).

Bununla birlikte, Türk hukukunda konuyla ilgili başlıca üç farklı görüş söz konusudur. İlk görüş, rehinli alacaklıya mülkiyeti talep etme yetkisinin tanınmasını sağlayan TİTRK hükmünün *lex commissoria* yasağına aykırı olduğu görüşüdür.^[51] Şit İmamoğlu’na göre, TİTRK hükmü Anayasa’nın

[48] Merve Ürem Çetinel, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninde Rehin Veren Rehin Konusu Üzerindeki Tasarrufları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (Aralık, 2019): 339.

[49] Gökhan Antalya ve Faruk Acar, *Ticari İşlerde Taşınır Rehni*, (İstanbul: Aristo Yayınları, 2017), 144.

[50] Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Özsunar, “Roma Hukukunda Rehin Hakkı,” 160.

[51] Rehin sözleşmelerinde mülkiyetin devrine ilişkin kayıtlarının geçersiz olacağı yönünde bkz. Celal Göle ve Gökhan Aydoğan, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATIDER)* 33, no.1 (Haziran, 2017): 45; Konuyla ilgili çeşitli tartışmalar için

13'üncü maddesine aykırı olduğundan, sözleşmeye bu yönde koyulan kayıtlar da geçersizdir.^[52] Antalya/Acar tarafından savunulan diğer görüşte, TİTRK'in, söz konusu hükmünün *lex commissoria* yasağına kanunen bir istisna getirildiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, burada genel yasağa, özel hükmün genel hükme göre önceliği nedeni ile bir istisna getirildiği ve alacaklının bu hakkı ancak temerrüt sonrası kullanabileceği^[53] ve rehinli malın satışından alacağı aşan tutarın iade edileceği (TİTRK m.14/2), dolayısıyla *lex commissoria* ile amaçlanan borçlunun sömürülmesi durumunun söz konusu olmayacağı savunulmaktadır.^[54] *Lex commissoria* yasağına aykırılık bulunmadığını savunan Oğuz ve Gürpınar tarafından ise, TİTRK'in ilgili hükmünün ne yasağa aykırılık teşkil ettiği, ne de yasağın bir istisnasını oluşturduğu savunulmaktadır^[55]. Bu görüşü destekleyen yazarlar, yasağın TİTRK düzenlemesi geniş olarak ele alındığında, borçlu konumunda olan rehin vereni koruyan hükümlerin yer aldığını ve *lex commissoria* yasağının dar yorumlanmasının kanunun ruhuna uygun olacağını savunmaktadırlar. Ayrıca rehin konusunun değerinin tespitinde objektif yöntemlerin getirilmiş olması (TİTRK m.13) ve taşınır varlıkların borcu karşılaması hâlinde, işletmenin diğer unsurlarının rehin dışı kalacağını belirtmesini düzenleyen

bkz. Mustafa Alper Gümüş, "6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Bakımından Temerrüt Sonrası Haklar", (bildiri Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Şubat 2018): 199-25.

- [52] Başak Şit İmamoglu, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 22, 40.
- [53] Dolayısıyla rehin hakkının sözleşmenin kurulma aşamasında, henüz rehinli alacağın müecceleyet döneminde alacaklıya bu hakkın tanınması hukuken mümkün değildir. Bu yönde bkz. Esra Hamamcıoglu ve Argun Karamanlıoglu, "6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İlişkin Bazı Tespitler", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 2 (Ocak, 2017): 130-31.
- [54] Bu yönde bkz. Zeliha Dereli, "Lex Commissoria Yasağı", (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Ankara Üniversitesi, 2009), 38-9; Antalya ve Acar, *Ticari İşlerde Taşınır Rehni*, 144.
- [55] Sefer Oğuz, "Ticari İşlemlerde Teslimsiz Tescilli Taşınır Rehni", *Türkiye Bankalar Birliği Dergisi*, no. 100 (Mart, 2017): 25; Damla Gürpınar, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehininin Teslime Bağlı Taşınır Rehni Kurallarından Ayrılan Yönleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 1 (Aralık, 2017): 145 vd.

TİTRK m. 5/II- son cümlesi dikkate alındığında, hukuka aykırı bir durumun olmadığı ifade edilmiştir.^[56]

Bu çerçevede görüşler değerlendirildiğinde TİTRK'in, söz konusu hükmün *lex commissoria* yasağına kanunen bir istisna getirdiği görüşüne katılmamızın daha doğru olacağı kanaatindeyiz. İlk görüşe katılmamızın nedeni, düzenlemenin gerekçesinden kaynaklanmaktadır. Zira Anayasa'nın 13. maddesinde: “*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir*” hükmü yer almaktadır. Keza Anayasa'nın 35. maddesinde: “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla madde hükmünde kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamaların ancak bir kanunla yapılabileceği belirtilmektedir. Her iki maddenin hükümlerinin birlikte değerlendirilmesiyle denilebilir ki, temel hak ve hürriyetlerin Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceği düşüncesindeyiz. *Lex commissoria* yasağına aykırılık bulunmadığını savunan üçüncü görüşe katılmamaktayız. Zira, Roma hukukundan günümüze kadar gelen uygulamanın dar yorumlanmasının mümkün olmadığı, şayet böyle bir konuda istisna konulacaksa da, bu istisnanın taraflardan güçlü olanın zayıfı sömürme imkânının bertaraf edilebilmesi konusunda gerekli tedbirlerin ancak taraflar üstü bir erkin alması gerekeceği düşüncesindeyiz. Konuyla ilgili istisnai hükümlerin sadece kanun tarafından alınmasının gerekliliği hususu da zaten Anayasa'da düzenlenmiştir (AY. m. 13, 35).

Bununla birlikte, TİTRK'te yer alan ilgili hükmün amacının borçlunun sömürülmesinin olmadığı ve mülkiyetin devri suretiyle yapılacak olan satıştan alacağın artan kısmının rehin verene iade edileceğinden düzenlemenin Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olduğu kanaatindeyiz. Zira Yönetmelik'in “*Mülkiyetin devri sonrası yükümlülükler*” başlıklı 38'nci maddesinin ikinci fıkrasında geçen “*Rehinli taşınır varlığın mülkiyetini devralmaya hakkı olan rehin alacaklısı, eksper raporunda belirtilen değerden az bir alacağına sahipse fazla olan tutarı icra müdürlüğü hesabına yatırarak*”

[56] Oğuz, “Ticari İşlemlerde,” 25.

mülkiyeti devralabilir” hükmüne göre borçlunun malının rehinli malının devrindeki usul dikkate alındığında, her hangi bir sömürünün olmadığı da ortaya çıkmaktadır. Ayrıca mülkiyetin devrinin Kanun’dan kaynaklandığı ve mülkiyet hakkının yine Anayasa’nın 13 ve 35. maddelerine göre, ancak kanunla sınırlandırılabilceği hükmü de göz önünde tutulduğunda, TİTRK’nın özel bir kanun olduğu ve söz konusu hükmün Anayasa’ya ve diğer mevzuat hükümlerine uygun bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

Bununla birlikte, adı geçen düzenlemenin borçlunun almış olduğu kredinin teminatı olarak göstermiş olduğu rehinli malın devrinde, objektif kriterler dâhilinde değer tespitinin yapılması durumunda kanundan kaynaklı bir yükümlülüğün söz konusu olduğu ve borçlunun bu yönde zımnen de olsa rızasını gösterdiği yorumu yapılabilir. Zira, TİTRK’te yer alan bu düzenleme ile, Cansel’in de belirttiği gibi, borçlunun temerrüdünden sonra geçerli olan rehin konusunun rehin alana devredilmesine ilişkin sözleşmenin, ifa uğruna edim olarak alacağın bir sona erme şekli olarak algılanması gerekir. Dolayısıyla alacaklıya tek taraflı olarak tanınmış bir yetkinin, kanunen tanınmış bir hak olarak görülmesi gerekmektedir.^[57]

Son olarak belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda konuyla ilgili Makaracı Başak tarafından yapılan detaylı çalışmada, yukarıda zikredilen görüşler birlikte değerlendirilmiş ve Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile getirilen düzenlemenin sonuç olarak *lex commissoria* yasağının kapsamında olmadığı savunulmuştur. Yazar tarafından ayrıca, rehin sözleşmesinde rehin konusu malın piyasada rayiç bir bedeli olan veya olmayan bir mal olarak ayırımı tabi tutularak da açıklamalarda bulunulmuştur. Açıklamaya göre, rehin konusunu piyasada rayiç bedeli olan bir mal oluşturmakta ise bu durum *lex commissoria* yasağı kapsamında olmayacaktır. Zira bu durumda, rehin sözleşmesi kurulurken taraflar rehin konusu malın objektif olarak uzmanlarca değerini bilebilirler. Buna karşılık, rehin konusunun piyasada rayici olmayan taşınır mallardan olması durumunda ise, yine de değerinin objektif olarak belirlendiği bir sistemin kurulmuş olması nedeniyle bu düzenlemenin de *lex commissoria* yasağı kapsamında olmayacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla rehin konusunun mülkiyetinin talebine yönelik düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinde taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunduğundan hareketle, rehinli alacaklıya borca aykırılıkta tanınan malın mülkiyetini

[57] Bu yönde bkz. Erol Cansel, *Türk Menkul Rehni Hukuku, Teslim Şartlı Menkul Rehni I*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1967), 192.

talep etme hakkının *lex commissoria* yasağına aykırı olmadığı, hatta bu yasağın kapsamına girmediğinden Kanun ile getirilmiş bir istisna olarak da yorumlanmaması gerektiği belirtilmiştir.^[58]

C) RUS HUKUKUNDA UYGULANMASI

1- Rusya Hukukunda Rehin Hakkının Tarihi Gelişimi

Lex commissoria yasağının Roma hukukundan kaynaklanmasından hareketle ve Roma Germen hukuk sistemini benimseyen yine Türkiye gibi gelişmekte olan Rusya mevzuatına da, çalışmamız kapsamında değinilecek ve TİTRK ile getirilen hükmün Rus mevzuatından hareketle bu şekildeki düzenlemenin gerekçesine bakılarak değerlendirmede bulunulacaktır. Eski Rusya'da, Bizans hukukunun etkisine rağmen, taahhüt edilen yasal ilişki uzun süre emekleme döneminde kalmıştı.^[59] XI'inci yüzyılın Rusya'sında kredi sözleşmesi hakkında çok fazla bilgiler olmamakla beraber, Rus devrim öncesi araştırmacılarından Zagorovsky'ye göre, özel hukuk ilişkileri ile ilgili diğer konular gibi kredi konularının da uzun zamanda örf ve adet hukuku kapsamında olduğu ve oluşan ihtilafların prenslerin/asillerin mahkemesinden (Княжеский суд) ziyade, halk mahkemeleri (Народный суд)^[60] tarafından çözüldüğü bildirilmektedir. Bu görüş, Rus Hakikatinin Muhtasar (Kısa) Sürümü'nün^[61] özet bildirisinin 15'inci maddesinde yer almaktadır. Madde

[58] Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Makaracı Başak, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni," 753-55.

[59] Margarita Blinova, "Concerning The Emergence Of Pledge In Ancient Rus", *Politics, Economics, Law*, no. 6 (Haziran, 2019), 7, <https://doi.org/10.24158/pep.2019.6.7>

[60] Prens (Княжеский и народный суд) mahkemesi, prens veya temsilcileri tarafından yürütülen bir mahkemedir. Rus hukuk sisteminin bir parçasıydı. Halk mahkemeleri ise genel olarak halkın yargılandığı alt sınıfın mahkemesidir. Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Sergey Cherbachenko, *Княжеский и Народный Суд в Древней Руси (Eski Rusya'da Prens ve Halk Mahkemesi)*, (San Petersburg: San Petersburg Devlet Üniversitesi Yayınları, 2007), 10 vd.

[61] "Russian Truth/ Pussian Justice" isimli eserlerin üç baskısı vardır: Kısa baskı (Özet), Büyük baskı (Genişletilmiş) ve Kısaltılmış baskı (Kısaltılmış). Bu baskılar Rusya'nın 13-18'inci yüzyılların hayatta kalan çeşitli el yazmalarına ait 110'dan fazla kopyadan oluşmaktadır. Bunlardan en eskileri de dâhil olmak üzere 100'den fazla kopya "Genişletilmiş Baskı"ya aittir. Bu koleksiyon tarihçi Vasily Tatishchev tarafından

hükmüne göre, mülkiyet ihtilaflarına on iki kişilik bir heyet tarafından, büyük olasılıkla da, bir topluluk mahkemesi tarafından bakıldığını göstermektedir. Nitekim söz konusu dönemde rehin anlaşmalarının sözlü şekilde yapıldığı, şahitler huzurunda bile herhangi bir belgeden bahsedilmediği gerçeğinin de söz konusu bildiriden anlaşıldığı öğretiler ileri sürülmüştür.^[62]

Bununla birlikte, ilk kez yasama düzeyinde, Rus Hakikatının Evrensel (Genişletilmiş) Sürümü'nde, borç yükümlülüklerini güvence altına almanın bir yolu olarak teminattan bahsedilmektedir. Hemen ifade etmek gerekir ki, Evrensel Sürüm'de yer alan bilgiye göre, teminat malvarlığı üzerinde değil, ancak kişinin şahsı üzerinde kurulmaktaydı. Diğer bir ifade ile teminat, kefalet olarak görülmekteydi, ancak modern hukukta olduğu gibi kefilin malvarlığı üzerinde değil, bizzat şahsında olmaktadır.^[63] Sosyo-yasal bir olgu olarak kişiler üzerinde rehin, eski Rus hukuku açısından gayet doğal karşılanmaktaydı. Zira borcun yerine getirmekle yükümlü olan borçlunun şahsına yüklenen sorumluluk türleri eski çağlarda doğu ülkeleri de dâhil olmak üzere, Antik Atina'da ve Antik Roma'da Solon reformlarından önce de yaygın olarak görülmekteydi.^[64]

Rus devrimi öncesi araştırmacı Tovstoles, en eski Rus çağında, kolektif mülkiyetin toprağın oluşturduğunu, taşınır mülkiyetini ise, kural olarak, en gerekli ev eşyalarının oluşturduğunu ileri sürmüştü. Bu bağlamda: “*Bir insanın özgürce sahip olabileceği tek değer kendi kişiliğiydi ve ihtiyaç halinde kendisini diğerine teminat için göstermesi gereken de kendisiydi*” şeklinde tanımlamıştır. Eski çağda ipotek ve satış senedi birbirine yakın işlemler olarak

Novgorod kroniklerinden birinin metninde keşfedildi ve 1738'de Rusya Bilimler Akademisi'ne teslim edildi. Metnin yorumlanmış ilk baskısı, 1767'de August Ludwig von Schleser tarafından yayınlanmıştır. Geniş bilgi için bkz. erişim 28 Nisan 2021, https://ru.qwe.wiki/wiki/Russkaya_Pravda

[62] Alexander Zagorovsky, *Historical Essay on the Pledge under Russian Law until the End of the 20th Century*, (Kiev: Kiev University Typography, 1875), 78.

[63] Benzer durum Roma hukukunda da söz konusuydu. Bu yönde bkz. Özsunar, “Roma Hukukunda Rehin Hakkı”, 138, 159.

[64] Николай Товстолес, “Сущность Залога в Историческом Развитии по Русскому Гражданскому Праву” (Rus Medeni Hukukunun Tarihsel Gelişiminde Rehin Özü), Журнал Министерства Юстиции (*Adalet Bakanlığı Dergisi*), no. 8 (Ekim, 1898): 141.

kabul edilmekteydi ve rehin kavramı esasen bu kavramlara yabancı karakter taşımaktaydı. Borçlunun ancak iflas etmesi halinde, mülk (babadan kalan mamelek kastedilerek) üzerindeki mülkiyet hakkının alacaklıya geçmekte olduğu ileri sürülmüştür.^[65]

Günümüzdeki anlamda taşınır ve taşınmaz mülkiyeti rehnin kredi yükümlülüklerin yerine getirilmesinin ana teminat yolu olarak ilk kez XV. yüzyılın sonu ile XVI. yüzyılın başlangıcında değerlendirilmiştir. Rehin ile teminat altına alınan işlemlerin XV. yüzyılın ikinci yarısından itibaren XVI. yüzyılın başlangıcından önce Rus toprakları üzerinde sosyo-ekonomik hayatta gerçekleşen süreçlerle yayılması arasındaki ilişki açıktır. Bu süreçler arasında feodal arazi kullanımlardaki artış, iç ve dış ticaret hacminin genişlemesi, faize dayalı operasyonların sayısındaki artış sayılabilir. Bütün bunlar doğal olarak borçlanma işlemlerinin artmasına ve bunun sonucunda rehne dayalı hukuki ilişkilerinin gelişmesine yol açmıştır.^[66]

2- Rus Hukukunda Rehin Hakkı ve Lex Commissoria Yasağı

Son yıllarda *lex commissoria* yasağına ilginin arttığı görülmektedir. Bunun nedeni 2002/47/EU sayılı “*Mali Destek Mekanizmaları Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin Yönergesi*” dir.^[67] Söz konusu Yönerge, işin yürütülmesini kolaylaştırmak ve finansal anlamda istikrarın sağlanması için kayıtlı sermaye paylarına ilişkin olarak *lex commissoria* anlaşmasını uygulama olasılığını sağlamıştır. Bu Yönerge'nin temel amacı finansal hizmetlerin sunumunda kredi riskinin önlenmesidir. Ayrıca, Yönerge'nin sadece rehin anlaşmasının taraflarının devlet kurumları, bankalar, sigorta şirketleri, yatırım şirketleri, takas şirketleri ve diğer finansal kurumlar olduğunda tavsiye edildiği düşünülmelidir. Yönerge'nin esasında, ticari işletmeler tarafından finansal işlemlerde elverişli koşullar yaratma fikri vardır. Avrupa Konseyi Yönergesi tavsiye niteliğinde bir düzenleme olmasına karşın, bazı Avrupa

[65] Наталья Проскуракова, Земельные Банки Российской Империи (*Rus İmparatorluğu'nun Kara Bankaları*), (Moskova: Российская политическая энциклопедия- РОССПЭН, 2002) (Rus siyasi ansiklopedisi – ROSSPEN, 2002), 30.

[66] Blinova, “Concerning The Emergence Of Pledge In Ancient Rus”, 10.

[67] Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements.

ülkeleri mevzuatlarında *lex commissoria* anlaşması rehinden kurtarma maddesi olarak uygulamıştır. Dolayısıyla Rus kanun koyucusu tarafından finansal hizmetlerin sunumunda kredi riskinin önlenmesi amacına yönelik çıkarılan *lex commissoria* anlaşmasına ilişkin Yönerge hükmü uygun görülerek, aşağıda da açıklandığı üzere, 30.12.2008 tarihli ve 306-FZ sayılı “*Rusya Federasyonu’nun Rehinli Malların Paraya Çevrilmesi Prosedürünün İyileştirilmesine Yönelik Bazı Kanunların Değiştirilmesine Dair Kanun*” ile de yasa hükmü şeklinde düzenlenmiştir.^[68]

Rus hukukunda rehin konusu 30 Kasım 1994 tarih ve 51-FZ sayılı Rusya Federasyonu Medeni Kanunu’nun (RFMK) m. 334/1’inci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu maddede: “*Rehin alınmasının hukuki anlamı, kredi çekenin taahhüdünün yerine getirilmesi için borcu oranında verilen teminatıdır*” şeklinde tanımlanmıştır (RFMK m. 334/1). Rus doktrininde ise, şu şekilde tanıma rastlamak mümkündür: “*Rehin, borçlunun yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, rehin alanın, rehin alacaklısı sıfatıyla diğer alacaklara karşı yasal muafiyetler hariç, rehin sahibinin hak kazandığı bir yükümlülüğü güvence altına alma yöntemidir.*”^[69]

Kredi borcunun ödenmesini rehinin dışındaki diğer teminatlarla güvence altına almanın, rehin kadar etkili olmadığı yönünde Rus doktrininde görüş

[68] Джавидан Ализада, “«Lex Commissoria» В Российском Праве” (Rus Hukukunda “Lex Commissoria”), Российский Государственный Гуманитарный Университет Журнал Юридического Факультета (*Rusya Devlet Beşeri Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*), no. 72 (Temmuz, 2019): 35; Виктор Ульянищев ve Юлия Лампицкая: “Гармонизация Договорного Права В Странах Европейского Союза” (Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunun Uyum), Журнал Вестник Российского Университета Дружбы Народов. Серия: Юридические науки, (*Rusya Halklar Dostluğu Üniversitesi Dergisi: Hukuk Serisi*), no: 1 (Haziran, 2004): 133 vd.; Екатерина Ахаимова, “Принципы Европейского Договорного Права- Основа Совершенствования и Развития Договорного Права” (Avrupa Sözleşme Hukukunun İlkeleri- Sözleşme Hukukunun İyileştirilmesi ve Geliştirilmesinin Temeli), Журнал Бизнес в Законе (*Hukukta İş Dergisi*), no. 4 (Temmuz, 2009): 192.

[69] Tanım için bkz. Руслан Ри, “Залог Движимого и Недвижимого Имущества” (Taşınır ve Taşınmaz Rehni), Журнал Путеводитель Предпринимателя (*Girişimci Gezi Rehberi Dergisi*), no. 6 (Eylül, 2010): 142 vd.

birliği vardır.^[70] Zira, RFMK'nin 353'üncü maddesinde rehin hakkı rehin verenin mülkiyetinden başka birine geçmiş olsa dahi rehin alanın rehin hakkını devralana da ileri sürebilmesi, rehin alan açısından önemli bir avantajdır. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi tanımlayıcı kararlar dizisinde, satış sözleşmesinin imzalanması sırasında ipotekli mülkü edinmiş olan kişinin iyiniyetine dayanarak rehin verenin devredilen yükümlülüklerinden kurtulmasına yönelik istisnaların mevzuatta yer almadığına dikkat çekmiştir.^[71] Rusya Federasyonu Yüksek Tahkim Mahkemesi ise Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin söz konusu kararına rağmen, iyi niyetli bir alıcı tarafından devralınmış taşınır mallara haciz uygulanamayacağı görüşündeydi.^[72] Dolayısıyla denilebilir ki, Rus kanun koyucusu Rusya Federasyonu Yüksek Tahkim Mahkemesi'nin pozisyonunu destekleyici düzenleme yapmamıştır.^[73]

Bununla birlikte, RFMK'nin 334'üncü maddesinde hükümle rehin alan rehin verenin diğer borçlularına nazaran kendi taleplerini rehin konusu ile tatmin etme hakkına dayanarak avantajlı duruma düşmektedir.^[74] Keza

[70] Владимир Тарасов, “Современные Формы Обеспечения Возврата Кредита” (Kredi Geri Ödeme Garantisi Modern Formlar), Научный Журнал Банкаўскі веснік- ЛІСТАПАД (*Bilimsel Dergi Bankovski Vesnik- LISTAPAD*), (Ekim, 2010): 47; Михаил Брагинский, “Залог и закон о залоге” (Teminat ve Teminat Kanunu), Журнал Хозяйство и право (*Ekonomi ve Hukuk Dergisi*), no. 1 (Nisan, 1993): 17 vd.; Федор Богатырев, “Пределы Прав Залогодателя Как Собственника При Залогe С Оставлением У Него Заложеного Имущества” (Rehinli Mülkün Terki İle Rehin Verilmesi Durumunda İpotek Sahibinin Haklarının Sınırları), Журнал Российского Права (*Rus Hukuku Dergisi*), no. 3 (Mayıs, 2000): 110.

[71] Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesinin 9 Ekim 2012 tarihli 18-KG12-39 sayılı kararı, erişim 18 Nisan 2021, <https://kodeks-gk.ru/document-8438.html>

[72] Kefaletle ilgili mevzuatın uygulanmasına ilişkin bazı konularda Rusya Federasyonu Yüksek Tahkim Mahkemesi Genel Kurulunun 17 Şubat 2011 tarihli 10 sayılı Kararı, erişim 18 Nisan 2021, <https://base.garant.ru/58200049/>

[73] Bu yönde bkz. Анастасия Савельева, “Новое В Регулировании Залоговых Отношений (Rehin İlişkilerinin Yönetiminde Yenilikler)”, Журнал Имущественные Отношения В Российской Федерации 11 (*Rusya Federasyonu Mülkiyet İlişkileri Dergisi 11*), no. 158 (Kasım, 2014): 82-3.

[74] Bu yönde bkz. Раиса Мерзликина ve Руслан Сапунков: “Pledge of Movable Assets in the System of Modern Instruments Securing the Execution of Obligations, Северо-Кавказский Федеральный Университет, Журнал Юридические Исследования

rehin konusu üzerinde kurulan aynı hakla, üçüncü kişilerin taleplerine ve/veya saldırılarına karşın da hukuki korunma hakkı kanunen RFMK'nin m. 343/4, m. 347/1 hükmüne göre tanınmaktadır.

Lex commissoria anlaşması satış sözleşmesinin tüm temel koşullarını (konu ve miktar) içermektedir. Rehin konusunun fiyatı taahhüdün ihlalinin karşılığını oluşturmaktadır. *Lex commissoria* anlaşmasına ilişkin bu düzenleme Rus mevzuatına 30.12.2008 tarihli ve 306-FZ sayılı “*Rusya Federasyonu'nun Rehinli Malların Paraya Çevrilmesi Prosedürünün İyileştirilmesine Yönelik Bazı Kanunların Değiştirilmesine Dair Kanun*” (Kanun) ile getirilmiştir. Bu Kanun ile, RFMK'nin m. 334/1'inci fırka hükmü ile, rehin alacaklısının rehin konusunun mülkiyetinin rehin sahibine devrederek yerine getirilebileceği şeklinde değiştirilmiştir. Günümüzde madde hükmü şu şekildedir: “*Madde 3. Rusya Federasyonu Medeni Kanunu'nun birinci bölümüne aşağıdaki değişiklikler getirilmiştir:*

1) 334. maddenin 1. fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir: *Kanunların öngördüğü hallerde ve usulde, alacaklının rehinle güvence altına alınan alacağı (rehin alan) kapsamındaki talebinin yerine getirilmesi, taşınabilir rehin konusunun rehin alacaklısının mülkiyetine devredilmesi suretiyle gerçekleştirilebilir*” (m. 3/1).^[75]

RFMK'nin 350/1. maddesinin 2. fıkrası hükmünden yola çıkıldığında denilebilir ki, rehinin mülkiyetinin devriyle ilgili anlaşmanın, rehin verenin ve alanın ancak ticari faaliyetle uğraşan birileri olması durumunda, yapılması mümkün kılınmıştır. Söz konusu sürecin gerçekleşmesi mahkeme dışında yapılmaktadır. Rehin verenin taahhüdünün ihlali durumunda rehin

(*Kuzey Kafkasya Federal Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*), no. 2 (Nisan, 2013): 37.

[75] Kanun'un orijinal metni şu şekildedir:

“Статья 3.

Внести в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации следующие изменения:

1) абзац первый пункта 1 статьи 334 дополнить предложением следующего содержания: “В случаях и в порядке, которые установлены законами, удовлетворение требования кредитора по обеспеченному залогом обязательству (залогодержателя) может осуществляться путем передачи предмета залога в собственность залогодержателя.”

alanın tek taraflı beyanı ile rehin konusu malın kendisinde bırakılmasına ve piyasa fiyatına uygun olacak şekilde mülkiyetinin talebine hakkı doğacaktır. Bununla birlikte, eğer rehin konusu malın değeri ihlal edilen taahhüdün borç miktarını aşmakta ise, bu durumda aşan kısmının rehin alan tarafından rehin verene iade yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır.^[76]

Benzer düzenleme taşınmaz rehninde de geçerlidir. Şöyle ki, 16.07.1998 tarih ve 102 sayılı “İpotek Hakkında Rusya Federasyonu Federal Kanunu” nun (İHRFFK) 56. maddesinde, rehin alana rehin konusu taşınmazın mülkiyetinin devrinin mahkeme dışında da, ancak taraflar arasında bu konuda bir anlaşma yapılmış ise mümkün olacağı hükme bağlanmıştır. Bu tür anlaşmanın tüzel ve/veya gerçek kişiler arasında akdedilmesi mümkündür (İHRFFK m. 56/2 ve m. 9/1.) Dolayısıyla denilebilir ki, *lex commissoria* anlaşması ancak ticari faaliyetlerde bulunan ve rehin veren ile rehin alan arasında yapılan ve rehin alanın alacağına karşılmasına yönelik anlaşma doğrultusunda önceden belirlenen miktar tutarında rehin konusunun mülkiyetinin devredilmesine kanunen müsaade edilmiştir.^[77]

[76] Rehinli malın Rus bankacılık sisteminde değer biçme teknikleri ve kriterleri konusunda geniş bilgi için bkz. Виктор Карпенко/ Александр Слуцкий, “Оценка Залогов При Кредитовании: Некоторые Проблемы и Пути их Решения” (Kredi İşlemlerinde Teminatın Değerlendirilmesi: Bazı Sorunlar ve Çözüm Yolları), Журнал Деньги и Кредит (*Para ve Kredi Dergisi*), no. 1 (Nisan, 2012): 58-7; Ри, “Залог Движимого,” 142-46.

[77] Madde hükmü şu şekilde verilmiştir:

“Статья 56. Реализация заложенного имущества

1. ...

2. Принимая решение об обращении взыскания на заложенное имущество, суд может с согласия залогодателя и залогодержателя установить в решении, что имущество подлежит реализации в порядке, предусмотренном статьей 59 настоящего Федерального закона. Такой же способ реализации заложенного имущества может быть предусмотрен залогодателем и залогодержателем в соглашении об удовлетворении требований залогодержателя во внесудебном порядке, заключенном в соответствии с пунктом 1 статьи 55 настоящего Федерального закона” (2. Rehin verilen mülkün haczedilmesine karar verirken mahkeme, rehin verenin ve rehin alanın rızası ile mülkün bu Federal Yasa'nın 59'uncu maddesinde öngörülen şekilde satışa tabi olduğunu kararında belirleyebilir. Rehin verilen mülkün satılmasına ilişkin aynı yöntem, rehin veren ve rehin alan tarafından, rehin alanın mahkeme dışındaki taleplerinin karşılmasına ilişkin bu Federal Yasa'nın

SONUÇ

Türk ve Rus hukukunda ticari faaliyetler sırasında rehine dayanarak kredi çekilmesi her iki ülke uygulamalarında sık görülmektedir. Zira özellikle KOBİ'lerin faaliyetlerinde bu tarz finansal desteklere başvurulması kaçınılmazdır. Bu nedenledir ki, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile, kredi kuruluşları KOBİ'lere çeşitli destek programları ile krediler sunmaktadırlar. Bununla birlikte her bir basiretli tacir gibi, kredi kuruluşlarının da bir ticari işletme olduğu gerçeğinden yola çıkıldığında denilebilir ki, onların da verdikleri kredilerin geri ödemelerinde yaşanabilecek riskleri bertaraf eden birtakım tedbirlere başvurmaları gerekir. Teminatların başında ise, avantajlı olmaları nedeniyle rehinler gelmektedir. Rehinler taşınır ve taşınamaz mallar üzerinde kurulabileceği gibi, haklar üzerinde de kurulması mümkündür. Tabii rehin hakkı kurulurken de, rehin konusunun rehin alanın mülkiyetine geçmeyeceği ve sadece rehin veren tarafın borcunu ödemesinin ihlali durumunda icra kanalları ile rehinli mallın satışı hukuken mümkün kılınmıştır. Dolayısıyla rehin konusu malın tamamen rehin verenden alınarak rehin alanın mülkiyetine devri rehin hukukunun temel ilkeleri bakımından yasaklanmıştır. Bu yasak *lex commisorio* yasağı olarak bilinmekte ve Türkiye ile Rusya'nın genel hukuk normlarınınca benimsendiği görülmektedir.

Bununla birlikte, adı geçen ülkelerin mevzuatlarında son yıllarda yapılan değişiklikler dikkate alındığında, *lex commisorio* yasağına ilişkin kuralın, rehin konusu malın mülkiyetinin rehin alana geçeceğine imkân tanınarak mevzuata yerleştirildiği görülmüş ve bu hususun hukukiliği, özellikle Türk hukukunda tartışmalara neden olmuştur. Çalışma ile bu yasağın ihlalinin gerekçesinin açıklanması hedeflenmiştir. Aynı zamanda Türk ve Rus mevzuatlarında yer alan hükümlerle yasağın meşru sebepleri açıklanmaya çalışılmıştır. Yapılan değerlendirme ile aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

Öncelikle *lex commisorio* yasağının çıkış nedeni, rehin veren tarafın krediye ihtiyaç duyarken maddi anlamdaki zafiyetinin kredi veren tarafından rehin konusunun mülkiyetini talep etmesi ile oluşabilecek kötü niyete dayalı haksız kazancın (sömürünün) engellenmesi anlayışı idi. Buradan hareketle denilebilir ki, rehin verenin gabin olarak da nitelendirilebilecek bir durumda kalarak malvarlığındaki bir veya birkaç unsuru rehin alana teslim etme

55'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca yapılan bir anlaşma ile de sağlanabilir), Ализада, "Lex Commissoria", 36.

zorunluluğu söz konusuydu. Zira rehin alanın aldığı rehin konusunun, esas borcu aşması her zaman ihtimal dairesinde olup, mülkiyetinin devrinin talep edilmesinin sömürü anlayışının engellenmesi için ortaya çıktığı söylenebilir.

Türk ve Rus mevzuatlarında yapılan değişikliklerle ticari faaliyetler kapsamındaki rehinli işlemlerde rehin konusu malların mülkiyetinin devri kanunen mümkün kılınmıştır. Belirtmek gerekir ki, bu hükümlerin çıkış nedenleri tavsiye niteliğindeki 2002/47/EU sayılı “*Mali Destek Mekanizmaları Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin Yönergesi*” ve UNCITRAL Teminatlı İşlemler Model Kanunu gibi yurt dışı kaynaklı unsurlar oluşturmaktadır. Her ne kadar Rusya, Avrupa Birliği üyesi konumunda olmasa da, ülke kanun koyucusunun uzun yıllardan beri uygulamış olduğu Sovyet zihniyetinden her alanda kurtulma çabası ve Batı bloku ile ticari ilişkilerinde Avrupa standartlarında mevzuat hükümlerine sahip olma çabası içerisinde. Bu kapsamda Avrupa Birliği ülkelerinin kendi aralarındaki ticari ilişkilerin geliştirilmesine yönelik yapılan çalışmalar Rusya tarafından da yakından takip edilmektedir. Dolayısıyla, Türkiye ile birlikte, hem Avrupa ülkeleri ile ilişkilerinde aynı hukuki zeminde buluşma çabası, hem de çağdaş hukuki alt yapısına sahip olması konusunda ülke mevzuatının her geçen gün güncellendiği görülmektedir.

Ticari faaliyetlerdeki rehinli işlemlerde rehin konusu malların mülkiyetinin devrine ilişkin kanuni düzenleme ile güdülen asıl amaç, özellikle de KOBİ’lerin kredi temininde, daha fazla varlıkların rehin olarak gösterilebilmesinin sağlanmasıdır. Zira ticari işlemlerdeki rehinler genel hükümlerdeki gibi olmayıp, tescile dayanan ve teslimsiz rehin türünü oluşturmaktadır. Dolayısıyla rehinli olsa bile rehin konusu malların işletmeler tarafından ticari faaliyetleri sırasında kullanılmaları mümkündür. Bununla birlikte, kredi kuruluşları, alacaklarını riske atmamak için rehin konusu malların, her ne kadar zilyetliği rehin verende kalmış olsa bile, risk gerçekleştiğinde rehin konusu malın mülkiyetini talep edebileceklerdir. Dolayısıyla, bu yöndeki düzenleme ile, kanun koyucu tarafından, hem rehin alan sıfatıyla kredi kuruluşlarının, hem de rehin veren sıfatıyla işletmelerin ortak menfaat dengesinin gözetildiği söylenebilir.

Türk ve Rus mevzuatlarında eklenen *lex commissoria* yasağının özüne aykırı olmayacak şekilde kanuni istisnasının oluşturduğu yönündeki bu düzenlemelerin hukuka uygun olduğu kanaatindeyiz. Zira her iki ülkenin mevzuatlarındaki düzenlemelerde esas amacın, rehin verenin sömürsünden

ziyade, elindeki varlıkların rehin olarak gösterilip, kredi çekebilmelerine destek sağlanmasıdır. Keza mevzuat hükümlerinde rehin verenlerin menfaatlerini gözetilen hükümler ağırlıktadır. Sonuç itibarıyla, her iki ülkenin mevzuatında borç ödenmediği takdirde rehin konusu malın kanunen mülkiyetinin devri sonucunda, devralan kredi kuruluşu tarafından yapılan satışta alacağı aşan kısmının rehin verene iade edileceği açıkça hükme bağlanıldığından, *lex commissoria* yasağının asıl çıkış amacına aykırı bir durumun olmadığı kanaatindeyiz. Bununla birlikte, bu tarz düzenlemelerde, her ne kadar yurt dışındaki modellerden kaynaklı unsurların dikkate alınması önemli ise de, ideal bir düzenlemeye kavuşmak ve tartışmalara neden vermemek adına, iç mevzuatta da yer alan hükümlerin Türk kanun koyucusu tarafından dikkate alınmasının daha isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk. *Rehin Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Ализада, Джавидан. “«Lex Commissoria» В Российском Праве” (Rus Hukukunda “Lex Commissoria”) Российский Государственный Гуманитарный Университет Журнал Юридического Факультета (*Rusya Devlet Beşeri Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*), no. 72 (Temmuz, 2019): 35-6.
- Alkilinç, Oruç. “Bankaların Kredi İşlemleri”. Erişim 14 Nisan 2021 <https://docplayer.biz.tr/607070-12-bolum-bankalarin-kredi-islemleri-yrdoc-dr-oruc-alkilinc.html>
- Ахаимова, Екатерина. “Принципы Европейского Договорного Права- Основа Совершенствования и Развития Договорного Права” (Avrupa Sözleşme Hukukunun İlkeleri- Sözleşme Hukukunun İyileştirilmesi ve Geliştirilmesinin Temeli). Журнал Бизнес в Законе (*Hukukta İş Dergisi*). no. 4 (temmuz, 2009): 189-93.
- Antalya, Osman Gökhan. *6098 sayılı Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.
- Antalya, Gökhan ve Faruk Acar. *Ticari İşlerde Taşınır Rehni*. İstanbul: Aristo Yayınları, 2017.
- Antalya, Osman Gökhan ve Murat Topuz. *Eşya Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı: *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017.
- Arpacı, Abdülkadir, Rona Serozan ve Hüseyin Hatemi. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 1992.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

- Bilge, Necip. *Borçlar Hukuku – Özel Borç Münasebetleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1971.
- Bilgin, Hikmet. “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na İcra-İflâs Hukuku Açısından Genel Bir Bakış”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. no. 31 (Temmuz, 2017): 619 – 58.
- Blinova, Margarita. “Concerning The Emergence Of Pledge In Ancient Rus”. *Politics, Economics, Law*. no. 6 (Haziran, 2019). Erişim 21 Ekim 2021 <https://cyberleninka.ru/article/n/k-voprosu-o-stanovlenii-zaloga-v-drevney-rusi/viewer>
- Богатырев, Федор. “Пределы Прав Залогодателя Как Собственника При Залогe С Оставлением У Него Заложеного Имущества” (Rehinli Mülkün Terki İle Rehin Verilmesi Durumunda İpotek Sahibinin Haklarının Sınırları). *Журнал Российского Права (Rus Hukuku Dergisi)*. no. 3 (Mayıs, 2000): 109–12.
- Брагинский, Михайл. “Залог и закон о залогe” (Teminat ve Teminat Kanunu). *Журнал Хозяйство и право (Ekonomi ve Hukuk Dergisi)*. no. 1 (Nisan, 1993): 17-6.
- Budak, Ali Cem. *İcra ve İflas Hukukunda Kiralayanın Hapis Hakkının Kullanılması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Cansel, Erol. *Türk Menkul Rehni Hukuku, Teslim Şartlı Menkul Rehni I*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1967.
- Cherbachenko, Sergey. *Княжеский и Народный Суд в Древней Руси (Eski Rusya’da Prens ve Halk Mahkemesi)*. San Petersburg: San Petersburg Devlet Üniversitesi Yayınları, 2007.
- Çağırğan Tuncer, Senar ve Yasin Ulusoy. “Kredi ve Kredi İşlemlerinin Hukuki Açından Değerlendirilmesi”. *Pamukkale Journal of Eurasian Socioeconomic Studies* 6, no. 2 (Aralık, 2019): 43 – 69. <https://doi.org/10.34232/pjess.572449>
- Dereli, Zeliha. “Lex Commissoria Yasağı”, (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Ankara Üniversitesi, 2009).
- Duran, Arif. “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesi Taraflarının Hak ve Yükümlülükleri”. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 4 (Aralık, 2016): 103-18.

- Göle, Celal ve Gökhan Aydoğan. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATIDER)* 33, no. 1 (Haziran, 2017): 5-51.
- Gürpınar, Damla. “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Teslime Bağlı Taşınır Rehni Kurallarından Ayrılan Yönleri”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 1 (Aralık, 2017): 111-160.
- Gürsoy, Kemal Tahir, Fikret Eren ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- Erdem, H. Ercüment. “Ticari İşletme Rehninde Güncel Sorunlar”. *Bankacılar Dergisi*. no. 76 (Mart, 2011): 42-60.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Hamamcıoğlu, Esra ve Argun Karamanlıoğlu. “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na İlişkin Bazı Tespitler”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13. no. 2 (Ocak, 2017): 95-35.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2015.
- Helvacı, İlhan. *Türk Medenî Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı*. İstanbul: Alfa Yayınları, 1997.
- İnal, Tamer. *Açıklamalı – İctihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri İsviçre Hukuku – Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2002.
- Карпенко, Виктор ve Александр Слущкий. “Оценка Залогов При Кредитовании: Некоторые Проблемы и Пути их Решения” (Kredi İşlemlerinde Teminatın Değerlendirilmesi: Bazı Sorunlar ve Çözüm Yolları). *Журнал Деньги и Кредит (Para ve Kredi Dergisi)*. no. 1 (Nisan, 2012): 58-7.
- Kostakoğlu, Cengiz. *Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996.
- Köroğlu Ölmez, Belin. “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. no. 129 (mart-Nisan, 2017): 261-86.

- Kuntalp, Erden. *Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı*, İnan Kırac’a Armağan. Ankara 1995.
- Makaracı Başak, Aslı. “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Lex Commissoria Anlaşması Yasağına İstisna Getirip Getirmediği Konusu Üzerine Bir Değerlendirme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10, no. 2 (Aralık, 2019): 746-57. <https://doi.org/10.21492/inuhfd.598731>
- Martin, Alfred ve Necmeddin Berkin. “Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 22. no. 1-4 (1957): 329 – 338.
- Мерзликина Раиса ve Руслан Сапунков. “Pledge of Movable Assets in the System of Modern Instruments Securing the Execution of Obligations”. Северо-Кавказский Федеральный Университет Журнал Юридические Исследования, (*Kuzey Kafkasya Federal Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*). no. 2 (Nisan, 2013): 36-8.
- Новицкий Иван ve Иван Перетёрский: Римское частное право (*Roma Özel Hukuku*). Moskova: Knorus Yayınları, 2014.
- Oğuz, Sefer. “Ticari İşlemlerde Teslimsiz Tescilli Taşınır Rehni”. *Türkiye Bankalar Birliği Dergisi*. no. 100 (Mart, 2017): 3-31.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Özdemir, Gencer. *Konut Kredileri ve Konut Kredilerinde Teminat İşlemleri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.
- Özsunar, Erdal. “Roma Hukukunda Rehin Hakkı (Pignus-Hypotheca)”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7. no. 2 (Aralık, 2005): 137-64.
- Проскурякова, Наталья: Земельные Банки Российской Империи (*Rus İmparatorluğu'nun Kara Bankaları*). Moskova: Российская политическая энциклопедия – РОССПЭН (Rus siyasi Ansiklopedisi – ROSSPEN, 2002).
- Reisoğlu, Seza. *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013.

- Ри, Руслан. “Залог Движимого и Недвижимого Имущества” (Taşınır ve Taşınmaz Rehni). Журнал Путеводитель Предпринимателя (*Girişimci Gezi Rehberi Dergisi*). no. 6 (Eylül, 2010): 142-146.
- Савельева, Анастасия. Новое В Регулировании Залоговых Отношений (Rehin İlişkilerinin Yönetiminde Yenilikler). Журнал Имущественные Отношения В Российской Федерации (*Rusya Federasyonu Mülkiyet İlişkileri Dergisi 11*) no. 158 (Kasım, 2014): 79-6.
- Sirmen, Ayşe Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Sirmen, Ayşe Lale. *Alacak Rehni*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990.
- Serozan, Rona. *Eşya Hukuku I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Şit İmamoğlu, Başak. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Söğütlü, Özlem. *Roma Özel Hukuku – Ders Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Тарасов, Владимир. “Современные Формы Обеспечения Возврата Кредита” (Kredi Geri Ödeme Garantisi Modern Formlar). Научный Журнал Банкаўскі веснік – ЛІСТАПАД (*Bilimsel Dergi Bankovski Vesnik- LISTAPAD*). (Ekim, 2010): 47-2.
- Tekinalp, Ünal. *Banka Hukukunun Esasları*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 1988.
- Tekinay, Selahattin, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Товстолес, Николай. “Сущность Залога в Историческом РазвитиИ по Русскому Гражданскому Праву (Rus Medeni Hukukunun Tarihsel Gelişiminde Rehin Özü)”. Журнал Министерства Юстиции (*Adalet Bakanlığı Dergisi*). no. 8 (1898): 141–72.
- Ульянищев Виктор ve Юлия Лампицкая. Гармонизация Договорного Права В Странах Европейского Союза (Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunun Uyumu). Журнал Вестник Российского Университета Дружбы Народов. Серия:

Юридические науки, (*Rusya Halklar Dostluğu Üniversitesi Dergisi: Hukuk Serisi*). no. 1 (Haziran, 2004): 124-134.

Uyumaz, Alper. “Medenî Kanun Dışındaki Kanunlarda Düzenlenmiş Taşınır Rehni Çeşitleri”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21. no. 4 (Ekim, 2017): 49-90.

Ürem Çetinel, Merve. “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninde Rehin Veren Rehin Konusu Üzerindeki Tasarrufları”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10. no. 2 (Aralık, 2019): 329-44.

Vurucu, Mehmet ve Mustafa Ufuk Arı. *Güncel Gelişmeler Işığında Bankacılıkta Kredi Bilgisi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.

Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.

Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü (Öğrenciler için)*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.

Zagorovsky, Alexander. *Historical Essay on the Pledge under Russian Law until the End of the 20th Century*. Kiev: Kiev University Typography, 1875.

Erişim 15 Mayıs 2021 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180310-9.htm>

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 9 Ekim 2012 tarihli 18-KG12-39 sayılı Kararı. Erişim 18 Nisan 2021 <https://kodeks-gk.ru/document-8438.html>

Rusya Federasyonu Yüksek Tahkim Mahkemesi Genel Kurulu'nun 17 Şubat 2011 tarihli 10 sayılı Kararı. Erişim 18 Nisan 2021 <https://base.garant.ru/58200049/>

Erişim 28 Nisan 2021 https://ru.qwe.wiki/wiki/Russkaya_Pravda

Nükleer Güç Santrali Projelerine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim

Burcu YARDIM*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir. Bu çalışmada yer alan görüşler, yazarın kişisel görüşleri olup görev yaptığı kurumun görüşlerini yansıtmamaktadır.

* Enerji ve Tabii Kaynaklar Uzmanı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi. (byardim@ankara.edu.tr)
<https://orcid.org/0000-0002-5259-8302>

Makale Geliş Tarihi: 29 Haziran 2021 **Makale Kabul Tarihi:** 3 Haziran 2022

Atıf önerisi: Yardım, Burcu. “Nükleer Güç Santrali Projelerine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 2 (Nisan 2022): 39-99. DOI: 10.30915/abd.1141910

NÜKLEER GÜÇ SANTRALI PROJELERİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM

ÖZ

Ülkemizin sürdürülebilir enerji arz güvenliğini sağlama hedefi doğrultusunda elektrik enerjisi üretim portföyümüzde nükleer güç santrallerine payı giderek artan bir biçimde yer verilmesi planlanmaktadır. Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların olağan çözüm yolu haline gelmiş bulunan tahkim, nükleer güç santrali projelerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü söz konusu olduğunda da geleneksel devlet yargısına nazaran öne çıkmaktadır. Çalışmada Türkiye'nin nükleer enerji görünümü hakkında açıklamalar yapılmakta ve "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyetinde Akkuyu Sahası'nda Bir Nükleer Güç Santralinin Tesisine ve İşletimine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşma"da yer alan tahkim şartı milletlerarası tahkim anlaşmasının unsurları çerçevesinde bir değerlendirmeye tâbi tutulmaktadır. İlâveten, nükleer güç santralleri ile ilişkili uyuşmazlık örneklerine yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler

nükleer enerji

nükleer güç santrali

uyuşmazlıkların çözümü

milletlerarası tahkim

tahkim anlaşması

ARBITRATION IN RESOLUTION OF DISPUTES RELATED TO NUCLEAR POWER PLANT PROJECTS

ABSTRACT

In line with the goal of ensuring the sustainable energy supply security of our country, it is planned to include nuclear power plants in our electricity generation portfolio with an increasing share. Arbitration, which has become the most common means of resolving international commercial disputes, comes into prominence against traditional court litigation where disputes over nuclear power plants are at stake. In the study, explanations are made about Turkey's nuclear energy outlook and the arbitration clause in the *“Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Russian Federation on Cooperation in Relation to the Construction and Operation of a Nuclear Power Plant at the Akkuyu Site in the Republic of Turkey”* is evaluated within the framework of the elements of the international arbitration agreement. In addition, examples of disputes related to nuclear power plants are given.

Keywords

nuclear energy

nuclear power plant

dispute resolution

international arbitration

arbitration agreement

GİRİŞ

Milletlerarası ticaret hacminde yaşanan büyük yükselişler ve ekonomideki gelişmeler, milletlerarası nitelikli uyuşmazlıkların sayısının artmasına neden olmuştur. Öte yandan, milletlerarası ticaret alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözecek devletler üstü bir mahkemenin olmayışı, söz konusu uyuşmazlıkların mahkemelerde çözüme kavuşturulması durumunda millî mahkemelerin yetkisini gerekli kılmaktadır. Millî mahkemeler ise daima bir devlete bağlıdır ve teoride “bağımsız” olsalar da pratikte bağlı oldukları devletin sosyal, siyasal ve ekonomik politikalarından etkilenbilmektedirler. Bu nedenle, özellikle taraflardan birinin devlet olduğu milletlerarası uyuşmazlıklarda, söz konusu devletin kendi mahkemelerinde dava açılması diğer tarafın tercih edeceği bir yöntem olmamaktadır.

Ülkemizin sürdürülebilir enerji arz güvenliğini sağlama hedefi çerçevesinde nükleer enerjinin arz kaynaklarımız arasına dâhil edilmesi planlanmış ve bu kapsamda; 12 Mayıs 2010 tarihinde “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyetinde Akkuyu Sahası’nda Bir Nükleer Güç Santralının Tesisine ve İşletimine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşma”, 3 Mayıs 2013 tarihinde “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Japonya Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyetinde Nükleer Güç Santrallerinin ve Nükleer Güç Sanayisinin Geliştirilmesi Alanında İşbirliğine İlişkin Anlaşma”, 22 Ağustos 2014 tarihinde ise “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Japonya Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti’nde Nükleer Güç Santrallerinin ve Nükleer Güç Sanayisinin Geliştirilmesine Dair İşbirliği Zaptı” imzalanmıştır. İlaveten Türkiye’de kurulması muhtemel bir diğer nükleer güç santrali projesini üstlenme ihtimali doğrultusunda 9 Nisan 2012 tarihinde “Nükleer Enerjinin Barışçıl Amaçlarla Kullanımına Dair Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İşbirliği Anlaşması” imzalanmış olup iki ülke arasında müzakereler devam etmektedir.

Herhangi bir taraf açısından avantaj teşkil etmemesi, diğer bir ifadeyle tüm taraflar açısından nötr olması sebebiyle tahkim, milletlerarası ticaret uygulamasında olduğu gibi nükleer güç santrali projelerine ilişkin anlaşmalarda da uyuşmazlıkların çözümü için tercih edilen yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışma ile esas itibariyle, Akkuyu Nükleer Güç Santrali Projesi kapsamında Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti arasında akdedilen anlaşmada yer alan tahkim şartının değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Ancak öncelikle nükleer enerji alanında Türkiye’de yapılan ilk çalışmalara değinilecek ve nükleer güç santrali projelerimiz hakkında genel açıklamalar yapılacaktır. Bu hususlardan sonra, bahse konu hükümetlerarası anlaşmada yer alan tahkim şartı kurucu unsurları ile içeriği açısından irdelenmeye çalışılacaktır. İlaveten, nükleer güç santralleri ile ilişkili olup çözümü için tahkim yoluna başvurulmuş ve kamuoyu tarafından da yakından takip edilen bazı uyuşmazlık örneklerine yer verilecek ve nihayet sonuç bölümünde çalışmanın bütünü çerçevesinde yapılan değerlendirmeler genel hatlarıyla ifade edilecektir.

I. TÜRKİYE’NİN NÜKLEER ENERJİ GÖRÜNÜMÜ

A) NÜKLEER ENERJİ ALANINDA İLK ÇALIŞMALAR

Ülkemiz millî bir nükleer enerji programı geliştirme yönündeki ilk ciddi adımlarını atmaya dönemin ABD Başkanı Dwight D. Eisenhower’ın 8 Aralık 1953 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda yaptığı “Barış İçin Atom” konuşmasından kısa bir süre sonra karar vermiştir.^[1] Bu kapsamda ilk olarak 1955 yılında “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti Arasında Atom Enerjisinin Sivil Sahada İstimali Hususunda İşbirliğine Dair Anlaşma” imzalanmış;^[2] 1956 yılında ise ülkemizin refah seviyesini yükseltmek ve yüksek çıkarlarını korumak amacıyla atom enerjisinin kullanımı ile ilgili olarak yapılacak bilimsel, ekonomik, teknik

[1] Sinan Ülgen ve Aaron Stein, “Atomun Kontrolüne Yönelik Çabalar ve Nükleer Teknoloji Transferi: Türkiye Açısından Bir Değerlendirme,” *Nükleer Enerjiye Geçişte Türkiye Modeli II*, ed. Sinan Ülgen (İstanbul: Ekonomi ve Dış Politika Araştırmalar Merkezi, 2012), 72.

[2] *Resmî Gazete*, 24.12.1956 S. 9491.

ve idari çalışmaları koordine etmek ve denetlemek üzere Başbakanlığa bağlı bir “Atom Enerjisi Komisyonu”^[3] kurulmuştur.^[4]

Türkiye ayrıca 1957 yılında tüzüğünü onaylamak suretiyle Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı’na (UAEA) üye olan ilk ülkeler arasında yer almıştır.^[5]

Ülkemizin ilk nükleer araştırma reaktörünün yapımı 1959 yılında Çekmece Nükleer Araştırma ve Eğitim Merkezi’nde (ÇNAEM) başlamıştır.^[6] 1 MW gücündeki TR-1 Araştırma Reaktörünü “anahtar teslimi” usulüne göre inşa etmesi için *American Machine and Foundry* (AMF) şirketi seçilmiştir. Reaktör, nükleer parçalanma zincir reaksiyonun kendi kendine devam ettiği aşamaya 1962 yılında ulaşmış ve 1977 yılına kadar aralıksız işletilmiştir.

1966 yılında Atom Enerjisi Komisyonu tarafından ikinci bir nükleer araştırma tesisi kurulmasına karar verilmiştir. 1967 yılında faaliyete geçen Ankara Nükleer Araştırma ve Eğitim Merkezi (ANAEM) 300-400 MW

[3] 9.7.1982 tarihli ve 2690 sayılı Kanun ile bu Komisyon “Türkiye Atom Enerjisi Kurumu” (kısaca TAEK) olarak yapılanmıştır. 28.3.2020 tarihli ve 31082 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 57 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ise Türkiye Atom Enerjisi Kurumu, Ulusal Bor Araştırma Enstitüsü ve Nadir Toprak Elementleri Araştırma Enstitüsü kapatılarak kamu tüzel kişiliğini haiz, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgili, özel bütçeli Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu kurulmuştur. Kurumun kısa adı TENMAK olup merkezi Ankara’dadır.

[4] *Resmî Gazete*, 4.9.1956 S. 9398.

[5] “The Statute of the IAEA,” International Atomic Energy Agency, erişim 30 Mayıs 2022, <https://www.iaea.org/about/statute>; UAEA’na üye ülkeler için bkz. “List of Member States,” International Atomic Energy Agency, erişim 30 Mayıs 2022, <https://www.iaea.org/about/governance/list-of-member-states>.

[6] Türkiye’nin ilk nükleer araştırma reaktörünün kurulması için 1956 yılında devlet bütçesine 760.000 TL (~ 270.000 \$) tahsisat konmuş ve İstanbul’da Küçükçekmece Gölü kenarında bir kısım arazi kamulaştırılmıştır. 12.8.1960 tarihli Atom Enerjisi Komisyonu toplantısının 4 numaralı kararıyla “atom reaktörü” projesinin ismi, kenarında bulunduğu göle ve verilen görevlere izafeten “Çekmece Nükleer Araştırma ve Eğitim Merkezi” olarak belirlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. “NÜKEN: TR-2 Araştırma Reaktörü Tesisi,” Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu, erişim 30 Mayıs 2022, <https://nuken.tenmak.gov.tr/tr/tesisler/arastirma-reaktoru.html>.

gücündeki ağır su doğal uranyum enerji santrallerinin kurulmasına yönelik ilk çalışmaları denetlemiştir.^[7]

1970’li yıllarda Türkiye’de nükleer alandaki çalışmaların ve artan radyoizotop ihtiyacının karşılanması amacıyla TR-1 ile aynı bina ve havuz içine daha yüksek güçlü ikinci bir reaktörün yapımına başlanmıştır. TR-1 Araştırma Reaktörünün yerini alan 5 MW gücündeki TR-2 Araştırma Reaktörü 1984 yılında tam kapasite olarak hizmete alınmıştır. 2009 yılına kadar çalışan bu reaktörün işletimine ise güvenlik iyileştirmeleri nedeni ile ara verilmiştir.^[8]

Ülkemizde ayrıca bir de *General Electric* tarafından inşa edilmiş olan 250 KW gücündeki TRIGA Mark II hafif su reaktörü İstanbul Teknik Üniversitesi Ayazağa kampüsünde bulunmaktadır. 1979 yılında işletmeye açılan bu araştırma reaktörü eğitim ve araştırma amaçlı olarak hâlen kullanımdadır.^[9]

B) NÜKLEER GÜÇ SANTRALİ PROJELERİ

1- Akkuyu Nükleer Güç Santrali Projesi

Akkuyu Nükleer Güç Santrali Projesi kapsamında “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Türkiye

[7] 2005 yılında ANAEM’in yerini Sarayköy Nükleer Araştırma ve Eğitim Merkezi (SANAEM) almıştır. 15.7.2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 4 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ise TAEK’in kuruluşu, işleyişi, görev yetki ve sorumlulukları yeniden belirlenmiş; SANAEM “Radyasyon ve Hızlandırıcı Teknolojileri Dairesi Başkanlığı” adını, ÇNAEM’in ise “Teknoloji Geliştirme Dairesi Başkanlığı” ile “Radyoaktif Atık Yönetimi Dairesi Başkanlığı” adlarını almıştır. 28.3.2020 tarihli ve 31082 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 57 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile TENMAK’ın kurulmasının ardından ise Ankara’da bulunan Radyasyon ve Hızlandırıcı Teknolojileri Dairesi Başkanlığı ve İstanbul’da bulunan Teknoloji Geliştirme Dairesi Başkanlığı, Nükleer Enerji Araştırma Enstitüsü (NÜKEN) olarak yeniden yapılanmıştır. Detaylı bilgi için bkz. “NÜKEN: Hakkımızda,” Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu, erişim 30 Mayıs 2022, <https://nuken.tenmak.gov.tr/tr/kurumsal/hakkimizda.html>.

[8] Ülgen ve Stein, “Atomun Kontrolüne Yönelik Çabalar,” 48-87.

[9] TRIGA adı “Training Research Isotope Production General Atomic” kelimelerinin ilk harflerini, MARK-II ise muhtelif TRIGA reaktörü tipleri arasında, yer seviyesi üstünde inşa edilen ve kalbi sabit bir tipin adını ifade etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. “TRIGA Mark-II Reaktörü,” İstanbul Teknik Üniversitesi, erişim 30 Mayıs 2022, <http://www.triga.itu.edu.tr/>.

Cumhuriyeti'nde Akkuyu Sahası'nda Bir Nükleer Güç Santralinin Tesisine ve İşletimine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşma" (*Hükümetlerarası Anlaşma / Intergovernmental Agreement – IGA*) 12 Mayıs 2010 tarihinde Ankara'da imzalanmıştır. 27.8.2010 tarihli ve 2010/918 sayılı Bakanlar Kurulu Kararname ile onaylanan^[10] bu Anlaşma ile Mersin ili Akkuyu Sahası'nda 4800 MW toplam kurulu güce sahip VVER 1200 tipi 4 reaktör kurulması öngörülmektedir.

Rusya Federasyonu Hükümeti ile imzalanan Anlaşma'nın başlıca hükümleri şunlardır:

- i. Taraflar Proje ile ilgili olarak işbirliği yapacaklardır. İşbirliği konuları, Türk Kuruluşları ve Rus Kuruluşları tarafından, Türk Tarafı'na mali yük getirilmeden yürütülecektir.
- ii. Proje Şirketi, Rus Tarafı'nca yetkilendirilen şirketlerin doğrudan veya dolaylı olarak başlangıçta yüzde 100 hisse payına sahip olacak şekilde, Türkiye Cumhuriyeti kanunları ve düzenlemeleri kapsamında anonim şirket şeklinde kurulacaktır; Rus Yetkili Kuruluşları'nın Proje Şirketi'ndeki toplam payları, hiçbir zaman yüzde 51'den az olmayacaktır.
- iii. Türk Tarafı, sahayı mevcut lisansı ve mevcut altyapısı ile birlikte bedelsiz olarak, NGS'nin sökülme sürecinin sonuna kadar Proje Şirketi'ne tahsis edecektir. Türk Tarafı ayrıca Proje Şirketi'ne, yürürlükteki Türkiye Cumhuriyeti kanun ve düzenlemeleri kapsamında, Proje ile ilgili olarak ihtiyaç duyulan, özel mülkiyete konu diğer tüm arazilerin kamulaştırılması hususunda kolaylık sağlayacaktır.
- iv. Projenin yatırım ve işletim dönemlerini kapsayan risklerin sigortalanması sorumluluğu Proje Şirketi'ne ait olacaktır.
- v. Rus Tarafı, Proje Şirketi'nin başarısızlığı halinde, Anlaşma'dan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeyi temin etmek amacıyla gerekli

[10] 15.7.2010 tarihli ve 6007 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti'nde Akkuyu Sahası'nda Bir Nükleer Güç Santralinin Tesisine ve İşletimine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşma"nın onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 16.8.2010 tarihli ve HUMŞ/182338 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 27.8.2010 tarihinde kararlaştırılmıştır (*Resmî Gazete*, 21.7.2010-27648 ve *Resmî Gazete*, 6.10.2010-27721).

- tüm yetkinlik ve kabiliyete sahip olması öngörülen Proje Şirketi'nin halefini belirlemede tüm sorumluluğu üstlenecektir.
- vi. Rus Tarafı'nca kurulacak Proje Şirketi, NGS tarafından üretilen elektrik de dâhil olmak üzere, NGS'nin sahibi olacaktır.
 - vii. Proje şirketi ile TETAŞ arasında elektrik satış anlaşması (ESA) imzalanacaktır. Bu anlaşma ile TETAŞ, Ünite 1 ve 2'de üretilmesi planlanan elektriğin yüzde 70'i ile Ünite 3 ve 4'te üretilmesi planlanan elektriğin yüzde 30'unu her bir güç ünitesinin işletmeye alınma tarihinden itibaren 15 yıl boyunca KDV hariç 12.35 ABD senti/kWh ağırlıklı ortalama fiyattan satın almayı garanti edecektir. Proje şirketi üretilmesi planlanan elektriğin geri kalan yüzdelerini kendisi ya da enerji perakende tedarikçileri yoluyla serbest elektrik piyasasına satacaktır.
 - viii. Her bir Güç Ünitesi için ESA'nın sona ermesini müteakip, ancak her bir Güç Ünitesinin ticari işletmeye giriş tarihinden sonra 15 (on beş) yıldan daha erken olmamak kaydıyla, Proje Şirketi, NGS ömrü boyunca, NGS Ünite 1, Ünite 2, Ünite 3 ve Ünite 4 için, Türk Tarafı'na yıllık bazda Proje Şirketi'nin net kârının yüzde 20'sini verecektir.
 - ix. Proje Şirketi, NGS inşasının başlaması için gerekli tüm belgeler, izinler, lisanslar, rızalar ve onayların verilmesinden itibaren yedi yıl içinde Ünite 1'i ve sonra da birer yıl aralıklarla Ünite 2, Ünite 3 ve Ünite 4'ü ardarda ticari işletmeye alacaktır. NGS ünitelerinin ticari işletmeye erken veya geç girişi durumunda, Taraflar'ın sorumlulukları ESA'ya göre belirlenecektir.
 - x. Proje Şirketi, NGS'nin sökümlü ve atık yönetiminden sorumlu olacak; bu çerçevede, yürürlükteki Türk kanun ve düzenlemeleri ile öngörülen ilgili fonlara gerekli ödemeleri yapacaktır.
 - xi. Anlaşma'nın uygulanması ve/veya yorumlanması ile ilgili, Taraflar arasındaki uyuşmazlıklar karşılıklı istişare ve müzakere yoluyla çözülecek; müzakerelerin başlangıç tarihinden itibaren altı ay içerisinde bu yolla çözülemeyen uyuşmazlıklar ise Taraflardan birinin talebi üzerine tahkim kuruluna götürülecektir.

2- Sinop Nükleer Güç Santrali Projesi

Akkuyu Nükleer Güç Santrali Projesi için tek bir hükümetlerarası anlaşma imzalanması yeterli bulunurken Sinop Nükleer Güç Santrali Projesi için Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Japonya Hükümeti arasında imzalanan hükümetlerarası anlaşmada Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile ileride kurulacak Proje Şirketi arasında bir “Ev Sahibi Hükümet Anlaşması” (*Host Government Agreement–HGA*) imzalanması kararlaştırılmıştır. İlgili taraflar arasında gelecekte imzalanması öngörülen bu Anlaşma ise “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Japonya Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti’nde Nükleer Güç Santrallerinin ve Nükleer Güç Sanayisinin Geliştirilmesine Dair İşbirliği Zaptı”nın eki olarak yer almıştır.

Sinop Nükleer Güç Santrali Projesi kapsamında Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Japonya Hükümeti arasında imzalanan anlaşmalar tarihleri ve ekleri ile şu şekildedir:

- i. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Japonya Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti’nde Nükleer Güç Santrallerinin ve Nükleer Güç Sanayisinin Geliştirilmesi Alanında İşbirliğine İlişkin Anlaşma (3 Mayıs 2013 Ankara / 26 Nisan 2013 Tokyo) (EK: Ev Sahibi Hükümet Anlaşması’nın Esas Unsurları)
- ii. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Japonya Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti’nde Nükleer Güç Santrallerinin ve Nükleer Güç Sanayisinin Geliştirilmesine Dair İşbirliği Zaptı (22 Ağustos 2014 Ankara / 27 Ağustos 2014 Tokyo) (EK: Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve (Proje Şirketinin Unvanı) Arasında Türkiye Cumhuriyeti’nde Nükleer Güç Santrali Projesinin ve Nükleer Güç Endüstrisinin Geliştirilmesi Hakkında Ev Sahibi Hükümet Anlaşması)

6.5.2015 tarihli ve 2015/7697 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile onaylanan bu Anlaşmalar ile Sinop ilinde^[11] yaklaşık 4400 MW kurulu güce sahip ATMEA1 tipi 4 reaktör kurulması öngörülmüştür.^[12]

Uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Proje Şirketi arasında imzalanması öngörülen Ev Sahibi Hükümet Anlaşması'nda (Sinop HGA) düzenlenmiştir. Ancak her ne kadar Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Japonya Hükümeti arasında akdedilen İşbirliği Zaptı'nın eki olarak yer almaktaysa da, Sinop HGA, Proje Şirketinin kurulamamış olması nedeni ile imzalanmamıştır. Ayrıca planlanan nükleer güç santraline ilişkin yapılan fizibilite çalışması takvim ve fiyat yönünden tatmin edici bulunmayarak 2020 yılı itibarıyla Japon Tarafı ile bu konudaki iş birliğine devam etmeme konusunda mutabakat sağlanmıştır. Bu nedenle, Sinop Nükleer Güç Santrali Projesi kapsamında Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Proje Şirketi arasında imzalanması öngörülen anlaşmada yer alan tahkim şartı incelememiz kapsamına alınmamaktadır.

3- Üçüncü Nükleer Güç Santrali Projesi

Ülkemizde hayata geçirilmesi hedeflenen bir diğer nükleer güç santrali projesi ile ilgili olarak “Nükleer Enerjinin Barışçıl Amaçlarla Kullanımına Dair Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İşbirliği Anlaşması” 9 Nisan 2012 tarihinde Pekin’de imzalanmıştır.

[11] Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Japonya Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti’nde Nükleer Güç Santrallerinin ve Nükleer Güç Sanayisinin Geliştirilmesi Alanında İşbirliğine İlişkin Anlaşma'nın 1. maddesinin b bendine göre “Proje Sahası” kavramı, Türkiye Cumhuriyeti'nin Sinop ilinde ya da şartların gerektirmesi durumunda başka bir yerde, Proje'nin uygulanması için Proje Şirketi'ne tahsis edilecek arazi anlamına gelmektedir.

[12] 1.4.2015 tarihli ve 6642 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Japonya Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti’nde Nükleer Güç Santrallerinin ve Nükleer Güç Sanayisinin Geliştirilmesi Alanında İşbirliğine İlişkin Anlaşma” ile “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Japonya Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti’nde Nükleer Güç Santrallerinin ve Nükleer Güç Sanayisinin Geliştirilmesine Dair İşbirliği Zaptı”nın onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 24.4.2015 tarihli ve 7776298 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanununun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 6.5.2015 tarihinde kararlaştırılmıştır (*Resmî Gazete* 10.4.2015-29332 ve *Resmî Gazete*, 23.5.2015-29364).

29.8.2016 tarihli ve 2016/9130 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile onaylanan bu Anlaşma ile Tarafların nükleer enerji ile ilgili diğer pek çok alan yanında nükleer güç santrallerinin ve araştırma reaktörlerinin saha etüd çalışmaları, tasarımı, inşası, işletmeye alınması, modernizasyonu, test edilmesi, bakımı, kullanılmış yakıt yönetimi ve sökümü hakkında da işbirliği geliştirmeyi arzuladıkları ifade edilmektedir.^[13]

Ülkemiz çapında farklı bölgelerde üçüncü nükleer güç santralının kurulacağı sahaya ilişkin araştırmalar sürerken henüz resmi bir açıklama bulunmamaktadır. Proje kapsamında imzalanması öngörülen diğer anlaşma veya anlaşmalar bakımından ise müzakereler devam etmektedir.

II. AKKUYU NÜKLEER GÜÇ SANTRALİ PROJESİ KAPSAMINDA TÜRKİYE CUMHURİYETİ HÜKÜMETİ İLE RUSYA FEDERASYONU HÜKÜMETİ ARASINDA AKDEDİLEN ANLAŞMADA YER ALAN TAHKİM ŞARTININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A) GENEL OLARAK

Tahkim, bu yönde bir anlaşma olması ve kanunun izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısı yerine resmi görevi yargılama olmayan kimseler aracılığı ile kesin ve bağlayıcı olarak çözüme kavuşturulması yöntemi şeklinde tanımlanabilir.^[14] Bu anlamda tahkim; tahkim anlaşması, hakem sözleşmesi ve tahkim anlaşmasının konusunu teşkil eden uyuşmazlıklara kaynaklık eden maddi hukuk sözleşmesi gibi

[13] 9.8.2016 tarihli ve 6738 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan “Nükleer Enerjinin Barışçıl Amaçlarla Kullanımına Dair Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İşbirliği Anlaşması”nın onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 29.8.2016 tarihli ve 11335799 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu’na 29.8.2016 tarihinde kararlaştırılmıştır (*Resmî Gazete*, 25.8.2016-29812 ve *Resmî Gazete*, 2.9.2016 S. 29819).

[14] Tanımlar hakkında bkz. Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986), 17; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001), 5875; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 3; Rifat Erten, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), 1.

çeşitli hukuki unsurları ve ilişkileri barındıran bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır.^[15]

Milletlerarası nitelikli uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin ağırlıklı olarak tercih edilmesinin en önemli iki nedeni, hakemlerin tarafsızlığı ve tahkim yargılaması sonucu verilen kararların icra edilebilirliği olarak görülmektedir.^[16] Bunlara ek olarak; tahkimin esnek bir yapıya sahip olması, tahkim yargılamasının gizliliğe imkân vermesi ve tahkim yargılaması sonucunda verilen kararların bağlayıcılığı da tahkimin tercih nedenleri arasında sayılabilmektedir.^[17]

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü iki temel şarta bağlıdır. Bunlardan birincisi, uyuşmazlığın tahkime elverişli olması, ikincisi ise tarafların tahkim konusunda anlaşmış olmalarıdır.^[18]

Tahkime elverişlilik^[19], genel olarak hangi tür uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebileceğini ve hangilerinin münhasıran mahkemelerin yargılama yetkisi kapsamında olduğunu ifade eden bir kavramdır^[20]. Bu kavram çeşitli hukuklarda sübjektif tahkime elverişlilik ve objektif tahkime elverişlilik olarak iki farklı açıdan ele alınmakta; sübjektif tahkime elverişlilik bir gerçek veya tüzel kişinin tahkim anlaşmasına taraf olma ehliyetine,

[15] Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 572; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013), 533.

[16] Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (the United States of America: Cambridge University Press, 2008), 3.

[17] Christian Bühring-Ühle, "A Survey on Arbitration and Settlement in International Business Disputes," *Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research*, ed. Christopher R. Drahozal ve Richard W. Naimark (the Netherlands: Kluwer Law International, 2005), 32.

[18] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 5.

[19] Tahkime elverişlilik konusunda kapsamlı bir çalışma için bkz. Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010).

[20] Alan Redfern ve Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (the United States of America: Oxford University Press, 2009), 123.

objektif tahkime elverişlilik ise uyuşmazlık konusunun tahkim yoluyla çözüme uygunluğuna işaret etmektedir^[21].

Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konulan bir “tahkim şartı” (*arbitration clause*) şeklinde olabileceği gibi ayrı bir “tahkim sözleşmesi” (*submission agreement*) şeklinde de yapılabilmektedir. Bununla birlikte tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konulan bir tahkim şartı şeklinde yapılmış ve o sözleşmenin hükümlerinden biri görünümünü kazanmış olsa dahi, asıl sözleşmeden ayrı kabul edilmektedir.^[22] Dolayısıyla, asıl sözleşme ile tahkim şartının maddi ve şekli geçerlilikleri birbirinden etkilenmediği gibi bunların tâbi olduğu hukuk da her zaman aynı olmak zorunda değildir.^[23]

Tahkim anlaşmasının kurulabilmesi için; belirli bir hukuki ilişkiyi ilgilendiren doğmuş veya doğacak çekişmelere yönelik tahkim iradesinin varlığı şarttır.^[24] Bunun dışında tahkim anlaşmasında yer alması zorunlu tutulan herhangi bir unsur söz konusu değildir. Ancak yine de tarafların tahkim sürecine ilişkin olarak kendi açılarından önemli addettikleri bazı ayrıntılara anlaşmalarında yer vermeleri doktrinde ve uygulamada tavsiye edilmektedir.^[25]

Akkuyu Nükleer Güç Santrali Projesi kapsamında uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti arasında akdedilen Hükümetlerarası Anlaşma'nın 17. maddesinde

[21] Bernard Hanotiau, “The Law Applicable to Arbitrability,” *The Singapore Academy of Law Journal* 26 (Ocak 2014): 875-878; Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 15-18.

[22] Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice* (the Netherlands: Kluwer Law International, 2012), 54; Redfern ve Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 117; Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 18.

[23] Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 55; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 573.

[24] Cansu Yener Keskin, *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 169.

[25] Turgut Kalpsüz, “Tahkim Anlaşması,” Ünal Tekinalp'e Armağan: Bilgi Toplumunda Hukuk (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003), 1045-1046; “Uluslararası Tahkim Şartlarının Hazırlanmasına Dair UBB Kılavuz İlkeleri,” (UBB Kılavuz İlkeleri) International Bar Association, erişim 30 Mayıs 2022, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=E58973BE-CBC8-4BBF-A336-E444D00CE62A>.

düzenlenmiştir. Çalışmamızda bahse konu tahkim şartı, tahkim anlaşmasının kurucu unsurlarından başka milletlerarası tahkim anlaşmasında düzenlenmesi tavsiye edilen temel unsurlar ile seçimlik unsurlar açısından bir değerlendirilmeye tâbi tutulmaya çalışılacaktır.

B) TAHKİM ANLAŞMASININ KURUCU UNSURLARI AÇISINDAN

Tahkim anlaşmasının kurulabilmesi, taraflar arasındaki mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne dair açık ve kesin bir iradenin bulunmasına bağlıdır. Bu çerçevede; taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişki, tahkim iradesi ve taraflar arasında çekişme tahkim anlaşmasının kurucu unsurlarını teşkil etmektedir.^[26]

Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin mevcut ve belirli olması tahkim anlaşmasının sadece geçerli biçimde kurulabilmesi için değil kapsamının açıkça tespit edilebilmesi açısından da önem arz etmektedir. Nitekim bu anlaşma ile hakemlerin yetkisinin sınırı çizilmekte ve tahkim anlaşmasında belirtilen konuların dışında kalan uyuşmazlıklar bakımından olağan devlet yargısının yetkisi devam etmektedir.^[27]

Akkuyu IGA kapsamında taraflar arasında bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Bu hukuki ilişki en genel haliyle Türkiye Cumhuriyeti'nde Akkuyu Sahası'nda bir nükleer güç santralinin tesisine ve işletimine dair işbirliğini esas almaktadır. Taraflar, bu hukuki ilişkiden doğacak uyuşmazlıkların çözümü bakımından tahkim yolunda karar kılmışlar ve tahkim anlaşmasını Hükümetlerarası Anlaşma'ya konulan bir tahkim şartı görünümünde yapmışlardır.

Belirtmek gerekir ki bir çekişmenin, yani bir uyuşmazlığın henüz doğmamış olması tahkim anlaşmasının kurulmasına engel değildir. Nitekim milletlerarası ticari tahkim uygulamasında tahkim genellikle, hukuki ilişkinin belirli olması koşuluyla taraflar arasında henüz herhangi bir uyuşmazlık yokken düzenlenmektedir. Akkuyu IGA kapsamında da taraflar gelecekte aralarında doğabilecek uyuşmazlıkları tahkim anlaşmasına konu etmişlerdir.

Tahkim anlaşmasının uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yapılması halinde tarafların çekişmeli konuları belirleyebilmeleri ve bunlardan hangilerinin

[26] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 98; Yener Keskin, *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi*, 159.

[27] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 105.

tahkim yolu ile çözüleceğini kararlaştırmaları daha kolaydır. Buna karşılık henüz doğmamış uyuşmazlıkların belirlenip sözleşme metnine geçirilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu durumda, aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim şartının yer aldığı sözleşmeden doğacak bütün uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği kabul edilmektedir.^[28]

Akkuyu IGA metninde yer alan tahkim şartında dikkati çeken bir husus, taraflarca basamaklı bir uyuşmazlık çözüm yolunun kaleme alınmış olmasıdır. Buna göre Akkuyu IGA'nın uygulanması ve/veya yorumlanması ile ilgili uyuşmazlıklar Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ve Rosatom arasında karşılıklı istişare ve müzakere yolu ile çözülecek; gerekli görüldüğü takdirde, taraflardan birinin teklifi üzerine, Anlaşma'nın yürütülmesine ilişkin tavsiyeleri gözden geçirmek ve ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek amacı ile toplantılar düzenlenecektir. Eğer bir uyuşmazlık müzakerelerin başlangıç tarihinden itibaren altı ay içerisinde bu yolla çözülemese taraflardan birinin talebi üzerine tahkim kuruluna götürülecektir.

Tahkim yoluna başvurmadan önce uyuşmazlıkları dostane biçimde müzakere etme veya diğer alternatif çözüm yollarını tüketme gibi çeşitli mekanizmaların öngörüldüğü tahkim anlaşmalarına uygulamada sıklıkla rastlanmakta; genel anlamda ifade etmek gerekirse, bu tür kayıtların tarafların tahkim iradesini şüpheye düşürmediği ve dolayısıyla tahkim anlaşmasını geçersiz kılmadığı kabul edilmektedir.^[29]

Sonuç olarak, Akkuyu IGA bağlamında taraflar arasında bir hukuki ilişkinin mevcut olduğu, bu hukuki ilişkiden ileride doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim anlaşmasına konu edildiği ve tahkim iradesinin açık ve kesin bir biçimde ortaya konmuş bulunduğu görülmekte; kurucu unsurlar yönünden tamamlanmış bir tahkim anlaşmasının varlığından bahsetmenin mümkün olduğu değerlendirilmektedir.

[28] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 112-113.

[29] Mine Tan Dehmen, "Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargısına Etkisi," *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 25, no. 1-2 (2005): 458.

C) MİLLETLERARASI TAHKİM ANLAŞMASINDA DÜZENLENMESİ TAVSİYE EDİLEN TEMEL UNSURLAR AÇISINDAN

1- Tahkim Anlaşmasının Kapsamı

Tahkim anlaşmasının kapsamı ile tahkime konu olacak uyuşmazlıkların türü ve sınırı kastedilmektedir. Bu bağlamda tarafların, istisnai durumlar dışında, tahkime tâbi uyuşmazlıkların kapsamını sadece sözleşmeden “doğan” tüm uyuşmazlıklar (*any disputes arising out of the contract*) ile sınırlı olarak değil sözleşme ile “ilişkili olan” tüm uyuşmazlıkları da (*any disputes arising out of or related to the contract*) kapsayacak şekilde geniş olarak tanımlamaları tavsiye edilmektedir.^[30]

Bununla birlikte taraflar, sözleşme ile ilişkili olsa da bazı türden uyuşmazlıkları tahkim şartının kapsamı dışında tutmayı veya sadece mevcut tek bir uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi yapmayı arzu edebilirler. Ancak bu durumda, tahkim anlaşması ne kadar özenle hazırlanmış olursa olsun bazı konuların kapsam dışında bırakılmasının, örneğin sözleşmeden doğan bazı talepler tahkimde görülürken sözleşmeden doğan veya sözleşme dışı diğer bazı taleplerin devlet yargısında görülmesi nedeniyle, paralel yargılamaya ve birbiri ile çelişen kararlara yol açabileceği riskini de göz ardı etmemelidirler.^[31]

Her ne kadar tarafların bazı türden uyuşmazlıkları tahkim şartının kapsamı dışında bırakabilmeleri mümkünse de içerdiği riskler nedeniyle uygulamada bu duruma pek rastlanmamakta; tahkime konu olacak uyuşmazlıkların kapsamının genellikle geniş olarak tanımlandığı görülmektedir.^[32]

Akkuyu IGA'nın 17. maddesinin 1. paragrafında tahkim anlaşmasının kapsamı ve dolayısıyla uyuşmazlığı çözmekle görevli olacak hakemlerin yetkisi “*İşbu Anlaşma'nın uygulanması velveya yorumlanması ile ilgili, Taraflar arasındaki uyuşmazlıklar*” ifadesi ile geniş biçimde tanımlanmıştır.

[30] UBB Kılavuz İlkeleri, Kılavuz İlke 3: “*Özel durumlar dışında, taraflar tahkime tâbi olan uyuşmazlıkların kapsamını sınırlandırmaya çalışmamalı ve bu kapsamı geniş bir şekilde tanımlamalıdır.*”

[31] Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 36.

[32] Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 36.

2- Kurumsal Tahkim veya Ad hoc Tahkim

Tahkim anlaşması yapacak olan tarafların dikkate alması tavsiye edilen hususlardan biri de *ad hoc* veya kurumsal tahkim arasında bir seçim yapmaktadır.^[33]

Kurumsal tahkim, tahkim hizmeti sunan bir kurumun tahkim usulüne ilişkin önceden hazırlanmış yargılama kurallarına tâbi olarak cereyan eden tahkim olup bu tahkim türünün tercih edildiği hallerde, taraflarca düzenlenmeyen hususlar, söz konusu kurallara göre yönetilmektedir.^[34] Kurumsal tahkim kurallarında genel olarak; uyuşmazlığı çözüme görevini üstlenecek hakemlere ilişkin konular ile birlikte tahkim yeri, tahkim dili, tahkim süresi, gizlilik, geçici hukuki koruma tedbirleri, belgelerin ibrazı ve yargılama masrafları gibi pek çok ayrıntıya yer verilmektedir. Buna karşılık *ad hoc* tahkim, tarafların doğrudan hazırladıkları veya atıf yaptıkları belirli kurallara veya kanunlara tâbi olarak gerçekleşen tahkim olduğu için bu tahkim türünün tercihi, şayet tahkim usulü tarafların anlaşmalarında yaptıkları bir atıf ile örneğin UNCITRAL Tahkim Kuralları gibi tahkim sürecinin tüm yönlerini kapsayıcı nitelikte usul kurallarına veya kanunlara tâbi kılınmamış ise, tahkim sürecine ilişkin pek çok meselenin tahkim anlaşmasının yapılması aşamasında göz önünde bulundurulmasını gerekli kılmaktadır.^[35]

Akkuyu IGA'nın 17. maddesi incelendiğinde herhangi bir kurumun önceden hazırlanmış yargılama kurallarına atıf yapılmaksızın hakem mahkemesinin kendi usulünü bağımsızca belirleyeceğinin kararlaştırılmış ve

[33] UBB Kılavuz İlkeleri, Kılavuz İlke 1: “Taraflar kurumsal ve ad hoc tahkim arasında seçim yapılmalıdır.”

[34] Cemile Demir Gökyayla, “Milletlerarası Tahkimde Ad hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim,” *Uğur Alacakaptan’a Armağan* (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008), 162; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019), 383.; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 575. Kurumsal tahkime ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. Banu Şit, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Ankara: İmaj Yayıncılık, 2005), 15 vd.

[35] Demir Gökyayla, *Milletlerarası Tahkimde Ad hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim*, 162; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 384; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 576; Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 7.

açıkça ifade edilmemekle birlikte *ad hoc* tahkimin tercih edilmiş olduğu görülmektedir.

3- Tahkim Usulüne Uygulanacak Kurallar

Genel olarak tarafların, sahip oldukları irade serbestisinin sınırları çerçevesinde, hakemlerin uygulayacağı yargılama kurallarını doğrudan kaleme alarak ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına atıf yaparak belirleyebileceği kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle taraflar isterlerse tahkim anlaşmalarında, tebligatlar, deliller, duruşmalar, yargılama dili, dilekçelerin sunulması gibi konuların tamamına veya bir kısmına ilişkin hükümlere yer vererek tahkim usulüne uygulanacak kuralları bizzat kendileri oluşturabilir ve/veya belli bir hukuka ya da kurallar bütününe atıf yapmak suretiyle bunlarda yer alan yargılama kurallarının tahkim usulüne uygulanmasını sağlayabilirler.^[36]

Taraflar tahkim usulüne ilişkin kuralları tahkim anlaşmalarında kararlaştırabilecekleri gibi tahkim yargılaması sürecinde de belirleyebilirler. Ancak hâlihazırda bir uyumsuzluk içinde olan kişilerin böyle bir konuda uzlaşma sağlaması kimi zaman mümkün olmamaktadır. Bu nedenle tahkim yargılamasının usulî çerçevesini kendi beklentilerine uygun olarak şekillendirme arzusu içinde olan tarafların bu hususu tahkim şartını kaleme aldıkları aşamada dikkate almaları tavsiye edilmektedir.^[37] Aksi halde yargılama sürecinde hakemlerin, kendi seçtikleri veya tahkim yeri hukukunun öngördüğü usul kurallarını uygulaması söz konusu olabilmektedir.^[38]

Gerek millî kanunlarda gerekse milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarında yer alan pek çok hüküm “taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça” benzeri ibareler içermektedir. Genel olarak ifade etmek gerekirse, emredici hükümler saklı kalmak kaydıyla, tahkim anlaşmasında ayrıca düzenleme konusu yapılan meseleler bakımından taraflarca “aksinin kararlaştırılmış

[36] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 166.

[37] UBB Kılavuz İlkeleri, Kılavuz İlke 2: “Taraflar birtakım tahkim kurallarını seçmeli ve bu tahkim kuralları için önerilen örnek şartı başlangıç noktası olarak kullanılmalıdır.”

[38] New York Sözleşmesi m. V(1)(d); Avrupa Sözleşmesi m. IX(1)(d); Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 573.

olduğu” değerlendirilmekte ve söz konusu düzenlemeler öncelikle uygulama alanı bulmaktadır.

Akkuyu IGA'nın 17. maddesinin 6. paragrafında hakem mahkemesinin kendi usulünü bağımsızca belirleyeceği hükme bağlanmakta; tahkim usulüne dahil olan konulara ilişkin ayrıca bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bu durumda, Akkuyu IGA kapsamında ortaya çıkacak uyuşmazlıklar hakkında tahkime başvurulduğu takdirde taraflarca usule uygulanacak kurallar bakımından aksi kararlaştırılmadıkça hakemlerin kendi seçtikleri ve tahkim yeri hukukunun öngördüğü usul kurallarını uygulamasının söz konusu olacağı değerlendirilmektedir.

4- Tahkim Yeri

Tahkim yeri, coğrafi bir alana işaret eder gibi gözükmekteyse de tahkim sürecine etkileri itibariyle oldukça önemli bir hukuki kavramdır.^[39]

Tahkim yeri, New York Sözleşmesi çerçevesinde hakem kararının milliyetini belirlemektedir. Daha da önemlisi, tarafların tahkim usulüne ilişkin kuralları tahkim anlaşmalarında veya tahkim yargılaması sürecinde kararlaştırmamış olmaları halinde tahkim usulüne tahkim yeri hukuku uygulanabilmektedir.^[40] İlaveten, hakemlerin tayin edilmesi veya değiştirilmesi, geçici ve koruyucu tedbirlere hükmedilmesi, delillerin toplanması gibi hususlarda yardıma ihtiyaç duyulması veya yargılama sonunda verilen karara karşı kanun yollarına başvurulmak istenmesi hallerinde kural olarak tahkim yeri mahkemeleri yetkili olmaktadır.^[41]

[39] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 171; Turgut Kalpsüz, “Türk Hakem Kararı Kavramı,” *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi: Bildiriler-Tartışmalar, II. Tahkim Haftası 25-26 Kasım 1983* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1984), 40.

[40] New York Sözleşmesi m. V(1)(d); Avrupa Sözleşmesi m. IX(1)(d); Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 573; Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 114; Kuzuo Iwasaki, “Selection of Situs: Criteria and Priorities,” *Arbitration International* (Ocak, 1986): 61 vd.

[41] Alexander J. Belohlavek, “Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of Arbitration is an Outdated Myth,” *Swiss Arbitration Association Bulletin* 31, no. 2 (2013): 279 vd.; Carbone

Genel olarak ifade etmek gerekirse tahkim yerinin (i) New York Sözleşmesi'ne taraf olan; (ii) düzenlemeleri milletlerarası tahkimin çağdaş gereksinimleri karşılayan ve esas sözleşme konusunun tahkime götürülmesine izin veren; (iii) mahkemeleri tahkim yargılamasını destekleyen bir yargı alanında belirlenmesi tavsiye edilmektedir.^[42]

Milletlerarası ticari tahkim uygulamasında tahkim yeri seçiminde bu sayılanlar dışında diğer bazı hususların da etkili olduğu görülmektedir. Bu kapsamda özellikle tahkim yerinin tarafsızlığı konusu öne çıkmaktadır. Tarafsızlık kaygısı uyuşmazlıkların devlet yargısında çözümlendiği hallerde daha ağır basmaktaysa da tahkim yoluyla çözümünde de kendini göstermekte; taraflardan hiçbiri diğerinin tâbi olduğu devletin mahkemelerinin tahkim sürecine destek veya hakem kararına karşı kanun yollarına başvuru konularında yetkili olmasını tercih etmemektedir.^[43] Bunun dışında toplantılar veya duruşmalar için gerekli olacak tesislerin mevcudiyeti, ulaşım ve konaklama olanakları, tarafların dil ve kültüre aşinalığı veya vize kısıtlamaları gibi hususlar da kimi zaman tahkim yeri seçiminde etkili olmaktadır.^[44] Ancak taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça toplantıların veya duruşmaların mutlak olarak tahkim yerinde yapılması zorunlu olmadığından bu sayılan kriterlerin öncelikli olmaması gerektiği ifade edilmektedir.^[45]

Tarafların tahkim yeri konusunda bir anlaşmaya varmamış veya varamamış olması halinde gerek millî kanunlarda gerekse milletlerarası ve kurumsal tahkim kurallarında kabul edildiği üzere, tahkim yerini belirleme olayın hal ve şartlarını dikkate almak suretiyle hakem mahkemesine veya tahkim

Guilia, "The Interference of the Court of the Seat with International Arbitration," *Journal of Dispute Resolution* 217, no. 1 (2012): 219 vd.

[42] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 20; Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 43; Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 123-125.

[43] Gonzalo Vial ve Francisco Blavi, "New Ideas for Old Expectation of Becoming an Attractive Arbitral Seat," *Transnational Law & Contemporary Problems* 25, no. 2 (2016): 285.

[44] Iwasaki, "Selection," 63 vd.

[45] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 20.

kurumuna düşmektedir.^[46] Ancak hakem mahkemesinin oluşturulmadığı *ad hoc* tahkimlerde tahkim yerinin belli olmaması bu konuda hangi yer mahkemelerinden destek alınacağı açısından bir soruna yol açabilmektedir. Bu nedenle, tahkim yerini belirtmeyen bir tahkim anlaşması geçersiz değilse bile bu derecede önemli bir hususun tahkim anlaşmasının kapsamı dışında bırakılması tavsiye edilmemektedir.^[47]

Tahkim yeri ile ilgili olarak dikkate alınması gereken bir diğer husus da buna ilişkin hüküm kaleme alınırken seçilen kavramlardır. Tarafların tahkim yerini kararlaştırırken doğru kavramı kullanmaları tahkimin hukuki yerinin iradelerine uygun ve geçerli bir biçimde seçilebilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu bağlamda genellikle İngilizce olarak yapılan milletlerarası tahkim anlaşmalarında tarafların tahkim yerini ifade etmek üzere “*venue*”, “*location*” ve benzeri kavramlardan kaçınmaları; bunlar yerine tahkim yerinin hukuki niteliğine işaret eden “*the seat of arbitration*” veya “*the place of arbitration*” kavramlarını tercih etmeleri tavsiye edilmektedir.^[48]

Akkuyu IGA'nın 17. maddesinin 7. paragrafı ile taraflarca aksi üzerinde mutabakata varılmadıkça, tahkim kurulunun Lahey'de toplanacağı ve Daimî Hakemlik Mahkemesinin bina ve tesislerinden yararlanacağı hükme bağlanmıştır. Burada yer verilen “toplanma” ifadesi Anlaşmanın İngilizce metninde ise “*sit*” kavramı ile karşılanmaktadır.

Tahkim yeri konusunda yapılan genel açıklamalara istinaden Akkuyu IGA'da yer alan hüküm çeşitli açılardan eleştiriye açık bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi Anlaşma'nın gerek Türkçe gerekse herhangi bir yorum uyuşmazlığının ortaya çıkması halinde geçerli olacak İngilizce metninde tahkimin hukuki yerini karşılayan bir kavrama yer verilmemiş olmasıdır. Bununla birlikte, toplantıların veya duruşmaların yapılacağı yerin tahkim anlaşması ile belirlenmesinin de çeşitli sakıncaları bulunmaktadır. Nitekim bu yönde bir tercih yapılmış olması hakemlerin olayın hâl ve şartlarını göz önünde bulundurmak suretiyle uygun gördükleri başka yerlerde

[46] Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 121 vd.

[47] UBB Kılavuz İlkeleri, Kılavuz İlke 4: “*Taraflar tahkim yerini seçmelidir. Bu seçim hem pratiğe hem de hukuki hususlara dayanmalıdır.*”

[48] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 24; Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 112.

toplanabilmelerine engel olabilmekte; dolayısıyla özel bir gerekçeleri yoksa tarafların tahkim anlaşmalarında böyle bir düzenlemeye yer vermeleri genellikle tavsiye edilmemektedir.^[49] İlgili madde metninde her ne kadar “taraf-larca aksi üzerinde mutabakata varılmadıkça” ifadesi ile bir ölçüde esneklik sağlanmış olsa da söz konusu hüküm sadece taraflara değil hakemlere de aksi üzerinde mutabakata varma yetkisi tanıyan biçimde kaleme alınsaydı daha uygun olabileceği değerlendirilmektedir.

5- Hakemlerin Sayısı, Seçilme ve Değiştirilme Yöntemi

Tahkim yargılamasının başlayabilmesi ve kesintisiz olarak ilerleyebilmesi hakem mahkemesinin oluşturulmasına bağlıdır. Bu nedenle tarafların tahkim anlaşması yaparken hakemlerin sayısı ile seçilme ve değiştirilme yöntemini de göz önünde bulundurmaları tavsiye edilmektedir.^[50]

Milletlerarası ticari tahkim uygulamasında çoğunlukla bir veya üç hakemin tercih edildiği görülmektedir. Hakem sayısının tek sayı olarak belirlenmesi, oylamalarda eşitlik olması durumunda ortaya çıkabilecek sakıncaların engellenbilmesi bakımından önem arz etmektedir^[51].

Hakem sayısının, özellikle tahkim yargılamasının maliyeti ve süresi üzerinde etkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda, tek hakem ile yürütülen tahkimlere kıyasla üç hakem ile yürütülen tahkimler genellikle hakem ücretleri nedeniyle çok daha masraflı; toplantı ve duruşma tarihlerinin ayarlanmasındaki zorluk nedeniyle ise çok daha uzun süreli olmaktadır.^[52] Öte yandan, mali ve zamansal külfetine rağmen, karmaşık ve yüksek tutarlı uyuşmazlıkların tek hakem yerine üç hakemden oluşan bir kurul tarafından çözümlenecek olması kimi zaman taraflara makul ve adil bir kararın elde edileceği yolunda

[49] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 20; Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 125.

[50] UBB Kılavuz İlkeleri, Kılavuz İlke 5: “Taraflar hakem sayısını belirlemelidir.”; Kılavuz İlke 6: “Taraflar hakemlerin seçilme ve değiştirilme yöntemini belirlemelidir ve ad hoc tahkimin seçilmesi halinde bir tayin mercii seçmelidir.”

[51] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 142; UBB Kılavuz İlkeleri, para. 26.

[52] Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 42; UBB Kılavuz İlkeleri, para. 26.

daha fazla güven vermektedir.^[53] Benzer şekilde ve uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere, her bir tarafın en azından hakemlerden birini atama imkânına sahip olması da gerek niteliği itibariyle farklı uzmanlık alanlarına giren gerekse tarafları farklı hukuki ve kültürel altyapıdan gelen uyuşmazlıklar bakımından, üç hakemli bir çözümün çoğunlukla daha uygun bulunmasına neden olmaktadır.^[54] Bu noktada önemli olan, tarafların aralarındaki mevcut hukuki ilişki bağlamında bir öngöründe bulunarak beklentilerini ve gereksinimlerini karşılayacak bir tercih yapabilmeleridir.

Tahkim anlaşmalarında hakem sayısına ilişkin bir düzenlemeye yer veren tarafların genellikle hakem mahkemesinin oluşturulması hakkında bir yöntem belirlemiş olduğu da görülmekte; bu ise çoğunlukla hakem seçiminin üçüncü bir kişiye veya bir kuruma bırakılması ya da her bir tarafın ayrı bir hakem seçmesi ve bu hakemlerin de üçüncü hakemi tayin etmesi şeklinde kendini göstermektedir.^[55] İlâveten, taraflar benimsemiş oldukları yöntemin uygulanması bakımından çoğunlukla belli süre sınırları öngörmektedirler. Nitekim böylece ileride hakem tayininde yaşanabilecek gecikmelerin neden olacağı önemli bir zaman kaybının önüne geçilmiş olmaktadır.^[56]

Belirtmek gerekir ki hem millî kanunlar hem de kurumsal ve milletlerarası tahkim kuralları hakem sayısına ve hakem mahkemesinin oluşturulmasına ilişkin çeşitli düzenlemeler içermektedir. Öte yandan ister kurumsal tahkim ister *ad hoc* tahkim seçilmiş olsun, taraflar çok istisnai sınırlamalar hariç olmak üzere, söz konusu metinlerde yer alan hükümlerin aksini kararlaştırabilirler.^[57] Tarafların uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce veya çıktıktan sonra bu konularda herhangi bir belirleme yapmamış olması halinde, şayet kurumsal

[53] Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 42; UBB Kılavuz İlkeleri para. 26.

[54] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 26.

[55] Yener Keskin, *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi*, 204.

[56] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 33.

[57] Ancak bu durumda uygulanacak tahkim kurallarının terminolojisi ile tutarlı bir dil kullanılması tavsiye edilmektedir. Bu bağlamda örneğin, bazı kurumsal tahkim kuralları uyarınca, taraflar hakemleri “önermekte” ve sadece tahkim kurumunun ilgili organı bu hakemleri “tayin etme” yetkisine sahip bulunmaktadır (UBB Kılavuz İlkeleri, para. 30).

tahkim tercih edilmiş ise, kendi kuralları çerçevesinde hakemleri seçmek veya değiştirmek için tahkim merkezi her halükârda hazır bulunmaktadır. Buna karşılık *ad hoc* tahkimde, tahkim herhangi bir organizasyonun bünyesinde gerçekleşmediği için, böyle bir imkândan her zaman faydalanılamamaktadır.^[58] Dolayısıyla, *ad hoc* tahkimi tercih eden tarafların tahkim anlaşmalarını kaleme alırken ileride uzlaşmama ihtimalleri dahilinde hakemleri seçme ve değiştirme görevini üstlenecek bir “atama makamı” ihtiyacını da dikkate almaları tavsiye edilmektedir.^[59] Aksi halde, tahkim yeri mahkemelerinin yardımına başvurulması gerekecek ve tahkim sürecinde aksamalar meydana gelebilecektir.^[60]

Akkuyu IGA'nın 17. maddesinin 4. paragrafında taraflardan her birinin, tahkim talebini almasını müteakip iki ay içerisinde tahkim kuruluna bir üye atayacağı ve heyetin bu iki üyesinin, atandıktan sonraki iki ay içerisinde tahkim kurulunun başkanı olacak üçüncü üyeyi seçeceği hükme bağlanmıştır. Anılan düzenleme ile hakemlerin sayısı ve seçilme usulü kararlaştırıldıktan sonra aynı maddenin 5. paragrafında ise bir atama makamı belirlenmiştir. Buna göre, belirtilen süreler içerisinde gerekli atamaların yapılmaması durumunda, Taraflardan herhangi biri, başka türlü bir düzenleme yapılmazsa, BM Uluslararası Adalet Divanı Başkanı'na hakem atamalarının yapılması için başvuruda bulunacak; BM Uluslararası Adalet Divanı Başkanı'nın, Taraflardan birinin uyuşunu taşıması veya başka sebeplerden dolayı bu görevi yerine getirememesi halinde, BM Uluslararası Adalet Divanı Başkan Yardımcısı gerekli atamaları yapmak üzere davet edilecektir. BM Uluslararası Adalet Divanı Başkan Yardımcısı'nın Taraflardan birinin uyuşunu taşıması veya başka sebeplerden dolayı bu görevi yerine getirememesi halinde ise, BM

[58] Öte yandan, UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca Daimî Hakemlik Mahkemesi Genel Sekreteri, taraflarca kararlaştırılmamış olması halinde, atama makamını belirlemektedir.

[59] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 32: “*Tayin mercii bir tahkim kurumu, mahkeme, ticari veya mesleki birlik ya da başka bir bağımsız kuruluş olabilir. Taraflar bir birey yerine (zira söz konusu birey görev için çağırıldığında görevi icra edemeyecek durumda olabilir) bir mevki veya unvan (örneğin bir tahkim kurumunun başkanı, bir mahkemenin baş hakimi veya ticari veya mesleki bir birliğin başkanı) seçmelidir. Taraflar ayrıca seçilen mercinin, talep edilmesi halinde veya edildiğinde görevlerini yerine getirmeyi kabul edeceğinden emin olmalıdır.*”

[60] Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 27.

Uluslararası Adalet Divanı'nın kıdem sırasına göre takip eden ve Taraflardan hiçbiri ile aynı uyuşmazlığı paylaşmayan üyesi gerekli atamaları yapmak üzere davet edilecektir.

Akkuyu IGA ile uyuşmazlıkların üç hakemden oluşacak bir hakem mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulması öngörülmüş ve taraflardan her birinin ayrı bir hakem seçmesi ve bu hakemlerin de üçüncü hakemi tayin etmesi şeklinde bir yöntem benimsenmiştir. Ayrıca bu yöntemin uygulanması bakımından belli süre sınırları konulmuş ve böylece hakem tayininde yaşanabilecek gecikmelerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Daha da önemlisi, hakem mahkemesinin belirtilen şekilde oluşturulamaması ihtimaline karşın yerine getirilmeyen atamaların ne şekilde yapılacağına ilişkin bir mekanizma kararlaştırılmıştır. Her ne kadar bu düzenlemelerde hakemlerin değiştirilmesi hususu gözetilmemişse de hakemlerin atanmasına ilişkin hükümlerin değiştirilmesi açısından da uygulanabilir olduğu ve tahkim yargılaması bu nedenle kesintiye uğrayabilirse de nihayetinde hakem mahkemesinin yeniden oluşturulabileceği değerlendirilmektedir.

6- Tahkim Dili

Milletlerarası unsur taşıyan uyuşmazlıklarda tahkim dilinin seçilmesi tarafların yargılamayı bizzat takip edebilmeleri başta olmak üzere istedikleri vekil aracılığı ile temsil edilebilmeleri, uzmanlığına ve tecrübesine güvendikleri hakemi atayabilmeleri veya tahkim sürecinde belgeleri tercümeye gerek olmaksızın sunabilmeleri gibi pek çok konu bakımından önem taşımaktadır.^[61] Bu nedenle, özellikle dilleri farklı olan veya dilleri ortak olsa bile tahkim yeri ülkesinin dilinden farklı olan tarafların tahkim anlaşmalarında tahkim dilini kararlaştırmaları tavsiye edilmektedir.^[62]

Tahkim dili tarafların tahkim anlaşmasında "Tahkim dili ... olacaktır." şeklinde oldukça basit bir hüküm ile düzenlenebilmektedir. Bu kapsamda, tahkim dilinin birden fazla dil olarak belirlenmesinde kural olarak bir engel bulunmamaktadır. Ancak böyle bir durumda tahkim sürecini iki dilde yürütebilecek hakem seçeneklerinin önemli ölçüde azalması söz konusu

[61] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 441; Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 38.

[62] UBB Kılavuz İlkeleri, Kılavuz İlke 7: "Taraflar tahkimin dilini belirlemelidir."

olabilmekte ve bulunamaması halinde yazılı ve sözlü tercüme ihtiyacı tahkim yargılamasında ek masrafa ve gecikmelere neden olabilmektedir.^[63]

Tarafların tahkim dili konusunda bir anlaşmaya varmamış veya varamamış olması halinde, ilgili tüm hususların göz önüne alınması suretiyle tahkim dili veya dillerini belirleme görevi büyük ihtimalle hakem mahkemesine düşecektir.^[64] Nitekim millî kanunlar ile milletlerarası ve kurumsal tahkim kurallarının pek çoğunda bu yönde düzenlemeler yer almaktadır. Ancak tahkim dilinin kural olarak tarafların bütün yazılı beyanlarında, duruşmalarda, hakem veya hakem kurulunun ara kararlarında, nihai kararında ve yazılı bildirimlerinde kullanılacağı göz önüne alınır, böyle basit ancak bir o kadar da önemli bir kararın hakem mahkemesine bırakılması yerine tarafların tahkim anlaşmasında düzenleme konusu yapılmasının daha uygun olacağı ifade edilmektedir.^[65]

Akkuyu IGA'nın 17. maddesi incelendiğinde tahkim diline ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiş olduğu görülmektedir. Bu durumda taraflarca bir karara varılmadıkça tahkim dili veya dillerini belirleme görevinin ilgili tüm hususların göz önüne alınması suretiyle hakem mahkemesine düşeceği değerlendirilmektedir.

7- Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk

Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, genel anlamda, hakem mahkemesinin tahkime konu uyuşmazlığın çözümünde dikkate alacağı kurallar bütünüdür ifade etmektedir. Milletlerarası unsurlu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde esasa uygulanacak hukuk belirlenirken tarafların açık ya da zımni iradeleri önem kazanmakta; bu çerçevede kural olarak taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ve tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kuralları öncelikle uygulanmaktadır.^[66]

[63] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 39.

[64] Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 38; Redfern ve Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 115.

[65] Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 38; UBB Kılavuz İlkeleri, para. 39-40.

[66] Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 556.

Her ne kadar esas sözleşmeye ve o sözleşmeden doğan veya o sözleşme ile bağlantılı olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tahkim şartı içinde düzenlenmesi zorunlu değilse de ileride uygulanacak hukukun belirlenmesi ile harcanacak zaman kaybının önüne geçebilmek ve hakem kararının sonucu hakkında bir ölçüde öngörülebilirlik sağlayabilmek için bu hususun önceden kararlaştırılmış olması tavsiye edilmektedir.^[67] Bu kapsamda, şayet tarafların iradesi o yönde ise, uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere belirli bir devletin hukukuna ait hukuk kurallarından başka herhangi bir devlete ait olmayıp milletlerarası camianın ihtiyaçları doğrultusunda gelişen ve genel kabul gören kuralların kararlaştırılması da genellikle mümkün bulunmaktadır.^[68] Bu tür bir hukuk seçimi yapılmadığında ise hakem mahkemesi kurumsal tahkimde tahkim kurumunun kendi kuralları içerisinde yer alan kanunlar ihtilafı kurallarından hareketle; tahkim kurumunun kurallarında kanunlar ihtilafı kuralı mevcut değilse veya *ad hoc* tahkime gidilmişse de tahkim yeri ülkesi hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla esasa uygulanacak hukuku belirleyebilmekte veya doğrudan dava ile en sıkı irtibatlı ülke hukukunu tespit edip, buna göre uyuşmazlığı çözebilmektedir.^[69] İlaveten, millî kanunlar ile milletlerarası ve kurumsal tahkim kurallarının pek çoğunda hakemlerin taraflarca açıkça yetkilendirilmiş olmaları koşuluyla, hakkaniyet ve nesafete göre (*ex aequo et bono*) karar verebileceği de düzenlenmektedir.^[70]

Bu noktada belirtmek gerekir ki, belirli bir devlete ait olmayan hukuk kuralları seçilirken veya hakemlerin hakkaniyet ve nesafete göre karar verebileceği düzenlenirken dikkatli olunması ve ortaya çıkabilecek olumsuz durumların göz önünde bulundurulması tavsiye edilmektedir. Nitekim ulusal kanunlar karşısında bu seçenekler içerikleri ve yargılama sonucuna etkileri itibariyle taraflar açısından öngörülebilirlik sağlayamamakta; uygulanacak kuralların hakem mahkemesi tarafından kesin olarak tespit edilmesindeki

[67] UBB Kılavuz İlkeleri, Kılavuz İlke 8: “Taraflar sözleşmeye ve takip eden herhangi bir uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirlemelidir.”

[68] Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 556.

[69] Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 573; Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, 228.

[70] Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 556.

zorluk nedeniyle ise uyuşmazlıkların çözümlenmesinin daha karmaşık ve maliyetli olmasına neden olabilmektedir.^[71]

Akkuyu IGA'nın 17. maddesinin 8. paragrafında hakem mahkemesinin uyuşmazlığı taraflar arasındaki Anlaşma ile uluslararası hukukun uygulanabilir ilke ve kuralları çerçevesinde çözüme bağlayacağı hükme bağlanmıştır. Burada yer verilen "uluslararası hukukun uygulanabilir ilke ve kuralları" ifadesi Anlaşmanın İngilizce metninde ise "*applicable rules and principles of international law*" kavramı ile karşılanmaktadır.

Akkuyu IGA ile esasa uygulanacak hukukun bu şekilde belirlenmiş olması, kanımızca, egemen iki devletin hükümetleri arasında akdedilmiş bir anlaşma ile ilişkili olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıkların üçüncü bir devletin hukuku yerine uluslararası hukuk çerçevesinde çözüme kavuşturulmasının daha uygun görüldüğüne yönelik genel bir tercihi yansıtmaktadır. Nitekim ülkemizin tarafı olduğu yabancı yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin iki veya çok taraflı anlaşmaların^[72] pek çoğunda, Akkuyu IGA ile benzer doğrultuda, taraflar arasındaki anlaşmanın hükümlerinden başka uluslararası hukukun uygulanabilir ilkeleri ve kurallarına atıf yapılmakta ve böylece uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk oldukça geniş bir biçimde tanımlanmaktadır.

D) MİLLETLERARASI TAHKİM ANLAŞMASINDA YER VERİLEBİLECEK SEÇİMLİK UNSURLAR AÇISINDAN

1- Hakem Mahkemesinin ve Devlet Mahkemelerinin Geçici ve Koruyucu Tedbirlere İlişkin Yetkisi

Taraflar tahkim anlaşması yapmakla hem esas sözleşmeye konu uyuşmazlıkların çözümü konusunda hakem mahkemesinin yetkisini tesis etmekte; hem de tahkim sürecinin hızlı bir şekilde tamamlanması için gerekli özeni gösterme ve tahkim anlaşmasının amacına aykırı davranışlarda bulunmama yükümlülüğü altına girmektedirler.^[73] Buna rağmen, tıpkı devlet yargısında

[71] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 45.

[72] Türkiye'nin tarafı olduğu milletlerarası yatırım sözleşmeleri için bkz. "Turkey," Investment Policy Hub, erişim 30 Mayıs 2022, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/214/turkey>.

[73] Kalpsüz, "Tahkim Anlaşması," 1049.

olduğu gibi tahkim yargılamasında da nihai karar verilmeye kadar belli bir süre geçmekte ve bu süre içerisinde taraflardan birinin kötü niyetli davranışları veya diğer bazı etkenler nedeniyle yargılama sonucunda verilecek kararın gereği gibi yerine getirilmesi tehlikeye düşebilmektedir.^[74]

Geçici ve koruyucu tedbirler, uyuşmazlığın kesin hüküm ile sonuçlanmasına kadar geçecek süre içerisinde ortaya çıkabilecek olumsuzluklardan davacıyı, davalıyı veya dava konusunu korumak amacı ile verilen kararlardır^[75]. Geçici hukuki koruma ile taraflar arasındaki uyuşmazlık geleceğe yönelik olarak kesin bir şekilde çözülmemekte, bu kapsamda örneğin taraflardan birinin malvarlığını kaçırmaması veya uyuşmazlık konusu malların bozulma tehlikesi olması gibi durumlarda, söz konusu risklerin bertaraf edilmesi ile yargılama sonucunda elde edilecek maddi hukuka ilişkin haklara kavuşulması temin edilmeye çalışılmaktadır.^[76]

Milletlerarası ticari tahkim açısından gerek millî kanunların gerekse milletlerarası ve kurumsal tahkim kurallarının pek çoğunda hakem mahkemesine geçici ve koruyucu tedbirlere ilişkin karar verme yetkisi tanınmış olduğu görülmektedir. Dolayısıyla tarafların tahkim anlaşması ile hakem mahkemesinin ya da devlet mahkemelerinin veya her ikisinin, uyuşmazlığın esasına ilişkin nihai kararın beklendiği süreçte geçici ve koruyucu tedbirlere karar verme yetkisine sahip olduğunu ayrıca belirtmesi genellikle pek gerekli değildir.^[77] Buna karşılık tahkimin tâbi olduğu hukukun geçici ve koruyucu tedbir kararları konusunda kısıtlayıcı düzenlemeler içermesi veya bu kararların gizliliğe ilişkin kaygılar başta olmak üzere çeşitli nedenlerle taraflar açısından özel bir önem arz etmesi, söz konusu hususun tahkim anlaşmasında düzenleme konusu yapılmasını gerekli kılabilmektedir. Bu çerçevede zorunlu olmamakla birlikte hakem mahkemesinin veya devlet mahkemelerinin geçici ve koruyucu tedbirlere ilişkin yetkisinin tarafların

[74] Erten, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri*, 8-9.

[75] Erten, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri*, 8.

[76] Erten, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri*, 8-9. Geçici ve kesin hukuki koruma arasındaki farklar için bkz. Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2001), 32.

[77] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 48.

beklentileri doğrultusunda açıkça düzenlenmesinin faydalı olabileceği ifade edilmektedir.^[78]

Akkuyu IGA'nın 17. maddesi incelendiğinde geçici ve koruyucu tedbirler hakkında herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Böyle bir yetkinin taraflarca her zaman tanınabileceği kabul edilebilir olmakla birlikte aynı maddenin 6. paragrafında yer alan hakem mahkemesinin kendi usulünü bağımsızca belirleyeceğine ilişkin hüküm kapsamına dâhil edilmesinin yoruma açık olduğu değerlendirilmektedir.

2- Delillerin İkamesi

Tarafların üzerinde anlaşamadığı ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek vakıaların ispat edilmesi gerektiği devlet yargısında olduğu gibi kural olarak tahkimde de kabul edilmekte; bu çerçevede deliller, iddia ve savunmaların ortaya konulabilmesi ile yargılama sonucunda istenilen sonucun elde edilebilmesi açısından önemli bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.^[79]

Milletlerarası tahkim bağlamında gerek millî kanunların gerekse milletlerarası ve kurumsal tahkim kurallarının delillerin toplanmasına ilişkin detaylı düzenlemeler içermedikleri görülmektedir. Ne var ki bu boşluğu doldurmak ve özellikle de farklı hukuki geleneklerden gelen tarafların yaklaşımları arasında bir denge kurabilmek için Uluslararası Barolar Birliği tarafından hem kanuni düzenlemeleri hem de kurumsal, *ad hoc* ve diğer tahkim kurallarını tamamlamak üzere “Milletlerarası Tahkimde Delillerin İkamesi Hakkında Uluslararası Barolar Birliği Kuralları” (“*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*”–UBB Delil Kuralları) geliştirilmiştir^[80]. İlk defa 1983 yılında kabul edilmekle birlikte 1999, 2010 ve 2020 yıllarında gözden geçirilerek bugünkü haline gelen söz konusu düzenleme belgelerin

[78] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 49-50.

[79] Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 417-418.

[80] UBB Delil Kurallarının en güncel versiyonunun İngilizce metni için bkz. “*IBA Rules on the Taking Evidence in International Arbitration*,” International Bar Association, erişim 30 Mayıs 2022, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>.

ibrazı, vakıa tanıkları ve bilirkişi tanıklar ile keşif konuları yanında ispat duruşmasının idaresine ilişkin konuları da kapsamına almaktadır.^[81]

Milletlerarası ticaret uygulamasında geniş ölçüde kabul gören UBB Delil Kuralları zaman içerisinde özellikle Anglo-Sakson hukuk sisteminde kabul edilen esaslara daha yakın olduğu ve örneğin belge ibrazı veya tanıkların sorgulanması gibi konularda öngördüğü düzenlemelerin tahkim yargılamasının maliyeti ve süresini olumsuz etkilediği gerekçeleri ile eleştirilmiştir.^[82] Bu düzenlemenin alternatifine duyulan gereksinim neticesinde ise çeşitli ülkelerden temsilcilerin yer aldığı bir Çalışma Grubu oluşturulmuş^[83] ve 2018 yılında “Milletlerarası Tahkimde Yargılama Usullerinin Etkili Yürütülmesi Çerçevesinde Prag Kuralları” (“*The Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*” – Prag Kuralları) kabul edilmiştir^[84].

Belirtmek gerekir ki Prag Kuralları, UBB Delil Kurallarını değiştiren veya onu yürürlükten kaldıran bir düzenleme değildir.^[85] Uygulamada hem UBB Delil Kuralları hem de Prag Kuralları gerek uyuşmazlığın tarafları gerekse

[81] 2020 tarihli UBB Delil Kuralları'nın 1/2. maddesine göre; “*Tarafların IBA Delil Kurallarının uygulanması konusunda anlaşmaları hâlinde, aksine bir emare bulunmuyorsa Tarafların, Kuralların söz konusu anlaşmanın yapıldığı tarihte geçerli olan versiyonu üzerinde anlaşmış oldukları kabul edilir.*”

[82] Prag Kuralları'na ilişkin ilk adımların, Rusya Tahkim Birliği tarafından Nisan 2017'de Moskova'da düzenlenen bir etkinlikte “*milletlerarası tahkimde Amerikanlaşma*” eğilimine ilişkin olarak başlayan tartışmalar ile atılmış olduğuna dair bkz. “Prague Rules on taking of evidence to launch in December 2018,” Prague Rules, erişim 30 Mayıs 2022, <https://praguerules.com/upload/iblock/856/8563f3faf4c2236098577bedb329bdf8.pdf>.

[83] Çalışma Grubuna Türkiye'den Ziya Akıncı katılmıştır. Çalışma Grubu üyeleri için bkz. “Working Group,” Prague Rules, erişim 30 Mayıs 2022, https://www.praguerules.com/working_group/.

[84] Prag Kurallarının İngilizce metni için bkz. “Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules),” Prague Rules, erişim 30 Mayıs 2022, <https://www.praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf>.

[85] Ziya Akıncı, “Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim,” *Public and Private International Law Bulletin* 40, no. 1 (2020): 486.

hakem mahkemesi tarafından kısmen veya tamamen, bağlayıcı veya yol gösterici olarak sıklıkla kullanılmaktadır.^[86]

Delillerin ikamesi bağlamında, özellikle “belgeler”, devlet yargısında olduğu kadar tahkimde de uyuşmazlık konusu vakıaların ispatı bakımından önemli bir araç işlevi görmektedir. Milletlerarası tahkimde “belge” kavramı oldukça geniş algılanmakta ve genel olarak “*kâğıt üzerinde ya da elektronik, işitsel veya görsel ya da başka herhangi bir yolla kaydedilmiş veya muhafaza edilmiş herhangi yazı, iletişim, resim, çizim, veri veya program*” bu kapsamda değerlendirilmektedir.^[87] Belge ibrazı olarak ifade edilen yöntem ise, taraflardan birinin iddiasını ispatlamak için kendi elinde olmayan ancak karşı tarafının erişiminde bulunan belgelerin sunulmasını talep etmesidir.^[88]

Genel olarak ifade etmek gerekirse tarafların kendilerine tanınan irade serbestisinin sınırları çerçevesinde delillerin ikamesi veya konu özelinde belgelerin ibrazı meselesini ele almak bakımından üç temel seçeneği bulunmaktadır. Bunlardan birincisi tarafların tahkim anlaşmaları ile konuya ilişkin herhangi bir düzenleme yapmayıp tahkimin tâbi olduğu hukukun mevcut hükümlerinin uygulanmasına ve bu hukukun izin verdiği ölçüde hakem mahkemesinin takdir yetkisini kullanmasına imkân vermeleri, ikincisi UBB Delil Kuralları veya Prag Kuralları gibi metinlerin kısmen veya tamamen uygulanmasını kararlaştırmaları, üçüncüsü ise kendi hükümlerini kaleme almalarıdır.^[89]

Bu noktada ikinci seçeneği tercih edecek olan tarafların, özellikle belgelerin ibrazı başta olmak üzere çeşitli konularda söz konusu metinlerin oldukça

[86] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 55.

[87] UBB Delil Kuralları belge tanımına yer verirken Prag Kuralları ile delil kategorileri kapsamında belge düzenlenmiş ancak tanımı yapılmamıştır. Türk Hukukunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 199. maddesine göre; “*uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları*” belge olarak kabul edilmektedir.

[88] Konuya ilişkin kapsamlı çalışmalar için bkz. Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014); Reto Marghitola, *Document Production in International Arbitration* (the Netherlands: Kluwer Law International, 2015).

[89] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 56.

farklı yaklaşımları esas alması nedeniyle, bu düzenlemelerin beklentilerine ve aralarındaki mevcut hukuki ilişkinin özelliklerine uygunluğunu dikkatle değerlendirmeleri; üçüncü seçeneği tercih edecek olan tarafların ise delillerin ikamesi bakımından öngördükleri kuralların kapsamındaki genişliğin tahkim yargılamasının süresi ve maliyeti üzerinde sahip olacağı etkiyi göz önünde bulundurmaları tavsiye edilmektedir.^[90] Milletlerarası ticari tahkim uygulamasında ise genel olarak tarafların, şayet delillerin ikamesi ile ilgili özel bir kaygı içerisinde değillerse, tahkim anlaşmalarında bağlayıcı hükümler kaleme almamalarının ve böylece somut uyuşmazlığın özelliklerine göre hakem mahkemesi tarafından takdir hakkının kullanılmasına imkân vermelerinin daha uygun olacağı ifade edilmektedir.^[91]

Akkuyu IGA'nın 17. maddesi incelendiğinde delillerin ikamesi hakkında herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bu durumda taraflarca bir karara varılmadıkça tahkim yargılaması sürecinde delillerin ikamesi konusunun hakem mahkemesinin takdir hakkı çerçevesinde ele alınacağı değerlendirilmektedir.

3- Gizlilik

Tahkimin, esas itibarıyla tarafların iradesine dayanan özel bir yargılama usulü olması, tahkim yargılamasının gizli olduğu varsayımına neden olmaktadır.^[92] Bununla birlikte, tahkimde duruşmaların mahremiyeti konusunda milletlerarası ticaret camiasında mutabakat sağlanmışsa da tahkimin gizliliği bakımından millî ve milletlerarası metinlerde veya kurumsal tahkim kurallarında bu yükümlülüğün kapsamı ve muhatapları bakımından farklı yaklaşımlar benimsenmiş bulunmaktadır.^[93] Ayrıca genel bir gizlilik yükümlülüğünün

[90] Marghitola, *Document Production in International Arbitration*, 1; Akıncı, "Prag Kuralları," 488; UBB Kılavuz İlkeleri, para. 56.

[91] Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 44.

[92] Redfern ve Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 136.

[93] Faruk Kerem Giray, "Milletlerarası Tahkimde Gizlilik," *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, no. 2 (2015): 76-102; Cemre Tüysüz, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü," *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 37, no. 2 (2017): 851-864.

düzenlenmiş olduğu hallerde bile bu husus mutlak değildir ve çoğunlukla bazı istisnalara tabidir.^[94]

Tahkimin gizliliği ile ilgili kaygı duyan tarafların bu unsura tahkim anlaşmalarında yer vermelerinde fayda bulunmaktadır. Bunu yaparken de mutlak kısıtlamalardan kaçınmaları tavsiye edilmektedir^[95]. Nitekim tahkim yargılaması sürecinde tanıklar veya uzman kişiler gibi uyuşmazlığın tarafı olmayan bazı kimselere birtakım gizli bilgilerin açıklanması gereği ortaya çıkabilmektedir. İlaveten, yargılama sürecinde verilen bazı hakem kararlarının icrası için mahkemelerin yardımına ihtiyaç duyulabilmekte; yargılama sonunda ise nihai hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurulması veya tenfiz talebinde bulunulması ile gizlilik perdesinin bir ölçüde kaldırılması zorunlu olabilmektedir.

Tarafların üzerinde anlaşması koşuluyla gizlilik yükümlülüğü bizzat uyuşmazlığın kendisi, diğer bir ifadeyle taraflar arasında bir uyuşmazlığın var olduğu ve bunun tahkimde çözümlenecek olması bakımından da öngörülebilir. Bu kapsamda taraflar hatta uyuşmazlığın tahkim öncesinde dostane çözüm yollarıyla giderilmesi aşamasına ilişkin olarak dahi aralarında bir uyuşmazlığın var olduğu hakkında üçüncü kişilerle veya kamuoyuyla bilgi paylaşılmaması hususunda anlaşma yapabilirler.^[96]

Bilindiği üzere uygulamada tarafların herhangi bir hukuki ilişkiye girmeden önce gizlilik anlaşması yapması olağan hale gelmiştir. Gizlilik anlaşmaları içerisinde hangi bilgilerin gizli bilgi olarak kabul edileceği, bunların ne şekilde korunacağı veya üçüncü kişilerle ne şekilde paylaşılacağı gibi hususlar düzenlenmektedir. Bu anlamda, şayet taraflar uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce aralarındaki hukuki ilişkiye istinaden bir gizlilik anlaşması yapmışlarsa, bu anlaşmanın tahkim yargılaması süresince ve sona

[94] Özellikle kamu yararının gerektirdiği hallerde gizliliğin sınırlı olarak bertaraf edilebileceği hakkında bkz. Redfern ve Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 138 vd.; Giray, “Milletlerarası,” 74; Gizliliğin tâbi olduğu istisnalar hakkında bkz. Giray, “Milletlerarası,” 103 vd.

[95] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 61; Redfern ve Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 145.

[96] Giray, “Milletlerarası,” 69.

erdikten sonra uygulanmaya devam etmesi bakımından da bir hukuki engel bulunmadığı ifade edilmektedir.^[97]

Belirtmek gerekir ki, tahkimin gizliliğini sadece uyuşmazlığın tarafları için zorunlu tutup hakemlerin veya yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin takdirine bırakmak taraflar üzerindeki gizlilik yükümlülüğünü işlevsiz kılacaktır.^[98] Buna rağmen, gizlilik yükümlülüğüne yer veren millî ve milletlerarası metinlerin veya kurumsal tahkim kurallarının pek çoğunda bu hususun sadece uyuşmazlığın tarafları bakımından düzenlendiği görülmektedir.^[99] Hakemler, tanıklar veya uzman kişiler tahkim anlaşmasının veya taraflar arasındaki herhangi bir gizlilik anlaşmasının tarafı olmadıkları için bu anlaşmalarda yer alan gizlilik kayıtları ile bağlı değildirler.^[100] Bu nedenle, tahkimin gizliliğinin tam anlamıyla sağlanabilmesi için söz konusu bu kimselerle ayrıca bir gizlilik anlaşması imzalanması tavsiye edilmektedir^[101]. İlaveten, gizlilik yükümlülüğünün hem tahkim yargılaması sürecinde hem de sona erdikten sonra uygulanmasını isteyen tarafların, hakem kararlarını rızaen yerine getireceklerine ve nihai hakem kararı aleyhine kanun yollarına başvurudan feragat ettiklerine dair bir anlaşma yapmaları da yerinde olacaktır.^[102]

Tarafların anlaşmalarında tahkimin gizliliği hakkında ayrıca bir belirleme yapmamış olmaları durumunda, gizlilik yükümlülüğünün kapsamı ve muhatapları, tahkim usulüne uygulanacak hukuka veya kurallara göre tespit edilmektedir.^[103] Bununla birlikte, söz konusu bu hukukta veya kurallarda

[97] Tüysüz, “Milletlerarası,” 850.

[98] Giray, “Milletlerarası,” 76.

[99] Giray, “Milletlerarası,” 76-102; Tüysüz, “Milletlerarası,” 851-864.

[100] Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 203.

[101] Giray, “Milletlerarası,” 78; Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 50.

[102] Tüysüz, “Milletlerarası,” 870.

[103] Giray, “Milletlerarası,” 72; Tüysüz, “Milletlerarası,” 851.

gizliliğe ilişkin açık bir düzenleme olmasa dahi hakem kurulunun bu yönde bir karar alabileceği de kabul edilmektedir.^[104]

Akkuyu IGA'nın 17. maddesi incelendiğinde tahkimin gizliliği hakkında herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Öte yandan, Anlaşma'nın 14. maddesi ifşa koşullarını konu almakta ve madde ile Projeyi gerçekleştirmekte olan tarafların ve kuruluşların, erişimi kısıtlı bilgilere ulaşabilen kişi sayısını, mümkün olan azami seviyede sınırlayacağı, bu tür bilgilerin ancak Projenin gerçekleştirilmesi için gerekli derecede kullanılmasını ve dağıtılmasını sağlayacakları ve erişimi kısıtlı herhangi bir bilginin ilgili tarafın önceden yazılı izni olmaksızın Projenin uygulanmasına iştirak etmeyen üçüncü tarafa aktarılamayacağı veya ifşa edilemeyeceği hükme bağlanmaktadır. İlâveten, aynı maddede tarafların birbirlerinin erişimi sınırlı tüm bilgilerine kendi erişimi sınırlı bilgileriymiş gibi muamele gösterecekleri ve bunların ulusal mevzuatlarına göre korunacağı da ifade edilmektedir.

Bu bağlamda, Akkuyu IGA çerçevesinde tahkimin gizliliği hakkında açık bir hüküm sevk edilmemişse de Anlaşma'da yer alan genel gizlilik yükümlülüğünün tahkim yargılaması süresince ve sona erdikten sonra uygulanmaya devam edebileceği ve tarafların ve/veya hakem mahkemesinin bu yönde bir karar alabileceği değerlendirilmektedir.

4- Masrafların ve Ücretlerin Tahsisi

Milletlerarası tahkimde yargılama giderleri genel olarak hakemlerin ücretleri ile masrafları başta olmak üzere bilirkişi veya yardımına başvuru alan diğer kişilerin ücretleri, tanık giderleri, avukatların vekalet ücreti, çevirmen veya stenograf gibi hizmetinden yararlanan kişilere ödenen ücretler, duruşma masrafları veya varsa tahkim kurumunun idari ücretleri gibi pek çok kalemden oluşabilmekte; bunların yargılama sonunda taraflar arasında nasıl paylaşılacağına öngörülmesi ise çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Bu kapsamda tarafların sahip oldukları irade serbestisinin sınırları çerçevesinde masrafların ve ücretlerin tahsisi meselesini tahkim anlaşmalarında ele almaları geleceğe yönelik belirsizliğin kısmen de olsa giderilebilmesi için faydalı bir seçenek olarak ortaya çıkmaktadır.^[105]

[104] Giray, "Milletlerarası," 70.

[105] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 66.

Tarafların aralarındaki hukuki ilişkinin özelliklerine ve beklentilerine göre çeşitli alternatifleri bulunmakla birlikte konunun tahkim anlaşmalarına temel olarak üç şekilde yansıdığı görülmektedir. Bunlardan birincisi masrafların ve ücretlerin paylaştırılmasının hakem mahkemesinin takdirine bırakılması, ikincisi kaybeden tarafın haksızlığı oranında masrafları ve ücretleri üstlenmesi, üçüncüsü ise her bir tarafın kendi masraflarına ve ücretlerine katlanmasıdır.^[106]

Belirtmek gerekir ki kaybeden tarafın yargılama giderlerini üstleneceği bir seçenek herhangi bir uyuşmazlık durumunda özellikle sözleşmenin ekonomik açıdan daha güçsüz olan tarafının tahkime başvurusu üzerindeki caydırıcı etkisi nedeniyle kimi zaman taraflardan biri için daha avantajlı bir durum yaratabilmektedir.^[107] Bu anlamda eşit düzeydekilerin tercihi ise genellikle her bir tarafın kendi masraflarına ve ücretlerine katlanması yönünde olmaktadır.^[108]

Milletlerarası tahkime ilişkin millî kanunların pek çoğunda yargılama giderlerine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.^[109] Ancak buna rağmen aksi kararlaştırılmadığı sürece taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde hakem mahkemesine verilen yetki gereğince bu konuda da bir hükme varılabileceği kural olarak kabul edilmektedir.^[110] Kurumsal tahkim kurallarının genelinde ise yargılama giderleri hakkında düzenlemeler yer almaktaysa da bu düzenlemeler ile masrafların ve ücretlerin tahsisinin çoğunlukla hakem mahkemesinin takdirine bırakılmakta olduğu görülmektedir. Dolayısıyla taraflar ayrıca bir belirleme yapmamışlar ise milletlerarası ticari tahkimde genel uygulama hakem mahkemesinin takdir yetkisi çerçevesinde bir çözüme varılması şeklinde olmakta; tarafların anlaşmalarında bu seçenek

[106] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 69-71; Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 48-49.

[107] Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 49.

[108] Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 49.

[109] UNCITRAL Model Kanunu'nda ve onu esas alan diğer pek çok millî kanunda tahkim giderlerine ilişkin düzenleme bulunmazken Milletlerarası Tahkim Kanunu bu konuda UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 38-43. maddelerinden yola çıkarak benzer düzenlemelere yer vermiştir (Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 321-322).

[110] Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 306.

dahilinde bir hükme yer vermeleri ise çoğunlukla sadece genel uygulamanın teyidi ile sınırlı kalmaktadır.^[111]

Akkuyu IGA'nın 17. maddesinin 6. paragrafında taraflardan her birinin, kendi hakem mahkemesi üyesinin masraflarını ve yargılama sürecindeki kendi temsil masraflarını üstleneceği, tahkim kurulu başkanının çalışmalarına ait masrafların ve diğer giderlerin ise taraflarca eşit oranda karşılanacağı kararlaştırılmıştır. Bununla birlikte, anılan düzenlemeye ek olarak hakem mahkemesinin taraflardan birinin ilgili giderlerin daha fazla oranını karşılayacağına dair karar alabileceği ve bu kararın her iki taraf için de bağlayıcı olacağı hükme bağlanarak masrafların ve ücretlerin tahsisi konusunda hakem mahkemesine takdir hakkı tanınmaktadır.

Bu bağlamda, *ad hoc* tahkimin tercih edildiği Akkuyu IGA'da genel olarak masrafların ve ücretlerin taraflarca eşit olarak üstlenilmesi kararlaştırılmış olmakla beraber hakem mahkemesine bu konuda takdir hakkı tanındığı görülmekte; sonuç olarak, masraf ve ücretlerin tahsisi konusundaki öngörülebilirliğin hakemlerin takdir yetkisi ile sınırlı olduğu değerlendirilmektedir.

5- Hakemlerin Sahip Olması Gereken Nitelikler

Milletlerarası tahkimin esnek yapısı, tahkim anlaşması yapan tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları çözümlenecek hakemlerin sadece sayısı ile seçilme veya değiştirilme yöntemini değil, sahip olması gereken nitelikleri de serbestçe belirleyebilmelerini mümkün kılmaktadır. Tahkimin bu özelliği, her ne kadar özellikle uyuşmazlıkların teknik konularla ilişkili ya da uyuşmazlığın taraflarının belli bir sektöre mensup olduğu hallerde özel bir bilgi birikimine veya deneyime sahip kimselerin hakem olarak atanmasına imkân vermesi bakımından çok önemli bir avantaj teşkil etse de aynı zamanda birtakım riskleri de barındırmaktadır.

Genel olarak ifade etmek gerekirse, tarafların tahkimi aralarında henüz bir uyuşmazlık doğmadan önce asıl sözleşmeye bir "tahkim şartı" eklemek suretiyle düzenledikleri hallerde, hakemlerin sahip olması gereken niteliklere tahkim şartında yer verilmesi çoğunlukla tavsiye edilmektedir.^[112] Nitekim bu şekilde uyuşmazlığı çözmekle görevlendirilebilecek hakem sayısının

[111] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 66.

[112] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 74.

önemli ölçüde azalması söz konusu olabilmektedir.^[113] İlâveten tarafların, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonraki bir dönemde anlaşmak suretiyle hakemlere ilişkin nitelikleri belirlemesinin önünde bir engel bulunmamakta; hatta bu dönemde örneğin ne türden bir uzmanlığın gerekeceğini bilme noktasında daha iyi bir konumda olacakları ifade edilmektedir.^[114]

Buna rağmen tarafların, tahkim şartında hakemlere ilişkin bazı nitelikleri kararlaştırmayı tercih etmesi halinde en azından aşırı düzeyde belirleyici tanımlamalardan kaçınmaları önem arz etmektedir.^[115] Bu kapsamda örneğin tahkim anlaşmasında hakemlerin ismen belirtilmesinin önünde kural olarak bir engel bulunmasa da böyle bir tespitin yapılmış olması önemli hukuki sonuçlar doğurabilmektedir. Nitekim bu durumda tarafların ancak ve ancak ismine yer verilen kişi veya kişiler hakemliğinde tahkime başvurmayı kabul ettikleri varsayılabilen ve bu kimselerin görevi kabul etmeme, istifa ya da ölüm gibi hukuki veya fiili herhangi bir nedenle hakemlik görevini yerine getiremeyecek olması durumunda tahkim anlaşmasının geçersiz sayılması dahi söz konusu olabilmektedir.^[116]

Milletlerarası ticari tahkim uygulamasında hakemlerin nitelikleri bakımından tarafların kaygı ile yaklaştığı hususlardan belki de en göze çarpanı hakemlerin milliyetidir. Millî kanunlar ile milletlerarası ve kurumsal tahkim kurallarının pek çoğunda hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi^[117] yanında tek hakemin veya üç üyeden oluşan bir heyete başkanlık edecek hakemin tayininde uyuşmazlığın taraflarından biri ile aynı milliyetten olmama esasının gözetilmesi gerektiğine de yer verilmektedir. Dolayısıyla

[113] Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 43.

[114] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 74.

[115] Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 43.

[116] Bu konuda örneğin MTK m. 7/G: “Ancak, tahkim anlaşmasında hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise; hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde tahkim sona erer.”; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 144-146.

[117] Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. Didem Kayalı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı* (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2015).

bu konuda endişe duyulmasına çoğunlukla gerek yoktur. Ancak yine de tarafların sahip oldukları irade serbestisi çerçevesinde tahkim anlaşmaları ile hakemlerin milliyetine ilişkin bir tercihe yer vermeleri de seçenek dâhilinde bulunmaktadır.^[118] Öte yandan, belirtilen risklere rağmen hakemleri yine de ismen belirleme arzusu içinde olan tarafların ise, tahkim anlaşmalarının ayakta kalmasını sağlayabilmek için, yeniden hakem seçimine yönelik bir usulü düzenleme konusu yapmalarının faydalı olacağı ifade edilmektedir.^[119]

Akkuyu IGA'nın 17. maddesinin 4. paragrafında uyuşmazlıkların üç hakemden oluşacak bir hakem mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulması kararlaştırılmış ve aşırı düzeyde belirleyici tanımlamalardan kaçınılarak sadece hakem mahkemesine başkanlık edecek hakem açısından olmak üzere üçüncü bir devlet vatandaşı olma şartı öngörülmüştür. Bu bağlamda, herhangi bir uyuşmazlık halinde teknik konular veya ilgili sektör hakkında özel bir bilgi birikimine veya deneyime sahip kimselerin hakem olarak atanması yönünde bir engel bulunmadığı değerlendirilmektedir.

6- Tahkim Süresi

Tahkimin özelliklerinden biri de uyuşmazlıkların ticaret hayatındaki hıza ve tarafların beklentilerine uygun olarak kısa zamanda çözüme kavuşmasını sağlayan bir yöntem olmasıdır. Bunu güvence altına almak üzere millî kanunların ve kurumsal tahkim kurallarının pek çoğunda hakem mahkemesinin esas hakkında karar vermesi gereken süreye ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Milletlerarası ticari tahkim uygulaması da kimi zaman bu hususun tahkim anlaşmalarının kapsamına dâhil edildiğini göstermektedir.

Tahkim süresine sınırlama getiren millî kanunlar ile kurumsal tahkim kuralları belli şartlar dahilinde tahkim süresinin uzatılabilmesi imkânını da hüküm altına almaktadır. Ayrıca söz konusu düzenlemeler emredici nitelik taşımadığı için aksinin taraflarca kararlaştırılması her zaman mümkündür. Bu kapsamda, tahkim anlaşmalarında tahkim süresine ilişkin bir belirleme yapacak tarafların mutlak sınırlamalardan kaçınmaları ve gerekli olan hâllerde

[118] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 76.

[119] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 147.

tahkim süresinin uzatılmasına karar verme yetkisini hakem mahkemesine tanımları tavsiye edilmektedir.^[120]

Akkuyu IGA'nın 17. maddesi incelendiğinde tahkim süresine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiş olduğu görülmektedir.

Her türden hukuki uyuşmazlığın çözümüne aynı ölçüde uygun olacak bir tahkim süresinin tarafların tahkim anlaşmalarıyla isabetli bir biçimde öngörülmesi mümkün değildir. Kaldı ki mutlak süre sınırlamaları aynı zamanda birtakım sakıncaları da beraberinde getirebilmektedir. Bunlardan en göze çarpanları; tahkim sürecinin acele ile yürütülmesi sonucu tarafların iddia ve savunmalarını mahkemeye tam olarak sunamaması ve hakem mahkemesi kararını vermeden önce sürenin dolması nedeniyle yargılamanın sonuçsuz kalmasıdır.^[121] Bu bağlamda, Akkuyu IGA kapsamında mutlak süre sınırlamaları öngörülmemesinin uygun bir yaklaşım olduğu değerlendirilmektedir.

7- Tahkimde Verilen Nihai Kararların Kesinliği

Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar kural olarak kesindir. Bunun anlamı tarafların kanun yollarına başvuru hakkından feragat etmemiş olduğu hallerde bile hakem kararlarına karşı ancak tahkim sürecinde ciddi usuli hataların bulunması veya tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemiş olması gibi sınırlı hallerde itiraz edilebilmesi ve hakem kararlarının esas yönünden millî mahkemelerce yeniden incelemeye tâbi tutulamamasıdır.^[122]

Tahkimde verilen nihai kararların kesinliğini pekiştirmek üzere kurumsal tahkim kurallarının pek çoğunda hakem kararlarının taraflar için bağlayıcı olduğu hüküm altına alınmaktadır. Ayrıca uyuşmazlığın çözümü için söz konusu kuralları seçmekle tarafların hakem kararlarını derhâl yerine getirmeyi kabul ettikleri ve bu tür bir irade açıklamasına etki tanınabildiği ölçüde

[120] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 79.

[121] Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 185; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 185.

[122] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 81; Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2-3.

kanun yollarına başvuru haklarından feragat etmiş sayıldıkları yönünde düzenlemelere de rastlanmaktadır.^[123]

Tarafların tahkim anlaşmaları ile kurumsal tahkim kurallarını seçmemiş veya seçilen kurallarda bu konuya ilişkin açık hükümlere yer verilmemiş olması da olasılık dâhilindedir. Milletlerarası tahkimin bugün geldiği noktada bile gerek kanun yollarına başvuru gerekse tenfiz aşamalarında yetkili olacak bazı yer mahkemelerinin müdahaleci davranarak hakem kararlarının esasını incelemeye aldığı örnekler ne yazık ki rastlanmaktadır. Dolayısıyla nadiren de olsa ortaya çıkabilecek bu sorunun önüne geçmek isteyen tarafların bu hususta açık bir hüküm sevk etmelerinin faydalı olabileceği ifade edilmektedir.^[124]

Akkuyu IGA'nın 17. maddesinin 6. paragrafında hakem mahkemesinin kararının her iki Taraf için de nihai ve bağlayıcı olduğu ifadesine yer verildiği görülmekte ve böylece hakem kararının kesinliği vurgulanmaktadır.

III. NÜKLEER GÜÇ SANTRALLERİ İLE İLİŞKİLİ UYUŞMAZLIK ÖRNEKLERİ

A) BELENE: ATOMSTROYEXPORT v. NEK^[125]

Belene Nükleer Güç Santrali, Tuna Nehri yakınında, Bulgaristan'ın kuzeyindeki Plevne şehrinde, Belene'ye 3 km ve Svishtov'a 11 km mesafede yapımı planlanmış ancak tamamlanmamış bir nükleer güç santralidir.

Belene'de bir nükleer güç santralinin yapımı ilk defa 1980'lerde gündeme getirilmişse de çevresel ve finansal kaygılar nedeniyle bu konudaki somut adımlar ancak 2000'li yılların ortalarında atılabilmiştir. Bu kapsamda Bakanlar Kurulu tarafından öncelikle 2004 yılında projenin ulusal bir öneme sahip olduğu belirlenmiş ve 2005 yılında Belene sahasında maksimum 2000 MW kurulu güce sahip bir nükleer güç santrali inşa etme kararı alınmıştır. Bakanlar Kurulu kararlarının ardından kamu ihale süreci başlatılmıştır. Nihayet 2008 yılında ise, ihaleyi kazanan Rus Devlet Atom Enerjisi Kurumu "Rosatom"a bağlı mühendislik kuruluşu Atomstroyexport

[123] Bu konuda örneğin bkz. ICC Tahkim Kuralları m. 35/6.

[124] UBB Kılavuz İlkeleri, para. 82.

[125] Atomstroyexport JSC v. Natsionalna Elektricheska Kompania EAD, ICC Case No. 18086/GZ/MHM.

JSC (ASE)^[126] ile Bulgar Ulusal Elektrik Şirketi (Natsionalna Elektricheska Kompania EAD–NEK) arasında iki ünite Rus tasarımı VVER-1000 basınçlı su reaktörünün (PWR) mühendisliği, tedariki ve inşaatı için bir sözleşme imzalanarak Proje resmen yeniden canlandırılmıştır.^[127]

Buna rağmen 2012 yılında, o dönemdeki küresel ekonomik kriz koşulları yanında dünya kamuoyunda nükleer enerjiye karşı artan tepki de gerekçe gösterilerek, Bakanlar Kurulu tarafından alınan yeni bir karar ile daha önceki kararların yürürlüğü kaldırılmış; Ekonomi, Enerji ve Turizm Bakanı ise önceki kararlarla ilgili olarak NEK ve ASE arasındaki ilişkilerin çözümlenmesi için müzakereler düzenlemekle ve ülkedeki tek nükleer güç santralinin bulunduğu Kozloduy sahasında yeni bir nükleer kapasite inşası için Bakanlar Kurulu'na bir teklif sunmakla görevlendirilmiştir.^[128]

ASE ile NEK arasındaki uyuşmazlık, Bulgar Hükümetinin Belene Nükleer Güç Santrali Projesini iptal kararına dayanmaktadır. Bu bağlamda ASE, NEK ile akdedilen anlaşmanın ihlali ve Projenin iptal kararından önce imal etmiş olduğu teknik donanımların (Long-term manufacture equipment – LTME) maliyeti nedeniyle 1.2 milyar Euro'luk tazminat talebinde bulunarak NEK aleyhine ICC nezdinde tahkime başvurmuştur.

ICC nezdinde yürütülen tahkim yargılaması 2016 yılında sonuçlanmıştır. Hakem mahkemesi, ASE'nin NEK ile yapmış olduğu anlaşmanın kapsamı dışında kalan zararı ile kâr kaybına ilişkin tazminat taleplerini reddetmekle birlikte, Proje için ASE tarafından imal edilmiş LTME nedeniyle NEK aleyhine yaklaşık 602 milyon Euro tazminata hükmetmiş ve ayrıca söz

[126] Atomstroyexport JSC (ASE), Rus Devlet Atom Enerjisi Kurumu “Rosatom” a bağlı yurt dışında nükleer enerji tesislerinin yapımı ile ilgili önde gelen mühendislik kuruluşudur. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti arasında imzalanan Hükümetlerarası Anlaşma'nın “Projenin Uygulanması” başlıklı 6. maddesine göre, Akkuyu NGS'nin inşası için genel yüklenici ASE'dir.

[127] Belene Nükleer Güç Santrali Projesi'nin tarihçesi için bkz. “Brief History of the Project,” Republic of Bulgaria Ministry of Energy, erişim 30 Mayıs 2022, https://www.me.government.bg/files/useruploads/files/appendix_2.pdf.

[128] Bulgaristan'daki reaktörler hakkında detaylı bilgi için bkz. “Bulgaria,” Uluslararası Atom Enerji Ajansı / Güç Reaktörü Bilgi Sistemi (IAEA / Power Reactor Information System – PRIS), erişim 30 Mayıs 2022, <https://pris.iaea.org/PRIS/CountryStatistics/CountryDetails.aspx?current=BG>.

konusu tazminatın ASE'ye ödenmesi ile birlikte LTME'nin mülkiyetinin NEK'e geçeceğine karar vermiştir.

Günümüz itibariyle, Belene Nükleer Güç Santrali Projesi için imal edilmiş olan LTME halen Belene sahasında muhafaza edilmektedir.^[129]

B) OLKILUOTO: AREVA v. TVO^[130]

Olkiluoto Nükleer Güç Santrali, Finlandiya'nın batısında, Eurajoki şehrinde bulunan bir nükleer güç santralidir. Santral, 1979 yılında hizmete girmiş olup Teollisuuden Voima Oyj (TVO) tarafından işletilmektedir. Her biri 920 MW kapasiteli iki BWR-2500 reaktöre sahip olan santralde 1720 MW kapasiteli EPR türü üçüncü bir reaktörün inşası ise yakın zamanda tamamlanmıştır^[131].

Olkiluoto Nükleer Güç Santrali'nde kurulan üçüncü üniteye (Olkiluoto 3) ilişkin çalışmalara 1998 yılında Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporunun TVO tarafından Fin Ticaret ve Sanayi Bakanlığı'na sunulması ile başlanmıştır. Fin Nükleer Enerji Kanunu'nda öngörülen gerekli onayların alınması ve TVO tarafından uluslararası ihaleye çıkılmasının ardından saha, yapılan planlamalara uygun bir biçimde, 3 milyar Euro sabit fiyat ve anahtar teslim prensibi ile nükleer güç ünitesinin kurulmasına ilişkin imzalanan sözleşme çerçevesinde, ihaleyi kazanan Areva-Siemens Konsorsiyumuna (Areva-NP) Şubat 2005'te teslim edilmiştir. Böylece Finlandiya son 15 yılda nükleer güç ünitesi sipariş eden ilk Avrupa ülkesi; Olkituoto 3 ise dünya üzerinde

[129] Kamen Kraev, "After Euro 620 m Arbitration Ruling. What next for Bulgaria's Belene Nuclear Project?" *Internationale Zeitschrift für Kernenergie* 61, no. 8-9 (2016): 514-515.

[130] Areva NP GmbH, Areva NP SAS and Siemens AG v. Teollisuuden Voima Oyj (II) – settled.

[131] Finlandiya'daki reaktörler hakkında detaylı bilgi için bkz. "Finland," Uluslararası Atom Enerji Ajansı / Güç Reaktörü Bilgi Sistemi (IAEA / Power Reactor Information System – PRIS), erişim 30 Mayıs 2022, <https://pris.iaea.org/PRIS/CountryStatistics/CountryDetails.aspx?current=FI>.

inşa edilmeye başlanan ilk EPR türü 3. nesil basınçlı su reaktörü (PWR) olmuştur^[132].

2005 yılında inşaatına başlanan Oklitouto 3'ün esasen 2009 yılında devreye alınması planlanmıştır. Ancak çalışmalara başlanmasından oldukça kısa bir süre sonra alt-yüklenici tarafından yürütülmekte olan temel kaide beton yapısını hazırlama işi esnasında bazı uygunsuzluklar ortaya çıkmış, Fin Radyasyon Güvenliği ve Nükleer Güvenlik Kuruluşu (Säteilyturvakeskusken – STUK) tarafından konuyla ilgili inceleme başlatılmış ve neticede kalite kontrol problemleri nedeni ile inşaatın tamamlanmasının bir yıl gecikeceği duyurulmuştur. STUK, gecikmenin alt yüklenicilerin nükleer güç santralleri konusundaki tecrübesizliği; Areva-NP ise Fin otoritelerinin teknik dokümantasyon ve tasarım onay yaklaşımı nedeniyle gerçekleştiğini ifade etmiştir^[133]. Fakat bununla sınırlı kalmamış, ilerleyen aşamalarda tasarım ve imalatta STUK tarafından tespit edilen bir dizi güvenlik kusuruna ayrıca bir de yeterli dokümantasyonun yetkili otoritelere zamanında teslim edilmemesi gibi sorunlar eklenince arka arkaya açıklanan gecikmeler nedeniyle nükleer güç santralinin öngörülen devreye alınma tarihi yıllar içerisinde sürekli olarak ötelenmiştir. Bu arada Siemens, Areva-NP ortaklığındaki üçte birlik hissesini Areva'ya satmış, böylece ana yüklenici Areva haline gelirken Siemens türbin binasını yapmakla görevli alt yüklenici olarak Proje'de kalmıştır.^[134] 2012 yılına gelindiğinde Areva, tahmini inşaat maliyetinin 8.4 milyar Euro'ya ulaştığını açıklamış ve Areva ile TVO arasında ortaya çıkan anlaşmazlıklar tahkime taşınmıştır.

Areva ile TVO arasındaki uyuşmazlık, Olkiluoto 3'ün inşaat sürecinde yaşanan gecikmelere bağlı olarak ortaya çıkan maliyet artışı ile kâr kaybının kimin tarafından karşılanacağı meselesine dayanmaktadır. Bu bağlamda hem Areva hem de TVO gecikmelere bağlı zararları bakımından karşılıklı sırasıyla 1.8 milyar Euro ve 2.7 milyar Euro tazminat talep etmişler; 2012 yılında

[132] “A Mycle Schneider Consulting Project: The World Nuclear Industry Status Report 2019,” World Nuclear Industry Status Report, 62-67, erişim 30 Mayıs 2022, <https://www.worldnuclearreport.org/IMG/pdf/wnisr2019-v2-hr.pdf>.

[133] “Olkiluoto-3 ERP Projesi,” Nükleer Enerji Dünyası, erişim 30 Mayıs 2022, http://www.nukleer.web.tr/santral_projeleri/olkiluoto3.html.

[134] “Siemens quit the nuclear game,” World Nuclear News, erişim 30 Mayıs 2022, https://www.world-nuclear-news.org/C_Siemens_quits_the_nuclear_game_1909111.html.

ICC nezdinde başlatılan tahkim yargılaması ancak 2018 yılında Areva'nın TVO'ya 450 milyon Euro tazminat ödemesi hakkında tarafların uzlaşması ile sonuçlanmıştır. Böylece Areva'nın geçmiş yıllar zararı 5.5 milyar Euro'yu bulurken Proje'nin toplam maliyeti ise 11 milyar Euro'ya yaklaşmıştır.^[135]

Son olarak yapılan açıklamaya göre, Olkiluoto 3'ün Eylül 2022'de düzenli elektrik üretimine başlaması planlanmaktadır.^[136]

C) SAN ONOFRE: SOUTHERN CALIFORNIA EDISON COMPANY AND OTHERS v. MITSUBISHI^[137]

San Onofre Nükleer Üretim İstasyonu (San Onofre Nuclear Generating Station – SONGS) ABD'nin California eyaletindeki San Diego şehrinde yer alan ve kalıcı olarak kapatılan bir nükleer güç santralidir. İlk ünitesi 1968 yılında, ikinci ve üçüncü üniteleri ise sırasıyla 1983 ve 1984 yıllarında hizmete giren santral faaliyette olduğu dönem boyunca Southern California Edison Company (SCE) tarafından işletilmiştir.^[138]

SONGS'un birinci ünitesinin işletme ömrünü tamamlayıp 1992 yılında devre dışı bırakılmasının ardından 2009 ve 2010 yıllarında, 10 yıllık iyileştirme programının parçası olarak, ikinci ve üçüncü ünitelerinin buhar jeneratörleri Mitsubishi Heavy Industries (MHI) tarafından yenilenmiştir. Böylece santralin 2022 yılına kadar faaliyetine devam etmesi planlanmıştır. Ancak yenilemenin üzerinden sadece 11 ay geçtikten sonra, ikinci ünitenin rutin bakım ve yakıt yükleme için devre dışı olduğu bir dönemde, üçüncü

[135] The World Nuclear Industry Status Report 2019, 66.

[136] “The start of OL3 EPR's regular electricity production postponed to September,” TVO, erişim 30 Mayıs 2022, <https://www.tvo.fi/en/index/news/pressreleasesstockexchangereleases/2022/thestartofol3epr8217sregularelectricityproductionpostponedtoseptember.html>.

[137] Southern California Edison Company, Edison Material Supply LLC, San Diego Gas & Electric Company, City of Riverside v. Mitsubishi Nuclear Energy Systems, Inc., ICC Case No. 19784/AGF/RD.

[138] ABD'deki reaktörler hakkında detaylı bilgi için bkz. “USA,” Uluslararası Atom Enerji Ajansı / Güç Reaktörü Bilgi Sistemi (IAEA / Power Reactor Information System – PRIS), erişim 30 Mayıs 2022, <https://pris.iaea.org/PRIS/CountryStatistics/CountryDetails.aspx?current=US>.

ünitedeki buhar jeneratörü borularından radyoaktif buhar sızıntısı tespit edilmiş; daha fazla sızıntıyı önlemek ve arızanın nedeni ile ilgili araştırmalara izin vermek için söz konusu ünite derhâl hizmet dışı bırakılmıştır. Yaşanan hadisenin ardından Nükleer Düzenleme Komisyonu (Nuclear Regulation Commission–NRC) incelemelerde bulunulması için uzmanlar görevlendirilmiş ve yapılan araştırmalar neticesinde her iki ünitedeki yenilenmiş buhar jeneratörlerinin arızalı olduğu tespit edilmiştir. Bunun üzerine Haziran 2013'te SCE, söz konusu üniteleri kalıcı olarak kapatacağını duyurmuştur. Eylül 2013'te kapsamlı bulgularını ortaya koyan NRC ise yedek buhar jeneratörlerini tasarlamak için MHI tarafından kullanılan bilgisayar kodlarının hatalı olduğunu ifade etmiştir.^[139]

SCE ile MHI arasındaki uyuşmazlık, SONGS'un ikinci ve üçüncü ünitelerindeki kusurlu buhar jeneratörleri nedeniyle nükleer güç santralinin işletme ömrünü tamamlayamadan kapanmasına dayanmaktadır. Bu bağlamda SCE, tedarikçinin hilesi ve ağır ihmali iddialarından başka muhtemel zararı hakkında 7.57 milyar Dolar tazminat talebinde bulunarak 2013 yılında MHI aleyhine ICC nezdinde tahkime başvurmuştur. Tahkim yargılamasında MHI, buhar jeneratörlerindeki kusura itiraz etmemekle birlikte SCE ile aralarındaki sözleşmeye göre sorumluluğunun 137 milyon dolar ile sınırlı olduğunu öne sürmüştür.^[140]

ICC nezdinde yürütülen tahkim yargılaması 2017 yılında sonuçlanmıştır. Hakem mahkemesi, hile ve ağır ihmal iddialarını reddetmişse de taraflar arasındaki sözleşmede öngörülen sorumluluk sınırı çerçevesinde MHI aleyhine 125 milyon Dolar tazminata hükmetmiştir. Bununla birlikte SCE'nin ise,

[139] Jane Davies Evans, "Construction Arbitration in the Nuclear Sector." *Global Arbitration Review—The Guide to Construction Arbitration*, ed. Stavros Brekoulakis ve David Brynmor Thomas QC, 288-300 (the UK: Law Business Research, 2019), 289.

[140] "International arbitration over SONGS closure," World Nuclear News, erişim 30 Mayıs 2022, https://world-nuclear-news.org/C-International_arbitration_over_SONGS_closure-1710135.html; "Arbitration Demand was filed against Mitsubishi Heavy Industries, Ltd. and Mitsubishi Nuclear Energy Systems, Inc.," Mitsubishi Heavy Industries, erişim 30 Mayıs 2022, https://www.mhi.com/notice/notice_131017.html.

yargılama masrafları nedeniyle MHI'ya 58 milyon Dolar ödemesine karar verilmiştir.^[141]

İkinci ve üçüncü ünitesine ait yedek buhar jeneratörleri arızalandıktan sonra 2013 yılında tamamen kapatılan SONGS günümüz itibariyle işletmeden çıkarma sürecindedir.

D) KRÜMMEL VE BRUNSBÜTTEL: VATTENFALL AB AND OTHERS v. FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY^[142]

Almanya'daki nükleer güç santrallerinin işletmesinde dört büyük enerji şirketi öne çıkmaktadır: Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk AG (RWE), E.ON (PreussenElektra), Energie Baden-Württemberg AG (EnBW) ve Vattenfall.^[143]

Vattenfall Grubu, hisselerinin tamamı İsveç devletine ait, İsveç merkezli Vattenfall AB ile onun bağlı kuruluşlarından oluşan çok uluslu bir şirkettir. Avrupa'nın en büyük elektrik ve ısı üreticilerinden biri olan bu Grup, İsveç ötesinde ayrıca Almanya, Danimarka, Hollanda ve İngiltere'de faaliyet göstermektedir.

Vattenfall ile Almanya arasındaki uyuşmazlık, Alman Federal Hükümeti'nin nükleer enerjiden vazgeçme kararına dayanmaktadır. Nükleer enerjinin barışçıl amaçla kullanımının aşamalı olarak kaldırılmasını hızlandırmak için 2011 yılında Atom Enerjisi Kanunu'nda yapılan değişikliğin Alman Anayasası'na uygunluğu hakkında Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne

[141] “Tribunal awards damages for SONGS generators,” World Nuclear News, erişim 30 Mayıs 2022, <https://www.world-nuclear-news.org/C-Tribunal-awards-damages-for-SONGS-steam-generators-1403177.html>; “Notice Concerning Receipt of Award Handed Down in Arbitration Relating to San Onofre Nuclear Generation Station (SONGS),” Mitsubishi Heavy Industries, erişim 30 Mayıs 2022, https://www.mhi.com/notice/notice_170314.html.

[142] Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12.

[143] Almanya'daki reaktörler hakkında detaylı bilgi için bkz. “Germany,” Uluslararası Atom Enerji Ajansı / Güç Reaktörü Bilgi Sistemi (IAEA / Power Reactor Information System – PRIS), erişim 30 Mayıs 2022, <https://pris.iaea.org/PRIS/CountryStatistics/CountryDetails.aspx?current=DE>; Ayrıca bkz. “Country Reports: Germany 2020,” International Energy Agency, erişim 30 Mayıs 2022, <https://www.iea.org/reports/germany-2020>.

(*Bundesverfassungsgericht* – BverfG) dava açılmış ve ayrıca şirket tarafından ICSID nezdinde Almanya aleyhine tahkime başvurulmuştur.

Almanya'daki nükleer karşıtı hareket, halk gösterileri ile Wyhl'de bir nükleer güç santralının inşasının engellendiği 1970'lerin başına kadar uzanmaktaysa da Çernobil ve özellikle de Fukuşima kazalarının etkisi ile güçlenmiş ve yoğun kamuoyu tartışmaları çerçevesinde ülkenin enerji politikası yıllar içerisinde pek çok kez değişikliğe uğramıştır.

Almanya'nın nükleerden çıkış stratejisine ilişkin uzlaşısı aslında son nükleer güç santralının 1989 yılında işletmeye alınmasından sonraki toplumsal ve siyasal ortamda, Gerhard Schröder başkanlığındaki Hükümet ile nükleer sektör arasında yürütülen müzakereler sonucunda sağlanmıştır. Bu kapsamda 2000 yılında Hükümet ile dört enerji operatörü (RWE, E.ON, EnBW ve Vattenfall) arasında “Nükleer Konsensüs” (*Atomkonsens*) olarak tanımlanan ve 2032 yılına kadar nükleer enerjiden çıkışı öngören uzun vadeli bir plan imzalanmış; böylece Hükümet tarafından alınacak önlemlerin bu alanda faaliyet gösteren şirketlerin tazminat taleplerine yol açması önlenmeye çalışılmıştır. Ancak 2011 yılında Japonya gibi teknolojinin oldukça gelişmiş olduğu bir ülkede gerçekleşen nükleer kaza, Angela Merkel başkanlığındaki Hükümetin derhâl harekete geçmesine neden olmuş ve ülkenin nükleer enerji politikası açısından dönüm noktası niteliğinde bir moratoryum kararı alınmıştır. Bu karar ile 1980 yılından önce faaliyete geçen yedi eski tesis ile o dönemde faaliyetine ara vermiş bulunan bir yeni tesis geçici olarak kapatılmış ve ayrıca ülkede toplam sayısı on yediyi bulan tüm nükleer güç santrallerinde kapsamlı bir güvenlik denetimi yapmak üzere Reaktör Güvenlik Komisyonu görevlendirilmiştir. Komisyon, geçici olarak kapatılan santraller bazı açılardan kusurlu ise de ülkedeki nükleer güç santrallerinin genel olarak güvenli olduğunu tespit etmiştir. Ancak yine de Alman Federal Meclisi (*Bundestag*) tarafından Haziran 2011'de Atom Enerjisi Kanunu'nda yapılan değişiklik ile nükleer enerjiden aşamalı olarak vazgeçilmesi kararı hızlandırılmış ve bu durum daha önceden kapatılan sekiz nükleer güç santrali dışında kalan dokuz aktif nükleer güç santralının de en geç 31 Aralık 2022 tarihine kadar faaliyetine son vermesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.^[144]

[144] Rusya-Ukrayna arasındaki gerilimin enerji fiyatlarını olumsuz etkilemesi nedeniyle Almanya'da eyalet hükümetleri tarafından nükleer güç santrallerinin kapatılması sürecinin tekrar gözden geçirilmesi talep edilmekte ise de santrallerin kapatılması yönündeki hazırlıklarda büyük ilerlemeler sağlandığı ve kullanım sürelerinin

Alman Atom Enerjisi Kanunu'nda yapılan değişiklik, Vattenfall tarafından sırasıyla % 50 ve % 66,7 paya dayalı olarak işletilen Krümmel ve Brusbüttel nükleer güç santrallerinin derhâl kapatılması sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle 1.187 MW gücündeki kurulu kapasitesini kaybeden Vattenfall'un söz konusu santrallerin sökülmesi ve nükleer yakıtın idaresi bakımından maliyetleri de artmıştır.

Nükleer Konsensüs'ün tarafı olan üç enerji şirketi (RWE, E.ON ve Vattenfall), Atom Enerjisi Kanunu'nda yapılan değişikliğin Alman Anayasası'na uygunluğu hakkında Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne dava açmış; bunlardan Vattenfall ayrıca Enerji Şartı Sözleşmesi'ne dayanarak ICSID nezdinde ev sahibi ülke Almanya aleyhine tahkime başvurmuştur. Her iki durumda da davacılar, Almanya'nın nükleer enerjiden aşamalı olarak vazgeçmesi kararından ziyade bu kararın hızlandırılmış ve mali kayıplarının tazmin edilmesine yönelik meşru beklentilerinin karşılanmamış olmasına itiraz etmişlerdir. Vattenfall, Almanya'nın nükleer enerjiden çıkış önlemlerinin, her halükârda 3.2 milyar Euro'dan az olmamakla birlikte yaklaşık 5.7 milyar Euro civarında zarara yol açacağını tahmin etmektedir.^[145]

RWE, E.ON ve Vattenfall tarafından Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurular 2016 yılında karara bağlanmış; her ne kadar Atom Enerjisi Kanunu'nda yapılan değişiklik Alman Anayasası'na aykırı bulunmamışsa^[146]

uzatılmasının güvenlik açısından imkansız olduğu gerekçeleriyle söz konusu öneriye sıcak bakılmamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. "Almanya enerji politikasını değiştiriyor," Deutsche Welle, erişim 30 Mayıs 2022, <https://www.dw.com/tr/ukrayna-krizi-almanya-enerji-politikas%C4%B1n%C4%B1-de%C4%9Fi%C5%9Ftiryor/r/a-60989284>.

[145] Ivana Damianovic ve Ottavio Quirico, "Intra-EU Investment Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty in Light of Achmea and Vattenfall: A Matter of Priority," *Columbia Journal of European Law* 26, no. 1 (2019): 102-156; Nathalie Bernasconi-Osterwalder ve Rhea Tamara Hoffmann, "The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration Background to the New Dispute Vattenfall v. Germany (II)," *Transnational Institute* (Ekim 2013): 1-8.

[146] "Judgment of the First Senate of 6 December 2016–1 BvR 2821/11" Bundesverfassungsgericht, erişim 30 Mayıs 2022, para. 1-407, http://www.bverfg.de/e/rs20161206_1bvr282111en.html. Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre, nükleer enerji gibi yüksek riskli teknolojilerin kullanımı "her şeyden önce siyasi bir karar" olup nükleer enerjiden aşamalı olarak vazgeçilmesi kararının hızlandırılmasındaki

da enerji şirketlerinin yapmış oldukları yatırımların boşa çıkması nedeniyle tazminata hak kazanabilecekleri ifade edilmiştir.^[147]

Vattenfall tarafından ICSID nezdinde Almanya aleyhine 2012 yılında başlatılan tahkim yargılaması ise ancak 2021 yılının sonlarında Almanya'nın Vattenfall'a 1.425 milyar Euro ödemesi hakkında tarafların uzlaşması ile sonuçlanmıştır^[148].

kamu yararı davacıların mülkiyet hakkından ağır basmakta ve kamuoyunun değişen risk algısı bu tür düzenleyici işlemler için yeterli bir gerekçe oluşturmaktadır (BvR 2821/11, para. 303-307).

[147] Basın Bülteni için ayrıca bkz. “The Thirteenth amendment to the Atomic Energy Act is for the most part compatible with the Basic Law—Press Release No. 88/2016 of 06 December 2016” Bundesverfassungsgericht, erişim 30 Mayıs 2022, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-088.html>. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararının ardından 2018 yılında Alman Hükümeti'nin onay verdiği yasa tasarısı ile Alman RWE ve İsveçli Vattenfall şirketlerine tazminat ödenmesine karar verilmiş; Hükümet ile ilgili şirketlerin tazminat miktarı konusundaki mutabakatı ise ancak 2021 yılında sağlanabilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. “Alman hükümeti nükleerden çıkış tazminatı ödeyecek,” Deutsche Welle, erişim 30 Mayıs 2022, <https://www.dw.com/tr/alman-hukumeti-nukleerden-cikis-tazminat-odeyecek/a-43903932>; “Almanya'dan 2,4 milyar euroluk nükleer tazminat,” Deutsche Welle, erişim 30 Mayıs 2022, <https://www.dw.com/tr/almanyadan-24-milyar-euroluk-n%C3%BCkleer-tazminat/a-56786638>.

[148] Detaylı bilgi için bkz. “Vattenfall v. Germany (II),” Investment Policy Hub, erişim 30 Mayıs 2022, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/467/vattenfall-v-germany-ii->.

SONUÇ

Tahkim, milletlerarası ticaret uygulamasında olduğu gibi nükleer güç santrali projelerine ilişkin anlaşmalarda da uyuşmazlıkların çözümü için tercih edilen yöntem olmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin, Akkuyu NGS Projesi kapsamında Rusya Federasyonu Hükümeti ile akdetmiş olduğu Hükümetlerarası Anlaşma'da bir tahkim şartı yer almaktadır. Benzer şekilde, Sinop NGS Projesi kapsamında, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Japonya Hükümeti arasında akdedilen İşbirliği Zaptı'nın eki olan Ev Sahibi Hükümet Anlaşması da bir tahkim şartı içermektedir.

Ülkemizde, 2021 yılı itibariyle sadece Akkuyu NGS'nin inşaat projesi aktif durumdadır. Her biri 1200 MW kapasiteli dört reaktörden oluşacak nükleer güç santralının ilk ünitesinin 2023 yılında devreye alınması hedeflenmekte; buna yönelik çalışmalar, Türkiye Cumhuriyeti'nin mevzuatına ve Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı'nın tavsiyelerine uygun olarak yoğun bir biçimde yürütülmektedir. Sinop NGS Projesi bakımından ise Japon Tarafı ile işbirliğimize devam etmeme konusunda mutabakat sağlanmış bulunmaktadır.

Bu çalışmada, Akkuyu IGA'da yer alan tahkim şartı kurucu unsurları ile içeriği açısından bir değerlendirmeye tâbi tutulmuş ve ayrıca nükleer güç santralleri ile ilişkili olup çözümü için tahkim yoluna başvurulmuş bazı uyuşmazlık örnekleri incelenmiştir.

Akkuyu IGA bağlamında taraflar arasında bir hukuki ilişkinin mevcut olduğu, bu hukuki ilişkiden ileride doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim anlaşmasına konu edildiği ve tahkim iradesinin açık ve kesin bir biçimde ortaya konmuş bulunduğu görülmekte; kurucu unsurlar yönünden tamamlanmış bir tahkim anlaşmasının varlığından bahsetmek mümkündür.

Akkuyu IGA'da yer alan tahkim şartı milletlerarası tahkim anlaşmasında düzenlenmesi tavsiye edilen temel unsurlar açısından incelendiğinde; i) tahkim anlaşmasının kapsamının geniş bir biçimde tanımlanmış, ii) *ad hoc* tahkimin tercih edilmiş, iii) tahkim usulüne uygulanacak kuralların belirlenmesinin hakem mahkemesinin takdirine bırakılmış, iv) tahkim yerinin duruşmaların veya toplantıların yapılacağı yer özelinde belirlenmiş v) hakem sayısının üç olarak öngörülmüş ve bir atama makamının kararlaştırılmış, vi) tahkim dilinin seçilmemiş ve vii) uyuşmazlığın uluslararası hukukun uygulanabilir ilke ve kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturulmasının

hükme bağlanmış olduğu görülmektedir. Bahse konu tahkim şartı milletlerarası tahkim anlaşmasında yer verilebilecek seçimlik unsurlar açısından incelendiğinde ise bunlardan pek çoğunun düzenlenme konusu yapılmaması yönünde bir yaklaşımın benimsendiği anlaşılmaktadır.

Nihayetinde tahkimin, nükleer güç santrali projelerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için tercih edilen yöntem olduğu; bunun için gerekli olan tahkim anlaşmasının içeriğinin ise tarafların hukuki statüsü ve tahkim sürecinden beklentileri doğrultusunda farklılık arz ettiği sonucuna varılmaktadır. Ülkemizin gelecekte hayata geçirmeyi hedeflediği nükleer güç santrali projelerine ilişkin anlaşmalarda da uyuşmazlıkların çözümü bakımından tahkimin öne çıkması beklenmektedir. Tahkim sürecinde hukuki risklerin ve bu risklere karşılık gelen maliyetlerin asgari düzeyde tutulabilmesi ise etkin ve ihtiyaçlara uygun bir tahkim anlaşmasının varlığına bağlıdır. Bu nedenle, gelecekte tarafı olacağımız tahkim anlaşmalarının, en az taraflar arasındaki hukuki ilişkiye dahil diğer konular kadar önem atfedilerek müzakere edilmesinin, ileride ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözümünde başarıya ulaşılabilmesi için azami önem arz ettiği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler:

- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. 4. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Akıncı, Ziya. “Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim.” *Public and Private International Law Bulletin* 40, no. 1 (2020): 481–495.
- Bühning-Ühle, Christian. “A Survey on Arbitration and Settlement in International Business Disputes.” *Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research*, editörler Christopher R. Drahozal ve Richard W. Naimark, 25-41. The Netherlands: Kluwer Law International. 2005.
- Born, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2012.
- Belohlavek, Alexander J. “Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of Arbitration is an Outdated Myth.” *Swiss Arbitration Association Bulletin* 31, no. 2 (2013): 262-292.
- Bernasconi-Osterwalder, Nathalie ve Hoffmann, Rhea Tamara. “The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration Background to the New Dispute Vattenfall v. Germany (II).” *Transnational Institute* (Ekim 2013): 1-8.
- Demir Gökyayla, Cemile. “Milletlerarası Tahkimde *Ad hoc* Tahkim ve Kurumsal Tahkim.” *Uğur Alacakaptan’a Armağan*. İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları (2008): 161-181.
- Demir Gökyayla, Cemile. *Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Erten, Rifat. *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Giray, Faruk Kerem. “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik.” *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, no. 2 (2015): 65-121.

- Guilia, Carbone. “The Interference of the Court of the Seat with International Arbitration.” *Journal of Dispute Resolution* 217, no. 1 (2012): 217-244.
- Damianovic, Ivana ve Quirico, Ottavio. “Intra-EU Investment Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty in Light of Achmea and Vattenfall: A Matter of Priority.” *Columbia Journal of European Law* 26, no. 1 (2019): 102-156.
- Davies Evans, Jane. “Construction Arbitration in the Nuclear Sector.” *Global Arbitration Review—The Guide to Construction Arbitration*, editörler Stavros Brekoulakis ve David Brynmor Thomas QC, 288-300. The UK: Law Business Research, 2019.
- Hanotiau, Bernard. “The Law Applicable to Arbitrability.” *The Singapore Academy of Law Journal* 26 (Ocak 2014): 874-885.
- Huysal, Burak. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Iwasaki, Kuzuo. “Selection of Situs: Criteria and Priorities.” *Arbitration International* (Ocak, 1986): 57-67.
- Kalpsüz, Turgut. “Tahkim Anlaşması.” Ünal Tekinalp’e Armağan: Bilgi Toplumunda Hukuk. İstanbul: Beta Yayıncılık (2003): 1027-1054.
- Kalpsüz, Turgut. “Türk Hakem Kararı Kavramı.” *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi: Bildiriler-Tartışmalar, II. Tahkim Haftası 25-26 Kasım 1983*, 35-53. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1984.
- Kraev, Kamen. “After Euro 620 m Arbitration Ruling. What next for Bulgaria’s Belene Nuclear Project?” *Internationale Zeitschrift für Kernenergie* 61, no. 8-9 (2016): 514-515.
- Kayalı, Didem. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001.
- Kuru, Baki, Arslan, Ramazan ve Yılmaz, Ejder. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

- Marghitola, Reto. *Document Production in International Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015.
- Moses, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. The United States of America: Cambridge University Press, 2008.
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013.
- Redfern, Alan ve Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. The United States of America: Oxford University Press, 2009.
- Şanlı, Cemal. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986.
- Şanlı, Cemal. *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- Şanlı, Cemal, Esen, Emre ve Ataman-Figanmeşe, İnci. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Şit, Banu. *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*. Ankara: İmaj Yayıncılık, 2005.
- Tan Dehmen, Mine. "Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargısına Etkisi." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 25, no. 1-2 (2005): 451-471.
- Tüysüz, Cemre. "Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 37, no. 2 (2017): 846-873.
- Ülgen, Sinan ve Stein, Aaron. "Atomun Kontrolüne Yönelik Çabalar ve Nükleer Teknoloji Transferi: Türkiye Açısından Bir Değerlendirme" *Nükleer Enerjiye Geçişte Türkiye Modeli II*, editör Sinan Ülgen, 48-87. İstanbul: Ekonomi ve Dış Politika Araştırmalar Merkezi, 2012.
- Vial, Gonzalo ve Blavi, Francisco. "New Ideas for Old Expectation of Becoming an Attractive Arbitral Seat." *Transnational Law & Contemporary Problems* 25, no. 2 (2016): 279-308.

Yener Keskin, Cansu. *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Yılmaz, Ejder. *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.

Elektronik Kaynaklar:

Bundesverfassungsgericht. “Judgment of the First Senate of 6 December 2016–1 BvR 2821/11” Erişim 30 Mayıs 2022. http://www.bverfg.de/e/rs20161206_1bvr282111en.html

Bundesverfassungsgericht. “The Thirteenth amendment to the Atomic Energy Act is for the most part compatible with the Basic Law– Press Release No. 88/2016 of 06 December 2016” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-088.html>

Deutsche Welle. “Alman hükümeti nükleerden çıkış tazminatı ödeyecek” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://www.dw.com/tr/alman-hukumeti-nukleerden-çikis-tazminat-ödeyecek/a-43903932>

Deutsche Welle. “Almanya’dan 2,4 milyar euroluk nükleer tazminat” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://www.dw.com/tr/almanyadan-24-milyar-euroluk-n%C3%BCkleer-tazminat/a-56786638>

Deutsche Welle. “Almanya enerji politikasını değiştiriyor” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://www.dw.com/tr/ukrayna-krizi-almanya-enerji-politikas%C4%B1n%C4%B1-de%C4%9Fi%C5%9Ftiriyo r/a-60989284>

International Atomic Energy Agency. “List of Member States” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://www.iaea.org/about/governance/list-of-member-states>

International Atomic Energy Agency / Power Reactor Information System. “Bulgaria” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://pris.iaea.org/PRIS/CountryStatistics/CountryDetails.aspx?current=BG>

International Atomic Energy Agency / Power Reactor Information System. “Finland” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://pris.iaea.org/PRIS/CountryStatistics/CountryDetails.aspx?current=FI>

- International Atomic Energy Agency / Power Reactor Information System. “USA” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://pris.iaea.org/PRIS/CountryStatistics/CountryDetails.aspx?current=US>
- International Atomic Energy Agency / Power Reactor Information System. “Germany” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://pris.iaea.org/PRIS/CountryStatistics/CountryDetails.aspx?current=DE>
- International Atomic Energy Agency. “Statute” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://www.iaea.org/about/statute>
- International Energy Agency. “Country Reports: Germany 2020” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://www.iea.org/reports/germany-2020>
- International Bar Association. “IBA Rules on the Taking Evidence in International Arbitration” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>
- International Bar Association. “Uluslararası Tahkim Şartlarının Hazırlanmasına Dair UBB Kılavuz İlkeleri” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=E58973BE-CBC8-4BBF-A336-E444D00CE62A>
- International Centre for Settlement of Investment Disputes. “Case Details: Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (ICSID Case No. ARB/12/12)” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/12/12>
- Investment Policy Hub. “Turkey” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/214/turkey>
- Investment Policy Hub. “Vattenfall v. Germany (II)” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/467/vattenfall-v-germany-ii>
- İstanbul Teknik Üniversitesi. “TRIGA Mark-II Reaktörü” Erişim 30 Mayıs 2022. <http://www.triga.itu.edu.tr/>
- Mitsubishi Heavy Industries. “Arbitration Demand was filed against Mitsubishi Heavy Industries, Ltd. and Mitsubishi Nuclear Energy Systems, Inc.” Erişim 30 Mayıs 2022. https://www.mhi.com/notice/notice_131017.html

- Mitsubishi Heavy Industries. “Notice Concerning Receipt of Award Handed Down in Arbitration Relating to San Onofre Nuclear Generation Station (SONGS)” Erişim 30 Mayıs 2022. https://www.mhi.com/notice/notice_170314.html
- Nükleer Enerji Dünyası. “Olkiluoto-3 ERP Projesi” Erişim 30 Mayıs 2022. http://www.nukleer.web.tr/santral_projeleri/olkiluoto3.html
- Prague Rules. “Prague Rules on taking of evidence to launch in December 2018” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://praguerules.com/upload/iblock/856/8563f3faf4c2236098577bedb329bdf8.pdf>
- Prague Rules. “Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules)” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://www.praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf>
- Prague Rules. “Working Group” Erişim 30 Mayıs 2022. https://www.praguerules.com/working_group/
- Republic of Bulgaria Ministry of Energy. “Brief History of the Project” Erişim 30 Mayıs 2022. https://www.me.government.bg/files/useruploads/files/appendix_2.pdf
- Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu. “NÜKEN: Hakkımızda” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://nuken.tenmak.gov.tr/tr/kurumsal/hakkimizda.html>
- Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu. “NÜKEN: TR-2 Araştırma Reaktörü Tesisi” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://nuken.tenmak.gov.tr/tr/tesisler/arastirma-reaktoru.html>
- TVO. “The start of OL3 EPR’s regular electricity production postponed to September” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://www.tvoy.fi/en/index/news/pressreleasesstockexchangereleases/2022/thestartofol3epr8217sregularelectricityproduction-postponedtoseptember.html>
- World Nuclear Industry Status Report. “A Mycle Schneider Consulting Project: The World Nuclear Industry Status Report 2019” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://www.worldnuclearreport.org/IMG/pdf/wnisr2019-v2-hr.pdf>

World Nuclear News. “Siemens quit the nuclear game” Erişim 30 Mayıs 2022. https://www.world-nuclear-news.org/C_Siemens_quits_the_nuclear_game_1909111.html

World Nuclear News. “International arbitration over SONGS closure” Erişim 30 Mayıs 2022. https://world-nuclear-news.org/C-International_arbitration_over_SONGS_closure-1710135.html

World Nuclear News. “Tribunal awards damages for SONGS generators” Erişim 30 Mayıs 2022. <https://www.world-nuclear-news.org/C-Tribunal-awards-damages-for-SONGS-steam-generators-1403177.html>

Adli Kontrol Tedbiri Kapsamında Konutunu Terk Etmeme Yükümlülüğü: Ev Hapsi

Berna Ayşen YILMAZ*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı. (berna.yilmaz@asbu.edu.tr)
<https://orcid.org/0000-0002-4099-4930>

Makale Geliş Tarihi: 5 Ağustos 2021 **Makale Kabul Tarihi:** 5 Mayıs 2022

Atf önerisi: Yılmaz, Ayşen Berna. “Adli Kontrol Tedbiri Kapsamında Konutunu Terk Etmeme Yükümlülüğü: Ev Hapsi.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 2 (Nisan 2022): 101-187. DOI: [10.30915/abd.1141942](https://doi.org/10.30915/abd.1141942)

ADLİ KONTROL TEDBİRİ KAPSAMINDA KONUTUNU TERK ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ: EV HAPSI

ÖZ

Ev hapsi (konutunu terk etmemek) 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda koruma tedbiri olarak düzenlenen adli kontrol tedbiri altında şüpheli veya sanık tarafından uyulması gereken bir yükümlülük çeşidi olarak öngörülmüştür. Ev hapsi; kişinin kaçması veya saklanması ya da delilleri yok etmesi, gizlemesi veya değiştirmesi ya da tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapma girişiminde bulunmasını engellemek amacıyla uygulanmaktadır. Ancak tutuklama tedbirinin olumsuz sonuçlarını bertaraf etmek üzere bu tedbirde denetim ve gözetim tutukevi veya ceza infaz kurumunda değil, şüpheli ya da sanığın konutunda gerçekleştirilmektedir. Bu çalışmada ev hapsi yükümlülüğünün şartları, ne şekilde uygulama alanı bulduğu ve hukuki sonuçları Türk mahkemelerinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararlar ışığında değerlendirilecek; yükümlülükle ilgili hukukumuzda eksik olan hususlar irdelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Adli Kontrol

Ev Hapsi

Konutu Terk Etmek

Tutuklama

Elektronik Takip

THE OBLIGATION NOT TO LEAVE THE HOUSE WITHIN THE SCOPE OF JUDICIAL CONTROL MEASURE: HOUSE ARREST

ABSTRACT

House arrest (not leaving the house) is envisaged as a type of obligation to be obeyed by the suspect or the accused under the judicial control measures regulated as a protection measure in Criminal Procedure Code No. 5271. House arrest is applied to prevent the person from escaping or hiding or destroying, or changing the evidence or attempting to exert pressure on witnesses, victims or others. However, in order to eliminate the negative consequences of arrest, supervision and surveillance are carried out in the suspect's/accused's house, not in the detention house or penal institution. In the study, the conditions of the obligation of house arrest, how house arrest is carried out in Turkey and its legal results will be evaluated in the light of Turkish court precedents and judgments of ECHR, and also the inadequacies of the house arrest in Turkish Criminal Law will be examined.

Keywords

Judicial Control

House Arrest

Not Leaving the House

Arrest

Electronic Tagging

GİRİŞ

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan hapis cezasının konutta infaz edilmesi hukukumuzda çok eski tarihlerde girmiş olmasına rağmen (647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun m. 8), adli kontrol tedbiri kapsamında *konutunu terk etmemek* şeklinde kanunda karşılığını bulan ev hapsi yükümlülüğü ise 02.07.2012 T. ve 6352 SK'nin 98. maddesindeki değişiklikle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 109. maddesine eklenmiştir.^[1] Adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanması gereken yükümlülüklerin nelerden ibaret olduğu CMK m. 109/3'te sınırlı sayıda^[2] olacak şekilde belirlenmiştir. Kanun'da da açıkça belirtildiği üzere tutuklama sebebinin varlığı halinde, somut olayın özelliğine^[3] göre mahkeme tarafından m. 109/3'te sayılan bu tedbirlerden birine hükmedilmesi mümkün olduğu gibi aynı anda uygulanmak üzere bu tedbirlerden bir kaçına da karar verilebilir. Konutunu terk etmemek şeklindeki ev hapsi yükümlülüğü de m. 109/3'te sınırlı olarak sayılan tedbirlerden birisidir.

Adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanan bir yükümlülük olarak ev hapsinin tanımına, adli kontrol tedbirlerinden ne anlaşılması gerektiğine

- [1] Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'na ilişkin 2002 yılındaki Tasarının 112. maddesinin 2. fıkrasında da adli kontrol tedbiri kapsamında “saptanan yerleşim yeri veya konuttan ancak hakimin belirleyeceği neden ve koşullarla ayrılabilmek” yükümlülüğüne yer verilmiştir.
- [2] Hüsnü Aldemir, *Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri (Yakalama, Gözaltına Alma, Tutuklama ve Adli Kontrol)*, 3. baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 287; Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), 102; Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, 10. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 320; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 300; Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 488; A. Duygu Özgüven, “Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde ‘Adli Kontrol,’” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 81 (2009): 27; Zekeriya Yılmaz, “Adli Kontrol,” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 1 (2006): 51; Abdurrahman Tekin, “Adli Kontrol Tedbirleri,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 32 (Ekim, 2017): 294.
- [3] Somut olayın özelliği kapsamında suç tipi, olayın meydana geliş şekli, olaydaki delillerin durumu vb. ele alınabilir. Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 390.

ilişkin Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinin (DSHY)^[4] “Adli Kontrol Tedbirleri” başlıklı 56. maddesinde yer verilmiştir. Bu kapsamda konutunu terk etmemek yükümlülüğü, “şüpheli veya sanığın yargı mercii tarafından belirlenen konutunu mazereti olmaksızın veya izin olmaksızın terk etmemeyi” ifade etmektedir. Söz konusu tanımla konutunu terk etmemenin adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanan bir yükümlülük olduğu hususu birlikte düşünüldüğünde ev hapsi; kişinin kaçması veya saklanması ya da delilleri yok etmesi, gizlemesi veya değiştirmesi ve yahut tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapması girişiminde bulunmasını engellemek amacıyla (CMK m. 109/1 gereğince adli kontrol tedbirine başvurulabilmesi için tutuklama sebeplerinin gerçekleşmesinin aranması nedeniyle) ve kuvvetli suç şüphesinin bulunması durumunda, tutuklama tedbirinin olumsuz sonuçlarını bertaraf etmek üzere tutukevi veya ceza infaz kurumunda değil, şüpheli ya da sanığın konutunda uygulanan bir tedbiri oluşturmaktadır.

Ceza Muhakemesinde tutuklama kişi özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıran bir tedbir olmasına rağmen adli kontrol kişi özgürlüğünü denetim altına alarak yargılama faaliyetlerine devam edilmesini sağlamaktadır. Ancak adli kontrol tedbiri kapsamında yer alan ve CMK m. 109/3’te yer verilen diğer yükümlülüklerden farklı olarak ev hapsi, şüpheli veya sanığın kaçmasını, delilleri karartmasını veya mağdur ya da tanık üzerinde baskı oluşturmalarını engellemek açısından tutuklamaya alternatif en elverişli ve aynı zamanda diğer adli kontrol tedbirlerine göre en ağır koruma tedbirini oluşturmaktadır. Kişinin özgürlüğü üzerinde etki doğurduğu için istisnai nitelik taşıması gereken tutuklama tedbirinin uygulanması yerine bu tedbire kanunlarda yer verilmesiyle hedeflenen amaçlara ulaşılmasını sağlayacak en önemli araçlardan birini oluşturacak ev hapsi (konutu terk etmemek) yükümlülüğüne literatürde yalnızca adli kontrol tedbiri kapsamında değinilmekte; konuyu tek başına ele alan, ayrıntılı çalışma sayısının oldukça az olduğu görülmektedir. Bu noktada özellikle konutu terk etmeme yükümlülüğünün nasıl uygulandığı, bu tedbirin uygulanması sırasında karşılaşılan sorunlar için karşılaştırmalı hukukta önerilen çözüm yöntemleri ve AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) kararları çerçevesinde bu tedbirin ne şekilde değerlendirildiği konularının ayrıntılı bir şekilde ele alınması gerekmektedir. Bu kapsamda çalışmada öncelikle adli kontrol türü olarak konutu terk etmemek yükümlülüğünün öngörülmesinin amacına, kurumun

[4] 10.11.2021 T. ve 31655 sayılı RG.

Fayda ve eksikliklerine, yükümlülüğün hangi koşullarda ve ne şekilde yerine getirileceğine ve bu anlamda konut kavramından ne anlaşılması gerektiğine değinilecek; sonrasında ise Türk mahkemelerinin ve AİHM'in verdiği kararlarda konunun ne şekilde ele alındığı üzerinde durulacak; son olarak ise söz konusu tedbir kapsamındaki yükümlülükle ilgili mevzuattaki eksik ve hatalı uygulamalara yer verilecektir.

I. KONUTUNU TERK ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AMACI, KURUMUN FAYDA VE EKSİKLİKLERİ

Ev hapsi veya konutunu terk etmemek şeklindeki adli kontrol tedbiri kapsamında yer alan yükümlülük; kişinin hürriyetinden tamamen yoksun bırakılmasına yol açan tutuklama tedbirinin şüpheli veya sanık üzerindeki olumsuz etkileri karşısında görece daha hafif bir tedbiri oluşturmaktadır. Hem tutuklama tedbirinde hem de adli kontrol tedbiri kapsamındaki konutunu terk etmeme yükümlülüğünde kişinin hürriyetinden yoksun kalması nedeniyle bir tutulma halinin varlığı söz konusudur. Ancak tutuklama tedbirinin uygulanması kapsamında şüphelinin veya sanığın tutukevinde ya da ceza infaz kurumunda “genel bir organizasyona entegre olması, ceza infaz kurumunda bulunan diğer kişilerle paylaşımında bulunması, kurum yetkilileri tarafından yemek yeme, uyuma, dışarıyla iletişimi, çalışma hayatının devamı vb. dâhil olmak üzere pek çok faaliyetinin sıkı denetime tabi tutulması” söz konusudur ve bu sıkı tedbirler kişinin hürriyetinden neredeyse tamamen yoksun bırakılmasına neden olmaktadır.^[5] Tutuklama tedbirinin kişinin

[5] *Mancini v. İtalya* kararında; iki İtalyan vatandaşı, Roma'da suç konusu malların bulunduğu deponun kendilerine ait olması ve suçu işlediğinden şüphelenilen kişilerle iletişim halinde olmaları nedenleriyle silahlı soygun suçundan dolayı tutuklanmışlardır. Yerel mahkeme, suçun işlendiği konusunda makul şüphenin bulunduğu ve benzer nitelikteki suçların tekrar işlenebileceği tehlikesinin var olduğu neticesine varmıştır. Ancak delillerin toplanması açısından somut bir tehlikenin bulunmaması ve başvuranların adli sicil kayıtlarının temiz olması gerekçeleriyle daha az kısıtlayıcı bir tedbir olan ev hapsinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Ancak kararın gereği hemen yerine getirilmemiş; başvuranların konutlarına götürülerek kararın infaz edilmesine başlanması, kendilerine eşlik edecek polis memurlarının bulunmaması nedeniyle üç gün sonra gerçekleştirilebilmiştir (§ 7-11). Başvuranlar ev hapsi kararının verilmesinden itibaren polis memurları tarafından konutlarına bırakıldıkları ana kadar (7-13 Ocak 1998) haksız yere tutulu kaldıklarını ve AİHS m. 5/1-c'nin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Hükümet, her iki tedbirin de AİHS m. 5 kapsamında kişinin özgürlüğünden yoksun kılan durumları oluşturduğunu ve mahkeme kararının

hürriyetinin tamamen ortadan kaldırılmasına yol açan bir tedbir olması CMK m. 109'un gerekçesinde de “Yalnız başına tutuklama, hakimi, şüpheli veya sanık hakkında ya da bütünüyle hürriyetinden yoksunluğa ya da tam serbest bırakmaya mecbur kılan bir tedbirdir; adı geçenler ya bir yerde kapatılacaktır veya tam serbest bırakılacaklardır” şeklinde ifade edilmiştir.^[6] Oysaki ev hapsi yükümlülüğünün uygulanması bağlamında kişiye “kendine ait konutunda bulunma, ceza infaz kurumunda tutuklu halde bulunmasına göre bulunduğu yer, katıldığı faaliyetler ve yaşam alanını düzenleme

uygulanmasındaki gecikmenin AİHS m. 5 kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunmuştur (§ 13, 14).

Kolluk personelinin bulunmamasının ve örgütsel eksikliğin tutukluların derhal serbest bırakılmasını engellemeyeceği yönünde incelemede bulunan AİHM, daha az sıkı bir tedbiri oluşturan ev hapsinin gecikmeli olarak uygulanması nedeniyle AİHS m. 5/1-c'nin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre; *başvuranların özgürlüklerinden mahrum kalma türünün değişmesi söz konusudur. Her iki durumda da kişinin hürriyetinden yoksun kılınması nedeniyle AİHS m. 5/1-c kapsamında bir tutulma halinin varlığından ve değişmediğinden bahsedilmesi gerektiği, bu nedenle ev hapsi tedbirinin belirtilen sürede uygulanmamasının kişinin hürriyetinden yoksun bırakılma neticesini değiştirmeyeceği düşünülebilir. Ancak kişinin konutunda tutulması, ceza infaz kurumunda tutuklu halde bulunmasına göre bulunduğu yer, katıldığı faaliyetler ve yaşam alanını düzenleme konusunda belirli bir serbest alan tanımaktadır. Ceza infaz kurumunda tutulma, genel bir organizasyona entegre olmayı, ceza infaz kurumunda bulunan diğer kişilerle paylaşımında bulunmayı, kurum yetkilileri tarafından yemek yeme, uyuma vb. dâhil olmak üzere pek çok faaliyetin sıkı denetime tabi tutulmasını gerektirmektedir* (§ 16, 17, 19, 20). Bu nedenle tutukluların serbest bırakılması kararları hemen infaz edilmelidir; ancak kısa bir sürelik gecikme anlaşılabilir ve çoğu zaman da kaçınılmazdır. Fakat kararın, kararı uygulayacak kolluk personelinin bulunmaması ve bunun sonucu olarak Devlete atfedilen örgütsel bir eksiklik nedeniyle yerine getirilmemesi, başvuranların özgürlük haklarından yoksun bırakılmasına yol açmıştır (§ 21-25).

AİHM'in de vurguladığı üzere tutuklama tedbiri yerine adli kontrol tedbirinin uygulanmasındaki üç günlük gecikme bile tutuklama tedbiriyle konutu terk etmeme yükümlülüğünün kişinin hürriyeti üzerinde doğurduğu etkiler göz önünde bulundurulduğunda haklı gerekçelere dayanmadığı takdirde kabul edilemez nitelikte görülmektedir. AİHM, Mancini/İtalya [BD], B. No: 44955/98, 12/12/2001, § 19. Kararın İngilizce metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur/?i=001-59626>.

[6] CMK m. 109'un gerekçesinin ilgili kısmı için bkz. Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, 1. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), 313-314.

konusunda belirli bir serbestlik alanı” tanımaktadır^[7] ve bu bağlamda denetim altında tutulan kişinin hürriyeti daha az kısıtlanmaktadır. Şüpheli veya sanığa belli bir serbestlik alanı sunan ev hapsi sayesinde koruma tedbirine maruz kalan kişinin topluma karışması ve ıslahı; ailevi, sosyal ilişkilerini, çalışma yaşamını vb. belli ölçüde de olsa konutundan devam ettirmesi, toplum hayatındaki ilişkilerinden tamamen kopmaması ve suç işlemeye yönelen faktörlerin tutukevi veya cezaevi ortamına göre daha az olması gerekçeleriyle tutuklama tedbiri kapsamında tutukevinde ya da ceza infaz kurumunda bulunmasına kıyasla daha kolay ve kısa sürede olmaktadır.^[8]

Konutunu terk etmeme yükümlülüğü kapsamında kişinin topluma karışmasını ve ıslahını sağlayan faktörler şu şekilde özetlenebilir: Öncelikle söz konusu yükümlülük tutuklama tedbiri yerine uygulandığında suç işlediği iddia edilen kişiyi yabancı bir ortama yerleştirilmekten ve sosyal ilişkilerini kaybetmekten kurtarmaktadır.^[9] Ayrıca ev hapsinin tutuklama tedbiri yerine uygulanması bazı durumlarda yükümlünün çalışma yeteneğini kaybetmemesini ve ekonomik ve sosyal durumunu muhafaza etmesini de sağlamaktadır. Örneğin serbest çalışanlar, girişimciler, yönetim müdürleri, zanaatkarlar veya ticari şirketlerin yönetim kurulu üyeleri olarak suçlanan kişiler en azından büyük ölçüde ev hapsinde çalışmalarına devam edebilirler.^[10] Böylece şüpheli veya sanığın bakmakla yükümlü oldukları ailesinin de

[7] AİHM, Mancini/İtalya [BD], B. No: 44955/98, 12/12/2001, § 19.

[8] Ziya Koç, “Elektronik İzleme ile Hapis Cezasının Konutta Çektirilmesi,” *Ankara Barosu Dergisi* 71, no. 2 (2013): 189; Zeki Yıldırım, “Türk İnfaz Hukukunda Kısa Süreli Hapis Cezalarının Özel İnfaz Usulleri,” *Ceza Hukuku Dergisi* 13, no. 38 (Aralık, 2018): 153, 168; Füsun Sokullu Akıncı, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatif Ceza Yaptırımları,” *Yeni Türkiye Dergisi*, no. yargı reformu özel sayısı (Temmuz-Ağustos, 1996): 680, 681; Nilay Pekel Uludağlı, “Hükümlülerin Denetiminde ve Toplum Kazandırılmasında Yeni Bir Yöntem Olarak Elektronik İzleme,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no. 4 (2012): 1338-1339.

[9] Haike Illert, *Aspekte einer Implementierung des elektronisch überwachten Hausarrests in das deutsche Recht Band 1* (Göttingen: Cuvillier Verlag, 2005), 114.

[10] Manfred Seebode, *Der Vollzug der Untersuchungshaft* (Berlin: Walter de Gruyter Verlag, 1985), 60. Tutuklamanın kişinin iş hayatını ve dolayısıyla ekonomik durumunu ve aile hayatını etkilediği konusunda ayrıca bkz. Doğan Soyaslan, “Adli Kontrol,” *Prof. Dr. Füsun Sokullu Akıncı’ya Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 71, no. özel sayı (2013): 1111.

işlendiği iddia edilen suç nedeniyle ekonomik açıdan daha az zarara uğraması sağlanmaktadır. Özellikle çocuklar ve gençler açısından tutuklama tedbiri yerine ev hapsinin uygulanması halinde bu kişilerin eğitimlerine devam etme imkânı sağlanmaktadır.^[11] Yine gerçekleştirilen araştırmalar suç işlediği iddia edilen kişinin tutukevinde veya ceza infaz kurumunda kalmasının yeniden suç işleme eğiliminin artmasına neden olduğunu; özellikle elektronik izleme yöntemleriyle kişinin denetim altında tutulmasının ise yeniden suç işleme oranını azalttığını göstermektedir.^[12] Daha önce suç işleyen veya suç işlediği ileri sürülen kişilerle birlikte tutukevinde ya da ceza infaz kurumunda bulunması yeni suç işleme metotlarının öğrenilmesine de yol açabilecektir.^[13] Özellikle suça sürüklenen çocuklar veya tesadüfi suçlular açısından tutuklama tedbiriyle ulaşılması istenilen amaçların bu noktada ev hapsi de dâhil olmak üzere adli kontrol tedbiri kapsamındaki yükümlülüklerle elde edilmeye çalışılması bu kişileri tutuklamanın olumsuz etkilerinden korumak adına önem arz etmektedir.^[14] Daha önceden suç işlemek suretiyle tutukevi veya ceza infaz kurumuna girmiş olan şüpheli veya sanıklar üzerinde tekrar bu kurumlara gitmeyi istemeyecek olmaları nedeniyle elektronik izleme ve diğer konutunu terk etmeme yükümlülüklerini takip etme yöntemlerinin suçtan uzak kalmaları sonucunu doğurduğunu da söylemek mümkündür.^[15] Yine konutu terk etmemek şeklinde adli kontrol tedbirini yerine getiren yükümlünün, tedbirin icrası sırasında yaşamını hâlihazırda devam ettirmekte olduğu konutunda bulunuyor olması ve bu anlamda kişinin ailesiyle veya birlikte yaşadığı diğer kişilerle zaman geçirme, işine ve eğitimine devam etme imkânının bulunması dolayısıyla kişinin psikolojik durumunu olumsuz şekilde etkileyebilecek koşullar konutunu terk etmemek yükümlülüğünde

[11] Muzaffer Karadağ, “Adli Kontrol Düzenlemesi, İnfaz Hakimliği, Karşılaşılan Sorunlar, Çözüm Önerileri,” *Fasikül Hukuk Dergisi* 4, no. 32 (Temmuz, 2012): 27.

[12] Koç, “Elektronik İzleme,” 189.

[13] Benzer yönde Soyaslan, “Adli Kontrol,” 1111; Özgüven, “Adli Kontrol,” 9; Tekin, “Adli Kontrol Tedbirleri,” 287.

[14] Pekel Uludağlı, “Elektronik İzleme,” 1340, 1341.

[15] Soner Hamza Çetin, *Türk Ceza Hukukunda Elektronik İzleme* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 69.

asgari düzeye inmiş olmaktadır.^[16] Öte yandan ceza infaz kurumlarında ve tutukevlerinde yer alan tutuklu sayısının azaltılması da yine ev hapsi yükümlülüğünün uygulanması suretiyle elde edilebilecek faydalardan bir diğerini oluşturmaktadır.^[17] Nitekim ev hapsi uygulaması yükümlünün konutunda icra edildiği ve bu kişiler ceza infaz kurumuna alınmadıkları için ev hapsi uygulaması ceza infaz kurumu mevcutlarında tutuklu sayısının azaltılmasını sağlayacaktır. Tutuklu sayısının azaltılmasıyla ise cezaevlerindeki tutukluların idaresi kolaylaşacak, ceza infaz kurumlarında ve tutukevlerinde tutuklu bulunan kişilere devlet tarafından yapılacak ikamet, beslenme vb. masrafların da azaltılması söz konusu olacaktır.^[18]

Kurumun faydalı yönleri yanında eleştirilebilecek bazı yönleri de bulunmaktadır. Kişinin tutuklanması yerine adli kontrol tedbiri kapsamında konutunu terk etmeme yükümlülüğüne tabi tutularak hareket özgürlüğünün kısıtlandığının sosyal çevresince fark edilmesi, henüz yargılaması yapılmamış

[16] Pekel Uludağlı, “Elektronik İzleme,” 1344, 1355-1356.

[17] Fred L. Rush, “Deinstitutional Incapacitation: Home Detention In Pre-Trial and Post-Conviction Contexts,” *Northern Kentucky Law Review* 13, no. 3 (1987): 403; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 304; Özgüven, “Adli Kontrol,” 9; Eric Maes vd., “Belçika’da Elektronik İzlemenin Tutuklama Çerçevesinde Ceza İnfaz Kurumlarının Kalabalıklaşmasına Bir Çözüm Olup Olmayacağı Konusunda Düşünme,” çev. İbrahim Usta ve Burhan Alıcı, *Adalet Dergisi*, no. 45 (2013): 44; Tekin, “Adli Kontrol Tedbirleri,” 287; Çetin, *Elektronik İzleme*, 70 vd., 87; Matt Black and Russell G. Smith, “Electronic Monitoring in the Criminal Justice System,” *Australian Institute of Criminology*, no. 254 (May 2003): 4.

[18] Özgüven, “Adli Kontrol,” 9; Karadağ, “Adli Kontrol Düzenlemesi,” 27; Maes vd., “Belçika’da Elektronik İzleme,” 44; Tekin, “Adli Kontrol Tedbirleri,” 287. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü yetkilileri tarafından elektronik izleme sistemleri konusunda İsveç’e gerçekleştirilen ziyaretler sonucunda 2009 yılında yayımlanan rapora göre İsveç’te bir hükümlünün ceza infaz kurumunda devlete günlük maliyetinin 125 Euro; ancak aynı hükümlünün elektronik kelepçe kullanılmak suretiyle elektronik izleme yöntemleriyle cezasının infaz edilmesi halinde devlete maliyetinin günlük 50 Euro olduğu belirtilmiştir. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı, İsveç Elektronik İzleme Sistemi Çalışma Ziyareti Raporu, (Stockholm: Eylül 2009), 18. Elektronik izleme özelinde hapis cezalarının infazı ve elektronik izleme tedbirinin uygulanması yoluyla cezanın infaz edilmesi arasındaki maliyet farkı konusundaki diğer ülke örnekleri için ayrıca bkz. Çetin, *Elektronik İzleme*, 81-82.

ve hakkında hüküm verilmemiş olan kişinin, kendisinin ve birlikte yaşadığı kişilerin toplum tarafından suçlu olarak damgalanmasına, fişlenmesine^[19] ve dışlanmasına neden olabilecektir. Elektronik izleme cihazlarının şüpheli veya sanık üzerine yerleştirilmesi suretiyle hareket etme imkânının sınırlandırılması kişi üzerinde psikolojik baskı yaratmaktadır.^[20] Yine kişinin tutuklama yerine yetkili mercilerin izni olmaksızın konutundan ayrılmaması tedbirinin uygulanması halinde tedbire uygun davranılıp davranılmadığının kontrol edilmesinin zor olacağından söz edilmiştir.^[21] Bu nedenle konuttan ayrılmama yönünde uygulanacak olan kısıtlamaların hâkime, kovuşturma makamlarına veya bunlar tarafından tespit edilecek idari makamlara belirli aralıklarla bildirimde bulunma, elektronik sistemlerle izleme yoluyla infaz ya da pasaport veya kimlik belgelerinin teslim edilmesi tedbirleriyle birleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.^[22] Yine bu kapsamda tedbirin yalnızca gereklerine uygun hareket edeceğine güvenilen kişilerden oluşan dar bir uygulama alanına sahip olabileceği de ifade edilmiştir.^[23] Özellikle kaçma tehlikesinin yüksek olduğu durumlarda konutu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanmasının başarısızlıkla sonuçlanması ihtimali fazladır ve yükümlülüğün uygulanması failin kaçmasıyla sonuçlanabilir.^[24] Öte yandan tutukevi veya ceza infaz kurumuna nazaran ev hapsi yükümlülüğünde denetim koşullarının daha esnek olması ve koruma olanaklarının daha dar kapsamlı olması (ceza infaz

[19] Koç, “Elektronik İzleme,” 188.

[20] Çetin, *Elektronik İzleme*, 69.

[21] Jürgen Peter Graf, “StPO § 116 Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls,” in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, hrsg. Rolf Hannich (München: C.H.Beck, 2019), Rn. 16; Illert, *elektronisch überwachten Hausarrests*, 114.

[22] Graf, “StPO § 116,” Rn. 16. Benzer yönde bkz. Matthias Krauß, “StPO § 116 Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls,” in *Beckok StPO mit RStBV und MiStra*, hrsg. Jürgen Peter Graf (München: C.H.Beck, 2020), Rn. 10.

[23] Illert, *elektronisch überwachten Hausarrests*, 114, 116. Ancak yazar tarafından tedbirin denetlenmesinde özellikle elektronik izleme yöntemlerinin kullanılmasıyla birlikte kontrollerin yoğun olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle kaçma ihtimalinin indirgenerek tedbirin daha az güvenilir kişiler açısından dahi uygulanmaya elverişli hale geldiği de ifade edilmiştir.

[24] Rush, “Home Detention In Pre-Trial and Post-Conviction Contexts,” 405.

kurumu görevlilerinin mevcut olmaması örnek verilebilir) nedenleriyle şüpheli/sanığın ya da bu kişilerle aynı konutta ikamet eden aile bireylerinin veya yakınlarının mağdur/suçtan zarar gören, akrabaları veya yakın çevresince saldırıya uğrama ihtimali artmaktadır.^[25] Yine bu tedbir kapsamında belirli aralıklarla kolluk personeli tarafından konuta gelmek suretiyle ya da telefonla arama yapılması yoluyla denetim işlemlerinin gerçekleştirilmesi; şüpheli veya sanıkla aynı konutta ikamet eden aile bireylerinin ya da ev arkadaşlarının özel hayatının ve bu kişilerin şüpheli/sanıkla birlikte aile yaşamının gizliliğinin ihlal edilmesine neden olabilecek niteliktedir.^[26]

II. KONUTUNU TERK ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUMU VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN YÜKÜMLÜLÜĞE GENEL BAKIŞI

A) KONUTUNU TERK ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUMU

Karşılaştırmalı hukukta hapis cezasının infaz edilme usulü olarak hapis cezasının konutta çektirilmesine yıllardır yer verilmiş bulunmakla birlikte^[27] tutuklama koruma tedbirinin bir alternatifi olarak *konutu terk etmemek* şeklindeki yükümlülüğün görece yeni benimsenmiş ve daha dar uygulama alanı bulan bir tedbir olduğu söylenebilecektir. Örneğin Fransa, 1970 yılında, sıradan suçlular için alternatif bir yöntem olarak ev hapsini kabul eden^[28] ve bu suretle yargılama öncesi tutuklamaları büyük ölçüde azaltan ve bu tutuklamalardan kaçınma fırsatı veren “controle judiciaire” kavramını

[25] Koç, “Elektronik İzleme,” 187, 188.

[26] Yıldırım, “Özel İnfaz Usulleri,” 180; Koç, “Elektronik İzleme,” 187, 188.

[27] Ev hapsinin, hapis cezasının bir infaz usulü olarak kaynaklara göre 60 yaşının üzerinde olduğu belirtilen, *Havari Aziz Paul* a kadar uzanan uzun bir geçmişinin bulunduğu ifade edilmektedir. Yine Floransalı filozof, fizikçi ve gökbilimci *Galileo Galilei* de 1633'te Roma'da *Kopernik*'in güneş merkezli dünya sistemini alenen savunması nedeniyle yapılan engizisyon yargılamasının ardından ev hapsine mahkûm edilmiş ve hayatının geri kalanını ev hapsinde geçirmiştir. J. Robert Lilly and Richard A. Ball, “A Brief History of House Arrest and Electronic Monitoring,” *Northen Kentucky Law Review* 13, no. 3 (1987): 359; Illert, *Aspekte einer Implementierung des elektronisch überwachten Hausarrests*, 3.

[28] Lilly and Ball, “A Brief History,” 360.

tanıtmıştır.^[29] Yine Fransız CMK m. 138/1'de “adli denetim” başlığı altında öngörülen yükümlülüklerden birisi olarak “sorgu hâkimi tarafından belirlenecek ikametgâhı veya oturulan yeri hâkimin tayin ettiği koşullar ve sebepler dışında terk etmemek” tedbiri belirlenmiştir.^[30] Tedbire ilk soruşturmada sorgu hâkimi tarafından son soruşturmada ise tutuklama kararı veren merci tarafından karar verilmektedir. Tedbir yalnızca cürüm niteliğindeki suçlar açısından uygulama alanı bulmakta ve tedbirin uygulanması için hapis cezasını gerektiren bir suç söz konusu olmalıdır.^[31] ABD’de ise konutta hapsedilme ilk olarak St. Louis şehrinde 1971’de uygulanmaya başlamış; 1977 yılında ise çeşitli eyaletlerde gençler açısından uygulamaya konulmuştur. Ev hapsi öncelikle genç/çocuk yaştaki faillerin yargılama öncesinde gereksiz ve haksız bir şekilde tutuklanmalarına dair endişenin yaygınlaşması üzerine bu kişilerle ev ve aile ortamında başa çıkılması aracı olarak geliştirilmiştir. Özellikle genç yaştaki suçlularla mücadele etmede sokağa çıkma yasağı gibi geleneksel uygulamalar yerine evde hapis uygulaması ekonomik yönü de dâhil olmak üzere oldukça çekici gelmiştir. Nitekim ev hapsi uygulamasında genç yaştaki failer tutuklanmak yerine günde en az bir kez kendileriyle iletişime geçecek olan paraprofesyoneller yardımıyla desteklenmekte, aynı zamanda öğretmenleri ve ebeveynleriyle telefonla günlük iletişimlerinin korunduğu bir uygulama çerçevesinde konutlarında kalmaya devam etmektedir.^[32]

İtalya’da ise ev hapsi 1975’te ceza hukukuna entegre edilmiş ve hapis cezasının üç aylık kısmının kurumda infaz edilmesinin ardından cezanın geri kalan kısmının infazının ev hapsi uygulanmak suretiyle yerine getirilmesi

[29] Illert, *elektronisch überwachten Hausarrests*, 3.

[30] “Criminal Procedure Code of the French Republic (as of 2006) (English version),” Legislationline, accessed April 14, 2022, https://www.legislationline.org/download/id/6381/file/France_CPC_am2006_en.pdf.

[31] Nur Centel, “Yeni Ceza Muhakemesi Yasası’nda Adli Kontrol-Tutuklama-Yakalama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi,” *Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, no. özel sayı (2006): 843, 844; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, Kasım 2006), 740.

[32] Lilly and Ball, “A Brief History,” 360-361. Benzer yönde bkz. Illert, *Aspekte einer Implementierung des elektronisch überwachten Hausarrests*, 3-4.

öngörülmüştür. 1988 tarihinde İtalyan CMK'ye eklenen bir düzenlemeyle de 284. maddenin 1. fıkrası hükmünde yargılama öncesinde tutukluluktan kaçınmak için tutuklama yerine uygulanabilecek tedbirler arasında ev hapsine hükmedilmesi imkânı tanınmıştır.^[33] Bununla birlikte İtalyan CMK'sine göre tutuklama yerine uygulanabilecek tedbirler ve bu noktada ev hapsi tedbiri ancak müebbet hapis cezasını ve üst sınırı üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulama alanı bulmakta ve ev hapsi tedbiri uygulanan sanık, tutuklu sanık olarak kabul edilmektedir.^[34] Alman ceza muhakemesinde öngörülen düzenlemeler ise aşağıda konu başlıkları kapsamında yeri geldiğinde ayrıca inceleme konusu yapılacaktır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 09.04.1965 T. ve (65) 11 sayılı kararında da tutuklamaya alternatif oluşturabilecek örnek niteliğindeki tedbirlere yer verilmiştir. Bu tedbirler arasında ev hapsine benzer nitelikte olarak “ikametgâhta (evde) gözetleme” ve “hâkimin izni olmadan belli bir yeri veya bölgeyi terk etmeme” tedbirlerine yer verilmiştir.^[35]

B) AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN YÜKÜMLÜLÜĞE GENEL BAKIŞI

AİHM, ev hapsi tedbirini, karar merci tarafından tutuklama yerine daha az sıkı bir tedbiri oluşturan ev hapsi tedbiri tercih edilebilecekken şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilmesi^[36] veya şüphelinin/sanığın/

[33] Illert, *elektronisch überwachten Hausarrests*, 3.

[34] Centel, “Adli Kontrol-Tutuklama-Yakalama,” 847.

[35] “Resolution (65) 11,” Council of Europe Committee of Ministers, accessed December 24, 2021, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804c2839. Benzer nitelikte tedbirlere Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 27.06.1980 T. ve (80) 11 sayılı tavsiye kararında da tutuklu yargılama yerine alternatif olarak “adli makam tarafından belirlenen koşullar dahilinde belli bir adreste (örneğin ev, kefalet yurdu, genç suçlular için özel, uzmanlaşmış bir kurum) ikamet etme” ya da “izinsiz olarak belirli bir yerden veya bölgeden ayrılma kısıtlaması” tedbirlerine yer verilmiştir. “Recommendation No. R (80) 11,” Council of Europe Committee of Ministers, accessed December 24, 2021, <https://rm.coe.int/native/09000016804f2701>.

[36] Adli kontrol tedbirine hükmedilmesinin mümkün olduğu durumlarda tutuklama kararı verilmesinin ya da tutukluluk halinin devamına karar verilmesinin koruma tedbirlerinde geçerli olan ölçülülük ilkesine aykırı olacağı da ifade edilmiştir. Öztürk,

müdafinin tutuklanan kişinin salıverilmesi veya tedbirin ev hapsine dönüştürülmesi yönündeki isteminin reddi çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu kapsamda; suçun niteliği veya yargılama süreci sonucunda faile verilmesi muhtemel olan cezanın türü ya da ağırlığı faildeki kaçma veya saklanma şüphesinin varlığına işaret ediyor olmasına rağmen bu unsurlar tutuklama kararının verilmesi için tek başına yeterli gerekçeyi oluşturmamaktadır. Kaçma veya delilleri karartma ya da yeniden suç işleme riskinin mevcut olması durumunda tutuklama yerine hürriyeti daha az kısıtlama sonucu doğuran başka tedbirlerin uygulanma ihtimalinin olup olmadığı mutlaka ulusal makamlar tarafından değerlendirilmelidir.^[37]

AİHM'in tutuklama yerine uygulanan ev hapsi benzeri tedbirleri hangi maddeye dayandırarak incelediği de bu noktada değinilmesi gereken bir konudur. AİHM, belli bir yerden ayrılmama ya da belli bir yere gidilmesinin yasaklanması konusundaki tedbirleri bazı kararlarında AİHS (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) m. 5 çerçevesinde özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında değerlendirmeye tabi tuttuğu gibi konunun AİHM tarafından serbest dolaşım özgürlüğü kapsamında AİHS'e bağlı ek 4 No'lu Protokolün 2. maddesi çerçevesinde incelendiği kararlar da yer almaktadır. AİHM her iki madde arasındaki ayrımı yükümlülüğe tabi tutulan kişi üzerinde uygulanan tedbirin hürriyetin kısıtlanması konusundaki derece ve yoğunluk farkına göre yapmaktadır.^[38] Öyle ki tedbir uygulanmak suretiyle yükümlünün dolaşım özgürlüğünün tamamen ortadan kalkmasına, dış dünyayla olan bağlantısının kopma noktasına gelmesine, yani özgürlüğünün ciddi bir

Eker Kazancı ve Soyer Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 98; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, 315; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 295, 298; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 346; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 487.

[37] Özen Kaya Göçmen, "Adli Kontrol Koruma Tedbirinin İnsan Hakları Işığında Değerlendirilmesi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 4 (Aralık, 2016): 1782 vd.

[38] Abdülkadir Kaya, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 125-126 (Ocak-Şubat, 2015): 56; Kaya Göçmen, "İnsan Hakları Işığında," 1763.

şekilde kısıtlanmasına^[39] neden olunan durumlar AİHS m. 5'in ihlal edilip edilmediği noktasında incelemeye tabi tutulurken; yükümlünün dolaşım özgürlüğünün sadece sınırlanmasına ya da dolaşım özgürlüğünü yok etmeyecek şekilde bu özgürlüğe müdahale edilmesine yol açacak kısıtlamalar ise 4 No'lu ek Protokolün 2. maddesi çerçevesinde değerlendirilmektedir.^[40] Örneğin *Trijonis v. Litvanya*[41] kararına konu teşkil eden olayda AİHM, iki farklı dönemde farklı usullerle infaz edilen ev hapsi konusunda şu yönde bir değerlendirmede bulunmuştur: 15.12.2000-11.1.2001 tarihleri arasında ev hapsinin her gün 24 saat süreyle, kesintisiz olarak uygulandığı ilk dönemde; özgürlükten yoksun bırakılan başvurucuya, mahkemeye başvurma hakkının yeterli düzeyde tanınmadığı yönündeki iddia, AİHS m. 5/4 kapsamında özgürlük ve güvenlik hakkı açısından incelenmiştir. Ancak aynı kararda ev hapsi tedbirinin yalnızca hafta sonları ve “günün geri kalan kısmında çalışmasına olanak sağlayacak şekilde” akşam saat 19.00'dan sabah saat 07.00'ye kadar evde kalma şeklinde değiştirildiği 11.01.2001-06.05.2002 döneminde ise başvuranın evde olduğu süre kadar çalışmasına ve iş yerinde vakit geçirmesine izin verildiği için özgürlükten yoksun bırakmanın söz konusu olmadığına ve yalnızca hareket özgürlüğü üzerinde bir kısıtlamanın meydana geldiğine karar verilmiş; tedbir 4 No'lu ek Protokolün 2. maddesi çerçevesinde serbest dolaşım özgürlüğü kapsamında incelenmiştir. Ancak bununla birlikte özgürlükten tamamen mahrum bırakılmayla serbest dolaşım özgürlüğüne sadece sınırlandırma yapılması ayırımında belirleyici olmak üzere ev hapsi yükümlülüğüne tabi tutulan/tutulacak kişinin tedbirden önceki durumu, tedbirin uygulanma süresi, uygulanma koşulları vb. de göz önünde bulundurulmakta^[42] ve çoğu durumda konu, 4 No'lu Protokolün 2. maddesi çerçevesinde değil, AİHS m. 5 kapsamında değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.^[43]

[39] Kaya, “Özgürlük ve Güvenlik Hakkı,” 56, 58.

[40] Kaya Göçmen, “İnsan Hakları Işığında,” 1763-1765.

[41] AİHM, *Trijonis/Litvanya* (k.k.), B. No: 2333/02, 17/03/2005. Kararın İngilizce metni için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-68774%22%7D>].

[42] Kaya, “Özgürlük ve Güvenlik Hakkı,” 58; Kaya Göçmen, “İnsan Hakları Işığında,” 1764, 1765.

[43] AİHM, *Buzadji/Moldova Cumhuriyeti* [BD], B. No: 23755/07, 05/07/2016, § 13 vd. Kararın Türkçe metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-193650>;

Esasında adli kontrol tedbirlerinin ve bu anlamda ev hapsi yükümlülüğünün uygulanmasının hukuki dayanağı; gerek AİHS gerek Türk Anayasası açısından tereddütlüdür. Nitekim özgürlük ve güvenlik hakkını içeren AİHS'in 5. maddesinde ve Türk Anayasasının 19. maddesinde kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği haller düzenlenirken ev hapsi de dâhil adli kontrol tedbirlerine dair açık bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak adli kontrolün kişiyi şahsi özgürlüğünden yoksun bırakma sonucunu doğurması ve uygulanma amacı göz önünde bulundurulduğunda özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlanabildiği hallerden biri olarak Anayasa m. 19'da sayılan *tutuklama* ve AİHS m. 5'te yer alan *detention* (alıkoyma; hapsedme; nezaret) ibarelerinin adli kontrolü de kapsamına aldığı kabul edilebilecektir.^[44] Bu sebeple yalnızca tutuklama koruma tedbiri değil, tutuklama tedbiriyle benzer şekilde şahsi özgürlüğünden mahrum bırakma sonucunu doğuran ve tutuklama tedbiriyle aynı amacı takip eden ev hapsi yükümlülüğü de özgürlüğü kısıtlayan bir hal olarak bu maddeler kapsamında değerlendirilebilir. AİHM'in konutu terk etmemek yükümlülüğü kapsamında somut olaylar çerçevesinde bu konuya ilişkin yapmış olduğu değerlendirmeler aşağıda yeri geldikçe ayrıca incelenecektir.

AİHM, Mancini/İtalya [BD], B. No: 44955/98, 12/12/2001, § 14.

Anayasa Mahkemesi (AYM) de benzer yönde değerlendirmede bulunmaktadır: "...kişilerin fiziki hareket özgürlüklerini sınırlandıran bir tedbirin Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına mı yoksa Anayasa'nın 23. maddesinde düzenlenmiş olan seyahat özgürlüğüne mi müdahale teşkil ettiği belirlenirken önemli olan husus sınırlamanın niteliği veya esası değildir. Bir tedbirin bunlardan hangisine müdahale oluşturduğunun tespitinde sınırlamanın derecesi ve yoğunluğu dikkate alınmalıdır. Bunun tespitinde tedbirin türü, süresi, uygulanış şekli, gündelik hayatın denetiminin boyutu gibi faktörler önem taşımaktadır. Bu bağlamda yapılan değerlendirmede konutu terk etmeme; kişilerin fiziksel özgürlük alanını yalnızca ikamet ettiği konutun içi ile sınırlandıran, elektronik kelepçe takılmak suretiyle infazı söz konusu olabilen ve -kaldırılıncaya kadar- gün boyunca kesintisiz olarak devam ettirilen, uyulmadığında ise şüpheli veya sanık hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasına neden olabilen bir adli kontrol tedbiri niteliğindedir. Anılan tedbirin bu niteliği, uygulanış şekli ve özellikleri itibarıyla hareket serbestisi üzerindeki sınırlayıcı etkisinin derece ve yoğunluk olarak seyahat özgürlüğüne göre oldukça ileri bir boyutta olduğu, dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahale teşkil ettiği sonucuna varmak gerekir." AYM, *Esra Özkan Özakça*, B. No: 2017/32052, 08/10/2020, § 76.

[44] Kaya Göçmen, "İnsan Hakları Işığında," 1757, 1758.

III. BİR ADLİ KONTROL TEDBİRİ OLARAK KONUTU TERK ETMEME

A) GENEL OLARAK

Ev hapsi ya da konutu terk etmeme CMK m. 109’da adli kontrol koruma tedbiri kapsamında bir yükümlülük türü olarak öngörülmüştür. Yine m. 109’a göre ev hapsi yükümlülüğünü de içeren adli kontrol tedbirlerinin koruma tedbiri olma niteliği, adli kontrol tedbiri tanımına yer veren DSHY m. 55’te de vurgulanmıştır. Bu tanım kapsamında adli kontrol, “şüpheli veya sanığın tutuklanması yerine bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutularak, toplum içinde denetimini öngören bir koruma tedbiridir.”

Adli kontrol, “hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanmış olması koşuluyla şüpheli veya sanığın muhakeme süresince gerçekleştirilecek işlemler sırasında ve/veya hükmün infaz edilmesi aşamasında hazır bulunmasını sağlamak veya delilleri karartmasını önlemek amacıyla kanunda sayılan yükümlülükler uygulanarak gözetim ve denetime tabi tutulmasıdır.”^[45] Bu noktada adli kontrol, tutuklamaya alternatif bir koruma tedbirini oluşturmaktadır. Nitekim adli kontrole karar verilebilmesi için tutuklamanın koşullarının sağlanmış olmasının aranması adli kontrol tedbirinin tutuklamaya alternatif bir tedbir olduğu sonucunu beraberinde getirmektedir. Buna göre adli kontrol tedbiri, tutuklama için gerekli şartlardan şüpheli veya sanığın kaçma veya delilleri gizleme ya da yok etme riskinin ve kuvvetli suç şüphesinin gerçekleşmesiyle birlikte kişinin özgürlüğünden tamamen yoksun bırakılmasıyla neticelenecek tutuklama tedbirinin somut olayda uygulanmasının orantısız olması nedeniyle uygulama alanı bulabilecek bir tedbiri oluşturmaktadır.^[46] Nitekim tutuklama kararının verilmesini gerektiren haklı bir sebebin ortaya çıkması halinde (kaçma/delilleri karartma) daha hafif bir koruma tedbirini oluşturan adli kontrolle amaca ulaşılması mümkünse şüpheli veya sanığın tutuklanmasına karar verilmesi mümkün

[45] Sesim Soyer Güleç, “Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 98 (2012): 27-28; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 296.

[46] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 295; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, 315; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 487, 488; Soyer Güleç, “Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar,” 27.

değildir.^[47] Bu noktada tutuklama tedbirine ancak maddi gerçeğe ulaşılması için olayın aydınlatılmasının, muhakeme sürecinin yapılabilmesinin ve muhakeme süreci sonucunda yaptırımın uygulanabilmesinin sağlanması amacıyla zorunlu olması durumunda başvurulabilecektir.^[48] Özellikle sanığın savunmasının alınmış olması, sanığa isnat olunan suçlar yönünden delillerin büyük oranda toplanmış olması,^[49] sanığa atılı suçun vasfı, mevcut durum itibarıyla delillerin kaybolması, değiştirilmesi veya gizlenmesi ihtimalinin bulunmaması^[50] nedenlerinin varlığı halinde tutukluluktan elde edilecek

[47] *Mancini v. İtalya* kararında AİHM, tutuklama yerine alternatif bir tedbir olarak öngörülen ev hapsinin de tutuklama gibi kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına yol açtığını belirtmiş; ancak ev hapsinin infaz koşulları itibarıyla kişinin özgürlüğüne daha az müdahalede bulunan bir tedbiri oluşturduğuna ve imkân olması halinde tutuklama tedbirinden önce ve derhal uygulanması gereğine işaret etmiştir. AİHM, Mancini/İtalya [BD], B. No: 44955/98, 12/12/2001, § 14 vd.

[48] Mahmut Koca, “Tutuklamada Oranlık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının ‘Adli Kontrol’ Tedbirinin Değerlendirilmesi,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2003): 120, 121.

[49] “Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlediği” ve “devletin gizli kalması gereken bilgileri siyasal veya askeri casusluk amacıyla temin etmek” iddiasıyla hakkında kamu davası açılan ABD vatandaşı rahip *Andrew Craig BRUNSON*, 09.12.2016 tarihinde tutuklanmıştır. 25.07.2018 tarihinde hakkındaki tutukluluk kararı kaldırılarak adli kontrol tedbirinin uygulanmasına karar verilmiştir. İzmir 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 25.07.2018 tarihli kararında tutuklama tedbiri yerine adli kontrol tedbiri kapsamındaki konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanmasına dair şu gerekçelere yer verilmiştir: “...sanığın savunmasının alınmış oluşu, sanığa isnat olunan suçlar yönünden delillerin büyük oranda toplanmış oluşu, sanık ve müdafî tarafından iletilen sağlık mazereti, sanık her ne kadar yabancı ülke vatandaşı ise de tutukluluktan elde edilecek faydanın etkin adli kontrol hükümleriyle sağlanabilecek oluşu...” gerekçeleriyle CMK m. 109/3-j kapsamında “konutunu terk etmekten yasaklanmasına” karar verilmiştir. “Brunson’ın Tutukluluğu Ev Hapsine Çevrildi,” *Anadolu Ajansı*, 20 Nisan 2020, <https://www.aa.com.tr/tr/gunun-basliklari/brunsonin-tutuklulugu-ev-hapsine-cevrildi/1213549>.

[50] “...şüpheli hakkında yürütülen soruşturma kapsamında tutuklama koruma tedbirine karar verilmesi talep edilmiş ise de...şüpheli hakkında talep edilen koruma tedbirinden beklenecek faydanın CMK’nın 109/1-2 maddesi uyarınca bir veya birden fazla adli kontrol hükümleri uygulanmak suretiyle de sağlanabileceği değerlendirilerek atılı suçun niteliği, mevcut delil durumu, delillerin büyük oranda toplanmış olması, kaybolma veya karartılma şüphesinin bulunmayışı, suç vasfının değişmesi ihtimali

faydanın adli kontrol tedbiriyle de sağlanabilecek olması gerekçesiyle (kaçma şüphesinin bulunması koşuluyla) konutunu terk etmeme yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adli kontrol tedbirinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere adli kontrol tedbiri, şüphelinin veya sanığın özgürlüğünün tamamen kısıtlanmasına yol açan tutuklama tedbiriyle kişinin salıverilmesi arasında denetim ve gözetim altında tutulmasını sağlayan ara bir tedbiri oluşturmaktadır.^[51] Aynı zamanda adli kontrol tedbiri, tutuklama tedbiri açısından kanunda öngörülen azami sürenin sona ermesi üzerine bu tedbiri takiben ya da tutuklama yasağının bulunduğu durumlarda bağımsız bir koruma tedbiri olarak da uygulama alanı bulabilmektedir.^[52]

Adli kontrol tedbirinin tutuklamaya alternatif teşkil etmesi açısından Alman CMK ise Türk CMK'den farklı bir düzenleme içermektedir. Nitekim Alman CMK (Strafprozeßordnung/StPO) § 116'da^[53] da hâkime, tutuklama koruma tedbiriyle ulaşılmaması beklenen amaçların daha az kısıtlayıcı tedbirlerle elde edilebileceğinin gözlemlenmesi durumunda bazı tedbirleri uygulayabilme yetkisi tanınmıştır. Bu tedbirler arasında şüpheli veya sanığın

nazara alınarak tutuklama tedbirinin ölçülü ve orantılı bir tedbir olmayacağı, birden fazla adli kontrol tedbirlerinin uygulanmasının yeterli olacağı anlaşıldığından... TUTUKLANMASI YÖNÜNDEKİ TALEBİN REDDİNE..." İstanbul 5. Sulh Ceza Hakimliği, 08.03.2020 T., 2020/1450 D. İş sayılı karar. "Murat Ağirel hakkında mahkemeden iki farklı karar," *Yeniçağ*, 20 Nisan 2020, <https://www.yenicaggazetesi.com.tr/murat-agirel-hakkinda-mahkemeden-iki-farkli-karar-271156h.htm>.

[51] Soyer Güleç, "Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar," 27, 42; Yılmaz, "Adli Kontrol," 44. "Yalnız başına tutuklama, hakimi, şüpheli veya sanık hakkında ya da bütünüyle hürriyetinden yoksunluğa ya da tam serbest bırakmaya mecbur kılan bir tedbirdir; adı geçenler ya bir yerde kapatılacaktır veya tam serbest bırakılacaklardır. Tasarı bu madde ile bu iki durum arasında adli kontrol kurumunu getirmiş bulunmaktadır. Söz konusu kurum tesis edilirken Alman, İtalyan ve özellikle Fransız hukuku göz önünde bulundurulmuştur. Kurum ilgili özgürlüğünden yoksun kılmamakla birlikte gözlemeyi ve denetlemeyi olanaklı kılan tedbirlere tabi kılmaktadır; böylece kişinin kaçması riski azaltılırken hürriyetten tümü ile yoksun kılmanın zararları da ortadan kaldırılmış olmaktadır." CMK m. 109'un gerekçesinin ilgili kısmı için bkz. Şahin, *Gazi Şerhi*, 313-314.

[52] Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, 315.

[53] "Strafprozeßordnung, § 116 Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls," Gesetze im Internet, erreichbarkeit April 15, 2020, https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_116.html.

hâkim veya kovuşturma makamlarının izni olmaksızın yaşadığı yeri veya ikametgâhını ya da belirli bir bölgeyi terk edememesi ya da yaşadığı yerden ancak belli bir kişinin gözetiminde ayrılabilmesidir. Ancak Türk hukukundan farklı olarak söz konusu tedbirler tutuklamaya tam bir alternatif oluşturmakta; şüpheli veya sanığın yaşadığı yeri veya ikametgâhını terk etmemesi ya da ancak belli bir kişinin gözetiminde ayrılmasına hâkim tarafından karar verilmesi halinde tutuklama kararı tamamen ortadan kalkmamakta, infazı askıya alınmaktadır.^[54]

B) ADLİ KONTROL TEDBİRİNE VE BU TEDBİR KAPSAMINDA KONUTU TERK ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE HÜKMEDİLMESİNİN ŞARTLARI

CMK m. 109/1'de adli kontrol kararı verilebilmesi için gerekli şartların neden ibaret olduğuna açıkça yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre adli kontrol tedbirine karar verilebilmesi için bir suç nedeniyle yürütülen bir soruşturma veya kovuşturmanın bulunması^[55] ve tutuklama için gereken

[54] Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 15. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 835, 836; Soyer Güleç, “Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar,” 36.

[55] Her ne kadar CMK m. 109'da yalnızca “bir suç sebebiyle yürütülen soruşturma” ifadesi kullanılmışsa da adli kontrolle ilgili kanunda yer alan diğer maddelerden (CMK m. 110/3 gibi) bu tedbire kovuşturma evresinde de başvurulmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Benzer yönde bkz. Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 104; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 299; Mustafa Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 773-774; Özgüven, “Adli Kontrol,” 28; Özge Sırma Gezer ve Yasemin F. Saygılar Kırıt, “Adli Kontrol,” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15, no. 1-2 (Ocak-Şubat, 2016): 712; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı (Ankara: Savaş Yayınevi, 2017), 233; Ahmet Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 436.

Örneğin CMK m. 110/3'te, “109 uncu madde ile bu madde hükümleri, gerekli görüldüğünde, görevli ve yetkili diğer yargı mercileri tarafından da, kovuşturma evresinin her aşamasında uygulanır” ifadesi yer almaktadır. Bu madde kapsamında kovuşturma evresinde mahkeme tarafından; adli kontrol tedbirine hükmedilmesi mümkün olduğu gibi tedbir kapsamındaki yükümlülüklerden birinin veya birkaçının kaldırılması ya da sanığın geçici olarak tedbirlerin uygulanmasından muaf tutulması veya sanığın yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin kapsamının değiştirilmesi mümkündür. Yine CMK m. 111/1 gereğince “Şüpheli veya sanığın istemi üzerine,

CMK m. 100'de belirtilen koşulların gerçekleşmiş olması gereklidir. Her ne kadar CMK m. 109/1'de adli kontrol tedbirine karar verilebilmesi için yalnızca 100. maddede yer alan tutuklama sebeplerine atıfta bulunulmuşsa da adli kontrol tedbiri uygulandığında kişi hürriyetine yapılan bir müdahale söz konusu olduğundan adli kontrol tedbirinin uygulanabilmesi için bunu haklı kılabacak kuvvetli suç şüphesini gerektiren somut olguları ifade eden ispat ölçütünü mutlaka aramak gerekecektir.^[56] Adli kontrol koruma tedbirinin tutuklama yerine uygulanacağını Kanun'da açıkça belirtilmiş

Cumhuriyet savcısının görüşünü aldıktan sonra hâkim veya mahkeme 110 uncu maddenin ikinci fıkrasına göre beş gün içinde karar verebilir.” Ancak CMK m. 109/1'de yer alan ifadeden yola çıkılarak adli kontrol kararının soruşturma evresinde verilmesi gerektiği, CMK m. 110/3'te yer alan ifadenin ise mahkeme tarafından soruşturma evresinde verilen adli kontrol kararının devam ettirilmesine ilişkin karar alınması şeklinde yorumlanabileceği yönünde bkz. Fulya Korkmaz, “Adli Kontrol,” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, no. özel sayı (2015): 535, 536.

Soruşturma evresinde verilen adli kontrol kararı hakkında kovuşturma evresinde herhangi bir karar verilmediği takdirde tedbirin uygulanmasına devam edilip edilmeyeceği de tartışmalıdır. Soruşturma evresinde şüpheli hakkında adli kontrol kararı verildiği takdirde iddianamenin düzenlenmesiyle birlikte veya iddianamenin kabul edilmesinden sonra adli kontrol tedbirinin sona ereceği konusunda bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak iddianamenin kabul edilmesinden sonra duruşma hazırlığı aşamasında tensip zaptıyla adli kontrol tedbirinin devam edip etmemesi konusunda açıkça karar verilmesi gerekmektedir. Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 440. Uygulamada ise soruşturma evresinde verilen adli kontrol tedbirinin duruşma başlangıcı aşamasında tensip zaptı ile devamına karar verilip verilmeyeceği değerlendirilmekte; tensip zaptıyla adli kontrol tedbirinin uygulanmasının devamı yönünde karar verilmese dahi kovuşturma evresinin ilerleyen aşamalarında tedbirin devamı ya da talep üzerine tedbirin sona erdirilmesi yönünde mahkemeler yeni bir karar almaktadırlar.

- [56] Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 233; Volkan Yıldız, “5271 Sayılı CMK Kapsamında Adli Kontrol ve Şartları,” *Ceza Hukuku Dergisi* 6, no. 15 (Nisan, 2011): 136.

15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü sonrasında, bu teşebbüsün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖ/PDY'nin medyadaki örgütlenmesine yönelik yürütülen soruşturma kapsamında; silahlı terör örgütüne üye olma suçu çerçevesinde tutuklu Şahin Alpay hakkında AYM tarafından suçun işlendiğine yönelik kuvvetli şüpheyi gerektirecek somut olguların bulunmadığı tespit edilmiş olmasına rağmen ilk derece mahkemesi adli kontrol tedbiri olarak *konutu terk etmemek* yükümlülüğünü uygulamıştır.

olduğu ve tutuklama koruma tedbirinin şartları arasında ölçülülük ilkesinin

Şöyle ki AYM, Şahin Alpay'ın ilk başvurusu üzerine kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını gösteren somut olguların bulunmadığına, bu nedenle tutukluluk kararı verilmesi suretiyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının sınırlandırılmasının mümkün olmadığına ve tutuklu sanığın salıverilmesi gerektiğine karar vermiştir. Ancak ilk derece mahkemesi; AYM'nin yerel "mahkemenin yerine geçerek delilleri değerlendirip kanun yolunda gözetilmesi gereken hususları inceleyemeyeceği ve yerindelik denetimi yapamayacağı," "yerel mahkemece delil durumu takdir edilerek tutukluluk kararı verilmişse...delillerin yetersiz olması nedeniyle ihlal kararı verilemeyeceği" *gereçekleriyle yazılarının yanı sıra televizyondaki konuşmalarının ve sosyal medya paylaşımlarının kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösterir somut deliller olduğu sonucuna varılan başvurucunun tutukluluk halinin devam etmesine karar vermiştir* (AYM, Şahin Alpay (2), B. No: 2018/3007, 15/03/2018, § 18). Daha sonrasında ise İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, 2018/133 D. İş sayılı ve 16.03.2018 tarihli kararında; tutuklunun salıverilmesi noktasında, AYM kararında, ilk derece mahkemesi dosyasının ve delil durumunun ele alınmasından ziyade kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına vurgu yapıldığını ve kararın bu yönüyle bağlayıcı olması gerektiğini vurgulamış ve adli kontrol tedbirine hükmetmiştir. Yakın zamanda verilen Şahin Alpay Başvurusu (3)'nda ise AYM, tutukluluk hâlinin sona erdirilerek ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ilişkin kararı üzerine; derece mahkemesince konutu terk etmeme yükümlülüğüne karar verilmesi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin değerlendirmede bulunmuş; konutu terk etmeme yükümlülüğü açısından somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması gerektiğini özellikle vurgulamış ve kuvvetli şüphenin bulunmaması nedeniyle ev hapsi uygulamasının hukuka aykırı olduğu neticesine varmıştır:

"...konutu terk etmeme şeklindeki adli kontrol tedbirine hükmedilerek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahaleye devam edilmiştir...tedbirin uygulanmasına hükmedilirken derece mahkemesinin kuvvetli suç belirtisi yönünden Anayasa Mahkemesinin ilk ihlal kararında değerlendirmeye tabi tuttuğu olguların dışında yeni bazı deliller bulunduğu yönünde bir gerekçesi bulunmamaktadır...konutu terk etmeme tedbirinin uygulanmasına ve buna yönelik itirazın reddine dair kararlarda kuvvetli suç belirtisiyle ilgili herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiştir...adli kontrol tedbirinin uygulanmasına başlanmasından yaklaşık yirmi gün sonra...esas hakkındaki mütalaada -Anayasa Mahkemesinin ilk ihlal kararında değerlendirilmemiş olan- yeni delillere değinilmiştir...konutu terk etmeme tedbirinin uygulanmasına karar verilirken derece mahkemelerince anılan olgu ve delillerin kuvvetli suç belirtisi olarak kabul edildiği yönünde bir değerlendirme yapılmamıştır...ikinci ihlal kararlarından sonra derece mahkemelerince konutu terk etmeme adli kontrol tedbirine hükmedilirken de suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin yeni olgularla ortaya konulduğunu söylemek mümkün değildir..." AYM, Şahin Alpay (3), B. No: 2018/10327, 03/12/2020, § 51-55. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren

yer aldığı hususları birlikte göz önünde bulundurulduğunda da yine benzer sonuca ulaşılabacaktır.^[57] Kanun'un yaptığı atıf gereği adli kontrol tedbirine hükmedebilmenin koşulları belirlenirken öncelikle tutuklama kararı verilebilmesi için gerekli koşulları ifade etmek gerekir. Nitekim CMK m. 109 yukarıda da ifade edildiği üzere adli kontrol tedbirinin düzenlenebilmesi için tutuklamanın şartlarını açıkça aramıştır. Tutuklama kararı verilebilmesi için;

1. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller bulunmalıdır (CMK m. 100/1).
2. Bir tutuklama nedeni bulunmalıdır (CMK m. 100/1). Tutuklama nedenlerinin nelerden ibaret olduğu ise CMK m. 100/2'de açıklığa kavuşturulmuştur. Bu düzenlemeye göre aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

somut deliller konusunda benzer yönde değerlendirmeler için bkz. AYM, *Esra Özkan Özakça*, B. No: 2017/32052, 08/10/2020, § 79 vd.

AYM kararlarının bağlayıcılığı ve tutuklama şartlarının bulunmaması göz önünde bulundurulduğunda; somut olayda konutu terk etme yükümlülüğünün uygulanmaması gerekirdi. AYM kararının uygulanmasının sağlanması ve konutu terk etmeme yükümlülüğünün de kişinin özgürlüğünden yoksun kılınmasına neden olması gerekçeleriyle bu tedbire son verilmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. Egemen Esen, "Would You Mind Taking the Necessary Action as a Court of Assize? –Case of Şahin Alpay v. Turkey (Appl. No. 16538/17)," *Fasikül Hukuk Dergisi* 11, no. 111 (Şubat, 2019): 134.

[57] Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, 316; Yıldız, "Adli Kontrol ve Şartları," 136.

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa; ^[58] ^[59]

[58] *Andrew Craig Brunson* başvurusunda AYM, kaçma şüphesinin mevcut olduğu konusunda gerekçe olarak şunları ileri sürmüştür: Söz konusu örgütlerle bağlantılı bir suç işlediği ileri sürülen kişilerin yurt dışına kaçmasının ve yurt dışında barınmasının diğer kişilere göre daha kolay olması, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçunun kanunda öngörülen cezasının ağır olması ve başvuruçunun başka bir ülkenin vatandaşı olması.

“...Terörle bağlantılı suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların güvenlik içinde yürütülebilmesi ve özellikle kişilerin kaçmalarının engellenmesinde tutuklama tedbiri ile konutu terk etmeme şeklindeki adli kontrol tedbiri dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalabileceği akılda tutulmalıdır. Başvuruçunun iş birliği yaptığı ileri sürülen terör örgütlerinden FETÖ/PDY yüz elliye aşkın ülkede faaliyet gösteren ve ciddi seviyede uluslararası ittifaklar kurabilen bir yapılanmadır. PKK'nın da başta Türkiye'ye komşu bazı ülkeler olmak üzere çok sayıda ülkede örgütlenmiş bir terör örgütü olduğu bilinmektedir... anılan örgütlerle bağlantılı bir suç işlediği ileri sürülen kişilerin yurt dışına kaçmasının ve yurt dışında barınmasının diğer kişilere göre daha kolay olduğu gözönüne alınmalıdır... örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçu... ağır cezai yaptırımlar öngörülen suç tipleri arasında olup isnat edilen suçla ilişkin olarak kanunda öngörülen cezanın ağırlığı kaçma şüphesine işaret eden durumlardan biridir... somut olayın yukarıda belirtilen özel koşulları ile Ağır Ceza Mahkemeleri tarafından verilen kararların içeriği birlikte gözetildiğinde başka bir ülkenin vatandaşı olan ve FETÖ/PDY ile PKK terör örgütleriyle bağlantılı suçtan hakkında kovuşturma yürütülen başvuruçu açısından özellikle kaçma şüphesine yönelik olarak adli kontrol tedbiri nedenlerinin olgusal temelleri olduğu...” AYM, *Andrew Craig Brunson*, B. No: 2018/28400, 18/11/2020, § 61, 63, 64, 65.

[59] Aynı zamanda bir tutuklama nedeni olan kaçma şüphesinin tutuklama yerine adli kontrol tedbiri kapsamındaki konutu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanmasını gerektirmesi konusunda AİHM'in başvuruçunun bireysel durumuna ilişkin *Darvas v. Macaristan* kararında vermiş olduğu örnekler de yol gösterici niteliktedir. Uyuşturucu madde kullanma suçu nedeniyle kaçma şüphesi duyulan tutuklunun durumunun incelendiği başvuruda; AİHM, öncelikle hiçbir yaptırımın kaçma tehlikesi nedeniyle tutuklanmayı otomatik olarak haklı gösteremeyeceğini vurgulamıştır. Kaçma veya kaçma şüphesi konusunda başvuruçunun avukatı tarafından ileri sürülen; “başvuruçunun ailesi ile ilişkilerinin iyi olduğu, ailesi tarafından desteklendiği ve tutuklanmadan önce eğitim ve mesleki görevlerini titizlikle yerine getirdiği” hususları, başvuruçunun kaçması ihtimalini mantıksız hale getirecek veya azaltacak niteliktedir. AİHM, kaçma riskine karşı tutuklu yargılamaya devam edilmesi yerine daha az sıkı bir tedbiri oluşturan ev hapsinin neden uygulanamayacağı konusunda ileri sürülen bireysel durumların gözetilmemesini, yeterli gerekçenin sunulmamış olması olarak

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,
2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.^[60]

CMK'nin 109. maddesinin ifadesinden bu şartların bulunması halinde tutuklama tedbirine ya da adli kontrol tedbirine hükmedilmesinin mümkün olduğu neticesi çıkmaktadır. AİHS kapsamında ise tutuklama nedenleri kapsamında özgürlük ve güvenlik hakkının düzenlenmiş olduğu 5. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinde “suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin” bulunması halinde kişinin tutuklanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Ancak delillerin karartılması şüphesi kapsamında CMK’de yer alan delillerin yok edilmesi, gizlenmesi

kabul etmiş ve soruşturmanın ve kovuşturmanın selameti açısından ev hapsinin yeterli olup olmayacağının mutlaka değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. AİHM, Darvas/Macaristan [BD], B. No: 19547/07, 11/01/2011, § 13, 22, 27. Kararın İngilizce metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-102685>.

Tutuklama koruma tedbirinin uygulanmasının askıya alınmasına ilişkin StPO § 116 hükmünün uygulanabilmesi için tutuklama ile güdülen amaca, daha az sıkı tedbirlerle ulaşılabileceğine dair yeterli beklentinin olması ve bu kapsamda sanığın yargılamadan kaçmayacağına yüksek bir olasılıkla varsayılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda somut olayın tüm koşulları, özellikle kişisel koşullar (güçlü ailevi ilişkiler), cezanın verilmesi olasılığı ve cezanın ağırlığı, suçun sonuçları, sanığın önceki davranışları, önceki tutukluluk süresi vb. göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir. Krauß, “StPO § 116,” Rn. 6.

[60] StPO § 116/1 gereğince Alman ceza muhakemesi hukukunda şüpheli veya sanığın yaşadığı yeri veya ikametgâhını terk etmemesi ya da ancak belli bir kişinin gözetiminde ayrılmasına hâkim tarafından karar verilmesi tedbiri, Türk hukukundan farklı olarak kaçma tehlikesinin bulunduğu hallerde uygulama alanı bulmakta; kural olarak delilleri karartma riskinin bulunması durumunda uygulanmamaktadır. StPO § 116/2 gereğince delilleri karartma riskinin bulunması halinde, bu riski azaltmak amacıyla, delilleri karartma riskini önemli ölçüde azaltacağı beklentisi kuvvetli ise diğer sanıklarla, tanıklarla veya bilirkişilerle (uzmanlarla) iletişim kurmasını engellemek tedbiri özellikle göz önünde bulundurulacaktır. Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 835-836. StPO § 116’ya ilişkin ayrıca bkz. Graf, “StPO § 116,” Rn. 1 vd.; Illert, *elektronisch überwachten Hausarrests*, 114 vd.; Koca, “Tutuklamada Oranlık İlkesi,” 124-125; Soyer Güleç, “Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar,” 34-35.

veya değiştirilmesi ya da başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma gibi nedenlere açıkça yer verilmemiştir. Tutuklama tedbirinin ve bu bağlamda adli kontrol tedbiri kapsamındaki ev hapsi yükümlülüğünün uygulanması kapsamında kişinin alıkonulabilmesi için aranan tutuklama nedenleri veya tutuklama nedenlerinin var sayılacağı haller AİHS’te tek tek, kategorik olarak belirtilmemiştir.^[61] Bu nedenle tutuklama nedenlerinin varlığı/yokluğu açısından AİHM tarafından yapılan değerlendirmeler yol gösterici nitelikte olmaktadır. AİHM tarafından bir suçu işlediği iddia edilen kişinin kaçacağı şüphesinin bulunması, bu kapsamda bir suçun işlendiği konusunda kişi hakkındaki suçlamaların ciddiyeti ve uygulanması muhtemel cezanın ağırlığı, davanın karmaşıklığı, suç işlediği iddia edilen kişinin tanıklar üzerinde baskı kurabileceği ve tanıkları etkileyebileceği düşüncesi, gizli anlaşma riskinin bulunması,^[62] yeniden suç işleme tehlikesinin bulunması tutuklama yerine ev hapsi yükümlülüğünün uygulanıp uygulanmayacağı noktasında göz önünde bulundurulması gereken şartlar olarak nitelendirilmiştir.^[63] Tutuklama nedenleri konusunda CMK’de yalnızca kaçma ve delilleri karartma şüphesinden bahsedilmiş olmasına rağmen; AİHM tarafından tutuklama nedenleri kapsamında failin yeniden suç işleme tehlikesinin bulunup bulunmadığı, kamu düzeninin korunması, başvuru korumasının korunması gerekliliği gibi nedenlere de yer verildiği görülmektedir.^[64] Ancak söz konusu nedenlerin iç hukukta tutuklama sebebi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Öncelikle koruma tedbirleri temel hak ve özgürlükler üzerinde sınırlayıcı etki gösterdiği ve temel hak ve özgürlükler ise ancak Kanunla sınırlandırılabilirliği için Kanun’da bu yönde açık bir düzenlemeye yer verilmesi gerekirdi. Yine Anayasa m. 90/5 gereğince uluslararası sözleş-

[61] Kaya Göçmen, “İnsan Hakları Işığında,” 1781.

[62] *Darvas v. Macaristan* kararında AİHM, başvuru korumasının gizli anlaşma yapacağı ve yeniden suç işleyeceği tehlikesiyle tutuklu yargılanmasına karar verilen olayda; özellikle soruşturmanın sona ermesine ve iddianame düzenlenmesine rağmen gizli anlaşma tehlikesinin ilgisini neredeyse kaybettiği aşamada tedbire devam edilmesinin daha da çarpıcı olduğuna ve tutuklu yargılanmaktan ziyade, ev hapsinin uygulanmasına yönelik talebin mahkemece büyük ölçüde cevapsız bırakıldığına dikkat çekmiştir. AİHM, *Darvas/Macaristan* [BD], B. No: 19547/07, 11/01/2011, § 6, 22, 27.

[63] AİHM, *Buzadji/Moldova Cumhuriyeti* [BD], B. No: 23755/07, 05/07/2016, § 13 vd.

[64] Kaya Göçmen, “İnsan Hakları Işığında,” 1781, 1782.

melerin ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanması bağlamında mahkeme hükümlerinin iç hukuk açısından bağlayıcılığı bulunmakla birlikte AİHS m. 53^[65] hükmü de göz önünde bulundurulduğunda iç hukuk düzenlemelerinin, sözleşme hükümlerine göre daha lehte olması halinde sözleşme hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Tutuklama sebepleri konusunda daha sınırlı sayıda nedene yer veren CMK hükümlerinin yanı sıra AİHM içtihatları tarafından yapılan yorumla daha kapsamlı tutuklama nedenlerine yer veren AİHS hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkün olmayacaktır. CMK'de yer alan tutuklama nedenlerinden kaçma şüphesinin AİHS'te doğrudan yer aldığı ve AİHM tarafından yapılan değerlendirmelerde ise delilleri karartma şüphesine yer verilmiş olduğu göz önünde bulundurulduğunda tutuklama nedenlerinin AİHS'e ve AİHM uygulamasına aykırı olduğunun söylenmesi mümkün değildir. CMK hükümleri AİHS ve AİHM uygulamasına aykırılık teşkil etmemesine rağmen; uygulamada ev hapsinin uygulanma ve devam etme gerekçesi olarak suçun ağırlığı ve ciddiyeti dışında başka somut olgulara dayanan gerekçelerin ileri sürülmemesi, basmakalıp ve soyut gerekçelere dayanılması AİHM tarafından AİHS m. 5/3'e aykırı olarak nitelendirilebilecektir.^[66]

[65] “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.”

[66] AİHM, Buzadji/Moldova Cumhuriyeti [BD], B. No: 23755/07, 05/07/2016, §121-123. AİHM, ilgili kararda ev hapsinin koşulları konusunda şu yönde bir değerlendirmede de bulunmuştur: Dava konusu olayda hükümet, ev hapsinin tutuklama tedbirine göre daha hafif bir tedbiri oluşturması karşısında daha hafif koşulların aranmasının yeterli olduğunu belirtmiştir. AİHM de kişinin konut sınırları içerisinde bulunması nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarına göre “daha az kısıtlamaya, elem veya sıkıntıya” maruz kaldığını kabul etmektedir. Ancak Mahkeme, AİHS m. 5/3'ün tutuklama şartlarını düzenlemediğini, özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğinin kabul edilebilmesi açısından geçerli müdahalenin derecesi ve yoğunluğu şartlarına işaret edildiğini vurgulamıştır. Bu açıdan tutuklama ve ev hapsi tedbirlerinin AİHS m. 5/3 kapsamında ihlal oluşturup oluşturmadığının tespit edilmesinde ve şartlarının değerlendirilmesinde; özgürlükten mahrum edilen alanın “rahatlık veya iç yönetim farklılıkları” değil, “yalnızca dolaşım özgürlüğündeki kısıtlamanın derecesi” göz önünde bulundurulmalıdır. Bu gerekçelerle Mahkeme, başvuranın tutulduğu yerin konutu ya da ceza infaz kurumu veya başka bir yer olduğuna bakmaksızın “özgürlükten yoksun kılma sonucunu doğuran bütün tedbirlerde aynı ölçütlerin

Aynı zamanda kanun koyucu tarafından açıkça belirtildiği üzere sayılan bu tutuklama şartlarının varlığı halinde somut olayda tutuklama yasağı bulunsa dahi adli kontrol koruma tedbirinin uygulanması mümkün olabilecektir (CMK m. 109/2). Hukukumuzda yalnızca adli para cezasını gerektiren suçlar, vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenmiş suçlar hariç olmak üzere üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezasını gerektirmeyen suçlar (CMK m. 100/4) ve Çocuk Koruma Kanunu'nda düzenlenen ve on beş yaşını doldurmamış çocukların üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçları (ÇKK m. 21) açısından tutuklama yasağı getirilmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca her ne kadar tutuklama yasağı söz konusu olsa da CMK m. 109/2 gereği bu suçlar için de adli kontrol kararı verilebileceği açıktır. Yine CMK'de tutuklama tedbiri açısından kanunda öngörülen azami sürelerin dolması nedeniyle salıverilen şüpheli veya sanık açısından da adli kontrol tedbirinin uygulama alanı bulması mümkündür (CMK m. 109/7). Ancak burada tekrar vurgulamak gerekir ki her iki durumda da yukarıda belirtilen ve tutuklama tedbirinin uygulanması için gerekli olan şartların varlığı aranmaya devam edecektir.^[67]

C) KONUTUNU TERK ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE HÜKMEDİLMESİNİN İKİNCİLLİĞİ

Koruma tedbirlerinin ortak özellikleri arasında orantılılık (ölçülülük) ilkesi yer almaktadır ve adli kontrol tedbirinin de koruma tedbiri olduğu göz önünde bulundurulduğunda tedbire hükmedilmesinde ölçülülük ilkesinin de dikkate alınması gerekmektedir. Yine CMK m. 109/1'de şüphelinin tutuklanması yerine tutuklama sebeplerinin varlığı halinde adli kontrol tedbiri uygulanmasına karar verilebileceği düzenlemesinin yer alması nedeniyle adli kontrol tedbirinin uygulanabilmesi için tutuklama koruma tedbiri için öngörülen koşullar gerçekleşmiş olmalı ve tutuklamanın orantısız olacağı anlaşılmalı; adli kontrol tedbirinin uygulanması da orantılı olmalıdır.^[68]

uygulanması" gerektiğini vurgulamıştır. AİHM, Buzadji/Moldova Cumhuriyeti [BD], B. No: 23755/07, 05/07/2016, § 111-113.

[67] Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, 315, 316; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 491, 492; Sırma Gezer ve Saygılar Kırıt, "Adli Kontrol," 712, 713; Kaya Göçmen, "İnsan Hakları Işığında," 1787; Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 436-437.

[68] Kaya Göçmen, "İnsan Hakları Işığında," 1773.

Orantılılık ilkesi kapsamında; koruma tedbirinin uygulanmasıyla elde edilmek istenen amaçla başvuru yöntem arasında denge olması, elde edilecek yararlar temel hak ve özgürlüğe yapılan müdahale sonucunda ortaya çıkan zarar arasında orantı bulunması, koruma tedbirinin amaca ulaşmaya elverişli olması ve uygulanan temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbirin uygulanmasında zorunluluk bulunması gerekmektedir.^[69] Orantılılık ilkesi göz önünde bulundurulduğunda koruma tedbiriyle elde edilmek istenen amaç dikkate alınarak bu amacın gerçekleşmesini sağlayacak en yararlı yükümlülüğün belirleneceği sonucuna varılması gerekecektir.^[70] ve temel hak ve özgürlüklere daha hafif bir müdahale oluşturan bir tedbirin uygulanması ihtimali varken daha ağır bir tedbirin uygulanması orantılılık ilkesine aykırılık teşkil edecektir.^[71] Orantılılık ilkesi bu kapsamda tutuklama tedbiri yerine alternatif olarak amaca ulaşılmasında yeterli olacaksa öncelikle adli kontrol tedbirinin tercih edilmesini gerektireceği gibi adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanması mümkün olan yükümlülüklerin belirlenmesinde de orantılılık ilkesi dikkate alınarak^[72] temel hak ve özgürlüklere daha az sınırlama getiren, suçun ağırlığıyla orantılı bir yükümlülük tercih edilecektir.^[73] Ancak bu durumda da adli kontrol tedbirinin uygulanması da somut olayda orantısız olmamalıdır.

Yapılan bu açıklamalardan hareketle kişinin kaçması veya delilleri karartması riskinin bulunması durumunda; öncelikle konutu terk etmemek dışında kalan adli kontrol tedbiri kapsamındaki diğer yükümlülükler göz önünde bulundurulmalıdır. Bu yükümlülüğün yetersiz kalacağına anlaşılması durumunda konutu terk etmeme yükümlülüğü değerlendirilmeli; bu tedbirle de amaca ulaşamayacak olması durumunda son çare olarak tutuklama tedbirine başvurulmalıdır.^[74] Nitekim Fransız Ceza Usul Kanunu'nda bu

[69] Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, 275-276.

[70] Soyer Güleç, “Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar,” 39, 40. Benzer yönde bkz. Kaya Göçmen, “İnsan Hakları Işığında,” 1773, 1774.

[71] Kaya Göçmen, “İnsan Hakları Işığında,” 1776.

[72] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 295, 299.

[73] Kaya Göçmen, “İnsan Hakları Işığında,” 1775-1776.

[74] Durmuş Tezcan, “Kişi Özgürlüğünü Korumak İçin Adli Kontrol Seçeneklerinin Tutuklama Koruma Tedbirinin Önüne Geçmesi Zorunluluğu,” *Fasikül Hukuk*

durum açıkça düzenlenmiştir. Şöyle ki ilgili ülke Kanunu'nun 137. maddesine göre, soruşturma evresinde meydana gelen ihtiyaçlardan dolayı koruma tedbirlerinin uygulanması gerektiğinde; öncelikle adli kontrol tedbiri kapsamında yer alan yükümlülüklerden birinin veya birkaçının uygulanacağı, bu tedbirin yeterli olmayacağına anlaşılması halinde elektronik izleme sistemi uygulanarak konutunda ikamet etmeye zorlanacağı; ancak bu tedbirin de yetersiz olduğunun anlaşılması halinde tutuklama tedbirine karar verilebileceği belirtilmiştir.^[75] Her ne kadar tutuklama tedbirine nazaran kişi hürriyeti üzerinde derece ve yoğunluk açısından daha az müdahaleci bir tedbir oluştursa da adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanan ev hapsi yükümlülüğü, sınırları belirlenmiş bir alandan dışarı çıkmasını engellemek suretiyle kişinin şahsi özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Bu nedenle somut olayda kişinin kaçmasını, saklanmasını veya delilleri karartmasını önleyebilecek daha az müdahale edici adli kontrol tedbiri kapsamında yer alan yükümlülüğün uygulanabilmesi mümkünse öncelikle bu yükümlülük değerlendirilmelidir.^[76]

Özellikle kanunda tutuklama yasağının öngörüldüğü durumlar açısından; tutuklama ve adli kontrol tedbirlerinin amacı ve adli kontrol tedbirlerinin kural olarak tutuklamaya alternatif olarak uygulanabileceği göz önünde bulundurulduğunda kişi hürriyetini kısıtlama sonucunu doğuracak ev hapsi yükümlülüğünün mümkün olduğunca uygulanmaması gerekmektedir. Zira tutuklama yasakları niteliği gereği daha hafif ceza ile cezalandırılmasını gerektiren suçlarda, kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması sonucunu doğuran tutuklamanın beklenen amaç karşısında orantısız olduğu kabul edilerek öngörülmüştür.^[77] Öyleyse adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanan yükümlülükler arasında yer alan ev hapsinin de kişi özgürlüğü ve serbest

Dergisi 4, no. 32 (Temmuz, 2012): 12. Benzer yönde bkz. Hakan A. Yavuz, *Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 178.

[75] Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 99; Korkmaz, "Adli Kontrol," 524-525; Sırma Gezer ve Saygılar Kırıt, "Adli Kontrol," 708. Fransız hukukunda adli kontrole ilişkin ayrıntılı açıklamalar konusunda ayrıca bkz. Korkmaz, "Adli Kontrol," 524 vd.

[76] Kaya Göçmen, "İnsan Hakları Işığında," 1776; Yıldız, "Adli Kontrol ve Şartları," 141.

[77] Kaya Göçmen, "İnsan Hakları Işığında," 1787, 1788.

dolaşım özgürlüğü üzerinde doğurduğu kısıtlamalar açısından tutuklamaya en yakın ve ağır sonuçlar içeren bir tedbir olmasından bahisle, tutuklamanın yasak olduğu durumlarda uygulanmaması tercih edilmelidir.

D) TEDBİRE KARAR VERMEYE YETKİLİ MERCİLER VE KARARA İTİRAZ USULÜ

Konutunu terk etmeme, adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanan bir yükümlülüğü oluşturduğu için yetkili merciin belirlenmesinde adli kontrol kararını vermeye yetkili mercilerden hareketle bir çözüme varılması gerekecektir. Hukukumuzda soruşturma evresinde adli kontrol kararının verilmesi C. savcısının istemi ve sulh ceza hâkiminin kararına bağlı kılınmıştır (CMK m. 110/1). Öyleyse CMK m. 110/1 gereğince soruşturma evresinde şüpheli hakkında ev hapsi şeklindeki adli kontrol tedbirinin uygulama alanı bulabilmesi için C. savcısı tarafından talepte bulunulması ve sulh ceza hâkimi tarafından karar verilmesi gerekmektedir. Soruşturma evresinde herhangi bir talep olmaksızın sulh ceza hâkiminin kendiliğinden karar vermesi ise Kanun'un açık lafzı gereğince mümkün değildir.^[78] Yine C. savcısının talebi tutuklama yönünde ise sulh ceza hâkimi tarafından yalnızca tutuklama koruma tedbiri değerlendirilir. Yani savcının tutuklama talebine rağmen sulh ceza hâkiminin adli kontrol tedbiri bakımından olayı değerlendirmesi mümkün olmayacaktır. Doktrinde temel hak ve hürriyetler üzerinde daha

[78] Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, 318, 319; Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 106; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 837; Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 777; Özgüven, “Adli Kontrol,” 28; Bahri Öztürk, “Adli Kontrol,” *Fasikül Hukuk Dergisi* 3, no. 15 (Şubat, 2011): 7; Sırma Gezer ve Saygılar Kırıt, “Adli Kontrol,” 713; Bahadırhan Tabak, “Tutuklamaya Alternatif Bir Koruma Tedbiri ‘Adli Kontrol,’ ” *İstanbul Barosu Dergisi* 89, no. 2 (2015): 494; Yıldız, “Adli Kontrol ve Şartları,” 141; Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 437.

CMK m. 163'e göre suçüstü hâli ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, C. savcısına erişilememesi veya olay genişliği itibarıyla C. savcısının iş gücünü aşması koşuluyla sulh ceza hâkiminin savcının gerçekleştirdiği bütün soruşturma işlemlerini yapabilmesi nedeniyle talep olma şartı aranmaksızın adli kontrol kararı verebilmesi mümkündür. Soyer Güleç, “Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar,” 63; Öztürk, “Adli Kontrol,” 7; Sırma Gezer ve Saygılar Kırıt, “Adli Kontrol,” 713; Tabak, “Adli Kontrol,” 494; Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 437; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2019), 440; Yıldız, “Adli Kontrol ve Şartları,” 141.

az sınırlandırıcı etki göstermesi nedeniyle şüpheli veya sanığın lehine olan adli kontrol tedbirine hâkim tarafından hükmedilmesine engel bir durumun bulunmadığı^[79] veya çoğun içinde az da vardır kuralı gereğince C. savcısının tutuklama talebinin adli kontrol tedbirini de kapsadığı, kaçma veya delilleri karartma riskinin adli kontrol tedbiriyile ortadan kalkabileceğinin öngörülmesi halinde adli kontrol kararı verilebileceği^[80] görüşü de ileri sürülmesine rağmen kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira CMK m. 110/1’de adli kontrol tedbirine karar verilebilmesi için C. savcısının açıkça istemde bulunması gerektiği ifade edilmiştir ve tutuklama talebinde bulunulmasıyla birlikte adli kontrol tedbiri yönünden C. savcısı tarafından bir istemde bulunulmadığı sonucuna varılması gerekecektir.^[81] Her ne kadar her iki tedbir birbirine alternatif olarak öngörülmüş ise de CMK’de birbirinden farklı koruma tedbirleri olarak nitelendirilmiştir ve çoğun içinde az da vardır kuralından yola çıkılarak talep edilmeyen bir tedbirin uygulanması sonucuna varılmamalıdır. Bu durumda ya talep kabul edilerek şüphelinin tutuklanmasına karar verilmeli ya da talep reddedilerek şüpheli tutuklanmamalıdır. Ancak adli kontrol kararı verilmesi mümkün değildir.^[82] Bu noktada savcının adli kontrol talebine ilişkin olarak ifade edilmelidir ki C. savcısı tarafından şüpheli hakkında doğrudan adli kontrol kararı verilmesi istenebileceği gibi tutuklu olan şüphelinin adli kontrol altına alınarak salıverilmesinin sulh ceza hâkiminden istenebilmesi de adli kontrol talebi çerçevesinde mümkündür.^[83]

[79] Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 106.

[80] Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 440. CMK m. 109/1 gereğince “şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına” hükmedilebileceğinin ifade edilmiş olması ve m. 111/2 gereğince “adli kontrole ilişkin kararlara itiraz edilebileceğinin” belirtilmiş olması nedeniyle hakimin, C. savcısının talebiyle bağlı olmayacağı ve adli kontrol kararı verebileceği görüşü için bkz. Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 438. Adli kontrole hükmedilmesinin mümkün olduğu konusunda ayrıca bkz. Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 353; Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 777; Soyer Güleç, “Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar,” 63; Öztürk, “Adli Kontrol,” 7; Tabak, “Adli Kontrol,” 494; Özgüven, “Adli Kontrol,” 28.

[81] Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, 319.

[82] Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, 319; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 837; Yıldız, “Adli Kontrol ve Şartları,” 142.

[83] Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 440.

Hukukumuzda adli kontrol talebinde bulunma yetkisi sadece C. savcısına tanınmış bir yetki değildir. C. savcısının yanı sıra hakkında tutuklama kararı verilmesi veya tutukluluk haline devam edilmesi istenen şüpheli veya müdafisi de adli kontrol kararı verilmesini talep edebilir.^[84] Yine C. savcısı tarafından talep edilen adli kontrol tedbiri açısından savcının belirlediği yükümlülük türünün kararı verecek olan sulh ceza hâkimi bakımından bağlayıcılığı da burada tartışmalıdır. C. savcısı tarafından adli kontrol tedbiri kapsamında Kanun'da öngörülen yükümlülüklerden birinin veya birkaçının talep edilmesi durumunda doktrinde aksi yönde görüş ileri sürülmesine rağmen^[85] kanaatimizce sulh ceza hâkimi açısından durumun bağlayıcılığı yoktur. Yani C. savcısı tarafından istenilen yükümlülük dışında somut olayın ve suç tipinin özelliğine göre sulh ceza hâkimi tarafından başka bir yükümlülüğe/yükümlülükler de karar verilmesi mümkündür. Ancak uygulamada C. savcılar tarafından zaten "...şüphelinin CMK m. 109/3. fıkrasında yer alan bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasına karar verilmesi..." şeklinde adli kontrol tedbiri kapsamındaki belli bir yükümlülük tercih edilmemekte, genel ibareler kullanılmak suretiyle somut olayda hangi yükümlülüğün uygulanması gerektiğine doğrudan sulh ceza hâkiminin karar vermesi sağlanmaktadır.^[86] Özetle ifade edilmelidir ki ev hapsi de adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanan bir yükümlülük olduğu için somut olay kapsamında uygulanması gereken yükümlülük türünü/yükümlülük türlerinden birini oluşturup oluşturmadığına sulh ceza hâkimi tarafından karar verilmiş olacaktır.

Kovuşturma evresinde ise adli kontrol kararını davanın görülmekte olduğu mahkeme vermektedir.^[87] Bu noktada mahkeme re'sen veya C. savcısının,

[84] Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 353; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 440.

[85] Soruşturma evresinde yetkili makamın savcılık olması nedeniyle sulh ceza hâkiminin adli kontrol yükümlülüğünün kapsamı konusunda da taleple bağlı olması gerektiği konusunda bkz. Yıldız, "Adli Kontrol ve Şartları," 142.

[86] Yıldız, "Adli Kontrol ve Şartları," 142.

[87] CMK m. 110/3 hükmüne göre, "109 uncu madde ile bu madde hükümleri, gerekli görüldüğünde, görevli ve yetkili diğer yargı mercileri tarafından da, kovuşturma evresinin her aşamasında uygulanır."

sanığın ya da müdafinin isteği üzerine karar verebilir.^[88] Mahkeme doğrudan sanık hakkında adli kontrol tedbiri verilmesine karar verebileceği gibi tutuklanmış olan sanığın adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmasına da karar verebilir.^[89] Ayrıca kovuşturma evresinin iddianamenin kabul edilmesinden hükmün kesinleşmesine kadar olan aşamayı ifade etmesi nedeniyle niteliği gereği hükmün kesinleşmesinden önce başvuru olan olağan kanun yolları olarak istinaf ve temyiz aşamalarında bu başvuruları inceleyen Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay tarafından da adli kontrol kararı verebilecektir.^[90] Öyleyse ev hapsi de adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanan bir yükümlülük olduğu için somut olay kapsamında kovuşturma evresinde söz konusu yükümlülüğün uygulanmasına karar verecek merci mahkeme olacaktır.

Bunun dışında konutunu terk etmeme yükümlülüğüne karar verilmesi halinde bu kararın denetlenmesi usulü de burada incelenmelidir. CMK'nin 267. maddesinde hâkim tarafından verilen kararlarla kanunun gösterdiği istisnai hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda soruşturma evresinde adli kontrol tedbiri kararını sulh ceza hâkimi vereceğinden bir hâkim kararı olarak tezahür eden konutunu terk etmeme yükümlülüğünü içeren adli kontrol kararına karşı itiraz edilebileceği açıktır. Kovuşturma evresinde ise yukarıda ifade edildiği üzere adli kontrol tedbiri ve bu anlamda konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanması kararını mahkeme vermektedir. Bununla birlikte CMK m. 111/2'de hâkim veya mahkeme tarafından verilen adli kontrol kararları arasında ayırım

[88] Soyer Güleç, "Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar," 63; Soyaslan, "Adli Kontrol," 1116.

[89] Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 106-107; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 492-493; Soyer Güleç, "Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar," 63; Öztürk, "Adli Kontrol," 7; Sırma Gezer ve Saygılar Kırıt, "Adli Kontrol," 714; Yıldız, "Adli Kontrol ve Şartları," 145.

[90] Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, 317; Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 107; Tekin, "Adli Kontrol Tedbirleri," 291; Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 439. Temyiz aşamasında Yargıtay tarafından adli kontrol kararı verilmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. Öztürk, "Adli Kontrol," 7; Sırma Gezer ve Saygılar Kırıt, "Adli Kontrol," 714. Henüz mahkeme tarafından verilen hükmün infaz edilmesine başlanmaması nedeniyle sanığın kaçması ihtimalinin bulunduğu gözetilerek adli kontrol kararı verilebileceği yönünde bkz. Tabak, "Adli Kontrol," 497.

yapmaksızın bu kararların itiraza tabi olduğu belirtildiği için mahkemenin adli kontrol, dolayısıyla ev hapsi kararına da itiraz edilebilecektir.^[91]

İtirazın içeriği ise çeşitli şekillerde olabilmektedir. Adli kontrol kararı verilmesi talep edilmiş olmasına rağmen bu talebin reddedilmiş olması ve adli kontrole hükmedilmemesi halinde^[92] verilen karara itiraz edilebilecektir. Yine şüpheli veya sanık tarafından hiçbir yükümlülük olmaksızın veya isteği dışında bir yükümlülüğe tabi olacak şekilde adli kontrol tedbirine karar verilmesi halinde de adli kontrol kararına itiraz edilebilmesi mümkündür.

İtiraza tabi olan ev hapsi kararına karşı itiraz kanun yoluna başvuru hakkına sahip olan kişilerin kimler olduğu da burada ayrıca incelenmelidir. Bu incelemede de yine ev hapsinin adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanan bir yükümlülük olduğundan hareket edilecektir. Adli kontrol kararına itiraza yetkili kişilerle ilgili CMK'de özel bir düzenleme bulunmamaktadır.^[93] Kararın uygulanmasını isteme yetkisini C. savcısı, şüpheli veya sanık haiz olmasına rağmen karara itiraz hakkının sadece bu kişilere verilmesi adaletsiz sonuçlar doğurabilir. Nitekim adli kontrol kararının kaldırılması nedeniyle suçun mağdurunun veya suçtan zarar görenin de menfaatlerinin ihlal edilmesi ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce kanun yoluna başvurma hakkına sahip olan kişilerin kim olduğunun gösterildiği CMK m. 260/1 hükmünün burada da uygulanması gerekmektedir.^[94] Zira soruşturma veya

[91] Benzer yönde bkz. Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 839; Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 234, 235; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 741.

[92] Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 493-494, 495; Soyer Güleç, "Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar," 68; Öztürk, "Adli Kontrol," 8; Sırma Gezer ve Saygılar Kırıt, "Adli Kontrol," 714-715.

[93] Şüpheli, sanık veya C. savcısının adli kontrol kararına itiraz etme yetkisinin bulunduğu konusunda bkz. Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 354.

[94] CMK m. 260/1 şu şekildedir: "Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır."

Suçtan zarar görenin de adli kontrol kararına itiraz etme hakkının bulunduğu konusunda bkz. Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 495. Adli kontrol talebinin reddi kararına karşı suçtan zarar görenin de itiraz etme hakkının bulunduğu yönünde

kovuşturma evresinde mağdur veya şikâyetçinin haklarının düzenlenmiş olduğu CMK m. 234'te itiraz kanun yoluna başvurma hakkına ilişkin herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Adli kontrol tedbirinin kaldırılması kararına karşı suçtan zarar görenin de CMK m. 260/1 kapsamında katılan sıfatını almış olması veya katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette zarar görmüş olması koşuluyla itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Ancak mağdur, suçtan zarar gören veya malen sorumlunun katılan sıfatını alması CMK m. 237/1 gereğince ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinde söz konusu olmaktadır. Bu nedenle CMK m. 260 hükmünün soruşturma evresinde adli kontrol tedbirleriyle ilişkili kararlarda itiraz usulüyle bağlantılı olarak uygulanıp uygulanamayacağı sorun arz edecektir. Bu kapsamda soruşturma evresinde mağdur veya suçtan zarar görenin CMK m. 260'da yer alan "katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar" kavramı kapsamına dahil edilmesinin mümkün olup olmayacağı değerlendirilmelidir.^[95] Doktrinde "katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar" ifadesinden "suçtan zarar görmelerine rağmen ilk derece mahkemesinde görülmekte olan davadan haberdar olmadığı için katılamamış olan" kişilerin anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.^[96] Söz konusu tanım göz önünde bulundurulduğunda mağdur

bkz. Özgüven, "Adli Kontrol," 33; Tabak, "Adli Kontrol," 499. Mağdur, suçtan zarar gören, katılan ya da bu kişilerin kanuni temsilcilerinin de adli kontrol tedbirinin kaldırılması kararına karşı itiraz edebileceği yönünde bkz. Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 779.

Suçtan zarar görenin veya C. savcısının, adli kontrol tedbirinin ya da tedbir kapsamında yer alan yükümlülük/yükümlülüklerin kaldırılması konusundaki mahkeme kararlarına karşı itiraz edebilme hakkının bulunmadığı da ifade edilmiştir. Bu görüşe göre CMK m. 104/2'de tutuklama haline yönelik olarak yalnızca mahkemece verilen salıverilme talebinin reddedilmesi kararlarına karşı itiraz edilmesinden söz edildiğine göre tutuklama kararının kaldırılmasına yönelik karara karşı C. savcısının ya da suçtan zarar görenin itiraz etme hakkı bulunmamalıdır. Benzer gerekçe adli kontrol tedbiri açısından da geçerli olmalıdır. Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 228, 235. Kanuna bu doğrultuda açık bir hüküm getirilmesi gerektiği konusunda bkz. Tekin, "Adli Kontrol Tedbirleri," 306.

[95] Süleyman Emre Özdemir, *Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 113-114.

[96] Mahmut Koca, "Temyiz Yolunda Davaya Katılma," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 18 (2014): 25.

veya suçtan zarar gören kişinin ya da malen sorumlu kişinin soruşturma evresinde adli kontrol tedbirinin kaldırılması kararına karşı itiraz etme hakkının tanınmadığı sonucuna varılmalı; ancak bu yöndeki karara itiraz etme düşüncesine sahipse C. savcısına başvurarak itiraz kanun yoluna gidilmesini talep etmelidir.^[97]

Adli kontrol ve bu bağlamda ev hapsi kararına itirazın usulü ise hukukumuzda şu şekilde düzenlenmiştir: CMK m. 268 gereğince adli kontrol kararının verilmesi ya da adli kontrol talebinin reddedilmesi kararının öğrenilmesinden itibaren yedi gün içerisinde itiraz etme hakkı bulunan kişilerin kararı veren sulh ceza hâkimliğine veya mahkemeye itiraz etmeleri gerekmektedir. Kararı veren hâkim ya da mahkeme itirazın yerinde olduğunu görürse kararını düzelterek. Ancak kararının doğru olduğunu düşünüyorsa üç gün içerisinde dosyayı itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderecektir (itirazı incelemeye yetkili merciin kim olduğu CMK m. 268/3 kapsamında belirlenecektir) ve yetkili merci tarafından itiraz sonuca bağlanacaktır.

IV. KONUT KAVRAMI, KONUTUN BULUNMAMASI İHTİMALİ VE KONUTTA DEĞİŞİKLİK

A) KONUT KAVRAMI

DSHY m. 74/2'de hapis cezasının özel infaz şekillerinden birini oluşturan konutta infaz kararının yerine getirilmesi bağlamında konut kavramının tanımına yer verilmiştir. Bu maddeye göre konut; “hükümlünün ailesiyle birlikte veya tek başına yaşamını devam ettirdiği, kendisine ait veya kiracı olarak oturduğu ve bu kararın yerine getirilmesinde infaz hakimliğine bildirdiği veya infaz hakimliği kararında belirtilen yeri ve eklentilerini” ifade etmektedir. Konutunu terk etmeme yükümlülüğü açısından da söz konusu düzenlemenin göz önünde bulundurulması mümkündür. Bu kapsamda adli kontrol tedbirinin uygulanacağı konut şüpheli veya sanık tarafından C. savcılığına veya mahkemeye bildirilen ve adli kontrol tedbirine hükmederken sulh ceza hâkimi veya mahkeme kararında açıkça gösterilen adres esas alınarak belirlenecektir.^[98] Bununla birlikte konutta infazın ya da konutunu terk etmeme şeklindeki adli kontrol tedbiri kapsamındaki yükümlülüğün

[97] Özdemir, İtiraz Kanun Yolu, 115.

[98] Aldemir, *Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri*, 301.

icrası bakımından mahkemeye beyan edilen yerlerin konut özelliğine sahip olması gerekir.

Bir yerin konut olarak nitelendirilmesi için kişinin sürekli olarak bir yerde kalma niyetine sahip olması ve sürekli veya devamlı surette o yerde kalması ya da oturması şart değildir.^[99] Bu anlamda konut kavramı, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 19/1’de tanımlanan ve kişinin hayati faaliyetleriyle kişisel, mesleki ve ailevi ilişkileri açısından merkez konumunda bulunan,^[100] *sürekli kalma niyetini* bünyesinde barındıran yerleşim yerinden/ikametgâhtan^[101] ayrılmaktadır; daha doğrusu konutun mutlaka yerleşim yeri olması zorunlu değildir. Konut, “sürekli kalmak kast ve niyeti olmaksızın yaşanılan veya kalınan yer”^[102] olup Medeni Kanun anlamında yerleşim yerini de kapsayan üst bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Geçici de olsa bir kimsenin bireysel ya da ailevi yaşamına dair faaliyetlerinden bir ya da birkaçını sürdürmek üzere oturduğu yer de konut kavramı içerisinde yer almaktadır.^[103] Bu anlamda bir yerin konut sayılabilmesi için kişinin günün büyük bir çoğunluğunu ya da istirahat etmek için geceleri o mekânda geçirmesine

[99] Serap Keskin Kızıroğlu, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), 46, 47; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku C. 1*, 8. baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2011), 447.

[100] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 16. Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 138. Benzer yönde bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku*, 440-441, 444; Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 8. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), 309.

[101] İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2019), 269, 271; Oğuzman, Seliçi ve Oktay, *Kişiler Hukuku*, s. 139.

[102] Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku*, 447.

[103] Mehmet Emin Artuk ve Esra Alan Akcan, “Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu (TCK m. 116),” *Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. özel sayı (2019): 2715, 2716; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 13. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016), 513, 514.

de gerek bulunmamaktadır;^[104] misafir ağırlamak, yemek yemek, istirahat etmek gibi ihtiyaçların karşılandığı yer de konut kavramına dâhildir.^[105] Bu nedenle konutu kişinin “fiilen oturduğu yer” şeklinde de tanımlamak mümkündür.^[106] Aynı zamanda bu yerin konut olarak kabul edilebilmesi için dışarıdan bakıldığında üçüncü kişiler tarafından o yerin konut olarak kullanıma tahsis edildiğinin ve kullanıldığının anlaşılması^[107] ve dış dünyadan rıza olmaksızın girilmesine izin verilmediğinin belli sınırlarla ayrıldığını gösterecek işaretlerin de var olması gerekmektedir.^[108] Ancak bireysel veya ailevi yaşamına dair faaliyetlerin yürütülmesi bağlamında konut olarak tahsis edilmekle gerekli ihtiyaçların sağlanmasını temin etmek koşuluyla konutun muhakkak etrafı duvarlarla çevrili, sağlam, toprağa bağlı, taşınmaz olması ya da ev, apartman dairesi, bina niteliğine sahip olması gerekmektedir.^[109] Konutunu terk etmeme yükümlülüğünün takip edilmesini ve özellikle elektronik izleme yöntemlerinin uygulanması halinde elektronik cihaz ve ünitelerin kurulmasını sağlayacak gerekli koşulları bünyesinde barındırması halinde çadır, prefabrik ev, konteynır, karavan gibi yerlerin^[110] de bu tedbir kapsamında konut kavramının içerisinde değerlendirilmesine engel oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

[104] Artuk ve Alan Akcan, “Konut Dokunulmazlığı İhlal,” 2716.

[105] Keskin Kızıroğlu, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu*, 47.

[106] Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 311; Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku*, 445; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 143.

[107] Keskin Kızıroğlu, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu*, 53; Ali Rıza Çınar, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1999), 60.

[108] Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 513. Konutun “dış dünyadan tecrit edilmeyi sağlayan bir yapı” olması gerektiği konusunda ayrıca bkz. Erdoğan ve Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, 269.

[109] Çınar, *Konut Dokunulmazlığını İhlal*, 63; Keskin Kızıroğlu, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu*, 47, 48.

[110] Söz konusu yerler konut dokunulmazlığının ihlali suçu açısından da konut kavramı kapsamında görülmektedir. Keskin Kızıroğlu, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu*, 46, 48.

Konut kavramının kapsamına eklentiler de dâhildir. Eklenti, “rızaaya aykırı olarak girildiğinde veya kalındığında konuttaki huzur ve sükûn ile güvenlik duygusunu zedeleyebilecek yerler, konut ile arasında fiziksel bağlantı bulunsun ya da bulunmasın; konuta uzak veya yakın etrafı çevrili olsun ya da olmasın ayrıca eklenti özelliği de dıştan belirlenebilir kılınan yerler” şeklinde tanımlanabilir.^[111] Bir yerin eklenti olarak kabul edilebilmesi veya edilmemesi için eklenen unsurun, konutun bitişiğinde ya da yakınında bulunması tek başına yeterli bir kriter sunmadığı gibi; eklentinin konutla bağlantısının bulunmasına da ihtiyaç yoktur.^[112] Ancak bir yerin konutun eklentisi sayılabilmesi için eklentinin, konutun kullanımına özgülenmiş olduğunu^[113] ve dışarıdan gelecek kişilerin girmesine rıza gösterilmediği iradesini belli edecek^[114] bazı maddi işaretlemelerde bulunulması gerekmektedir. Bunun her zaman için etrafının çit, kapı, parmaklık ya da yüksek bir duvarla çevrenmesi şeklinde aşılması, geçilmesi zor ya da sabit, sağlam engellerle gerçekleşmesine ise gerek bulunmamaktadır.^[115] Evin balkonu, avlusu, duvarla ya da çitle çevrenmiş bahçesi,^[116] garajı, kömürlüğü, merdiven sahanlığı,^[117] apartman boşluğu vb. eklenti sayılmaktadır ve yükümlünün bu alanlara çıkması konutun terk edilmesi anlamına gelmeyecektir.^[118] Ancak

[111] Keskin Kızıroğlu, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu*, 56.

[112] Güneş Okuyucu Ergün, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu* (Ankara: Çakmak Yayınevi, 2010), 58, 60; Keskin Kızıroğlu, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu*, 55; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 442.

[113] Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 517; Okuyucu Ergün, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu*, 56.

[114] Keskin Kızıroğlu, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu*, 55; Çınar, *Konut Dokunulmazlığını İhlal*, 74-75.

[115] Çınar, *Konut Dokunulmazlığını İhlal*, 74-75; Okuyucu Ergün, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu*, 56.

[116] Yıldırım, “Özel İnfaz Usulleri,” 170.

[117] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler*, 442.

[118] “Konut, bir kimsenin geçici de olsa oturmak için sığındığı ve kullandığı bir yer olarak tanımlanabilir... Kişinin ihtiyaçlarından bir veya bir kısmının yerine getirildiği yani yaşamsal faaliyetlerini geçirdikleri yer konuttur. Konutun bir bina olması şart

yükümlünün oturduğu yerin bir çiftlik olması ve sınırlarının çok geniş ve etrafının çevrili olmaması gibi durumlarda denetimli serbestlik müdürlüğü görevlileri tarafından terk edilmemesi gereken konut sınırlarının ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir.^[119] Bununla birlikte sınırları belirli bir alanı terk edememek her zaman ev hapsi olarak değerlendirilemez.

B) KONUTUN BULUNMAMASI İHTİMALİ

Adli kontrol tedbiri kapsamında ev hapsi (konutunu terk etmemek) yükümlülüğünün uygulanmasında gözetim ve denetimin konutta gerçekleştirilmesi söz konusudur. Öyleyse burada şüpheli veya sanık hakkındaki adli kontrol tedbirinin infazının *konutta* gerçekleştirilmesi öngörüldüğünden bahisle konutu bulunmayan bir kişi hakkında da *konutu terk etmemek* şeklindeki yükümlülüğün uygulama alanı bulup bulmayacağı hususu tartışılması gereken bir diğer konuyu oluşturmaktadır. ABD’de bu belirsizliği engellemek adına hapis cezasının konutta infaz edilmesi kurumu bağlamında konutun bulunmadığı bu gibi durumlarda “kamuya ait bir yerde zorunlu kalma” şeklinde konutta infaza alternatif bir infaz usulünün uygulanması öngörülmüştür. Bu noktada ABD hukukuna göre hükümlünün konutunun bulunmaması, konutunda telefon hattının yokluğu, konutunun bulunduğu çevrede cezanın infaz edilmesinin hükümlünün tekrar suç işleme olasılığını artırabilecek olması gibi nedenler bu infaz usulünün uygulanmasına yol açabilmektedir. Ancak henüz bir cezalandırma kaygısının bulunmaması nedeniyle caydırıcı, cezalandırıcı veya rehabilite edici hedeflerin bu aşamada dikkate alınması gerekmeyecek ve konutun büyüklüğü veya rahatlığı gibi

değildir. Konut eklentisi (müştemilat); konuta bitişik ya da onun yakınında olan, konut veya benzeri yapıların kullanılış amaçlarından herhangi birini tamamlayan diğer yapılar veya yerlerdir. Balkon, koridor, sahanlık, etrafı çitle çevrili avlu, eve ait etrafı duvarla çevrili bahçe, buna örnek gösterilebilir. Diğer bir anlatımla, girilmesi konutta oturanların huzur ve güvenliğini bozabilecek konuta bağlı veya pek yakın ek yapılar veya yerlerdir. Avlu, ahır, bahçe, taraça, samanlık, odunluk, kömürlük, balkon gibi yerler eklentidir. Konut veya eklentiyi dış dünyadan ayırıcı belirtiler, o yer sahibinin yaşama biçimi, mevcut olanakları, sosyal ve ekonomik durumu ile kültürel ve yöresel özelliklere, gelenek ve göreneklere göre farklılıklar gösterebilir.” Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2015/5997, K. 2015/33625, 11.09.2015. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

[119] Yıldırım, “Özel İnfaz Usulleri,” 170.

hususlar, konutu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanmasına karar verilmesi aşamasında göz önünde bulundurulmayacaktır.^[120] “Yarı yol evlerinde infaz”^[121] ve “bir tedavi merkezinde kalma” ise konutta infaza alternatif olarak uygulanan bu infaz usulü içerisinde yer alan uygulamalardır.^[122]

Ülkemizde de benzer bir durum yaşanmış ve sokakta yaşayan bir kişiye işlediği iddia edilen suç çerçevesinde konutunu terk etmemek yükümlülüğü şeklindeki adli kontrol tedbiri uygulanmıştır. 2017 yılı Nisan ayında yaşanan bu olayda uyuşturucu madde kullandığı ve ticaretini yaptığı gerekçesiyle hakkında tutuklama talebinde bulunulan şüpheliye ilişkin olarak İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından; şüpheli adresi olarak “Söğütlüçeşme Metrobüs Durakları arkasında bulunan metal levhalarla çevrili boş alan” belirtilmesine ve şüphelinin bildirilen bu adres dışında bir evinin bulunmadığı anlaşılmasına rağmen şüpheliye ev hapsi yükümlülüğünün uygulanması kararlaştırılmıştır. Olayda ev hapsi yükümlülüğünün yerine getirilmesi ise kararda belirtilen ve sınırları gösterilen boş alandan şüphelinin çıkıp çıkmadığının bölgede görev yapan kolluk kuvvetlerinin denetimi ile sağlanmıştır.^[123] Ancak ilerleyen dönemde şüpheli hakkında ev

[120] Rush, “Home Detention In Pre-Trial and Post-Conviction Contexts,” 404-405.

[121] “Yarı yol evleri; toplumsal yaşama yeniden uyum sağlayabilmesini temin edebilmek için kişinin ya mahkûm olduğu cezanın tamamını veya bir kısmını çekmek için ya da ceza infaz kurumundan çıktıktan sonra yerleştirildiği, toplum içindeki bir konutu oluşturmaktadır. Yarı yol evlerinde uyulması gereken kurallar, mahkûmların tedavi programlarına katılması, çalışma gereksinimleri ve sokağa çıkma yasakları söz konusudur. Yarı yol evlerinde kalmaya gönderilen mahkûmların yarı yol evlerinde geçirilen sürede genellikle iş eğitimi ve uyuşturucu tedavisi de dâhil olmak üzere topluma yeniden kazandırılmalarına odaklanılmaktadır. Yarı yol evlerine gönderilen hemen hemen tüm mahkûmların gün içinde çalışmak ya da uyuşturucu tedavisi programına katılmak için evin dışına çıkmaları gerekmektedir.” “Frequently Asked Questions About Federal Halfway Houses & Home Confinement,” Families Against Mandatory Minimums, accessed July 2, 2021, Microsoft Word-FAQ Halfway House 4.24.12 NW (famm.org).

[122] Sokullu Akıncı, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar,” 683; Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku (Özellikle Cezaevlerinin Tarihçesi, Uluslararası Belgelerle Karşılaştırmalı Olarak Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Ceza İnfaz Kurumlarının İdaresi), 6. baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 544.

[123] “‘Evsiz’ sanık, ‘ev hapsi’ cezasına çarptırılınca...,” *Hürriyet*, 19 Nisan 2020, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/evsiz-sanik-ev-hapsi-cezasina-carptirilince-40488862>.

hapsi şeklindeki adli kontrol tedbirinin uygulama alanı bulması için hâkim tarafından verilen kararda yeterli ve tam bir adres bilgisine yer verilmediğinden bahisle Cumhuriyet savcısı tarafından İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Hâkimliğinden verdiği bu kararı gözden geçirmesi istenmiştir. Bunun üzerine İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen yeni kararda; şüpheli hakkında “ayda bir gün en yakın polis amirliğine düzenli olarak başvurma” olarak yükümlülüğün değiştirilmesine karar verilmiştir.^[124]

Kanaatimizce yukarıda yer alan örnekte olduğu gibi somut olayda şüpheli veya sanığa ait bir konut bulunmamasına rağmen konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanması hukuka aykırıdır. Zira adli kontrol tedbirleri kapsamında uygulanması gereken yükümlülüklerden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin DSHY m. 56/1-ç’de konutunu terk etmemek yükümlülüğünün “şüpheli veya sanığın yargı mercii tarafından belirlenen konutunu mazereti olmaksızın veya izin olmaksızın terk etmeme” anlamına geldiği vurgulanmış; DSHY m. 74/2’de ise konut kavramı “hükümlünün ailesiyle birlikte veya tek başına yaşamını devam ettirdiği, kendisine ait veya kiracı olarak oturduğu ve bu kararın yerine getirilmesinde infaz hakimliğine bildirdiği veya infaz hakimliği kararında belirtilen yer ve eklentileri” şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanabileceği alanın bir konut olması ve konutun da bu anlamda kişinin tek başına veya ailesiyle birlikte yaşamaya tahsis edilmiş bir alanı kapsamaması gereği vurgulanmıştır. Bu sebeple konutu bulunmayan bir kişi hakkında *konutu terk etmeme* yükümlülüğünün uygulanmasının hukuk sistemimizde kanuni dayanağı bulunmamaktadır ve konutu bulunmayan bir kişiyle ilgili olarak bu tedbir uygulama alanı bulmamalıdır.^[125] Bunun yerine adli kontrol tedbiri kapsamında yer alan diğer yükümlülük çeşitlerinden birinin uygulanması tercih edilmelidir. Ancak bu noktada kişinin kaçmasını veya delilleri karartmasını engelleme açısından adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanan diğer

[124] “Evsiz adama verilen ev hapsi ile ilgili mahkemeden yeni karar,” *T24 Bağımsız İnternet Gazetesi*, 19 Nisan 2020, <https://t24.com.tr/haber/evsiz-adama-verilen-ev-hapsi-ile-ilgili-mahkemeden-yeni-karar,410585>.

[125] Elektronik izleme yoluyla denetim usulünün uygulanabilmesi için hükümlünün sabit bir ikametgâhının bulunması ve elektronik izleme sisteminin kurulabilmesi için evde elektrik bağlantısının olması gerekir. Telefon bağlantısının kurulmasının gerekli olduğu durumlarda ise sabit telefon hattının bulunması gerekir. Pekel Uludağlı, “Elektronik İzleme,” 1349-1350; Çetin, *Elektronik İzleme*, 251-252.

tedbirlerin yetersiz kalacak olması ve konutu bulunmayan şüpheli veya sanık hakkında konutunu terk etmeme yükümlülüğünün de uygulanamayacak olması nedenleriyle tutuklanmasının zorunluluk arz edeceği durumlarla da karşılaşılabılır. Bu durum kişilerin ekonomik durumlarına bağlı olarak tutuklanmaları sonucuna götürebilecektir. Konutunun bulunması ve bulunmaması bağlamında ekonomik durumu yerinde olan kişilerle maddi açıdan yetersiz duruma sahip olanlar arasında uygulanacak tedbirin kapsamının belirlenmesinde bu yönde bir ayırımın ortaya çıkmasını engellemek ve tutuklama tedbirinin uygulama alanı genişletmemek için konutu olmayan kişiler açısından hukuk sistemimizde bulunmayan, “resmi bir bakım-gözetim kurumu”ndan^[126] yararlanmak suretiyle ev hapsinin yerine getirilmesinin önü açılmalıdır.

C) KONUTTA DEĞİŞİKLİK

Adli kontrol tedbirinin yerine getirileceği konutun, hakkında yükümlülük uygulanması öngörülen kimsenin talebi üzerine, hâkim ya da mahkeme tarafından uygun bulunması şartıyla değiştirilebilmesi mümkün olmalıdır. Yükümlünün mahkemeye bildirmiş olduğu konutta kiracı olması ve evi boşaltmasının istenmesi, yeni ev satın alması, hastalığı ve sağlık sorunları nedeniyle başka bir yerleşim bölgesine taşınmak zorunda kalması^[127] gibi haller bu anlamda adli kontrol tedbiri kapsamındaki yükümlülüğün infaz edileceği konutun değiştirilmesi gereğine örnek gösterilebilir.

Bununla birlikte CMK’de düzenli konutunu terk etmemek şeklindeki adli kontrol tedbiri kapsamında bu konuda bir düzenleme mevcut olmamasına rağmen hapis cezasının konutta infazının düzenlendiği DSHY m. 74/11’in bu konuda göz önünde bulundurulup bulundurulamayacağı değerlendirilmelidir. Bu düzenlemeye göre, “Hükümlü, mazereti olmaksızın infaz süresince kararın yerine getirildiği konutu değiştiremez. Hükümlü, bir mazeret nedeniyle konutunu değiştirme talebini müdürlüğe yazılı olarak iletmek

[126] Giderleri devlet tarafından karşılanmak suretiyle konutu veya konut içerisinde izlenmesini sağlayacak olanakları bulunmayan kişilerin de yararlanmasının mümkün olması gerektiği konusunda hapis cezasının konutta infazı usulüne ilişkin benzer yönde görüş için bkz. Sokullu Akıncı, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar,” 681; Demirbaş, İnfaz Hukuku, 541.

[127] Yıldırım, “Özel İnfaz Usulleri,” 170.

zorundadır. Komisyon hükümlünün talebini değerlendirerek konutun değiştirilip değiştirilmeyeceğine karar verir.” Ancak mevcut düzenlemenin adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanacak konutunu terk etmeme yükümlülüğü açısından uygulama alanı bulmaması gerekir. Zira değiştirilmek istenen konutun, konutunu terk etmeme yükümlülüğü açısından uygulamaya elverişli olmaması (elektrik bağlantısının ya da telefon kurulması için gerekli alt yapının olmaması gibi) durumunda adli kontrol tedbiri kapsamında yer alan yükümlülüğün değiştirilmesi ya da yükümlülüğün kaldırılarak kişi hakkında tutuklama kararının verilmesi ihtiyacı ortaya çıkabilir. CMK m. 110/2-3 ve m. 101/1 kapsamında ise bu yetki hâkim veya mahkemeye aittir. Bu nedenle kanaatimizce konutun değiştirilip değiştirilmeyeceği yönünde talebi değerlendirerek karar verme yetkisi hâkim ya da mahkemeye ait olmalıdır.

V. KONUTUNU TERK ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİ SÜRECİ

A) GENEL OLARAK

Adli kontrol tedbiri kapsamında yer alan yükümlülüklerin her birinin yerine getirilmesi usulü Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinde^[128] düzenlenmişken 6352 SK'nin 98. maddesindeki değişiklikle adli kontrol tedbiri kapsamında CMK'ye eklenen yükümlülüklerin (konutunu terk etmemek, belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek ve belirlenen yer veya bölgelere gitmemek) infaz usulü yönetmeliğe eklenmemiştir. Dolayısıyla adli kontrol tedbiri kapsamındaki konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanmasının usul ve esaslarına ilişkin bir açıklama söz konusu yönetmelikte yer almamaktaydı. Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğini yürürlükten kaldıran DSHY'de ise yalnızca adli kontrol tedbirinin kapsamında uygulanabilecek yükümlülüklerin tanımına ve adli kontrol tedbirinin yerine getirilmesine ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmiş (DSHY m. 56-57); her bir yükümlülüğün yerine getirilmesi usulü konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu nedenle adli kontrol tedbiri kapsamındaki konutunu terk etmemek yükümlülüğünün ne şekilde infaz edileceğine dair özel bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır (DSHY m. 57/5^[129] hariç).

[128] 18.04.2007 T. ve 26497 sayılı RG.

[129] “Haklarında 56 ncı maddesinin birinci fıkrasının (a), (ç), (d) ve (e) bentlerinde sayılan adli kontrol tedbirlerine karar verilen şüpheli veya sanıkların toplum içinde izlenmesi,

DSHY'nin 57. maddesindeki adli kontrol tedbirlerinin yerine getirilmesi usulüne ilişkin genel düzenlemeye göre; "adli kontrol tedbirinin türü, tedbirin ne şekilde ve ne zaman yerine getirileceği, uyulması gereken kurallar, tedbire uymamanın sonuçları ile adli kontrol tedbirinin gereklerinin derhal yerine getirilmesi gerektiği" hususları hakkında adli kontrol kararı verilen şüpheli veya sanığa tebligatla bildirilecektir. Yine "kararın niteliğine göre gerekli ise adli kontrol tedbirinin içeriği ilgili kişi, kurum veya kuruluşa derhal yazı yazılarak açıklanmaktadır." Ancak yukarıda da belirtildiği üzere DSHY'de ev hapsi de dâhil olmak üzere adli kontrol tedbiri kapsamındaki yükümlülüklerin ne şekilde yerine getirileceğine ve tedbirin gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin izlenmesi usulüne ilişkin herhangi bir açıklamada bulunulmamıştır. Bu noktada özellikle yükümlünün ihtiyaçlarının nasıl karşılanacağı ve uyması gereken kurallar ile yükümlülüğün takibinin nasıl yapılacağı hususları ortaya konulmalıdır.

B) YÜKÜMLÜNÜN İHTİYAÇLARI VE UYMASI GEREKEN KURALLAR

Konutunu terk etmemek yükümlülüğüne tabi olacak kişinin konutunda denetim ve gözetim altında bulunması nedeniyle ihtiyaçlarının ne şekilde karşılanması gerektiği ve bu kapsamda hukuk düzeninin ne gibi olanaklar sunduğu/sunabileceği konusunun incelenmesi gerekmektedir. Yükümlünün dışarı ile ne şekilde iletişim kuracağı, yükümlülüğün yerine getirileceği konuta kimlerin girebileceği, giriş-çıkışların ne zaman ve ne sıklıkla gerçekleştirilebileceği, yükümlünün günün ya da haftanın belli saatlerinde dışarı çıkma ihtimalinin bulunup bulunmadığı, konut içerisinde çalışmasının ya da başka faaliyetlerde bulunmasının mümkün olup olmadığı konuları önem arz etmesine rağmen mevzuatımızda bu konularda açık bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Ancak bu konuda mevzuatta pozitif bir hukuki düzenlemenin mevcut olmaması; şüpheli veya sanığın kaçması, delilleri karartması ya da tanık veya mağdur gibi kişiler üzerinde baskı oluşturma risklerinin bertaraf edilmesi koşuluyla kendisine tutukevinde ya da ceza infaz kurumunda bulunan tutuklular için öngörülmüş hakların (ailesiyle ya da

denetim ve takibi elektronik cihazlar kullanılmak suretiyle yerine getirilebilir." Konutunu terk etmeme yükümlülüğü söz konusu Yönetmeliğin 56. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendinde yer almaktadır.

belirlediği diğer kişilerle iletişim kurma,^[130] avukatıyla görüşme yapması gibi) dahi sağlanmaması sonucunu doğurmamalıdır. Aksi takdirde tutuklamaya alternatif olarak uygulanması düşünülen ve kişinin özgürlüğü üzerinde daha az kısıtlayıcı sonuçlar doğurması beklenen bir tedbirin tutuklama koruma tedbirine göre daha ağır sonuçlar bırakması ihtimal dâhilinde olacaktır.^[131]

Yükümlünün ihtiyaçlarının karşılanması noktasında konutunu terk etmeme yükümlülüğüne özgü bir hukuki düzenleme mevzuatta mevcut olmamasına rağmen özel infaz türlerinden birini oluşturan hapis cezasının konutta infazına ilişkin DSHY'nin 74. maddesinin 10. fıkrasında yer alan; “hapis cezasının konutta infazında hükümlünün sağlık, eğitim, ibadet gibi temel ihtiyaçlarının dikkate alınacağına” ilişkin düzenlemenin kıyasen uygulanması mümkündür. Yine özel infaz türlerinden birini oluşturan hapis cezasının konutta infazı uygulamasında hâkim tarafından lüzum bulunması halinde hükümlünün gereksinimlerine göre diğer kişilerle iletişimine izin verilmesi, konut sınırları dâhilinde çalışmasına izin verilmesi,^[132] kişisel gelişim programlarına devam etmesi^[133] söz konusu olabilmektedir. Hapis cezasının konutta infazında söz konusu olan bu uygulamalar konutu terk etmeme yükümlülüğü kapsamında da pek tabii uygulama alanı bulabilmelidir. Ayrıca bu noktada yükümlünün ihtiyaçlarının karşılanması bağlamında karşılaştırmalı hukukun ev hapsi tedbirinin uygulanması halinde yükümlünün çalışmasına ve asgari ihtiyaçlarını temin etmek üzere günün belli zamanlarında evden uzaklaşmasına izin veren uygulamaları da göz önünde

[130] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2014/4 Sayılı Elektronik İzleme ile İlgili Tavsiye Kararı'nda; “Elektronik izlemenin konutu terk etmeme yaptırımına ilişkin olması halinde, izlenen kişi ile birlikte yaşayan üçüncü kişilerin hakları korunmalı, kişi yalnız yaşıyor ise, izolasyonun olumsuz etkilerini önlemek için mümkün olduğu ölçüde bu yaptırımdan kaçınılmalıdır” düzenlemesine yer verilmek suretiyle bu duruma dikkat çekilmiştir. “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2014/4 Sayılı Elektronik İzleme ile İlgili Tavsiye Kararı,” Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, erişim 24 Aralık 2021, <https://rm.coe.int/16806f4087>.

[131] Benzer yönde endişe için bkz. Korkmaz, “Adli Kontrol,” 533-534.

[132] Koç, “Elektronik İzleme,” 194.

[133] Sokullu Akıncı, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar,” 680; Yıldırım, “Özel İnfaz Usulleri,” 167; Pekel Uludağlı, “Elektronik İzleme,” 1339.

bulundurulmalıdır.^[134] Bu bağlamda beslenme ve diğer ihtiyaçlarını temin etmesini sağlayacak herhangi bir aile üyesi, akrabası, arkadaşı ya da tanıdığı bulunmayan yükümlüye elektronik izleme sistemlerinin uygulanması suretiyle günün belli saatlerinde kısa mesafeler içerisinde ihtiyaçlarını karşılamak üzere izin verilmesine ilişkin bir düzenleme bizim hukukumuz açısından sorunu çözer nitelikte olacaktır. Ancak uygulamada hâkim veya mahkeme tarafından öncelikle yirmi dört saat kesintisiz bir şekilde yükümlünün konutta kalmasına yönelik kararlar verilmekte;^[135] ancak daha sonra şüpheli, sanık veya müdafisi tarafından çalışma ve diğer ihtiyaçların karşılanması konusunda yaşanan sorunların giderilmesine yönelik yapılan başvurular üzerine konutta bulunan sürenin kısıtlandığı ek kararlar verilmektedir.^[136] Yükümlünün ihtiyaçlarının karşılanması noktasında yaşanabilecek sorunların önüne geçmek adına benzer nitelikte bir uygulama şekline sahip olan hapis cezasının konutta infazına ilişkin olarak DSHY m. 74/5'te öngörülen “hükümlünün risk ve ihtiyaçları, kurallara uymadaki başarısı ve işbirliği dikkate alınarak” cezanın infaz edildiği süreç içerisinde günlük belli zaman

[134] Yılmaz, “Adli Kontrol,” 41. “Elektronik izleme suretiyle uygulanan ev hapsinde izlenen kişinin barınma veya işyerinde olması gereken zamanlar belirlenerek yükümlünün günlük ve haftalık rutini sabit bir yapıya tabi tutulur. Uygulama koşulları; üçüncü kişilerle ilişki kurma veya ikamet yasakları gibi ek yükümlülükler getirilmek suretiyle sıkılaştırılabilir ya da ev hapsinde kalacağı süre dışında serbest zaman bırakılmak suretiyle kolaylaştırılabilir.” Gudrun Hochmayr, “Elektronisch überwachter Hausarrest–Gegenwart und Zukunft in Deutschland und Österreich,” *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 33, (2013): Rn. 13-14.

[135] Suça sürüklenen çocuğun eğitimine devam ettiği göz önünde bulundurularak okul saatleri içerisinde konutundan dışarı çıkmasına, adli kontrol tedbirine hükmedilmesi sırasında izin veren bir uygulama ise şu şekilde zikredilebilir:

“Suça Sürüklenen Çocuğun başka suçtan tutuklu veya hükümlü bulunmaması halinde CMK 101/4. Maddesi gereğince derhal SERBEST BIRAKILMASINA, Yüklenen suçların niteliği, mevcut delil durumuna göre Suça Sürüklenen Çocuğun CMK 109 ve devamı maddeleri gereğince ADLİ KONTROL ALTINA ALINMASINA, Suça Sürüklenen Çocuğun CMK'nın 109/3-j maddesi uyarınca 2 AY SÜREYLE (SSÇ'nin eğitimine devam edebilmesi için resmi okul saati programı dikkate alınarak bu saatlerde muaf tutulmak üzere) KONUTU TERK ETMEMESİNE...” Ankara 1. Sulh Ceza Hakimliği, Sorgu No: 2021/313 (UYAP).

[136] Feridun Yetgin, Şemalî Pratik İnfaz Hukuku El Kitabı (Açıklamalı-İçtihatlı) (*Karar, Müzekkere ve Dilekçe Örnekleri*), 2. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 437.

dilimlerinde ayrılmasına izin veren hükmüne^[137] benzer bir düzenlemeye konutunu terk etmeme yükümlülüğü kapsamında da yer verilmesi bu kapsamda uygun olacaktır. Ancak konutta infaz için öngörülmüş ve yükümlünün ihtiyaçlarını dikkate alan düzenlemelerin kıyasen uygulanmasında ya da benzer nitelikteki düzenlemelerin konutunu terk etmeme yükümlülüğü açısından da yönetmeliğe eklenmesinde adli kontrolün bir koruma tedbiri olduğu ve cezalandırmayla hedeflenen amaçların bu tedbir açısından söz konusu olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kapsamda konutunu terk etmeme yükümlülüğünün infaz koşulları açısından hapis cezasının konutta infazına nazaran daha rahat ve daha az sıkı koşullara sahip bir rejim öngörülmelidir.

Bununla birlikte yükümlünün ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla konutta kalma süresinin kısıtlanarak belli zaman aralıklarıyla dışarıya çıkması imkânın sağlanması uygulamadaki tüm problemleri ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim hakkında konutunu terk etmemek yükümlülüğünün uygulanması düşünülen şüpheli veya sanığın, ihtiyaçlarını kendi maddi imkânlarıyla gidermesini sağlayacak ekonomik güçten yoksun olması durumunda ev hapsinin uygulanıp uygulanamayacağı ve uygulanması ihtimalinde devlet tarafından bu ihtiyaçların giderilmesi olanağının sunulup sunulmayacağı da problem arz etmektedir. İhtiyaçlarını karşılayacak maddi imkânlardan yoksun bulunan şüpheli veya sanık hakkında ilk bakışta konutunu terk etmeme yükümlülüğünün yerine adli kontrol tedbiri kapsamında yer alan diğer yükümlülük çeşitlerinden birinin uygulanması düşünülebilir. Ancak kişinin kaçmasını veya delilleri karartmasını engelleme açısından adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanacak diğer tedbirlerin yetersiz kalacak olması ve ekonomik durumu yerinde olmayan şüpheli veya sanık hakkında konutunu terk etmeme yükümlülüğünün de uygulanamayacak olması nedenleriyle kişinin tutuklanmasının zorunluluk arz edeceği durumlarla karşılaşılabılır. Netice itibariyle bu durum gerekli maddi olanaklara sahip olmayan şüpheli veya sanığın tutuklanmasının zorunluluk arz etmesi sonucuna bizi götürecektir. Bunun engellenmesi ve tedbirin uygulanması noktasında ekonomik

[137] Hapis cezasının konutta infazını düzenleyen DSHY m. 74/5 şu şekildedir: “Hapis cezasının konutta infazında, hükümlünün risk ve ihtiyaçları, kurallara uymadaki başarısı ve iş birliği dikkate alınarak; a) İlk altı ay için günde bir, b) İkinci altı ay için günde iki, c) Üçüncü altı ay için günde üç, ç) On sekizinci aydan sonra günde dört, saat süreyle konutundan ayrılmasına vaka sorumlusunun önerisi üzerine komisyon tarafından karar verilebilir.”

durumu yerinde olan kişilerle maddi açıdan yetersiz duruma sahip olanlar arasında ayırım yapılmaması adına ev hapsi yükümlülüğünün gerekli yardımın devlet tarafından sağlanması suretiyle ihtiyaçlarını kendi maddi imkânlarıyla karşılayacak ekonomik güçten yoksun kişilere de uygulanması gerekmektedir. Özellikle tutuklama tedbiri uygulanmak suretiyle tutukevine veya ceza infaz kurumuna yerleştirilecek olsaydı şüphelinin veya sanığın beslenme, ısınma, sağlık giderleri gibi ihtiyaçları için devlet tarafından bir bütçe ayrılacağı da göz önünde bulundurulduğunda bütün ihtiyaçlarının karşılanması beklenemese dahi bu kişilere belli bir oranda devlet yardımı sağlanması makul kabul edilmelidir.^[138]

C) YÜKÜMLÜLÜĞÜN YERİNE GETİRİLMESİ USULÜ VE TAKİBİ

Konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanmasının usul ve esaslarıyla tedbire uygun davranılıp davranılmadığının hangi yöntemlerle takip edileceği açısından temel düzenleme DSHY m. 57/5'te yer almaktadır. DSHY m. 57/5'te bazı adli kontrol tedbirleri için denetim faaliyetinin ve şüpheli veya sanığın takip edilmesinin elektronik cihazlar kullanılmak suretiyle icra edilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bunlardan birisi de konutunu terk etmemek şeklinde ifade edilen ev hapsidir. “Yükümlüye ait elektronik cihazlar kullanılmak suretiyle elektronik izleme” başlıklı DSHY'nin 103. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde ise “konutu terk etmemeye... ilişkin kararların infazının, kişinin yaşadığı konutun çevresi sistem haritası üzerinde kısıtlı alan haline getirilerek, kararda belirtilen zaman dilimi içerisinde yükümlünün konutunda bulunup bulunmadığının izlenmesi suretiyle yerine getirileceği” belirtilerek elektronik izleme sisteminin uygulanması yöntemine kısmen de olsa açıklık getirilmiştir. Ancak uygulamada konutunu terk etmeme yükümlülüğünün yerine getirilmesini takip usulleri arasında; önceden haber verilmeyen bir saatte şüpheli veya sanığın ev telefonundan arandığı ya da kolluk kuvvetlerinin gün içerisinde belirsiz bir zaman diliminde yükümlünün konutunu ziyaret etmeleri suretiyle şüpheli veya sanığın denetiminin ve gözetiminin sağlandığı^[139] da görülmektedir.

[138] Benzer yöndeki görüş için bkz. Sokullu Akıncı, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar,” 681.

[139] “Yazgan, konutu terk etmeme tedbiri kapsamında kolluğun gün içinde belirsiz zamanlarda, hatta gece yarısına denk düşen saatlerde denetime geldiğini ifade etti. Bu nedenle Alpay'ın uyku, dinlenme, konuk ağırlama, özbakım gibi uğraşlarını düzenlerken sürekli tedirginlik yaşadığını söyleyen Yazgan, müvekkilinin özel yaşamının

Elektronik izleme sistemlerinin tutuklamaya alternatif olarak ev hapsi tedbiri çerçevesinde uygulanmaya başlaması, 1980’li yılların sonlarına doğru Indiana’da kefalet ödeyebilecek maddi güce sahip olmayan ya da kefaletsiz salıverilme (kişisel taahhüt- ileride yapılacak duruşmalara katılma konusunda mahkemeye söz verme esasına dayanan salıverme usulü) koşullarını karşılamayan kişiler açısından deneme amaçlı bir program çerçevesinde olmuştur. 1991’de ise *Federal Ön Duruşma Servisi* tarafından bu sistemler kullanılarak tutuklamaya alternatif ulusal bir ev hapsi uygulamasına başlanmıştır.^[140] Birleşik Devletler Kanunu’nun (USC) “Suçlar ve Ceza Muhakemesi” başlığı^[141] altında 3142. paragrafta da tutuksuz yargılanmak üzere belli koşullar altında kişinin elektronik izleme sistemleri uygulanarak serbest bırakılması usulüne yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre hakim; ön duruşma aşamasında kefaletsiz (kişisel taahhüt ile) salıvermenin, duruşmalara katılımı makul ölçüde karşılamayacağına veya üçüncü bir kişinin ya da topluluğun güvenliğinin tehlikeye atılacağına karar verirse ve madde kapsamında yer verilen en az kısıtlayıcı ilave koşula veya kişiyi birden fazla koşulun bir arada bulunmasına tabi tutmak suretiyle sebep olacağı öngörülen tehlikeleri makul ölçüde azaltacağını tespit ederse kişinin salıverilmesine karar verecektir. Bu kapsamda; maddede sayılan suçlardan herhangi birisi kendisine isnat edilen kişi; asgari olarak kişisel ilişkilerin kurulması, ikamet veya seyahat ile ilgili belirli kısıtlamalara uyma; mağdur olduğu iddia edilen kişiyle ve tanıklık yapması muhtemel olan tanıklarla her türlü temastan kaçınma; kanunla belirlenmiş belirli kurumlara düzenli aralıklarla rapor verme; sokağa çıkma

gizliliği ve aile yaşamına saygı hakkının da ihlal edildiğini kaydetti.” “Şahin Alpay AYM’ye başvurdu: Ev hapsi kaldırılın,” *Cumhuriyet*, 21 Nisan 2020, <http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/sahin-alpay-aymye-basvurdu-ev-hapsi-kaldirilsin-959847>.

DSHY’nin 74. maddesinin 8. fıkrasında hapis cezasının konutta infazı kurumu kapsamında bu durum açıkça belirtilmiştir:

“Hükümlü, denetim bürosunda görevli denetimli serbestlik memuru veya kolluk tarafından bizzat konutuna gidilmek suretiyle kontrol edilebilir. Yapılan kontroller kayıt altına alınarak vaka sorumlusuna iletilir.”

[140] Samuel R. Wiseman, “Pretrial Detention and the Right to Be Monitored,” *The Yale Law Journal* 123, no. 5 (March 2014): 1365.

[141] “18 USC Part II: Criminal Procedure,” Office of the Law Revision Counsel, accessed April 12, 2022, <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/part2&edition=prelim>.

yaşığına uyma ve ateşli silah, tahrip edici araç veya tehlikeli diğer silahlara sahip olmaktan imtina etme tedbirlerinden her birini içerecek ve salıverilme sürecinde suç işlememesi şartına bağlı olarak elektronik izleme sistemi uygulanacak şekilde salıverilecektir. Aynı Kanun'un 3624. paragrafında ise elektronik izleme sistemleriyle veya teknik ya da dini nedenlerden dolayı bu sistemlerin kullanılması suretiyle takibin mümkün olmadığı durumlarda diğer alternatif yöntemlerle ev hapsi uygulamasına doğrudan yer verilmiş; ancak söz konusu uygulama, hapis cezasının belli bir bölümünü ceza infaz kurumunda geçiren hükümlünün cezasının geri kalanının belli koşullar altında konutunda infaz edilmesini sağlamak amacıyla öngörülmüştür. Kısacası söz konusu düzenleme tutuklamaya alternatif bir tedbir olarak ev hapsini öngörmemekte; hapis cezasının bir kısmının konutta çekilmesine imkân sağlayan bir infaz usulü öngörmektedir.

Konutunu terk etmeme yükümlülüğünün elektronik cihazlar kullanılmak suretiyle icra edilebileceği göz önünde bulundurulduğunda öncelikle elektronik izleme^[142] sistemleri kapsamında ülkemizde ve karşılaştırmalı hukukta da kullanılan farklı teknolojilerin incelenmesi gerekmektedir. Elektronik izlemenin ilk defa uygulandığı ülke olan ABD'de belli sözcüklerin tekrarlanması suretiyle sisteme kayıtlı seslerle karşılaştırma yapılarak yükümlünün kimliğinin doğrulandığı "biyometrik ses doğrulama," kamera önünde kendisine verilen bazı komutları yerine getirme ya da evde kurulan "Luna Video Telefon sistemi" ile merkez tarafından rastgele belirlenen zaman dilimlerinde telefon üzerinden gerçekleştirilen aramalarla kimliğin doğrulanması için yükümlüden resim gönderilmesinin istenmesi elektronik izleme

[142] "Elektronik izleme" kavramı ilk defa ABD'de ortaya atılmış, pratik açıdan ilk uygulaması 1980'li yıllarda ABD'de gerçekleştirilmiş ve denetimli serbestlik kapsamındaki farklı uygulamaların mümkün kılınmasını temin etmek amacıyla geliştirilmiştir. Zafer Güler, "Elektronik İzleme Sistemlerinin Farklı Ülkelere Göre İncelenmesi," içinde *Türkiye'de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı "Uluslararası Yaklaşımlar"*, ed. Deniz Özyörük (İstanbul: Atalay Matbaacılık, 2016), 207. Elektronik izleme yaygın olarak ev hapsinin infazında kullanılmasına rağmen yasaklanmış bölgelere girilmesinin veya mağdura, potansiyel mağdurlara ya da suça iştirak edenlere vb. yaklaşımlarının engellenmesini sağlamak üzere kısıtlayıcı nitelikte veyahut hareketlerin fiilen kısıtlanması söz konusu olmaksızın toplum içerisinde yükümlünün sürekli izlenmesini sağlamak amacıyla gözetimi temin etmek üzere de kullanılabilir. Black and Smith, "Electronic Monitoring," 1-2.

kapsamında uygulama alanı bulmuştur.^[143] Günümüzde kullanılmakta olan elektronik izleme sistemlerini ise aktif veya devamlı sinyal sistemi–pasif sistem – Global Positioning System (GPS)^[144] olmak üzere üçlü bir ayırım yaparak incelemek mümkündür. Elektronik izleme sistemlerinden ilkini aktif sistem veya devamlı sinyal sistemi oluşturmaktadır. Aktif sistem, telefona bağlı bir cihaz vasıtasıyla elektronik kelepçeden sinyaller alındıktan sonra telefon hattı üzerinden elektronik izleme merkezinde yer alan bilgisayara sinyallerin iletilmesi^[145] usulüne dayanmaktadır. Bu sistemde yükümlünün izlenmesi amacıyla kullanılan elektronik cihazlar kesintisiz bir şekilde çalışmaktadır ve yükümlünün bağlı olduğu cihazdan sürekli olarak elektronik

[143] Güler, “Elektronik İzleme Sistemlerinin İncelenmesi,” 207; Çetin, *Elektronik İzleme*, 157.

[144] Konutunu terk etmeme yükümlülüğünün elektronik izleme yöntemleriyle takip edilmesi kapsamında “alan izleme ve konum belirleme yöntemleri” başlığı altında “radyo frekansı” ve “global pozisyon sistemi (gps)” ya da “uydu takip sistemi” şeklinde ikili bir ayırma da yer verildiği görülmektedir. Bu ayırım kapsamında; “alıcıya sinyal gönderen küçük bir vericinin takıldığı ve bu vericiyle yaklaşık 45 metre alanda alıcının iletişim sağlayamaması halinde cihazdan radyo sinyalinin alınamamasının bildirilmesiyle” gerçekleştirilen takip sistemini radyo frekansı yöntemi oluşturmaktadır. Nilay Yıldırım ve Asaf Varol, “Türkiye ve Dünyada Elektronik İzleme Yöntemleri ve Elektronik İzlemede Kullanılan Cihazlar Üzerine Bir Araştırma,” içinde *Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı “Uluslararası Yaklaşımlar”*, ed. Deniz Özyörük (İstanbul: Atalay Matbaacılık, 2016), 196. *Radyo frekansı* sisteminde yükümlünün bulunduğu konumla ilgili bilgi edinilmesinin mümkün olmaması ve ancak elektronik izlemeyi takip eden görevlinin alıcıyla tedbirin uygulandığı evin önünden geçmesiyle birlikte konumun doğrulanmasının mümkün olması nedeniyle konutunu terk etmeme yükümlülüğü kapsamında uygulanmaya elverişli bir elektronik izleme sistemini oluşturmaktadır. Yıldırım ve Varol, “Elektronik İzleme Yöntemleri,” 196. Eş zamanlı izlemenin mümkün olmadığı *radyo frekans ve kesintisiz sinyal sistemlerinin* bireylerin aktif takibinin gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu GPS sistemine nazaran daha az etkili olduğu yönünde ayrıca bkz. Wiseman, “Pretrial Detention,” 1367. “İzlemeye konu kimsenin, uydu aracılığı ile bulunduğu yerin (konumunun) saptanması biçiminde gerçekleştirildiği sistem” ise gps yöntemi olarak adlandırılmakta; aktif, pasif ve her iki sistemin birlikte uygulama alanı bulunduğu “karma (hibrid) sistem,” gps yöntemi içerisinde incelemeye tabi tutulmaktadır. Söz konusu elektronik izleme yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çetin, *Elektronik İzleme*, 104 vd.; Yıldırım ve Varol, “Elektronik İzleme Yöntemleri,” 196 vd.

[145] Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 542; Koç, “Elektronik İzleme,” 184, 185.

izleme merkezine sinyal gönderilmesi söz konusudur.^[146] Bir diğer teknolojik yöntemi oluşturulan pasif sistemde ise yükümlünün kesintisiz olarak takip edilmesi söz konusu olmayıp^[147] bu sistem içerisinde iki farklı usulün uygulanması söz konusudur. Bunlardan ilki; elektronik kelepçe takılan kişinin kelepçeye kurulan cihaz üzerinden kendisine yapılan çağrıya çoğunlukla telefon yoluyla veya başka bir vasıta ile belli bir süre içerisinde karşılık vermesinin gerekmesi^[148] sistemi üzerine kuruludur. Yükümlünün kimliği; parola, takmış olduğu bir cihaz, parmak izi ya da retina taraması gibi biyometrik araçlarla doğrulanmaktadır.^[149] Pasif sistem içerisinde uygulanabilecek olan bir diğer teknolojik yöntem ise yükümlünün sisteme tanımlanan sesinin doğrulanması ve bu suretle evde olup olmadığının tespit edilmesi amacıyla konuta yerleştirilen cihaz ve özel telefon hattı üzerinden aranmasıdır.^[150] Elektronik izleme sistemlerinden üçüncüsünde ise uydu desteğiyle dünyanın herhangi bir noktasında birkaç metre hassasiyetle konum tespitine olanak sağlayan GPS, merkezi bir öneme sahiptir.^[151] GPS sistemi; uydular, yer istasyonları ağı ve mobil kullanıcı cihazları olmak üzere üç bileşenden oluşmaktadır.^[152] Bu sistemde vücuda takılacak verici (elektronik kelepçe) üzerinden alınan sinyal bilgilerinin GPS sistemiyle taşınır cihazlar tarafından alınması ve böylece tanımlanan belli mesafeler dâhilinde yaklaşılan veya uzaklaşılan alanlar konusunda bilgi verilmesi esasına dayanan uygulamalar yer almaktadır.^[153] GPS sistemi, Fransa'da 2005 Aralık'tan itibaren tutukluluğa alternatif olarak

[146] Black and Smith, "Electronic Monitoring," 2; Soner Demirtaş, "Elektronik Cihazların Kullanılması Suretiyle Şüpheli, Sanık veya Hükümlülerin Toplum İçinde İzlenmesi," *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 3-4 (2015): 25.

[147] Demirtaş, "Toplum İçinde İzlenmesi," 25.

[148] Koç, "Elektronik İzleme," 184, 185; Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 542.

[149] Black and Smith, "Electronic Monitoring," 2.

[150] Maes vd., "Belçika'da Elektronik İzleme," 60; Koç, "Elektronik İzleme," 185. Aktif ve pasif sistem hakkında ayrıca bkz. Pekel Uludağlı, "Elektronik İzleme," 1342-1343; Koç, "Elektronik İzleme," 184-185; Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 542.

[151] Illert, *elektronisch überwachten Hausarrests*, 10.

[152] Black and Smith, "Electronic Monitoring," 2.

[153] Maes vd., "Belçika'da Elektronik İzleme," 41; Koç, "Elektronik İzleme," 185.

uygulanmaya başlandığı gibi İngiltere’de 1989’dan itibaren tutuklamaya alternatif olarak elektronik izleme sistemleri kapsamında “radyo frekans” veya “ses doğrulama tekniği” uygulanırken daha sonraları GPS sistemi de denenmeye başlamış ve günümüzde de kullanımı devam etmektedir.^[154] Yine ABD’de Mesa, Arizona, New Hampshire eyaletlerinde GPS sistemi kullanılmak suretiyle izleme yapılması söz konusudur.^[155]

Elektronik kelepçe de dâhil olacak şekilde yukarıda yer verilen elektronik izleme sistemleri kullanılmak suretiyle şüpheli, sanık veya hükümlülerin izlenmesi, gözetimi ve denetlenmesi mevzuatımızda DSHY m. 100 ve devamında adli kontrol tedbiri dışında uygulanacak diğer tedbir, infaz usulleri ve denetimli serbestlik kapsamındaki yükümlülükleri de içerecek şekilde düzenlenmiştir. Elektronik izleme Yönetmelikte “şüpheli, sanık veya hükümlülerin elektronik yöntem ve araçlar içinde izlenmesini, gözetim ve denetim altında tutulmasını sağlayan, mağdurun veya toplumun korunmasını destekleyen uygulamalar” şeklinde tanımlanmıştır (DSHY m. 4/1-i). Bu kapsamda DSHY’nin 100. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre;

Komisyon, vaka sorumlusunun talebi üzerine mevcut risk durumu, tedbir, yükümlülük ve denetimin gereklilikleri, mağdurun veya toplumun korunma ihtiyacını dikkate alarak, yükümlünün elektronik cihaz ile takibini Daire Başkanlığına önerir. Elektronik cihaz takılması önerilen yükümlünün bilgileri Daire Başkanlığına iletilir. Şube müdürlüğünce, izleme merkezinin kapasitesi, yükümlünün durumu, yargı merci kararının niteliği ve infaz kabiliyeti teknik yönden değerlendirilerek yükümlünün elektronik cihaz ile izlenip izlenmemesine karar verilir.

DSHY’nin 100. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan Komisyondan anlaşılması gereken DSHY m. 4/1-o ve m. 33/1-ç gereğince infaz işlemleri değerlendirme komisyonu; daire başkanlığından anlaşılması gereken ise DSHY m. 4/1-d gereğince denetimli serbestlik daire başkanlığıdır. DSHY m. 100/2-3 göz önünde bulundurulduğunda; elektronik cihaz takılmak suretiyle ev hapsi yükümlülüğünün yerine getirilmesine infaz işlemleri değerlendirme komisyonunun (DSHY m. 4/1-o) denetimli serbestlik daire başkanlığına önerisi üzerine şube müdürlüğü karar vermektedir. Görüldüğü

[154] Demirtaş, “Toplum İçinde İzlenmesi,” 40, 41.

[155] Wiseman, “Pretrial Detention,” 1367.

üzere elektronik izleme suretiyle tedbirin infaz edilmesine, adli kontrol tedbirine ve bu tedbir kapsamında konutunu terk etmeme yükümlülüğüne hükmeden sulh ceza hâkimi veya mahkeme tarafından karar verilmemektedir. Elektronik kelepçe veya diğer teknik cihazların kullanılması suretiyle yükümlülüğün yerine getirilmesine hâkim veya mahkeme kararında usule aykırı olarak işaret edilmiş olsa da^[156] tedbirin takibi konusunda karar son aşamada idari bir makamın takdirine bırakılmaktadır. Ancak kanaatimizce kişi hürriyetinin kısıtlanması kapsamında yükümlünün sürekli gözetim ve denetime tabi tutulmasına neden olacak şekilde elektronik izleme suretiyle ya da diğer yöntemlerle konutu terk etmemek yükümlülüğünün takibi usulü doğrudan hâkim veya mahkeme kararına bırakılmalıdır. Her ne kadar 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nun (DSHK) 12. ve 13. maddelerinde soruşturma ve kovuşturma aşamasında hükmedilen ve adli kontrol tedbiri kapsamında konutunu terk etmemek yükümlülüğü de dâhil olmak üzere kararda belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin çalışmaları yürütmenin denetimli serbestlik müdürlüklerinin görevi olduğu hüküm altına alınarak kanuni bir dayanağa yer verilmişse de

[156] ABD vatandaşı rahip *Andrew Craig BRUNSON* hakkında İzmir 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından kovuşturma evresinde mahkemeye bildirilmiş olan adresi esas alınarak belirlenen konutunu terk etmemesine dair verilen kararda, söz konusu yükümlülüğün elektronik kelepçe veya elektronik izlemeye elverişli diğer sistemlerin kullanılması suretiyle infaz edilmesi gerektiğine açıkça yer verilmiştir:

“Sanık Andrew Craig Brunson'nun koğuşturma aşamasında ikametgâhı olarak bildirmiş olduğu adresinde *kaim konutunu terk etmektan yasaklanmasına, sanık hakkında konulan bu yoldaki adli kontrol tedbirinin elektronik kelepçe veya bu kontrole imkân sağlayan teknik cihaz ve donanımlarla sağlanmasına...*” “ABD'li Rahip Hakkında 'Ev Hapsi' Kararı,” *Demirören Haber Ajansı*, 20 Nisan 2020, <https://www.dha.com.tr/yurt/abdli-rahip-hakkinda-ev-hapsi-karari/haber-1591357>.

“Şüpheli hakkında CMK'nın 109/3-j maddesi uyarınca *elektronik kelepçe takılmak suretiyle 2 ay süre ile KONUTU TERK ETMEMESİNE...*” Ankara 6. Sulh Ceza Hâkimliği, Sorgu No: 2021/324 (UYAP).

Hâkim ya da mahkeme kararında elektronik kelepçeyle ya da diğer elektronik cihazlarla takip edilmesi gereğine işaret edildiği takdirde öncelikle bu usulün uygulanması tercih edilmelidir. Ancak izleme merkezinin kapasitesinin yeterli olmaması, yükümlünün sağlık durumunun elverişli olmaması gibi nedenlerle elektronik izleme sisteminin uygulanmadığı durumlarda asayiş ile yükümlülüğün takip edildiği hâkim veya mahkemeye bildirilmelidir.. ak ıkça yer verilmiştir. verilmiştirunu terk etmeme yükümlülüğünün ı veya karratamında alınan kararlarda soruşturma evresinde

uygulamanın idari organların keyfi uygulamasına bırakıldığı görülmektedir. Hâkim güvencesine ilişkin eksikliğin yanı sıra elektronik izleme sistemiyle konutu terk etmemek yükümlülüğünün infaz edilmesine Kanun'da bir güvencenin getirilmeyerek konuya sadece yönetmelikte yer verilmesi de doğru olmamıştır. DSHK'nin 15/A maddesinde “Şüpheli, sanık ve hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, gözetimi ve denetimi elektronik cihazların kullanılması suretiyle de yerine getirilebilir. Bu izleme, rızası alınmak koşuluyla şüpheli, sanık ve hükümlüye ait elektronik cihazlar kullanılmak suretiyle de yapılabilir” şeklinde kanuni bir düzenlemeye yer verilmiştir. AYM de bu kanuni düzenlemeyi de göz önünde bulundurarak konutunu terk etmeme yükümlülüğünün infaz edilmesi konusunda kanuni bir güvencenin ve dayanağın bulunduğu işaret etmiştir.^[157] Kanaatimizce söz konusu hükümden yola çıkarak konutu terk etmeme yükümlülüğünün

[157] Cinsel istismar suçundan hakkında suç şüphesini gösterir somut deliller ve kaçma şüphesi bulunması nedeniyle konutunu terk etmeme yükümlülüğü uygulanmasına ve mağdura zarar verme riskinin söz konusu olması nedeniyle, yükümlülüğün elektronik kelepçeyle infaz edilmesine şube müdürlüğü tarafından karar verilen M.S. başvurusunda, elektronik kelepçe uygulamasının kanuni dayanağının bulunduğu karar verilmiştir:

“...5402 sayılı Kanun'un 12. ve 13. maddeleri, soruşturma ve kovuşturma aşamasında hükmedilen konutu terk etmemenin de dâhil olduğu bazı adli kontrol tedbirleri kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin çalışmaları yürütmenin denetimli serbestlik müdürlüklerinin görevi olduğunu hüküm altına almıştır. Aynı Kanun'un 15/A maddesinde ise şüpheli, sanık ve hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, gözetimi ve denetiminin elektronik cihazların kullanılması suretiyle de yerine getirilmesine imkân tanımış ve buna ilişkin esas ve usullerin yönetmelik ile düzenlenmesini öngörmüştür. Bu çerçevede hangi yükümlülerin denetim ve takibinde elektronik cihazlar kullanılacağı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nin 46. maddesinin (5) numaralı fıkrasında ifade edilmiştir. Buna göre yükümlülerin topluma veya mağdura zarar verme durumu ile tekrar suç işleme riski açısından yoğun denetim altında tutulması söz konusu ise yükümlünün denetim ve takibinde elektronik cihazlar kullanılabilir. Anılan Yönetmelik'in 57. maddesinin (5) numaralı fıkrasında da haklarında -diğer bazı adli kontrol tedbirlerinin yanı sıra- konutu terk etmeme adli kontrol tedbirlerine karar verilen şüpheli veya sanıkların toplum içinde izlenmesi, denetim ve takibinin elektronik kelepçe takılmak suretiyle yerine getirilebileceği belirtilmiştir. Buna ilişkin usul ise Yönetmelik'in 101 ila 106. maddelerinde düzenlenmiştir...anılan mevzuat çerçevesinde bir uygulama yapıldığı görüldüğünden elektronik kelepçe uygulamasının da kanuni bir dayanağının bulunduğu sonucuna varılmıştır.” AYM, M.S., B. No: 2018/25505, 25/02/2021, § 72.

bu kapsamda yer aldığı sonucuna varılması mümkün değildir. Aynı zamanda bu yükümlülüğün elektronik izleme sistemleri kullanılmak suretiyle yerine getirilmesinin uygulama koşullarına ve sınırına dair bir hüküm de Kanun'da yer almamaktadır. Oysaki ev hapsinde sınırları belirlenmiş bir alandan kişinin dışarı çıkması engellenmek suretiyle şahsi özgürlüğü önemli ölçüde kısıtlanmaktadır ve bu nedenle tedbirin elektronik izleme suretiyle takip edilmesine karar verilmesine ilişkin düzenlemelerin Anayasa m. 13 gereğince kanunda yer alması hukuka uygun olacaktır.^[158] Nitekim Avrupa Konseyi'nin 2014 tarihli *Elektronik İzlemeye İlişkin Tavsiye Kararı*nda da elektronik izleme sistemleri kapsamında uygulanacak yöntemlerin usul ve esaslarıyla karar merciin belirlenmesine ilişkin kanun ve hâkim güvencesi konusunda benzer düşüncelere yer verilmiştir.^[159] Buna göre;

Ceza adaleti çerçevesinde elektronik izlemenin türleri, süresi ve uygulama yöntemleri kadar kullanımı da kanun ile düzenlenmelidir.

Elektronik izleme uygulanmasına ya da uygulamaya son verilmesine ilişkin kararlar yargısal makamlar tarafından alınmalı ya da bu kararların yargısal makamlar tarafından gözden geçirilmesi sağlanmalıdır.

Elektronik cihaz kullanılmak suretiyle tedbirin uygulanmasına DSHY m. 100/2-3'te yer alan usule göre karar verildiğinde izlenmesi gereken usul ise şu şekilde olacaktır: Konutunu terk etmeme yükümlülüğünün gereklerini

[158] Benzer yönde bkz. Yavuz, *Ceza İnfaz Sistemi*, 178, 235-237. Ancak yazar tarafından elektronik izleme sistemleri uygulanmak suretiyle denetime tabi tutulacak kişinin rızasının bulunup bulunmamasına göre tedbire karar verecek merciin tespit edilmesi konusunda ikili bir ayırım yapılmaktadır. Elektronik izleme sisteminin uygulanması konusunda faile tercih yapma olanağı sunulmuş ve failin başka bir tedbirin uygulanmasını da isteme fırsatı bulunuyorsa idari bir merci tarafından da karar verilebilecektir. Ancak şüpheli veya sanığın elektronik izleme sistemi konusunda tercih yapma imkânı yoksa mutlaka bir yargı merci tarafından karar verilmesi ya da idari makam tarafından verilen kararın hâkim ya da mahkeme tarafından onaylanması gerekmektedir. Yavuz, *Ceza İnfaz Sistemi*, 237.

[159] Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, "2014/4 Sayılı Tavsiye Kararı." Elektronik izlemeye ilişkin tedbirlere idari makamlar tarafından karar verilmesi nedeniyle mevcut düzenlemelerin tavsiye kararının gereklerini karşılamadığı ve tavsiye kararına aykırılık teşkil ettiği yönünde ayrıca bkz. Çetin, *Elektronik izleme*, 232.

yerine getirip getirmediğinin elektronik izleme suretiyle takip edilmesine karar verilen yükümlünün “elektronik cihazın özelliğine göre müdürlüğe davet edilmesi veya yükümlünün evine denetimli serbestlik memurunun gitmesi suretiyle elektronik izleme ünitesi kurulur ve devreye sokulur” (DSHY m. 101/1). Yükümlünün rızası alınmak suretiyle kendisine ait elektronik cihazlar kullanılarak da elektronik izleme gerçekleştirilebilir ve yükümlünün kendisine ait cihazların kullanılması suretiyle elektronik izlemenin uygulanabilmesi için “elektronik cihaz, GSM hattı, internet ve gerektiğinde program aboneliği gibi izleme için gerekli diğer ihtiyaçları” da karşılaması gerekmektedir (DSHY m. 103/1-2). Sonrasında ise denetimli serbestlik personeli tarafından elektronik cihazların ve ilgili ünitenin nasıl kullanılacağı, yükümlü tarafından uyulacak kuralların nelerden ibaret olduğu ve yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi halinde sonuçlarının ne olacağı yükümlüye yazılı olarak bildirilir (DSHY m. 101/1-2). Elektronik izleme ünitesinin kurulması ve devreye sokulmasından sonra konutunu terk etmeme yükümlülüğüne riayet edilip edilmediğinin takip edilmesi aşaması söz konusu olacaktır. DSHY m. 98/1, m. 99/2-ç ve m. 101/4 gereğince yükümlülüğün gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini takip etmek görevi elektronik izleme merkezlerine verilmiştir. Nitekim DSHY’nin 98. maddesinin 1. fıkrasında şüpheli veya sanıkların “elektronik yöntemlerle ve araçlarla toplum içinde izlenmesi, gözetimi ve denetlenmesi amacıyla elektronik izleme merkezlerinin oluşturulacağı” belirtilmiş; 99. maddede ise ihtiyaç halinde denetimli serbestlik memurlarının görevlendirileceği elektronik izleme müdahale ekiplerinin oluşturulması öngörülmüştür. Bu kapsamda hakkında ev hapsi yükümlülüğü elektronik cihaz takılarak uygulanan şüpheli veya sanığın takip edilmesi sağlanarak yükümlülüklerini ihlal edip edilmediği tespit edilecektir (DSHY m. 98/5, 99/2-ç, e). İzleme merkezinde görevli denetimli serbestlik memuru tarafından yükümlülüklere aykırı hareket edildiğinin tespit edilmesi halinde “durum tutanak altına alınarak aynı gün daire başkanlığının ilgili şube müdürlüğüne bildirilecektir” (DSHY m. 98/5).

Konutunu terk etmeme yükümlülüğünün gereklerinin yerine getirilip getirilmediğinin yukarıda belirtilen usul çerçevesinde elektronik izleme sistemlerinin kullanılması suretiyle elektronik ortamda gönderilen sinyaller üzerinden denetlenmesi kolaylık arz etmekte ve elektronik kelepçe ile yükümlünün konut içerisinde kolaylıkla hareket etmesi önemli avantajlar sağlamaktadır. Buna rağmen bu sistemin özellikle yükümlünün takip

edilmesi noktasında bazı olumsuz yönlerinin de bulunduğunu ifade etmek gerekmektedir. Konutunu terk etmeme yükümlülüğünün elektronik izleme yöntemiyle uygulanması halinde takibin yapılması kolay ve etkili olmasına rağmen; teknik araçlarda ve sistemlerde var olan açıklardan yararlanılması kolaydır. Yine şüpheli veya sanık tarafından kullanılan cihazın bilerek ya da elde olmayan sebeplerle bozulması nedeniyle takibin aksaması ve fail tarafından yükümlülüğe uygun hareket edildiğinin ispat edilmek zorunda kalınması da bu olumsuzluklar arasında zikredilebilir.^[160] Elektronik izleme sisteminde aksaklıkların meydana gelmesi (sinyallerdeki kopukluklar gibi) ve yanlış alarmlar da (vücut ısısına karşı duyarlı elektronik kelepçenin uykuda kayması sonucu hatalı şekilde sisteme alarm gönderilmesi gibi^[161]) sorun yaratabilmektedir.^[162] Ayrıca elektronik izleme sistemlerinin kullanılması suretiyle yükümlünün evde durmasının sağlanmasının konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanmasını sonuçlayan gereklilikleri sağlamaya tam olarak hizmet ettiğini söylemek de çoğu zaman zordur. Nitekim konutunu terk etmeme yükümlülüğünün elektronik sistemlerle denetlendiği durumda bu denetleme şekli tedbirin uygulanmasını gerektiren tutuklama nedenlerinin gerçekleşmesini engelleme konusunda her zaman etkili olmayabilecektir. Örneğin elektronik izleme sistemiyle denetlenen şüpheli veya sanığın konuttan ayrılması mümkün olmadığından bizzat olay yerine giderek mevcut olan delilleri (mermi kovani, bıçak, kan izi taşıyan bir giysi gibi) yok edemeyen, gizleyemeyen veya değiştiremeyen yükümlü açısından delillerin karartılması tehlikesini azaltabilecektir. Ancak kullanılan elektronik araçlar şüpheli veya sanığın tanıkları, uzmanları (bilirkişileri) veya diğer suçluları etkileyip etkilemediğini belirleyemez;^[163] zira şüpheli veya

[160] Koç, “Elektronik İzleme,” 187. Benzer yönde bkz. Maes vd, “Belçika’da Elektronik İzleme,” 52.

[161] “Yaklaşanı görürüz,” *Hürriyet*, 8 Nisan 2022, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/yaklasani-goruruz-21269310>.

[162] Yıldırım ve Varol, “Elektronik İzleme Yöntemleri,” 203.

[163] Hochmayr, “Elektronisch überwachter Hausarrest,” Rn. 19. Aynı yazar tarafından elektronik izleme sistemlerinin kullanılması suretiyle ev hapsi uygulaması konusunda ileri sürülen ve bu uygulamanın tutuklama nedenlerini ortadan kaldırmak için pek de uygun bir tedbiri oluşturmayacağı konusunda değerlendirilebilecek diğer gerekçeleri ise şu şekildedir: Söz konusu tedbirin uygulanmasının yeni bir suçun işlenmesi tehlikesini ortadan kaldırma konusunda da çok büyük katkılar sağladığını

sanığın konutunu terk etmeme yükümlülüğü kapsamında iletişim kurması tamamen engellenmemektedir. Yine elektronik kelepçenin veya izlemeyi sağlayacak cihazların kasten çıkarılması, bozulması vb. ihtimali de elektronik sistemle ev hapsinin denetlenmesi uygulaması açısından olumsuz bir durum teşkil edebilecektir. Elektronik izleme sistemleri kapsamında geliştirilen yeni cihazların ortaya çıkabilecek güvenlik problemlerini önemli ölçüde ortadan kaldıracak nitelikte olduğu ve sistemde ve kullanılan cihazlarda meydana gelen arızaları tespit ederek izleme merkezlerine ileten sistemlerin bulunduğu^[164] da tespit edilmiş olmasına rağmen sistemle ilgili sorunların tamamen çözüme kavuştuğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Her ne kadar bu olumsuzlukların önlenmesi amacıyla DSHY'nin 101. maddesinin 3. fıkrasında yükümlülüğün elektronik cihazlar kullanılmak suretiyle yerine getirilmesine karar verilmesi durumunda, yükümlünün elektronik kelepçe ve diğer cihazlar ile ilgili üniteyi “kullanır durumda bulundurmamak, kararın infazı için gerekli olan kısıtlamalara ve elektronik cihazların kullanımına ilişkin belirlenen kurallara uygun hareket etmek zorunda olduğu” ve “bu kurallara aykırı davranışın yükümlülük ihlali” oluşturacağı ifade edilse de söz konusu kurallara şüpheli veya sanık tarafından riayet edilmemesi olasıdır. Şüpheli veya sanığın elektronik izleme sistemiyle ilgili kendisi hakkında öngörülen yükümlülüklerine uygun hareket etmemesinin sonuçları aşağıda ayrıca incelenecektir.

söylemek mümkün değildir. Barınma ve işyeri kısıtlaması en fazla suçu işleme olanaklarını azaltabilir. Önlem ayrıca kaçma riskini azaltmak için yalnızca sınırlı bir ölçüde uygundur. Tedbir uygulanan kişi izlemenin uygulandığı alana, yere geri dönmezse veya vericiyi uygulama süresi henüz bitmeden önce çıkarırsa sistem bir alarm tetikler ve derhal bir insan avı başlatılır; bu bilgi sanığın kaçmasına en fazla engel olabilir. Hochmayr, “Elektronisch überwachter Hausarrest,” Rn. 19. Ancak ev hapsi tedbirinin uygulanmasında failin kaçması veya yeniden suç işlemesi konusunda riskler mevcut olmasına rağmen; kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının korunmasını sağlamak amacıyla uygulanacak alternatif tedbirin tutuklamaya göre daha hafif bir tedbir olması gereği, orantılılık ilkesi gereğince tutuklama tedbiri gibi tutukevinde veya ceza infaz kurumunda uygulanmaması gereği ve teknolojinin günümüzdeki mevcut hali karşısında söz konusu riskleri tümüyle ortadan kaldırmanın mümkün olmadığını da göz önünde bulundurmamak gerekmektedir.

[164] Yıldırım ve Varol, “Elektronik İzleme Yöntemleri,” 199, 203-204.

VI. KONUTUNU TERK ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SONA ERMESİ

CMK’de konutunu terk etmeme yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adli kontrol koruma tedbirinin uygulanabileceği süre konusunda Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 7331 SK’nin 17. maddesiyle CMK’ye eklenen 110/A maddesi öncesinde azami bir süre sınırı öngörülmemiştir. Bu nedenle adli kontrol tedbirini kapsamında uygulanması öngörülen konutunu terk etmeme yükümlülüğünün mutlak suretle sona ereceği maksimum sürenin de önceden tespit edilebilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmaktaydı. Bu kapsamda uygulamada sulh ceza hakimleri veya mahkemeler tarafından 14 gün, 30 gün, 1 ay, 2 ay gibi belirli sürelerle konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanmasına karar verildiği gözlemlendiği gibi^[165] “soruşturma sonuna kadar devam etmesine”^[166] ya da “iddianame düzenlenip ilgili mahkemece kabul edilinceye kadar geçerli olmak üzere”^[167] şeklinde önceden kesin olarak belirlenmesi

[165] “Bağcılar’da yaşlı adamı durdurarak yüzüne zorla maske takıp başına kolonya döken Osman Koçyiğit hakkında nöbetçi mahkeme 14 gün evden çıkma yasağı ve 15 gün içinde haftada 2 kez huzur evi ziyareti ve adli kontrol şartına hükmetti... Hakimlik tarafından da sorgusu yapılan Koçyiğit hakkında ‘özel hayata ilişkin görüntü ve sesleri ifşa etme’ suçundan 14 gün elektronik kelepçe ile ev hapsine ve korona virüsüne yönelik önlemlerin kalkmasından sonra 15 gün süre içinde haftada 2 kez olmak üzere huzur evi ziyareti adli kontrol şartına hükmedildi.” “Sosyal medyada tepki çeken görüntülere ev hapsi ve huzur evi ziyareti cezası,” İhlas Haber Ajansı, 21 Nisan 2020, <https://www.ih.com.tr/haber-sosyal-medyada-tepki-cekken-goruntulere-ev-hapsi-ve-huzur-evi-ziyareti-cezasi-835009/>.

“Bina İçinde Muhafaza Altına Alınmış Olan Eşya Hakkında Hırsızlık suçundan şüpheli hakkında...CMK. 109 ve devamı maddeleri gereğince ADLİ KONTROL UYGULANMASINA, Şüphelinin CMK’nın 109/3-j maddesi uyarınca 2 ay süre ile KONUTU TERK ETMEMESİNE...” Ankara 6. Sulh Ceza Hâkimliği, Sorğu No: 2021/336, İfade Sorğu Zaptı (UYAP).

[166] “Şüphelinin üzerine yüklenen suçun niteliği, müştekinin hayatı tehlikesi olduğuna dair hastane rapor içeriği, şüpheli beyanı ile mevcut delil durumuna göre CMK 109/3-j maddesi gereğince ADLİ KONTROL ALTINA ALINMASINA, Şüphelinin CMK’nın 109/3-j maddesi uyarınca KONUTU TERK ETMEMESİNE, Adli kontrolün soruşturma sonuna kadar devam etmesine...” (UYAP).

[167] “Şüpheli MURAT AĞIREL’in adli kontrol kapsamında CMK’nın 109/3-j maddesi uyarınca şüpheli hakkında iddianame düzenlenip ilgili mahkemece kabul edilinceye kadar geçerli olmak üzere KONUTU TERK ETMEMEK ŞEKLİNDE ADLİ

mümkün olmayan sürelerle konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanmasına karar verildiği de görülmektedir. Konutunu terk etmeme yükümlülüğüne hükmedilirken kesin bir süre belirtilmemesi (soruşturma sonu ya da iddianamenin kabulü gibi) ya da 7331 SK'nin 17. maddesiyle eklenen 110/A maddesi öncesi CMK'de adli kontrol tedbirinin uygulanabileceği üst sınırın bulunmamasından hareketle sürenin uzun belirlenmesi, Kanun'da mevcut olan hükümlere aykırılık teşkil etmiyor görünmekteydi. Ancak uzun süre kişinin konutunda adli kontrole tabi tutulması, koruma tedbirlerinin geçici nitelik arz etmesi^[168] ve konutunu terk etmeme yükümlülüğünün kişinin hürriyetinden yoksun bırakılmasına yol açan bir tedbiri oluşturması nedeniyle hukuka aykırılık teşkil edebilecek nitelikteydi. Nitekim AİHM de *Buzadji v. Moldova Cumhuriyeti* kararında; ev hapsinin uygulandığı süre yönünden yaptığı değerlendirmede, başvuranın uyması gereken kısıtlamalardan herhangi birini ihlal etmeksizin toplamda *on bir buçuk aya* yakın süre boyunca ev hapsinde olması nedeniyle yapılan müdahalenin derecesi ve yoğunluğu göz önünde bulundurulduğunda kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılma sonucunu doğurduğuna ve ihlal meselesinin AİHS m. 5/3 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.^[169] AİHM, söz konusu kararıyla birlikte tutukluluk halinin sonlandırılmasına rağmen ev hapsinin uygulanmasının kişinin hürriyetinden yoksun bırakılma halini sonlandırmadığını kabul ederek konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uzun süre uygulanmasının özgürlük ve güvenlik hakkını ihlal etmesine yol açacağını kabul etmiş olmaktadır.

Bu kapsamda 7331 SK'nin 17. maddesiyle 110. maddeden sonra gelmek üzere eklenen “Adli kontrol altında geçecek süre” başlığını taşıyan 110/A maddesiyle adli kontrol tedbiri açısından azami süre sınırı getirilmesini öngören düzenlemenin şahsi hürriyetin kısıtlanması noktasında yükümlülere güvence getirmesi bağlamında olumlu bir gelişme olduğunu söylemek mümkündür. Söz konusu düzenleme gereğince; ağır ceza mahkemesinin

KONTROL TEDBİRİNİN UYGULANMASINA...” İstanbul 5. Sulh Ceza Hakimliği, 08.03.2020 T., 2020/1450 D. İş sayılı karar, “Murat Ağirel hakkında,” *Yeniçağ*.

[168] Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, 274.

[169] AİHM, *Buzadji/Moldova Cumhuriyeti* [BD], B. No: 23755/07, 05/07/2016, § 9, 19, 29, 30 vd., 104, 105.

görevine girmeyen işlerde adli kontrol süresi en çok iki yıl olacak; ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek bir yıl daha uzatılabilecektir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren işlerde ise adli kontrol süresi en çok üç yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilecektir; uzatma süresi toplam üç yılı, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda dört yılı geçemeyecektir. Çocuklar hakkında ise adli kontrol süreleri yarı oranında uygulanacaktır.

Hakim ya da mahkeme kararında öngörülen sürenin geçmesi halinde konutunu terk etmeme yükümlülüğünün sona erdirileceği muhakkaktır. Kararda öngörülen sürenin sona ermesinin yanı sıra konutunu terk etmeme yükümlülüğünün hükmedilmesini gerektiren şartların ortadan kaldırılmasıyla birlikte de yükümlülüğünün sona erdirilmesi gerektiğini kabul etmek zorunludur. Bu noktada ilk olarak konutunu terk etmeme yükümlülüğünün sona ermesi gereken sürenin belirlenmesinde uygulanan tedbirin amacını gerçekleştirmiş olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Genel itibariyle koruma tedbirinin uygulanmasıyla elde edilmek istenen amaca ulaşılmış olması veya kanunda koruma tedbirlerinin uygulanabileceği süre zarfının gösterilmesi durumunda bu sürenin geçmesi halinde koruma tedbiri sonlandırılmak zorundadır.^[170] Buradan hareketle adli kontrol tedbiri kapsamında yer alan konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanmasıyla elde edilecek amacın gerçekleşmesi^[171] ya da önlenmek istenen tehlikenin meydana gelmeyeceğinin anlaşılması (iddianamenin düzenlenmesi nedeniyle gizli anlaşma riskinin kalmaması ya da delillerin toplanmış olması nedeniyle delilleri karartma riskinin bulunmaması) veya tedbirin uygulanmasını gerektiren nedenlerin ortadan kalkması^[172] (failin kaçma riskinin ortadan

[170] Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, 274; Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 30.

[171] Kaya Göçmen, “İnsan Hakları Işığında,” 1797, 1807.

[172] Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, 324; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 305-306; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 493; Koca, “Tutuklamada Oranlilik İlkesi,” 127; Soyer Güleç, “Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar,” 66; Korkmaz, “Adli Kontrol,” 538; Sırma Gezer ve Saygılar Kırıt, “Adli Kontrol,” 714; Yılmaz, “Adli Kontrol,” 56; Kaya Göçmen, “İnsan Hakları Işığında,” 1797, 1807.

kalkması) durumlarında tedbire son verilmesi gerekecektir. Bu durumda soruşturma evresinde adli kontrol tedbirine C. savcısı tarafından re'sen (CMK m. 103/2^[173]) veya C. savcısının ya da şüphelinin veya sanığın istemi üzerine sulh ceza hâkimliği tarafından son verilir (CMK m. 110/2, m. 111/1). C. savcısı soruşturma evresinde “adli kontrol tedbirinin veya tutuklamanın artık gereksiz olduğu kanısına varacak olursa” söz konusu tedbirleri re'sen sonlandırmaya karar verebildiğine göre tedbirin kaldırılması için sulh ceza hâkiminden talepte bulunamaması gerekmektedir. Bu nedenle CMK m. 110/2'de yer verilen düzenlemenin değiştirilmesi gerekmektedir. Kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından C. savcısının (CMK m. 110/2-3) ya da şüpheli veya sanığın (CMK m.111/1) istemi üzerine adli kontrol tedbirine son verilir. Konutunu terk etmeme yükümlülüğünün sona ermesi gereken bir diğer hali ise şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararının veya sanık hakkında kovuşturma evresinde beraat, düşme ya da ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının verilmesi oluşturmaktadır. Kovuşturmaya yer olmadığı, beraat, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının verilmesi şüpheli ya da sanığın serbest bırakılması sonucunu doğuracağı için tedbir sona erecektir.^[174]

Şüpheli veya sanığın durumunda meydana gelen birtakım değişiklikler de adli kontrol kapsamında yer alan diğer bir yükümlülüğün uygulanmasını gerektirerek söz konusu kişiler hakkında uygulanan konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanmasının sona ermesine neden olabilir. Bu kapsamda; şüpheli veya sanığın sağlığında meydana gelen değişiklikler

[173] “Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı adli kontrol veya tutuklamanın artık gereksiz olduğunu kanısına varacak olursa, şüpheliyi re'sen serbest bırakır.”

CMK m. 110/2'de adli kontrol tedbiri kapsamında yer alan yükümlülüklerin tamamıyla veya kısmen kaldırılması konusunda C. savcısı tarafından sulh ceza hâkiminden talepte bulunulması şartının öngörülmüş olduğu, bu nedenle CMK m. 103/2'de yer alan hükmün yalnızca tutuklama tedbiri yerine adli kontrol tedbirinin uygulanmasının yetersiz kalacağını gözlemleyen C. savcısının tutuklama kararını kaldırarak kişiyi serbest bırakabileceği şeklinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Yıldız, “Adli Kontrol ve Şartları,” 144.

[174] Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 108; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 493; Özgüven, “Adli Kontrol,” 33; Kaya Göçmen, “İnsan Hakları Işığında,” 1807-1808.

nedeniyle konutunda bulunmaya devam etmesinin imkânsız hale gelmesi^[175] ya da kendisinin veya ailesinin ekonomik durumunda meydana gelen değişiklikler sonucu şüpheli ya da sanığın çalışmasının zorunluluk arz edecek olması veya yükümlülüğün devam etmesinin ekonomik durumu kötü yönde etkilemeye başlaması^[176] örnek gösterilebilir. Şüpheli veya sanığın konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanmasını engelleyecek bir nedenin gerçekleşmesi halinde kaçma olasılığını ya da delilleri karartma riskini bertaraf edecek şekilde başka bir adli kontrol tedbirine hükmedilmesi

[175] “ABD’nin İstanbul Başkonsolosluğu’nda güvenlik görevlisi olarak görev yapan ve 15 Temmuz darbe girişimi sonrasında terör suçlamasıyla tutuklanan Mete Cantürk hakkındaki ev hapsi kararı kaldırıldı...Nazmi Mete Cantürk’ün ev hapsi cezasının sağlık gerekçesiyle kaldırıldığı belirtildi...Mete Cantürk yüksek tansiyon ve diyabet sorunu olduğunu, 2008 yılında da kalp krizi geçirdiğini ve düzenli olarak doktoruna muayene olması gerektiğini söyledi. 17 aydır ev hapsinde olması sebebiyle sağlığının kötüleştiğini savundu. Bu unsurları değerlendiren mahkeme de Mete Cantürk hakkındaki ev hapsi cezasını kaldırdı ve yargılamanın devam ettiği süre boyunca da yetkililere imza vermesi gerektiğine hükmetti.” “ABD Konsolosluk Görevlisinin Ev Hapsi Kaldırıldı,” *Mynet*, 21 Nisan 2020, <https://www.mynet.com/abd-konsolosluk-gorevlisinin-ev-hapsi-kaldirildi-110105525681#>.

Kişinin sağlık durumunun veya hastalık halinin tutuklama yerine adli kontrol tedbirinin seçilmesinde ya da adli kontrol kapsamında seçilecek olan yükümlülüğün tespit edilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği konusunda ayrıca bkz. Kaya Göçmen, “İnsan Hakları Işığında,” 1776 vd.

[176] “...serbest olarak ticaret işi ile uğraştığından mal almak için şehir dışına çıkamadığını, ticari faaliyetinin durma noktasına geldiğini, mal almak yada satmak amacı ile şehir dışına çıkamadığını, bakmakla yükümlü bulunduğu üç kişinin olduğunu, bu nedenle kendisinin yanı sıra ailesinin de mağduriyetinin söz konusu olduğunu, haftada iki kez imza atıyor olmasının ticari faaliyetlerini engellemesi...gerekçesi ile...adli kontrol kararının kaldırılmasını talep ettiği anlaşılmıştır...kararı ile şüpheli...hakkında verilen adli kontrol kararının 15 GÜNDE BİR SALI GÜNÜ SAAT 13.30 – 14.30 olarak düzenlenmesine...” Adli kontrol tedbirinin yeniden düzenlenmesine ilişkin sulh ceza mahkemesi tarafından verilen söz konusu karar için bkz. Mustafa Tarık Şentuna, Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları, Anayasa ve Ceza Yargılaması Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol, 3. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), 224. Karar her ne kadar ev hapsi yükümlülüğüne ilişkin olmasa da şüpheli veya sanığın ekonomik durumunun (ailesine bakmak için çalışmak zorunda olması ve ekonomik faaliyetlerini yerine getirememesi somut olayda) adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanan yükümlülüğün değişmesine neden olabileceğini göstermektedir.

ya da konutunu terk etmeme yükümlülüğünden şüpheli veya sanığın geçici olarak muaf tutulması gerekecektir.^[177] CMK m. 110/2-3'te de C. savcısının istemi üzerine hâkim tarafından veya kovuşturma evresinde mahkemece adli kontrol tedbiri kapsamındaki “yükümlülüklerin bütünüyle veya kısmen kaldırılabilmesi, değiştirilebileceği veya şüpheli ya da sanığın bu yükümlülükler uymasından geçici olarak muaf tutulabileceği” ifade edilmiştir.^[178] Yine yükümlülüğün/yükümlülüklerin değiştirilmesini, kaldırılmasını veya yükümlülükten/yükümlülüklerden birinden geçici olarak muaf tutulmayı şüpheli veya sanık da isteyebilecektir. Nitekim CMK m. 111/1'e göre şüpheli veya sanığın da konutu terk etmemek şeklindeki adli kontrol tedbirinin kaldırılmasını, bu yükümlülük yerine başka bir yükümlülüğün uygulanmasını veya geçici olarak kendisi hakkında bu tedbirin uygulanmamasını talep etme hakkı bulunmaktadır. Böyle bir durumda şüpheli veya sanığın talebi üzerine karar verecek olan hâkim veya mahkeme C. savcısının da görüşünü alacaktır. Tutuklama tedbirinden farklı olarak CMK m. 108/1'de C. savcısının istemi üzerine ve m. 108/2'de şüphelinin istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından en geç otuz günlük süreyle; m. 108/3'te ise hâkim veya mahkeme tarafından her oturumda ya da oturumlar arasında veya en geç otuz günlük süre zarfında tutukluluk halinin devam etmesi gerekip gerekmeyeceği incelemesinin yapılacağı konusunda tutuklama tedbiri açısından öngörülen bir denetim sistemi adli kontrolde öngörülmemiştir.^[179] Ancak 7331 SK'nin 16. maddesiyle CMK m. 109'a 4. fıkraya eklenerek adli kontrol tedbirinin devam etmesinin gerekip gerekmediğinin belirli süre zarfında incelenmesi öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre; “Şüpheli veya sanığın adli kontrol yükümlülüğünün devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda en geç dört

[177] Şüpheli veya sanığın ekonomik, sosyal vb. durumunda ortaya çıkan değişiklikler nedeniyle tedbirin devam etmesinin günlük yaşamın idame ettirilmesini imkânsız hale getirmesi durumunda benzer yönde uygulama yapılması gerektiği konusunda bkz. Aldemir, *Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri*, 314.

[178] Benzer yönde düzenlemeye Fransız CMK m. 139/2'de de yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; “hâkim yükümlünün bir veya birden fazla yeni yükümlülüğe tabi tutulmasına karar verebilir; yükümlülüklerin bütünüyle veya kısmen kaldırılmasına karar verebilir; yükümlülüklerin bir veya birkaçını değiştirebilir ya da belirli yükümlülükler uymaktan geçici olarak yükümlüyü muaf tutabilir.”

[179] Bu yönde bir düzenlemenin Kanun'a eklenmesi gerektiği konusunda bkz. Tekin, “Adli Kontrol Tedbirleri,” 308; Centel, “Adli Kontrol-Tutuklama-Yakalama,” 849.

aylık aralıklarla; soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise re'sen mahkeme tarafından 109 uncu madde hükümleri göz önünde bulundurularak karar verilir.”

Konutunu terk etmeme yükümlülüğünün sona ermesine yol açabilecek bir diğer nedeni ise şüpheli veya sanık hakkında tutuklama tedbirinin uygulanacak olması oluşturmaktadır. CMK'nin “Tedbirlere Uymama” başlıklı 112/1 maddesi uyarınca adli kontrol yükümlülüklerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli ya da sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının miktarı ne olursa olsun (CMK m. 100/4 kapsamında vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenen suçlar hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceğine ilişkin kurala istisna getirilmiş olmaktadır), yetkili olan yargı mercii hemen tutuklama kararı verebilir.^[180] Böylece adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanan konutunu terk etmeme yükümlülüğü, tedbirin gereklerinin yerine getirilmemiş olması, yükümlülüğe aykırı bir davranışta bulunulması halinde yine son bulacaktır.^[181] Bu duruma yükümlünün dışarı çıkması için izin verilen süre zarfı dışında konuttan dışarı çıkması, elektronik kelepçeden sinyal

[180] CMK'nin “Tedbirlere Uymama” başlığı taşıyan 112. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: “Adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, yetkili yargı mercii hemen tutuklama kararı verebilir.”

Fransız CMK m. 141/2'de de yükümlülüğün yerine getirilmesinin kasten ihlali halinde; yükümlü hakkında yakalama emri çıkartılabileceğine veya mahkeme celbi gönderilebileceğine ya da hükmedilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun yükümlünün tutuklanmasına karar verilebileceğine yer verilmiştir.

[181] Konutunu terk etmeme yükümlülüğüne uyulmaması halinde uygulama alanı bulacak düzenlemelerden birini de DSHY m. 57/2 oluşturmaktadır. DSHY'nin 57. maddesinin 2. fıkrasında adli kontrol tedbiri kapsamında hükmedilen yükümlülüklerin gereklerinin “mazeretsiz ve kasıtlı olarak yerine getirilmemesi, tedbirin infazına başladıktan sonra tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine devam edilmemesi veya yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde yükümlünün uyarılmayacağı ve hakkında bu konuda karar verilmesi için dosyanın C. başsavcılığı aracılığıyla yargı merciiine gönderileceği” ifade edilmiştir. Ancak acil bir durum nedeniyle örneğin şüpheli veya sanığın hastalanması ya da doğal afet nedeniyle evden ayrılmasının zorunlu olduğu hallerde yükümlülüğün kasten yerine getirilmemesi söz konusu olmadığı için bu maddenin uygulanması söz konusu olamayacaktır. Benzer yönde bkz. Aldemir, *Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri*, 338-339; Tekin, “Adli Kontrol Tedbirleri,” 301-302.

alınmasını engelleyecek şekilde sistemin yükümlü tarafından bozulması örnek olarak verilebilir.

Yükümlülükleri isteyerek yerine getirmeme kavramına yükümlünün kaçma hazırlıkları yapıyor olması halinin de girip girmeyeceği ve bu noktada böyle bir durumda yükümlü aleyhine CMK m. 112/1 gereğince tutuklamaya hükmedilip hükmedilemeyeceği tereddüt oluşturmaktadır. Aynı şekilde hukukumuzda “yeni şartların tutuklama tedbirinin uygulanmasını gerektirmesi” halinde de CMK m. 112/1’e dayanılarak yükümlü aleyhine tutuklama tedbirine başvurulamayacaktır. Tereddütlü olan bu noktaların giderilmesi adına Alman CMK § 116/4’te bulunan hüküm de göz önünde bulundurulabilir niteliktedir. Alman CMK’sinde düzenlenen söz konusu hükümden; şüpheli veya sanığın hâkim veya kovuşturma makamlarının izni olmaksızın yaşadığı yeri veya ikametgâhını ya da belirli bir bölgeyi terk etmemesi ya da yaşadığı yerden ancak belli bir kişinin gözetiminde ayrılabilmesi tedbirlerine ilişkin olarak hâkimin belirli nedenlerin gerçekleşmesi durumunda askıya alınan tutuklama tedbirinin tekrar yerine getirilmesine karar verebileceği belirtilmiştir. Askıya alınan tutuklama tedbirinin infaz edilmesine neden olan bu haller; şüpheli veya sanığın kendisi hakkında öngörülen yükümlülüğü ve kısıtlamaları ağır bir şekilde ihlal etmesi, kaçmak için gerekli hazırlıkları yapması, yeterli bir mazereti olmaksızın usulüne uygun olarak yapılan çağrıya uymaması, kendisine duyulan güvenin boşa çıktığını göstermesi ya da ortaya çıkan yeni şartların tutuklama tedbirinin uygulanmasını gerektirmesidir. Kanaatimizce şüpheli veya sanığın kaçmak için hazırlık yapması ya da yeni şartların tutuklama tedbirinin uygulanmasını gerektirmesi hali CMK m. 112/1 çerçevesinde konutunu terk etmeme yükümlülüğünün isteyerek yerine getirilmemesi kapsamında değerlendirilemeyecek olmasına rağmen tutuklama tedbirinin uygulanması açısından mevzuatımızda bir eksikliğe vücut vermemektedir. Ortaya çıkan kaçma hazırlığı ya da yeni şartlar uygulanmakta olan adli kontrol tedbiri kapsamındaki konutunu terk

Aynı zamanda bu konuda hapis cezasının konutta infazına ilişkin DSHYnin 74. maddesinin 10. fıkrası da göz önünde bulundurulabilir: “Cezanın konutta infazında, hükümlünün sağlık, eğitim, ibadet gibi temel ihtiyaçları dikkate alınır. Hükümlünün acil sağlık durumu, depresyon, yangın, doğal afetler gibi öngörülemeyen nedenlerden dolayı konuttan ayrılması ihlal sayılmaz. Zaruret nedeniyle konutunu terk eden hükümlü, bu zorunluluğun ortadan kalkmasından itibaren üç gün içerisinde müdürlüğe başvurmak zorundadır. Bu durumda konut dışında geçen süreler infazdan sayılır.”

etmeme yükümlülüğünün yetersiz kalacağını gösteren fiili nedenlere örnek olarak gösterilebilir ve somut olay kapsamında tutuklama kararı verilmesine gerekçe teşkil edebilir.

Konutunu terk etmeme yükümlülüğünün gereklerine aykırı davranılarak tutuklama tedbirinin uygulanması; tutuklama için Kanun'da öngörülen azami sürenin dolması nedeniyle adli kontrol tedbiri verilmesinin zorunluluk arz ettiği durumlar^[182] veya tutuklama yasağı bulunan suçta adli kontrol tedbiri verilmesi hali için de geçerlidir.^[183] Ancak madde metninde yalnızca “hapis cezasının süresi ne olursa olsun” ifadesi kullanılmış olduğundan yalnızca adli para cezasını gerektiren suçlarda şüpheli veya sanığın konutunu terk etmeme yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi nedeniyle tutuklama kararı verilemeyecektir.^[184] Bu durumda hâkim veya mahkeme tarafından ancak konutunu terk etmeme yükümlülüğü değiştirilebilecek ya da yeni bir yükümlülük türü ilave edilebilecektir.^[185]

[182] CMK m. 112/2 şu şekildedir: “Birinci fıkra hükmü, azami tutukluluk süresinin dolması nedeniyle verilen adli kontrol tedbirinin ihlali hâlinde de uygulanabilir. Ancak, bu durumda tutuklama süresi ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde dokuz aydan, diğer işlerde iki aydan fazla olamaz.”

[183] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 307; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 494; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 839, 840; Öztürk, “Adli Kontrol,” 8; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 441.

[184] Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 839; Özgüven, “Adli Kontrol,” 34; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 441; Tekin, “Adli Kontrol Tedbirleri,” 302; Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 441.

[185] Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 839. Adli kontrol kapsamında yer alan yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde Kanun'da tutuklama kararı verilebileceğine yönelik bir düzenleme getirilmesinin, tutuklama yasaklarının öngörülmesi suretiyle temel hak ve özgürlüklere getirilen güvenceyi ortadan kaldırdığı ifade edilmiştir. Özgüven, “Adli Kontrol,” 35, 36; Tekin, “Adli Kontrol Tedbirleri,” 302. Bunun yerine adli kontrol tedbirlerinin gereklerine uygun davranılmasını temin etmek için ihlal halinde yükümlülüklerin değiştirilmesini ya da yükümlülük sayısının arttırılmasını sağlayacak bir düzenleme getirilmesi daha uygun olacaktır. Özgüven, “Adli Kontrol,” 35-36. Ancak Kanun'da zaten tutuklama zorunluluğu öngörülmemiştir; mevcut kanuni düzenleme gereğince de başka bir adli kontrol tedbirine hükmedilmesi ya da yükümlülüklerin kapsamının genişletilmesi mümkündür. Bu nedenle tutuklama yasağı öngörülmekle getirilen güvencenin ihlal edilmediği kanaatindeyiz.

Konutunu terk etmeme yükümlülüğünün sona ermesi halinde yükümlülüğün elektronik kelepçe veya diğer elektronik cihazların kullanılması suretiyle infaz edilmesi söz konusuysa elektronik kelepçenin veya diğer elektronik cihazların sökülmesi gerekecektir. Böyle bir durumda elektronik kelepçenin ve diğer elektronik cihazların sökülmesine ilişkin hüküm mevzuatımızda DSHY m. 102’de düzenlidir. DSHY m. 102 gereğince; konutunu terk etmeme yükümlülüğü de dâhil olmak üzere söz konusu Yönetmelik kapsamında elektronik izleme sistemlerinin kullanılması suretiyle takip edilen yükümlünün; “yükümlülüğünün sona ermesi, yükümlülüğün ihlal edilmesi, yükümlünün ceza infaz kurumuna alınması veya yükümlünün elektronik cihazların kullanılması suretiyle takibinden vazgeçilmesi” durumunda, denetimli serbestlik personeli tarafından “elektronik cihazlar ve elektronik kelepçe sökülecek, izleme sonlandırılacak ve gerekli kontroller yapıldıktan sonra yükümlüden tutanak karşılığında teslim alınacaktır.” “Elektronik cihaz ve kelepçe sökülmesine ilişkin talep üzerine izleme merkezi tarafından sistemden elektronik takip sonlandırılmakta ve elektronik takibe ilişkin gerekli bilgiler ilgili müdürlüğe iletilmektedir.”

VII. KONUTUNU TERK ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN CEZA MUHAKEMESİ KANUNU’NDAKİ SONUÇLARI

A) MAHSUP

Hükmün kesinleşmesinden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş sürelerin hükmolunan hapis cezasından veya adli para cezasından indirilmesi TCK m. 63’te mahsup başlığı altında düzenlenmiştir. Ev hapsi veya konutunu terk etmemek şeklindeki adli kontrol tedbiri kapsamındaki yükümlülük de şüpheli veya sanığın konutunda yerine getiriliyor olmasına rağmen kişiyi belli bir süre istediği yere gitmesinden alıkoyan ve şahsi hürriyetinin kısıtlanmasına yol açan bir tedbiri oluşturmaktadır. Bu nedenle muhakeme süreci sonucunda hapis veya adli para cezasının verilmesi ihtimalinde şahsi hürriyeti kısıtlama sebebi olarak konutunu terk etmeme yükümlülüğü kapsamında geçirilen sürenin cezadan mahsup edilme imkânının olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Konutunu terk etmeme yükümlülüğü altında geçirilen sürenin hükmedilen hapis veya adli para cezasından mahsup edilip edilemeyeceği konusunda yol gösterici düzenlemeyi CMK m. 109/6 oluşturmaktadır. Söz konusu

düzenlemeye göre “adli kontrol altında geçirilen süre, şahsi hürriyeti sınırlama nedeni olarak verilecek olan cezadan mahsup edilemez.” Ancak aynı fıkrada bu durumun bir istisnasına da yer verilmiş ve “uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek” yükümlülüğü kapsamında geçirilen sürenin cezadan mahsup edilmesi gerektiği ifade edilmişti. 7331 SK ile yapılan değişiklik öncesinde ev hapsinin adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanan bir yükümlülük olduğu ve adli kontrol altında geçirilen sürenin mahsup edilebileceğine ilişkin istisna kapsamında ev hapsi yükümlülüğüne yer verilmediği göz önünde bulundurulduğunda; konutunu terk etmeme yükümlülüğü altında geçirilen sürenin, şahsi hürriyeti kısıtlama sebebi olarak verilecek cezadan mahsup edilemeyeceğini kabul etmek gerekiyordu. Kanaatimizce tedavi veya muayene tedbirine tabi olmak ve bunları kabul etmek şeklindeki adli kontrol tedbiri kapsamında öngörülen yükümlülükte olduğu gibi kişinin şahsi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran ev hapsinde geçirilen sürenin de cezadan mahsup edilmesini sağlayacak bir düzenlemeye de Kanun’da yer verilmeliydi.^[186] Nitekim bu husus 7331 SK’de yer almış; CMK m. 109/6’da yapılan değişiklikte konutunu terk etmeme yükümlülüğü kapsamında adli kontrol altında geçirilecek sürenin şahsi hürriyeti sınırlama sebebi olarak mahsup edileceği ve konutunu terk etmemek yükümlülüğü altında geçen her iki günün cezanın mahsubunda bir gün olarak dikkate alınacağı öngörülmüştür. Ancak kanaatimizce “uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek” yükümlülüğünün uygulanmasında olduğu gibi konutunu terk etmeme yükümlülüğü altında geçen her günün cezanın mahsubunda bir gün olarak dikkate alınması daha doğru olurdu.

Yine AİHM tarafından *Ciobanu v. Romanya* davasında da ev hapsinde geçirilen sürenin infaz edilmekte olan cezadan mahsup edilmesinin mümkün olup olmadığı incelenmiş ve Mahkeme haklı olarak ev hapsinde geçirilen sürenin hükmolunan cezadan mahsup edilmesi gerektiği yönünde davayı karara bağlamıştır. Karara konu olayda; dolandırıcılık ve özel belgede

[186] Ev hapsi dâhilinde geçen sürenin de muhakeme süreci sonucunda verilen cezadan mahsup edilmesi gerektiği konusunda benzer yönde görüş için bkz. Korkmaz, “Adli Kontrol,” 534; Tekin, “Adli Kontrol Tedbirleri,” 301, 309; Demirtaş, “Toplum İçinde İzlenmesi,” 44.

sahtecilik suçlarını işlediği iddiasıyla hakkında Romanya Temyiz Mahkemesi tarafından iki yıl hapis cezasına mahkûm edilen başvuranın cezasının infaz edilebilmesi amacıyla Romanya yetkilileri, İtalya'dan iadesini talep etmiştir. İade edilmeyi bekleme sürecinde başvuran, ev hapsi şeklinde on beş gün boyunca gözaltında tutulmuş, Romanya'ya iade tarihini oluşturan Aralık 2007'ye kadar yaklaşık 1,5 yıl yalnızca işine gitmesi amacıyla dışarıya çıkmasına müsaade edilmiştir. Olayda başvuran, “iade tarihine kadar ev hapsinde geçirdiği sürenin de indirileceği göz önünde bulundurulduğunda Romanya kanunlarına göre Romanya'da salıverilmesine yetecek kadar cezanın infaz edildiğini belirtmiş” ve yerel mahkemeden serbest bırakılmasını talep etmiştir. Yerel mahkemece yapılan incelemede ise Romanya Ceza Kanunu'nda ev hapsinin koruyucu bir önlem olarak öngörülmediğine, başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakılmasına yol açan bir neden olarak değerlendirilmemesi gerektiğine, ancak yurt dışında tutuklu olarak geçirilen sürenin infaz edilecek cezadan indirilebileceğine değinilmiş ve talep reddedilmiştir. Ret kararı üzerine başvuran tarafından AİHM'e taşınan olayda; AİHM, İtalya hukukunda ev hapsinin kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına yol açan bir neden olarak öngörüldüğü, iş yerine gidilmesi için başvurana izin verilmiş olsa dahi özgürlüğünden mahrum bırakılan başvuranın ev hapsinde geçirdiği sürenin de infaz edilecek cezadan indirilebileceği sonucuna varmıştır.^[187]

B) HUKUKA AYKIRI OLARAK VERİLEN KONUTUNU TERK ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNDE TAZMİNAT

Suç soruşturması ve kovuşturması sırasında koruma tedbirleri için öngörülen usullere aykırı hareket edilmesi nedeniyle meydana gelen zararların telafi edilmesi CMK m. 141 vd. maddelerinde *koruma tedbirleri nedeniyle tazminat* bölümünde güvence altına alınmıştır. Söz konusu maddelerde tazminat istenebilecek haller, tazminat istemenin koşulları, tazminat istemesine engel olan durumlar ve devlet tarafından ödenmiş olan tazminatın koruma tedbirlerinin haksız bir şekilde uygulanmasına yol açarak zarara neden olan kişiden geri alınması konuları düzenlenmiş bulunmaktadır. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istenebilecek haller CMK m. 141/1'de yakalama, tutuklama, arama ve elkoyma olarak tahdidi bir şekilde sayılmış

[187] AİHM, Ciobanu/Romanya ve İtalya [BD], B. No: 4509/08, 09/07/2013. Kararın Türkçe özet metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur/?i=001-169857>.

bulunmaktadır.^[188] Ancak adli kontrol tedbirine hukuka aykırı olarak başvurulması veya makul süreyi aşacak kadar uzun bir süre adli kontrol tedbirinin uygulanmasına devam edilmesi hallerinde tazminat istenebileceğine yönelik açık bir düzenlemeye koruma tedbirleri nedeniyle tazminat sebepleri arasında yer verilmemiştir. Konutunu terk etmeme yükümlülüğünün de adli kontrol tedbiri kapsamında uygulanan bir yükümlülük olduğu ve tutuklamaya hükmedilebilecek hallerde öncelikle uygulama alanı bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda tutuklama nedenlerinin gerçekleşmemiş olmasına rağmen konutunu terk etmeme yükümlülüğüne karar verilmiş olması ya da konutunu terk etmeme yükümlülüğüyle elde edilmek istenen amaç gerçekleşmesine rağmen kişinin şahsi hürriyetinin kısıtlanmasına devam edilmesi halinde CMK m. 141/1'deki bu hükme dayanılarak tazminat istenip istenemeyeceği bir sorun teşkil etmektedir.

Doktrinde hukuka aykırı nitelikteki adli kontrol uygulamaları nedeniyle oluşacak zararların giderilmesi konusunda (konutu terk etmemek yükümlülüğü de dâhil) CMK m. 141/1'de açık bir hüküm bulunmaması dolayısıyla koruma tedbirleri nedeniyle tazminata dair hükümlere dayanılarak tazminat talep edilemeyeceği^[189] ve bu konuda Kanun'a ekleme yapılması gerektiği ifade edilmiştir.^[190] Bu görüşe göre hukuka aykırı nitelikte uygulanan adli

[188] Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 337; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, 390; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 480; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1074.

[189] "...davacının uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan 07.08.2015 – 08.08.2015 tarihleri arasında bir gün gözaltında kaldığı ve hakkında 12.08.2015 – 02.11.2015 tarihleri arasında 82 gün konutu terk etmemek adli kontrol tedbirine karar verildiği, yapılan yargılama sonunda beraatine hükmedildiği, beraat hükmünün 24.02.2016 tarihinde kesinleştiği, gözaltı tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 5271 sayılı CMK'nın 142. maddesinde öngörülen süre içinde yetkili ve görevli mahkemeye davanın açıldığı ve kanunda öngörülen yasal şartların oluştuğu...5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 141. ve devamı maddelerinde ise yakalama, gözaltı, tutuklama, arama ve el koyma işleminden kaynaklanan maddi ve manevi zararların tazmininin düzenlendiği dikkate alındığında, davacı hakkında uygulanan ve 5271 sayılı CMK'nın 109/3-j. maddesinde düzenlenen konutunu terk etmemek şeklindeki adli kontrol tedbiri nedeniyle tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerektiği..." Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2019/1929, K. 2020/7258, 21.12.2020. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

[190] Demirtaş, "Toplum İçinde İzlenmesi," 44.

kontrol tedbirleri dolayısıyla oluşan zarar, ancak idare hukukunun genel esasları çerçevesinde idari yargıda devlet aleyhine tazminat davası açılması suretiyle telafi edilebilecektir.^[191] Adli kontrol tedbiri her ne kadar CMK m. 141/1’de sınırlı şekilde sayılan tedbirlerden biri olmasa da m. 141/3’te ifade edilen “suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdiği karar veya yaptığı işlem” teşkil etmesi dolayısıyla doktrinde ileri sürülen söz konusu görüşe katılmak mümkün değildir. Kanaatimizce CMK m. 141/3 gereğince Devlete karşı koruma tedbirleri nedeniyle tazminat yoluna başvurulması mümkündür.^[192]

Gerçekten 6545 SK’nin 70. maddesiyle CMK m. 141’e ekleme yapılarak oluşturulan bu 3. fıkra ile CMK m. 141/1’de yer almayan, ancak ceza muhakemesi süreci içerisinde gerçekleşen zarar verici bazı fiillerden dolayı tazminat istenmesinin önü açılmıştır. *Şöyle ki* CMK m. 141/3’te yer alan düzenlemeye göre, “Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.” Bu bağlamda bakıldığında; adli kontrol tedbirinin ve bu kapsamda konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanmasına soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi; kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından karar verilmektedir. Adli kontrol tedbirinin ve bu kapsamda konutunu terk etmeme yükümlülüğünün kaldırılmasına ise soruşturma evresinde C. savcısı re’sen (CMK m. 103/2) veya C. savcısının ya da şüphelinin veya sanığın istemi üzerine soruşturma evresinde sulh ceza hâkimliği veya kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilmektedir. Dolayısıyla adli kontrol tedbirine ve bu kapsamda uygulanan konutunu terk etmeme yükümlülüğüne ilişkin alınan kararlarda ve yapılan işlemlerde yetkisi bulunan C. savcısının veya hâkimin hukuka aykırı bir davranışının bulunması durumunda CMK m. 141/3 gereğince Devlet aleyhine tazminat davasının açılması mümkün olabilecektir. Nitekim Yargıtay uygulamasında da CMK m. 141/3’e dayanılarak davacı hakkında tazminata hükmedilmesi gerektiğine

[191] Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 110; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 495.

[192] Mehmet Taştan, *Açıklamalı İçtihatlı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 19, 20.

karar verilebilen haller arasında uzun süre adli kontrol tedbirinin uygulanması nedeniyle davacıya uygulanan tedbirin seyahat özgürlüğünü kısıtlama tedbirini aşması ve davacıyı özgürlükten yoksun bırakması suretiyle uygulanan tedbirin ölçüsüz hale gelmesi durumuna da yer verilmeye başlanmıştır.^[193] Ancak uygulamada tereddüt oluşmasını engellemek amacıyla CMK m. 141/1'de yer alan tazminat sebepleri arasına tutuklamanın yanı sıra adli kontrol tedbirinin de eklenmesi kanaatimizce uygun olacaktır.

[193] Hakkındaki adli kontrol tedbirinin kaldırılmasına karar verilmiş olmasına rağmen elektronik kelepçeyle konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanmasına devam edilen yükümlünün açtığı koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davasında, CMK m. 141/3 gereğince maddi ve manevi tazminata hükmedilmesinin mümkün olduğu yönünde karar verilmiştir:

“...Gebze 1. Sulh Ceza Hakimliğinin...CMK'nın 109/3-j maddesi gereğince davacının konutunu terk etmemek üzere adli kontrol altına alınmasına karar verildiği...konutu terk etmemek şeklindeki adli kontrol dosyasının infaz işlemleri 19.08.2016 tarihinde elektronik kelepçe takılmak suretiyle başlamış olduğu...konutu terk etmemek adli kontrol kararının kaldırılmasına karar verildiği, fakat bu kararın ilgili kurumlara bildirilmediği, Davacının 16.02.2017 tarihli dilekçesi ile hakkında uygulanan konutu terk etmeme şeklindeki adli kontrol kararının kaldırılmasına yönelik talebi üzerine Samsun Cumhuriyet Başsavcılığınca...konutu terk etmeme şeklindeki adli kontrolün kaldırılmasının talep edildiği ve talebi inceleyen Samsun 2. Sulh Ceza Hakimliğince... adli kontrol kararının Ankara 3. Sulh Ceza Hakimliğinin 06.10.2016 tarih...kararı ile kaldırılmış olduğunun anlaşılmış olması nedeniyle talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi üzerine davacı hakkında...uygulanmasına devam edilen tedbirin aynı gün denetimli serbestlik yetkililerinin gelerek elektronik kelepçenin çıkarılması suretiyle tedbire son verildiği belirtilmiştir...adli kontrol tedbiri nedeniyle oluşturduğu anlaşılan zararın CMK'nın 141/1. maddesi kapsamında açıkça lafzi olarak belirtilmediği, ancak...CMK'nın 141. maddesine eklenen 3. fıkradaki...düzenleme nazara alındığında, davacı hakkında kaldırılmış olmasına rağmen uygulanmaya devam edilen adli kontrol tedbiri nedeniyle davacı yararına...tazminata hükmedilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş...” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2019/13827, K. 2021/1802, 22.02.2021 (UYAP).

SONUÇ

Konutu terk etmemek yükümlülüğü ya da daha fazla kullanılan adıyla *ev hapsi* adli kontrol tedbiri kapsamında öngörülen yükümlülüklerden biri olarak hukuk sistemimize girmiştir. Mahkûmiyet kararı verilerek suçu işlediği kesinleşmeksizin kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına neden olan tutuklama koruma tedbirinin olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak amacıyla ev hapsi yükümlülüğü, şüpheli ya da sanık yararına önemli bir yeniliği oluşturmaktadır. Nitekim AİHM kararlarında da belirtildiği üzere hem ev hapsi hem de tutuklama tedbiri kişinin özgürlüğünden yoksun kılınmasına neden olsa da tedbirin tutukevinde ya da ceza infaz kurumunda yerine getirilmesi, “genel bir organizasyona entegre olma, ceza infaz kurumunda bulunan diğer kişilerle paylaşım zorunluluğu, kurum yetkilileri tarafından pek çok faaliyetin sıkı denetime tabi tutulması” gibi zorlukları beraberinde getirmektedir. Yine kişinin aile, iş, eğitim vb. hayatındaki düzeninin değişmemesi açısından da ev hapsinin önemi yadsınamaz.

Buna rağmen özellikle kurumun yeni olması ve mevzuatta var olan eksiklikler nedeniyle uygulamada belirsiz durumlar ortaya çıkabilmekte ya da elektronik izleme sisteminde aksaklıklar meydana gelebilmektedir. Tedbirin uygulanmasına elverişli koşulların olmamasına ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde adli kontrol kapsamında yer alan diğer yükümlülüklerin de uygulanma ihtimali bulunmasına rağmen ev hapsine başvurulması gibi sistemin yanlış uygulamalarına rastlanabilmesi de olasıdır. Bu nedenle tedbirin uygulanmasında dikkatli davranılması önem arz etmektedir.

Bu çalışma kapsamında mevzuat ve uygulama çerçevesinde konutu terk etmeme yükümlülüğüne dair yapılması gerektiğini düşündüğümüz değişiklikler şu şekildedir:

1. Mevcut düzenlemeler kapsamında konutu bulunmamasına rağmen hukuka aykırı olarak ev hapsi uygulanmamalı, diğer adli kontrol türlerinden birinin uygulanması tercih edilmelidir. Kaçma veya delilleri karartma riskine karşı tutuklama tedbiri yerine geçebilecek adli kontrol tedbiri kapsamındaki en uygun yükümlülüğün ev hapsi olması durumunda konutu olmayan kişi açısından tedbirin resmi bir bakım-gözetim kurumunda yerine getirilmesini sağlayacak yasal düzenlemeye yer verilmelidir.

2. Ev hapsi de dâhil olacak şekilde adli kontrol tedbiri kapsamındaki yükümlülüklerin ne şekilde yerine getirileceğine ve tedbirin gereğinin yerine

getirilip getirilmediğinin izlenmesi usulünün nasıl yapılacağına ilişkin hükümlere DSHY'de yer verilmelidir.

3. Konutunu terk etmemek şeklindeki yükümlülüğe tabi olacak kişinin dışarı ile ne şekilde iletişim halinde olacağı, yükümlülüğün yerine getirileceği konuta kimlerin girebileceği, giriş-çıkışların ne zaman ve ne sıklıkla gerçekleştirilebileceği, yükümlünün günün ya da haftanın belli saatlerinde dışarı çıkma ihtimalinin bulunup bulunmadığı, konut içerisinde çalışmasının ya da başka faaliyetlerde bulunmasının mümkün olup olmadığı konularında mevzuatta açık düzenlemelere yer verilmelidir. Kişinin eğitim-öğretim hakkından yararlanması, konut sınırları dâhilinde veya belli saatlerde dışarıda çalışması, yakınlarıyla iletişim kurabilmesi, avukatı ile görüşebilmesi, kişisel gelişim programlarına devam etmesi, asgari ihtiyaçlarını temin etmek üzere günün belli zamanlarında evden uzaklaşmasına izin verilmesi sağlanmalıdır.

4. Elektronik izleme suretiyle tedbirin uygulanmasına ilişkin inisiyatif infaz işlemleri değerlendirme komisyonu ve şube müdürlüğü şeklinde idari bir makamın takdirine bırakılmamalı, sulh ceza hâkimi veya mahkeme tarafından karar verilmelidir.

5. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat talep edilebilecek haller arasında haksız olarak adli kontrol tedbiri kararı verilmesi, adli kontrol tedbirinin uygulandığı sürenin makul süre sınırını aşması ve haklı olarak adli kontrol kararı verilmesine rağmen kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmesi ve bu kararların kesinleşmesi nedenlerine de Kanunda açıkça yer verilmelidir.

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı. *İsveç Elektronik İzleme Sistemi Çalışma Ziyareti Raporu*. Stockholm: Eylül 2009.

Akipek, Jale G., Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku C. 1*. 8. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011.

Aldemir, Hüsnü. *Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri (Yakalama, Gözaltına Alma, Tutuklama ve Adli Kontrol)*. 3. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

Artuk, Mehmet Emin ve Esra Alan Akcan. "Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu (TCK m. 116)." *Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. özel sayı (2019): 2703-2728.

Black, Matt and Russell G. Smith. "Electronic Monitoring in the Criminal Justice System." *Australian Institute of Criminology*, no. 254 (May, 2003): 1-6.

Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 16. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.

Centel, Nur. "Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nda Adli Kontrol-Tutuklama-Yakalama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi." *Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, no. özel sayı (2006): 841-877.

Çetin, Soner Hamza. *Türk Ceza Hukukunda Elektronik İzleme*. Ankara: Adalet Yayınevi: 2020.

Çınar, Ali Rıza. *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1999.

Demirbaş, Timur. *İnfaz Hukuku (Özellikle Cezaevlerinin Tarihçesi, Uluslararası Belgelerle Karşılaştırmalı Olarak Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Ceza İnfaz Kurumlarının İdaresi)*. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.

- Demirtaş, Soner. “Elektronik Cihazların Kullanılması Suretiyle Şüpheli, Sanık veya Hükümlülerin Toplum İçinde İzlenmesi.” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 3-4 (2015): 23-55.
- Erdoğan, İhsan ve A. Dilşad Keskin. *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)*. 2. Baskı. Ankara: Gazi Kitabevi, 2019.
- Esen, Egemen. “Would You Mind Taking the Necessary Action as a Court of Assize? –Case of Şahin Alpay v. Turkey (Appl. No. 16538/17).” *Fasikül Hukuk Dergisi* 11, no. 111 (Şubat, 2019): 129-136.
- Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 5. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Graf, Jürgen Peter. “StPO § 116 Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls.” In *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, herausgegeben von Rolf Hannich, Rn. 1-35. München: C.H.Beck, 2019.
- Güler, Zafer. “Elektronik İzleme Sistemlerinin Farklı Ülkelere Göre İncelenmesi.” içinde *Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı “Uluslararası Yaklaşımlar”*, Editör Deniz Özyörük, 206-213. İstanbul: Atalay Matbaacılık, 2016.
- Hochmayr, Gudrun. “Elektronisch überwachter Hausarrest–Gegenwart und Zukunft in Deutschland und Österreich.” *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 33, (2013): 13-19.
- Illert, Haike. *Aspekte einer Implementierung des elektronisch überwachten Hausarrests in das deutsche Recht Band 1*. Göttingen: Cuvillier Verlag 2005.
- Karadağ, Muzaffer. “Adli Kontrol Düzenlemesi, İnfaz Hakimliği, Karşılaşılan Sorunlar, Çözüm Önerileri.” *Fasikül Hukuk Dergisi* 4, no. 32 (Temmuz, 2012): 25-29.
- Kaya, Abdülkadir. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı.” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 125-126 (Ocak-Şubat, 2015): 55-84.

- Kaya Göçmen, Özen. “Adli Kontrol Koruma Tedbirinin İnsan Hakları Işığında Değerlendirilmesi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 4 (Aralık, 2016): 1749-1814. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001847.
- Keskin Kızıroğlu, Serap. *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Koca, Mahmut. “Tutuklamada Oranlilik İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının ‘Adli Kontrol’ Tedbirinin Değerlendirilmesi.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2003): 109-142.
- Koca, Mahmut. “Temyiz Yolunda Davaya Katılma.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 18 (2014): 1-28.
- Koç, Ziya. “Elektronik İzleme ile Hapis Cezasının Konutta Çektirilmesi.” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 2 (2013): 173-220.
- Korkmaz, Fulya. “Adli Kontrol.” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, no. özel sayı (2015): 521-542. <https://doi.org/10.21492/inuhfd.239911>.
- Krauß, Matthias. “StPO § 116 Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls.” In *Beckok StPO mit RStBV und MiStra*, herausgegeben von Jürgen Peter Graf, Rn. 1-28. München: C.H.Beck, 2020.
- Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. 16. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, Kasım 2006.
- Lilly, J. Robert and Richard A. Ball. “A Brief History of House Arrest and Electronic Monitoring.” *Northern Kentucky Law Review* 13, no. 3 (1987): 343-374.
- Maes, Eric, Benjamin Mine, Caroline De Man ve Rosamunde Van Brakel. “Belçika’da Elektronik İzlemenin Tutuklama Çerçevesinde Ceza İnfaz Kurumlarının Kalabalıklaşmasına Bir Çözüm Olup Olmayacağı Konusunda Düşünme.” Çevirenler İbrahim Usta ve Burhan Alıcı, *Adalet Dergisi*, no. 45 (2013): 36-62.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. 16. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.

- Okuyucu Ergün, Güneş. *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu*. Ankara: Çakmak Yayınevi, 2010.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 14. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 12. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Özdemir, Süleyman Emre. *Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Özen, Mustafa. *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Özgüven, A. Duygu. 'Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde "Adli Kontrol."' *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 81 (2009): 1-42.
- Öztan, Bilge. *Medeni Hukukun Temel Kavramları*. 35. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Öztürk, Bahri, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. 13. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Öztürk, Bahri. "Adli Kontrol." *Fasikül Hukuk Dergisi* 13, no. 15 (Şubat, 2011): 6-9.
- Pekel Uludağlı, Nilay. "Hükümlülerin Denetiminde ve Toplum Kazandırılmasında Yeni Bir Yöntem Olarak Elektronik İzleme." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no. 4 (2012): 1337-1368. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001692.
- Rush, Fred L.. "Deinstitutional Incapacitation: Home Detention In Pre-Trial and Post-Conviction Contexts." *Northern Kentucky Law Review* 13, no. 3 (1987): 375-408.

- Seebode, Manfred. *Der Vollzug der Untersuchungshaft*. Berlin: Walter de Gruyter Verlag, 1985.
- Sırma Gezer, Özge ve Yasemin F. Saygılar Kırıt. “Adli Kontrol.” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15, no. 1-2 (Ocak-Şubat, 2016): 705-717.
- Sokullu Akıncı, Füsün. “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatif Ceza Yaptırımları.” *Yeni Türkiye Dergisi*, no. yargı reformu özel sayısı (Temmuz-Ağustos, 1996): 679-689.
- Soyaslan, Doğan. “Adli Kontrol.” *Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı’ya Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 71, no. özel sayı (2013): 1109-1117.
- Soyer Güleç, Sesim. “Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 98 (2012): 25-74.
- Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*. 10. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Şahin, Cumhur. *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.
- Şentuna, Mustafa Tarık. Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları, Anayasa ve Ceza Yargılaması Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014.
- Tabak, Bahadırhan. “Tutuklamaya Alternatif Bir Koruma Tedbiri ‘Adli Kontrol.’ ” İstanbul Barosu Dergisi 89, no. 2 (2015): 470-501.
- Taştan, Mehmet. *Açıklamalı İçtihatlı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Tekin, Abdurrahman. “Adli Kontrol Tedbirleri.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 32 (Ekim, 2017): 283-313.
- Tezcan, Durmuş. “Kişi Özgürlüğünü Korumak İçin Adli Kontrol Seçeneklerinin Tutuklama Koruma Tedbirinin Önüne Geçmesi Zorunluluğu.” *Fasikül Hukuk Dergisi* 4, no. 32 (Temmuz, 2012): 11-12.

- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. 13. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.
- Toroslu, Nevzat ve Metin Feyzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 17. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, 2017.
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt), C. 2*. 15. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Wiseman, Samuel R.. “Pretrial Detention and the Right to Be Monitored.” *The Yale Law Journal* 123, no. 5 (March, 2014): 1344-1404.
- Yavuz, Hakan A.. *Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhuğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 7. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Yetgin, Feridun. Şemalı Pratik İnfaz Hukuku El Kitabı (Açıklamalı-İçtihatlı) (*Karar, Müzekkere ve Dilekçe Örnekleri*). 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Yıldırım, Zeki. “Türk İnfaz Hukukunda Kısa Süreli Hapis Cezalarının Özel İnfaz Usulleri.” *Ceza Hukuku Dergisi* 13, no. 38 (Aralık, 2018): 146-192.
- Yıldırım, Nilay ve Asaf Varol. “Türkiye ve Dünya’da Elektronik İzleme Yöntemleri ve Elektronik İzlemede Kullanılan Cihazlar Üzerine Bir Araştırma.” içinde *Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı “Uluslararası Yaklaşımlar”*, Editör Deniz Özyörük, 195-205. İstanbul: Atalay Matbaacılık, 2016.
- Yıldız, Volkan. “5271 Sayılı CMK Kapsamında Adli Kontrol ve Şartları.” *Ceza Hukuku Dergisi* 6, no. 15 (Nisan, 2011): 131-148.
- Yılmaz, Zekeriya. “Adli Kontrol.” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 1 (2006): 33-63.
- Yurtcan, Erdener. *Ceza Yargılaması Hukuku*. 16. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.

Çevrimiçi Kaynaklar

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı. “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 2014/4 Sayılı Elektronik İzleme ile İlgili Tavsiye Kararı.” Erişim 24 Aralık 2021. <https://rm.coe.int/16806f4087>.

Anadolu Ajansı. “Brunson’ın Tutukluluğu Ev Hapsine Çevrildi.” 20 Nisan 2020. <https://www.aa.com.tr/tr/gunun-basliklari/brunsonin-tutuklulugu-ev-hapsine-cevrildi/1213549>.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası: Kararlar Bilgi Bankası | Anayasa Mahkemesi.

Council of Europe Committee of Ministers. “Recommendation No. R (80) 11.” Accessed December 24, 2021. <https://rm.coe.int/native/09000016804f2701>.

Council of Europe Committee of Ministers. “Resolution (65) 11.” Accessed December 24, 2021. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804c2839.

Cumhuriyet. “Şahin Alpay AYM’ye başvurdu: Ev hapsi kaldırılın.” 21 Nisan 2020. <http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/sahin-alpay-aymye-basvurdu-ev-hapsi-kaldirilsin-959847>.

Demirören Haber Ajansı. “ABD’li Rahip Hakkında ‘Ev Hapsi’ Kararı.” 20 Nisan 2020. <https://www.dha.com.tr/yurt/abdli-rahip-hakkinda-ev-hapsi-karari/haber-1591357>.

European Court of Human Rights: <http://hudoc.echr.coe.int>.

Families Against Mandatory Minimums. “Frequently Asked Questions About Federal Halfway Houses & Home Confinement.” Accessed July 2, 2021. Microsoft Word–FAQ Halfway House 4.24.12 NW (famm.org).

Gesetze im Internet. “Strafprozessordnung, § 116 Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls.” Erreichbarkeit April 15, 2020. <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/116.html>.

Hürriyet. “‘Evsiz’ sanık, ‘ev hapsi’ cezasına çarptırılınca...” 19 Nisan 2020. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/evsiz-sanik-ev-hapsi-cezasina-carptirilince-40488862>.

Hürriyet. “Yaklaşanı görürüz.” 8 Nisan 2022. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/yaklasani-goruruz-21269310>.

İhlas Haber Ajansı. “Sosyal medyada tepki çeken görüntülere ev hapsi ve huzur evi ziyareti cezası.” 21 Nisan 2020. <https://www.ihha.com.tr/haber-sosyal-medyada-tepki-ceken-goruntulere-ev-hapsi-ve-huzur-evi-ziyareti-cezasi-835009/>.

Legislationline. “Criminal Procedure Code of the French Republic (as of 2006) (English version).” Accessed April 14, 2022. https://www.legislationline.org/download/id/6381/file/France_CPC_am2006_en.pdf.

LEXPORA – Hukuk Bilgi Sistemi: Mevzuat, İçtihat, Literatür & Örnekler: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>.

Mynet. “ABD Konsolosluk Görevlisinin Ev Hapsi Kaldırıldı.” 21 Nisan 2020. <https://www.mynet.com/abd-konsolosluk-gorevlisinin-ev-hapsi-kaldirildi-110105525681#>.

Office of the Law Revision Counsel. “18 USC Part II: Criminal Procedure.” Accessed April 12, 2022. <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/part2&edition=prelim>.

T24 Bağımsız İnternet Gazetesi. “Evsiz adama verilen ev hapsi ile ilgili mahkemeden yeni karar.” 19 Nisan 2020. <https://t24.com.tr/haber/evsiz-adama-verilen-ev-hapsi-ile-ilgili-mahkemeden-yeni-karar,410585>.

Yargıtay Karar Arama Motoru: <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

Yeniçağ. “Murat Ağirel hakkında mahkemeden iki farklı karar.” 20 Nisan 2020. <https://www.yenicaggazetesi.com.tr/murat-agirel-hakkinda-mahkemeden-iki-farkli-karar-271156h.htm>.

Covid-19 Pandemisinde Uzaktan Eğitim: Kamu Hizmeti İlkeleri Çerçevesinde Bazı Değerlendirmeler

Sezin ÖZTOPRAK*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı. (avsezin@hotmail.com.tr) <https://orcid.org/0000-0002-9460-9583>

Makale Geliş Tarihi: 23 Eylül 2021 **Makale Kabul Tarihi:** 18 Nisan 2022

Atıf önerisi: Öztoprak, Sezin. “Covid-19 Pandemisinde Uzaktan Eğitim: Kamu Hizmeti İlkeleri Çerçevesinde Bazı Değerlendirmeler.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 2 (Nisan 2022): 189-249. DOI: 10.30915/abd.1141966

COVID-19 PANDEMİSİNDE UZAKTAN EĞİTİM: KAMU HİZMETİ İLKELERİ ÇERÇEVESİNDE BAZI DEĞERLENDİRMELER

ÖZ

İdarenin başlıca kamu hizmetlerinden biri eğitim kamu hizmetidir. Eğitim hakkının temel insan haklarından biri olması, idarenin bu alandaki sorumluluğunu bir kat daha artırmaktadır. Bu sebeple, korona virüsü (Covid-19) pandemisinin başlamasıyla beraber, Dünya'nın ve Türkiye'nin gündemine aniden gelen uzaktan eğitimin idare hukuku açısından da önemi büyüktür. Normal dönemlerde uygulanan uzaktan eğitimden birçok açıdan ayrılan pandemi sürecinde uygulanan uzaktan eğitim, idareyi eğitim kamu hizmetinin aksamadan ve gereğince sunulabilmesi açısından oldukça zor bir süreçle karşı karşıya bırakmıştır. Bu çalışmanın temel çerçevesini, pandemi sürecinde uzaktan eğitimin bir yandan süreklilik ve değişkenlik ilkelerinin sonucu olarak ortaya çıkmasına, diğer yandan eşitlik ilkesi ve ilköğretim kamu hizmeti açısından meccanilik ilkesi ile çelişen yönlerinin bulunmasına ilişkin değerlendirmeler oluşturmuştur.

Anahtar Kelimeler

Eğitim kamu hizmeti

Eğitim hakkı

Uzaktan eğitim

Kamu hizmeti ilkeleri

Covid-19

DISTANCE EDUCATION IN COVID-19 PANDEMIC: SOME EVALUATIONS WITHIN THE SCOPE OF THE PRINCIPLES OF PUBLIC SERVICE

ABSTRACT

One of the major public services of administration is education public service. The fact that the right to education is one of the basic human rights increases the responsibility of administration still more, in this area. Therefore, distance education, which has come up suddenly on the Earth and Turkey with the start of coronavirus (Covid-19) pandemic, is also very important in terms of administrative law. Distance education, which is diversifying in many aspects from distance education which is applied in normal periods, has confronted administration with a quite hard period in terms of providing education public service without a hitch and rightly. Evaluations related distance education, which on the one hand, it has been raised as the result of the principles of continuity and mutability and on the other hand it has conflicting sides with the principle of equality and the principle of gratis in terms of primary education public service in the period of pandemic, has constituted the main framework of this study.

Keywords

Education public service

right to education

distance education

The principles of public service

Covid-19

GİRİŞ

2020'nin ilk aylarında başlamış ve henüz sonlanmamış olan “korona virüsü (Covid-19) pandemisi”^[1] süreci Dünya'yı birçok açıdan derinden etkilemiştir ve etkilemeye devam etmektedir. Aşılama faaliyetlerinin başlaması ile pandeminin sona ermesine ilişkin umut ışığı doğmuş olsa da yeni varyantların ortaya çıkması ile birlikte pandeminin tam olarak ne zaman sona ereceği hususundaki belirsizlik varlığını korumaktadır. Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihinde pandemi olarak ilan edilen ve hâlen yaşamakta olduğumuz sürecin sağlık kamu hizmetinin ardından en çok etkilediği kamu hizmeti alanı kuşkusuz eğitim kamu hizmeti alanı olmuştur.^[2]

Sağlık kamu hizmetine olan sıkı bağılılığı düşünüldüğünde, eğitim kamu hizmeti alanında yaşanan zorluk daha net görülebilmektedir. Zira, pandemi sürecinde eğitim kamu hizmetinin sunulmasında meydana gelen değişimler aslında sağlık kamu hizmetinin gereği gibi sunulabilmesinin ön şartı niteliğindedir. Bununla birlikte, eğitim kamu hizmetinde oluşabilecek aksaklıkların uzun vadeli sonuçları düşünüldüğünde, idarenin bireylerin sağlık ve yaşam hakları ile eğitim hakları arasında çıkabilecek çatışmaları mümkün olan en adil biçimde çözebilme sorumluluğu gündeme gelmekte ve bu sorumluluk idare hukuku açısından kamu hizmetinin gereği gibi sunulması anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda, bireyin en temel haklarından biri olmakla

[1] Bundan sonra, pandemi olarak adlandırılacaktır.

[2] Gonca Yamamoto Telli ve Deniz Altun, “Coronavirüs ve Çevrimiçi (Online) Eğitimin Önlenemeyen Yükselişi,” *Üniversite Araştırmaları Dergisi* 3, no. 1(Nisan, 2020): 25-34, 25; Bilge Bingöl Schrijer, “COVID-19 Salgını Süresince Eğitim Hakkı, Fırsat Eşitliği ve Sınavlara İlişkin Temel Problemler,” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, no.2 (2020): 837-884, 840. Bu durum, Dünya'da ve Türkiye'deki öğrenci sayılarına bakıldığında açıkça anlaşılmaktadır. 2019-2020 eğitim-öğretim yılında, Milli Eğitim Bakanlığı (MEB) tarafından yayımlanmış olan istatistikte, Türkiye'de örgün öğretimde eğitim gören 18.241.881 öğrenci bulunduğu belirtilmiştir; “Millî Eğitim Bakanlığı İstatistikleri Örgün Eğitim 2019-2020,” *Millî Eğitim Bakanlığı*, erişim 17 Şubat 2021, https://sgb.meb.gov.tr/www/icerik_goruntule.php?KNO=396. Bu doğrultuda yapılmış olan bir çalışmada da Dünya'da 1,6 milyar öğrencinin pandemi sürecinden etkilenmiş olduğu belirtilmiştir; Aras Bozkurt, “Koronavirüs (Covid-19) pandemi süreci ve pandemi sonrası dünyada eğitime yönelik değerlendirmeler: Yeni normal ve yeni eğitim paradigması,” *Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi* 6, no.3 (2020):112-142, 114.

kalmayıp aynı zamanda devlet için de çok önemli bir rol oynayan eğitim hakkının idare hukuku açısından anlamı olan eğitim kamu hizmetinin gereği gibi sunulabildiğinden bahsedebilmek için, kamu hizmeti ilkelerinin bu kamu hizmeti alanında da hayat bulması gerekmektedir.

Pandemi sürecinde, yüz yüze eğitim yönteminden uzaktan eğitim yöntemine geçilmiş olması da aslında kamu hizmeti ilkelerinin hayat bulmasına bağlı olarak ortaya çıkmış, bununla birlikte söz konusu yöntem özellikle eşitlik ilkesine aykırı bazı sonuçları ne yazık ki beraberinde getirmiştir. Bu çalışmanın hazırlık aşamasında olunan bu günlerde Türkiye’de gerek ilköğretim ve ortaöğretim gerek yükseköğretim kamu hizmetlerinin büyük ölçüde yüz yüze yapılmasına karar verilmiştir. Bununla birlikte, 2019-2020 eğitim-öğretim yılının bahar dönemi ile 2020-2021 eğitim-öğretim yılının büyük bölümünde yüz yüze eğitim yapılamamış olup, ilerleyen dönemde yeniden uzaktan eğitime geçiş yapıp yapılmayacağı ne yazık ki belirsizliğini korumaktadır. Kaldı ki, ilköğretim ve ortaöğretim kamu hizmetleri açısından yüz yüze eğitime katılamayan öğrenciler için TRT EBA TV ve EBA platformu aracılığı ile uzaktan eğitimin devam edeceği açıklanmıştır.^[3] Yükseköğretim kamu hizmeti açısından da yüz yüze eğitime geçiş kararı büyük ölçüde alınmış olsa da salgının seyri ve teknik imkânlar doğrultusunda eğitimin çevrimiçi de yapılabileceği gerek YÖK’ün^[4] gerek üniversitelerin^[5] almış oldukları kararlarda belirtilmiştir. Böylelikle, 2021-2022 eğitim-öğretim yılında uzaktan eğitimin kısmen de olsa devam edeceği anlaşılmaktadır. Bu çalışmada da esas olarak, örgün öğretimin zorunlu olan ilköğretim ve ortaöğretim kısımları ile yükseköğretimin sadece lisans kısmında, pandeminin başlamasıyla birlikte kısmen ya da tamamen uygulanmış veya uygulanacak

[3] Bkz. Millî Eğitim Bakanlığı, “6 Eylül’de Tam Zamanlı Olarak Yüz Yüze Eğitim Başlayacak,” erişim 2 Eylül 2021, <https://www.meb.gov.tr/6-eylulde-tam-zamanli-olarak-yuz-yuze-egitim-baslayacak/haber/23878/tr>

[4] Bkz. Yükseköğretim Kurulu, “Basın Açıklaması,” erişim 2 Eylül 2021, <https://www.yok.gov.tr/Sayfalar/Haberler/2021/2021-2022-egitim-ogretim-doneminde-verilecek-egitime-iliskin-aciklama.aspx>

[5] Örneğin bkz. “Örgün Sistem 2021-2022 Öğretim Yılı Güz Dönemi Duyurusu,” Anadolu Üniversitesi; erişim 2 Eylül 2021, <https://anadolu.edu.tr/duyurular/orgun-sistem-2021-2022-ogretim-yili-guz-donemi-duyurusu-1629215986>; “Selçuk Üniversitesinde yüz yüze eğitim kararı,” Selçuk Üniversitesi, erişim 2 Eylül 2021, <https://www.selcuk.edu.tr/HaberKulturSporDetay/2021-selcuk-universitesinde-yuz-yuze-egitim-karari-8110>

olan uzaktan eğitim merceğe altına alınacaktır. Bunun dışında, örgün öğretimin okul öncesi eğitime ilişkin ve yükseköğretimin lisansüstü programlarına ilişkin kısımları ile yaygın eğitimin diğer kısımlarına ilişkin uzaktan eğitim uygulamaları örneklerine bu çalışma kapsamında kural olarak yer verilmeyecektir. Her ne kadar, bu çerçevede yapılacak açıklamalar, idarenin eğitim kamu hizmeti alanındaki diğer faaliyetlerine ışık tutabilse de eğitim kamu hizmetinin kapsamının oldukça geniş olması, böyle bir sınırlandırmayı zorunlu kılmaktadır. Yine, kamu hizmetinin gereği gibi sunulması açısından yüz yüze eğitimde alınması gereken tedbirlere ilişkin değerlendirmeler ayrı bir çalışma konusu oluşturduğundan, bu çalışma kapsamında bu husustaki açıklamalara da yer verilmeyecektir.

Böylelikle, pandemi sebebiyle ve sağlık hakkının güvence altına alınabilmesi amacıyla başlatılmak zorunda kalınan uzaktan eğitim hakkında kamu hizmeti ilkeleri açısından bazı değerlendirmeler yapmayı amaçlayan bu çalışma, üç bölümden oluşacak olup, ilk bölümde çalışmanın kavramsal çerçevesi açıklanacak, ikinci bölümde süreklilik ve düzenlilik ilkeleri açısından, son bölümde ise eşitlik ve ilköğretim kamu hizmeti ile sınırlı olarak meccanilik ilkeleri açısından uzaktan eğitime ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Çalışmanın tümünde, başta Türkiye'deki mevzuat hükümleri ile uzaktan eğitim uygulamaları olmak üzere, uluslararası sözleşme hükümlerine yer verilerek değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

Bu yöntem izlenerek sonlandırılacak olan çalışmada, eğitim kamu hizmetinin önemine ve kamu hizmeti ilkelerinin pandemi sürecinde uygulanan uzaktan eğitimdeki görünümüne dikkat çekmek umulmaktadır.

I. KAVRAMSAL BELİRLEME

A) KAMU HİZMETİ VE HAK BOYUTUYLA EĞİTİM

1739 sayılı Kanunun^[6] 18. maddesine^[7] göre, Türk milli eğitim sistemi, örgün eğitim ve yaygın eğitimden oluşmakta olup, idarenin eğitim kamu

[6] Milli Eğitim Temel Kanunu, RGT. 24. 06. 1973, S. 14574.

[7] 1739 sayılı Kanun-m.18: "Türk milli eğitim sistemi, örgün eğitim ve yaygın eğitim olmak üzere, iki ana bölümden kurulur. Örgün eğitim, okul öncesi eğitimi, ilköğretim, ortaöğretim ve yükseköğretim kurumlarını kapsar. Yaygın eğitim, örgün eğitim yanında veya dışında düzenlenen eğitim faaliyetlerinin tümünü kapsar."

hizmeti alanındaki faaliyetleri oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır.^[8] Bu sebeple, çalışmanın giriş kısmında belirtilmiş olduğu gibi, aşağıdaki değerlendirmelerin örgün eğitimin ilköğretim, ortaöğretim ve lisans eğitimi hizmetleri çerçevesinde yapılacağı, öncelikle belirtilmelidir.

Eğitim-öğretim hizmeti, Danıştay kararlarında “*asli ve sürekli bir kamu hizmeti*” olarak kabul edilmiştir.^[9] Doktrinde ve Danıştay kararlarında, bu faaliyetler ister idare tarafından ister idarenin gözetimi ve denetimi altında özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilsin, söz konusu faaliyetlerin kamu

[8] Özel öğretim kurumları açısından da 1739 sayılı Kanun’da belirtilmiş olan temel ilkelerin geçerli olduğu kanunen kabul edilmiş olduğundan; 1739 sayılı Kanun’da yer alan temel ilkelere ilişkin açıklamaların tümü hem devlet okulları hem de özel öğretim kurumları için geçerli olacaktır. Bu hususta bkz. 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu (RGT.14.02.2007; S. 26434)- m. 6/1: “*Kurumlarda eğitim-öğretim ve yönetim, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda ifade edilen Türk Milli Eğitiminin genel amaç ve temel ilkelerine uygun olarak yürütülür.*” Benzer durum vakıf üniversiteleri için de geçerlidir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun (RGT. 06. 11. 1981, S. 17506.) 5. maddesinde belirtilmiş olan temel ilkeler vakıf yükseköğretim kurumları açısından da geçerli olduğundan (2547 sayılı Kanun-m. 2: “*Bu kanun; yükseköğretim üst kuruluşlarını, bütün yükseköğretim kurumlarını, bağlı birimlerini ve bunlarla ilgili faaliyet ve esasları kapsar.*”; Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği (RGT. 31.12.2005, S. 26040)-m.32: “*Vakıf yükseköğretim kurumları 2547 sayılı Kanunun vakıf yükseköğretim kurumları ile ilgili ek Maddelerinde aksine bir hüküm bulunmadığı sürece 2547 sayılı Kanunun bütün hükümlerine uymakla yükümlüdürler.*”) 2547 sayılı Kanun’da yer alan temel ilkelere ilişkin açıklamalar hem devlet hem de vakıf üniversiteleri için geçerlidir.

[9] “...*asli ve sürekli bir kamu hizmeti olan eğitim-öğretim hizmeti...*”; Danıştay 12. Daire, E. 2006/3643, K. 2009/4943, 29.09.2009, erişim 5 Şubat 2021, www.hukukturk.com

hizmeti niteliğini haiz olduğu kabul edilmektedir.^{[10]_[11]} 1982 Anayasası da 42. ve 130. maddeleri ile eğitim kamu hizmeti alanında özel eğitim kurumları ile vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarına anayasal olarak izin vermiş olsa da bu kurumlarda devletin denetim ve gözetim ödevini^[12] de vurgulamıştır.

Doktrinde, başlıca kamu hizmeti örneklerinden^[13] ve kamu hizmetlerinin konularına göre yapılan tasnifte ise idarenin eskiden bu yana yürütmekte olduğu geleneksel kamu hizmetleri olarak tanımlanan idari kamu

[10] Ülkü Azrak, "Millileştirme ve Kamu Hizmeti," *İÜHF* 36, no.1-4 (1970): 44-78,60; Pertev Bilgen, "Kamu Hizmeti Hakkında," *İHİD* 1, no.1(1980): 113-116,114-115; "...Anayasanın, yukarıda aktarılan maddelerine göre, bir kamu hizmeti olduğu hususunda duraksama bulunmayan eğitim ve öğretim de dahil olmak üzere diğer kamu hizmetlerinin, memurlar ve diğer kamu görevlileri ileyle görüleceği, bu itibarla kamu hizmeti görevlisi tabirinin, organik yönden yapılacak bir ayırım sonucunda sadece kamuda çalışan memurlar ve diğer kamu görevlilerini ifade etmediği, Anayasa ve Yasada kamu hizmeti olduğu belirtilen bir hizmetin, özel hukuk hükümlerine tabi gerçek veya tüzel kişilerince veyahutta bunların çalışanlarıncaya görülmesi, bu kişilerce görülen hizmetin, kamu hizmeti olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği gibi,..."; Danıştay 10. Daire, E. 2009/11303, K. 2009/8021, 15.09.2009, erişim 5 Şubat 2021, www.hukukturk.com

[11] Özay, özel ilk ve ortaokullarda verilen eğitim-öğretim faaliyetinin, virtüel kamu hizmetlerinin güzel bir örneği olduğunu ve organik kamu hizmetleri gibi, virtüel kamu hizmetlerinin de kamu hizmeti ilkelerine uygun şekilde yürütülmesi gerektiğini belirtmiştir; İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, (İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996), 232-3.

[12] 1982 AY-m. 42/3: "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."; 1982 AY-m. 42/6: "Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir."; 1982 AY-m. 130/2: "Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tâbi yükseköğretim kurumları kurulabilir."

[13] Bülent Algan ve Mualla Algan, "Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü Bağlamında Eğitim Hizmetlerinin Ruhsat Usulü İle Özel Kişilere Gördürülmesi," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XVII*, no.3 (2013): 147-194, 161.

hizmetlerinin tereddütsüz verilen örneklerinden^[14] biri, eğitim hizmetleri olmaktadır. Eğitim kamu hizmeti, bir başka açıdan ise, doktrinde kamu hizmetinin kuruluş aşaması ile ilgili olarak ele alınmış olan “sosyal kamu hizmeti”^[15] ve “Anayasa hükmü sebebiyle kamu hizmeti”^[16] ya da “anayasal kamu hizmeti”^[17] örnekleri arasında gösterilmektedir.^[18] Anayasal kamu hizmeti kavramı, Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında yer alan karşı oyda da kullanılmıştır. Buna göre, milli eğitim hizmetinin anayasal kamu hizmeti olduğu, eğitim-öğretim hizmetine diğer kamu hizmetlerine göre daha fazla ağırlık verilmesi gerektiği ve eğitim-öğretim koşullarının çağdaş uygarlık seviyesine çıkarılması için gerekli önlemlerin alınmasının devletin erteleyemeyeceği görevleri arasında yer aldığı belirtilmiştir.^[19]

Eğitim, diğer boyutuyla en temel insan haklarından biridir.^[20] Eğitim hakkı, gerek Türkiye’nin de taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri^[21]

[14] Metin Günday, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve gözden geçirilmiş 10. Baskı (Ankara: İmaj Yayınevi, 2011), 338; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku-I*, Güncelleştirilmiş 9. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 588.

[15] Bkz. Esin Örüçü, “Sosyal Kamu Hizmeti,” *İÜHF* 36, no.1-4 (1970): 212-232, 226, 228-229.

[16] Bilgen, “Kamu Hizmeti,” 113; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku-I*, 590.

[17] Kemal Gözler, *İdare Hukuku-II*, 2. Baskı, (Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2009), 359.

[18] Kural olarak kamu hizmeti kurup kurmama hususunda yasama organının takdir yetkisi söz konusu iken, Anayasa’da devlete görev olarak yüklenmiş olan faaliyet alanlarında yasama organının mutlaka kamu hizmeti kurması gerektiği yönünde görüşler bulunmakta olup, kamu hizmeti-sosyal kamu hizmeti ya da kamu hizmeti-anayasal kamu hizmeti ayrımı buna göre belirlenmektedir. Bkz; Örüçü, “Sosyal Kamu,” 226; Bilgen, “Kamu Hizmeti,” 113; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku-I*, 590; Gözler, *İdare Hukuku-II*, 359. Benzer yönde görüş için bkz. Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım, 2009), 87.

[19] AYM, E. 2014 /88, K. 2015 /68, Kt. 13.07. 2015, erişim 9 Nisan 2021, www.lexpera.com

[20] Algan ve Algan, “Eğitim Hakkı,” 161.

[21] Resmi gazetede yayımlanan metinleri için bkz. 1948-Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (BM İHEB) (RGT.27.05.1949, S.7217)-m. 26/1: “Her şahsın

ile gerek anayasal olarak herkese tanınmış ve bu hakkın kullanılmasına ilişkin güvenceler getirilmiştir. Eğitim hakkı, Türkiye’de 1982 Anayasası’nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kısmınının 42. maddesinde^[22] düzenlenmiştir. Bir başka ifade ile eğitim hakkı pozitif statü hakları arasında yer almakta ve bireylere devletten talepte bulunma hakkını vermektedir.^[23] Doktrinde, bu maddede yer alan düzenlemenin devlete, eğitim ve öğrenim imkânlarının doğrudan devlet tarafından temin edilmesi, maddi zorluk içinde olan başarılı öğrencilerin burs gibi yöntemlerle desteklenmesi ve eğitim hizmetinin denetimi ve gözetimi olmak üzere üç farklı pozitif yükümlülük verdiği belirtilmiştir.^[24]

Böylelikle, idarenin eğitim hakkının kullanılmasını sağlamak ve bu hakkın kullanılmasına engel olacak nitelikteki durumları ortadan kaldırmak açısından da önemli bir görevi bulunmakta, eğitim kamu hizmeti ile eğitim hakkı neredeyse iç içe geçmiş bir görünüm arz etmektedir.

Bununla birlikte, doktrinde, her ne kadar eğitim hakkı “*insanlığın ilerlemesi için vazgeçilmez*” haklar arasında yer almakta olsa da bu hakkın mutlak olmadığı ve devlete sınırsız bir yükümlülük vermediği, belli şartlar altında

eğitime hakkı vardır. Eğitim parasızdır, biç olmazsa ilk ve temel eğitim safhalarında böyle olmalıdır. İlk eğitim mecburidir...”; 1950- İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)) (RGT.19.03.1954, S.8662) –1 No’lu Protokol m. 2: “Kimse tahsil etmek hakkından mahrum edilemez. Devlet, eğitim ve öğretim sahasında deruhde edeceği vazifelerin ifasında, ebeveynin bu eğitim ve öğretimi kendi dini ve felsefi akidelerine göre temin etmek hakkına riayet edecektir.”; 1966-Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (BM ESKHS) (RGT.11.08.2003, S.25196) –m. 13/1: “Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, herkesin eğitim görme hakkına sahip olduğunu kabul ederler. Taraf Devletler, eğitimin, insanın kişiliğinin ve onur duygusunun tam olarak gelişmesine yönelik olacağı ve insan hakları ile temel özgürlüklere saygıyı güçlendireceği hususunda mutabıktırlar...”;1989 -Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (BM ÇHS) (RGT.27.01.1995, S.22184)–m. 28/1: “Taraf Devletler, çocuğun eğitim hakkını kabul ederler ve bu hakkın fırsat eşitliği temeli üzerinde tedricen gerçekleştirilmesi görüşüyle...”

[22] 1982 AY-m. 42/1: “Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz.”

[23] Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 19. Baskı (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015), 112.

[24] Algan ve Algan, “Eğitim Hakkı,” 163.

sınırlandırılabilceği belirtilmiştir.^[25] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) eğitim hakkının sınırlandırılmasında kullandığı ölçüt, sınırlandırmanın öngörülebilir olması, meşru bir amaç izlemesi ve sınırlamanın *bu amaç ile orantılı olması* gereklilikleridir.^[26] AİHM'ye göre, eğitim hakkında sınırlama yapılabileceğine ilişkin zımnen bir kabul olsa da bu sınırlamaların hakkın özüne zarar vermemesi gerekmektedir ve AİHM, biraz önce bahsedilen ölçütleri de hakkın özüne zarar verilmediğinden emin olmak için kullanmaktadır.^[27] Buna ek olarak, eğitim hakkının sınırlandırılmasının ancak geçici nitelikte olabileceği ve sınırlandırmaya gerek kalmadığı anda ise, sınırlandırmanın hemen kaldırılması gerektiği,^[28] vurgulanmalıdır.

AİHM, zorunlu aşı uygulamasına ilişkin olarak özel yaşama saygı hakkı ve eğitim hakkı ile sağlık hakkı arasında ortaya çıkan çatışmanın çözümünde, dengeleme açısından kamu sağlığının korunmasına öncelik vermiştir.^[29] Bu açıklamalar doğrultusunda, pandemi sürecinde uygulanan uzaktan eğitim, her ne kadar yüz yüze eğitimin yerine geçemeyecek olsa da hem öğrencinin bireysel sağlığı hem de kamu sağlığı açısından bir zorunluluk teşkil etmekte ve eğitim hakkının ihlali anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte, söz konusu kamu hizmetinin aynı durumda olanlar için aynı, farklı durumda olanlar için farklı şekilde sunulması gerekliliği, eğitim kamu hizmetinden herkesin eşit yararlanabilmesi için bir zorunluluktur. AİHM de eğitim hakkının mevcut eğitim kurumlarına erişme hakkını da içerdiğini

[25] Fatmağül Kale Özçelik, "Hakların Çatışması ve Dengelenmesi Bağlamında Çocuklara Yönelik Zorunlu Aşı Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Bir İnceleme)," *SDÜHFD* 10, no.2 (2020): 47-77, 64.

[26] Kale Özçelik, "Hakların Çatışması," 64.

[27] AİHM, *Catan ve Diğerleri/Rusya*, B. No: 43370/04, 8252/05, 18454/06, 19/10/2012, erişim 28 Şubat 2021, hudoc.echr.coe.int. Aynı ölçütlerin kullanıldığı bir başka karar örneği için bkz. AİHM, *Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl/Türkiye*, B. No: 47121/06, 13988/07, 34750/07, 07/10/2019, erişim 28 Şubat 2021, www.hudoc.echr.coe.int

[28] Kale Özçelik, "Hakların Çatışması," 65.

[29] Kale Özçelik, "Hakların Çatışması," 73.

kabul etmektedir.^[30] Bir başka ifade ile AİHM, AİHS 1 no'lu Protokol-m. 2'de yer alan ve hiç kimsenin eğitim hakkından yoksun bırakılmayacağını düzenleyen hükmün, belirli bir zamanda mevcut eğitim kurumlarına erişme hakkını da güvence altına aldığını kabul etmiştir.^[31] Bu doğrultuda, pandemi sürecinde uzaktan eğitime erişme hakkı da eğitim hakkının bir parçası olarak kabul edilmelidir.

B) EĞİTİM KAMU HİZMETİNİN SUNULUŞ YÖNTEMLERİNDEN BİRİ OLARAK UZAKTAN EĞİTİM

Eğitim kamu hizmetinin sunulmasında uzaktan eğitim yöntemi, pandeminin başlamasıyla birlikte daha çok duyulan bir yöntem olsa da aslında bu uygulamanın ilk ortaya çıkışının 1700'lü yıllara kadar gitmekte olduğu ve ilk uzaktan eğitim uygulamasının 1840'da İngiltere'de başlatıldığı kabul edilmektedir.^{[32]_[33]} Türkiye'de ise her ne kadar uzaktan eğitim düşüncesi, ilk kez 1927 yılında dile getirilmiş olsa da 1956 yılına kadar uzaktan eğitim uygulamasına geçiş olmamıştır.^{[34]_[35]} Uzaktan eğitim uygulamalarının ilk başladığı yıllardan günümüze kadar teknolojideki ilerlemeler doğrultusunda sürekli gelişim yaşanmıştır. Dünya'da ilk uzaktan eğitim uygulamaları mektupla başlamış, 1925 yılında radyo-televizyon yöntemine geçilmiş, 1970

[30] İzzet Mert Ertan, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sağlık Hakkı ve Etkinleştirilmesi," (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2012), 56, dipnot 126.

[31] AİHM, Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium/Belçika B.No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, erişim 27 Şubat 2021, hudoc.echr.coe.int

[32] Zeki Kaya, *Uzaktan Eğitim*, (Ankara: Pegem A Yayınları, 2002), 27-28.

[33] İngiltere'yi takiben, Almanya, İsveç, Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya, Yeni Zelanda, Polonya ve İspanya'daki uzaktan eğitim uygulamaları için bkz. Kaya, *Uzaktan Eğitim*, 28-29.

[34] Kaya, *Uzaktan Eğitim*, 29.

[35] Türkiye'de ilk uzaktan eğitim uygulaması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü tarafından başlatılmış ve bu uygulama ile banka çalışanları mektupla öğrenim görmüştür. Milli Eğitim Bakanlığı'nın ilk uzaktan eğitim uygulaması ise, 1966 yılında "Mektupla Öğretim" uygulaması ile başlamıştır; Kaya, *Uzaktan Eğitim*, 30.

yılında açık üniversite ve 1980 yılında telekonferans yöntemleri ile devam etmiş, 1990 yılından itibaren ise internet-web tabanlı uzaktan eğitime geçiş yapılmıştır.^[36] Türkiye’de de 1956-1975 yılları arasında mektupla ve 1976-1995 yılları arasında radyo ve televizyon aracılığıyla gerçekleşen uzaktan eğitim uygulamaları, 1996 yılından başlayıp günümüze uzanan süreçte internet-web aracılığı ile devam etmektedir.^[37] Gerek Dünya’da gerek Türkiye’de gerçekleşen ve gelişen uzaktan eğitim uygulamalarının temel amacının, herkese eğitim hakkını zaman ve mekân sınırı olmaksızın kullanması açısından bir fırsat sunmak olduğunu söylemek mümkündür. Doktrinde de uzaktan eğitim uygulamasının, eğitimde fırsat eşitliğini sağladığı belirtilmektedir.^[38]

Bu çalışmanın konusunu oluşturan uzaktan eğitim ise, yukarıda kısaca bahsedilmiş olan uzaktan eğitimden oldukça farklıdır. Zira, uzaktan eğitim büyük ölçüde kişisel tercihe bağlı bir yöntem iken, pandeminin başlamasının ardından yaşanan bilinmezlikle birlikte eğitimin uzaktan yapılması dışında bir seçenek kalmamıştır.^[39] Pandemi sürecinde uygulanmak zorunda kalan

[36] Aras Bozkurt, “Türkiye’de uzaktan eğitimin dünü, bugünü ve yarını,” *Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi* 3, no. 2 (2017):85-124, 87.

[37] Bozkurt, “Türkiye’de uzaktan eğitimin dünü, bugünü ve yarını,” 88.

[38] Tugay Arat ve Ömer Bakan, “Uzaktan Eğitim ve Uygulamaları,” *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi* 14, no. 1-2 (2011): 363-374, 367.

[39] 2020 Mart ayında Dünya genelinde birçok eğitim kurumunun yüz yüze eğitime son vererek uzaktan eğitime geçiş yaptığı belirtilmiştir; Giorgio Di Pietro, Federico Biagi, Patricia Costa, Zbigniew Karpiński ve Jacopo Mazza, “*The likely impact of COVID-19 on education: Reflections based on the existing literature and recent international datasets*,” *JRC Technical Report*, (European Commission, 2020), 4. Türkiye’de de pandemi sürecinde uygulanan uzaktan eğitim, ilköğretim ve ortaöğretim açısından, MEB bünyesinde 2012 yılında oluşturulmuş olan Eğitim Bilişim Ağı (EBA) ile başlamış, bu ağın içeriği genişletilmiş ve yine her öğrencinin internete ulaşım sağlayamayacağı ve televizyona ulaşmanın daha kolay olabileceği düşüncesi ile TRT EBA İlkokul, Ortaokul ve Lise televizyon kanalları kurulmuştur. Yine, internet aracılığı ile EBA’ya ücretsiz ve fakat sınırlı erişim olanağı oluşturulmuştur; Müberra Nur Emin, “Koronavirüs Salgını ve Acil Durumda Eğitim,” *SETA Perspektif*, no. 268 (2020):1-4, 3. EBA canlı sınıf uygulaması ile pandemi sürecinde uygulanan uzaktan eğitimin daha nitelikli bir hâl alması sağlanmaya çalışılmıştır. Bkz. Milli Eğitim Bakanlığı, *Eğitimde Bu Yıl 2020 e-kitap*, erişim 16 Şubat 2021, www.meb.gov.tr/ebook/2021/01/egitimde-bu-yil/index.html, 30. Yükseköğretim açısından

uzaktan eğitim, eğitim alanındaki çalışmalarda “zorunlu uzaktan eğitim”^[40] ya da “acil uzaktan eğitim” (*emergency remote education*)^[41] gibi kavramlarla açıklanmıştır. “Acil uzaktan eğitim” kavramının kullanıldığı çalışmalardan birinde, uzaktan eğitim (*distance education*) alternatif ve fakat kalıcı, planlı ve düzenli bir eğitim uygulaması iken acil uzaktan eğitimin kriz durumunda mevcut imkânlarla eğitime devam edebilme amacı taşıyan geçici ve zorunlu bir eğitim uygulaması olduğu belirtilmiştir.^[42]

Bu sebeple, bu çalışmada “uzaktan eğitim” kavramı ile kastedilen, eskiden bu yana uygulanan ve genel olarak tercihe bağlı bir yöntem olan uzaktan eğitim değil, pandemi sürecinde uygulanmak zorunda kalınan uzaktan eğitimidir. Yine, bu çalışmanın konusunu oluşturan uzaktan eğitim her ne kadar son iki yıla damgasını vuran pandemiden temel almış olsa da pandemi sona erdikten sonra yüz yüze eğitime devam edilmesine engel teşkil eden herhangi bir durumun ortaya çıkması ihtimalinde zorunlu olarak uygulanması gereken uzaktan eğitim için de aşağıdaki başlıklarda yapılacak olan değerlendirmeler geçerlidir. Böylelikle, tüm kamu hizmetlerinin sunulmasında geçerli klasik ilkeler olan “süreklilik, değişkenlik ve eşitlik”^[43]

ise, her üniversitenin kendi uzaktan eğitim uygulama birimleri aracılığıyla eğitim faaliyetleri sürdürülmeye başlanmıştır. Bu hususta bkz. Yükseköğretim Kurulu, “YÖK Üniversitemizdeki Uzaktan Öğretimin Bir Aylık Fotoğrafını Çekti-YÖK’ten Üniversitelerdeki Uzaktan Eğitime Yönelik Değerlendirme-YÖK’ten, Salgın Sürecinde Üniversitelerdeki Uzaktan Eğitimin Bir Aylık Durum Tespiti,” erişim 16 Şubat 2021, <https://www.yok.gov.tr/Sayfalar/Haberler/2020/uzaktan-egitime-yonelik-degerlendirme.aspx>

[40] Örnek için bkz. Mustafa Fidan, “Covid-19 Belirsizliğinde Eğitim: İlkokulda Zorunlu Uzaktan Eğitime İlişkin Öğretmen Görüşleri,” *Uşak Üniversitesi Eğitim Araştırmaları Dergisi* 2, no. 6, (2020): 24-43.

[41] Örnek için bkz. Bozkurt, “Koronavirüs,” 116.

[42] Bozkurt, “Koronavirüs,” 117.

[43] Süreklilik, değişkenlik ve eşitlik ilkeleri, ilk olarak Louis Rolland tarafından açıklanmış olduğu için, bu ilkelere “*Rolland kanunları*” da denmekte olduğu belirtilmektedir; Gözler, *İdare Hukuku-II*, 297. Doktrinde ayrıca bu ilkelerin, hem bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesinin sonucu; hem de henüz kamu hizmeti olarak kabul edilmemiş faaliyetlerin kamu hizmeti olarak kabul edilmesini güçlendiren unsurları olduğu belirtilmiştir: “*Aslında bir faaliyetin kamu hizmeti statüsüne girmesinden sonra ortaya çıkan eşitlik, süreklilik, değişen şartlara sürekli uyarlanması gibi ilkeler,*

ilkeleri ile her ne kadar günümüzde genel olarak kamu hizmetleri açısından geçerliği tartışılrsa da bu çalışma kapsamındaki ilköğretim kamu hizmeti açısından anayasal bir ilke olarak kabul edilmiş olan meccanilik^[44] ilkeleri^[45] uzaktan eğitim açısından da geçerlidir. Bu ilkelerin çoğunun aynı zamanda eğitim kamu hizmetini düzenleyen uluslararası sözleşme, anayasa ve kanun hükümlerinde yer alıyor olması, idarenin bu alandaki faaliyetlerinin önemini daha net ortaya koymaktadır.

II. SÜREKLİLİK VE DEĞİŞKENLİK İLKELERİ ÇERÇEVESİNDE UZAKTAN EĞİTİM

A) SÜREKLİLİK VE DEĞİŞKENLİK İLKELERİNİN SONUCU OLMASI AÇISINDAN

Uzaktan eğitimin kamu hizmeti ilkeleri ile ilk ilişkisi, aşağıdaki başlıklarda açıklanacağı üzere, bu eğitim uygulamasının süreklilik ve değişkenlik ilkelerinin sonucu olarak ortaya çıkmış olmasıdır. Süreklilik ve değişkenlik ilkelerinin doktrinde ve yargı kararlarında vurgulanan temel gerekleri ile eğitim kamu hizmetine ilişkin mevzuatta yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, pandemi sürecinde eğitim kamu hizmetinin sunulmasında uzaktan eğitim yöntemine geçilmiş olmasının, bu iki ilkenin birlikteliğine verilebilecek bir örnek olduğunu söylemek mümkündür. Aşağıdaki başlıklarda, bu argümanın gerekçeleri, önce her iki ilkenin pozitif hukukta belirlenmiş temel gerekleri, ardından bu iki ilkenin birbiriyle yakın ilişkisi değerlendirilerek açıklanmaya çalışılacaktır.

aynı zamanda da o faaliyete kamu hizmeti olarak görülme niteliğinin tanınmasını zorlayan ve kamu hizmeti statüsü kurulmasından önce hissedilen kriterleri/unsurları olmaktadırlar. Sürekli, eşitlik, uyarılma ilkelerine göre sürdürülme ihtiyacı gösteren faaliyetler kamu hizmeti olarak yasa koyucu tarafından belirlenmeyi bekleyeceklerdir.”; Aydın Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi,” İÜHFİM LVI, no.1-4 (1998):97-107, 105; bu hususta ayrıca bkz. Azrak, “Millileştirme,” 64.

[44] Bu ilke, bazı eserlerde “*hasbilik*” olarak adlandırılmıştır; Süheyp Derbil, *İdare Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş 5. Baskı (Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1959), 447.

[45] Derbil, *İdare Hukuku*, 447; Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukusal Rejim)*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002),188, 190.

1- Süreklilik İlkesi ve Kamu Hizmeti Arasındaki Bütünsel İlişki

Süreklilik ilkesi, toplumsal ihtiyaç devam ettiği sürece kamu hizmetinin sunulmasının devam etmesi anlamına gelmektedir.^[46] Danıştay, süreklilik ilkesini hukukun genel ilkeleri arasında kabul etmekte^[47] ve bu ilkeye kamu hizmetinin tanımında yer vermektedir.^[48]

Süreklilik ilkesi, aynı zamanda, kamu hizmetinin “düzgün ve aksatılmadan yapılması” gerekliliğini içermekte,^[49] bazı yazarlar tarafından düzenlilik ilkesi ile birlikte ele alınmaktadır.^[50] Süreklilik ve düzenlilik ilkelerine başka bir açıdan bakıldığında ise, sürekliliğin bazı kamu hizmetleri açısından neredeyse kesintisiz devam etmek anlamına geldiği, bazı kamu hizmetleri açısından düzenlilik olarak tezahür etmekte^[51] olduğu görülmektedir. Örneğin sağlık kamu hizmeti ya da güvenlik kamu hizmeti kesintisiz olarak devam etmektedir. Eğitim-öğretim kamu hizmeti ise, kesintisiz devam eden değil, belli zaman dilimlerinde sunulan kamu hizmetleri arasında gösterilmektedir.^[52]

[46] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*,190; M. Gözde Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, (İstanbul : On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2012), 82.

[47] “...Kamu hizmetlerinin toplum hayatının devamı, faaliyetlerin işlemesi, toplumun kalkınması ve menfaatlerin sağlanması açısından sürekli ve eksiksiz işlemesinin zorunluluğu idari yargı içtihatlarına girmiş ve hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmiştir...”; Danıştay 8. Daire, E. 1996/ 1687, K. 1997 / 3669, 27.11.1997, erişim 9 Nisan 2021, www.hukukturk.com

[48] “...Kamu hizmeti, geniş tanımıyla, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir...”; İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2013/ 5145, K. 2015/691, 05.03.2015, erişim 9 Nisan 2021, www.lexpera.com

[49] Derbil, *İdare Hukuku*, 447.

[50] Örneğin; Lutfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 309; Günday, *İdare Hukuku*, 334; Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 82.

[51] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*,191.

[52] Günday, *İdare Hukuku*, 334.

Süreklilik ilkesinin kamu hizmetleri açısından ne kadar önemli olduğu, Onar tarafından şu sözlerle vurgulanmıştır: “Âmme hizmetleri muntazam bir tarzda işlemiyen bir cemiyet, buhran geçiriyor demektir ve hasta bir uzviyet halindedir”.^[53] Anayasa Mahkemesi de düzenlilik ve süreklilik ilkelerinin kamu hizmetinin en önemli ilkeleri olduğunu ve bunların yokluğunun toplumsal yaşamı altüst edeceğini belirtmiştir.^[54] Doktrinde, ayrıca, kamu hizmetlerinin sürekliliğinin “siyasal örgütün varlık nedeni”^[55] olduğu belirtilmiştir.

Yine, doktrinde, her ne kadar yürürlükteki hukukta süreklilik ilkesinin temellerini bulmak zor olsa da, Anayasa’da süreklilik ilkesinin temellerinin bulunabileceği belirtilerek, Anayasa’nın 128/1 maddesinde yer alan “... kamu hizmetlerinin gerektirdiği ... sürekli görevler” ifadesi, süreklilik ilkesinin anayasal temelleri arasında gösterilmiştir.^[56] Söz konusu anayasal hüküm, Anayasa’nın “Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler” başlığı altında yer almakta ve kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği kuralını koymuş olsa da bu hükümde yer alan “... kamu hizmetlerinin gerektirdiği ... sürekli görevler” ifadesinden aynı zamanda kamu hizmetlerinin sürekli görevleri gerektirdiği de anlaşılabilir. Kaldı ki yukarıda da açıklanmış olduğu gibi, Danıştay kamu hizmetinin tanımında süreklilik ilkesine yer vererek ve Anayasa Mahkemesi de süreklilik ilkesinin kamu hizmetinin en önemli öğelerinden biri olduğunu vurgulayarak aslında sürekli nitelikte olmayan bir faaliyetin kamu hizmeti sayılamayacağı yönünde izlenim oluşturmuşlardır. Söz konusu madde hükmü ile ilgili bir Anayasa Mahkemesi kararında ise, “Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrasında “Devletin, kamu iktisadî 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” denilmektedir.

[53] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları-I*, 3. Bası (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), 21.

[54] “...Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder...”; AYM, E. 1994/43, K. 1994/0, Kt. 09/12/1994, erişim 9 Nisan 2021, www.hukukturk.com

[55] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 190.

[56] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 191.

Bu hüküm uyarınca genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden asli ve sürekli nitelik taşıyanların memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi zorunludur."^[57] şeklinde ifadelerle yer verilmiştir. Bu ifadelerin yorumundan, kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden bazılarının asli ve sürekli nitelik taşıyabileceği de anlaşılabilir. Olsa da, aslında burada kastedilenin kamu hizmetlerinin bir kısmının asli ve sürekli nitelik taşımadığı değil asli ve sürekli nitelik taşıyan kamu hizmetlerinin kimler tarafından yerine getirileceğinin belirlenmesi ve bu görevleri yerine getiren görevlilere kadro güvencesi sağlanması gerektiği olduğu söylenebilir. Doktrinde de kamu hizmetlerine ilişkin bir görevin asli ve sürekli olmasından anlaşılması gerekenin, o görevin bir kadroya bağlanması olduğu belirtilmiştir.^[58]

Bunun dışında, kamu görevlilerine getirilen grev yasağının, idari yargıda dava açılmasının kural olarak idari işlemin yürütülmesini durdurulmasına ilişkin temel ilkenin ve idari sözleşmeler açısından kabul edilen öngörülemezlik kuramının da kamu hizmetlerinin sürekliliğini sağlamaya yönelik araçlar olduğu belirtilmektedir.^[59] Danıştay'a göre de kamu görevlilerinin idare ile ilişkisinin temelini kamu hizmetlerinin sürekliliğinin ve düzenliliğinin sağlanması oluşturmaktadır.^[60]

Böylelikle, kamu hizmeti ve süreklilik kavramları ayrılmaz bir bütün teşkil ederek kamu hizmetinin aksamadan devamının sağlanması gerekliliği en önemli kamu hizmeti ilkesi olmaktadır. Bu bütünsel ilişki, eğitim kamu hizmeti söz konusu olduğunda daha derin bir anlam kazanmaktadır.

2- Süreklilik İlkesinin Eğitim Kamu Hizmetindeki Vazgeçilmezliği

Eğitim kamu hizmeti açısından, süreklilik ilkesi daha önemli hale gelmekte ve neredeyse vazgeçilmez bir niteliğe bürünmektedir. Bu vazgeçilmezlik,

[57] AYM, E. 2019 /27, K. 2019 /56, Kt. 26/06/2019, erişim 13 Nisan 2022, www.lexpera.com.

[58] Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 74.

[59] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 191,193; Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 309-310.

[60] Bu hususta bkz. Danıştay 12. Daire, E. 2006/3643, K. 2009 /4943, 29.09.2009, erişim 5 Şubat 2021, www.hukukturk.com

hem bir hak olarak bireyler açısından, hem de eğitilmiş bireylere olan ihtiyaç olarak devlet açısından değerlendirilmelidir. Zira, eğitim kamu hizmeti bir yandan bireyin kendisini geliştirmesi için önemli iken diğer yandan toplumsal yaşamın niteliğinin artması adına devletler için oldukça önemli bir role sahiptir.^[61] Bu sebeple, hem idare hem bireyler açısından eğitim kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması çok önemlidir.

Türkiye’de eğitim kamu hizmeti açısından süreklilik ilkesinin, 1982 Anayasası’nın bazı hükümleri ile ilişkilendirilmesi mümkün olabilir. Örneğin, doktrinde, 1982 Anayasası’nın 42. maddesinde yer alan zorunlu ilköğretim kamu hizmetinin niteliği gereği sürekli ve düzenli olarak sunulması gereken kamu hizmetleri arasında yer aldığı belirtilmiştir.^[62] Yine, 1982 Anayasa’nın 130. maddesinin 7. fıkrasında yer alan “*Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları; Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmazlar.*” şeklindeki hükmün asıl amacı her ne kadar üniversitelerin özerkliğini sağlamak olsa da söz konusu hükmün bu amaca ek olarak yükseköğretim kamu hizmetinin sürekli ve düzenli şekilde yürütülmesini de amaçladığı, zira yükseköğretim hizmetine “*yabancı gerekçelerle yapılabilecek müdahale*”lerin yükseköğretim hizmetini kesintiye uğratabileceği belirtilmiştir.^[63] Bu anayasal hüküm ile ilgili olarak Danışma Meclisi’nin gerekçesinde “*öğretim üye ve yardımcıların görevine alınmaları, yükseltilmeleri ve görevlerine son verilmesinin kendi organları tarafından yürütülmesi de bilimsel özerkliğin bir gereği olarak belirtilmiştir.*”^[64] demek suretiyle, bu hükmün bilimsel özerklik ile ilişkili olduğu açıkça ortaya konmuş olduğundan, söz konusu hüküm süreklilik ilkesi ile doğrudan ilişkilendirilemeyecektir. Bununla birlikte, bu hükme aykırı bir uygulamanın dolaylı olarak yükseköğretim kamu hizmetinin sürekliliğine zarar vereceği söylenebilir. Zira, ancak bilimsel özerkliğin sağlandığı bir ortamda yükseköğretim kamu hizmetinin gereği gibi sunulabileceğinden ve böylece süreklilik

[61] Algan ve Algan, “Eğitim Hakkı,” 160.

[62] Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 76-77.

[63] Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 80.

[64] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli, TBMM, erişim 13 Nisan 2022, <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

ilkesinin yükseköğretim kamu hizmetinde hayat bulduğundan bahsetmek mümkün olabilecektir. Doktrinde de, bilimsel özerklik ile yükseköğretim arasındaki sıkı ilişki, şu ifadelerle vurgulanmıştır: “*Üniversite öğrenimi, yalnız başına değil, ancak bilim ve araştırma özgürlüğü ile ele alınabilir.*”^[65]

Türkiye’de, eğitim kamu hizmetinin sürekliliği ilkesinin açık yasal dayanaklarına ise ulaşılabilmektedir. 1739 sayılı Kanun’un Türk milli eğitiminin temel ilkelerini düzenleyen 2. bölümünün “*süreklilik*” başlıklı 9. maddesi^[66] ile “*her yerde eğitim*” başlıklı 17. maddesinde^[67] yer alan hükümlerde eğitim kamu hizmetinin sürekliliği oldukça geniş bir şekilde ele alınmıştır. 2547 sayılı Kanun’un çeşitli hükümlerinden^[68] de yükseköğretim kamu hizmetinin sürekliliğine ilişkin belirlemelere ulaşılabilmektedir.

Eğitim kamu hizmetinin sürekliliğinin önemi yargı kararlarında da vurgulanmaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne göre, eğitim hizmetleri düzenlilik ve süreklilik isteyen kamu hizmetleri arasında yer almakta ve eğitim kamu hizmetinin belli bir düzen içinde yürütülmesi hem bireyler hem de toplumsal yaşamın varlığı ve huzuru için vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez

[65] İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, (İstanbul: Legal Yayınevi, 2012), 313.

[66] 1739 sayılı Kanun- m. 9: “*Fertlerin genel ve mesleki eğitimlerinin hayat boyunca devam etmesi esastır.*

Gençlerin eğitimi yanında, hayata ve iş alanlarına olumlu bir şekilde uymalarına yardımcı olmak üzere, yetişkinlerin sürekli eğitimini sağlamak için gerekli tedbirleri almak da bir eğitim görevidir.”

[67] 1739 sayılı Kanun- m. 17/1: “*Milli eğitimin amaçları yalnız resmi ve özel eğitim kurumlarında değil, aynı zamanda evde, çevrede, işyerlerinde, her yerde ve her fırsatta gerçekleştirilmeye çalışılır.*”

[68] Örneğin, 2547 sayılı Kanun-m. 5/d: “*Eğitim–öğretim plan ve programları, bilimsel ve teknolojik esaslara, ülke ve yöre ihtiyaçlarına göre kısa ve uzun vadeli olarak hazırlanıp sürekli olarak geliştirilir.*”; m.5/h: “*Yükseköğretim kurumlarının geliştirilmesi, verimlerinin artırılması, genişletilmesi ve bütün yurda yaygınlaştırılması amacına yönelik olarak yenilerinin açılması, öğretim elemanlarının yurt içinde ve dışında yetiştirilmeleri ve görevlendirilmeleri, üretim–insangücü–eğitim unsurları arasında dengenin sağlanması, yükseköğretime ayrılan kaynakların ve ihtisas gücünün dağılımı, milli eğitim politikası ve kalkınma planları ilke ve hedefleri doğrultusunda ülke, çevre ve uygulama alanı ihtiyaçlarının karşılanması, örgün, yaygın, sürekli ve açık eğitim–öğretimi de kapsayacak şekilde planlanır ve gerçekleştirilir.*”

bir nitelik taşımaktadır.^[69] Bu doğrultuda bir Danıştay kararında da kamu hizmetlerinin aksamadan sunulmasının sağlanması için, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi doğrultusunda öğretmenlerin tayin taleplerine sınır getirilebileceği, ancak bu sınırlamaların eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı olmaması gerektiği belirtilmiştir.^[70] Bir başka Danıştay kararında da, yükseköğretim hizmetinin kamu hizmeti niteliği süreklilik ilkesine duyduğu gereksinim vurgulanarak açıklanmıştır: “...düzenlilik ve süreklilik isteyen yükseköğretim hizmeti de niteliği gereği kamu hizmetidir...”^[71]

Böylelikle, idarenin eğitim kamu hizmetinin sürekliliğini sağlamak hususunda önemli sorumlulukları bulunmakta olup, pandemi sürecinde başlatılan uzaktan eğitim uygulamaları ile eğitim kamu hizmetinin sürekli olarak devam etmesi sağlanmıştır. Türkiye’de ilk korona virüsü vakasının tespit edilmiş olduğu 11 Mart 2020 tarihinin hemen ardından MEB’e bağlı bütün okullarda^[72] ve uzaktan eğitim kapasitesi bulunan bütün üniversitelerde,^[73] 23 Mart 2020 tarihinden itibaren uzaktan eğitime geçiş yapılmıştır. Gerek MEB’e bağlı okullarda gerek üniversitelerde 2019-2020 eğitim-öğretim yılının bahar dönemi ile 2020-2021 eğitim-öğretim yılının büyük bir kısmında, eğitim kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi doğrultusunda uzaktan

[69] “...Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen eğitim hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir... *Milli Eğitim Bakanlığının yürüttüğü eğitim ve öğretim hizmetleri niteliği itibarıyla belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetlerdendir.* ”; AYM, E. 2008/54, K. 2011/45, Kt. 10/03/2011, erişim 9 Nisan 2021, www.hukukturk.com

[70] Danıştay 2. Daire, E. 2015/ 4098, K. 2016/599, 10.02.2016, erişim 9 Nisan 2021, www.lexpera.com

[71] Danıştay 8. Daire, E. 2008/ 8235, K. 2011 / 2451, 29.04.2011, erişim 13 Nisan 2022, www.hukukturk.com

[72] Milli Eğitim Bakanlığı, *Eğitimde Bu Yıl 2020 e-kitap*, 27, 28.

[73] Yükseköğretim Kurulu, “YÖK Üniversitelerimizdeki Uzaktan Öğretimin Bir Aylık Fotoğrafını Çekti-YÖK’ten Üniversitelerdeki Uzaktan Eğitime Yönelik Değerlendirme-YÖK’ten, Salgın Sürecinde Üniversitelerdeki Uzaktan Eğitimin Bir Aylık Durum Tespiti,” erişim 16 Şubat 2021, <https://www.yok.gov.tr/Sayfalar/Haberler/2020/uzaktan-egitime-yonelik-degerlendirme.aspx>

eğitim uygulanmıştır. İdari rejimi benimsemiş olan Avrupa ülkelerinde^[74] ve Dünya'nın diğer ülkelerinde^[75] de benzer uygulamalar söz konusu olmuştur. 2021-2022 eğitim-öğretim yılı açısından ise büyük ölçüde yüz yüze eğitime geçiş yapılmış olsa da uzaktan eğitim kısmen devam etmektedir ve pandeminin seyrine göre tamamen uzaktan eğitime ihtiyaç duyulup duyulmayacağı bilinmemektedir.

Böylece, sağlık kamu hizmeti ile eğitim kamu hizmeti alanında ortaya çıkabilecek riskler dengelenmeye çalışılarak tamamen ya da kısmen uzaktan eğitim uygulaması yoluyla, eğitim kamu hizmetinin sürekliliği sağlanmıştır. Bu dengeleme yapılırken idareye yüklenen görev aslında oldukça zordur, zira sağlık kamu hizmeti de eğitim kamu hizmeti de vazgeçilemez kamu hizmetleri arasında yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi de bu iki kamu hizmeti alanının toplumsal yaşamdaki vazgeçilmezliği ve bu kamu hizmetlerinin sürekliliğinin ve düzenliliğinin önemi ile ilgili olarak aynı içtihadı oluşturmuştur.^[76] Sağlık kamu hizmeti ile eğitim kamu hizmetinin birbirleriyle karşılaştığı durumlarda ise, Anayasa Mahkemesi'nin sağlık kamu hizmetini önceleyerek karar verdiğini söylemek mümkündür.^[77] Böylelikle, tamamen ya da kısmen

[74] Fransa, İtalya ve Almanya'dan örnekler için bkz. Di Pietro, Biagi, Costa, Karpiński ve Mazza, *JRC Technical Report*, 42-44.

[75] UNESCO'nun 2 Şubat 2021 tarihine ilişkin verilerine göre; okullar, Dünya'da 210 ülkeden 115 tanesinde tamamen, 50 tanesinde kısmen açıktır; 17 ülkede ara tatilde ve 28 ülkede ise tamamen kapalıdır; "COVID-19 ve Dünyada Okulların Durumu", TEDMEM, erişim 1 Mart 2021, <https://tedmem.org/wp-content/uploads/2021/03/31-Agustos-2020-2-Subat-2021-covid-19-ve-dunyada-okullarin-durumu.pdf>.

[76] "... Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.... Sağlık Bakanlığı'nın, aile hekimliği hizmetlerini, pilot olarak belirleyeceği illerde görevlendireceği ya da sözleşmeli olarak çalıştıracağı personel eliyle yürütmesi, bu hizmetlerin niteliği itibarıyla belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve dolayısıyla aile ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilmez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetler olması..." ; AYM, E. 2005/10, K. 2008/63, Kt. 21/02/2008, erişim 9 Nisan 2021, www.hukukturk.com. Eğitim kamu hizmeti ile ilgili olarak aynı yönde karar için bkz. AYM, E. 2008/54, K. 2011/45, Kt. 10/03/2011; erişim 9 Nisan 2021; www.hukukturk.com.

[77] "...Sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olup diğer kamu hizmetlerinden farklı ve öncelikli bir konuma sahiptir. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını

uzaktan eğitim uygulamaları, sağlık kamu hizmetinin aksamaya uğramaması ve yaşam hakkının korunabilmesi amacıyla pandeminin seyrine bağlı olarak değişen şekillerde de olsa devam etmiş ve yüz yüze eğitim mümkün olmasa da eğitim kamu hizmetinin sürekliliği sağlanmıştır.

Görüldüğü gibi, kamu hizmetinin aksamadan devam etmesi zorunluluğunu içeren ve idare hukukunda oldukça önemli bir yeri bulunan süreklilik ilkesinin eğitim kamu hizmetindeki anlamı daha da kuvvetlenmekte ve uzaktan eğitim, bir yandan kamu hizmetinin sürekliliği ilkesinin sonucu olarak ortaya çıkmışken, diğer yandan eğitim kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması noktasında önemli bir araç olmaya devam etmektedir.

3- İdarenin Değişkenlik İlkesi Kapsamındaki Görevleri ve Yetkileri

Değişkenlik ilkesi, Danıştay kararlarında kamu hizmetine egemen olan ilkelere biri olarak gösterilmiş ve bu ilke uyarınca idarenin düzenleme yetkisini haiz olduğu alanlarda, uygulamaları çağın gereklerine ve toplumun ihtiyaçlarına uygun şekilde düzenleyebileceği, bunun idarenin hem görevi hem de yetkisi olduğu, bununla birlikte söz konusu yetkinin hukuka uygun olarak kullanılması gerektiği ve kamu yararını gerçekleştirecek olan yeni düzenlemeyi gerektiren olguların somut olarak gösterilebilmesinin şart olduğu kabul edilmiştir.^[78] Danıştay'a göre, idarenin kamu hizmetini değiştirme yetkisinin kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun şekilde kullanılması gerekmektedir.^[79]

geliştirebilmelerinin, mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım ihtiyacı duydukları oranda bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev ve kişiler için () de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesinde, bu haktan yararlanmayı zorlaştırmaya ya da zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'ya aykırı düşer... Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığının, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahip olduğu dikkate alınır, sağlık ömrü gerekçesiyle yıl içinde yer değiştirme talebinde bulunan öğretmenlerin bu taleplerinin dava konusu kurala dayanılarak reddedilmesi hakkın özüne müdahale niteliğindedir.”; AYM, E. 2011/123, K. 2013/26, Kt. 06/02/2013, erişim 9 Nisan 2021, www.hukukturk.com.

[78] Danıştay 15. Daire, E. 2014/ 6132, K. 2018 / 2209, 06.03.2018, erişim 9 Nisan 2021, www.hukukturk.com.

[79] İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2012/ 2306, K. 2015/ 52, 21.01.2015, erişim 9 Nisan 2021, www.lexpera.com.

Doktrinde de kamu hizmetlerinin, değişen ve gelişen koşullar karşısında, gerek örgütlenme gerek işleyiş açısından “*derhal*” değişmesi bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir.^[80] Yine, tüm canlıların ve toplumsal yapıların evrime tabi olması gibi, kamu hizmetlerinin de değişime uğramasının zaten doğal olduğu, zira kamu hizmetinin amacı olan kamu yararının ve kamu yararını sağlamaya yönelik araçların da zamana ve mekâna bağlı olarak değişime uğradığı, kamu hizmetinin de bu değişime uyum sağlamaya mecbur olduğu^[81] ve değişkenliğin “*kamu hizmetinin varlık nedeninde yer aldığı*”^[82] belirtilmektedir. Bununla birlikte, doktrinde kamu hizmetlerinin değişkenliğinin sınırsız olmadığı ve bunun ülkenin “*ekonomik, teknik ve toplumsal düzeyi*” ne göre farklılaşabileceğine ve burada esas alınması gereken standardın “*ortalama, çağdaş standart*” olduğuna ilişkin görüş de bulunmaktadır.^[83]

Doktrinde, eğer bir kamu hizmetinin sunumu teknolojik imkânlar kullanılmadan mümkün olamayacaksa, bu durumda uyarılmanın hizmetin gereği olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.^[84] Bu açıdan, pandemi sürecinde başvurulmuş uzaktan eğitim uygulamasının da hizmetin gereği olarak ortaya çıkmış olduğu söylenebilir. Buna ek olarak, uzaktan eğitimin dezavantajlarını ortadan kaldıracak diğer teknolojik imkânların devreye sokulması da eğitim kamu hizmetinin gereği olarak değerlendirilebilir.^[85]

[80] Günday, *İdare Hukuku*, 335.

[81] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 219.

[82] Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 87.

[83] Yayla, *İdare Hukuku*, 78, 86.

[84] Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 89.

[85] Örneğin; idarenin, 13 Nisan 2020 tarihi itibarıyla, öğrencilerin ve velilerin sorularının hızlı bir şekilde cevaplanması amacıyla, yapay zekâlı EBA Asistan uygulamasını devreye sokmuş olması, ilkökul, ortaokul ve lise öğrencileri için, TRT-EBA TV üzerinden yaz okulu programı ile yabancı dil eğitimi açısından ise EBA Çevrim İçi İngilizce Yaz Okulu programı gibi faaliyetleri de, uzaktan eğitim gibi, kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesi doğrultusunda, eğitim kamu hizmetinin gerekleri olarak kabul edilebilir. Bu uygulamalarla ilgili olarak bkz. Milli Eğitim Bakanlığı, *Eğitimde Bu Yıl 2020 e-kitap*, 39, 48, 50.

Değişkenlik ilkesi, sonuçlarını hizmetten yararlananlar üzerinde olduğu kadar, kamu görevlileri açısından da göstermektedir. Bu doğrultuda, değişkenlik ilkesi kamu yararı amacıyla, kamu görevlilerinin yerlerinin ve hizmet koşullarının yetkili idari makamlarca değiştirilebilmesini de içermektedir.^[86] Başka bir ifade ile, idare değişen şartlara uyum sağlayabilmek amacıyla kamu görevlileri ile ilgili olarak tek taraflı değişiklik yapma yetkisini haizdir.^[87] Pandemi sürecinde de uzaktan eğitim, pandemi sebebiyle değişen şartlar karşısında ve toplum sağlığının koruma altına alınabilmesi amacıyla eğitim kamu hizmetinin sunulmasında derhal değişime gidilmesi sonucu ortaya çıkmış ve bu değişim doğal olarak, yüz yüze eğitim hizmeti veren kamu görevlilerinin uzaktan eğitim vermeye başlaması şeklinde, hizmet koşullarının değişmesini gerektirmiştir.

4-Süreklilik İlkesinin Değişkenlik İlkesine Bağlılığı

Süreklilik ve değişkenlik ilkeleri birbirlerine oldukça sıkı bir bağ ile bağlı olup, doktrinde bu hususa vurgu yapılmaktadır. Gözübüyük ve Tan'a göre, değişkenlik ilkesi süreklilik ilkesinin bir uzantısı olarak kabul edilebilir.^[88] Özay'a göre de süreklilik ilkesini değişkenlik ilkesinden bağımsız bir ilke olarak düşünmemek gerekmektedir.^[89] Ayrıca yazar, süreklilik ilkesinin bir yönü her ne kadar “*kronolojik*” yani *zaman bakımından devamlılık*” ise de “*asıl önemli yönü “içerik ve yoğunluk bakımından” düzeyindeki devam yani “istikrar”dır.*”^[90] demek suretiyle, idare tarafından sunulan kamu hizmetinin niteliğinin önemini vurgulamıştır.

[86] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 225.

[87] Gözler, *İdare Hukuku-II*, 308-309.

[88] Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku-I*, 595.

[89] Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, 241.

[90] Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, 241.

1739 sayılı Kanun'un, Türk milli eğitiminin temel ilkeleri arasında sayılan “bilimsellik” başlıklı 13. maddesi^[91] ile 2547 sayılı Kanun'un 5/d maddesi^[92] hükümleri her ne kadar daha çok değişkenlik ilkesi ile ilişkilendirilebilecek olsa da süreklilik ilkesine de vurgu yapmakta, böylelikle iki temel ilke arasındaki sıkı ilişki kanunen kabul edilmiş olmaktadır.

Süreklilik ilkesi ile değişkenlik ilkesi arasındaki yakın ilişki bazı kamu hizmeti alanlarında daha da kuvvetlenerek, sağlık hizmetlerinde olduğu gibi, hizmetin sunumunda teknolojik imkânların kullanılmamasının hizmetin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesine engel olabileceği belirtilmektedir.^[93] Pandemi sürecinde yüz yüze eğitimin yapılamadığı durumlarda eğitim kamu hizmetinin sunulabilmesi de ancak teknolojik imkânlarla gerçekleştirilebilen uzaktan eğitimi zorunlu kıldığı için, uzaktan eğitim, kamu hizmetinin süreklilik ve değişkenlik ilkelerinin birleşimi ve sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Doktrinde, süreklilik ve değişkenlik ilkeleri arasındaki sıkı ilişkiye vurgu yapılarak, bazı durumlarda kamu hizmetinin sürekliliğin sağlanması için uyarılmanın gerekli olduğu ve bu durumlarda değişimin ihmal edilmesinin süreklilik ilkesinin ihlali anlamına geleceği belirtilerek, iki ilke arasındaki ilişkinin önemi ortaya konmuş ve pandemi sürecinde eğitim kamu hizmeti alanında uygulanan uzaktan eğitim şeklindeki değişimin aynı zamanda süreklilik ilkesini de hayata geçirmiş olduğu belirtilmiştir.^[94]

[91] 1739 sayılı Kanun-m. 13: “Her derece ve türdeki ders programları ve eğitim metotlarıyla ders araç ve gereçleri, bilimsel ve teknolojik esaslara ve yeniliklere, çevre ve ülke ihtiyaçlarına göre sürekli olarak geliştirilir.

Eğitimde verimliliğin artırılması ve sürekli olarak gelişme ve yenileşmenin sağlanması bilimsel araştırma ve değerlendirmelere dayalı olarak yapılır.

Bilgi ve teknoloji üretmek ve kültürümüzü geliştirmekle görevli eğitim kurumları gereğince donatılıp güçlendirilir; bu yöndeki çalışmalar maddi ve manevi bakımından teşvik edilir ve desteklenir.”

[92] 2547 sayılı Kanun-m. 5/d: “Eğitim-öğretim plan ve programları, bilimsel ve teknolojik esaslara, ülke ve yöre ihtiyaçlarına göre kısa ve uzun vadeli olarak hazırlanıp sürekli olarak geliştirilir.”

[93] Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 88-89.

[94] Muhammed Göçgün, “Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Uyarılma İlkeleri Arasındaki İlişkinin Koronavirüs Sürecindeki Bir Tezahürü: Uzaktan Eğitim,” (bildiri Koronavirüs

Sonuç olarak, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak sunulması gerekliliği, bu hizmetlerin gelişen ve değişen şartlara uydurulmasını da gerektirmekte^[95] olup, pandemi sürecinde uygulanan uzaktan eğitim de eğitim kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması gerekliliğinden hareketle ve sunulmuş şeklinde değişikliğe gidilmesi sonucu ortaya çıkmıştır.

B) SÜREKLİLİK VE DEĞİŞKENLİK İLKELERİNİN BAZI SONUÇLARININ UZAKTAN EĞİTİMDEKİ ÖNEMİ

1- İdarenin Değerlendirme, Öngörme ve Planlama Yükümlülüğü

Pandemi sürecinde, süreklilik ve değişkenlik ilkelerinin sonucu olarak ortaya çıkmış olan uzaktan eğitimde de kamu hizmeti ilkelerinin tümünün hayat bulması gerekmekte olup, bunun sağlanabilmesi ancak idarenin değerlendirme, öngörme ve planlama yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmesi ile mümkün olabilecektir.

Kamu hizmetlerinde değişkenlik ilkesinin, idareye sürekli olarak “*değerlendirme, öngörme ve planlama*” yükümlülüğü verdiği belirtilmektedir.^[96] Bunlardan planlama yükümlülüğü, 1739 sayılı Kanun’un 14. maddesinde^[97]

Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı (29–30 Mayıs 2020), İstanbul İbn Haldun Üniversitesi Yayınları): 269-274, 269-270.

[95] İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 6. Baskı (İstanbul: Der Yayınları, 2013), 1206.

[96] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 225. Bu hususta Danıştay kararı örneği için bkz; Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E. 1974/4855, K. 1977/1704, 04.05.1977, *Danıştay Dergisi*, no. 28-29:604’ten aktaran Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku-I*, 595.

[97] 1739 sayılı Kanun, m. 14: Millî eğitimin gelişmesi iktisadi, sosyal ve kültürel kalkınma hedeflerine uygun olarak eğitim–insangücü–istihdam ilişkileri dikkate alınmak suretiyle, sanayileşme ve tarımda modernleşmede gerekli teknolojik gelişmeyi sağlayacak mesleki ve teknik eğitime ağırlık verecek biçimde planlanır ve gerçekleştirilir.

Mesleklerin kademeleri ve her kademenin unvan, yetki ve sorumlulukları kanunla tespit edilir ve her derece ve türdeki örgün ve yaygın mesleki eğitim kurumlarının kuruluş ve programları bu kademelere uygun olarak düzenlenir.

Eğitim kurumlarının yer, personel, bina, tesis ve ekleri, donatım, araç, gereç ve kapasiteleri ile ilgili standartlar önceden tespit edilir ve kurumların bu standartlara göre optimal büyüklükte kurulması ve verimli olarak işletilmesi sağlanır.

planlılık ilkesi olarak düzenlenmiş, 2547 sayılı Kanun'un 5/h maddesinde^[98] de idarenin planlama görevine yer verilmiştir.

Değerlendirme, öngörme ve planlama yükümlülükleri idarenin takdir yetkisini de kullanmasını gerektirecek olup, doktrinde idarenin takdir yetkisinin varlık nedenlerinden birinin kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesi olduğu belirtilmektedir.^[99] Anayasa Mahkemesi'ne göre de idarenin görevlerini yerine getirirken ne tür kararlar alması gerektiğinin önceden hukuk kuralları ile belirlenmesi hem mümkün değildir, hem de böyle bir yaklaşım kamu hizmetlerinin ve toplumsal ihtiyaçların değişkenliği ile uyumlu değildir, bu sebeple idarenin karşılaştığı farklı durumlarla ilgili olarak en uygun çözümü bulabilmek amacıyla takdir yetkisine sahip olması zorunludur.^[100]

Bu açıklamalar, pandemi sürecinde uygulanan uzaktan eğitim açısından neredeyse sürekli bir hâl almıştır. Zira, pandeminin seyrinin sürekli olarak değişime uğraması, uzaktan eğitimin sunulmasında değişkenlik ilkesini kalıcı hale getirmiştir. İdare, eğitim kamu hizmeti alanında, hizmetin hem aksamaması hem de çok çabuk değişen şartlara göre eğitim kamu hizmetini yeniden planlama sorumluluğu ile karşı karşıya kalmıştır. Bu hususta, her ne kadar doğrudan uzaktan eğitime ilişkin olmasa da eğitim kamu hizmetinin bir parçası olan sınavla ilgili olarak pandemi sürecinde verilmiş olan Danıştay kararlarındaki değerlendirmeler önemlidir. Bu kararlardan birine konu olan

[98] 2547 sayılı Kanun-m. 5/h: Yükseköğretim kurumlarının geliştirilmesi, verimlerinin artırılması, genişletilmesi ve bütün yurda yaygınlaştırılması amacıyla yönelik olarak yenilerinin açılması, öğretim elemanlarının yurt içinde ve dışında yetiştirilmeleri ve görevlendirilmeleri, üretim–insangücü–eğitim unsurları arasında dengenin sağlanması, yükseköğretime ayrılan kaynakların ve ihtisas gücünün dağılımı, milli eğitim politikası ve kalkınma planları ilke ve hedefleri doğrultusunda ülke, çevre ve uygulama alanı ihtiyaçlarının karşılanması, örgün, yaygın, sürekli ve açık eğitim–öğretimi de kapsayacak şekilde planlanır ve gerçekleştirilir.

[99] Günday, *İdare Hukuku*, 335.

[100] "...İdarelerin, kanunlarla verilen görevleri yerine getirirken ne tür kararlar almaları gerektiğinin, her türlü olay ve olgu göz önünde bulundurularak önceden hukuk kurallarıyla belirlenmesi mümkün olmadığı gibi, kamu hizmetlerinin ve toplumsal ihtiyaçların değişkenliği dikkate alındığında uygun bir yöntem de değildir. Bu nedenle, idarelerin karşılaştıkları farklı durumlar karşısında en uygun çözümü üretebilmeleri için takdir yetkisiyle donatılmaları zorunludur..." ; AYM, E. 2012/102, K. 2012/207, Kt. 27/12/2012, erişim 9 Nisan 2021, www.hukukturk.com

uyuşmazlık, 20-21 Haziran 2020 tarihlerinde yapılacakken pandemi sebebiyle 25-26 Temmuz 2020 tarihlerine ertelenen Yükseköğretim Kurumları Sınavı'nın (YKS), daha sonra 27-28 Haziran 2020 tarihinde yapılmasına ilişkin düzenlemenin iptaline ilişkindir. Bu uyuşmazlıkta Danıştay, "...*Bu bağlamda davalı idarelerin küresel etkileri olan bu salgın hastalığın seyrine bağlı olarak süreci izleyerek alınan tedbirleri ve kararları güncelleme noktasında takdir yetkisini kullandığı ve anılan takdir yetkisinin Sağlık Bakanlığı'nın da görüşü alınmak suretiyle kamu yararı ve hizmet gerekleri göz önünde bulundurulmak suretiyle kullanıldığı anlaşılmaktadır...* dava konusu edilen düzenlemenin kamu yararı ve hizmet gerekleri ile hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılmıştır..."^[101] şeklinde karar vermiştir. Aynı sınavla ilgili olarak Danıştay'da görülen bir başka uyuşmazlık ise 2020 yılı TYT (Temel Yeterlilik Testi) süresinin, 2019 yılı TYT sınav süresine göre 30 dakika artırılarak 135 dakikadan 165 dakikaya çıkarılmasının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği iddiasına ilişkindir. Söz konusu davada da Danıştay idarenin takdir yetkisi doğrultusunda değişiklik yapma yetkisine ilişkin benzer açıklamaları yaparak davanın reddine karar vermiştir: "...*Bu bağlamda davalı idarelerin, küresel etkileri olan salgın hastalığın seyrine bağlı olarak tedbirler alma ve daha önce alınmış olan kararları güncelleme noktasında takdir yetkisinin bulunduğu açık olup, anılan takdir yetkisine istinaden, sınav öncesinde ve sınav esnasında alınan koruyucu tedbirler nedeniyle adaylarda oluşabilecek kaygı ve motivasyon kaybı gibi olumsuzlukları asgari seviyeye indirmek ve 2547 sayılı Kanun'un 45. maddesinde yer alan imkân ve fırsat eşitliğini sağlamak amacıyla, 2020 yılı Yükseköğretim Kurumları Sınavı (YKS) Temel Yeterlilik Testi süresinin 30 dakika artırılarak 135 dakikadan 165 dakikaya çıkarılmasına yönelik alınan davaya konu kararda hukuka, kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmamakta olup; kusurlu bulunmayan idarelerce tazmini gereken bir zararın da oluşmadığı sonucuna varılmıştır...*"^[102]

[101] Danıştay 8. Daire, E. 2020 / 3447, K. 2020 /3249, 08.07.2020, erişim 9 Nisan 2021, www.lexpera.com

[102] Danıştay 8. Daire, E. 2020/3622, K. 2020/3569, 16.9.2020, erişim 22 Eylül 2021, www.lexpera.com.tr

Böylelikle, Danıştay takdir yetkisinin sınırları ile ilgili olarak yerleşik içtihadında^[103] yer alan kamu yararı ve hizmet gerekleri şartlarını, pandemi sürecinde eğitim kamu hizmeti açısından da kullanmıştır. Bu durumda, pandemi sürecinde uygulanan uzaktan eğitim ile ilgili olarak, sürekli nitelik kazanmış değişkenlik ilkesine bağlı olarak idarenin takdir yetkisini kullanması zorunlu olsa da bu yetkinin kamu yararına ve hizmetin gereklerine aykırı kullanılmayacağı kuşkusuzdur.

Böylelikle, uzaktan eğitim uygulamalarındaki değişkenliğin pandemi tamamen sona erene kadar devam edeceği kuvvetle muhtemeldir. Hatta pandemi tamamen sona erse de pandeminin ardından bütün kamu hizmetleri alanında bazı değişikliklerin söz konusu olabileceği düşünüldüğünde, idarenin eğitim kamu hizmeti alanındaki planlama görevinin önemi daha net şekilde anlaşılmaktadır. Bu husus, her ne kadar eğitim kamu hizmeti ile ilgili olmasa da pandemi sürecinde verilen bir Danıştay kararına yansımıştır^[104].

2- İdarece Yapılan Değişikliklere Uyma Zorunluluğu ve İdareden Talepte Bulunma Hakkı

Doktrinde, değişkenlik ilkesinin süreklilik ilkesi ile birlikte “*idare hukukunun kuralsal (statüter) ve tek yanlı niteliğinin varlık nedeni*” olduğu

[103] Eğitim kamu hizmetine ilişkin bir örnek için bkz. “...yapacağı işlem ve eylemler önceden belirlenen ve duyurulan kurallara bağlı olan idarenin hiç bir kurala bağlı olmaksızın takdir yetkisini kullanması sonucunu doğuracak dava konusu düzenleme; hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gibi asli ve sürekli bir kamu hizmeti olan eğitim-öğretim hizmetine yukarıda bahsedilen olumsuz etkileri dikkate alındığında kamu yararı ve hizmet gerekleri ile de bağdaşmamaktadır...”; Danıştay 12. Daire, E. 2006/3643, K. 2009/4943, 29.09.2009, erişim 5 Şubat 2021, www.hukukturk.com.

[104] “...Dünyada pandemi hâline gelen Covid-19 Koronavirüs salgın(ı) nedeniyle tüm çalışma şartları değişmiş, buna bağlı olarak ...değişiklikler kaçınılmaz hâle gelmiştir. Önümüzdeki süreçte mevcut salgın hastalığın süresi, oluşacak yeni durumlarla ilgili olarak belirsizlikler devam etmekte, konu üzerinde çalışan Bilim Kurulu ve Hükümet kararları ile her gün yeni bir durumla karşı karşıya kalınmaktadır... Salgının bitiş zamanıyla ilgili bir öngörü bulunmamakla birlikte, salgın sona erse dahi sonrasında çalışma hayatımızda yaşanacak değişiklikler bilinmemektedir. Bu nedenle, önümüzdeki dönemler için de çalışma planlarımızı buna göre yapmamız()da bir zorunluluk hâline gelmiştir...”; Danıştay 13. Daire, E. 2020 / 3157, K. 2020 / 3348, 25.11.2020, erişim 1 Mart 2021, emsal.danistay.uyap.gov.tr.

belirtilmiştir.^[105] Bunun sonucu olarak, hizmetin sunulmasında idare tarafından yapılan değişiklikler karşısında hizmetten yararlananların kazanılmış hak iddiasında bulunma,^[106] bir kamu hizmetinin devamını ya da aynı şekilde devamını talep etme^[107] haklarının olmadığı ve kamu hizmetinde idarece yapılacak değişikliklere katlanmak zorunda oldukları,^[108] kabul edilmektedir. İdarenin kamu hizmetinde tek taraflı olarak yapmış olduğu değişikliklere hizmetten yararlananların “*katlanma zorunluluğu*” doktrinde özellikle idari kamu hizmetleri açısından vurgulanmış ancak aynı zamanda hizmetten yararlananların idareden kamu hizmetini yeni koşullara uydurmasını talep haklarının da bulunduğu belirtilmiştir.^[109]

Bu söylenenlerin, idari kamu hizmetleri arasında yer alan eğitim kamu hizmeti açısından da geçerli olduğu kuşkusuzdur. Buna göre, hizmetten yararlananlar idarenin eğitim kamu hizmetinde yapacağı değişikliklere katlanmak zorunda olsalar da idareden eğitim kamu hizmetinin görülmesinde günün koşulları doğrultusunda değişiklik yapılmasını talep de edebileceklerdir. Ayrıca, kamu hizmetinde yapılan değişiklikten dolayı zarar ortaya çıkarsa, idarenin kusuru varsa kusurlu sorumluluk esasları, kusuru yoksa kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi doğrultusunda sorumluluğu söz konusu olabilecektir.^[110] Yine, her ne kadar hizmetten yararlananların kamu hizmetinin sunulmasında değişiklik yapılmamasını talep hakkı bulunmasa da sunulmakta olan kamu hizmetinin toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda sunulmasını talep hakları ve bu doğrultuda idari başvuru

[105] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*,222.

[106] Danıştay 12. Daire, E. 1965/3828, K.1967/1556, 13.10.1967, Danıştay Kararlar Dergisi, no. 119-120'den aktaran Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku-I*, 595; Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*,224; Günday, *İdare Hukuku*, 335; Gözler, *İdare Hukuku-II*, 306.

[107] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*,222.

[108] Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 310.

[109] Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku-I*, 596.

[110] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*,222-3. Bu hususta ayrıca bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları-I*, 23.

ya da dava yoluyla idareyi harekete geçirme olanakları bulunmaktadır.^[111] Bu açıklamalar eğitim kamu hizmeti açısından kanunen de temel ilkeler olarak kabul edilmiştir. 1739 sayılı Kanun'un Türk milli eğitiminin temel ilkelerini düzenleyen ikinci bölümünün "ferdin ve toplumun ihtiyaçları" başlıklı 5. maddesinde, "Milli eğitim hizmeti, Türk vatandaşlarının istek ve kabiliyetleri ile Türk toplumunun ihtiyaçlarına göre düzenlenir." demek suretiyle eğitim kamu hizmetinin düzenlenmesinde toplumun ihtiyaçları kadar vatandaşların taleplerinin de dikkate alınması gerekeceği kanunen kabul edilmiştir. Bu durumda, eğitim kamu hizmetinden yararlananların hizmetin uzaktan sunulmasına katlanma zorunlulukları bulunmakla birlikte bu hizmetin gereği gibi sunulmasının sağlanması talebiyle idareye başvuruda bulunma hakları da bulunmaktadır.

Kamu hizmetinin süreklilik ve düzenlilik ilkeleri doğrultusunda gereği gibi sunulabilmesi için sosyoekonomik ya da kültürel durum farklılıkları göz önünde bulundurularak hizmet sunumunda, örneğin ekonomik açıdan kalkınmamış bölgelerde kamu hizmetlerinin daha "ucuz" sunulması gibi, bazı farklılıklara gidilebileceği de kabul edilmektedir.^[112] Bu açıdan bakıldığında, süreklilik ilkesinin eşitlik ilkesi ile de belli ölçüde yakınlığı olduğunu söylemek mümkündür. Böylelikle, kamu hizmetinin aksamadan devam ettiğinin kabul edilebilmesi için kamu hizmeti ilkelerinin tamamının sunulan kamu hizmetinde hayat bulması gerekmektedir. Bu ilkelerden birine aykırılık olması durumunda ise hizmetten yararlananların iptal davası ya da tam yargı davası açabilecekleri kabul edilmektedir.^[113] Doktrinde ayrıca, kamu hizmetinin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediği durumların hizmet kusuru sayılmasının süreklilik ilkesinin yaptırımını olarak değerlendirilebileceği^[114] ve süreklilik ilkesine aykırılık teşkil eden idari işlemlerin iptal

[111] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 225. Bu hususta ayrıca bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, 308.

[112] Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 85.

[113] Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, *İdare Hukuku*, 1209.

[114] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 200.

edilebileceği^[115] belirtilmiştir. Danıştay da kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanmadığı durumları hizmet kusuru olarak kabul etmektedir.^[116]

III. EŞİTLİK İLKESİ VE MECCANİLİK İLKELERİ ÇERÇEVESİNDE UZAKTAN EĞİTİM

A) EŞİTLİK İLKESİNİN İDAREYE VERDİĞİ YÜKÜMLÜLÜK

Eşitlik, insan hakları belgelerinde^[117] ve 1982 Anayasası'nın başlangıç kısmı ile 10. maddesinde^[118] açıkça düzenlenmiş

[115] Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, *İdare Hukuku*, 1205.

[116] "...Kamu idareleri, yapmakla yükümlü buldukları kamu hizmetlerini gereği gibi ifa et(mek)le beraber bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etmek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla da yükümlüdür. İdarenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle hizmetin kötü veya geç işlemesi, gereği gibi işlememesi ve bu yüzden bir zarara sebebiyet verilmiş olması, idareye meydana gelen zararları tazmin sorumluluğunu yükler..."; Danıştay 8. Daire, E. 1982/463, K. 1983/189, 07. 02. 1983; "...hastanın hastalığının seyrinde solunum yetmezliği gelişebileceği düşünülerek takibinin süreklilik gerektirdiği ve bu sürekliliğin yapıldığına dair kayıtların dosyanın incelenmesi neticesinde saptanmadığı, Yoğun Bakım konsültasyonunun gecikmeli olduğu ve bu nedenle Yoğun Bakım Ünitesindeki tedavisine gecikmeli olarak başlanıldığı anlaşıldığından, hastanın takip ve tedavisinde ihmal ve kusur bulunduğu kanaatine varılmıştır..."; Danıştay 15. Daire, E. 2018/3131, K. 2019/1012, 21. 02. 2019, erişim 13 Nisan 2021, www.hukukturk.com

[117] Resmi gazetede yayımlanan metinleri için bkz. BM İHEB -m. 2/1: Herkes ırk, renk, cins, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir akide, millî veya içtimai menşe, servet, doğuş veya herhangi diğer bir fark gözetilmeksizin işbu beyannamede ilân olunan tekml haklardan ve bütün hürriyetlerden istifade edebilir."; BM İHEB -m.7: "Kanun önünde herkes eşittir ve farksız olarak kanunun eşit korunmasından istifade hakkını haizdir. Herkesin işbu beyannameye aykırı her türlü ayırddedici muameleye karşı ve böyle bir ayırddedici muamele için yapılacak her türlü kuşkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır. AİHS-m. 14: *İşbu Sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerden istifade keyfiyeti, bilhassa cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, millî veya sosyal menşe, millî bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi diğer bir durum üzerine müesses hiçbir tefrike tabi olmaksızın sağlanmalıdır.*

[118] 1982-AY-Başlangıç: "...Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu..."; m. 10/1: "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir."

[119] olan temel bir ilke olup, Anayasa'nın 10. maddesinin 4. fıkrası özel olarak idareyi bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmekle yükümlü tutmuştur. Bunun dışında, 1982 Anayasası'nın 90. maddesi gereğince iç hukuk kuralı haline gelmiş olan uluslararası sözleşme hükümlerinde özel olarak kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesine yer verildiği de görülmektedir. Örneğin, BM İHEB- m.21/2'de^[120] herkesin, ülkesinde kamu hizmetlerinden eşit yararlanma hakkı olduğu belirtilmiştir.

İdare hukuku açısından eşitlik ilkesi, süreklilik ve değişkenlik ilkeleri gibi temel kamu hizmeti ilkeleri arasında yer almakta olup, bu ilke bir yandan idareyi kamu hizmetini dilediği kişiye sunma hususunda sınırlamakta diğer yandan kamu hizmetini eşit durumda bulunanlara eşit, farklı durumda bulunanlara farklı sunma yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakmaktadır.^[121] Başka bir ifade ile eşitlik ilkesi, genel olarak, idarenin kamu hizmetini aynı durumda olan herkese objektif, eşit ve tarafsız şekilde sunmasını ifade etmektedir.^[122] İdarenin kamu hizmetinden yararlananlar arasında eşitliği sağlaması, hukuk devleti ilkesinin de zorunlu bir sonucu olarak kabul edilmektedir.^[123]

Eşitlik ilkesi, bazı yazarlar tarafından anayasal kanun önünde eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak gösterilmektedirken,^[124] bazı yazarlar tarafından kanun önünde eşitlik ilkesinin, kamu hizmetlerinin eşitliği ilkesinin tezahürü

[119] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 202.

[120] Resmi gazetede yayımlanan metni için bkz. BM İHEB-m.21/2: “Her şahıs memleketinin kamu hizmetlerinden eşitlikte faydalanmak hakkını haizdir.”

[121] “...İdare hukuku alanında eşitlik ilkesinin uygulanması kamu hizmeti kavramı ile birlikte aktarılmaktadır. Buna göre eşitlik kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir. Bu çerçevede idare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak zorundadır. Ayrıca kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi, “ayrımcılık yapmama” yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır...”; Danıştay 12. Daire, E. 2009/5045, K. 2013/5796, 27.06.2013; Danıştay 12.Daire, E. 2016/6599, K. 2019/5371, 26.06.2019, erişim 10 Nisan 2021, www.hukukturk.com

[122] Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 310-311.

[123] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 10. Baskı (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 550.

[124] Örnek için bkz; Gözler, *İdare Hukuku-II*, 309.

olduğu belirtilmektedir.^[125] Hangi görüş kabul edilirse edilsin, genel olarak eşitlik ilkesi ile kamu hizmetlerinin eşitliği ilkesi ayrılmaz bir bütün içinde yer almaktadır. Özey’in eşitlik ilkesi ile ilgili şu sözleri bu ilişkiyi açıklamaktadır: “*Kanun önünde eşitlik soyut ve salt filozofik bir kavram değil aynı koşulları taşıyanların aynı hak, olanak, yetki ve ayrıcalıklardan yararlandırılması anlamını taşıyan somut ve nesnel bir kuraldır.*”^[126] Tüm bu açıklamalar ışığında, eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesinde idarenin oldukça önemli bir yükümlülüğü bulunmaktadır.

B) EĞİTİM KAMU HİZMETİNDE EŞİTLİK VE MECCANİLİK İLKELERİ

1- Eğitim Kamu Hizmetinde Eşitlik İlkesi

Tüm kamu hizmeti alanlarında geçerli olan eşitlik ilkesinin önemi ve anlamı çalışma konusu olan eğitim kamu hizmeti açısından daha da güçlenmektedir. 1739 sayılı Kanun’un Türk milli eğitiminin temel ilkelerini düzenleyen ikinci bölümünün “*genellik ve eşitlik*” başlıklı 4. maddesinde^[127] eşitlik ilkesi vurgulanmış, 7. maddesinde eğitim hakkı^[128] düzenlenmiş ve 8. maddesinde^[129] fırsat ve imkân eşitliği hüküm altına alınmıştır. Böylece her ne kadar 7. maddede eğitim hakkı sadece ilköğretime ilişkin ve sadece Türk vatandaşlarına ait bir hak olarak düzenlenmiş olsa da 8. maddede yer alan fırsat ve imkân eşitliğine ilişkin hükümlerden, eğitim kamu hizmetinin

[125] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*,200.

[126] Özey, *Günüşiğinde Yönetim*, 247.

[127] 1739 sayılı Kanun-m. 4: “*Eğitim kurumları dil, ırk, cinsiyet, engellilik ve din ayrımı gözetilmeksizin herkese açıktır. Eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.*”

[128] 1739 sayılı Kanun-m. 7: “*İlköğretim görmek her Türk vatandaşının hakkıdır.*

İlköğretim kurumlarından sonraki eğitim kurumlarından vatandaşlar ilgi, istidat ve kabiliyetleri ölçüsünde yararlanırlar.”

[129] 1739 sayılı Kanun-m. 8: *Eğitimde kadın, erkek herkese fırsat ve imkan eşitliği sağlanır.*

Maddi imkanlardan yoksun başarılı öğrencilerin en yüksek eğitim kademelerine kadar öğrenim görmelerini sağlamak amacıyla parasız yatılılık, burs, kredi ve başka yollarla gerekli yardımlar yapılır.

Özel eğitime ve korunmaya muhtaç çocukları yetiştirmek için özel tedbirler alınır.

sunulmasında herkese fırsat ve imkân eşitliğinin sağlanmasının zorunlu olduğu ve bu eşitliğin sağlanması için maddi imkândan yoksun öğrenciler ile özel eğitime ve korunmaya muhtaç çocuklar hakkında gerekli yardımların yapılması ve tedbirlerin alınması gerekliliği açıkça anlaşılmaktadır. Fırsat ve imkân eşitliği, yükseköğretim kamu hizmeti açısından da 2547 sayılı Kanun'da ana ilkeler arasında sayılmıştır.^[130] 5580 sayılı Kanun'un 12/1 maddesinde de “Kurumlar, faaliyetlerini sadece kazanç sağlamak için düzenleyemezler. Ancak, Türk Millî Eğitiminin amaçları doğrultusunda eğitimin kalitesini yükseltmek, gelişmelerine fırsat ve imkân verecek yatırımlar ve hizmetler yapmak üzere gelir sağlayabilirler.” demek suretiyle özel öğretim kurumlarının da fırsat ve imkân eşitliğinin sağlanmasına yönelik faaliyetlerde bulunması gerektiği vurgulanmıştır. Türkiye'nin taraf olduğu BM ÇHS-m. 28/1'de^[131] çocuğun eğitim hakkının fırsat eşitliği temelinde gerçekleştirilmesi gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Danıştay da Millî Eğitim Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmeliğin iptali için açılan davada, hukuka uygunluk değerlendirmesinde BM ÇHS-m. 28/1'de yer alan fırsat eşitliği hükmüne yer vermiştir.^[132]

Görüldüğü gibi, idarenin eğitim kamu hizmetinde eşitliği sağlaması gerekliliği Türkiye'de birçok mevzuat hükmü ile güvence altına alınmış olup, eşitlik ilkesinin tüm gereklerinin uzaktan eğitim sürecinde de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Buna göre; uzaktan eğitim kamu hizmetinden yararlanmada eşitlik bir yönüyle dil, ırk, cinsiyet, engellilik ve din ayrımı gözetilmeden herkesin bu hizmetten yararlanması gerekliliğini içermekteyken, diğer yönüyle fırsat ve imkân eşitliği çerçevesinde uzaktan eğitime erişemeyen öğrencilere gerekli maddi yardımların ya da telafi eğitimlerinin yapılması gerekliliğini de içermektedir.

[130] 2547 sayılı Kanun-m. 5/e: Yükseköğretimde imkan ve fırsat eşitliğini sağlayacak önlemler alınır.

[131] Resmi gazetede yayımlanan metni için bkz. BM ÇHS-m. 28/1: “Taraf Devletler, çocuğun eğitim hakkını kabul ederler ve bu hakkın fırsat eşitliği temeli üzerinde tedricen gerçekleştirilmesi görüşüyle...”

[132] Danıştay 8. Daire, E. 2015/1460, K. 2016/958, 11.02.2016, erişim 9 Nisan 2021, www.lexpera.com.tr

2- İlköğretim Kamu Hizmetinde Meccanilik İlkesi

Doktrinde bazı yazarlar tarafından kamu hizmetinin temel ilkeleri arasında gösterilen meccanilik^[133]; karşılıksızlık, bedava ya da parasızlık anlamlarına gelen bir ilkedir.^[134] Bu ilkedен ilk bakışta, kamu hizmetlerinin sunumunda hizmetten yararlananların herhangi bir bedel ödemeyeceği anlamı çıkmaktaysa da günümüzde bu ilkenin tam olarak geçerli olmadığını söylemek mümkündür.^[135] Doktrinde de hiçbir kamu hizmetinin karşılıksız (bedelsiz) olmadığı, hizmetten yararlananların doğrudan ya da dolaylı olarak kamu hizmetinin maliyetine katılacağı ama bazı kamu hizmetlerinin sunumunun parasız olabileceği belirtilmiş^[136], böylece karşılıksızlık ile parasızlık kavramlarının başka şekillerde anlaşılması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Bu durumda, parasız olan kamu hizmetleri açısından da hizmetten yararlananlar dolaylı olarak, vergiler aracılığı ile söz konusu kamu hizmetlerinin karşılığını ödemektedir.^[137] İlköğretim kamu hizmetinin ise, vergiler aracılığıyla karşılığının ödendiği kabul edilse dahi, hukuki metinlerde “parasız” olduğunun açıkça vurgulanmış olması açısından, bu kamu hizmeti diğer kamu hizmeti alanlarından daha farklı bir konumda bulunmaktadır.

Böylece, günümüzde meccanilik ilkesi, birçok kamu hizmeti açısından geçerli değilse de ilköğretim kamu hizmeti parasız görülen kamu hizmetleri arasında yer almaktadır.^[138] Türkiye’de 1982 Anayasası’nın eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi başlıklı 42/5 maddesi hükmünde, “İlköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır.”

[133] Örnek için bkz. Günday, *İdare Hukuku*, 336; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 553.

[134] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 226.

[135] Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, 241, 244; Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 100.

[136] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 226.

[137] Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları-I*, 18; Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, 244; Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 227.

[138] Çınar Can Evren, “Bir Danıştay Kararı Üzerine Kamu Hizmetinde Bedel Sorunu,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XI, no. 1-2 (2007): 679-691, 684.

denmek suretiyle sadece^[139] ilköğretim kamu hizmeti açısından parasızlık ilkesi anayasal olarak ve 222 sayılı Kanun^[140]'un 2. maddesinde de kanunen kabul edilmiştir. Türkiye tarafından imzalanıp onaylanmış olan BM ÇHS'nin 28. maddesi^[141] ile BM İHEB'in 26. maddesinde^[142] ve BM ESKHS'nin

[139] Türkiye'de meccanilik ilkesi, ortaöğretim ve yükseköğretim kamu hizmetleri açısından anayasal ve yasal olarak kabul edilmemiştir. Anayasa Mahkemesi de yükseköğretimin paralı olmasına ilişkin kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı bulmamıştır; "... *Yüksek öğretimin parasız olacağı yolunda bir kural ne 50. maddede ne de Anayasa'nın başka bir maddesinde yer almış değildir. Buna karşılık 50. maddenin ikinci fıkrası ilk öğrenimin Devlet okullarında parasız olacağını kurala bağlamıştır. Bu, bir bakıma çok önemli bir belirmedir. Çünkü Anayasa Koyucunun, yüksek öğretimin mutlaka parasız olmasını öngörseydi, bu yönergesini de öylece ve açıkça ortaya koyacağını anlatmaktadır. Demek yüksek öğretim paralı da, parasız da olabilecektir ve paralı da parasız da olması Anayasa'ya aykırı düşmeyecektir...*"; AYM, E. 1973 / 32, K. 1974 / 11, Kt. 26/03/1974, erişim 5 Şubat 2021, www.hukukturk.com. Bu durumda, pandemi sürecinde uygulanan uzaktan eğitimin, kamu hizmetinin meccanilik ilkesi ile çelişen yönleri de, yükseköğretim kamu hizmeti açısından geçerli olmayacaktır. Bununla birlikte, ortaöğretim kamu hizmeti yükseköğretim kamu hizmetinden farklı olarak kanunen zorunlu bir eğitim olduğu (1739 sayılı Kanun- m. 26: "*Değişik: 2/12/2016-6764/23 m.) Ortaöğretim; ilköğretime dayalı dört yıllık zorunlu örgün veya yaygın öğrenim veren genel, mesleki ve teknik öğretim kurumları ile mesleki eğitim merkezlerinin tümünü kapsar.*") ve eğitim kamu hizmeti idari kamu hizmetleri arasında yer aldığı için, meccanilik ilkesinin ortaöğretim kamu hizmeti açısından da geçerli olması gerektiği söylenebilir. Doktrinde de, idari kamu hizmetlerinden kurulması zorunlu olanların parasız olması gerektiği yönünde görüş bulunmaktadır. Bkz. Evren, "Bir Danıştay Kararı," 685-686.

[140] İlköğretim ve Eğitim Kanunu (RGT.12.01.1961, S. 10705)-m.2: "*İlköğretim, ilköğrenim kurumlarında verilir; öğrenim çağında bulunan kız ve erkek çocuklar için mecburi, Devlet okullarında parasızdır.*"

[141] Resmi gazetede yayımlanan metni için bkz. BM ÇHS-m. 28/1: "Taraf Devletler, çocuğun eğitim hakkını kabul ederler ve bu hakkın fırsat eşitliği temeli üzerinde tedricen gerçekleştirilmesi görüşüyle özellikle: a) *İlköğretileri herkes için zorunlu ve parasız hale getirirler...*"

[142] Resmi gazetede yayımlanan metni için bkz. BM İHEB-m. 26/1: "...Eğitim parasızdır, hiç olmazsa ilk ve temel eğitim safhalarında böyle olmalıdır, ..."

13/2/a maddesinde^[143] de ilköğretimin parasız ve zorunlu olması gerektiği belirtilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında, ilköğretim kamu hizmetinin parasız olması gerekliliğine aykırılık teşkil eden tüm uygulamaların, anayasaya, kanuna ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümlerine aykırı olacağını belirtmek mümkündür.

C) UZAKTAN EĞİTİMİN EŞİTLİK VE MECCANİLİK İLKELERİ İLE ÇELİŞEN YÖNÜ: ERIŞİM ENGELİ

Pandemi sürecinde uygulanan uzaktan eğitimde eşitsizliğe yol açan durumlar genel olarak okulların teknolojik imkânları arasındaki farklılık^[144] ya da uzaktan eğitim platformlarına erişimle ilgili olarak özel okullar ile devlet okulları arasındaki farklılık^[145] olarak gösterilebilse de uzaktan eğitimde, hizmetten yararlananlar arasında eşitsizlik yaratan en önemli sorun, örgün eğitimin tüm basamakları ve tüm ülkeler açısından eğitime erişim engelleri noktasında olmuştur.^{[146] [147]}

[143] Resmi gazetede yayımlanan metni için bkz. BM ESKHS-m. 13/2/a: “İlköğretim herkes için zorunlu ve parasız olacaktır...”

[144] Emin, “Koronavirüs,” 2.

[145] Di Pietro, Biagi, Costa, Karpiński ve Mazza, *JRC Technical Report*, 21.

[146] UNICEF tarafından, pandemi sürecinde yaklaşık 1,5 milyar çocuğun okulların kapanmasından etkilendiği ve en az 463 milyon çocuğun hiçbir şekilde uzaktan eğitim almadığı belirtilmiş ve bu hususta Uzaktan Eğitimde Erişilebilirlik Raporu hazırlanmıştır. Söz konusu rapor, Dünya genelinde okul öncesi, ilkököl, ortaokul ve lise eğitimi alan çocukların uzaktan eğitime erişimlerine ilişkin 100 ülkeden elde edilen verilerin toplanmasıyla yapılan bir araştırmanın sonuçlarına yer vermiştir; “UNICEF tarafından yayınlanan yeni rapora göre, dünyadaki çocukların en az üçte biri, Koronavirüs salgını nedeniyle okulların kapanmasının ardından uygulanan uzaktan eğitime erişim sağlayamıyor”, UNICEF Türkiye, erişim 17 Şubat 2021, <https://www.unicef.org/turkey/bas%C4%B1n-b%C3%BCltenleri/unicef-taraf%C4%B1ndan-yay%C4%B1nlanan-yeni-rapora-g%C3%B6r%C3%BCnyadaki-%C3%A7ocuklar%C4%B1n-en-az-%C3%BC%C3%A7te-biri>.

[147] Türkiye’de, MEB tarafından açıklanan ve 23 Mart 2020-19 Haziran 2020 tarihleri arasında kapsayan verilere göre, uzaktan eğitim süreci boyunca EBA, 18 milyon öğrenci için, yedi gün yirmi dört saat kullanılabilir bir alt yapıya kavuşturulmuş,

[148]

Eğitime erişim engeli, internete erişememek şeklinde olabileceği gibi teknolojik araçlara erişememek ya da evlerde öğrenci sayısı kadar teknolojik araç bulunmaması şeklinde ya da özellikle küçük yaş gruplarındaki çocuklar açısından internet erişimi ve teknolojik araç imkânı olsa da bu araçların kullanımındaki bilgi eksikliği şeklindeki sorunlar olarak sıralanabilir ve kuşkusuz buraya başka örnekler eklenebilir. Aslında, pandemi öncesinde de son yıllarda bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler karşısında gelişmiş ülkeler ile gelişmekte olan ülkelerin teknolojiye erişimleri açısından oluşan eşitsizlik, doktrinde “*dijital uçurum*” (*digital divide*) olarak ele alınmıştır.^[149] Pandemi sürecinde uygulanmak zorunda kalınan uzaktan eğitimle ise dijital uçurum daha belirgin hale gelmiştir.^[150] Bu açıklanan sorunlar, henüz pandeminin başlarında uzaktan eğitime ilk geçiş yapıldığı sıralarda, Türkiye’nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin denetim organı olan komiteler tarafından belirtilmiş ve pandemi sürecinde taraf devletlerin eğitimde eşitliği sağlamak amacıyla alması gereken tedbirler açıklanmıştır. Örneğin, BM ÇHS’nin denetim organı olan Çocuk Hakları Komitesi, taraf devletlerin pandemi sürecinde eğitimde hâlihazırda var olan eşitsizliklerin

bununla birlikte, bu süre boyunca 7.383.213 öğrenci EBA’yı aktif olarak kullanmıştır. “Türkiye Uzaktan Eğitim İstatistikleriyle Dijital Dünyanın Listelerini Zorladı,” Milli Eğitim Bakanlığı, erişim 16 Şubat 2021, <http://yegitek.meb.gov.tr/www/sayilarla-uzaktan-egitim/icerik/3064>. Görüldüğü gibi, MEB’e bağlı okullarda söz konusu tarih aralığında eğitim gören 10 milyondan fazla öğrenci uzaktan eğitime erişmemiş ya da erişememiştir.

[148] Yükseköğretimde pandemi sürecinde uygulanan uzaktan eğitim uygulamaları ile ilgili olarak lisans öğrencilerinden elde edilen veriler doğrultusunda yapılan bir çalışmada da öğrencilerin % 63’nün evinde internet bağlantısı bulunduğu; öğrencilerin üçte birinin bilgisayarını ya da tableti olmadığı ve dörtte birinin ise internet ya da bilgisayar/tablet vb. yokluğu sebebi ile eğitimlerini sürdüremediğine ilişkin sonuçlara ulaşılmıştır; Engin Karadağ ve Cemil Yücel, “Yeni Tip Koronavirüs Pandemisi Döneminde Üniversitelerde Uzaktan Eğitim: Lisans Öğrencileri Kapsamında Bir Değerlendirme Çalışması,” *Yükseköğretim Dergisi* 10, no. 2 (2020):181-192, 190.

[149] Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.; Sedef Sezgin ve Mehmet Fırat, “Covid-19 pandemisinde uzaktan eğitime geçiş ve dijital uçurum tehlikesi,” *Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi* 6, no. 4 (2020):37-54, 38-40.

[150] Fırat, “Covid-19 pandemisinde,” 48.

daha da derinleşmemesi için, teknolojik imkânlarla erişme ya da ebeveynlerinden hiç ya da gerektiği şekilde yardım alamayan çocuklar için öğretmen desteği sağlanması doğrultusunda yöntemler geliştirilmesi gerektiği yönünde açıklamalarda bulunmuştur.^[151] BM ESKHS'nin denetim organı olan Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi de pandemi sürecindeki uzaktan eğitim sırasında, devletlerin internet ve teknolojiye erişim hususundaki eşitsizlikten doğan hak ihlallerini önleyecek tedbirleri alması gerektiğini belirtmiştir.^[152] Böylece, pandemi sürecinde uzaktan eğitime erişimin sağlanması ile ilgili yeterli tedbirlerin alınmaması, öncelikle eğitim hakkının ihlali anlamına gelmektedir. AİHM'ye göre de eğitim hakkı mevcut eğitim kurumlarına erişme hakkını da kapsamaktadır.^[153]

Pandemi sürecinde uzaktan eğitime erişimin sağlanması ile ilgili yeterli tedbirlerin alınmaması diğer yandan hizmetin gereği gibi yerine getirilmemesi anlamına gelmektedir. Zira, eğitim kamu hizmeti, fırsat eşitsizliklerini ortadan kaldıracak şekilde sunulmadığı takdirde, hizmetin gereği gibi yerine getirilmiş olacağını söylemek mümkün olamayacaktır. Doktrinde de eşitlik ilkesinin hayat bulabilmesi için farklı statülerde yer alan kişilere bazen farklı uygulamalar da yapılması gerektiği, ancak bu yolla söz konusu kişiler açısından da kamu hizmetinin sürekli ve düzenli bir şekilde sunulabileceği belirtilmiş, böylece eşitlik ilkesinin süreklilik ilkesi ile birleşen yönüne vurgu yapılmıştır.^[154]

Pandemi sürecinde uygulanan uzaktan eğitim açısından, sosyoekonomik açıdan dezavantajlı ailelerin çocuklarının hem teknolojik imkânlarla ulaşmakta yaşadığı sıkıntı^[155] hem de teknolojik imkânların kullanımının sağlanması noktasında rehberlik edebilecek kimsenin bulunamaması^[156] gibi

[151] Bingöl Schrijer, "Covid-19," 846.

[152] Bingöl Schrijer, "Covid-19," 847.

[153] AİHM, Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium/Belçika BN.1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, erişim 27 Şubat 2021, hudoc.echr.coe.int.

[154] Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 95.

[155] Bu hususta ayrıca bkz. Yamamoto Telli ve Altun, "Coronavirüs," 32.

[156] Emin, "Koronavirüs," 2.

hususlar uzaktan eğitim uygulamalarının herkese eşit şekilde sunulabilmesinin önündeki en önemli engeller olmuştur. Erişim engeli devam ettiği ya da erişim engelinin ortaya çıkardığı olumsuzlukları ortadan kaldıracak telafi eğitimleri yapılmadığı sürece sosyoekonomik açıdan dezavantajlı öğrenciler açısından ortaya çıkan eşitsizlik de devam edecektir. Günümüzde pandemi devam ediyor olmasına rağmen büyük ölçüde yüz yüze eğitime geçiş kararlarının alınması, konunun önemini daha net ortaya koymaktadır.

Uzaktan eğitime erişim engeli böylelikle, genel olarak örgün eğitim kamu hizmetinden yararlanmada eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden önemli bir problem olmuştur. Buna ek olarak, erişim engeli ilköğretim kamu hizmeti açısından meccanilik ilkesi ile de çelişki içinde bulunmaktadır. Zira, pandemi sürecinde teknolojik araçlar, evlerdeki okullar olmuştur ve eğitime erişebilmek için internet bağlantısı, mobil telefon, tablet, bilgisayar vb. gibi araçlara ve artan elektrik ihtiyacına bağlı olarak artan faturalara ödenecek bedeller düşünüldüğünde; anayasa, kanun ve uluslararası sözleşme hükümleri ile devlet okullarında parasız olması gerektiği açıkça kabul edilmiş olan ilköğretim kamu hizmeti, uzaktan eğitimde neredeyse paralı hale gelmiştir. Bu açılardan, idarenin uzaktan eğitime erişemeyen öğrenciler ile erişebilen öğrenciler arasındaki eşitsizliği telafi edebilmek için oldukça önemli bir sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumluluk idarenin anayasal sorumluluğudur ve idare uzaktan eğitime erişemeyen ilköğretim öğrencilerine eğitime erişebilecekleri teknolojik alet ve sınırsız internet kullanımı hakkı sağlamakla yükümlüdür. Aksi takdirde, uzaktan eğitimin ilköğretim kamu hizmeti açısından meccanilik ilkesi ile çelişkisi ortadan kalkmış olmayacaktır ve bu çelişki ne yazık ki sosyoekonomik açıdan dezavantajlı öğrenciler açısından eğitim kamu hizmetinde süreklilik ve eşitlik ilkelerinin hayat bulmasına engel olmaktadır. İlköğretim kamu hizmetinin zorunlu ve parasız olma niteliği Danıştay kararlarında da vurgulanarak, zorunlu ve parasız ilköğretim kamu hizmetinin, örneğin köylerde bulunan ve zorunlu eğitim çağındaki öğrencilerin merkezi yerlerde bulunan ilköğretim okullarına taşınması görevi gibi^[157], yan görevleri de içerdiği belirtilmiştir. Danıştay'ın

[157] "...ilköğretimin zorunlu ve Devlet okullarında parasız olduğu, nüfusun az ve dağınık olduğu yerlerde de ilköğretimin merkezi durumda olan köylerde yapılacağı hususu tartışmasız olup, bu zorunluluk nedeniyle, nüfusu az ve dağınık yerleşim birimlerinde bulunan ve birleştirilmiş sınıf uygulaması yapan zorunlu öğrenim çağındaki öğrencilerin, davalı idarece belirlenen merkezi yerlerdeki ilköğretim okullarına taşınması görevi de, eğitim öğretim hizmetini yerine getirmekle görevli

eğitim kurumuna erişmeye ilişkin bu kararı, ilköğretim kamu hizmetinde uzaktan eğitime erişim sorunu yaşamış ve yaşama ihtimali olan öğrencilere gerekli teknolojik imkânların ve eğitime erişimin sağlanmadığı dönemlere ilişkin telafi eğitimlerinin idare tarafından sağlanması gerekliliği açısından ışık tutacak nitelikte bir karardır.

Böylece, uzaktan eğitime erişim engelleri, eşitlik ilkesi ile ve ilköğretim kamu hizmeti açısından meccanilik ilkesi ile çelişki içinde bulunmuştur. Bu söylenenler, günümüzde kısmen uygulanmaya devam eden ve pandeminin seyrine bağlı olarak tamamen uygulanma ihtimali olan uzaktan eğitim uygulamaları açısından da geçerli olup teknolojik imkânlara erişim ile ilgili yeterli destek sağlanmadığı sürece, bu önemli problemler ne yazık ki varlığını sürdürecektir. Erişim engellerinin bir an önce ortadan kaldırılması ve engellerin bütün öğrenciler için ortadan kalktığı tarihe kadar olan dönemi kapsayan telafi eğitimlerinin söz konusu öğrenciler için uygulanması^[158], eşitlik ilkesinin gereği olarak, idarenin bu alandaki en önemli görevleridir.

İdarenin erişim engellerini ortadan kaldırmak üzere yapması gerekenlerle ilgili olarak, Milli Eğitim Bakanlığı'na eğitim araç ve gereçlerinin temini ile ilgili olarak 1739 sayılı Kanun'da verilmiş olan görevler yön gösterici olabilir. 1739 sayılı Kanun'un 53. maddesinde Milli Eğitim Bakanlığı'na, "...*ken-disine bağlı eğitim kurumlarının eğitim araç ve gereçlerini, gelişen eğitim teknolojilerine ve program ve metotlara uygun olarak sağlamak, geliştirmek, yenileştirmek, standartlaştırmak, kullanılma süresini ve telif haklarını ve ders kitabı fiyatlarını tespit etmek, paralı veya parasız olarak ilgililerin yararlanmasına sunmak...*" görevi verilmiş, 54. maddede ise bu görevin ne şekilde yerine getirilebileceği belirtilmiştir. Yine 1739 sayılı Kanun'un 52. maddesinde eğitim araç ve gereçleri sadece ders kitabı ya da basılı eğitim malzemeleri ile sınırlandırılmamış, "*eğitimin genel amaçlarının gerçekleştirilmesine yararlı olacak diğer eserleri ve eğitim araç ve gereçlerini*" de kapsadığı belirtilmiştir. Üniversiteler açısından ise, 2547 sayılı Kanun-m. 5/e'de yer alan "*Yükseköğretimde imk(â)n ve fırsat eşitliğini sağlayacak önlemler alınır*" şeklindeki hükmün, aynı doğrultuda değerlendirilmesi mümkündür. Bu açılardan eğitime erişimde teknolojik araç yokluğu yaşayan öğrencilere,

olan davalı idareye ait olmaktadır..."; Danıştay 8. Daire, E. 2001/392, K. 2002/674, 05.02.2002, erişim 5 Şubat 2021, www.hukukturk.com

[158] Emin, "Koronavirüs," 2.

gerek MEB gerek yerel yönetimler ile özel sektör ve sivil toplum kuruluşları tarafından belli miktarda bilgisayar ve tablet temin edilmiştir.^[159] Yine, MEB tarafından internet erişiminde sorun yaşayan öğrenciler açısından EBA destek noktaları oluşturulmuştur.^[160] Bu noktada, YÖK tarafından üniversite öğrencilerine 6 GB internet erişimi desteği sağlanmıştır.^[161] MEB'e bağlı öğrencilere de uzaktan eğitim ilk başladığında sağlanan 3 GB internet kullanımı imkânı daha sonra 8 GB'a yükseltilmiştir.^[162]

Böylece, öğrencilerin uzaktan eğitime erişebilmeleri için idare tarafından bazı önlemler alınmış olsa da çok sayıda öğrenci uzaktan eğitime erişim imkânsızlığı yaşamaya devam etmiştir. Oysa, kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesi, bir yandan idarenin kamu hizmetini istediği kişilere sunup sunmama hususunda serbest olmamasını, diğer yandan ise kamu hizmetini “eşit durumda bulunanlara eşit”, “farklı durumda bulunanlara da farklı” şekilde sunması gerekliliğini ifade etmektedir.^[163] İdare, bu süreçte özel eğitime ihtiyaç duyan öğrenciler açısından bu gerekliliğe uygun faaliyetlerde bulunmuştur. MEB tarafından hazırlanmış olan “Özelim Eğitimdeyim” adlı mobil uygulama^[164], eşitlik ilkesinin farklılıkların yarattığı dezavantajları ortadan kaldırmayı amaçlayan yönü ile uyumlu bir uygulamadır. Bu uygulamada olduğu gibi, sosyoekonomik açıdan dezavantajlı öğrencilerin de uzaktan eğitime erişim engellerini ortadan kaldıracak uygulamaların hayata

[159] Milli Eğitim Bakanlığı, *Eğitimde Bu Yıl 2020 e-kitap*, 96.

[160] Milli Eğitim Bakanlığı, *Eğitimde Bu Yıl 2020 e-kitap*, 62.

[161] Yükseköğretim Kurulu, “Üniversite Öğrencilerine Ücretsiz 6 GB’lık ‘Uzaktan Eğitime Destek’ Kotası,” erişim 1 Mart 2021, <https://www.yok.gov.tr/Sayfalar/Haberler/2020/ogrencilere-egitime-destek-kotasi.aspx>

[162] “EBA ücretsiz internet nasıl alınır? EBA vodafone turkcell turk telekom ücretsiz internet paketleri”, CNN Türk, erişim 1 Mart 2021, <https://www.cnnturk.com/egitim/eba-uccretsiz-internet-nasil-alinir-eba-vodafone-turkcell-turk-telekom-uccretsiz-internet-paketleri>

[163] Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku-I*, 596; “... idarenin; kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak zorunda olduğu...”; İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2006/1404, K. 2010/504, 18.03.2010, erişim 9 Nisan 2021, www.hukukturk.com

[164] Milli Eğitim Bakanlığı, *Eğitimde Bu Yıl 2020 e-kitap*, 36, 80.

geçirilmesi, idarenin eğitim kamu hizmetini “*farklı durumda bulunanlara farklı*” şekilde sunması gerekliliğinin en önemli sonuçlarından biridir.

D) İDARENİN UZAKTAN EĞİTİME ERİŞİM ENGELLERİNE İLİŞKİN GÖREVLERİNİN SINIRI

Buraya kadar, idarenin pandemi sürecinde uygulanan uzaktan eğitimde eşitlik ilkesinin ve ilköğretim kamu hizmeti açısından meccanilik ilkesinin hayat bulması için eğitime erişim engellerini kaldırma görevlerinden bahsedilmiş olsa da eğitim hakkının sosyal ve ekonomik haklar kısmında düzenlenmiş olması ve 1982 Anayasası'nın 65. maddesinin^[165] devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevinin sınırı olarak “*mali kaynakların yeterliliği*” ölçütünü getirmiş olması karşısında, idarenin uzaktan eğitime erişim engellerini kaldırma hususundaki görevleri açısından Anayasa'nın 65. maddesinin uygulama alanı bulup bulamayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 65. maddesinde devletin sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerinin sınırı olarak mali kaynaklarının yeterliliği ölçütü açıkça kabul edilmiştir. Bu açık kabul doğrultusunda doktrinde de 1982 Anayasası'nın 65. maddesinin, 2. ve 5. maddeleri ile çatışma halinde olmadığı ve bu maddeler karşısında özel hüküm niteliği taşıdığı için, bu madde hükümlerinin karşılaştığı durumlarda Anayasa'nın 65. maddesi hükmünün uygulanacağını^[166] ve kişilerin eğitim hakkının da içinde bulunduğu sosyal haklar hususunda, sadece bu hakların anayasada düzenlenmesinden doğan bir dava hakları olmadığı ve yasama organının bu alanda düzenleme yapması durumunda kişilerin talep ve dava haklarının söz konusu olacağını kabul eden^[167] görüşler bulunmaktadır. Benzer şekilde, devletin Anayasa'da öngörülmüş olan sosyal ve ekonomik alanlarla ilgili anayasal kamu hizmetlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirebileceği, mali kaynaklarının yetmemesi durumunda bu hizmetleri

[165] Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları-1982 AY-m. 65: “*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*”

[166] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 77.

[167] Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014) , 154-155; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 77.

kurmandan kaçınabileceği ya da sınırlı ölçüde kurabileceği^[168] belirtilmektedir. Doktrinde Gören ise, Anayasa'nın 11. maddesinde düzenlenmiş olan ve anayasanın bağlayıcılığını hüküm altına alan kural karşısında, kişilerin ancak yasama organının ilgili alanda düzenleme yapmasından sonra sosyal haklara ilişkin talep ve dava haklarının doğabileceği yönündeki görüşe katılmanın mümkün olmadığını ve Anayasa'da düzenlenmiş sosyal hakların yargı yoluyla ileri sürülemeyeceğinin düşünölemeyeceğini, zira diğer temel haklarla sosyal haklar arasında yargı yoluyla ileri sürölebilmek açısından bir farklılık bulunmaması gerektiğini belirterek, bu görüşü somutlaştırmak için, zorunlu öğrenimin öngöröldüğü bir sistemde öğrenim hakkının dava yoluyla ileri sürölememesinin bir çelişki oluşturacağını örnek olarak göstermiştir.^[169]

Yine, doktrinde bu düzenlemenin “işin mahiyetinin gerektirdiği” bir düzenleme olduğu, zira böyle bir düzenlemenin yer almaması durumunda devletin hareketsiz kaldığı ya da yeterli sosyal katkı sağlayamadığı durumlarda sürekli olarak anayasal ihlal iddialarıyla karşılaşılacağı belirtilmiş^[170], bununla birlikte söz konusu hükmün aynı zamanda sosyal ödevlerini “savsaklayan” devlet organları açısından bir mazeret olarak da kullanılabileceği^[171] ve 65. maddenin “devletin hareketsizliği için bir silah oluşturmakta” olduğu^[172] hususlarına da dikkat çekilmiştir.

Doktrinde, Anayasa Mahkemesi'nin eski tarihli kararlarından hareketle, yüksek mahkemenin tavrının devletin sosyal yükümlölüklerini yerine getirme noktasında geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu,^[173] bununla birlikte

[168] Gözler, *İdare Hukuku-II*, 360-361.

[169] Zafer Gören, “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”, *Anayasa Yargısı*, no.14 (1997):89-153, 143.

[170] Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 6. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2004), 168.

[171] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 168.

[172] Gören, “Sosyal Devlet,” 144.

[173] “..Kişinin sosyal güvenliğini sağlamak için gerekli tedbirleri almak ve teşkilatı kurmak devletin ödevidir. Bu ödevini yine Anayasa'nın bir başka kuralına göre ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde üstlenen devletin bu alanda kaynağı belirlemek, yani kaynaklar yaratmak, kimilerinden vazgeçmek, tüm sosyal güvenlik kuruluşlarını birleştirmek, icabında başka bir yapıya

devletin belli bir konudaki sosyal yükümlüklerini yerine getirme kararı almasının ardından, bu yükümlükleri aynı durumda bulunanlar arasındaki eşitliği bozacak şekilde uygulayamayacağı^[174] yönünde olduğu belirtilmiştir.^[175] Yine, doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin, gerek 1982 Anayasası'nın 65. maddesi ile gerek 1961 Anayasası'nın 53. maddesi^[176] ile ilgili olarak, birinci kuşak haklarla bağlantı kurulabildiği durumlarda 1961 ve 1982 Anayasalarının söz konusu madde hükümlerinin devreye sokulmaması ve bağlantı kurulamadığı durumlarda ise söz konusu madde hükümlerinin devreye sokulması yönünde bir yaklaşım benimsediği^[177] belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu hususta vermiş olduğu daha yeni tarihli kararları incelendiğinde, bütün kararlarının aynı yönde olmadığı ve kararlarındaki değerlendirmelerin somut olayın özelliğine göre değiştiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevleri ilgili olarak, bazı kararlarında Anayasa'nın 65. maddesini sınır

sahip kılmak hususunda geniş takdir yetkisine sahip olduğu söz götürmez..."; AYM, E. 1986 /16, K. 1986 /25, Kt. 21/10/1986, erişim 13 Nisan 2022, www.hukukturk.com

[174] "...Sosyal Sigortalar Yasası'nın 34. maddesindeki süreyle ilgili itiraz konusu sınırlamanın bir zorunluluktan doğduğu söylenemez. Bir zorunluluk olsaydı Devletin diğer sosyal güvenlik kuruluşları ilgilileri için de aynı düzenlemeleri getirmesi gerekirdi. Genelde Devletin mali gücünden kaynaklanan bir zorunluluktan söz edilebilirse de Devlet, sosyal güvenliği sağlama ödevini yerine getirirken alacağı önlemlerde gücünü, temel haklar yönünden kişiler arasında farklılıklar yaratmayacak biçimde kullanmak durumundadır. Çünkü, bu düzenlemeler kapsamındaki kimselerin "yaşama hakkı" bakımından birbirlerine bir üstünlük sağlamaması gerekir.

Hukuksal yönden farklılıklar, ancak, yaşama hakkı dışındaki diğer özellikler yönünden farklı bir uygulamayı haklı kılabılır.

Bu nedenle maddedeki sınırlama Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır..."; AYM, E. 1990 /27, K. 1991 /2, Kt. 17/01/1991, erişim 13 Nisan 2022, www.hukukturk.com

[175] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 168-169.

[176] 1961 AY-m. 53: "Devlet, bu Bölümde belirtilen iktisadî ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadî gelişme ile malî kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getirir."

[177] Zülfiye Yılmaz, "Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları," İÜHFH LXXII, no. 1 (2014): 695-728, 724.

olarak kullanmışken;^[178] bazı kararlarında, sosyal hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine vurgu yaparak 65. madde hükmünü sınır olarak kullanmamıştır, bu yöndeki kararların karşı oylarında ise 65. madde düzenlemesine vurgu yapılmıştır.^[179]

[178] Örnek için bkz. "...herkesin sosyal güvenlik hakkından yararlanabilmesi bakımından sosyal güvenlik kurumlarının mali yapılarının güçlendirilmesine ihtiyaç bulunduğu yadsınamaz. Bu bağlamda, itiraz konusu kuralın, Anayasanın 60. maddesinde sözü edilen tedbirler kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Öte yandan, sosyal ve ekonomik haklar alanında Devlete yüklenen görevlerin, Anayasanın 65. maddesinde belirtildiği biçimde mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirilebileceği açıktır..."; AYM, E. 2004/34, K. 2008/94, Kt. 17/04/2008; "...ölüm aylığı almayı hak edenler açısından SGK'nın mali kaynakları çerçevesinde Anayasa'nın 60. maddesinde ifade edilen güvenceyi sağlamaya çalışmanın bir gereğidir. Ölüm aylığı alabilmek için öngörülen koşulun hakkın kötüye kullanılarak sağlanmak istenmesi sosyal güvenlik hakkıyla bağdaştırılamaz... Bunun yanında ölüm aylığı, sosyal güvenlik sisteminin aktüeryal yapısıyla doğrudan ilgilidir. Anayasa'nın 65. maddesine göre, "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir." Ölüm aylığı alabilmek için boşanarak eşiyile birlikte fiilen yaşamaya devam eden kadınlara haksız ve yersiz ödeme yapılması ile oluşacak maliyetin, SGK'nın aktüeryal dengelerini olumsuz etkilememesi için yasa koyucunun bu düzenlemeyi getirdiği anlaşılmaktadır..."; AYM, E. 2009/86, K. 2011/70, Kt. 28/04/2011, erişim 9 Nisan 2021, www.hukukturk.com

[179] Örnek için bkz.; "...Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Anayasa'nın 2. ve 60. maddeleri uyarınca, Devlet tarafından, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasına elverişli ortamın yaratılması ve bu anlamda sosyal güvenlik alanında getirilecek bir haktan, aynı sosyal güvenlik kurumu içinde yer alan ve temelde birbirine yakın konumda bulunan tüm iştirakçilerin "adalet ve hakkaniyet" ölçüleri içinde yararlanmalarını öngören düzenlemelerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aynı durumda bulunan kişilerin kanunun öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmaları Anayasa'nın 10. maddesinde ifade edilen eşitlik ilkesinin de bir gereğidirKARŞI OY: itiraza konu kuralla Anayasanın 60. maddesinde korunan sosyal güvenlik hakkına yönelik bir sınırlama olduğu kabul edilse bile, bu sınırlamanın Anayasanın 13. maddesindeki ölçütlere uygun olmadığı söylenemez. Bir kere, sınırlamanın kişilerin sosyal güvenlik haklarını kullanamaz hale getirmediği ve bu anlamda hakkın özüne dokunmadığı açıktır. İkincisi, Anayasanın 65. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, bütçe imkanları dikkate alınarak ödenecek ikramiyenin üst sınırının 30 yıl olarak belirlenmesi demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak da görülemez..."; AYM, E. 2013/111, K. 2014/195, Kt. 25/12/2014;

Eğitim kamu hizmeti açısından ise, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin yükseköğretim kamu hizmetinin paralı olduğuna ilişkin kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığına dair kararındaki tespitleri, çalışmaya ışık tutabilecek niteliktedir. Anayasa Mahkemesi bu kararında, “*Öğrenimin sağlanması Devletin sosyal bir ödevidir. Anayasa'nın 53. maddesi, Devleti, böyle bir ödevi ancak iktisadi gelişme ve mali kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getirmekle yükümlü tutmuş; daha ilerisini beklememiş ve istememiştir.*”^[180] şeklinde hüküm kurmuştur. Bu karar doğrultusunda ve 1982 Anayasası'nın 65. maddesinin açık hükmü karşısında, idarenin uzaktan eğitimde erişim engellerinin kaldırılmasına yönelik görevlerinin mali imkânları ile sınırlı olduğunu söylemek mümkün hâle gelmektedir. Ancak, bu yöndeki bir görüşün kamu hizmeti ilkeleri ve idarenin sorumluluğu açısından geçerli olup olmadığına belirlenmesi için Danıştay kararlarının ve doktrindeki görüşlerin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Danıştay'ın doğrudan eğitim kamu hizmeti ile ilgili olarak 1982 Anayasası'nın 65. maddesi hükmünün uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir kararına ulaşmak mümkün olamamıştır. Danıştay'ın dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak 1982 Anayasası'nın 65. maddesini de değerlendirmiş olduğu kararları genellikle sosyal güvenlik hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda söz konusu olmuştur. Danıştay bu

“... Geçici görevlendirilme sebebiyle asıl görev yeri dışında konaklamak durumunda kalan kamu görevlilerinin, maddi açıdan belli bir külfetle karşı karşıya kalmaları ve bu külfetin, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanması nedeniyle kamuca karşılanması gerektiğinden konaklama giderinin ödenmesini on gün ile sınırlayan itiraz konusu kural, sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır... KARŞI OY: ..Sosyal devlet ilkesini, Devletin kamu görevlilerinin her türlü harcamalarını karşılamaya yetecek ölçüde ödemedede bulunmasını zorunlu kılan bir ilke olarak yorumlamak, Anayasa'nın 65. maddesini anlamsız hale getirebilecektir. Bu durumda, çalışanların yürüttükleri görev karşılığında aldıkları ücretten, fazla mesai ödemelerine kadar her türlü ödemenin yetersizliğinden söz edilebilecektir. Anayasa'nın 65. maddesinin gerekçesinde ifade edildiği gibi, mali kaynakların zorlanması ekonomik istikrarı bozabilecek, bu da Devletin ekonomik ve sosyal ödevlerinin aksaması sonucunu doğurabilecektir. Yine gerekçede belirtildiği üzere, bu durumdan “herşeyden önce, bu haklardan yararlanacak olan şahıslar zarar görür””; AYM, E. 2015/13, K. 2015/108, Kt. 25/11/2015, erişim 9 Nisan 2021, www.hukukturk.com

[180] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 232; AYM, E. 1973 / 32, K. 1974 / 11, Kt. 26/03/1974, erişim 5 Şubat 2021, www.hukukturk.com

kararlarında Anayasa'nın sosyal devlet, devletin temel amaç ve görevleri ile yaşam hakkına ilişkin hükümlerine, Anayasa Mahkemesi'nin sağlık hizmeti ile ilgili kararlarına ve uluslararası sözleşme hükümlerine vurgu yaparak değerlendirme yapmış ve idarenin düzenlemeleri ile ilgili olarak Anayasa'nın 65. maddesini bir sınır olarak kabul etmeyerek, idarece yapılan düzenleyici işlemlerin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu kararlardan birinde, idareye tanınan fiyat belirleme yetkisinin hastanın sağlık hizmetine erişim hakkını engelleyecek şekilde kullanılmasının, sağlıklı yaşam hakkına ve sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu vurgulanmıştır.^[181] Bir başka uyuşmazlıkta da Danıştay, “*hayati tehlike taşıyan ve acil müdahale edilmemesi durumunda ağır sonuçlar doğurabilecek nitelikteki acil sağlık durumlarının, davaya konu düzenlemenin kapsamı dışında tutulması*”nın hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.^[182]

Doktrinde bazı yazarlar tarafından, kamu hizmetlerinin sunumunda Anayasa'nın 65. maddesi kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesi açısından değerlendirilmiştir. Yayla; kamu hizmetlerinin değişkenliği ve gelişmelere uyarlanması özelliğinin sınırsız olmadığını^[183] ve “*Hizmet bir kere kuruldu mu, olanaklar elbette zorlanacaktır. İşte bu zorlamanın sınırlı olacağı da unutulmamalıdır.*” sözleriyle Anayasa'nın 65. maddesinin de bu amaçla getirilmiş olduğunu^[184] belirtmiştir. Bir başka görüşe göre ise, kamu hizmetinin uyarlanmasında Anayasa'nın 65. maddesi gerekçe olarak kullanılabilirken, anayasal kamu hizmetleri açısından 65. maddenin uygulama alanı bulamayacağı ve hizmetin değişen koşullara uyarlanmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.^[185] Bu görüşün, kamu hizmetinin sürekliliğinin ancak hizmetin sunulmasında değişiklik yapılması ile mümkün olabileceği durumlar

[181] Danıştay 15. Daire, E. 2013/2671, K. 2015/9004, 18.12.2015, erişim 9 Nisan 2021, www.hukukturk.com

[182] Danıştay 15. Daire, E. 2013/2625, K. 2017/1912, 24.04.2017, erişim 9 Nisan 2021, www.hukukturk.com

[183] Yayla, *İdare Hukuku*, 78.

[184] Yayla, *İdare Hukuku*, 86. Anayasa'nın 65. maddesinin, uyarlanma ilkesine sınır getirdiği yönünde ayrıca bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 550.

[185] Ahmet Bağrıaçık, “Kamu Hizmetinin Uyarlama İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 3 (2018): 155-183, 171.

açısından geçerli olarak kabul edilebileceği söylenebilir. Bir başka ifade ile, çalışmanın başlangıç kısmında da değinilmiş olduğu gibi, anayasal kamu hizmeti kavramı her ne kadar kamu hizmetinin kuruluş aşamasına ilişkin bir kavram olsa da bu niteliği taşıyan bir kamu hizmeti kurulduktan sonra söz konusu hizmetin uyarlanmadan sunulabilmesi imkânsız hale geliyorsa, uyarlamanın zorunlu olduğu da kabul edilebilir. Anayasa Mahkemesi'nin anayasal bir kamu hizmeti olan eğitim kamu hizmetinin “*vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetlerden*”^[186] olduğu yönündeki yaklaşımı aslında bu görüşü destekler niteliktedir.

Bu açıdan, anayasal kamu hizmetlerinden olan eğitim kamu hizmeti de pandemi sürecinde tamamen ya da kısmen teknolojik imkânlar kullanılmadan sunulamaz hale geldiğinden, değişkenlik ilkesinin bu alanda hayat bulması zorunludur ve uzaktan eğitim uygulamalarının pandemi ilanının hemen ardından başlaması açısından idare bu husustaki görevini yerine getirmiştir. Bununla birlikte, uzaktan eğitime erişim engelleri ortadan kaldırılmadan ve bütün öğrencilerin eğitime erişimi sağlanmadan eğitim kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanmış olduğundan bahsedilemeyecektir. İdarenin erişim engellerini ortadan kaldırmaya yönelik görevleri ile ilgili olarak 1982 Anayasa'nın 65. maddesinin geniş şekilde yorumlanması eğitim kamu hizmetinin eşit şekilde sunulmasının önünde önemli bir engel oluşturacaktır.

Doktrinde de, ilköğretim kamu hizmeti açısından yapılan değerlendirmede, 1982 Anayasası'nın 65. maddesinin devletin eğitim hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerinden ancak bir kısmı için, örneğin burs vermek açısından, söz konusu olabileceğini, bununla birlikte devletin herkese zorunlu ve parasız eğitim verme yükümlülüğü açısından Anayasa'nın 65. maddesi hükmünün uygulanabilir olamayacağı, aksine bu yükümlülüğünün herkesin zorunlu eğitimden yararlanabilmesi için devlete yan yükümlülükler de verdiği belirtilmiştir.^[187] Doktrinde, ayrıca 1961 Anayasası'nın 53. maddesinin eğitim hakkı açısından uygulanabilirliği hakkında, Sosyal tarafından eğitim hakkının anayasadaki düzenlenişi doğrultusunda yapılan

[186] AYM, E. 2008/54, K. 2011/45, Kt. 10/03/2011, erişim 9 Nisan 2012, www.hukukturk.com

[187] Algan ve Algan, “Eğitim Hakkı,” 164.

değerlendirmede, eğitimin devletin “*başta gelen*” görevlerinden olduğu^[188] ve 53. maddenin devletin bu görevini yerine getirmesini engelleyecek şekilde yorumlanamayacağı belirtilmiştir.^[189] Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’nın 65. maddesinin uygulanabilirliği açısından başvurduğu hakkın özü ölçütü^[190] ile ilgili olarak, doktrinde Anayasa’da “*pozitifleşmiş öz öğelerini*” nin de bulunabileceğine dikkat çekilerek, bu öğelerin “*haklar için vazgeçilmez olanın somutlaşma biçimleri*” olduğu, bunların uygulanmaması durumunda “*mali kaynakların yeterliliği*” ölçütünün haklı neden oluşturamayacağı ve Anayasa’nın doğrudan uygulanacağı belirtilerek, bu duruma örnek olarak, Anayasa’nın 42/5 maddesi hükmünde yer alan ilköğretimin kız ve erkek öğrenciler için devlet okullarında parasız olması zorunluluğu gösterilmiştir.^[191]

Doktrinde yer alan bu görüşlere katılarak, ilköğretim kamu hizmetinin parasız ve zorunlu olduğunun açıkça anayasada düzenlenmiş olması sebebiyle, idarenin bu alandaki görevleri ile ilgili olarak 1982 Anayasası’nın 65. maddesi hükmünün bir sınır olarak kabul edilmemesi gerektiği belirtilmelidir. Ortaöğretim ve yükseköğretim kamu hizmetleri ise anayasal olarak parasız olmasa da Türkiye’de kanunen zorunlu olan ortaöğretim kamu hizmetini alan ve yükseköğretim kamu hizmetini almaya hak kazanmış öğrencilerin erişim engeli sebebiyle uzaktan eğitime ulaşamamasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağı açık olduğundan, bu alanda da 65. madde hükmüne mümkün olduğunca sınırlı şekilde yaklaşılması gerekmektedir. Böyle bir yaklaşım, anayasal sosyal devlet ilkesinin ve sosyal devlet ilkesinin önemli

[188] 1961 AY-m. 50/1: “*Halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlama Devletin başta gelen ödevlerindedir.*”

[189] Mümtaz Soysal, “Eğitim Hakkı ve Öğrenim Özgürlüğü,” *Türkiye’de İnsan Hakları Semineri*, (9-11 Aralık 1968, 1970): 245-255, 246-248’den aktaran Algan ve Algan, “Eğitim Hakkı,” 164-165, dipnot 71.

[190] Örnek karar için bkz. AYM, E. 2013/111, K. 2014/195, Kt. 25/12/2014, Karşı oy, erişim 9 Nisan 2021, www.hukukturk.com

[191] Bertil Emrah Oder, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no.1 (2008):199-231, 221, 223.

ölçüde ilişkili olduğu eşitlik ilkesinin^[192] hayata geçirilmesi açısından da oldukça olumlu olacaktır.

Doktrinde, idarenin sorumluluğu açısından Anayasa'nın 65. maddesi ile ilgili olarak yapılan değerlendirmelerde ise; mali kaynakların yetersizliği sebebiyle sorumsuzluk hâllerinin sınırlanması gerektiği^[193], buradaki sınırın devletin sosyal ve ekonomik haklardan hangilerini sunacağı noktasında bir sınır olduğu^[194] ve her ne kadar Anayasa'nın 65. maddesi idari davranış açısından bir ölçüt getirmiş olsa da bu ölçüte uymaması durumuna ilişkin bir düzenlemeye yer vermediğinden, idarenin sorumluluğu açısından Anayasa'nın 65. maddesi hükmünün bir gerekçe olarak kabul edilemeyeceği^[195] ve idarenin kamu hizmetini yetersiz sunması durumunda ortaya çıkan zarardan sorumlu olmadığına ilişkin olarak, mali yetersizlikleri gerekçe olarak gösteremeyeceği^[196] yönünde görüşler bulunmaktadır.

Danıştay'ın idarenin sorumluluğu ile ilgili olarak devletin mali olanakları ölçütünü değerlendirmiş olduğu kararlarına bakıldığında ise; eski tarihli bir kararında, dere yataklarının sık sık temizlenerek bakımlı halde tutulmasının mali ve teknik imkânlarla bağlı olduğunu ve bu gibi hallerde doğan zararlardan devletin sorumlu olmadığını, zira devletin sorumluluğunun iktisadi gelişme ve mali kaynaklarının yeterliliği ile sınırlı olduğunu belirtmiş^[197] olduğu görülmektedir. Sonraki yıllarda ise Danıştay, devletin olanaklarının^[198] ya

[192] Bu hususta bkz. Gören, "Sosyal Devlet," 140-142.

[193] Günay, *İdare Hukuku*, 372.

[194] Veynel Dinler, "Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı Açısından İdarenin Sorumluluğu," *Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 1*, no.1 (Aralık 2008): 1-19, 8.

[195] Dinler, "Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı," 10.

[196] Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 60.

[197] Danıştay 12. Daire, E. 1970/5736, K. 1972/1282, 29.04.1972; Yüksel Esin, *Danıştayda Açılacak Tazminat Davaları*, Birinci Kitap: Usul, İkinci Kitap: Esas, (Ankara: Güven Matbaası, 1976), 245'ten aktaran: Günay, *İdare Hukuku*, 372.

[198] "...yürütülen hizmetin niteliği bakımından son derece yetersiz olduğuna kuşku bulunmayan bu idari önlemlerin alındığından ve Devletin olanaklarının daha fazlası için yeterli olmadığından bahisle sorumluluktan kurtulmanın mümkün

da maliyet unsurunun^[199] idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran haller olmadığına karar vermiştir.

Görüldüğü gibi, yargı kararlarından ve doktrindeki görüşlerden idarenin uzaktan eğitime erişime ilişkin görevlerinin sınırı ile ilgili olarak tek bir sonuca ulaşmak mümkün olamamaktadır. Bununla birlikte, hak ve kamu hizmeti boyutuyla eğitimin bireyler ve toplum açısından önemi düşünüldüğünde, idarenin uzaktan eğitime erişim engellerini kaldırma ya da erişim engelinden doğan olumsuzlukları telafi etme yönündeki görevlerinin önemi daha net ortaya çıkmaktadır. Tüm bu sebeplerle, idarenin uzaktan eğitime erişim hususundaki görevleri ile ilgili olarak “*mali kaynakların yeterliliği*” ölçütüne mümkün olduğunca sınırlı şekilde başvurulması gerektiğini söylemek mümkündür.

bulunmadığı...”; Danıştay 10. Daire, E. 1990 /3505, K. 1992 /1385, 13.04. 1992, erişim 9 Nisan 2021, www.lexpera.com

[199] “...yolun yeterli önlem alınıp, yol güvenliği sağlanmadan trafiğe açık tutulduğunun anlaşıldığı, aynı güzergahta daha az riski ancak heyelan bölgesi olması nedeniyle olağan teknik olanaklardan farklı bir özellikte yol yapmanın maliyet unsuru nedeniyle gerçekleştirilmemiş olmasının olayda idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir neden olarak kabul edilemeyeceği...”; Danıştay 10. Daire, E. 1995 /6440, K. 1997 /4796, 24.11. 1997, erişim 9 Nisan 2021, www.lexpera.com

SONUÇ

Eğitim kamu hizmeti, idarenin başlıca kamu hizmetlerinden biridir. Kamu hizmeti ilkelerinin tümü eğitim kamu hizmeti açısından da geçerli olup bu ilkelere Türk pozitif hukukunda ayrıca ve açıkça yer verilmiştir. Böylelikle, idarenin eğitim kamu hizmetini sürekli ve düzenli olarak, hizmetin sunumu ile ilgili yapılması gereken değişiklikleri derhal yaparak, fırsat ve imkân eşitliğini sağlayacak şekilde ve ilköğretim kamu hizmetini devlet okullarında parasız olarak sunmakla yükümlü olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Eğitim hakkının, aynı zamanda temel bir insan hakkı olması, idareye bu hakkın korunması açısından ikinci kez sorumluluk yüklemektedir.

Pandemi sürecinde uygulanan uzaktan eğitim, süreklilik ve değişkenlik ilkelerinin sonucu olarak ortaya çıkmış bir uygulamadır. Bu uygulama ile eğitim kamu hizmetinin kesintiye uğramadan ve sürekli şekilde sunulması sağlanmıştır. Yine, pandeminin seyirindeki değişime bağlı olarak kısmen ya da tamamen uzaktan eğitim uygulanması hususunda idare tarafından sürekli değişiklikler yapılması gerekmiş ve aslında değişkenlik ilkesi uzaktan eğitim uygulaması ile bütünleşmiştir. Bu değişikliklere hizmetten yararlananların katlanma zorunluluğu bulunmakla birlikte, hizmetin gereği gibi sunulması talebi ile idareye başvuruda bulunma ya da idari yargıda dava açma olanakları da bulunmaktadır.

Pandemi sürecinde uzaktan eğitim her ne kadar eğitim kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması amacıyla hizmetin sunulmuş şeklinin değişmesi sonucu ortaya çıkan bir uygulama olsa da Dünya'daki birçok ülkede olduğu gibi, Türkiye'de de uzaktan eğitime erişemeyen çok sayıda öğrenci bulunmuş ve bu durum bir yandan eğitim kamu hizmetinden eşit şekilde yararlanılabilmesinin önünde çok önemli bir engel teşkil etmiş, diğer yandan ilköğretim kamu hizmetinin parasız olması gerekliliği ile çelişki içinde bulunmuştur. Bu sebeplerle, idarenin uzaktan eğitimde eşitlik ve meccanilik ilkeleri çerçevesindeki olumsuzlukları ortadan kaldırmak açısından, erişim engeli yaşayan öğrencilere erişim sağlayabilecekleri teknolojik imkânları temin etmek ve bu öğrenciler açısından hâlihazırda ortaya çıkan eşitsizlikleri ortadan kaldıracak şekilde telafi eğitimleri vermek gibi, oldukça önemli görevleri bulunmaktadır. İdarenin bu görevlerini yerine getirmesi ile ilgili olarak Anayasa'nın 65. maddesi hükmünün sınırlı şekilde uygulanması, sosyal devlet ilkesi ve eşitlik ilkesi ile daha uyumlu olacaktır.

KAYNAKLAR

- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. 10. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Algan, Bülent ve Mualla Algan. “Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü Bağlamında Eğitim Hizmetlerinin Ruhsat Usulü İle Özel Kişilere Gördürülmesi.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XVII*, no.3 (2013): 147-194.
- Arat, Tugay ve Ömer, Bakan. “Uzaktan Eğitim ve Uygulamaları.” *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi 14*, no. 1-2 (2011): 363-374.
- Atasayan, M. Gözde. *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2012.
- Azrak, Ülkü. “Millileştirme ve Kamu Hizmeti.” *İÜHFİM 36*, no.1-4 (1970): 44-78.
- Bağrıaçık, Ahmet. “Kamu Hizmetinin Uyarılma İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 26*, no. 3 (2018): 155-183.
- Bilgen, Pertev. “Kamu Hizmeti Hakkında.” *İHİD 1*, no.1(1980): 113-116.
- Bingöl Schrijer, Bilge. “COVID-19 Salgını Süresince Eğitim Hakkı, Fırsat Eşitliği ve Sınavlara İlişkin Temel Problemler.” *İstanbul Hukuk Mecmuası 78*, no.2 (2020): 837-884.
- Bozkurt, Aras. “Türkiye’de uzaktan eğitimin dünü, bugünü ve yarını.” *Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi 3*, no. 2 (2017):85-124.
- Bozkurt, Aras. “Koronavirüs (Covid-19) pandemi süreci ve pandemi sonrası dünyada eğitime yönelik değerlendirmeler: Yeni normal ve yeni eğitim paradigması.” *Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi 6*, no.3 (2020):112-142.
- Derbil, Süheyp. *İdare Hukuku*. Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş 5. Bası, Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1959.
- Di Pietro, Giorgio, Federico Biagi, Patricia Costa, Zbigniew Karpiński ve Jacopo Mazza. “*The likely impact of COVID-19 on education*.”

Reflections based on the existing literature and recent international datasets”, JRC Technical Report. (European Commission, 2020).

Dinler, Veysel. “Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı’ Açısından İdarenin Sorumluluğu.” *Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 1*, no.1 (Aralık 2008): 1-19.

Duran, Lûtfi. *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.

Emin, Müberra Nur. “Koronavirüs Salgını ve Acil Durumda Eğitim.” *SETA Perspektif*, no. 268 (2020):1-4.

Ertan, İzzet Mert. “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sağlık Hakkı ve Etkinleştirilmesi.” Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2012.

Esin, Yüksel. *Danıştayda Açılacak Tazminat Davaları*. Birinci Kitap: Usul, İkinci Kitap: Esas. Ankara: Güven Matbaası, 1976.

Evren, Çınar Can. “Bir Danıştay Kararı Üzerine Kamu Hizmetinde Bedel Sorunu.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XI*, no. 1-2 (2007):679-691.

Fidan, Mustafa. “Covid-19 Belirsizliğinde Eğitim: İlkokulda Zorunlu Uzaktan Eğitime İlişkin Öğretmen Görüşleri.” *Uşak Üniversitesi Eğitim Araştırmaları Dergisi 2*, no. 6, (2020): 24-43.

Giritli, İsmet, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk. *İdare Hukuku*. 6. Baskı, İstanbul: Der Yayınları, 2013.

Göçgün, Muhammed. “Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Uyarlanma İlkeleri Arasındaki İlişkinin Koronavirüs Sürecindeki Bir Tezahürü: Uzaktan Eğitim.” (bildiri Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı (29–30 Mayıs 2020), İstanbul İbn Haldun Üniversitesi Yayınları): 269-274.

Gören, Zafer. “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi.” *Anayasa Yargısı*, no.14 (1997):89-153.

Gözler, Kemal. *İdare Hukuku-II*. 2. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009.

Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. 19. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015.

- Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. *İdare Hukuku-I*. Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Gülan, Aydın. “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi.” *İÜHFMLVI*, no.1-4 (1998): 97-107.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Güncellenmiş ve gözden geçirilmiş 10. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi, 2011.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*. Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, İstanbul: Legal Yayınevi, 2012.
- Kale Özçelik, Fatmagül. “Hakların Çatışması ve Dengelenmesi Bağlamında Çocuklara Yönelik Zorunlu Aşı Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Bir İnceleme).” *SDÜHFD 10*, no.2 (2020): 47-77.
- Karadağ, Engin ve Cemil Yücel. “Yeni Tip Koronavirüs Pandemisi Döneminde Üniversitelerde Uzaktan Eğitim: Lisans Öğrencileri Kapsamında Bir Değerlendirme Çalışması.” *Yükseköğretim Dergisi 10*, no. 2 (2020):181-192.
- Karahanogulları, Onur. *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Kaya, Zeki. *Uzaktan Eğitim*. Ankara: Pegem A Yayınları, 2002.
- Oder, Bertil Emrah. “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7*, no.1 (2008):199-231.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumî Esasları-I*. 3. Bası, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Örücü, Esin. “Sosyal Kamu Hizmeti.” *İÜHFMLVI* 36, no.1-4 (1970): 212-232.
- Özay, İl Han. *Günışığında Yönetim*. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

- Sezgin, Sedef ve Mehmet Fırat. “Covid-19 pandemisinde uzaktan eğitime geçiş ve dijital uçurum tehlikesi.” *Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi* 6, no. 4 (2020):37-54.
- Soysal, Mümtaz. “Eğitim Hakkı ve Öğrenim Özgürlüğü.” *Türkiye’de İnsan Hakları Semineri*, (9-11 Aralık 1968, 1970): 245-255.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. 6. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.
- Yamamoto Telli, Gonca ve Deniz Altun. “Coronavirüs ve Çevrimiçi (Online) Eğitimin Önlenemeyen Yükselişi.” *Üniversite Araştırmaları Dergisi* 3, no. 1(Nisan, 2020): 25-34.
- Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*. İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2009.
- Yılmaz, Zülfiye, “Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları.” *İÜHFMLXXII*, no. 1 (2014): 695-728.

İNTERNET KAYNAKLARI

- Anadolu Üniversitesi. “Örgün Sistem 2021-2022 Öğretim Yılı Güz Dönemi Duyurusu.” Erişim 2 Eylül 2021. <https://anadolu.edu.tr/duyurular/orgun-sistem-2021-2022-ogretim-yili-guz-donemi-duyurusu-1629215986>
- CNN Türk. “EBA ücretsiz internet nasıl alınır? EBA vodafone turkcell turk telekom ücretsiz internet paketleri.” Erişim 1 Mart 2021. <https://www.cnnturk.com/egitim/eba-uccretsiz-internet-nasil-alinir-eba-vodafone-turkcell-turk-telekom-uccretsiz-internet-paketleri>
- HUDOC. Erişim 27 Şubat 2021, 28 Şubat 2021. hudoc.echr.coe.int.
- HukukTürk. Erişim 5 Şubat 2021, 9 Nisan 2021, 10 Nisan 2021, 13 Nisan 2022. www.hukukturk.com
- Lexpera. Erişim 9 Nisan 2021, 22 Eylül 2021, 13 Nisan 2022. www.lexpera.com
- Milli Eğitim Bakanlığı. *Eğitimde Bu Yıl 2020, e-kitap*. Erişim 16 Şubat 2021. www.meb.gov.tr/ebook/2021/01/egitimde-bu-yil/index.html

- Millî Eğitim Bakanlığı. “Türkiye Uzaktan Eğitim İstatistikleriyle Dijital Dünyanın Listelerini Zorladı.” Erişim 16 Şubat 2021. <http://yegitek.meb.gov.tr/www/sayilarla-uzaktan-egitim/icerik/3064>
- Millî Eğitim Bakanlığı. “Millî Eğitim Bakanlığı İstatistikleri Örgün Eğitim 2019-2020.” Erişim 17 Şubat 2021. https://sgb.meb.gov.tr/www/icerik_goruntule.php?KNO=396
- Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Genel Müdürlüğü. Erişim 1 Mart 2021. <https://ookgm.meb.gov.tr/www/sss.php>
- Millî Eğitim Bakanlığı. “6 Eylül’de Tam Zamanlı Olarak Yüz Yüze Eğitim Başlayacak.” Erişim 2 Eylül 2021. <https://www.meb.gov.tr/6-eylulde-tam-zamanli-olarak-yuz-yuze-egitim-baslayacak/haber/23878/tr>
- Selçuk Üniversitesi. “Selçuk Üniversitesinde yüz yüze eğitim kararı.” Erişim 2 Eylül 2021. <https://www.selcuk.edu.tr/HaberKulturSporDetay/2021-selcuk-universitesinde-yuz-yuze-egitim-karari-8110>
- TBMM. “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli.” Erişim 13 Nisan 2022. <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- TEDMEM. “COVID-19 ve Dünyada Okulların Durumu.” Erişim 1 Mart 2021. <https://tedmem.org/wp-content/uploads/2021/03/31-Agustos-2020-2-Subat-2021-covid-19-ve-dunyada-okullarin-durumu.pdf>
- UNICEF Türkiye. “UNICEF tarafından yayınlanan yeni rapora göre, dünyadaki çocukların en az üçte biri, Koronavirüs salgını nedeniyle okulların kapanmasının ardından uygulanan uzaktan eğitime erişim sağlayamıyor.” Erişim 17 Şubat 2021. <https://www.unicef.org/turkey/bas%C4%B1n-b%C3%BClenleri/unicef-taraf%C4%B1ndan-yay%C4%B1nlanan-yeni-rapora-g%C3%B6re-d%C3%BCnyadaki-%C3%A7ocuklar%C4%B1n-en-az-%C3%BC%C3%A7te-biri>
- UYAP Emsal Karar Arama. Erişim 1 Mart 2021. emsal.danistay.uyap.gov.tr
- Yükseköğretim Kurulu. “YÖK Üniversitelerimizdeki Uzaktan Öğretimin Bir Aylık Fotoğrafını Çekti–YÖK’ten Üniversitelerdeki Uzaktan

Eğitime Yönelik Değerlendirme-YÖK'ten, Salgın Sürecinde Üniversitelerdeki Uzaktan Eğitimin Bir Aylık Durum Tespiti.” Erişim 16 Şubat 2021. <https://www.yok.gov.tr/Sayfalar/Haberler/2020/uzaktan-egitime-yonelik-degerlendirme.aspx>

Yükseköğretim Kurulu. “Üniversite Öğrencilerine Ücretsiz 6 GB’lık “Uzaktan Eğitime Destek” Kotası.” Erişim 1 Mart 2021. <https://www.yok.gov.tr/Sayfalar/Haberler/2020/ogrencilere-egitime-destek-kotasi.aspx>.

Yükseköğretim Kurulu. “Basın Açıklaması.” Erişim 2 Eylül 2021. <https://www.yok.gov.Tr/Sayfalar/Haberler/2021/2021-2022-egitim-ogretim-doneminde-verilecek-egitime-iliskin-aciklama.aspx>

Bireysel Portföy Yönetim Sözleşmesi Kapsamında Portföy Yöneticisinin Hukuki Sorumluluğu

Korhan ARMAĞAN*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Avukat, Ankara Barosu. (korhanarmagan@gmail.com) <https://orcid.org/0000-0002-6463-1536>

Makale Geliş Tarihi: 30 Kasım 2021 **Makale Kabul Tarihi:** 28 Nisan 2022

Atf önerisi: Armağan, Korhan. “Bireysel Portföy Yönetim Sözleşmesi Kapsamında Portföy Yöneticisinin Hukuki Sorumluluğu.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 2 (Nisan 2022): 251-277. DOI: 10.30915/abd.1142032

BİREYSEL PORTFÖY YÖNETİM SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA PORTFÖY YÖNETİCİSİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

ÖZ

Özellikle 20. ve 21. yüzyılda insanlar, her türlü ihtiyaçlarının profesyonel bir biçimde yönetilebilmesi amacıyla çeşitli kişi ve kurumlardan hizmet almaya başlamışlardır. Bu bağlamda, kişinin sahip olduğu paranın ve buna bağlı olarak finansal kaynaklarının yönetilmesi olarak da tanımlanabilecek portföy yönetimi hizmeti ihtiyacı doğmuş ve bu çalışmamız ile bu durumun hukuki olarak incelemesi yapılmıştır. Portföy yönetimi çalışmamız kapsamında, portföy yönetim hizmetinin tanımlanması, portföy yönetim şirketlerinden bahsedilmesi, bireysel ve kolektif portföy yönetim hizmetinin ayırımının yapılması, bireysel portföy yönetim sözleşmesinin diğer sözleşmelerle karşılaştırılması ortaya konularak tarafların hak ve menfaatleri üzerinde durularak sorumluluklarının kapsamı konusunda bir sonuca varılması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

portföy

portföy yönetimi

vekalet sözleşmesi

sorumluluk

sermaye piyasası araçları

LEGAL RESPONSIBILITY OF THE PORTFOLIO MANAGER WITHIN THE SCOPE OF INDIVIDUAL PORTFOLIO MANAGEMENT CONTRACT

ABSTRACT

Specially in 20th and 21st century, people started to take services from various individuals and organizations in order to manage their needs professionally. In this regard, the need for portfolio management service, which could also be defined as the management of the money owned by an individual and therefore their financial resources, has arisen and this issue has been examined legally in this paper. Within the scope of our portfolio management study, it is aimed to come to a conclusion regarding the scope of the parties' responsibilities by defining the portfolio management service, mentioning the portfolio management companies, distinguishing between individual and collective portfolio management services, comparing the individual portfolio management contract with other contracts and by emphasizing the rights and interest of the parties.

Keywords

portfolio

portfolio management

contract of mandate

liability

capital market instruments

GİRİŞ

Günümüzde sermaye piyasalarının ve dolayısıyla portföy yönetiminin gelişimi hızla ilerlemektedir. Türkiye, sermaye piyasalarına ilişkin olarak gelişmelerin özellikle 2000’li yılların başında gerisinde kalsa dahi, bu alanda yapılan çalışmaların artması ve başta Sermaye Piyasası Kurulu tarafından ulusal ve uluslararası mevzuat kapsamında yapılan çalışmalar neticesinde bugün belki de ekonomik krizin gündemde olduğu ülkemizde ekonomi, bankalar ve sermaye piyasası araçları sayesinde ayakta kalabilmektedir.

Türkiye’de sermaye piyasalarının gelişimi, Osmanlı Devleti zamanlarına dayanmaktadır. Osmanlı Devleti’nde yaşayan ve “Galata Bankerleri” olarak adlandırılan ve Osmanlı Devleti’ndeki azınlıklardan oluşan bir grup insanın yabancı sermaye piyasası araçlarına ilgi duymasıyla başlamıştır. Hatta bu gruplar bir dönem çok zenginleşmiş ve Osmanlı Devleti’ne borç dahi vermişler daha sonrasında ise Osmanlı Devleti’nde “Dersaadet Tahvilat Borsası”nın kurulmasına öncülük etmişlerdir.^[1] Osmanlı Devleti’nin yıkılması ve Türkiye Cumhuriyeti’nin kurulmasıyla birlikte liberal ekonomiye dair *girişimlertürkte* bulunulsa da 1980’li yıllara kadar sağlıklı bir sermaye piyasası ortamı oluşturulamamış^[2] ve neticede “Banker Krizi” adı verilen ve halktan yüklü miktarda para toplamasına rağmen yükümlülüklerini yerine getiremeyen bankerlerin ülkeden kaçması yahut Etmeleri ile sonuçlanan ekonomik bir bunalım yaşanmıştır. Bu gelişmelerle birlikte Sermaye Piyasalarının regüle edilmesi gereksinimi doğmuş ve bu ihtiyaçlar sonucu 1981 yılında Sermaye Piyasası Kurulu ve 1986 yılında ise İstanbul Menkul Kıymetler Borsası kurulmuştur.^[3] Aralık 2011 tarihi itibarıyla 25. yılını kutlayan İMKB kısaltması ise Nisan 2013 tarihi itibarıyla BİST olarak değiştirilmiştir.^[4]

[1] Mehmet Beşirli, “Osmanlı’da Borsa: Dersaadet Tahvilat Borsası’ndan Esham ve Tahvilat Borsası’na Yeni Düzenleme Girişimleri”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19, no. 1, (2009): 190.

[2] Mustafa Özçam, *Türk Sermaye Piyasalarının Profili: Kriz Eğilimi Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu*, (Ankara,1999), 2.

[3] Özçam, *Türk Sermaye Piyasalarının Profili*, 3.

[4] <https://www.borsaistanbul.com/kurumsal/borsa-istanbul-hakkinda/tarihsel-gelistmeler>

Dünyada ve ülkemizde piyasaların gelişmesinin etkisiyle hem bireyler hem de kurumsal şirketler, sahip oldukları malvarlığı değerlerinin yönetiminde uzman olan kişilere danışma ihtiyacı duymuşlar ve bunun sonucunda da portföy yöneticileri ile Portföy Yönetim Şirketleri ortaya çıkmıştır. Bu durumun bir sonucu olarak SPK piyasada güven ve istikrarın sağlanması amacıyla, profesyonel portföy yöneticiliğinin esaslarının belirlenmesine ilişkin çalışmalar yapmıştır. Bu çalışmalar sonucunda, portföy yöneticiliği kavramı hukukumuzda 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn)'yi değiştiren 3794 sayılı Kanun ile girmiştir.^[5] Burada önemle belirtilmesi gereken husus şudur ki; Hukukumuzda söz konusu Kanun ile giren yalnızca kelime olarak portföy yönetimidir. Zira tarihsel tüm süreç boyunca insanlar ve şirketler sahibi oldukları malvarlıklarının yönetimini bir başka kimselere bırakma ihtiyacı görmüşlerdir.

Çalışmamız makale kapsamında, profesyonel bir hizmet olan portföy yönetiminin tanımı yapılacak, portföy yöneticilerinin ve müşterilerin hak ve borçları incelenecek ve bireysel portföy yönetim sözleşmesinin tabi olduğu hukuki kurallar hakkında görüşlere yer verilecektir.

I. PORTFÖY KAVRAMI VE PORTFÖY YÖNETİMİ

A) PORTFÖY KAVRAMI

Portföy, Türk Dil Kurumu nezdindeki kelime anlamıyla “Banka, simsar veya bir aracı kuruluşun kendi elinde tuttuğu, istediği gibi tasarruf ettiği menkul değerler toplamı” anlamına gelmektedir.^[6] Ancak portföy tabiri, bu tanımdan çok daha fazlasını ifade etmektedir. Portföy Yönetim Şirketleri ve Bu Şirketlere İlişkin Esaslar Tebliği'nin 3. Maddesinde ise portföy; Para ve sermaye piyasası araçları, kıymetli madenler ile Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından uygun görülen varlıklar ve işlemlerin tümü” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere portföyün kapsamında para, sermaye piyasası araçları, kıymetli madenler (Örneğin altın, gümüş vb.) ve

[5] <https://www.borsaisistanbul.com/kurumsal/borsa-istanbul-hakkinda/tarihsel-gelismeler>

[6] www.tdk.gov.tr (13.05.2019).

Sermaye Piyasası Kurulu'nca uygun görülen tüm varlıklar bulunmaktadır. Portföyü bu bağlamda bir cüzdan olarak nitelemek de mümkündür.^[7]

Ancak bu cüzdanın içinde paranın dışında parasal değeri olan her türlü “Menkul Kıymet” de bulunmaktadır. Zira, yukarıda değinilen Tebliğ maddesi kapsamında Sermaye Piyasası Kurulu tarafından uygun görülen varlıklar da kapsama alınmıştır. Sermaye Piyasası kapsamında menkul kıymet ise 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda tanımlandığı (6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 3/o) üzere; payları, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikalarını, borçlanma araçları veya menkul kıymetlendirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarını ifade etmektedir. Bu kapsamda görüleceği üzere, portföy kavramının kapsamı oldukça geniştir. Yani portföyü “Menkul Kıymetler Topluluğu” olarak ifade etmek de mümkün olacaktır.^[8] Daha geniş bir tanımla portföy, çeşitli menkul kıymetlerden meydana gelen, ağırlıklı olarak hisse senedi, tahvil gibi menkul kıymetler ve türev ürünlerden oluşan, belirli bir kişi veya grubun elinde bulunan finansal nitelikteki kıymetler olarak da ifade edilebilir.^[9]

B) PORTFÖY YÖNETİMİ

Portföy Yönetimi ise; yatırımcının amaçlarını gerçekleştirmek üzere yapılan girişimlerin tümünü kapsamaktadır. Bir başka deyişle, yatırımcının sahip olduğu toplam menkul kıymetlerin seçimi ve her birinden ne miktarda portföye dahil edileceği konusundaki teknik ve yöntemler bütünü portföy yönetimini ifade etmektedir.^[10] Bu bağlamda, portföy yönetiminin amacı,

[7] İdil Özlem Koç, *Portföy Yönetimi ve Sigortacılık Sektörü*, (İstanbul: Yalın Yayıncılık, 2011), 27.

[8] Mehmet Başar, *Portföy Yönetimi*, (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2013), 3.

[9] Turhan Korkmaz, Nurhan Aydın ve Güven Sayılğan, *Portföy Yönetimi*, (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Yayınları, 2013), 3.

[10] Ali Ceylan ve Turhan Korkmaz, *Borsada Uygulamalı Portföy Yönetimi*, (Bursa: Ekim Kitabevi, 1998), 1.; İlke Aytekin Gemici, “Portföy Yönetim Sözleşmesi ve Hukuki Sorumluluk,” (Yeterlilik Etüdü, Ankara Sermaye Piyasası Kurulu, 2005), 8.

yatırımcının elinde bulunan portföye dahil malvarlıklarının yatırımcıyı zarardan koruyarak en efektif bir biçimde yönetilmesidir.^[11]

Sermaye Piyasası faaliyetlerini düzenleyen regülasyonlarda bu yönde düzenlemeler ortaya çıkmıştır. Zaten portföy yönetim şirketlerine bu bağlamda birçok yükümlülük Sermaye Piyasası Kanunu ve buna bağlı olarak çıkartılan Tebliğler kapsamında öngörülmüş olup bunlara aşağıda değinilecektir.

II. PORTFÖY YÖNETİM HİZMETİ VEREBİLECEKLER

A) PORTFÖY YÖNETİM ŞİRKETLERİ

1- Portföy Yönetim Şirketlerine İlişkin Kuruluş ve Faaliyet İzinleri

Aşağıda açıklanan kolektif portföy yönetimi hizmeti, münhasıran Portföy Yönetim Şirketleri tarafından verilebilmektedir. Buna karşın, bireysel portföy yönetimi hizmeti ise, aşağıda kısaca açıklanacağı üzere Portföy Yönetim Şirketleri'nin yanı sıra Aracı Kurumlar ve Mevduat Kabul Etmeyen Bankalarca da verilebilmektedir. Portföy Yönetim Şirketi'nin tanımı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 55. Maddesinde yapılmış olup, buna göre;

“Portföy yönetim şirketi, ana faaliyet konusu yatırım fonlarının kurulması ve yönetimi olan anonim ortaklıktır. Portföy yönetim şirketinin kurulması ve faaliyete geçmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur. Buna ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir.”

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 37/1-ç maddesinde Portföy Yönetim Hizmetinin yatırım hizmetleri ve faaliyetleri kapsamında olduğu düzenlenmiştir. Portföy Yönetim Hizmetini yerine getirecek şirketlerin yani Portföy Yönetim Şirketlerinin Sermaye Piyasası Kurulu'ndan kuruluş ve faaliyet izni almaları zorunluluğu ise aynı Kanun'un 39. maddesinde düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Buna göre; “Yatırım hizmetlerinin ve faaliyetlerinin düzenli uğraşı, ticari veya mesleki faaliyet olarak icra edilebilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.” düzenlemesi ile Portföy Yönetim Şirketleri'nin Kurul'dan izin alma zorunluluğu öngörülmüştür. Buna ilişkin düzenleme ise Portföy Yönetim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Tebliğinin (PYŞİT) 8. maddesinde belirtilmektedir. Anılan Tebliğ maddesi

[11] Ceylan ve Korkmaz, *Borsada Uygulamalı Portföy Yönetimi*, 4.

hükmüne göre, “Şirket, portföy yöneticiliği faaliyetine başlayabilmek için, Kurulca kuruluş izninin tebellüğ edildiği tarihten itibaren en geç üç ay içinde gerekli faaliyet izni ve yetki belgesinin alınması talebiyle Kurula başvurmak zorundadır.” Görüleceği üzere faaliyet izninin verilmesi öncelikle PYŞİT’in 5. maddesinde düzenlenen^[12] Kuruluş İzni’nin alınmasına

- [12] a) TTK hükümleri uyarınca kayıtlı sermaye sistemine tabi anonim ortaklık şeklinde kurulması,
- b) Paylarının tamamının nama yazılı olması,
- c) Paylarının nakit karşılığı çıkarılması,
- ç) Başlangıç sermayesinin en az 2.000.000 TL olması,
- d) Esas sözleşmesinin Kanun hükümlerine ve Kurul düzenlemelerine uygun olması,
- e) Kurucu ortaklarının;
- 1) Müflis olmaması, konkordato ilân etmiş olmaması ya da hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olmaması,
- 2) Faaliyet izinlerinden biri Kurulca iptal edilmiş kuruluşlarda, bu müeyyideyi gerektiren olayda sorumluluğu bulunan kişilerden olmaması,
- 3) Kanunda yazılı suçlardan kesinleşmiş mahkûmiyetinin bulunmaması,
- 4) 14/1/1982 tarihli ve 35 sayılı Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve eklerine göre kendileri veya ortağı olduğu kuruluşlar hakkında tasfiye kararı verilmemiş olması,
- 5) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından mahkûm olmaması,
- 6) 7/2/2013 tarihli ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunda düzenlenen suçlardan mahkum olmaması,
- 7) (Değişik:RG-31/12/2014-29222 4.mükerrer) İşlem yasaklı olmaması,
- 8) (Değişik:RG-31/12/2014-29222 4.mükerrer) Muaccel vergi borcu bulunmaması,
- 9) İşin gerektirdiği dürüstlük ve itibara sahip bulunması,
- 10) Gerekli mali güce sahip olması,

bağlanmışır. Faaliyet iznine ilişkin şartlar ise, PYŞİT'in yine 8. maddesi devamında düzenlenmiştir.

2- Portföy Yönetim Şirketlerince Verilebilecek Hizmetler

Portföy Yönetim Şirketlerince müşteriye verilecek hizmetler, salt portföy yönetim hizmetiyle sınırlandırılmamıştır. Gerçekten de, SPKn.'nın 38. maddesinde portföy yönetim şirketlerinin bir kısım yan hizmetler hakkında da hizmet verebileceği öngörülmüş ve bu hizmetler şu şekilde sıralanmıştır:

- a) Sermaye piyasaları ile ilgili danışmanlık hizmetleri sunulması
- b) Yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile sınırlı olarak kredi ya da ödünç verilmesi ve döviz hizmetleri sunulması
- c) Sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemlerle ilgili yatırım araştırması ve finansal analiz yapılması veya genel tavsiyede bulunulması
- ç) Aracılık yükleniminin yürütülmesi ile ilgili hizmetlerin sunulması
- d) Borçlanma veya başka yollardan finansman sağlanmasında aracılık hizmeti sunulması
- e) Servet yönetimi ve finansal planlama yapılması
- f) Kurulca belirlenecek diğer hizmet ve faaliyetlerde bulunulması

Kanuni düzenleme bu şekilde olmakla beraber PYŞİT'in 16. maddesinde Portföy Yönetim Şirketleri'nin "Aracılık Faaliyetlerinde Bulunamayacağı" açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunun yanında Portföy Yönetim Şirketleri aynı Tebliğ maddesinin devamı fıkraları uyarınca, Sermaye piyasası araçlarına ilişkin veya bunlardan bağımsız olarak kendi mali taahhütlerini içeren evrak çıkaramaz, ödünç para verme işlemleri yapamaz ve kısa süreli nakit ihtiyacının karşılanması dışında kredi alamaz (PYŞİT m. 16/1-b).

3- Bireysel ve Kolektif Portföy Yönetim Şirketleri Ayrımı

Portföy Yönetim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Tebliği'nde ifade edildiği üzere portföy yöneticiliği bireysel ve kolektif

f) Ortaklık yapısının şeffaf ve açık olması,

g) Önemli etkiye sahip ortaklarının birinci fıkranın (e) bendinin (1) ila (9) no'lu alt bentlerinde yer alan şartları taşımaları,

portföy yöneticiliğini kapsamaktadır. Kolektif portföy yöneticiliğinin; “... imzalanan portföy yönetim sözleşmesi çerçevesinde, müşterilere ait portföylerin her bir müşteri adına maddi bir menfaat sağlamak üzere vekil sıfatıyla yönetilmesi...” faaliyetinden ibaret olduğu kabul edilmiştir. Tanımda geçen müşteri kavramı kolektif yatırım kuruluşlarını (PYŞİT m. 3/1-i) ifade etmekle birlikte, kolektif portföy yöneticiliğini bireysel portföy yöneticiliğinden ayıran temel nokta bu hükümlerle sağlanmıştır.^[13] Kolektif portföy yöneticiliği yatırım fonları, yatırım ortaklıkları, emeklilik yatırım fonları ve yabancı kolektif yatırım kuruluşlarının portföylerinin yönetilmesi hizmeti iken bireysel portföy yönetimi ise klasik anlamda gerçek ve tüzel kişilere verilen portföy yöneticiliği hizmetidir. Bu bağlamda, bireysel portföy yöneticiliğinin, kolektif yatırım kuruluşlarının portföyleri hariç olmak üzere yatırımcıya has, yatırımcının mali durumunun, risk ve getiri tercihlerinin dikkate alındığı, yatırım süresine uygun portföyler oluşturulması ve yönetilmesi faaliyetine karşılık geldiği de Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ III-37 (YHİT) 37. maddesi kapsamında düzenlenmiştir. Burada ifade edilmesi gereken önemli husus; kolektif portföy yahut bireysel portföy faaliyetlerinin aşağıda açıklanacağı üzere Kurul’dan izin almış portföy yönetim şirketlerince yürütülmesi gerektiğidir.^[14]

Ancak, görüleceği üzere Kanun ve Tebliğ maddelerinde tanım bakımından bireysel ve kolektif portföy yöneticiliği ayrımı yapılmamıştır. Zira, bireysel portföy yöneticiliğinin tanımı da ne SPKn.’de ne de PYŞİT’de yapılmış değildir. Fakat, hali hazırda PYŞİT kapsamında kolektif portföy yöneticiliği faaliyetinde bulunabilen Portföy Yönetim Şirketleri’nin yürütebileceği bireysel portföy yöneticiliği faaliyetine ilişkin PYŞİT kapsamında esaslı bir istisna öngörülmüştür. Buna göre; “Şirketin Kurulun yatırım hizmetleri ve faaliyetlerine ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde bireysel portföy yöneticiliği faaliyetinde bulunması için bu Tebliğde belirtilen faaliyet şartlarını sağlaması yeterlidir.” (PYŞİT m. 39) denmiştir. Tebliğ maddesinden de açıkça anlaşılacağı üzere bireysel portföy yöneticiliği hizmetini yürütecek şirketlerin, yalnızca Tebliğ’in 5. maddesinde belirtilen kuruluş izni almasının zorunlu

[13] Bu çalışma kapsamında “Müşteri” kavramı hem bireysel hem kolektif portföy yönetim hizmeti alan kişileri kapsamaktadır.

[14] Serkan, Acuner, “Portföy Yöneticilik Mesleğinin ve Portföy Yönetim Faaliyetinin Vergi Kanunları Karşısındaki Durumu”, *Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Elektronik Dergisi* 9, no. 25, (2018): 66.

olduğu, buna karşılık 8. maddedeki faaliyet şartlarını sağlaması ile, faaliyet izni almasının zorunlu olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, kolektif portföy yöneticiliği katılma belgesi alan birçok kişi için yapılmakta ise de Tebliğ'in yukarıda değinilen ve faaliyet izni alınmasına gerek olmadığına ilişkin hükmüne göre bireysel portföy yöneticiliği hizmeti, Portföy Yönetim Şirketleri, Yatırım ve Kalkınma Bankaları ve Aracı Kurumlar tarafından yürütülebilmekte iken,^[15] kolektif portföy yöneticiliği hizmetinin ise, münhasıran Portföy Yönetim Şirketleri tarafından yürütülebileceği anlaşılacaktır. İşbu çalışma kapsamında ise yalnızca bir kısım gerçek kişilere ya da şirketlere verilen Bireysel Portföy Yöneticiliği hizmetine ilişkin çalışma yapılacak ve buna ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır. Zira, *Karakaş* da eserinde bu hususa değinerek kolektif portföy yöneticiliği faaliyetinin istisnai nitelikte olduğunu belirtmiştir.^[16]

B) PORTFÖY YÖNETİM ŞİRKETLERİNİN YANINDA BİREYSEL PORTFÖY YÖNETİM HİZMETİNİ VEREBİLECEKLER

YHİT kapsamında yukarıda da değinildiği üzere, bireysel portföy yöneticiliği faaliyeti Portföy Yönetim Şirketlerinin yanı sıra, aracı kurumlar ve mevduat kabul etmeyen bankalar eliyle de yürütülebilmektedir.

1- Aracı Kurumlar

Aracı kurumların tanımı, SPKn.'un 3. maddesinde yapılarak; “37 nci maddenin birinci fıkrasındaki yatırım hizmet ve faaliyetlerinden (a), (b), (c), (e) ve (f) bentlerinde yer alanları münhasıran olmak üzere Kurul tarafından yetkilendirilen yatırım kuruluşunu ifade eder.” denmiştir. Söz konusu maddenin atıfta bulunduğu 37. madde incelendiğinde (d) bendinin portföy yöneticilik faaliyetini kapsadığı düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Diğer bentler ise sırasıyla,

“Sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin alınması ve iletilmesi,

[15] Mehmet Arif Tuğ, *Sermaye Piyasalarında Yatırım Danışmanlığı*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, Kasım 2018), 75.

[16] Tülay Karakaş, *Portföy Yönetim Sözleşmesi*, (Ankara: Türkiye İş Bankası Vakfı Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000), 25.

Sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin müşteri adına ve hesabına veya kendi adına ve müşteri hesabına gerçekleştirilmesi,

Sermaye piyasası araçlarının kendi hesabından alım ve satımı,

Yatırım danışmanlığı,

Sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunularak satışa aracılık edilmesi,”

olarak sayılmıştır. Bu bağlamda aracı kurumlar, yatırım danışmanlığı ve bireysel portföy yönetiminin yanı sıra, SPK'nın internet sitesinde ifade edildiği ve kamuda yaygın olarak bilindiği üzere; emir iletimine aracılık, işlem aracılığı, portföy aracılığı ve Halka arza aracılık olarak gruplandırmak mümkündür.^[17] Burada, portföy yöneticiliği faaliyeti ile alım-satıma aracılık faaliyetini birbirinden ayırmak gerekmektedir. Alım-satıma aracılık faaliyetlerinde esas olan müşterinin emir ve talimatları doğrultusunda doğrudan doğruya müşteri tarafından verilen alım yahut satıma ilişkin emir, aracı kurum vasıtasıyla iletilmektedir. Buna karşın, portföy yönetiminde portföy yöneticisi tarafından müşteriye önerilerde bulunulmakta, portföye katılacak yatırım araçları hakkında önerilerde bulunulmaktadır.

2- Mevduat Kabul Etmeyen Bankalar

Portföy yönetim şirketleri ile aracı kurumlar dışında, bireysel portföy yöneticiliği faaliyeti yürütebilecek bir diğer kuruluş ise mevduat kabul etmeyen bankalar olarak düzenlenmiştir. Türk bankacılık sisteminde 3 tür banka mevcut olup, bunlardan ticari bankalar ya da mevduat bankaları ile faizsiz sisteme göre kurulmuş olan katılım bankaları mevduat kabul edebilme hakkına sahiptir. Kalkınma ve yatırım bankalarının mevduat kabul edebilme yetkisi yoktur.^[18]

Özellikle, mevduat kabul etmeyen bankaların bireysel portföy yöneticiliği yapabileceğine ilişkin hükmün PYŞİT 16. maddesinde düzenleme altına alınan ve portföy yönetim şirketlerinin müşterilerinden mevduat toplayamayacağına ilişkin hüküm (PYŞİT 16/1-ç) ile de bağdaştığı kanaatindeyiz.

[17] <http://www.spk.gov.tr/SiteApps/AraciKurusu/FaaliyetIzinleri/ak> erişim: 19 Mayıs 2019.

[18] https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/23983/mod_resource/content/Bankacilik_S.ve_Mev_1_pdf.pdf erişim 20 Mayıs 2019.

III. PORTFÖY YÖNETİM SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

Portföy yönetiminin, yatırımcının sahip olduğu toplam menkul kıymetlerin seçimi ve her birinden ne miktarda portföye dahil edileceği konusundaki teknik ve yöntemler bütünü olduğunu ve portföy yönetiminin yatırımcıyı zarardan koruyarak yatırımcının portföyünün en efektif biçimde yönetilmesinin amaçlandığına yukarıda kısaca değinmiştik. Aynı şekilde; “*Bireysel Portföy Yönetim Hizmetinin Yatırım Danışmanlığından Farkı*” başlığında da değinildiği üzere portföy yönetiminin konusu finansal varlıkların yönetilmesidir. PYŞİT 3. maddesi kapsamında yapılan portföy tanımını hatırlayacak olursak; portföyün içeriğinde para, sermaye piyasası araçları, kıymetli madenler bulunmaktadır.

Buradan da anlaşılacağı üzere, sermaye piyasası aracı olarak sayılmamakla beraber; para ve kıymetli madenlere ilişkin varlıkların yönetilmesi de PYŞİT kapsamında yapılan tanım gereği ancak kolektif portföy yönetim sözleşmesine konu edilebilecektir. Portföy yönetiminde, müşteri elindeki *finansal varlıkların yönetimini portföy yöneticisine bırakmakta ve portföy yöneticisi de bu varlıkları müşterinin bilgisi dahilinde vekil sıfatıyla yönetmektedir.

IV. PORTFÖY YÖNETİM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A) GENEL OLARAK

Portföy Yönetim Sözleşmesi'nin niteliğini belirlemek için daha önceki çalışmalarda^[19] da değinildiği üzere sözleşmenin Türk Borçlar Kanunu (TBK) kapsamında düzenlenen isimli yahut isimsiz bir sözleşme olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

İsimli ya da diğer adıyla tipik sözleşmeler kısaca Kanunda düzenlenmiş sözleşme türleridir. Satış sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, hizmet sözleşmesi vb sözleşmeler Türk Borçlar Kanunu kapsamında düzenlendiğinden isimli (tipik) sözleşme olarak adlandırılmaktadır. Bu tip sözleşmeler TBK'de düzenlenebileceği gibi diğer Kanunlarda da düzenlenmiş (Örneğin; Türk Medeni Kanunu, İş Kanunu) olabilir.^[20] Bu bağlamda; SPKn.'un içeriği

[19] Ayşe Hümay Yıldırım, “Portföy Yönetim Sözleşmesi,” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008).

[20] Fikret Eren, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 17.

incelendiğinde Portföy Yönetim Sözleşmesinin ve buna bağlı olarak öngörülen bazı özel yükümlülüklerin düzenlenmediği, bu düzenlemenin ise ilgili Tebliğlere bırakıldığı^[21] görülebilecektir. Bu nedenle Portföy Yönetim Sözleşmesi'nin Kanunda düzenlenmiş isimli bir sözleşme olduğundan bahsedebilmek mümkün görünmemektedir.

Ne var ki; Kanunda düzenlenmemekle beraber, eğer bir sözleşme Kanunda düzenlenmiş bir isimli sözleşmeye ilişkin asli unsurları bünyesinde barındırmaktaysa sözleşme isimli sözleşme olarak değil, isimli sözleşme olarak değerlendirilecektir.

Portföy yönetim sözleşmesinin tipik veya atipik bir sözleşme olduğunun söylenebilmesi için ilk önce sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi, tarafların asli edimlerinin sınırlarının çizilmesi gerekecektir. Ancak böylelikle sözleşmenin tipik yahut atipik sözleşmelerin kapsamında olduğu değerlendirilebilecektir.

Dolayısıyla portföy yönetim sözleşmesi, Kanunda düzenlenmiş bir sözleşmenin unsurlarını, Kanunun aradığı anlam bütünlüğü içinde taşıyorsa, bu sözleşme isimli bir sözleşme olarak kabul edilemeyecektir. Bununla birlikte, Kanunda düzenlenmiş bir sözleşmenin unsurlarını taşımakla birlikte, portföy yönetim sözleşmesine o sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaksa veya portföy yönetim sözleşmesinin unsurlarını taşımakla birlikte kendi yapısı ile örtüşmeyen taraf menfaatleri açısından bir takım zorlama hükümlere tabi tutulmasına yol açacaksa, bu durumda sözleşme tipik bir sözleşme olarak adlandırılmayacak ve barındırdığı unsurlar göz önünde tutularak yapısına uygun düşen hükümler uygulanacaktır.^[22]

Konu hakkında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu "05.11.2009 tarih 2009/7920 E. 2009/11418 K. sayılı karar ve 22.11.2010 tarih 2009/8161E. 2010/11870 K. sayılı ilam ile de benimsendiği üzere menkul kıymet alım satım (portföy yönetim) sözleşmelerinin; vekalet, komisyon ve vedia sözleşmelerine ilişkin unsurların kimi zaman tamamının, kimi zaman bir kısmının yansıtıldığı karma nitelikli sözleşmeler olduğu" kabul edilmiştir.^[23]

[21] Aynı yönde bkz. Yıldırım, "Portföy Yönetim Sözleşmesi," 31.

[22] Yıldırım, "Portföy Yönetim Sözleşmesi," 34.

[23] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2016/ 5065 K. 2017/4098.

B) KONU HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

İsviçre Federal Mahkemesi ve İsviçre Hukukunda benimsenen “Karma Sözleşme Görüşü”ne^[24] göre portföy yönetim sözleşmesi hiçbir yasal düzenlemeye sahip olmaması, fakat yasada düzenlenmiş birden fazla sözleşme tipinin unsurlarını yansıtması nedeniyle isimsiz karma bir sözleşmedir. Bu hususta Zobl’a göre adi vekalet, komisyon ve vedia sözleşmesinin unsurlarına ilişkin hükümlerin duruma göre portföy yönetim sözleşmesine uygulanabilecektir.^[25]

Karakaş’a göre ise portföy yönetim sözleşmesi; üç ayrı görünüme sahip bir sözleşme niteliğindedir. Buna göre;

Portföy yönetim şirketi ile yatırımcı arasında yapılan ve saklamaya ilişkin edimin de, portföy yönetim şirketi tarafından borçlanıldığı portföy yönetim sözleşmesinde^[26] üç tane kurumsal yapı mevcuttur ve bunlar portföy yönetim şirketi, Takasbank ve aracı kurumdan oluşmaktadır.^[27] Bu halde, portföy yönetim sözleşmesine saklanacak portföylerin niteliğine ya da portföy yönetim şirketi ile Takasbank arasındaki ilişkiye göre vedia, usulsüz tevdi, vekalet ve ardiye sözleşmesine ilişkin farklı hükümler^[28] kombine bir biçimde uygulanacaktır.

Aracı kurum ile yatırımcı arasında yapılan ve saklamaya ilişkin edimin aracı kurum tarafından borçlanıldığı portföy yönetim sözleşmesi ise üç ayrı görünümünden ikincisidir. Aracı kurumun, portföy yönetim hizmeti verebileceği zaten YHİT kapsamında hüküm altına alınmış bulunmakla bu konuda tereddüt bulunmamaktadır. Yazara göre, ilk görünümle aradaki tek fark, aracı kurumun, sözleşmede bulunan sermaye piyasası araçlarının alım satımını kendisinin yapabilmesidir. Bu durumda da sözleşme usulsüz tevdi, ardiye, komisyon ve vekalet sözleşmesine ilişkin unsurların bazen tamamının bazense bir ya da birkaçının katılımıyla oluşan karma bir sözleşmedir.^[29]

[24] Karma Sözleşme Görüşü için bkz. Karakaş, *Portföy Yönetim Sözleşmesi*, 37-39.

[25] Karakaş, *Portföy Yönetim Sözleşmesi*, 37.

[26] Karakaş, *Portföy Yönetim Sözleşmesi*, 43.

[27] Karakaş, *Portföy Yönetim Sözleşmesi*, 43.

[28] Karakaş, “*Portföy Yönetim Sözleşmesi*, 47-52.

[29] Karakaş, “*Portföy Yönetim Sözleşmesi*, 62.

Son görünümde ise portföy yönetimi şirketi ile yatırımcı arasında yapılan ve saklamaya ilişkin edimin portföy yönetim şirketi tarafından borçlanılmadığı sözleşme türüne değinen yazar, bu durumun eski Portföy Yönetim Tebliği'nin^[30] 15. maddesinden kaynaklandığını ve bu durumda vekalet ve komisyon sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtse de, söz konusu madde hükmü en son tebliğ kapsamında yürürlükte bulunmamakla, PYŞİT'in 35. maddesine göre “Müşteri portföyünde yer alan varlıkların, Kurulun portföy saklama hizmeti ve bu hizmette bulunacak kuruluşlara ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde saklanması zorunludur.” Denmiş ve madde metninde herhangi bir istisna öngörülmemiştir.

Konu hakkındaki aşağıda açıklanan diğer iki görüş ise portföy yönetim sözleşmesinin temelini vekalet akdi olarak kabul etmektedir. Bu bağlamda burada öncelikle vekalet akdine ilişkin açıklamalara ve özellikle hizmet sözleşmesi ile karşılaştırılmasına değinilecek ve daha sonrasında görüşlere ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin 1. fıkrasında yapılan tanıma göre “Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.” Geniş anlamda bir iş görme sözleşmesi niteliğinde olan vekalet akdinde vekil, vekalet verenin iradesine ve yararına uygun olarak bir işin görülmesini yahut bir işlemin yürütülmesini, görülmesini üstlenir.^[31]

Öte yandan, vekalet sözleşmesi hükümleri 502. maddenin 2. fıkrasındaki hükümlerle beraber Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeyen diğer işgörme sözleşmelerine de uygulanacaktır. Eren, eserinde bu konu hakkında bir kısım örnekler vererek; “hekimlik, mimarlık, mühendislik, Hukuk danışmanlığı gibi serbest meslek faaliyetlerinin yanı sıra, bankaların gördükleri işlerle eksper ve hakemlerin...” gördükleri işlerin ilke olarak vekalet sözleşmesi kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda Kanunen düzenlenmemiş herhangi bir işgörme sözleşmesine vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır.

[30] Portföy Yöneticiliği Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Portföy Yönetim Şirketlerine İlişkin Esaslar Tebliği (Seri: V, No: 29) (Mülga, Resmî Gazete 21.01.2003 S. 25000)

[31] Eren, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 698

Vekalet sözleşmesinde vekalet veren, vekilin ücretini, bu iş için yapılan giderleri, verilen avansları ödemekle, vekil ise, vekalet verenin talimatlarına uyarak, işi şahsen, gereği gibi ve özenle yerine getirmekle yükümlüdür. Öte yandan, işin sonunda vekalet verene hesap vermek de vekil için öngörülmüş bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır.^[32]

Bu kapsamda, YHİT'in bireysel portföy yöneticiliğini düzenleyen 37. maddesinde yapılan “finansal varlıklardan oluşan portföylerin, her bir müşteri adına, doğrudan veya dolaylı bir menfaat sağlamak üzere vekil sıfatıyla yönetilmesidir.” şeklinde tanımın hem içeriğinde “vekil” kelimesine yer verilmiş olması hem de “her bir müşteri adına” ifadelerinin kullanılmış olmasının açıkça bireysel portföy yönetimine ilişkin sözleşmeyi vekalet akdine yaklaştırmakta olduğu söylenebilir. Aynı zamanda, YHİT 42/2 maddesinde çerçeve sözleşmede değinilen portföy yöneticisinin işten ayrılması durumunda bu durumun müşteri tarafından haklı fesih sebebi tesis ettiğine ilişkin hüküm de bu yöndedir.

Bireysel portföy yönetim sözleşmesinin temelde vekalet akdine yakın bir sözleşme olduğuna ilişkin olarak görüşlere yer vermek gerekirse;

“*Sumer tarafından savunulan*”^[33] ve *portföy yönetim sözleşmesini vekalet unsurları ağır basan kendine özgü bir iş görme sözleşmesi* olduğuna ilişkin görüş, Yıldırım tarafından da savunulmaktadır. *Sumer* bu hususta portföy yönetim sözleşmesinin yazılı olma zorunluluğunun^[34] tebliğler kapsamında öngörülmüş olmasının, portföy yönetim sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme olması ve de belirli süre için kurulabilecek olmasının sözleşmenin niteliğini vekalet akdinden uzaklaştırdığını ve bu surette portföy yönetim sözleşmesinin vekalet akdi olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır.^[35]

[32] Eren, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 698-737.

[33] Yıldırım, “Portföy Yönetim Sözleşmesi,” 46.

[34] Portföy yönetim sözleşmesinin yazılı olmasına gerektiğine ilişkin hüküm yalnızca SPKn. Ve buna bağlı tebliğler kapsamında öngörülmüş olup bu durumun Kanunla öngörülmemesi sebebiyle portföy yönetim sözleşmesinin yazılı olma zorunluluğunun bulunmadığı kanaatindeyiz. *Karakaş* tarafından da portföy yönetim sözleşmesinin zımni kabulle kurulabileceğini öne süren görüş bu durumu destekler niteliktedir.

[35] Yıldırım, “Portföy Yönetim Sözleşmesi,” 47.

Kaplan ise portföy yönetim sözleşmesini “portföy yönetim sözleşmesi, vekalet unsurlarının ağır bastığı, tarafların güven ilişkisinin sözleşmenin temelini oluşturduğu bir vekalet akdi niteliğindedir.” olarak nitelemiştir.^[36] *Kaplan*, yukarıda değinilen ve *Karakaş* tarafından sözleşmenin karma bir sözleşme olarak nitelendirilebileceğine ilişkin vedia ve komisyon akdine ilişkin unsurları, asli edim olarak değil; sözleşmenin işin doğasından kaynaklanan yan edimleri olarak nitelemiştir.^[37]

Bu bağlamda doktrinde portföy yönetim sözleşmesinin niteliğine ilişkin bir görüş birliğine varılamamış olduğu görünmekte ise de hâkim görüş sözleşmenin temelde vekalet akdine dayandığı yönündedir. Dolayısıyla portföy yönetim sözleşmesi ile TBK'daki hükümler paralellik göstermekte olup, sözleşmeye vekalet akdine ilişkin TBK özel hükümleri uygulanacaktır.^[38]

V. PORTFÖY YÖNETİM SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERDEN AYIRT EDİLMESİ

A) HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE ARASINDAKİ FARKLAR

İlk olarak altını çizmek istediğimiz husus şudur ki hizmet sözleşmesi de vekalet sözleşmesi gibi bir iş görme sözleşmesidir.^[39] Ancak vekalet sözleşmesinde vekilin, hizmet sözleşmesindeki işçinin işverene bağlı olduğu gibi bir bağımlılığı bulunmamaktadır. Hatta vekalet verenin açık talimatına uyulması zorunluğu olsa dahi, vekil, vekalet verene bağımlı değildir.^[40] Vekalet sözleşmesi niteliğinde kabul edilen portföy yönetim sözleşmesinde de yatırımcı ile portföy yöneticisi arasında bu şekilde bir bağımlılık ilişkisi mevcut değildir.^[41]

Her ne kadar, önceleri vekalet sözleşmesinin ivazsız bir sözleşme olduğuna ilişkin bir görüş mevcutsa da günümüzde vekaleten görülen işlerin niteliği

[36] Yıldırım, “Portföy Yönetim Sözleşmesi,”; İbrahim Kaplan, *Banka Sözleşmeleri Hukuku*, (Ankara: Adalet Matbaacılık, 1996), 256-257.

[37] Yıldırım, “Portföy Yönetim Sözleşmesi,” 54.

[38] Yıldırım, “Portföy Yönetim Sözleşmesi,” 63.

[39] Eren, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 710.

[40] Eren, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 711.

[41] Gemici, “Portföy Yönetim Sözleşmesi ve Hukuki Sorumluluk,” 136.

gereği sözleşme ivazlı bir sözleşme haline gelmiştir.^[42] Gerçekten de örneğin avukatlık hizmeti verilmesine ilişkin sözleşme esasında bir vekalet akdi olmakla hem Avukatlık Kanunu bağlamında hem de teamüller bakımından ücret karşılığı görülmektedir. Hatta ve hatta ücretin sınırları dahi Avukatlık Kanunu'nda düzenleme altına alınmıştır.

Öte yandan, vekalet sözleşmesinde zaman unsurunun önemi bulunmamasıyla beraber, hizmet sözleşmesinde işçi, işveren bünyesinde belirli yahut belirsiz bir süre için çalışmayı borçlanmaktadır.^[43]

B) YATIRIM DANIŞMANLIĞI SÖZLEŞMESİ İLE ARASINDAKİ FARKLAR

Portföy yönetim şirketleri SPK'dan izin almak suretiyle portföy yöneticiliği ve yatırım danışmanlığı hizmetlerini yürütebilmektedir.^[44] Aynı şekilde, bireysel portföy yönetimi, YHİT 37. maddesi uyarınca bir kimse veya kuruluşun elindeki finansal varlıkların yönetimi olarak adlandırılmaktadır. Yatırım danışmanlığı ise YHİT'nin 45. maddesi kapsamında düzenlenmiş olup yatırım danışmanlığı kapsamında verilecek tavsiye ve yorumlar "sermaye piyasası araçları"^[45] veya bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar" hakkında olabilecektir. Her iki düzenleme içeriğindeki finansal varlık kavramı ile sermaye piyasası araçlarını karşılaştırmak gerekirse; finansal varlık kavramı, sermaye piyasası araçlarını da kapsayan daha geniş bir kavram olarak düzenlenmiştir.

İkinci fark ise; verilen yetki ve sözleşmenin niteliği noktasındadır. Buna göre portföy yöneticiliğinde, portföy yöneticisi müşterinin vekili sıfatıyla (PYŞİT m. 32) işlem yaparken yatırım danışmanlığında vekillik ilişkisi söz

[42] Yıldırım, "Portföy Yönetim Sözleşmesi," 47.

[43] Eren, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 711.

[44] Tuğ, *Sermaye Piyasalarında Yatırım Danışmanlığı*, 94.

[45] SPKn. m. 3/ş'ye göre Sermaye piyasası araçları: Menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını ifade etmektedir. Bu bağlamda Kanun Koyucu'nun yatırım danışmanlığına ilişkin olarak sermaye piyasası araçları tabirini kullanmış olmasının karşısında, portföy yöneticilik faaliyetine ilişkin olarak finansal varlık tabirini kullanmış olmasının "Kanun Koyucu abesle iştigal etmez." prensibiyle bağdaşır şekilde olduğu ve bu bağlamda her iki faaliyetin birbirinden ayrıldığı kanaatindeyiz.

konusu değildir. Yatırım danışmanı yalnızca yatırım tavsiyesi verir, yatırım kararını ise müşteri alır.^[46]

C) ESER (İSTİSNA) SÖZLEŞMESİ İLE ARASINDAKİ FARKLAR

Eser sözleşmesinde, özellikle işi belirli bir biçimde yönetmeyi borçlanırken, eser sözleşmesinde müteahhidin sözleşmenin sonucunu üstlenmez. Vekilin borçları yalnızca işin özenle yürütülmesine ilişkindir. Vekil, ifa ettiği edimlerin karşılığında sonucu borçlanmadığı gibi, garanti de etmeyecektir. Vekil, gerekli özeni göstermekle sorumluluktan kurtulacaktır.^[47] Başka bir ifadeyle, eser sözleşmesinde müteahhitin borcu sürece değil sonuca yöneliktir^[48] vekalet akdinde borç sürece yöneliktir.

Portföy yönetim sözleşmesinde ise, aynı vekalet akdinde olduğu gibi, portföy yöneticisinin yükümlülüğü, müşterinin portföyünün genişletilmesinin taahhüdü olarak değerlendirilemez.^[49] Zaten portföy yöneticisinin borcu müşteriye ait finansal varlıkların yalnızca yönetilmesidir. Bu bağlamda portföy yöneticisi getiriye taahhüt etmeyeceği gibi zarar edilmeyeceğini de garanti etmez. Bu hususta YFİT'in "bireysel portföy yöneticiliği faaliyetinin yürütülmesinde ilke ve esaslar" başlıklı 41. maddesinde yer alan "*Portföyün önceden saptanmış belirli bir getiriye sağlayacağına dair herhangi bir sözlü veya yazılı garanti veremez ve ilan ve reklamlarında bu anlamda gelebilecek ifadeleri kullanamaz.*" düzenlemesi de durumu teyit edici niteliktedir.

VI. BİREYSEL PORTFÖY YÖNETİCİSİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

A) PORTFÖY YÖNETİCİLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, bireysel portföy yönetim hizmetini yürüten portföy yönetim şirketi, aracı kurum yahut mevduat kabul etmeyen bankalar, Türk Borçlar Kanunu'nun vekalet akdine ilişkin hükümlerine istinaden görevlerini yerine getirirken müşterinin zarara uğraması halinde

[46] Karakaş, *Portföy Yönetim Sözleşmesi*, 69, aynı yönde bkz. Tuğ, *Sermaye Piyasalarında Yatırım Danışmanlığı*, 77.

[47] Eren, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 712.

[48] Gemici, "Portföy Yönetim Sözleşmesi ve Hukuki Sorumluluk," 137.

[49] Gemici, "Portföy Yönetim Sözleşmesi ve Hukuki Sorumluluk," 137.

sorumlu olacaklardır. Türk Borçlar Kanunu'nun vekalet akdine ilişkin hükümlerine göre, öncelikli olarak portföy yöneticisi, TBK'nun vekalet akdi hükümlerinin kendisine yüklediği biçimde,^[50] şahsen işi görme, sadakat ve sır saklama,^[51] vekil edene hesap verme ile vekalet ilişkisi dolayısıyla aldıklarını geri verme, işi özenle yapma^[52] borçlarına uygun davranmakla mükelleftir.^[53]

Bunun yanı sıra hem kolektif portföy yönetimi için hem de bireysel portföy yönetimi için PYŞİT ve YFİT kapsamında belli başlı yükümlülükler portföy yöneticileri için öngörülmüş durumdadır.

Konumuz bireysel portföy yöneticiliği olduğundan ve bireysel portföy yöneticiliği faaliyetine ilişkin yükümlülükler YFİT kapsamında düzenlendiğinden burada YFİT kapsamında bireysel portföy yönetim hizmeti ile ilgili olarak düzenlenen yükümlülükler değinilecektir.

İlk olarak, bireysel portföy yönetim hizmeti verecek portföy yöneticileri YFİT 40. madde uyarınca müşterilerine bir "yerindelik testi" gerçekleştirecektir.^[54] Söz konusu madde içeriğinde aynı zamanda müşteri için de önemli yükümlülükler öngörülmüştür. Buna göre müşteri portföy yöneticisine sunulan bilgi ve belgelerin doğruluğundan sorumlu olup bilgi ve belgelerin gerçeği yansıtmaması halinde portföy yöneticisinin sözleşmeyi fesih hakkı doğacaktır.^[55] Bunun yanı sıra, bireysel portföy yöneticiliği faaliyetinin

[50] Eren, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 713-736.

[51] PYŞİT 22. maddesinde ayrıca portföy yönetim şirketi çalışanları için de öngörülmüştür.

[52] - Kolektif portföy yöneticileri için PYŞİT m. 34 kapsamında, bireysel portföy yöneticiliği içinse YFİT m. 41/ç maddelerinde ayrıca özen yükümlülüğü düzenleme altına alınmıştır. PYŞİT 21. maddede ise portföy yönetim şirketi çalışanlarının da özen yükümlülüğüne tabi olduğu belirtilmiştir.

[53] Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, "Portföy Yönetim Sözleşmesi," 63-113.

[54] Söz konusu madde içeriğinde yerindelik testinin tanımı da "*Yerindelik testi, bireysel portföy yöneticiliği veya yatırım danışmanlığı kapsamında müşteriye sunulacak hizmet ile müşterinin yatırım amaçları, mali durumu ile bilgi ve tecrübesinin uyumlu olup olmadığının yetkili kuruluşlar tarafından değerlendirilmesidir.*" şeklinde yapılmış olup, müşterinin haklarının korunması ve yatırım hususunun değerlendirilmesi amacıyla öngörülmüş bir yükümlülüktür.

[55] YFİT 40/8. maddesinde "hizmeti sonlandırır" ibaresinin kullanılmış olması portföy yöneticisi açısından bir derhal fesih hakkı tanıdığına delalet etmektedir.

yürütülmesine ilişkin esaslar YFİT 41. maddede, yazılı çerçeve sözleşme yapılmasına ilişkin yükümlülük 42. maddede, müşteri varlıklarının saklanmasına ilişkin yükümlülük 43. maddede, müşteriye portföyündeki önemli hareketlerin bildirimine ilişkin yükümlülük ise 44. maddede öngörülmüştür.

Dolayısıyla portföy yöneticisi, hem TBK'nın kendisine vekalet akdi hükümleri uyarınca yüklemiş olduğu yükümlülüklere uygun davranmakla, hem de ilgili tebliğler kapsamındaki yükümlülüklere uygun davranmakla yükümlü olacaktır.

Bu bağlamda, TBK'nın 502 ve devamı maddelerinde düzenlenen vekalet akdi hükümlerine kısaca değinilecek olursa; Vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet verenden bağımsız olup gördüğü işin sonucunu taahhüt etmez,^[56] yalnızca işin görülmesini veya işlemin gereği gibi yapılmasını taahhüt eder.^[57] Vekalet sözleşmesi, bedelli veya bedelsiz olabileceği gibi vekilin yaptığı iş sonucu bir başarıya ulaşma zorunluluğu da yoktur.^[58] Vekilin asli sorumluluğu işin gereği gibi, özellikle özen yükümlülüğüne riayet edilerek görülmesidir. Bu kapsamda, TBK 502 ve devamı maddeleri uyarınca kendisine yüklenen yükümlülükler, özellikle TBK 506/2. Maddesinde düzenlenen özen yükümlülüğüne ve aynı zamanda Sermaye Piyasası Kanunu ve buna bağlı Yönetmelik ve Tebliğler kapsamında belirlenen yükümlülükler uygun davranıldığı takdirde, portföy yöneticisinin sorumluluğu doğmayacaktır.

B) PORTFÖY YÖNETİCİLERİNİN PORTFÖY YÖNETENLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞU

Uygulamada portföy yönetim şirketi, aracı kurumlar ya da mevduat kabul etmeyen bankaların portföy yönetimi hizmeti için hizmet sözleşmesi ile istihdam ettiği kişiler de portföy yöneticisi ismi ile anılmakta, bu durum da kavram kargaşasına sebep olmaktadır. Bu nedenle portföy yöneticilerinin yanında çalışan ve portföy yönetim hizmetini şirket adına yürüten gerçek kişiler portföy yöneten olarak anılacaktır. PYŞİT'in 34/4. maddesine göre;

[56] Doğan Şenyüz, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, (Bursa: Ekin Basım Yayın, 2013), 408.

[57] Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2014), 633.

[58] Şenyüz, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, 408.

Şirket, sözleşmede belirtilen portföy yöneticilerinin görevlerini ifa ederken sözleşme, içtüzük, izahname, esas sözleşme, sermaye piyasası mevzuatı ile genel hükümlere aykırı yaptıkları tüm işlemlerden ve özen ve sadakat yükümlülüğüne aykırı fiilleri nedeniyle müşterilerine verebilecekleri zararlardan müşteriye karşı doğrudan sorumludur. Portföy yönetim sözleşmesine aksi yönde bir hüküm koyulamaz.

denmekle, portföy yönetim şirketlerinin sözleşmedeki portföy yöneticilerinin görevlerini ifa ederken müşterilere karşı doğrudan sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Aynı şekilde portföy yönetim şirketleri de müşteri adına görevlendirmiş oldukları portföy yönetenlerin^[59] faaliyetlerinden kusursuz olarak sorumludur. Hatta buna benzer bir düzenleme PYŞİT 19/8. maddesinde^[60] öngörülmüş, dışarıdan hizmet alınması halinde dahi portföy yönetim şirketinin sorumluluğunun ortadan kaldırılamayacağı ifade edilmiştir.

Burada ilk önce yapılması gerekli iş bu tür sorumluluğun niteliğini belirlemektir. Sorumluluk türünün tespit edilebilmesi bakımından TBK'nun 66 ve 116. maddeleri arasındaki farkın yani sorumluluğun türünün TBK 66. maddede düzenlenen adam çalıştırmanın fiilinden mi sorumluluk yoksa, TBK 116. maddede düzenlenen yardımcı kişilerin fiilinden mi sorumluluk kapsamında olduğunun öncelikli değerlendirilmesi gerekecektir.

TBK 66. maddede düzenlenen sorumluluk biçimi yani adam çalıştırmanın sorumluluğu esasında bir haksız fiil sorumluluğudur. Bu tür sorumlulukta adam çalıştıranla zarar gören arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut değil iken TBK 116. maddede düzenlenmiş olan “yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk” ise esasına sözleşmeye bağlı bir sorumluluktur. Zira burada zarar gören ile yardımcı kullanan arasında sözleşmesel bir ilişki mevcuttur.^[61] Dolayısıyla her iki sorumluluğun türü temelde birbirinden farklılık göstermekle, aralarındaki tek fark bu da değildir.

[59] Portföy yöneten kavramı bireysel portföy yönetim hizmeti yürüten şirketlerde çalışmakta olan portföy yöneticilerini ifade etmek adına kullanılmıştır.

[60] **PYŞİT m. 19/8:** “Dışarıdan hizmet alımı; Şirketin sermaye piyasası mevzuatından kaynaklanan sorumluluklarını ortadan kaldırmaz ve Şirketin yasal yükümlülüklerini yerine getirmesini, ilgili düzenlemelere uymasını ve etkin biçimde denetlenmesini engelleyici nitelikte olamaz.”

[61] Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 654.

Bunun dışında diğer bir önemli fark ise zamanaşımı süreleri açısından mevcuttur. Adam çalıştırmanın sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu kapsamında olduğundan zamanaşımı yönünden TBK 72. madde hükmüne, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ise; TBK 146. madde hükmünde düzenlenen zamanaşımı sürelerine tabidir.

Bunun yanı sıra, portföy yönetenlerin alt vekil olup olmadığı hakkında da incelemeler yapılmış ve Yıldırım, eserinde bu kişilerin alt vekil olamayacağını, zira her ne kadar portföy yöneticiliği kişiliğin ön planda olduğu bir hizmet olsa dahi vekaletin esasında bu portföy yönetenlere değil portföy yöneticilerine verildiğini ve bu nedenle bu kişilerin alt vekil sayılamayacağını savunmuştur.^[62]

[62] Yıldırım, “Portföy Yönetim Sözleşmesi,” 105.

SONUÇ

Yukarıda izahına çalıştığımız şekilde bireysel portföy yönetim hizmetine ilişkin yapılan portföy yönetim sözleşmesi doktrinde baskın olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre vekalet akdine ilişkin hükümlerin ağır bastığı bir sözleşme türüdür. Ancak, her ne kadar vekalet sözleşmesi hükümleri ağır basıyor olsa da, sözleşmesel ilişkinin niteliği her uyumsuzluğa ilişkin ayrı ayrı değerlendirilmeli ve buna bağlı sorumluluk sınırı da *hakim* tarafından belirlenmelidir.

Bireysel portföy yönetimi hizmeti kapsamında portföy yöneticisi getiriye taahhüt etmemektedir. Portföy yöneticisi yalnızca işin yürütülmesinde özellikle gerekli özen ve dikkatle davranmanın yanı sıra, belli başlı özel yükümlülüklerle uyararak portföy sahiplerinin portföylerinin vekil sıfatıyla yönetilmesini üstlenmektedir.

Bu bağlamda, bireysel portföy yönetim sözleşmesinde portföy yöneticisi, vekalet akdinin kendisine yüklediği yükümlülükler ile SPKn. Ve buna bağlı olarak çıkartılmış tebliğlerde öngörülen yükümlülüklerine uygun davranmak kaydıyla sorumluluktan kurtulabilecektir. Bunun yanında, portföy yönetim hizmetini yürüten şirket aynı zamanda çalıştırdığı personelin portföy yönetimi hizmeti çerçevesindeki fiillerinden de TBK 116. maddesi uyarınca sorumlu olacaktır.

Bunun yanında, portföy yönetim hizmetini yürüten şirket aynı zamanda çalıştırdığı personelin portföy yönetimi hizmeti çerçevesindeki fiillerinden de Türk Borçlar Kanunu (TBK) 116. maddesi uyarınca sorumlu olacaktır.

KAYNAKÇA

- Acuner, Serkan. “Portföy Yöneticilik Mesleğinin ve Portföy Yönetim Faaliyetinin Vergi Kanunları Karşısındaki Durumu.” *Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Elektronik Dergisi* 9, no. 25, (2018): 63-93.
- Başar, Mehmet. *Portföy Yönetimi*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2013.
- Beşirli, Mehmet. “Osmanlı’da Borsa: Dersaadet Tahvilat Borsası’ndan Esham ve Tahvilat Borsası’na Yeni Düzenleme Girişimleri.” *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19, no.1, (2009): 185-208.
- Ceylan, Ali ve Korkmaz, Turhan. *Borsada Uygulamalı Portföy Yönetimi*. Bursa: Ekim Kitabevi, 1998.
- Eren, Fikret. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Gemici, İlke Aytekin. “Portföy Yönetim Sözleşmesi ve Hukuki Sorumluluk.” Yeterlilik Etüdü, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 2005.
- Kaplan, İbrahim. *Banka Sözleşmeleri Hukuku*. Ankara: Adalet Matbaacılık, 1996.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Karakaş, Tülay. *Portföy Yönetim Sözleşmesi*. Ankara: Türkiye İş Bankası Vakfı Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000.
- Koç, İdil Özlem. *Portföy Yönetimi ve Sigortacılık Sektörü*. İstanbul: Yalın Yayıncılık, 2011.
- Korkmaz, Turhan, Aydın, Nurhan ve Sayılğan, Güven. *Portföy Yönetimi*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Yayınları, 2013.
- Özçam, Mustafa. *Türk Sermaye Piyasalarının Profili: Kriz Eğilimi Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu*. Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 1999.
- Şenyüz, Doğan. *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*. Bursa: Ekin Basım Yayın, 2013.

Tuğ, Mehmet Arif. *Sermaye Piyasalarında Yatırım Danışmanlığı*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2018.

Yavuz, Cevdet, Acar, Faruk ve Özen, Burak. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. İstanbul: Beta Yayınları, 2014.

Yıldırım, Ayşe Hümay. "Portföy Yönetim Sözleşmesi." Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

İnternet Kaynakları

Sermaye Piyasası Kurulu Resmi İnternet Sitesi www.spk.gov.tr (Erişim Tarihi: 19.05.2019)

Türk Dil Kurumu Resmi İnternet Sitesi; www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 13.05.2019)

https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/23983/mod_resource/content/1/Bankacilik_S.ve_Mev_1_pdf.pdf (Erişim Tarihi: 20.05.2019)

<https://www.borsaistanbul.com> (Erişim Tarihi: 23.05.2019)

Kamu Hizmetinin Temel İlkeleri Bağlamında Elektrik Hizmeti

İlgın ÖZKAYA ÖZLÜER*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. (ilginokkaya@gmail.com) <https://orcid.org/0000-0002-4242-6208>

Makale Geliş Tarihi: 22 Şubat 2022 **Makale Kabul Tarihi:** 5 Haziran 2022

Atf önerisi: Özkaya Özlüer, İlgın. “Kamu Hizmetinin Temel İlkeleri Bağlamında Elektrik Hizmeti.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 2 (Nisan 2022): 279-316. DOI: 10.30915/abd.1142043

KAMU HİZMETİNİN TEMEL İLKELERİ BAĞLAMINDA ELEKTRİK HİZMETİ

ÖZ

Bu çalışmada EPDK'nın konutlarda yüzde 127'e varan kademeli zam kararı üzerine, iktisadi kamu hizmetlerinin niteliği ve bu hizmetlere hâkim ilkeler çerçevesinde idarenin tarife belirleme yetkisi ele alınmıştır. Kamu hizmetlerine hâkim ilkelerin yeniden değerlendirilmesi, hizmetten yararlananların birer müşteri olmadığını ve kamu hizmetinin kamu hukuku rejimine tabi yönlerinin belirginleştirilmesini sağlamaktadır. Kamu hizmetinin düzenli, sürekli, eşit ve ulaşılabilir sunulması idarenin görevi ve sosyal bir devlette hizmetten yararlananlar için bir haktır. Kamu hizmetlerinin erişilebilirliği ilkesi, yalnızca fiziksel varlık ve ulaşılabilirlik sorunu ile ilgili değildir. Bu ilke aynı zamanda eşitlik ve süreklilik ilkesiyle birlikte ele alındığında hizmetten yararlananların makul bir bedel karşılığında hizmetten yararlanabilmesi anlamına gelmektedir. Bu erişilebilirliği sağlamak üzere tarife belirlemede takdir yetkisi sahibi olan idarenin, takdir yetkisini orantılılık ilkesi bağlamında kullanması gereklidir. Tarife belirleme konusunda kamu gücünü kullanan idarenin kamu yararı amacı dışında özel bir amaç taşıyamayacağı hatırlandığında, idarenin gözeceği dengenin, kamu hizmetin asıl sahibi olması nedeniyle sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarından da kaynaklandığı gözetilmelidir. Bu üstün konum nedeniyle idare, hizmetten yararlananların tarifeler yoluyla kısıtladığı haklarını, kamu hizmetinin temel ilkelerine uygun hizmet sunarak sosyal adalet çerçevesinde dengeleyebilir. İdarenin hizmeti erişilebilir olmaktan çıkararak tarife kararları orantılılık ilkesine ve dolayısıyla hukuka aykırılık teşkil edecektir. Diğer yandan elverişli konut hakkı, sağlık hakkı bağlamıyla enerjiye erişim hakkının korunan bir değer olması gerektiği ve insan onuruna yaraşır bir yaşam hakkının tesisinde sosyal devlet ilkesinin bireylerin desteklenmesi konusunda devlete pozitif edim yükümlülüğü yarattığı kabul edilmelidir.

Anahtar Kelimeler

kamu hizmeti

kamu hizmetinin ilkeleri

elektrik

enerjiye erişim hakkı

sosyal devlet

ELECTRICITY SUPPLY SERVICE WITHIN THE CONTEXT OF ESSENTIAL PRINCIPLES OF PUBLIC SERVICE

ABSTRACT

In this study, the nature of economic public services and the authority of the administration to set tariffs within the framework of the principles prevailing in these services, after the decision of EMRA for a gradual increase of up to 127 percent in residences, is discussed. The re-evaluation of the principles that dominate public services ensures that the beneficiaries are not customers and that the aspects of the public service subject to the public law regime are clarified. Regular, continuous, equal and accessible public service is the duty of the administration and a right for those who benefit from the service in a social state. The principle of accessibility of public services is not only about physical presence and accessibility. This principle, when considered together with the principle of equality and continuity, means that those who benefit from the service can benefit from the service in return for a reasonable price. In order to ensure this accessibility, the administration, which has discretion in determining tariffs, should use its discretion in the context of proportionality principle. When it is remembered that the administration, which uses public power in determining tariffs, cannot have a special purpose other than the purpose of public benefit, it should be noted that the balance to be observed by the administration also stems from the privileges of public power it has due to the fact that the public is the real owner of the service. Due to this superior position, the administration can balance the rights of the beneficiaries, which are restricted through tariffs, within the framework of social justice by providing services in accordance with the basic principles of the public service. At this point, it will bring into question that the tariff decisions of the administration, which make the service inaccessible, are against the principle of proportionality and the law. On the other hand, it should be accepted that the right to access to energy in the context of the right to suitable housing and the right to health creates a protected value, and the principle of social state creates a positive performance obligation on the state to support the right holders in the establishment of the right to a life worthy of human dignity.

Keywords

public service

principles of public service

electricity

right to access to energy

social state

GİRİŞ

Kamu hizmeti kavramı etrafında, “devlet” tartışması, kamu hukuku kuramı ekseninde sadece ekonomik veya sosyal ihtiyaçların gideriminde bir “politik güç” olarak ele alınmamalıdır. Özellikle modern yaşamın kurucu öğelerinin arasında, bireylerin ve toplulukların tek tek yerine getiremeyeceği büyüklükte örgütlenme ihtiyacının ortaya çıkması 20. yüzyıl boyunca devletin ekonomik rolünü görece olarak arttırmıştır. Ancak, 21. yüzyılda devletin ekonomik hayattaki işlevinin daha çok düzenleyicilik olduğuna yönelik iddialar, bu ekseninde gelişen ekonomi politikaları ve hukuki düzenlemeler devletin somutlaşması olarak kamu hizmeti kavramının esasıyla ilgili kapsamlı bir dizi tartışmayı beraberinde getirmiştir.

Devletin, temel görevleri bağlamında kamu hizmeti olarak somutlaştırılması, bu faaliyetlerin özel kişiler tarafından sağlandığı durumlarda, devletin hem kamu hizmeti alanından ve aynı zamanda iktisadi alandan tasfiyesi olarak yorumlanmaya neden olabilmektedir. Oysa, tüm bu sosyal ve ekonomik dönüşüm ve hukuk alanındaki tartışmalar göstermiştir ki, devletin ekonomik alanda gücü ve etkililiği azalmamış ve fakat kamu hizmetinin işlev ve niteliğinde bir paradigma değişikliği gündeme gelmiştir. Söz konusu paradigma değişikliği, kamu hizmetlerinin kapsamının değişmesi olarak somutlaşmakla birlikte kamu yararı amacı çerçevesinde hizmetin niteliklerini ve temel ilkelerini değiştirmemektedir. Bu makale, elektrik kamu hizmetleri temelinde, enerjiye erişimin bir hak olduğunu ve kamu hizmetinin toplum yararına sunulmasının aynı zamanda, kamu hukukunun ve devletin yeniden üretimi için gerekli zemini temin ettiğini iddia etmektedir. Bu bağlamda elektrik kamu hizmetinin kamu hizmetinin temel ilkeleri yönünden değerlendirilmesi, elektrik hizmetinin kamu yararını temelinde ele alınmasını ve idarenin tarife belirlerken eşitlik, erişilebilirlik ve düzenlilik ilkelerini esas alması gerektiğini ortaya koymaktadır.

I. ELEKTRİK HİZMETİNİN İKTİSADİ KAMU HİZMETİ NİTELİĞİ

Kamu hizmeti kavramı, devletin egemenliğinin somutlaşmış bir ifadesi olarak görüldüğünde^[1], teorik düzeyde, iktisadi nitelikte görülen faaliyetlerin de devletin egemenliğiyle ilgili olduğunu kabul etmek gerekir. Bu ölçütten

[1] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları-I*, 3.Baskı, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası,1966), 13.

hareketle, iktisadi kamu hizmeti olarak elektrik hizmetleriyle ilgili yakın zamanda yapılan tartışmalar, salt ekonomik hayata dair olmadığı gibi elektrik fiyatlarının belirlenmesinde ilke ve ölçütler üzerinden yürütülen tartışmalar da, toplumun yönetim kuralları ve dolayısıyla kamu hukuku prensipleriyle ilişkilidir. İktisadi kamu hizmetlerine ilişkin yapılan tanımlarda belirleyici unsurlar, kamu hizmetinin konusu, finansmanı, görülüş usulü ve işleyiş koşulları olmaktadır. Genel olarak iktisadi kamu hizmetleri, konusunun özel kişilerin sunduğu hizmetlere benzediği; finansmanını o hizmetten faydalanan kişiler tarafından ödenen ücretlerin oluşturduğu; sınıî ve ticari esas ve usullere uygun olarak yürütülen kamu hizmetleri olarak tanımlanmaktadır.^[2] Diğer yandan bu alandaki yazında, söz konusu özelliklere yönelik öğretî ve yargı kararlarında ileri sürülen istisnalar ve eleştiriler ele alınarak bu özelliklerin mutlak olmadığı da belirtilmektedir. Bu nedenle iktisadi kamu hizmetlerinin özel teşebbüs faaliyetlerinden ayrıldığı noktalara işaret etmek, elektrik hizmetinin kamu hizmeti niteliğine ilişkin inceleme yapabilmek için gerekli görülmektedir.^[3]

Devletin ekonomik yaşama müdahalesi ve/veya özel teşebbüslerle birlikte faaliyette bulunduğu iktisadi kamu hizmetleri, özellikle “işleyiş” ve “dış ilişkiler” olarak ifade edilen yanlarıyla, özel hukukun kavram ve ilkeleriyle açıklanmaktadır. Ancak bu açıklamalardan hizmetin niteliğine ilişkin sonuçlar çıkarmak mümkün değildir. Bunun yerine söz konusu hizmetlerin kamu yararı amacıyla sunulduğunu, kanunla kurulduğunu ve kamu gücü ayrıcalıklarının^[4] belirgin olduğunu vurgulamak, söz konusu faaliyetin kamu hizmeti olduğunu belirlemek açısından yerinde olacaktır. Çünkü şu açıktır ki, her

[2] Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 3. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 304.

[3] Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. Yeliz Şanlı, “Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti,” *Mülkiye Dergisi* 31, no. 254, (2007): 51-71. Yeliz Şanlı, “Elektrik Hizmeti Kamu Hizmetidir,” *TMMOB Türkiye VII. Enerji Sempozyumu*, (Ankara: Aralık 2009), 17 – 19.

[4] Elektrik dağıtım faaliyetinin ‘bu nedenle’ kamu hizmeti sayılması gerektiğine dair Danıştay kararında da “ (...) özel faaliyetler için söz konusu olamayacak üstün ayrıcalıklara sahip olan, yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetini (...)” Danıştay 13. Dairesi, E. 2016/898 K.2016/4091, T. 05.12.2016.

ne kadar sınıai ve iktisadi kamu hizmetlerinin serbest piyasa faaliyetlerinin işleyişine benzedikleri ileri sürülmekteyse de bu özdeşlikler sübjektiftir ve sınıai ve iktisadi alandaki hizmetlerin özellikleri mutlak/ sayılı da değildir. Diğer yandan idari kamu hizmetleri de özel kişi tarafından sunulabileceği gibi iktisadi kamu hizmetlerinin bedelsiz sunulması konusunda bir yasak da yoktur. Bu nedenle, iktisadi kamu hizmetlerinin örgütlenmesinde ve işleyişinde piyasa kurallarının etkisini açıklamak için özel hukuk kural ve usulleri egemen olmakla birlikte iktisadi kamu hizmetleri de “kamu hizmeti” niteliğinden kaynaklı olarak kamu hukuku ilke ve esasları üzerine kurulmuştur.^[5]

Devlet toplumsal ihtiyaçları gidermek üzere mal ve hizmet üretmeye ilişkin faaliyetlerinin bir kısmını özel kişilere gördürmekle, bu konulardaki görevlerini tamamen özel hukukun alanına terk etmeyerek bu alanda kullanacağı kamu gücü ayrıcalıklarını şirketler eliyle kullanmakta ve bunun karşılığında kamu hizmetinin asıl sahibi sıfatını korumaktadır.^[6] Diğer bir anlatımla, kamu hizmeti, idarenin bizzat ya da yakın gözetim ve denetimi altındaki özel kişiler eliyle ürettiği toplumsal hizmetler olduğundan, iktisadi kamu hizmetlerinin de -gerek bizzat idare tarafından gerek özel kişi tarafından yürütülüyor olsunlar- amacı kamu yararadır. Bu nedenle idare, toplumsal ihtiyaçların giderilmesine ilişkin asli görevini yerine getirmek için bu alanda

[5] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 304.

[6] Bu aşamada Öztürk'ün “kamu hizmetinin asıl sahibi” ifadesine getirdiği haklı eleştirisine yer verilmelidir. İdarenin, her zaman kamu hizmetlerinin asıl sahibi ve sorumlusu olarak gören organik yaklaşımın günümüzde önemini yitirdiğini belirten Yazar, “bugün ulaşılan noktada idarenin rolünün, yürütülen faaliyetin asıl sahibi ve sorumlusu olarak görülmesi de kamu hizmeti sayılan bu faaliyetin kamu yararını sağlamaya dönük ilke ve kurallara uygun olarak görülmesini gözetmek ve denetlemek olduğunu” belirtmiştir. Burak Öztürk, “Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği,” *Ankara Barosu Dergisi* 67, no.1, (Kış 2009): 41.

kamu gücü ayrıcalıklarını kullanmaktadır.^[7] Bu asli görev, serbest piyasanın sınırsız rekabet şartlarıyla^[8] yürütülemez.

İktisadi kamu hizmetlerin işleyişinde, kamulaştırma, hizmeti konu alan sözleşmeler, hizmete tahsis edilen mallar, idari sözleşmeler, tek yanlı idari işlemler ve kamu personeli çalıştırma gibi kamusal yürütüm unsurları sınırlı da olsa bulunmakta ve hizmet üretimi tamamen piyasanın rekabete dayanan özel yürütümünde bulunmamaktadır.^[9] İşte bu kamusal yürütümde, kamu hukukunun konusu içinde kalan kısım, hizmetlerin kamu hizmeti sayılmasını sağlayan baskın karakterdir. Bu açıdan bir hizmetin özel hukuka da tabi olması onun kamu hizmeti olamayacağı anlamına gelmemektedir. Duran'ın ifadesiyle, “*eski olsun yeni olsun hiçbir kamu hizmeti, tam ve kesin bir surette, yalnızca kamu hukukuna veya sadece özel hukuka göre yürütülmemektedir. Kamu hizmetlerinin hukuki rejimi, tek ve saf olmayıp, konu ve amaçlarına göre değişik ölçüde kamusal ve özel hukuklardan oluşan karma nitelikte çeşitli düzenlerdir. Bunlardan klasik idari kamu hizmetlerinin rejimi en yoğun biçimde kamu hukuku ise; sınai ve ticari kamu hizmetlerinin statüsü özel hukuka çok geniş yer vermiş olabilir*”^[10] Bu açıdan da, iktisadi kamu hizmetleri özel hukuka tabi yanları bulunan ve “*piyasanın üretim ilişkileri alanının kurallarından bağımsızlığı diğer kamusal faaliyetlere göre az*”^[11] hizmetler olarak tanımlansa da baskın karakterleri onların kamu hizmeti olmalarıdır ve bu nedenle kamu hizmetlerinin ilkeleri onlar için de geçerlidir.

[7] “Kamu gücü ayrıcalığı, idari faaliyeti yürütmekle yükümlü bir kişi tarafından kamu yararını sağlamak amacıyla kamu hukukunda sahip olunan özel hukuku aşan araç olarak tanımlanabilir.” Hasan Nuri Yaşar, S. Sena Cabioğlu Güler, “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yetkileri Kapsamında Kamu Gücü İlişkisi,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 4, (2016): 64.

[8] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 208.

[9] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 309.

[10] Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 306. Kamu hizmetinin artık yalnızca idare hukuku esaslarına göre yürütülmediğine ilişkin olarak bkz. Turgut Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı,” *Anayasa Yargısı Dergisi* 8, (1991): 244

[11] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 308.

Elektrik alanındaki kamu hizmetlerinin iktisadi kamu hizmeti olarak nitelendirilmesine ilişkin doktrinde görüş birliği vardır.^[12] Aynı zamanda, “yargı kararlarında da elektrik faaliyetleri iktisadi kamu hizmetleri olarak kabul edilmektedir [Örneğin] Anayasa Mahkemesi, 1990 yılında verdiği bir kararda, Türkiye Elektrik Kurumu tarafından verilen elektrik hizmetlerini ‘ekonomik koşullara göre oluşturulan’ kamu hizmetleri olarak nitelendirmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi de 1998, 1999 ve 2000 yıllarında verdiği üç ayrı kararında aynı ifadeleri kullanarak Anayasa Mahkemesinin bu tespitini tekrarlamıştır. Danıştay da elektrik alanındaki kamu hizmetlerini iktisadi kamu hizmeti olarak görmektedir.”^[13] Elektrik enerjisi alanında kamu hizmeti imtiyaz yöntemi uygulaması Osmanlı döneminde olduğu gibi cumhuriyet döneminde de yaygındır.^[14] Bu yöntemin uygulanış usulüne, süresine veya şartlarına ilişkin yargı kararlarında da elektrik hizmetinin bir kamu hizmeti olduğuna dair vurgu korunmuştur. Diğer bir anlatımla, özel kişi tarafından sınai ve ticari faaliyetlerin yönetim usullerine benzer bir usulle görülen elektrik hizmetinin iktisadi bir kamu hizmeti niteliği olduğunda tarihsel ve kuramsal bir şüphe yoktur. Bu nedenle tarife kararının hukuka uygunluğu yönünden yapılacak bir değerlendirme için öncelikle kamu hizmetlerine hâkim ilkelerin iktisadi kamu hizmetlerindeki görünüşleri üzerinden yapılmalıdır. Çünkü “şebekesel hizmetler olan elektrik, gaz, telekomünikasyon hizmetleri iktisadi kamu hizmeti kategorisinde değerlendirilseler dahi, sosyal yönü ağır basan faaliyetlerdir.”^[15] Gerek sosyal

[12] Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar-I*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 647.

[13] Çağdaş Evrim Ergün, “Elektrik Piyasalarında Kamu Hizmeti Kavramı ve Hukuki Rejimi,” (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2010), 186. Yazarın çalışmasında yer verdiği ilgili kararlar şunlardır: Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 1999/48, K. 1999/47, T. 6.12.1999; Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 1998/4, K. 1998/6, T. 9.2.1998; Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2000/6, K. 2000/5, T. 27.3.2000) Danıştay 10. Daire, E. 1991/1, K. 1993/1752, T. 29.4.1993; Danıştay İDDGK, E. 1996/79, K. 1996/83, T. 3.10.1996.

[14] Gülhanım Sızlı Erol, “Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması,” (Uzmanlık Tezi, DPT Yayın No 2478, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Genel Müdürlüğü, Nisan 1999), 36.

[15] Eser Us, *Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2012), 48.

yönleri gerekse de kamu hukuku rejiminin etkisi nedeniyle bu “hayati”^[16] kamu hizmetleri hakkında alınan yüksek zam oranlarına ilişkin kararlara karşı “ilkesel” bir eleştiri, aynı zamanda onların kamu hizmeti niteliklerini de belirginleştirecektir. Sonuç olarak bu çalışma kapsamında ele alınan ve özel kişiler eliyle gördürülmesinde kullanılan yöntemler yıllar içinde değişen^[17] elektrik kamu hizmetinin değerlendirilebilmesi için temel hareket noktası, onun kamu hizmeti olmasıdır.

II. KAMU HİZMETİNE HAKİM İLKELER VE TARİFE ARTIŞI

Kamu hizmetlerine hâkim ilkelere dair incelemelerde genel olarak *süreklilik, uyum, eşitlik ve meccanilik* başlıkları ele alınmakta ve bu incelemelerde meccanilik- bedavalık- karşılıksızlık- ücretsizlik isimleriyle ele alınan ve kimi zaman “ilke”^[18] kimi zamanda “sorun”^[19] olarak değerlendirilen husus, özellikle iktisadi kamu hizmetleri açısından oldukça tartışmalı bulunmaktadır. Bu tartışmaya geçmeden önce, adı geçen ilkelerin birbirleri ile oldukça ilişkili oldukları, birbirlerini tamamladıkları ve kamu hizmetinin kamu yararı amacını gerçekleştirmek için kullandığı kamusal güce ilişkin yetkileri sınırlarken hizmete hâkim hukuki rejimin özel hukuka ait yanlarını kamu yararı içinde yeniden yorumlamayı sağladığı da söylenmelidir. Özellikle de piyasa ekonomisinde iktisadi alanın rekabete dayanması gerekçesiyle kamu hizmetlerinin özel kişinin “inisiyatifine”, piyasa düzenindeki serbest ve eşit irade işleyişine bırakılmaması gerekir. KBamu yararının üstün sayılması, toplumun genel yararının tek tek kişilerin ve şeylerin yararının üstüne

[16] Anayasa Mahkemesine göre, “Kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir.” AYM, E.1973/32, K.1974/11, K.T. 26.03.1974.

[17] Elektrik hizmetinin kamu hizmeti imtiyaz usulü yöntemi ile gördürülmesi son yıllarda kullanılan bir usul olmamakla birlikte, çalışma kapsamında bu yöntemle ilişkin değerlendirmeler yapan doktrinin değerli görüşlerine yer verilmiş olmasının sebebi, tartışmanın merkezine (“iktisadi” de olsa, farklı ‘usullerle’ gördürülse de), söz konusu hizmetin kamu hizmeti olduğunun yerleştirmemizdir.

[18] Büşra İzci, *Meccanilik İlkesi ve Türkiye’de Kamu Hizmetinden Yararlanandan Karşılık Alınmasının Meşruiyeti*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2021).

[19] Kemal Gözler, *İdare Hukuku-II*, 3. Baskı, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 320.

koymaktır; bu nedenle devletin varlık sebebinin^[20] gerçekleşmesinin temeli^[21] piyasanın değil kamu hizmetine ilişkin temel ilkeler temelinde örgütlenmelidir. Kamu hizmetinin “gerçek” sahibinin idare olması, hizmetin bulunduğu piyasa rejiminin bu hizmetler için yükünü hafifletip piyasanın kimi rekabet koşullarından muaf olmasını sağlar.^[22] Bu muafiyetler, idarenin sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının hizmeti gören lehine kullanılmasıyla sağlanır. Kamu yararı ilkesi, iktisadi kamu hizmetlerinin bulunduğu piyasada hizmeti gören lehine eşitsiz piyasa koşulları yaratılmasını sağlarken, devletin hem piyasanın bir aktörü ve aynı zamanda düzenleyicisi sıfatını da sürdürmesini sağlar. Sonuç olarak, idare adına iktisadi kamu hizmetini gören kişi gelirene kavuşurken idare de hizmetin sürdürülebilirliğini garanti eder.

Bu ikili ilişkide hizmetten yararlananları kamu hizmetinin “müşterisi” değil, sahibi ve kullanıcısı haline getirecek araçlar, kamu hizmetine hâkim ilkeler içinden çıkarılabilir.^[23] Çünkü hizmetten yararlananlar, kamu gücü ayrıcalıklarını elinde bulunduran idare ile iktisadi bir faaliyet yürüten kişi arasındaki yarar/çıkar dengesine ödedikleri bedel boyutuyla değil, birlikte hizmetin bizzat örgütlenmesi sebebi olarak taraf olurlar.

[20] “Kamu hizmeti devletin varlık sebebidir.” Yıldırım Uler, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti,” *Anayasa Yargısı* 15, (Anayasa Mahkemesi’nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, Ankara, 27-28 Nisan 1998).

[21] Devletin ilk özelliği tüm toplumlarda üretim araçlarının ve üreticilerin korunması ve gelişimi için gerekli koşulları sağlamak olduğundan, ortak gereksinimlerin karşılanmasının yarattığı ortak çıkarının kapsayıcılığı, devletin varlık sebebine karşılık gelir.” Devletin Ontolojik İspatında Kamu Hizmetinin Rolü” ile ilgili olarak bkz. Cem Çağatay Orak, “Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?”, *TBB Dergisi* 68, (2007), 165.

[22] Bu noktada Karahanoğulları’nın kamu hizmetinin tanımında yer verdiği “bağışık kılma” unsurunu hatırlamak yerinde olacaktır: “kamu hizmeti, siyasal alanın örgütünce (devletçe) kısmen veya tamamen üretim ilişkileri alanının zorunluluklarından bağışık kılınarak üstlenilen ve kamusal (siyasal) alana dahil edilen faaliyetlerdir.” Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 54.

[23] Vatandaş müşteri olarak algılayan görüşün kamu hizmetindeki kamu yararını tehdit eden bir durum olduğuna ilişkin olarak bkz. N. Munci Çakmak, *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013), 454-456.

Bu konuda Danıştay'ın idari sözleşmelerin Türk idare hukuku tarafından iki tarafı idari işlem kategorisinde kabul edilmesine neden olan kararlarının gerekçesini de hatırlamakta yarar vardır. Danıştay, elektrik hizmetine ilişkin bakanlık ile özel hukuk tüzel kişisi arasında imzalanan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin hukuka aykırılığı iddiasını kabul etmiş ve bir elektrik abonesinin “hizmetten yararlanan” sıfatını yeterli görerek hukuka uygunluk denetimi yapmıştır.^[24] Bu karar da göstermektedir ki, özel kişi tarafından nasıl gördürüleceğine ilişkin akdedilen bu sözleşmeden etkilenenler aynı zamanda kamu hizmetinden yararlananlardır. Bununla birlikte idari sözleşmeler bir sözleşme olmakla birlikte, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, yararlanıcılarının hizmet kalitesi, bedeli, örgütlenmesi vs yönüyle sözleşmeyle menfaat ilişkisi kurduğu sözleşmelerdir. Buna göre, kullanıcıların hizmetle kurduğu menfaat ilişkisi, bir özel hukuk sözleşmesi olan abonman sözleşmesinin ötesini, yani hizmetin ne olduğu, nasıl olacağı, örgütlenmesi ve sunumunu da kapsar.

Kamu hizmetinin temel ilkeleri yoluyla korunan değer, kamu yararı ve onun dolayısıyla kullanıcıların menfaatleridir. Karahanoğulları'na göre, “bu ilkeler kamu hizmetinin ortak hukukudur. Kamusal rejimin minimum unsurudur. Kim tarafından yerine getirilirse getirilsin, sınılticari veya klasik, hangi nitelikte olursa olsun tüm kamu hizmetleri bu ortak hukuka tabidir. (...) Kamu hizmeti ilkeleri sistemin sert çekirdeğidir. Bu ilkeler kamu hizmeti ile eş tözlüdür; onlar olmadan hizmet kamuya sunulan hizmet, kamunun hizmeti olamaz.”^[25] Doktrinde bu ilkelerin kamu hizmetinin “anayasası”^[26] olduğunun kabul edildiği^[27] ve yargı kararlarının kamu hizmetinin tanımını yaptığında bu ilkelere başvurduğu görülmektedir.

[24] Karar ve konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ali Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 4. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 277-278-279. Ulusoy'un yer verdiği bu karar, AKTAŞ şirketi işle Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında imzalanan imtiyaz sözleşmesi neticesindeki İstanbul Anadolu Yakasında elektrik dağıtımına ilişkindir. Anadolu yakasında yaşayan bir abonenin bu sözleşmeye iptal davası açması üzerine Danıştay sözleşmeyi bir idari işlem gibi görerek karar bağlamıştır.

[25] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 188.

[26] Ahmet Bağrıaçık, “Kamu Hizmetinin Uyarılma İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, (2018): 155

[27] Örneğin Onar'ın tanımı: “Devlet veya diğer amme hükmi şahısları tarafından veya bunların gözetimi ve denetimi altında umumi ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve

Anayasa Mahkemesine göre de kamu hizmeti açısından kamu yararı amacı önemli bir özelliktir. Örneğin bir kararında Mahkeme kamu yararını, “devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler”^[28] olarak tanımlamıştır. Sonuç olarak, iktisadi kamu hizmetlerinde kamu hukukunun egemenliğini vurgulayan özellik onların kamu yararı taşımalarıdır. Söz konusu hizmetlerin kamu yararını sağlama amacına ulaşmak için sahip olması gereken özellikler, “süreklilik ve düzenlilik ilkesi” ve “eşitlik ilkesi ile meccanilik” ilkeleri bir arada ele alınarak açıklanacaktır.

Süreklilik ilkesi, devletin sürekliliği ile ilişkilendirilerek ele alınan bir ilke olarak “devletin ve kamu otoritelerinin devamlılığı ile hizmetten faydalananların ihtiyaçlarının zamanında ve normal olarak karşılanması gerekliliği”^[29] olarak açıklanmaktadır. Gerçekten de kamu hizmetlerinin sürekli olması, kesintisiz olması anlamına gelmeyip kamu hizmetinin gereğine uygun olarak sürdürülmesi olarak kabul edilir. Bu nedenle süreklilik ilkesinin temelinde “hizmet ile ihtiyaç ilişkisi”^[30] bulunur. “Hizmetin toplumsal ihtiyaçla olan bağı, onun belli bir plan ve program çerçevesinde, başka bir deyişle düzenlilik ilkesine uygun bir biçimde sunulmasını da gerektirir. Kamu hizmetlerinin düzenliliği ise, hizmetin işleyişi ile ilgilidir. Bu işleyiş; önceden belirlenmiş koşullara uygun olarak yürütülmelidir”^[31] Sonuç olarak süreklilik ilkesinin düzenlilik ilkesi ile ayrılmaz bir bağı olduğu açıktır. Bununla birlikte süreklilik ilkesinin kamu hizmeti ile ihtiyaç arasındaki ilişkinin bir sonucu olması nedeniyle bu ihtiyaç devam ettiği sürece herkese eşit bir biçimde sunulmaya

tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için icra edilen ve umuma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetlere amme hizmeti denilmektedir.” Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları-I*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası,1966), 13.

[28] AYM, E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994.

[29] Çağdaş Evrim Ergün, “Elektrik Piyasalarında Kamu Hizmeti Kavramı ve Hukuki Rejimi,” 194.

[30] M Gözde Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 57.

[31] Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 57.

hazır olması da gereklidir. Bu yönüyle süreklilik ilkesi eşitlik ilkesinin de tamamlayıcısıdır. İdare, o hizmete ihtiyaç duyanlar açısından tarafsız olmalı ve ayrımcılık yapmadan hizmeti kullanılmaya hazır hale getirmelidir.^[32]

İdarenin hizmetten yararlanma koşullarını taşıyan “herkese” hizmeti sürekli ve düzenli sunması gerektiğini ifade eden Yayla’nın görüşünü destekler nitelikte olarak Danıştay da, “*idarenin borçludan borcunu yasal yolları kullanarak tahsil etmek yerine mal sahibinin kamu hizmetinden yararlanmasını engellemek suretiyle alacağını tahsil etmek istemesinin hukuka aykırı*”^[33] olduğuna hükmetmiştir.^[34] Buna göre, iktisadi kamu hizmetleri açısından hizmetin bulunduğu alanın iktisadi olması hizmeti gören/gördüren açısından faaliyetin tabi olduğu düzenin gereklerini yerine getirme yükümlülüğü doğurabilir ancak hizmetten yararlananların hizmetle ilişkisi kamusal bir hukuki rejimin konusuna girer. Bu nedenle de hizmetin eşit, sürekli ve düzenli olarak sunulması hizmetin iktisadi ya da idari kamu hizmeti olmasına göre değişmemelidir.

Kamu hizmetlerine hakim eşitlik ilkesi için de Anayasa’nın 10. Maddesinin yorumu, eşit durumdakilerin eşitliği olarak ya da benzer şartlardakilerin eşitliği olarak kabul edilmektedir. Eşitlik ilkesinin kamu hizmetlerinden herkesin eşit yararlanması anlamına geldiği gibi, kamu hizmetinin aynı durumda olanlara aynı biçimde sunulması olduğunu belirlemek önemlidir. Buna göre “*toplumda belli kesimlerde, bölgelerde sosyo-ekonomik birtakım nedenlerle kamu hizmetlerinin sunulma şartlarının farklılıklar gösterebileceği ve devletin o bölgelerdeki kamusal faaliyetlerin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için farklı uygulamalara gidebileceği ve bu bağlamda, elektrik ve su bedelsiz olarak sunulabileceği; bunun için genel bütçeden özel ödenek ayrılabilmesi*”^[35] kabul edilmelidir. Bu noktada örneğin, evlere

[32] Her ne kadar kamu hizmetine hakim ilkeler arasında yer alan eşitlik ilkesi, hizmetin örgütlenmesine ve yürütümüne hakim bir ilke ise de, bu çalışma sınırlarında bu geniş kapsamın belirli bir bölümü ele alınmaktadır. Konuyla ilgili olarak bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, 309.

[33] Danıştay 8. Daire, E.1994/5437, K.1995/4391, T.14.12.1995; Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 80, dipnot 175.

[34] Konuyla ilgili olarak ayrıntılı açıklamalar için Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 80.

[35] Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 82.

aydınlatma amacıyla satılan elektriğin bedeli ile sanayide kullanılmak üzere satılan elektriğin bedelinin farklı olabileceği, bu durumda aynı konumdaki herkese aynı bedelden elektrik satıldığı için eşitlik ilkesinin zedelenmediği de söylenmelidir.

Kamu hizmetleri bireysel değil toplumsal gereksinimleri karşılayan etkinlikler oldukları için idarenin iktisadi kamu hizmetlerini yürütürken de eşitlik ve tarafsızlık niteliğini koruması ve hizmetin yararlanıcıları arasında bir ayırım gözetmemesi gerekir. Sonuç olarak eşitlik ilkesi, “sosyal dışlanma yasağı”^[36] ile birlikte anlamlı olacaktır. Bilindiği gibi, “*sosyal dışlanma sadece bir yoksunluk durumu değildir, yoksunluğa neden olan kurumsal mekanizmaları, ilişkileri ve davranışları da içeren bir süreçtir.*”^[37] Anayasanın 10. Maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin ayırım gözetme yasağını da içerdiği ve ayrımcılık yasağının eşitlik yükümlülüğünü öngördüğü kabul edilmektedir. Diğer yandan Gülmez’in de haklılıkla ifade ettiği üzere, Anayasada eşitlik ilkesi “*ayırım gözetme yasağına yer vermeksizin tanınmış olsaydı da, eşitlik örtük olarak ayrımcılık yasağını içeren üstün bir ilkedir.*”^[38] Bu nedenle de kamu hizmetinin sunumunda ve yararlanılmasında eşitlik ilkesi, sosyal dışlanma yasağını da içerir.^[39] İdarenin kamu hizmetlerinin sunumunda eşit

[36] Doktrinde ‘sosyal dışlanma’ kavramının çok sayıda farklı tanımına yer verilmiştir. Bu tanım örneklerinden biri için bkz. “İnsanları toplumsal yaşamdan uzaklaştıracak düzeyde maddi ve manevi yoksunluk içinde olmaları, haklarını ve yaşamlarını koruyacak, onları destekleyecek her türlü kurumdan ve sosyal destekten yoksun oldukları ölçüde katlanarak büyüyen bir süreç” Özlem Çakır, “Sosyal Dışlanma,”; Özkaplan Nurcan, Yücesan Özdemir Gamze, Özdemir Ali Murat, “Sosyal Dışlanma Ne’yi Dışlar? Avrupa Üzerine Notlar,” *Mülkiye Dergisi* 248, no. 29 (2005): 85.

[37] Duygu Hatipoğlu Aydın, “Sosyal Dışlanma Sosyal İçerme ve Vatandaşlığın Dönüşümü,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 34, no.156, (2021): 342.

[38] Mesut Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler,” *Çalışma ve Toplum* 2, (2010): 234.

[39] Bireyin yaşadığı fiziki çevrede, doğa ve iklim koşullarındaki yoksulluğun, kamu hizmetlerinden yararlanmayı da düşük düzeyde tuttuğu, altyapı ve konut gibi çevresel etmenleri yetersiz kıldığı ve ekonomik, toplumsal ve siyasal alandan dışlanmaya neden olduğuna ilişkin olarak bakınız: Kerem Berkman, Handan Kumaş, “Yoksul Bireylerin Bakış Açısı ile Sosyal Dışlanma: Denizli İli Sevindik Mahallesi Örneği,” *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi* 50, no. 21, (Ocak- Mart 202): 52.

ve tarafsız olması, sosyal hakları erişilebilir kılan sosyal devlet ilkesiyle hareket etmesini ve sosyal dışlanma yasağına^[40] uygun hareket etmesini gerektirir.

Bununla birlikte, “*tarifelerin ülke çapında farklılık göstermeyen “ulusal tarife” olarak uygulanması mümkündür. Bu da fiyatların kimi bölgelerde veya tüketici gruplarında maliyetlerin altında kalmasına neden olabilir ve belirli destek (sübvansiyon) mekanizmalarının tasarlanmasını ve uygulanmasını gerektirebilir. Bir başka ifade ile kamu hizmeti hedeflerini hayata geçirmek, belirli ek maliyetlerin ortaya çıkması anlamına gelir. Bir anlamda söz konusu hizmetin kamu hizmeti olarak belirlenmesi, bu maliyetlerin kısmen veya tamamen toplum tarafından karşılanacağına karar verilmesi demektir.*”^[41] Diğer bir anlatımla eşitlik ilkesi, hizmetin, hizmetten yararlanmak isteyen herkesin kullanımına eşit bir şekilde sunulmasıdır; yani, Anayasa Mahkemesinin kararlarına da yansıdığı üzere, “*kamu hizmetlerinde eşit davranış, eşit yararlanma temel ilkedir.*”^[42] Eşitlik ilkesinin sosyal ve ekonomik maliyetleri, hizmetten yararlananlar üzerine bırakılmamalıdır. Bunun en temel sebebi ise, hizmetin asıl sahibinin idare olması ve idarenin faaliyetlerinin yegâne amacının kamu yararı olmasıdır.

[40] Sosyal dışlanma yasağı ile ilgili olarak güncel ve elektrik kamu hizmetini de ilgilendiren AİHM kararına da değinmek yerinde olacaktır. Söz konusu karar cemevlerinin elektrik faturalarının ödenmemesine karşın camilerin elektrik faturalarının Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından ödenmesinin eşitsizlik yarattığı ve Alevilere karşı ayrımcılık olduğu iddiasıyla İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 9. Maddesinde yer alan inanç özgürlüğü ile bağlantılı olarak 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM’a başvurmuştur. AİHM, cemevlerinin de dini ibadetlerin yapılması için tahsis edilmesine karşın farklı muamele edilmesinin nesnel ve makul bir gerekçesinin olmadığına hükmederek ibadethanelere uygulanan elektrik faturasını ödemekten muaf tutmaya ilişkin uygulamanın, cemevleri bakımından dine dayalı bir ayrımcılık teşkil ettiğine karar vererek Sözleşme’nin 9. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı v. Türkiye, no. 32093/10, 02.12.2014. Konuyla ilgili güncel bir inceleme için bkz. Benan Molu, “İHAM ve Bakanlar Komitesi Kararlarına Göre Cemevlerinin Elektrik Faturaları ve Ayrımcılık,” Anayasa Gündemi (blog), 8 Şubat 2022, https://anayasagundemi.com/2022/02/08/forum-av-benan-molu-iham-ve-bakanlar-komitesi-kararlarina-gore-cemevlerinin-elektrik-faturalari-ve-ayrimcilik/#_ftn6.

[41] İzak Atiyas ve Burak Oder, *Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi*, Ankara: TEPAV, (2008), 30.

[42] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 204; AYM 1987/3, K. 1987/13, K.T. 22.05.1987.

Karahanoğulları'na göre Anayasa'nın başlangıç bölümünde düzenlenen, vatandaşların haklardan eşitlik gereğince yararlanacağına dair kural, Anayasa'da bireylere tanınan hakların somutlaşması olarak ortaya çıkan kamu hizmetlerine de uygulanmalıdır. [43] Bu bağlamda Elektrik Piyasası Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere, Kanun'un amaçları arasında gösterilen “elektriğin tüketicilerin kullanımına sürekli bir şekilde sunulması” amacının gerçekleştirilmesi için eşitlik ilkesinin hayata geçmesi önemlidir.

Asıl soru, eşitliğin sağlanmasının ortaya çıkardığı ekonomik maliyetlerin nasıl karşılanacağına ilişkindir. Çünkü eşitlik ilkesinin uygulanmasından kaynaklanan maliyetler hizmete içkindir. Kamu hizmetinin, devletin faaliyetleri ve görevleri bağlamında ele alınması bu maliyetleri sosyal devlete dahil bir konu haline getirmektedir. Bununla birlikte “sosyal devletin temel amaç ve görevleri arasında yer alan ‘sosyal adalet’in sağlanabilmesi, milli gelirin toplumda adaletli bir biçimde dağıtılabilmesi için, ‘bedelsiz ya da kârı içermeyen, düşük bir katılma payı ile’ kamu hizmetlerinin (bedelsizlik ilkesi çerçevesinde) sunulması”[44] gereklidir. Bu noktada kamu hizmetine ait diğer önemli bir ilke/konu/sorun ortaya çıkmaktadır: Meccanilik. Bu noktada gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında meccanilik ilkesinin artık kamu hizmetlerinin bedavallığı olarak kabul edilemeyeceği[45] ve hatta iktisadi kamu hizmeti olan elektrik hizmeti başta olmak üzere hizmetler için alınan bedelin genel olarak fiyat olarak[46] kabul edildiğinin de belirtilmesi gereklidir.[47]

[43] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 203.

[44] Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*, 30.

[45] Anayasa Mahkemesine göre, “klasik idare hukukunun bedelsiz, meccani olmasını ilk koşul olarak saydığı kamu hizmeti kavramı, giderek değişiklik görmüş, günümüzde karşılık olarak yararlananlardan ödeme güçleri oranında bir ücret alınması uygulaması yaygınlaşmıştır.” AYM, E.967/16, K.988/8, K.T.14.9.1988.

[46] “Karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi, şartlara göre oluşturulan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır.” AYM, E.1984/9, K.1985/4, T.18.2.1985.

[47] “Ticari kamu hizmetleri karşısında yararlananların ödedikleri, içerisinde karı da barındıran ‘fiyat’ iken; idari kamu hizmetlerinde farklı olarak hizmetin masrafını karşılayacak nitelikte olmayan bir katılma payıdır.” Çınar Can Evren, “Bir Danıştay

Adı fiyat olsun ya da olmasın, kamu hizmetleri için kâr eklenmiş bu bedel nasıl belirlenecektir, kamu hizmetinin ilkeleri karşısında hizmet karşılığı alınan bu bedel nasıl yorumlanmalıdır? “Eğer o faaliyetin maliyeti, kârı, yeni yatırımlarla genişletilmesi için gerekli harcamalar hesaplanarak fiyatlandırılırsa, genel ve eşit olarak yararlanma imkânı birçok kişi için ortadan kalkacaktır. Zira, bu takdirde belirlenecek fiyat, ülkedeki insanların genel ödeme düzeyinin üstünde olacaktır. Bu fiyatı karşılayamayanların söz konusu kamu hizmetlerinden yeterince yararlanmaları tehlikeye girince, hele bu durumda bulunanların sayıca daha fazla olduğu bir toplumda söz konusu ise, artık o hizmetlerin eşitlik ve genellik içinde sunulduğu ileri”^[48] sürmek mümkün olmayacaktır. Bu halde hizmetin karşılığında alınacak bedelin, kamunun geneli için karşılanamaz yükseklikte belirlenmesi, kamu hizmetinin genel ilkelerine ve bu nedenle de hukuka aykırı olacaktır.

III. İDARENİN TARİFE BELİRLEME YETKİSİ VE MECCANİLİK

Özel kişi tarafından görülen kamu hizmetinin yararlanıcısına yansıtılan tarifenin belirlenmesinde idarenin kullandığı yetki, hizmetin asıl sahibi^[49] olması nedeniyle, asli ve kamusal bir yetkidir. Burada idarenin öncelikli amacı en geniş kesimin sürekli, düzenli ve eşit biçimde bu hizmeti kullanabilmesi

Kararı Üzerine Kamu Hizmetinde Bedel Sorunu,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no 1-2, (2007): 659.

[48] Yıldızhan Yayla, “Sosyal Devletten İktisadi Devlete (Veya Kamu Hizmetinin Sonu),” *Hukuk Araştırmaları*, (Ocak-Nisan 1986): 37.

[49] Uyuşmazlık Mahkemesi de bir kararında “üstün ayrıcalıklara sahip olan ve yükümlülükler rejimine tabi tutulan, sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetini yürüten davalı Türkiye Elektrik Dağıtım AŞ. Genel Müdürlüğü (TEDAŞ) ile davacı şirket arasında, elektrik dağıtım faaliyetinin özelleştirilmesi sürecinde, tarife yolu ile tahsil edilemeyen yatırım tutarının tazmini için açılmış davada yargısal denetim, idari yargıda yapılması gerekmektedir. Ayrıca idari sözleşme niteliğine sahip olan işletme hakkı devir sözleşmesi ile daha sonra düzenlenen protokollerde yer alan, EPDK’dan tarife yoluyla tahsil edilemeyen yatırım tutarlarının TEDAŞ tarafından karşılanacağı yolundaki hükümler, sözleşmenin idari sözleşme niteliğini ve yukarıda izah edilen şekilde bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargı yerinde çözülmesi gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır.” ifadeleriyle hizmetin kim tarafından yürütüldüğünden bağımsız olarak, ilişkinin kamu hukuku ilişkisi olduğuna karar verilmiştir.

için özel kişinin sunduğu hizmeti denetlemek, düzenlemek, kontrol etmek, yaptırım uygulamak ve ihtiyaçları güncelleyerek hizmete standartlar geliştirmektir. Bu bedel, “yatırımın amorti etmesi ve bir miktar gelir sağlaması için öngörülmüş olmakla beraber, bir fiyat niteliği de taşımamaktadır. Zira fiyat piyasa koşullarında oluşur ve fiyatın belirlenmesinde, bu koşulların mümkün kıldığı azami karın elde edilmesi amacı etkilidir. Oysa (özel kişinin aldığı) karşılık şartnamede öngörülen bir tarife uyarınca belirlenmektedir. Bu tarife hazırlanırken, kamu hizmetlerinden herkesin makul bir bedel karşılığında yararlanabilmesi ilkesi de göz önünde bulundurulmaktadır. Bu nedenle buradaki bedelin, piyasa koşulları tek belirleyici olmaksızın oluşturulduğu ortadadır.”^[50] İdare, tarife belirlerken bir yanı sıra denetçi ve aynı zamanda hizmetin piyasanın rekabetçi fiyat ve maliyet ilişkisinden etkilenmeden devam ettirilmesini “sağlayan” bir düzenleyici konumuna gelmiştir.. Bu açıdan iktisadi kamu hizmetleri için tarifelerin belirlenmesinde idarenin denetleme ve düzenleme rolünün sosyal devletteki anlamı, hizmetin devamı ile özel kişinin kârı arasındaki dengeyi kamu yararının gereklerine göre kuran üstünlüğe sahip olmasıdır.^[51]

“Hizmetten yararlananlardan alınacak bedel, (...) şartnamede öngörülen bir tarifeye göre belirlenmektedir. Bu tarife, tarafların ortaklaşa iradesiyle hazırlanmış gibi görünmekle birlikte, aslında idare tarafından hazırlanmakta; imtiyaz sözleşmelerinin iltihaki niteliği gereği, imtiyaz sahibi sonradan tarife koşullarını kabul etmiş olmaktadır. Tarifelerin imtiyaz sözleşmesinin kural işlem niteliğindeki hükümlerine dahil olması nedeniyle idare, tarifeleri tek yanlı iradesiyle değiştirebilmektedir.”^[52]

Kamu gücünün ve tarife belirlemede tek yanlılığın en belirgin özelliği bunun özel kişinin “iradesi” dışında ve onun yararının üstünde bir amaçla belirlenmesidir. Bu nedenle belirlenen bedelin kâr içeriyor olması, onun amacını da konusunu da değiştirmemektedir.

[50] K. Burak Öztürk, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2000), 81.

[51] Elektrik hizmetleri söz konusu olduğunda elektrik fiyatlarına ilişkin esaslar EPDK tarafından belirlenmektedir. Yağmur Çaprak Coşkun, *Abonelik Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşullarının Denetimi*, (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2021), 30.

[52] Öztürk, *Kamu Hizmeti İmtiyaz*, 81-4.

Karahanogulları'nın da ifade ettiği üzere iktisadi kamu hizmetlerinde kâr elde ediliyor olması onun da asıl amacının kâr olduğu anlamına gelmemelidir.^[53] Amaç için belirleyici olan hizmetin niteliğidir. Bununla birlikte kamu hizmetinin görülmesi özel kişi için kâr getirmiyorsa, özel kişi de bu hizmeti görmeye devam etmeyecektir. İdare kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından gördürülmesine karar vermişse, özel kişi tarafından elde edilecek “kârın” ne kadar olabileceğine ve kamu hizmetinin toplam maliyetinin kimden, nasıl karşılanacağı sorularına da kamu hizmetinin ilkelerine göre yanıt vermelidir. Diğer yandan, idarenin kamu hizmetine dair tarife belirlemek, ekonomik, sosyal, hukuki bir düzen kurmak, bu düzeni korumak ve devam ettirmek için kullandığı yetki kamu yararı amacıyla ve kamu gücüyle aldığı bir karar olduğundan, bu karar için kullandığı takdir yetkisinin de ölçülülük ilkesi içinde olması gereklidir.

Danıştay da kararlarında tarifelerin belirlenmesinde idarenin kamu hukuku kurallarına bağlı kalması gerektiğini ve statü kurallarını esas alması gerektiğini ifade etmiştir. Bir kararında “(...) tarifelerdeki değişiklikleri, objektif hukuk kuralında yapılan değişiklik saymak gerekir. Sözleşmenin kendisi de hizmetin objektif kaidelerini, statüsünü kapsayan kurallardır. İdare de bu objektif kurallara tabidir. Hizmetten yararlanacaklara sunulan bu kurallar aslında bir statünün kurallarıdır. İdare de bu statünün kurallarını belirlemede irade serbestliğine sahip olmayıp, kamu hukuku kuralları ile bağlıdır”^[54] demiştir. Buradan da anlaşıldığı üzere, iktisadi kamu hizmetleri de dahil olmak üzere tarifenin düzenlenmesinde kamu hizmeti statüsü belirleyici olmalı ve kararının ölçülülük ilkesine uygunluğu gözetilmelidir.

Anayasa Mahkemesi de kamu hizmetinde talep edilen bedelde belirleyici olan kâr oranının “ölçülü ve adil” olması gerektiğine karar vermiş, “büyükşehir belediyelerince sunulan hizmetlere karşılık talep edilen bedele ölçülü ve adil olarak belirlenen bir kâr oranının ilave edilmesinde Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır”^[55] demiştir. Hizmetten yararlananlar açısından

[53] Karahanogulları, *Kamu Hizmeti*, 308.

[54] Danıştay 8.Daire, E. 1997/185, K. 1997/2229, K.T. 23.6.1997.

[55] AYM, E. 2011/6- K. 2012/16, K.T. 26.01.2012.

tarifenin düzenleyici niteliği ve bağlayıcılığı, kazanılmış hak iddiasını^[56] ortadan kaldırmakla birlikte idarenin de tarifenin belirlenmesinde irade serbestisi olduğu da düşünülmemelidir. Kamu hukukunun varlığı irade serbestisinin yerine kamu gücü ayrıcalıklarını koyar. Başka bir açıdan ise, “*kamu hizmetlerinin kamusal/siyasi niteliği, yararlanma ve bedel ödeme ilişkisinin piyasadaki anlamda iradi bir alım satım ilişkisi olarak kurulmasını engelle(diğinden) kamu hizmetlerine ilişkin alım satım aslında gerçek bir satış değildir. Genelde doğal ve siyasi tekeller söz konusudur; alıcı için karşı tarafı seçiş imkansızlığı, bedel ve koşullar üzerinde herhangi bir belirleyiciliğin olamaması ve kuramsal da olsa eşitliğin yokluğu.*”^[57] hizmetin koşullarını belirleyen idare karşısında kullanıcıların korunması gereken bir eşitsiz ilişkinin içinde olduklarını ortaya koyar. Abonelik sözleşmelerinin katılmalı sözleşme niteliği de, onun önceden ve tek taraflı olarak hazırlanan genel işlem koşulları niteliğine haiz standart abonelik sözleşmesi koşullarında hazırlanması ve “*abonenin sözleşmeyi bu koşullar ile kabul etmek ya da hizmetten yararlanmamak seçenekleri arasında sıkışıp kalmasıdır.*”^[58] Sonuç olarak, abonman sözleşmelerinin konusu gerçek bir satış olmadığından, hizmetten yararlananların eşitsiz bu ilişkideki koruyabilecek yegâne dayanak, kamu hizmetlerinin tabi olduğu ilkelerdir.

Meccanilik ilkesinin bugünkü anlamının bedelsizlik/bedavalık olmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, kamu hizmeti karşılığında alınan bedelin kâr içermesi halinde de bu kâr oranının hizmeti ulaşamaz kılmaması gerektiği de açıktır. İdarenin kamu yararı dışında bir amacı olamayacağından, hizmetin yararlanıcılarının müşteri olmadığı ve hizmet karşısında tüketicisi bulunmadığı da kabul edilmelidir. Bu nedenle tarifenin belirlenmesinde, hizmetin sürekli, düzenli, eşit sunulması esas alınacağından hizmetin “var” olması yetmez, aynı zamanda onun kullanılabilir de olması gerekir. Elektrik hizmetinin konutlarda var olması ve tesisatının düğmesine basınca onun

[56] “Örneğin abonelik sözleşmelerinde, elektrik aboneliği için sözleşme yapan bir abone daha sonra idare tarafından yapılan değişiklik sebebiyle değişen tarife fiyatlarına karşı bir kazanılmış hak iddiasında bulunamaz. Çünkü objektif bir statü içerisinde bulunan abone, statü içerisinde sübjektif bir hak elde etmiş değildir. Bu sebeple yapılan değişiklikler kendisine bir hak doğurmaz.”: Danıştay 8. Daire, E.1998/2595, K.1998/4026, K.T.3.12.1988.

[57] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 244-5.

[58] Çaprak Coşkun, *Abonelik Sözleşmelerinde*, 32.

“kullanılabilir” olması idarenin bu hizmetin erişilebilirliğini sağladığı anlamına gelmemektedir.

Bu durumda kamu hizmetlerinde erişilebilirlik ilkesi yalnızca fiziksel olarak kamu hizmetine ulaşabilmesi değil, yararlanıcıları açısından hizmetin kullanılabilir olanaklarının sağlanması anlamına geldiğinden eşitlik ilkesi (geniş anlamıyla sosyal adaleti de kapsar biçimde) bedelsizlik/ makul bedel uygulanmasıyla anlamlı hale gelmektedir.

Kamu hizmetinin yararlanıcısının müşteri olmaması, hizmetin kamu gücünün elinde tasarlandığı, hazırlandığı, çoğunlukla alt yapı maliyetlerinin devlet tarafından finanse edildiği, doğal tekel niteliğinin belirgin olduğu hizmetler açısından tartışmasızdır. Bu nitelik, iktisadi kamu hizmetleri için de geçerlidir ve bu hizmetler açısından da tarifelerin belirlenmesinde amaç kamu yararadır.^[59] Danıştay da doğalgaz tarifelerinin belirlenmesinde idarenin amacının kamu yararı olduğunu ve tarife artışındaki gerekçesini araştırma, inceleme ve hesaplama dayandırması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Kararda, “*Bu durumda, dağıtım kuruluşlarının şehirlerde konut, resmi daire, ticarethane tüketicilerine doğal gaz satışı tavan fiyatını BOTAŞ’ın dağıtım kuruluşuna satış fiyatının; 1995/1 sayılı Tebliğle %30 fazlası, 1997/1 sayılı Tebliğle %70 fazlası, 1997/2 sayılı Tebliğle %45 fazlası olarak belirleyen, bu belirlemelerini herhangi bir araştırma, inceleme ve hesaplama dayandırmayan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının; 3154 sayılı Yasayla verilen yetkisini piyasa ihtiyaçlarını dikkate alarak, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanmadığı anlaşılmaktadır*”^[60] demektedir.

IV. ERIŞİLEBİLİRLİK İLKESİ VE TARİFELERİN BELİRLENMESİ

Ulaşılabilirlik ya da erişilebilirlik olarak anılan kamu hizmeti ilkesi, kamu hizmetinin temel ilkeleri arasında sayılmamakla birlikte süreklilik ve düzenlilik ilkeleri ile uyulanabilirlik ilkesi bağlamında çoğunlukla kamu hizmetinin fiziksel ve coğrafi yaygınlığını, kullanıcıların kamu hizmeti ile buluşabilmesini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Diğer yandan müstakil bir ilke olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışması konumuz dışında kalmakla birlikte, kamu hizmetinin herkes için erişilebilir olmasının fiziksel

[59] Murat Sezginer, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2007): 1083.

[60] Danıştay 10. Daire, E. 1995/5447- K. 1998/1162, K.T. 16.03.1998.

olarak “var” olması anlamına gelmediği, kullanıcılarının hizmete erişebilmesi için devletin kimi pozitif edimlerde bulunması gerektiği genel kabul gören görüş olmuştur. Kamu hizmetlerine erişimde zorluk yaşayan engelliler, kadınlar, yoksullar, göçmenler ve mülteciler gibi dezavantajlı grupların kamu hizmetine erişebilmesi konusu sosyal devletle ilgilidir.

Bu yönüyle, “*kamu hizmetlerine ulaşılabilirlikleri bakımından hizmetlerin paralı olup olmamasının*”^[61] büyük önemi vardır. “*Özellikle temel hizmetlerin paralı olması, bunu karşılayamayacak olanların temel hizmetlere ulaşmasını engellemektedir.*”^[62] Erişilebilirliğin çalışmamız açısından önemli yönü, kamu hizmetlerinin bedelinin erişilebilirliğidir. Bu yönüyle “bedelin”, toplumun çoğunluğu için erişilebilir oranda tutulması ve bunu sağlamak için de kamu kesimi ya üstlenici özel kişinin faaliyetini fiyatın *belirlenmesi açısından* regüle etmesi, yahut sübvans ederek fiyatın düşmesini sağlaması^[63] gerekmektedir.

“Elektrik piyasası gibi düzenlemeye tabi piyasalarda, kamu hizmetinin bedelsizliği ilkesi de değişime uğramış ve hizmetin makul, herkesçe erişilebilir bir fiyattan sunulması ilkesi haline dönüşmüş ve bu durum devletin fiyat kontrolü yapması sonucunu doğurmuştur. Elektrik Piyasası Kanunu’nun 1. maddesi uyarınca, Elektrik Piyasası Kanunu’nun amaçları arasında “elektriğin [...] düşük maliyetli [...] bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması” yer almaktadır. Benzer bir biçimde Elektrik Piyasası Kanunu’nun 5. maddesinin 6. bendinin (c) alt bendinde Elektrik Piyasası Kurulunun görevleri arasında, “Tüketicilere [...] düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapmak” yer almaktadır”^[64]

Sonuç olarak konu, elektrik tariflerinde artışa neden olan maliyetin yararlanıcı üzerinde kalmasına engel olan sosyal devlet ilkesi ile tarife belirleme yetkisini kullanan idarenin bu yetkiyi hem kamu hizmetinin ilkelerine

[61] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 254.

[62] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 254.

[63] Onur Çağdaş Artantaş, *Kamu Hizmeti ve Bedel*, (Ankara: Çakmak Yayınevi, 20016), 26.

[64] Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ergün, “Elektrik Piyasalarında,” 229.

hem de tarife belirlerken kolluk yetkilerinin^[65] ilkelerine uygun belirleyebilmesidir. Çünkü, “*kamu hizmetinin eşitliği ilkesi makul erişilebilir bir fiyatlandırma*”yı^[66] ve aynı zamanda devletin hizmetin yararlanıcılarına insan onuruna uygun yaşam ve konut hakkını sunulmasını teminat altına aldığı bir erişilebilir kamu hizmetini gerektirir.

Sever’e göre, “*İdari istikrar, en genel anlamda, idarenin yarattığı ve bir süredir devam eden öznel hukuki durumların devamlılığını, idarenin bu tür durumları keyfi biçimde değiştirememesini ifade eder.*”^[67] Bu açıklamadan yola çıkarak, kamu hizmetinin sürekliliği/düzenliliği ile idari istikrar arasında da sıkı bir ilişki bulunduğu vurgulanmalıdır. Özellikle de, hizmetten yararlananlar açısından idarenin hizmetin sunum koşullarında olağanın dışında değişiklik yapması, şartlarda süregelen aksatacak yenilikler getirmesi idari istikrar^[68] ilkesine aykırı olacaktır. Kamu hizmeti kullanıcıları, objektif koşulları belirlenmiş ve süregelen bir hizmeti, hizmet koşullarının bir süredir devam eden koşullarda devam edeceğine dair inançlarını bizzat devletin varlığıyla oluşturmuşlar ve idari istikrar anlayışını da hukuki

[65] Ekonomik kamu düzenini sağlamaya yönelik bu yetkinin kullanımında idare regülasyon faaliyetini aşan yetkiler kullanılmaktadır. Burak Oder “Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme”, içinde *Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı*, (İstanbul: Çizgi Basım Yayın, 2008).

[66] Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 204.

[67] D. Çiğdem Sever, “Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar,” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2006), 119.

[68] Uler, ilkenin iki boyutu olduğuna işaret etmiştir: İdare tarafından geri alınan hukuka aykırı işlemlerin sonuçları korunmalı ve idari işlemlerde yapılacak değişiklikler haklı bir sebebe dayanmalıdır. Yıldırım Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, (Ankara: Sevinç Matbaası, (1970), 8-9. Bu çalışmada işaret edilen nokta daha çok yapılan değişikliklerin haklı sebebe dayanması ile ilgilidir.

güvenlik^[69] ilkesinden geliştirmişlerdir.^[70] Sonuç olarak, her ne kadar özel kişi tarafından görülüyorsa da kamu hizmetinin asıl sahibinin “idare” olması, hukuki güvenliğin sağlanmasını gerektirir.

V. İDARENİN TARİFE BELİRLEMEDE KULLANDIĞI KOLLUK YETKİSİ VE ORANTILILIK İLKESİ

Tarifenin ‘kural’ olarak piyasa tarafından belirlendiğini ve idarenin tarife belirlemede istisnai bir yetki kullandığını ileri süren doktrinde kimi görüşler^[71] bulunmakla birlikte, bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Çünkü kamu hizmetlerinin tabii olduğu bu alan piyasanın değil, kamusal rejimin alanıdır. Bu alanda idarenin yetkisi asıldır. Tarife belirme alanındaki bu yetkinin kolluk yetkisi kapsamında ele alınabilir.^[72] Diğer yandan, “*elektrik piyasası faaliyetlerinin arz güvenliğini ve kamu hizmeti gerekliliklerini sağlayacak uyum içinde yürütülmesi adına düzenleme, denetleme ve kolluk faaliyetlerinde bulunma işlevlerini yerine getiren kamu kurumlarının yaptığı şüphesiz bir kamu hizmeti faaliyetidir*”^[73]

[69] “İdare hukuku açısından hukuki güvenlik ilkesi; etkili ve şeffaf bir idari yönetimin yanı sıra, idarenin hukuka uygun hareket etmesini ve bireylerin idareye olan güven duygularını zedelememesini gerekli kılmaktadır. Zira idarenin hukuka bağlılığının bir neticesi olan güvence, bir taraftan kişilerin hukuken korunmasını; diğer taraftan bireylerin kendi hayat planlarını güvenlik duygusu içinde uygulamalarına imkân verecek ölçüde açık-seçik ve istikrarlı bir kurallar sisteminin varlığını gerektirmektedir.” Murat Ekinci, *İdari İstikrar İlkesi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 56-7.

[70] “(...) idari istikrar ilkesi, kendisi de soyut bir ilke olmakla birlikte; kapsamı ve sınırları kendisine göre çok daha geniş olan hukuki güvenlik ilkesini daraltmaya ve hukuki güvenlik ilkesinin idare hukukunda nasıl uygulanması gerektiğine dair birtakım prensipler tesis etmeye hizmet etmektedir.” Ekinci, *İdari İstikrar İlkesi*, 58.

[71] Zeynep Çakmak, *Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu*, (Ankara: Çakmak Yayınevi, 2011), 178.

[72] Bunun bir çeşit narh koyma yetkisine benzetilebileceğine dair bkz. Yıldırım, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, 22.

[73] Yakup Gönen, “Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 15, (2010): 368.

Tarife belirleme yetkisinin idarenin elektrik piyasasındaki regülasyon faaliyeti ile özdeşlik kurulmak suretiyle de kolluk yetkisinde olduğu ve bu bağlamda kamusal bu düzenin sağlanmasında kullanılan yetkilerin kolluk yetkisinin sınırlarında olduğu vurgulanmalıdır. Sonuç olarak, “*kamu hizmetine hakim olan süreklilik, eşitlik ile değişkenlik ve uyarılma ilkeleri kolluk faaliyetleri içinde geçerliliklerini korurlarken*”^[74] idarenin tarifinin belirlenmesinde kullandığı takdir yetkisi de ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır.

Ölçülülük ilkesi, “*bir hakkı sınırlandırmada başvuru aracının sınırlanmayla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, sınırlama aracının amaç için gerekli olması ve araç ile amaç arasında ölçülü bir oran bulunması görünümünü içeren bir ilkedir.*”^[75] Bu yönüyle ilkenin, ‘hizmetin verimliliği’ ile ‘temel ilkelere uygun sunumunun güvence altına alınması’ arasındaki dengeyi ifade ettiği ileri sürülebilir. Tarifelerin belirlenmesinde esas alınan kriterlerin ne olduğunu ortaya koymak, hizmetin verimliliği ile kastedilene de açıklayacaktır. “*Tarifelerin belirlenmesinde dikkate alınması gereken öğeler, karşılanması ve amorti edilmesi gereken sermayenin muhtemel miktarı, yıllık işletme masraflarının muhtemel miktarı, muhtemel talep hacmi ve imtiyaz süresine eşit olan amortisman süresidir.*”^[76] Buna göre terazinin bir yanında söz konusu öğeler ve diğer yanda da kullanıcılarının kullanımlarının güvence altına alınması bulunur.

İdarenin takdir yetkisi, “*dış çerçevesi mevzuatta çizilmiş fakat içi birtakım imkansızlıklarla doldurulmamış bir idari usulün varlığı halinde, idareye bu idari usulün doldurulması konusunda tanınan belli bir kararı alıp almama, değişik ihtimaller arasında bir seçim yapıp yapmama, yani yetkinin kullanılıp kullanılmamasını belirleme yetkisi*”^[77]dir. Anayasa Mahkemesi’nin, “*Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınabileceği kabul*

[74] Ezgi Yıldırım, “İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi,” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2013), 18.

[75] D. Çiğdem Sever, “İdare Hukukunda Hukukun Genel İlkelerinin Uygulanışı”, içinde *Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan*, ed. Nami Çağan, (Ankara: Adalet Yayınevi, Eylül 2010), 608.

[76] Öztürk, *Kamu Hizmeti İmtiyaz*, 84.

[77] Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2021), 26.

edilmektedir. (...) Ancak, gelir düzeyi ne olursa olsun belirlenecek ücreti ödeyemeyecek olanlardan bu ücretin alınmaması ya da onlar adına ödenmesi olanakları da uygulanmaya konulmalıdır.” kararında belirttiği ‘denge’, takdir yetkisinin kullanılabilmesi için iki seçeneği açıkça ifade etmektedir. İdare bu seçenekler içinde hareket edebilir. Yani, idare kamu hizmetinden bir ücret alacaksa bu ücret “kullanım oranları ve ödeme gücü” göz önüne alınarak belirlenir ve ödeyemeyecek olanlar için “ücret almama ya da onlar adına ödenmesi sistemi” kurulmalıdır. Bu dengeyi kurmak sosyal bir hukuk devletinde idareye verilmiş bir görevdir. Başka bir açıdan ise bu denge, idarenin takdir yetkisinin tabi olduğu ölçülülük ilkesidir.^[78] Danıştay da verdiği bir kararında, belediyenin su, kanalizasyon hizmetlerinin aksatılmadan yürütülebilmesi için, bu hizmetler karşılığında alınacak ücretlere ilişkin tarife belirleyebileceğini fakat “*aynı yıl için ikinci kez yapılan tarife ile belirlenen tutarların %69 oranında artırılmasına neden olarak 2001 Şubat krizinin ...’nin gelir gider dengelerini bozduğu hizmetlerin aksatılmadan yürütülmesi için ikinci kez artış yapıldığı belirtilmiş ise de, bütün kesimleri aynı şekilde etkileyen krizin, böyle fahiş bir artışın gerekçesi olarak kabulüne olanak*”^[79] bulunmadığına hükmederek, fahiş ücret artışlarının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu kararlar da göstermektedir ki, kamu hizmetleri karşılığında alınacak bedel belirlenirken, ‘hizmetten yararlanacak olanların ödeme gücü’ esas alınmalıdır.^[80] Yani idare kullanıcılardan kullandıkları kadar ve ödeme gücüne göre ücret alacaktır ayrıca ödeme gücü olmayanlar için destekleme faaliyeti yürütecektir.

Kamu hizmetinin bedelinin belirlenmesinde kâr oranı da etkili olacaksa da, hizmetin niteliğinden doğru belirlenmesi esastır. Buna göre yukarıda da ifade edildiği üzere, bedele kâr eklenmesi mümkündür ancak bu hizmetin amacının kâr olamayacağı kuralını değiştirmez. Diğer yandan, “*kamu hizmetleri kârlılık esasına göre yürütülmemekle birlikte, finansman yöntemi, hizmetin*

[78] “Kamu düzeninin korunması için en uygun çözümü (davranışı) (...) belirlemede İdarenin takdir yetkisi bulunmakta ise de bu çözümün, gerçekleştirilmek istenen amaçla ölçülü (orantılı) olması gerekir. Orantılı olup olmadığını ise yargı yeri denetleyebilecektir. Bu denetim de ise yerindelik incelemesinin yapılması kaçınılmazdır” Ramazan Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi,” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3-4, no 7, (2003) 201.

[79] Danıştay 9. Daire, E.2002/2208, K.2002/5353, K.T.24.12.2002.

[80] Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2011), 336.

sunumunu, erişilebilirliğini, sürekliliğini ve uyumluluğunu etkilediği için, ücretlendirmenin, yatırımı finanse ederek kamu hizmetinin uzun vadede devamlı sunulmasını sağlayacak düzeyde ve işletme maliyetlerini karşılayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir”^[81] Bu durumda kamu hizmeti karşılığı olarak karar verilen bedel için ‘denge’, hizmetin devamını ve hizmetten yararlananların hizmete erişebilirliğinin güvence altına alınmasıdır.^[82]

VI. SOSYAL DEVLET VE ENERJİYE ERİŞİM HAKKI

Hangi hizmetlerin kamu hizmeti sayılması gerektiğine dair doktrindeki görüşleri kısaca anımsamak ve en geniş kabul gören görüşün, yasa koyucunun hizmetin kamu hizmeti haline getirmede kurucu bir niteliği olduğunu ve fakat yasama organının iradesini de mutlaklaştırmamak gerektiğini ileri süren (Anayasa Mahkemesinin de kararlarına yansıyan) yaklaşıma ait olduğunu belirtmek gereklidir. Bilindiği üzere doğası gereği kamu hizmeti olan hizmetlerin var olduğunu ifade eden görüşler karşısında yer alan, bir hizmeti kamu hizmeti haline getiren ya da kamu hizmeti olmaktan çıkaran iradenin yasama organı olması gerektiğini ileri süren subjektif kamu hizmeti görüşüne göre, yasama organı bu konuda kurucu bir rol oynamaktadır. Bu görüşü tamamlar nitelikte, anayasal olarak kamu hizmeti olduğu tanımlanan alanların kamu hizmeti olduğuna dair de bir şüphe yoktur.^[83] Anayasada bireyler lehine tanımlanan pozitif statü hakları devletin görevleri ve aynı zamanda kamu hizmetleridir. Buna göre, yasama organı Anayasada bizzat devletin görevleri arasında sayılan eğitim, sağlık, konut, sosyal güvenlik, çevrenin korunması gibi faaliyetleri kamu hizmeti olmaktan çıkaramaz.

[81] Bahar Bayazıt, “Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı”, (Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, 2018), 320.

[82] Anayasa Mahkemesi bu denge ile ilgili olarak bir kararında: “EPDK’nın tarifeler açısından tüketiciler ile tedarikçilerin çıkarlarının dengelenmesi, rekabetin teşvik edilmesi, ekonomik verimliliğin teşvik edilmesi gibi sorumlulukları bulunmaktadır. EPDK, tarife düzenlemelerinde elektriğin düşük maliyetli şekilde kullanıcıya sunulmasının yanında elektrik sektörünün mali açıdan sürdürülebilir olmasını da göz önünde bulundurmaktadır.” demektedir AYM, E. 2016/150, K. 2017/179, T. 28.12.2017.

[83] Konuyla ilgili eleştiriler için bkz. Ali Ulusoy, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 48, (1999): 175.

Aynı biçimde sosyal devlet ilkesi ile Anayasanın 5. maddesinde sayılan görevlerin de devlet tarafından yerine getirilmesi gerektiği açıktır. Devletin temel görevleri/faaliyetleri olarak sayılan konuların kamu hizmeti olarak sunulması gerektiği sonucuna varılır.^[84]

Gündelik temel ihtiyaçların karşılanmasında çeşitli araçlara bağımlılığın kaçınılmaz olduğu bir çağdayız. Temel haklar da bu ihtiyaçlardaki dönüşüme, teknolojik, sosyal ve ekonomik değişime göre dönüşmektedir. Bu yönüyle hakların anlamı, kapsamı, sayısı ve alanı genişlemekte ve aynı zamanda devletin görevleri olarak sayılan faaliyetler de gelişmektedir. Demokratik hukuk devletleri ihtiyaçların belirlenmesi ve örgütlenmesiyle bunlar için oluşturulacak hizmetleri ve yönetimlerini katılımcı ve şeffaf süreçlerle yürüteceğinden, devletin bu ihtiyaçları karşılamak üzere geliştirdiği kamu hizmeti örgütü, yönetimi ve düzeni, etkili ve verimli bir idareye ve idare pratiğine dönüşecektir.

Elektrik hizmeti özelinde ele alınan enerji erişim^[85] konusu, haklar ve sosyal devletin faaliyetleri kapsamında çok boyutludur. Çünkü elektrik / enerji konusu kent hayatı ve kentli için modern hayatın bir zorunluluğu olduğu gibi, aynı zamanda “var”lığı sürdürmek için de zorunludur.^[86] Enerji, “bir haneyi aydınlatmak, iklim koşullarına göre bir haneyi ısıtmak veya soğutmak, yiyecekleri soğutmak, yemek yapmak, insanlar ile ve dünya ile iletişim kurmak, haber almak veya haber vermek, üretim yerlerindeki üretim faaliyetlerini ve tarımsal faaliyetleri yerine getirmek, sokak aydınlatması sağlamak, kamu hizmeti sunan binalarda aydınlatma sunmak amaçlarıyla kullanılmaktadır. Bu özellikleri sebebiyle enerjiye erişim esasen hayatın her alanına dokunmaktadır. Enerji olmaksızın ekonomik kalkınma yaratılması, yeni istihdam olanakları yaratılması, sosyo-ekonomik kalkınma oluşturulması ve nihai olarak yoksulluğun ortadan kaldırılması zordur.”^[87]

[84] Öztürk, *Kamu Hizmeti İmtiyaz*, 18.

[85] “Enerji, elektrik enerjisi olabileceği gibi, doğalgaz, LPG veya yenilenebilir enerji türleri de bu kapsamda değerlendirilebilir.” Pınar Aksakal Aydın, *İnsan Hakları Açısından Enerjiye Erişim Kavramı*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020), Önsöz.

[86] “Elektrik enerjisi, kullanım alanının genişliği nedeniyle toplumsal yaşamın en zorunlu ihtiyaçları arasına yer alır. Aydınlanma ve sanayide ikamesi neredeyse imkânsız bir enerji kaynağıdır.” Gönen, “Elektrik Piyasası,” 376.

[87] Aksakal, *İnsan Hakları Açısından Enerjiye Erişim Kavramı*, 43-4.

Yapılan açıklamalar ışığında, elektrik hizmetinin (ve daha geniş anlamıyla enerjinin) sağlık, konut ve nihayetinde yaşam hakkını kapsayan pek çok hakla doğrudan ilgisi ve ilişkisi olduğu açıktır.^[88]

İnsan haklarının bütünselliği ilkesi, en genel anlamda haklar arasında hiyerarşik bir sıra olmadığını ve hakların birbirlerini tamamlayan bir bütünsellikte var olduklarını ifade eder. Bu ilke, hakların birbirleriyle ilişkisini ortaya koymak ve biri yoksa diğerinin de varlığından söz edilemeyeceğini açıklamak için kullanılmaktadır. Hakların doğaları gereği parçalanmaya ve birbirlerinden soyutlanmaya uygun olmadıkları da bir gerçektir. Diğer yandan, haklar arasında hiyerarşi kurulamayacağına dair bu ilke, hiyerarşiyi temel alan hak tasnifleri de reddetmektedir. Bu ilkeye göre hakların “korunma ve değer” temelli hiyerarşik sıralanması reddedilmekte ve “*hakkin niteliğinin belirlenmesinde devletin müdahale edip etmemesinin tek başına yeterli bir ölçüt olamayacağı*”^[89] kabul edilmektedir.^[90] Açıklamalar ışığında, elektrik hizmetine erişim hakkının ulusal ve uluslararası hukuklarda koruma altına alınmış konut hakkı ve yaşam hakkının bir parçası olarak ele alındıkları ve bu haklar arasında kurulan bütüncül ilişki nedeniyle de insan onuruna yaraşır yaşam hakkının bir parçası olarak korumaya alındığı söylenebilir.

Elektrik hizmetine erişim hakkı uluslararası hukukta genel olarak enerji erişim hakkı içinde anılmaktadır. Elektriğin yaşamaya elverişli konut hakkının bir unsuru olduğu; su, ısınma ve elektrik gibi hizmetlerin konut

[88] Bu hakkın kentsel hizmetlere erişim hakkı içinde ele alınması, sosyal devlet-sosyal hizmet- sosyal belediyeçilik bağlamında tartışmalara konu edilebilmesi de bu hizmetin kent ve kentsel yaşam pratiğindeki vazgeçilmez yeridir. Bu yönüyle, içme ve kullanma suyu, atık yönetimi, elektrik gibi hizmetlerin herkese eşit, adil ve yeterli ölçüde sunulması, kentsel yaşam kalitesinin eşit ve adil koşullarda ve kesintisiz olarak herkese sunulmasını sağlamaktadır. Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Birol Ertan, “Kentli Hakları: Kent ve İnsan Hakları Bağlamında Kentsel Hizmetlere Erişim Hakkı,” içinde *Kentsel Dönüşüm ve İnsan Hakları*, Yayına hazırlayan Seda Kalem Bek, Pınar Uyan Semerci, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013), 56.

[89] Özge Yücel Dericiler, “Sosyal Haklara İlişkin Devlet Yükümlülükleri ve Devletin Değişen İşlevi,” içinde *HfSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, ed. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012), 123.

[90] Ömer Anayurt, “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi,” *Türkiye’de İnsan Hakları*, (Ankara: TODAİE, 2000).

hakkının vazgeçilmez parçaları olduğu kabul edilmektedir. Söz konusu hizmetin sunulmasında devletin rolü ve desteklerinin sınırı, hakkın kapsamını değil, devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmede sosyal devlet ilkesine uyumlu faaliyetlerini ifade etmektedir. Konut hakkı, uluslararası hukuk metinlerinde daha çok ifade edildiği biçimiyle yaşamaya elverişli konut hakkı, belirli niteliklere sahip “*rahat, huzurlu, yeterli, elverişli, uygun, onurlu, sağlıklı ve aile mahremiyetini güvence altına alan bir yerle*”^[91] ilgili haktır. Konut hakkına yer veren başlıca uluslararası belgeler arasında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi^[92]; BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi^[93]; Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi^[94]; Çocuk Hakları Sözleşmesi^[95]; Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesine

[91] Nurten İnce, İmam Bakır Kanlı ve Burak Hamza Eryiğit, “İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı,” *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi* 2, no. 3, (Ağustos 2017): 22.

[92] **25. maddesi:** “Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır” Düzenlemede konut hakkı diğer haklarla birlikte ele alınmış ve bu hakların birleşmesi ile gerekli yaşam standardına ulaşılacağı belirtilmiştir. İnce, Kanlı ve Eryiğit, “İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı,” 25.

[93] **11. maddesi:** “Taraf olan devletler herkese, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam standardına sahip olmayı sağlarlar. Bu standart, yeterli beslenmeyi, giyinmeyi, barınmayı ve yaşama koşullarının sürekli olarak geliştirilmesini de içerir.” Düzenlemede yeterli yaşam standardını sağlamak için konut hakkı asli unsur olarak sayılmıştır. İnce, Kanlı ve Eryiğit, “İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı,” 25.

[94] **14/2 h maddesi:** “taraf devletler erkekler ile kadınlar arasında eşitliği sağlamak üzere, (...) gerekli her türlü tedbiri alır ve bu kadınlara özellikle aşağıdaki hakları tanıır; (...) h) Özellikle konut, sağlık, aydınlanma, içme suyu, ulaşım ve iletişim hizmetleriyle ilgili yeterli yaşam standartlarından yararlanma haklarını” temin eder. CEDAW konut hakkını açıkça düzenlemesi ve devletin yükümlülükleri arasında sayması açısından oldukça önemlidir. İnce, Kanlı ve Eryiğit, “İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı,” 26.

[95] **27. maddesi:** “Her çocuk fiziksel, zihinsel ruhsal ahlaki ve sosyal gelişmesi için yeterli yaşama standardına ulaşma hakkına sahiptir ve Çocuğun yeterli yaşama standardına sahip olmasını sağlamak başta anne ve babasının sorumluluğudur. Devlet gerekirse anne ve babalarına maddi yardımı da kapsayan her türlü imkânı sağlamakla yükümlüdür. “Düzenlemede konut hakkı doğrudan düzenlenmemiş olmakla birlikte yeterli yaşam standartları ifadesinin konut hakkını içerdiği kabul edilmektedir. İnce, Kanlı ve Eryiğit, “İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı,” 26.

Dair Uluslararası Sözleşme^[96] sayılmaktadır.^[97] Bu sözleşme metinlerinde konut hakkı doğrudan anılmadığı hallerde dahi diğer haklarla ilişki içinde ve yaşam hakkının bir parçası olarak sayılmış ve konut hakkının nitelikli bir konut olması için temel özellikleri içermesi gerektiği belirtilmiştir. Bunun doğal bir sonucu olarak temel ihtiyaçların karşılanması aracı olarak ‘elektrik hizmeti’ bu niteliklerden en önemlilerinden biridir.

Temel uluslararası hukuk metinlerinde nitelikli konut hakkı elektrik hizmetini kapsar biçimde ele alınmaktadır. Diğer yandan Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi hariç enerjiye erişim konusu açıkça ifade edilmemiş ve müstakil bir enerjiye erişim hakkına yer verilmemiş olmakla birlikte, konut hakkının yaşam hakkıyla birlikte düzenlenmesi onu yaşam hakkı gibi temel bir hakla ilişkilendirir. Bu yönüyle hakların bütünselliği ilkesinin gereği olarak da elektrik hizmeti, yaşam hakkından ayrılamamaktadır. Diğer yandan yaşadığımız çağın üretim araçlarını, iletişim, haberleşme yöntemlerini elektrik aracılığıyla kullanabilir

[96] **5. maddesi:** “Bu sözleşmede madde 2’ de düzenlenen temel yükümlülükler uygun olarak taraf devletler her biçimiyle ırksal ayrımcılığı yasaklamayı ve ortadan kaldırmayı ve ırk renk ya da ulusal yahut etnik kökende farklılık gözetmeksizin, özellikle aşağıdaki haklardan yararlanma bakımından olmak üzere, herkesin kanun önünde eşitlik hakkını güvence altına almayı taahhüt ederler ve din dil ırk (e) Ekonomik sosyal ve kültürel haklar özellikle: (iii) Konut “ Düzenlemede konut hakkı açıkça anılış ve hakka ulaşmada devletlerin vatandaşlarına eşit davranması gerektiği belirtilmiştir. İnce, Kanlı ve Eryiğit, “İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı,” 26.

[97] “Elverişli konut hakkı ayrıca, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 17. Maddesi; Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme’nin 43.1. Maddesi (1990); Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme’nin 21. Maddesi (1951); ve Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’nin 28. Maddesi (2007) ile garanti altına alınmıştır. Çocuk Hakları Bildirgesi (1959), Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (ILO) İşçi Konutları hakkındaki 115 sayılı Tavsiye Kararı (1961), Sosyal İlerleme ve Gelişme Bildirgesi (1969), Vancouver İnsan Yerleşimleri Bildirgesi (1976), Kalkınma Hakkı Bildirgesi (1986), İstanbul İnsan Yerleşimleri Bildirgesi (1996) ve BM Yerli Halklar Hakları Bildirgesi (2007) elverişli konut hakkını koruyan hükümler içermektedir.” Elverişli konut hakkı bir insan hakkıdır!, TMMOB Mimarlar Odası Ankara Şubesi 2013 Kent İzleme Merkezi (KİM) Çeviri: Mine Şengel, 6. (Kitapçığın İngilizce orijinali için: *Housing and Land Rights Network Habitat International Coalition, Handbook on UN Basic Principles and Guidelines on Development-based Evictions and Displacement- Third Edition* November 2010.

kıldığı göz önüne alındığında ifade, haberleşme, basın ve yayın özgürlüğünün kullanılabilmesi de elektrik hizmetinden yararlanılabilmesine bağlıdır. Bu da elektrik hizmetini temel haklarla ilişkili kılmaktadır. Ulusal hukuk açısından enerjiye erişim hakkının konut hakkı, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, yerleşme özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve yaşama hakkı bakımından dolaylı olarak tanındığı söylenebilir. Anayasa'nın ilgili maddelerinin lafzından ve yorumundan insan onuruna uygun asgari bir yaşam düzeyine sahip olunması için gerekli koşullardan birinin konutun varlığı olduğu açıktır. Anayasa'nın 57. maddesinde “konut hakkı”, 1961 Anayasasındaki düzenlemede yer verilen “yoksul ve dar geliri aileler” vurgusunun yer almadığı, öznesinin “herkes” olduğu kabul edilen bir haktır.^[98] Anayasa Mahkemesi'nin “ (...) vatandaşların konut edinmeleri için gerekli tedbirleri almak devlet için bir görevdir.”^[99] yönündeki kararı da barınma ihtiyacını karşılamaya yönelik devletin alması gereken tedbirleri bir hak ve yanı sıra devlet için bir görev olarak kabul etmiştir. Anayasa'nın 5. maddesi kapsamındaki görevleriyle birlikte değerlendirildiğinde konut hakkının ayrılmaz unsuru olan elektrik hizmetinden yararlanma hakkından mahrum kalan düşük gelirli için destekleme faaliyetlerinin bu kapsamda devletin bir görevi olduğu ileri sürülebilir.

Anayasa'nın sağlık ve dengeli bir çevrede yaşam hakkının düzenlendiği 56. maddesinin 3. fıkrasında ise devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak görevi düzenlenmiştir. Elektrik hizmetinin barınmayı nitelikli konut hakkı biçimine getirmesi gibi, beden ve ruh sağlığının oluşması için gerekli asgari yaşam şartları elektrik hizmetine erişerek mümkün olabilecektir. Temel uluslararası metinlerde de sağlık hakkı, ruh ve beden sağlığının bütünlüğünde yaşama hakkı kapsamında ele alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde yaşam hakkı unsuru olarak sağlık hakkına yer verilmiş; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde sağlık standardı hakkından söz edilmiştir. Bu kapsamda devletin destekleme faaliyetlerinin hakkın tesisinde etkili olacaktır.

Yaşama hakkının Anayasa'nın 17. maddesinde “maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı” ile birlikte düzenlenmesi nedeniyle, nitelikli bir yaşamın insan onuruna yaraşır bir yaşam olduğu sonucu kabul edilmiştir.

[98] Fatmagül Kale, *Konut Hakkı*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 110.

[99] AYM, E.2001/33, K.2002/56, K.T. 19.06.2002.

İnsan onuru insanın manevi varlığı ve bütünlüğüdür ve devletin asli görevi, varlık sebebi insanın fiziksel maddi varoluşunu ile manevi varlığını koruyup geliştirmektir. Açıklanan sebeplerle sosyal devlet, “sosyal barış ve sosyal adalet amacıyla devletin, insanın maddi ve manevi varlığının gelişimi için pozitif müdahalelerde bulunması anlayışına”^[100] dayanır. Anayasanın 5. maddesinde devletin amaç ve görevinin “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi ve gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” olarak gösterilmesi de devletin onurlu bir yaşamın kurulması ve geliştirilmesini yönelik pozitif edim yükümlülüklerinin kapsamını göstermektedir.^[101]

Elektrik hizmetinin onurlu yaşam hakkı ile ayrılmaz ilişkisi, onun elverişli konut hakkı bağlamında da temel haklarla ayrılmaz bir bütün haline getirmektedir.^[102] Bu nedenle devlet karşısında talep edilebilir bu hakkın, devlet için “altyapı ve hukuki düzenlemeleri yapması sorumluluğu”^[103] yarattığı açıktır.

Devlet karşısında talep edilebilir bu hak, enerjiye ve özelinde elektrige ulaşırken bunun kamu hizmetinin ilkelerine bağlı olarak sunulması asgari-sine dayanır. Sonuç olarak, enerjiye erişim hakkı, “hak sahibine kendisine sunulan enerji hizmetinin uygun fiyatlı olmasını talep etme hakkı verir.”^[104] Çünkü bu hakkın özü, eşit, sürekli, düzenli, makul ücretle elektrik hizmetinin

[100] S. Sacit Boz ve diğ., *İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları*, ed. S. Sacit Boz, (Ankara: Adalet Yayınları, 2020), 315

[101] Boz ve diğ., 316.

[102] Dayanışma hakları olarak anılan kentsel hizmetlere erişimi de içeren yeni kategorinin “yalnızca konut hakkı ya da çevre hakkının uzantısı olarak görülemeyeceği, birinci kuşak haklar arasında yer alan ve diğer tüm hakların temel kaynağını oluşturan yaşama hakkının da bir bileşeni olarak yeni bir hak kategorisi olarak” benimsenmesi gerektiği hakkındaki görüşler için bkz. Ertan, *Kentli Hakları*, 71.

[103] Aksakal Aydın, *İnsan Hakları Açısından*, 117.

[104] Aksakal Aydın, *İnsan Hakları Açısından*, 113. Yazar konuyla ilgili şöyle devam etmektedir: “Enerji bedelinin bağımsız düzenleyici bir otoritenin oluşturduğu tarifelerle belirlendiği bir ortamda bu uygun fiyatlı olma durumu kademeli tarife uygulaması ile sağlanabilir. Örneğin, düşük gelir grubu için gelir düzeyi ile orantılı bir tarife uygulanabilir, daha yüksek tüketimi olan tüketiciler için daha farklı bir tarife uygulanabilir. Bir başka uygulama örneği de düşük gelirli tüketici grubunun temel ihtiyaçlarını düzenleyecek miktarda enerjinin ücretsiz temin edilmesi de olabilir”

sunulduğu ve dezavantajlı gruplar için destekleme sistemlerinin kurulduğu bir sosyal devletin varlığına dayanır.

SONUÇ

Kamu hizmetini devletin somutlaşmış ifadesi olarak kabul etmek mümkündür. Bu anlamda da devletin meşruiyet kaynağı aynı zamanda kendisini kamu hizmeti olarak somutlaştırabilme olanağıyla ortaya çıkar. Anayasal hakların kullanımının modern toplumda mümkün olması ancak ve ancak günün hal ve koşullarına uygun sosyal, ekonomik ve ekolojik koşulların tedarik edilmesiyle mümkündür. Devlet, bireylerin tek tek ve toplulukların kolektif ölçeklerde yerine getiremeyeceği birtakım organizasyonları mali ve ekonomik açıdan var ederek toplumsalın kuruluşunda etkili rol alırlar. Aslında bu etkili rol, hem devletin meşruiyet kaynağının yaratılması hem de toplumun kendisini yeniden üretmesi için gerekli koşulları sağlar. Bu nedenle de devletin hukuki kaynaklarında yazılı olmasa da hukuk sisteminin gerekleri toplum yararını esas alır. Bu noktada elektrik gibi kamu hizmetlerinin sunumu ve üretimi sadece kamu hizmetinden yararlanma ve tedariki ile ilgili değildir.

Egemenliğin inşası, yurttaşlığın kendini kurmasıyla ve bu yönüyle tüm hakların kullanılabilir kılınmasıyla ilgilidir. Bu açıdan da devletin elektrik kamu hizmetini görmesi ve gördürmesindeki kamu yararı, egemenliğin inşasıyla ilgilidir. Yurttaşlığın modern koşullara adapte olduğu, teknoloji temelli üretim, tüketim ve yaşam koşulları içinde, enerji ve dolayısıyla elektrik bir var olma zemindir.

Bu zemin doğrudan doğruya hakların kullanımıyla ilgili gibi görünse de hizmetin aldığı biçim, şirketlerin yaşanan ekonomik krizler karşısında dayanma gücünün zayıflığı hizmetin kamu hizmeti niteliğini daha fazla ön plana çıkartmıştır. Bu noktada artık, yeni ekonomik, ekolojik ve sosyal koşullar gözetildiğinde elektriğin salt bir tüketim nesnesi olarak görülmesi veya özelleştirme döneminde kavramsal hegemonyası artan müşteri odaklı mal olarak görülmesine yönelik perspektifler gücünü yitirmek zorunda kalmaktadır. Devletin yurttaşlık temelinde ve hukuka bağlı olarak var olmasına dayalı bir kamu hizmeti anlayışına dayanılacaksa, enerjinin bu ölçüt ve kriterlere bağlı kalınarak hem devletin meşruiyet dayanağının zeminini hem de hakların kullanılmasının koşullarını yarattığını gözetecek bir kamu hizmeti yaklaşımının ve fiyatlandırma politikasının uygulanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akkoyunlu Ertan, Kıvılcım; Birol Ertan, *Kentli Hakları: Kent ve İnsan Hakları Bağlamında Kentsel Hizmetlere Erişim Hakkı, Kentsel Dönüşüm ve İnsan Hakları*. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Aksakal Aydın, Pınar. *İnsan Hakları Açısından Enerjiye Erişim Kavramı*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020.
- Anayurt, Ömer. “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi.” *Türkiye’de İnsan Hakları*. Ankara: TODAİE, 2000.
- Atasayan, M Gözde. *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Atiyas, İzak ve Oder, Burak. *Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi*. Ankara: TEPAV, 2008.
- Bağrıaçık, Ahmet. “Kamu Hizmetinin Uyarlama İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, (2018): 155-183.
- Bayazıt, Bahar. “Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı.” Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, 2018.
- Berkman, Kerem ve Kumaş, Handan. “Yoksul Bireylerin Bakış Açısı ile Sosyal Dışlanma: Denizli İli Sevindik Mahallesi Örneği.” *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi* 50, no. 21, (Ocak- Mart 2020): 44-88.
- Boz, S. Sacit, Yücel Özdemir, Mehmet Nacak, M. Oğuzhan Bölükbaşı, H. Burak Öndin, ve Sümeyye Ulusoy. *İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları*. Ed. S. Sacit Boz. Ankara: Adalet Yayınları, 2020.
- Çağlayan, Ramazan. “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi.” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3-4, no. 7, (2003): 172-208.
- Çakır, Özlem, Nurcan Özkaplan, Gamze Yücesan Özdemir ve Ali Murat Özdemir. “Sosyal Dışlanma Ne’yi Dışlar? Avrupa Üzerine Notlar.” *Mülkiye Dergisi* 248, no. 29 (2005): 77-94.

- Çakmak, Zeynep. *Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu*. Ankara: Çakmak Yayınevi, 2011.
- Çakmak, N. Munci. *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.
- Çaprak Coşkun, Yağmur. *Abonelik Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşullarının Denetimi*. Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2021.
- Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Ekinci, Murat. *İdari İstikrar İlkesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Ergün, Çağdaş Evrim. “Elektrik Piyasalarında Kamu Hizmeti Kavramı ve Hukuki Rejimi.” Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2010.
- Erol, Gülhanım Sızlı. “Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması.” Uzmanlık Tezi, DPT Yayın No 2478, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Genel Müdürlüğü, 1999.
- Evren, Çınar Can. “Bir Danıştay Kararı Üzerine Kamu Hizmetinde Bedel Sorunu.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1-2, (2007): 679-692.
- Gönen, Yakup. “Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 15, (2010): 359-386.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*. 3. Baskı. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gülmez, Mesut. “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler.” *Çalışma ve Toplum* 2, (2010): 217-266.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2011.
- Hatipoğlu, Aydın. “Sosyal Dışlanma Sosyal İçerme ve Vatandaşlığın Dönüşümü.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 34, no.156, (2021): 341-375.
- İnce, Nurten, İmam Bakır Kanlı ve Burak Hamza Eryiğit, “İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı.” *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi* 2, no. 3, (Ağustos 2017): 21-36.
- Kale, Fatmagül. *Konut Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

- Karahanogulları, Onur. *Kamu Hizmeti*. 3. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Kaya, Cemil. *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2021.
- Molu, Benan. “İHAM ve Bakanlar Komitesi Kararlarına Göre Cemevlerinin Elektrik Faturaları ve Ayrımcılık.” *Anayasa Gündemi*, 8 Şubat 2022. https://anayasagundemi.com/2022/02/08/forum-av-benan-molu-iham-ve-bakanlar-komitesi-kararlarina-gore-cemevlerinin-elektrik-faturalari-ve-ayrimcilik/#_ftn6
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları-I*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Orak, Cem Çağatay. “Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?” *TBB Dergisi* 68, (2007):161-240.
- Öztürk, K. Burak. “Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği.” *Ankara Barosu Dergisi* 67, no. 1, (2009): 26-42.
- Öztürk, K. Burak. “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri.” Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2000.
- Sever, D. Çiğdem. “Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar.” Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2006.
- Sever, D. Çiğdem. “İdare Hukukunda Hukukun Genel İlkelerinin Uygulanışı”, içinde *Tunçer Karamustafaoglu'na Armağan*, ed. Nami Çağan, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010: 43-47.
- Sezginer, Murat. “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2007): 1079-1094.
- Şanlı, Yeliz. “Elektrik Hizmeti Kamu Hizmetidir.” *TMMOB Türkiye VII. Enerji Sempozyumu*, Ankara: Aralık 2009.
- Şanlı, Yeliz. “Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti.” *Mülkiye Dergisi* 31, no. 254, (2007): 51-71.
- Tan, Turgut. “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 8, (1991): 233-252.
- Tan, Turgut. *İdare Hukuku Genel Esaslar-I*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.

- TMMOB Mimarlar Odası Ankara Şubesi Kent İzleme Merkezi (KİM). “Elverişli konut hakkı bir insan hakkıdır!” Çeviri: Mine Şengel. 2013.
- Uler, Yıldırım. “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, *Anayasa Yargısı* 15, (Anayasa Mahkemesi’nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, Ankara, 27-28 Nisan (1998): 252-256.
- Uler, Yıldırım. *İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.
- Ulusoy, Ali. “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 48, no.1, (1999): 165-176.
- Us, Eser. *Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2012.
- Yaşar, Hasan Nuri ve S. Sena Cabioğlu Güler, “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yetkileri Kapsamında Kamu Gücü İlişkisi.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 4, (2016): 63-80.
- Yayla, Yıldızhan. “Sosyal Devletten İktisadi Devlete (Veya Kamu Hizmetinin Sonu).” *Hukuk Araştırmaları*, (Ocak-Nisan 1986): 33-37.
- Yıldırım, Ezgi. “İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2013.
- Yücel Dericiler, Özge. “Sosyal Haklara İlişkin Devlet Yükümlülükleri ve Devletin Değişen İşlevi.” içinde *HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, ed. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye. 120-129. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012.

Zilyetliğin Korunmasında Yabancılık Unsuru, Yetkili Mahkemenin Tayini, Uygulanacak Hukukun Tespiti İle Esasa Türk Hukukunun Uygulanışı Hakkında Bir İnceleme

Aslı BAYATA CANYAŞ*

Arif Barış ÖZBİLEN**

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Doç.Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı. (bayata@bilkent.edu.tr) <https://orcid.org/0000-0001-8304-6095>

** Doç.Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı. (bozbilen@bilkent.edu.tr) <https://orcid.org/0000-0001-6520-9719>

Makale Geliş Tarihi: 27 Şubat 2022 **Makale Kabul Tarihi:** 6 Haziran 2022

Atıf önerisi: Bayata Canary, Aslı ve Arif Barış Özbilen. “Zilyetliğin Korunmasında Yabancılık Unsuru, Yetkili Mahkemenin Tayini, Uygulanacak Hukukun Tespiti ile Esasa Türk Hukukunun Uygulanışı Hakkında Bir İnceleme.”

Ankara Barosu Dergisi 80, no. 2 (Nisan 2022): 317-349. DOI: 10.30915/abd.1142192

ZİLYETLİĞİN KORUNMASINDA YABANCILIK UNSURU, YETKİLİ MAHKEMENİN TAYİNİ, UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ İLE ESASA TÜRK HUKUKUNUN UYGULANIŞI HAKKINDA BİR İNCELEME

ÖZ

Zilyetliğin korunması, yabancılık unsuru içerecek şekilde de karşımıza çıkabilir. Örneğin, zilyet, yabancı kişi olabilir ya da zilyetliğinin korunması istenen taşınır mal, yurtdışında olabilir. Bu tür durumlarda “kuvvet kullanımı, zilyetlik davaları, idarî makamlara başvuru” ayrımı temelinde yabancı kişilerin bu yollara başvurup başvuramayacağı, zilyetlik davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve uygulanacak hukukun tespiti gibi sorunlarla karşılaşılacaktır. Yabancı kişinin kuvvet kullanma imkanına sahip olup olmadığı, yabancı unsurlu zilyetlik davalarında ise mahkemenin yetkisinin ve uygulanacak hukukun nasıl tespit edilmesi gerektiği konularının aydınlatılması gerekmektedir. Çalışmada bu soruların yanıtını aramanın yanı sıra, esasa Türk hukukunun uygulanmasının tespit edildiği durumlarda, Türk hukukunun konuya ilişkin içeriği ayrıntılı bir şekilde analiz edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

zilyetliğin korunması

gasp ve saldırı

yabancılık unsuru

zilyetlik davalarında milletlerarası yetki

zilyetlik davalarına uygulanacak hukuk

FOREIGN ELEMENT, DETERMINATION OF THE COMPETENT COURT AND APPLICABLE LAW FROM THE ASPECT OF PROTECTION OF POSSESSION AND APPLICATION OF TURKISH LAW AS THE SUBSTANTIVE LAW

ABSTRACT

Protection of possession can also appear in a way including a foreign element. For example, the possessor may be a foreign person or the movable property whose possession is desired to be protected may be abroad. In such cases, on the basis of the distinction of “use of force, possession cases, application to administrative authorities”, problems such as whether foreigners can resort to these remedies, the international jurisdiction of Turkish courts in possession cases and the determination of the applicable law may be encountered. In this study, in addition to seeking answers to these questions, the content of Turkish law on the subject has been analyzed in detail where Turkish law has been determined as the applicable law.

Keywords

protection of possession

dispossession and trespass

foreign element

international jurisdiction in possession cases

law applicable to possession cases

GİRİŞ

Türkiye’de yabancıların giderek artan bir şekilde taşınmaz edindikleri görülmektedir. Tapu Kanunu^[1] uyarınca karşılıklılık koşulu aranmaksızın, yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz üzerinde mülkiyet ve sınırlı aynî hak edinmesi mümkündür. Karşılıklılık koşuluna yer verilmemekle birlikte Tapu Kanunu’nun 35. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanına bu konuda önemli bir yetki tanınarak “Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişilerin, Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebileceği” düzenlenmiştir. Doktrinde, bu yetkinin karşılıklılık ilkesinin “adeta gizli örtüsü” durumunda olduğu ileri sürülmektedir.^[2] Cumhurbaşkanı, ayrıca ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirleyebilir, sınırlandırabilir, kısmen veya tamamen durdurabilir veya yasaklayabilir.

Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde ek olarak yabancı gerçek kişilerin taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebilmeleri için kanuni sınırlamalara uyulma kaydı ile uluslararası ikili ilişkiler ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerin de göz önünde tutulması gerektiğinden söz edilmektedir. Ayrıca miktar itibarıyla de sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı aynî hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez (Tapu Kanunu m. 35/1). Cumhurbaşkanı kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir.

Yabancıların Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinimi açısından gerçek kişiler ve tüzel kişiler nezdinde de ayırım yapıldığı görülmektedir. Tüzel kişiler açısından sadece yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri özel kanun hükümleri çerçevesinde Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebilirler. Söz konusu

[1] Tapu Kanunu, Kanun Numarası: 2644, Kabul Tarihi: 22/12/1934, Yayımlandığı Resmî Gazete: 29/12/1934, Sayı: 2892.

[2] Aysel Çelikel ve Günseli Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, 23. Bası (İstanbul: Beta, 2017), 325-326.

şirketler dışındaki örneğin, yabancı dernek ve vakıflar, Türkiye’de taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı aynî hak tesis edilemez.

Yabancıların mülkiyet hakkı ve sınırlı aynî hak edinmesi konusundaki rejim genel hatlarıyla bu şekildedir. Bu kapsamda, mülkiyet hakkı ve sınırlı aynî haklara ilişkin ilişki ve uyumsuzluklar yabancılık unsuru içerecek şekilde ortaya çıkabilir. Türk hukukunda taşınır ve taşınmaz mülkiyet hakkının ve sınırlı aynî hakların doğuşu, şartları, mülkiyetin aslen ve devren iktisabı, mülkiyet hakkının unsurları, mülkiyet hakkının kötüye kullanımı konuları *lex rei sitae* kuralının egemenliği altındadır.^[3] Ayrıca, bir taşınmaz üzerinde başka bir ülkede tasarruf yapılıp yapılamayacağı konusunda da *lex rei sitae* kuralı uygulanır. Taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekli de bu malların bulunduğu yer hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 21/4).

Çalışma konumuzu ilgilendiren zilyetliğin korunmasının ise mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklardan ayrı olduğu, zilyetliğin mutlaka bir hakka dayanmasının zorunlu olmadığı hatırlandıktan sonra zilyetliğin korunması ile ilgili uyumsuzluk ve davaların da yabancı unsurlu olacak şekilde de ortaya çıkabileceği ifade olunabilir. Yabancı unsurlu ve taşınır ya da taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyumsuzluklar bakımından malın bulunduğu yer hukuku kuralının hakimiyetine paralel olarak zilyetlik konusunda da malın bulunduğu yer hukukunun uygulanması^[4] esas alınmaktadır.

Bu çalışmada, zilyetliğin korunması, bu koruma bakımından yabancılık unsurunun ne şekillerde ortaya çıkabileceği, yabancı unsurlu zilyetlik davaları bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, zilyetliğin korunmasına uygulanacak hukuk ve esasa Türk maddi hukukunun uygulanması konuları ele alınmaktadır. Bu çerçevede konu, “zilyedin kuvvet kullanma imkanı, zilyetlik davaları ve zilyetliğin idarî yoldan korunması” ayrımı temelinde analiz edilmektedir.

[3] Gülören Tekinalp ve Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 253.

[4] Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (İstanbul: Beta, 2017), 303-304; Tekinalp ve Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 253.

I. ZİLYETLİĞİN KORUNMASI

A) KAVRAM, İÇERİK VE AMAÇ

Hakka dayansın veya dayanmasın, kişilerin eşya üzerinde sahip oldukları hukuki durumu ifade eden “zilyetliğin”, hukuka aykırı saldırılar karşısında korunması yasal bir gerekliliktir. Bu gereklilikten yola çıkarak, zilyetliğin korunması ile ilgili hukuk düzenlerinde farklı yöntemler öngörülmüş olabilir. Örneğin, Türk hukukunda, Türk Medeni Kanunu’ndaki düzenlemeler vasıtasıyla iki yol ortaya konmuştur. Bunlardan ilki, zilyedin mevcut saldırıyı kuvvet kullanarak defetme imkânı, ikincisi ise gasp ve saldırı fiillerine karşı dava açma yoludur. Bunların dışında, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun aracılığıyla, taşınmaz üzerindeki zilyetliğe yönelik saldırıların, idarî makamın kararıyla önlenmesi şeklinde özel bir koruma yolu daha yaratılmıştır. Buna karşın, örneğin İsviçre hukukunda zilyetliğin idarî yoldan korunması yöntemine yer verilmemiştir.

Zilyetliğin korunması yolları, zilyedin eşya üzerinde sahip olduğu haktan bağımsız bir koruma sağlar.^[5] Hatta hırsız dahi önceden çalmış olduğu mal üzerindeki zilyetliğine yönelik olarak gerçek hak sahibi tarafından gerçekleştirilen müdahaleyi zilyetliğin korunması yollarına başvurarak engelleyebilir.^[6] Bu durum ilk bakışta şaşırtıcı veya yadırgatıcı gelse dahi, zilyetliğin

[5] Bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E. 2011/1968, K. 2012/165, 19.01.2012: “Zilyetlik davalarının en belirgin özelliği... davada hakkın tartışma konusu olmaması ve davayı kazanma veya kaybetmenin mevcut olabilecek hak üzerinde herhangi bir etkisinin olmayışdır. Bunun için de bu tür davalarda mahkemenin zilyetliğin korunmasına ilişkin vereceği karar, sadece eski zilyetlik durumunun yeniden kurulmasını sağlamaya yöneliktir. Bu karar, diğer tarafın mülkiyet iddiasıyla dava açma hakkına dokunmaz ve üçüncü kişilerin o şey üzerinde hakları olmadığının kabulü şeklinde anlaşılabilir. Bahsi geçen zilyetlik davaları sonunda verilen mahkeme kararları tamamen geçici bir etkiye sahip olup, mülkiyet sorunu çözümlenmediğinden mülkiyet yönünden kesin hüküm teşkil etmezler”. Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1979/8-589, K. 1982/482, 12.09.1982; Bkz. legalbank.net (erişim tarihi: 01.02.2022).

[6] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 19. Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 88; Halûk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 4. Bası (İstanbul: Oniki Levha, 2017), 37; Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, 6. Baskı (Ankara: Yetkin, 2018), 71; Kemal Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi, 1978), 103; Pascal Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” içinde *Commentaire Romand, Code Civil II*, ed. Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx ve Denis Piotet (Bâle: Helbing Lichtenhahn Verlag,

korunması ile ilgili düzenlemelerin amacı göz önünde bulundurulduğunda anlaşılabilir. Zira söz konusu düzenlemelerin amacı, gasp veya saldırıya konu olan eşya üzerindeki hak sahipliğinin tespit edilmesi değil; zilyetliğe yönelik haklı veya haksız saldırılar neticesinde bozulan toplumsal düzenin ve huzurun yeniden tesis edilebilmesi için kişinin gasp veya saldırı öncesinde eşya üzerinde sürdürdüğü zilyetliğine yeniden ve eski haliyle kavuşmasını sağlamaktır.^[7] Bununla birlikte, zilyetliği hakka dayanan kişinin, mevcut gasp ya da saldırıyı zilyetliğin korunması yollarına başvurarak değil de hakka dayalı talep ve davalarla önlemesi veya kaybettiği zilyetliğine yeniden kavuşması mümkündür.^[8]

Zilyetliğin korunması hükümlerinden yararlanılabilmesi için, zilyetliğe saldırıda bulunan kişinin kusurunun bulunması gerekmediği gibi, saldırı neticesinde bir zararın meydana gelmesi de şart değildir.^[9] Hatta saldırıda bulunan kişi ayırt etme gücünden yoksun veya irade sakatlığı etkisi altında dahi olsa, zilyetliğin korunması hakkındaki hükümler bu kişiye karşı da uygulanabilir.^[10] Burada önemli olan husus, zilyetliğin bir insan fiili neticesinde

2016), 2626; Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels, T. I* (Berne: Stämpfli, 2007), No: 318b; Emil W. Stark ve Barbara Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB* (Bern: Stämpfli, 2016), No: 7.

[7] Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2625; Steinauer, *Les droits réels*, No: 313; Wolfgang Ernst, “vor Art. 926-929 ZGB,” içinde *Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II*, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015), No: 2; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB*, No: 1, 2b; Selahâttin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Eşya Hukuku, C. I*, 5. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989), 100; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 88; O. Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku, C: II, Zilyetlik* (İstanbul: Legal, 2017), 139.

[8] Ahmet M. Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku* (Ankara: Turhan, 2021) 42; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 70-71; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 88; Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2627.

[9] Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Yetkin, 2017), 91; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 41; Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2631.

[10] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 88; Ernst, “vor Art. 926-929 ZGB,” No: 3.

ihlal edilmiş olmasıdır.^[11] Bu nedenle eşya üzerindeki fiili hâkimiyetin doğa olayları ya da hayvan hareketleri ile sekteye uğraması hallerinde zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz.^[12]

B) ZİLYETLİĞİN KORUNMASI ÇERÇEVESİNDE “GASP” VE “SALDIRI” KAVRAMLARI

Kişinin eşya üzerindeki fiili hâkimiyetini ihlâl etmeye yönelik fiil, gasp ya da saldırı şeklinde karşımıza çıkmaktadır.^[13] Zilyetliğin gaspı ifadesinden anlaşılması gereken, zilyedin eşya üzerindeki fiili hâkimiyetini haksız bir biçimde ve onun iradesi olmaksızın sonlandırarak ele geçirmektir.^[14] Zilyetliğe saldırıda ise, hukuka aykırı olarak gerçekleşen fiil, zilyedin zilyetliğini bütünüyle ortadan kaldırma derecesinde olmasa da, onun zilyetliğini gereği gibi kullanmasına engel olmakta ya da bunu güçleştirmektedir.^[15] Örnek vermek gerekirse, eşyanın çalınması veya cebir kullanılarak el konulması

[11] Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB*, No: 5.

[12] Ernst, “vor Art. 926-929 ZGB,” No: 4; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB*, No: 5; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 37; Antalya, *Eşya Hukuku*, 142.

[13] Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Beta, 2018), 180; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 42; Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2628.

[14] Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2625; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB*, No: 16; Steinauer, *Les droits réels*, No: 321; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 39.

[15] Bkz. Jörg Schmid ve Bettina Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht*, 5. Auflage (Zürich: Schulthess Verlag, 2017), No: 219; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB*, No: 16, 18; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I*, 3. Bası (İstanbul: Filiz, 2014), 140; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 89; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 102; Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 4. Bası (İstanbul: Vedat Kitabevi, 2014), 54; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 71; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 42; Antalya, *Eşya Hukuku*, 145. Gürsoy, Eren ve Cansel ise, zilyedi zilyetliği konusunda tedirgin eden her eylemi “saldırı”; zilyedin eşya üzerindeki hâkimiyetini ortadan kaldıran her eylemi ise “gasp” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 104.

gasp; eşyaya zarar verilmesi veya eşyanın kullanılabilirliğini sınırlandıran hareketlerde bulunulması saldırı olarak nitelendirilmelidir.

Belirtmek gerekir ki zilyetliğin gaspı ve zilyetliğe saldırı fiilleri, kusur ve zarardan bağımsızdır.^[16] Bir kimsenin kendi eşyası zannederek başkasının eşyasına el koyması pekâlâ zilyetliğin gaspı sayılacağı gibi; sonucunda bir zarar meydana gelmemiş olsa dahi başkasının eşyasına yönelik hukuka aykırı müdahale, zilyetliğe saldırı teşkil eder.^[17] Ne var ki fiil, kanun tarafından tanınan bir yetkinin kullanılması çerçevesinde veya zilyedin geçerli rızasına dayanılarak gerçekleşiyor ise, burada hukuka aykırılıktan bahsetmek mümkün olmaz.^[18] Bu nedenle, polis, jandarma, icra memuru gibi kamu görevlilerinin zilyetliğe yönelik olarak kanun gereği ve kanunun sınırları içinde kalarak gerçekleştirmek zorunda oldukları müdahaleler, gasp veya saldırı olarak nitelendirilemez.^[19]

C) ZİLYETLİĞİN KORUNMASINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA YABANCILIK UNSURUNUN ORTAYA ÇIKMA ŞEKİLLERİ

Zilyetliğin korunmasına ilişkin uyuşmazlıklarda kişi yönünden, yer yönünden veya her iki unsuru da birlikte barındıracak şekilde -hem kişi hem yer unsuru- yönüyle yabancılik unsuru ortaya çıkabilir. Kişi unsuru açısından, zilyetlik uyuşmazlığının taraflarından biri yabancı gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Örneğin, otomobili çalınan kişi, Türkiye’de bulunan yabancı bir devlet vatandaşı olabilir. Böyle bir durumda Türkiye’de bulunan bir taşınır ile ilgili olarak taraflardan birinin yabancı olması nedeniyle kişi unsuru

[16] Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB*, No: 39; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 39.

[17] Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2628; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB*, No: 20.

[18] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 90; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 180; Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2628.

[19] Steinauer, *Les droits réels*, No: 327; Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2629; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB*, No: 47; Antalya, *Eşya Hukuku*, 148.

yönüyle yabancılık unsuru taşıyan bir zilyetlik uyuşmazlığı gündeme gelmektedir. Ya da örneğin, yabancı gerçek veya tüzel bir kişi tarafından bir kira sözleşmesi çerçevesinde kullanılmakta olan Türkiye'deki bir arazinin; komşu taşınmazdaki bina inşaatından dökülen molozlarla dolması halinde yine kişi bakımından bir yabancılık unsuru ortaya çıkacaktır. Bu durumda ise kişi bakımından yabancılık unsuru ve Türkiye'de bulunan bir taşınmaz ile ilgili zilyetlik uyuşmazlığı söz konusu olacaktır.

Yabancılık unsuru yer itibariyle de ortaya çıkabilir. Örneğin, taraflardan her ikisinin Türk olduğu bir durumda, zilyetlik uyuşmazlığına konu Türkiye'de bulunan taşınır mal yurt dışına çıkarılmışsa ve dava, Türkiye'de açılırsa yer itibariyle yabancılık unsuru söz konusu olacaktır. Hatta uyuşmazlığın taraflarından birisi de yabancı ise hem kişi hem yer itibariyle yabancılık unsuru ortaya çıkacaktır.

Bu tür durumlarda yabancılık unsurunun varlığına bağlı olarak, zilyetliği gasp edilmiş ya da saldırıya uğramış olan kişinin Türkiye'de zilyetliğinin korunması amacıyla bir dava açmak istemesi halinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığının ve davada uygulanacak hukukun tespiti konuları gündeme gelecektir. Ayrıca, zilyetliği gasp veya saldırıya uğrayan yabancı gerçek/tüzel kişi tarafından kuvvet kullanmanın mümkün olup olamayacağı; yabancı kişinin Türkiye'de bulunan taşınmazının saldırıya uğraması halinde zilyetliğin idarî yoldan korunmasını isteyip isteyemeyeceği soruları ile de karşı karşıya kalınabilecektir.

II. ZİLYETLİĞİN KORUNMASI YOLLARI

A. KUVVET KULLANMA İMKANI

1- Kuvvet Kullanma ve Yabancılık Unsurunun Ortaya Çıkma Olasılığı

Zilyetliğin korunması amacıyla kuvvet kullanma durumunda, henüz bir dava açılmamıştır, ancak Türkiye'de ortaya çıkan ve yabancı unsurlu bu tür bir uyuşmazlıkta kuvvet kullanma imkanından yabancı uyruklu zilyedin yararlanmasının mümkün olup olmadığı tartışma konusu yapılabilir. Yabancı unsurlu böyle bir uyuşmazlıkta MÖHUK'un 1. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi dikkate alınacaktır; zira yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin bir ilişki söz konusudur. Kuralın uygulanması bakımından "kuvvet kullanma ânı" esas olduğundan ve bu an itibariyle mal, Türkiye'de yer aldığından, MÖHUK m. 21 uyarınca malın bulunduğu yer hukuku sıfatıyla

Türk hukuku uygulanır. Bu şekilde örneğin yabancı uyruklu zilyet de MK m. 981/2'nin gasp ve saldırıyı ivedilikle önleme ve meşru müdafaanın özel bir türü olarak anında müdahale etme imkanlarından yararlanabilir.

Ayrıca, başkasının zilyetliğine yönelik gasp veya saldırıda bulunan kişinin yabancı olması durumunda da, ona karşı kuvvet kullanma hali açısından MÖHUK m. 1 ve MÖHUK m. 21 uyarınca kuvvet kullanma ânı itibarıyla malın bulunduğu yer hukuku sıfatıyla Türk hukuku uygulanacaktır.

2- Kuvvet Kullanmada Esasa Türk Hukukunun Uygulanışı

Uygulanacak hukukun Türk hukuku olarak tespit edilmesi üzerine Türk Medeni Kanunu'nun kuvvet kullanmaya ilişkin hükümlerine başvurulacaktır. Kanun, belirli sınırlamalar altında, kişilere, zilyetliklerine yapılan saldırı ve gasp fiillerini kuvvet kullanarak bizzat bertaraf etme yetkisi vermiştir. MK m. 981/f. 1 hükmüne göre, zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir. Görüldüğü gibi, kuvvet kullanma yetkisi hem zilyetliğe saldırı hem de zilyetliğin gaspı durumlarında kullanılabilir.^[20] Medenî Kanunun "Zilyetlik" bölümünde düzenlenmiş olan bu yetki, Türk Borçlar Kanunu m. 64 hükmünde yer alan "haklı savunma" (meşru müdafa) imkânının özel bir uygulamasını oluşturmaktadır.^[21] Bununla birlikte, TBK m. 64 hükmünden farklı olarak, "kolluk gücünün yardımının zamanında sağlanamayacak olması" ve "hakkın kayba uğramasını ya da hakkın kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yolun bulunmaması" koşulları, zilyetliğin kuvvet kullanılarak korunması hâlinde aranmamıştır.^[22]

[20] Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 106; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 182; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 43.

[21] Arthur Homberger, *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd. IV/3 (Art. 919-977 ZGB), 2. Aufl. (Zürich: 1938), Art. 929, No: 22; Aybay ve Hatemi, *Eşya Hukuku*, 50; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 72.

[22] Serozan, *Eşya Hukuku*, 141; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 43; Pichonnaz, "Art. 919-941 CC," 2632; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz*, Art. 926, No: 19; Steinauer, *Les droits réels*, No: 333a. Ayrıca bkz. ATF 128 IV 250.

Bilindiği gibi kişilerin, sahip oldukları hakları kuvvet kullanarak bizzat koruma yoluna gitmeleri ancak çok istisnai hallerde kabul edilebilir.^[23] Herkesin kendi hakkını devletin yetkili organlarına müracaat etmeden kendi gücüyle korumaya; kendi adalet anlayışını kendi eliyle sağlamaya kalkışmasına hukuk düzeni izin vermez.^[24] Bu sebepten ötürü, MK m. 981 hükmü de kuvvet kullanma imkânını belirli şartların varlığına bağlamıştır. Söz konusu hüküm, kuvvet kullanma yetkisi ile ilgili olarak, hem zilyetliğe yapılan saldırı ve gasp fiillerine karşı savunmada bulunma imkânını hem de gasp edilmiş malı geri alma^[25] yetkisini düzenlemektedir.^[26] Dolayısıyla yabancı kişi de bu yetkileri kullanabilecektir.

Ayrıca yabancı kişi bakımından kuvvet kullanmada Kanun'da öngörülmuş olan sınırlamalara uyulması zorunludur. Kuvvet kullanma konusundaki ilk sınır zamansaldır. MK m. 981/f. 2 hükmü bu sınırı şu şekilde ortaya koymaktadır: “Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir”. Bu ifadeden, kuvvet kullanma imkânının zaman yitirmeden, gecikmeksizin kullanılması gerektiği açıkça görülmektedir.^[27] Haksız müdahale taşınmaza yönelik ise, zilyet, müdahalede bulunana karşı kuvvet kullanarak onu derhal taşınmazdan kovma hakkına sahiptir.^[28] Taşınır zilyetliğine karşı müdahalelerde ise, zilyedin, eylem sırasında veya en geç fail kaçarken taşınırı onun elinden zorla alma imkânı

[23] Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 10. Baskı (Ankara: Savaş, 2018), 173; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 38.

[24] Serozan, *Eşya Hukuku*, 139.

[25] Sirmen bu yetkiyi “karşı saldırıda bulunma hakkı” olarak adlandırmaktadır. Bkz. Sirmen, *Eşya Hukuku*, 72. Benzer şekilde bkz. Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 45.

[26] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 89; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 92; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 173; Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2626.

[27] Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2631; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 39; Serozan, *Eşya Hukuku*, 141.

[28] Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz*, Art. 926, No:16.

bulunmaktadır.^[29] Kuvvet kullanma yetkisi, haksız müdahale ile araya kayda değer bir zaman dilimi girmeden, mümkün olabildiğince çabuk bir biçimde kullanılmalıdır.^[30] Aksi takdirde, kanunun zaman bakımından öngördüğü sınır aşılmış olur ve zilyetliğin korunması amacıyla yapılan müdahale hukuka aykırı hâle gelir.^[31] Bu nedenle, taşınır bir eşyayı zilyedinin elinden alıp kaçan gâsıbın kendini kaybettirmesinden sonra; zilyet tesadüf eseri onu görür ve kendisinden gasp edilen taşınırı gâsıbın elinden zorla almaya kalkarsa, bu müdahale kuvvet kullanma yetkisi içinde ele alınamaz; bunu başka bir haksız müdahale olarak nitelendirme zorunluluğu doğar. Böyle bir durum karşısında zilyedin yapması gereken, kuvvet kullanmak yerine gâsıba karşı MK m. 982 hükmünde düzenlenen davaları açmaktır.^[32]

Kuvvet kullanma imkânının ikinci sınırını ise orantılılık oluşturmaktadır.^[33] Bu husus, MK m. 981/f. 2'nin ikinci cümlesinde “*zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır*” ifadesiyle ortaya konulmuştur. Zamansal sınırlamada olduğu gibi, burada da sınır aşılır, yani, kişi zilyetliğini bizzat koruyabilmek için somut olaya göre aşırı sayılabilecek derecede bir kuvvet kullanırsa, bu müdahaleyi haksız hâle getirir.^[34] Keza zilyet, gasp ya da saldırıda bulunan kişiyi cezalandırma

[29] Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid ve Alexandra Jungo, *ZGB Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14. Auflage (Zürich: Schulthess Verlag, 2015), § 92, No: 5; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz*, Art. 926, No:17.

[30] Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 107.

[31] Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 46.

[32] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 90; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 40; Homberger, *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV/3 (Art. 919-977 ZGB), 2. Aufl.*, Art. 926, No: 25; Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2625.

[33] Schmid ve Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht*, No: 229; Tuor, Schnyder, Schmid ve Jungo, *ZGB Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, § 92, No: 6; Steinauer, *Les droits réels*, No: 337; Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2632. Ayrıca bkz. ATF 85 IV 224.

[34] Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz*, Art. 926, No: 20; Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2632; Serozan, *Eşya Hukuku*, 142; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 46; Gürsoy,

amacıyla da kuvvet kullanamaz.^[35] Örneğin malikin, arazisinde çıkan kaynak suyunu kendisinden izinsiz olarak bidonlara doldurarak götürmeye kalkan komşusuna ateş etmesi ve onu yaralaması, orantısız bir savunma niteliğinde olup; kuvvet kullanma yetkisinin sınırlarını aşar. Bu durumda, kuvvet kullanan zilyedin, karşı tarafın uğradığı zararları tazmin etme yükümlülüğü doğar.^[36]

B) ZİLYETLİK DAVALARI

Bu başlık altında zilyetlik davaları bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ile zilyetlik davalarında uygulanacak hukuk konuları ele alındıktan sonra esasa uygulanan hukukun Türk maddi hukuku olması durumu ayrıntılı olarak incelenecektir.

1- Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

a) Yabancı Unsurlu Taşınmaz Mal Zilyetliğinin Korunması Davası ve Yetkili Mahkeme

Türkiye’de yer alan bir taşınmaz üzerindeki zilyetliğin korunmasına ilişkin yabancı unsurlu davalarda, MÖHUK’ta bu konuda ayrıca bir yetki kuralı öngörülmemiş olduğundan MÖHUK m. 40’in atfı ile HMK’nın 12. maddesinin ilk fıkrası uygulanacaktır. Anılan hüküm uyarınca “*Taşınmaz üzerindeki aynî hakka ilişkin veya aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.*” Buna göre taşınmazın Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesinde dava açılması gerekir.

Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 106; Antalya, *Eşya Hukuku*, 158; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 40.

[35] İsviçre Federal Mahkemesi’nin, somut olaydaki koşulların izin vermesi durumunda zilyedin kuvvet kullanmadan önce faili uyarması gerektiği yönündeki kararı için bkz. ATF 85 IV 4.

[36] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 73; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 93.

b) Taşınır Mal Zilyetliğinin Korunması Davaları ve Yetkili Mahkeme

Taşınır mal zilyetliğinin korunması amacıyla açılan davalar bakımından da MÖHUK'ta bir yetki kuralı öngörülmemiş olması nedeniyle MÖHUK m. 40 gereği iç hukuk kurallarına göre Türk mahkemesinin yetkisi tayin olunmalıdır. HMK m. 6'daki genel yetki kuralından hareketle dava açıldığı sıradaki davalının yerleşim yeri esas alınır ve davanın bu yer mahkemesinde açılması gerekir. Ayrıca, dava açıldıktan sonra davalının yerleşim yeri değişirse bu değişiklik dikkate alınmayacaktır.

Yabancı unsurlu zilyetlik davaları bakımından önem arz edebilecek bir başka unsur, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlara karşı açılacak olan davaları düzenleyen HMK m. 9/1'in ilk cümlesinin uygulanmasıdır. Anılan hüküm uyarınca Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Buna göre davalının Türkiye'deki mutad meskeni mahkemesi, taşınır zilyetliğinin korunması davasında yetkili olacaktır.

2- Uygulanacak Hukuk

Yukarıda da belirtildiği üzere *lex rei sitae* kuralının aynı hakların yanı sıra zilyetlik konusunda da uygulanacağı genel olarak kabul görmektedir.^[37] Malın bulunduğu yer hukuku, zilyetlik konusunun vasıflandırılması, içeriği, elde edilmesi, kaybı, kaybının koşulları ile zilyetliğin korunma şekilleri konularında uygulanır.^[38] Dolayısıyla, Türkiye'de bulunan taşınmaz mal bakımından zilyetlik davalarında malın bulunduğu yer hukuku sıfatıyla Türk hukuku uygulanır.

Taşınır mallar bakımından ise taşınırın yer değiştirebilme niteliğine bağlı olarak hangi anda malın bulunduğu yer hukukunun uygulanacağını tespit önemlidir. Örneğin, saldırı veya gasp anında ve dava açıldığı anda halen taşınır malın bulunduğu yer Türkiye'de ise bu durumda Türk hukuku ve Türk Medeni Kanunu uygulanır.

Eğer, tarafların yabancı ve/veya Türk olduğu bir uyuşmazlıkta, gasp anında taşınır mal Türkiye'de iken, daha sonra taşınır mal yurt dışına çıkarılmışsa ve dava açıldığı anda taşınır mal halen yurtdışında ise Türkiye'de

[37] Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 303-304.

[38] Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 305.

yetkili mahkeme bulunması üzerine, malın bulunduğu yer hukuku sıfatıyla yabancı hukuk uygulanır. Bu tür bir durumda, taşınır mallar açısından malın yer değiştirmesi haline bağlı olarak aynı haklarla ilgili ortaya çıkan anlayış zilyetlik açısından da gündeme gelmelidir. Aynı hak ve mükellefiyetlere ilişkin olarak taşınır bir eşyanın bir hukuk alanından diğerine geçmesi durumunda, eşya hukuku statüsü açısından yeni hukuk alanının esas alınacağı kabul edilmektedir.^[39] Bu durum, statü değişikliğinin bir örneği olarak görülmektedir. Kanımızca aynı hak ve mükellefiyetler bakımından incelenen bu durum, zilyetlik bakımından da geçerli olmalıdır ve taşınır malın yer değiştirmesi halinde zilyetlik ile ilgili konularda yeni hukuk alanının hükümleri uygulanmalıdır.

Bununla birlikte böyle bir durumda zilyetliğin korunması bakımından davacının menfaati gereği o ülkenin usul kuralları uyarınca yetkili mahkeme bulunmasına bağlı olarak malın bulunduğu ülkede dava açılması daha anlamlı olabilecektir. Zira, davacının amacı örneğin, gasp edilmiş eşyanın zilyetliğine yeniden kavuşmak yani eşyanın kendisine iade edilmesini sağlamak ise taşınır malın bulunduğu yerde dava açmak, davacının bu amacına daha kolay ve hızlı şekilde hizmet edecektir. Aksi takdirde malın bulunduğu ülkede icrai etki sağlamak amacıyla Türk mahkeme kararının yabancı ülkede tenfizini istemek gerekecektir.

Zilyetliğin gaspında iade davası, zilyetliğe saldırı halinde saldırının sona erdirilmesi davası ile saldırı sebebinin önlenmesi davası bakımından uygulanacak hukukun yukarıdaki şekilde belirlenmesi gerektiği görüşündeyiz. Uygulanacak hukukun Türk hukuku olarak tayin edildiği durumlarda, Türk Medeni Kanunu hükümleri esas alınacaktır.

3- Türk Medeni Kanunu Kapsamında Açılabilir Zilyetlik Davaları

Türk Medeni Kanunu, zilyetliği gasp edilmiş ya da saldırıya uğramış olan kişinin, somut olayda kuvvet kullanma imkânından yararlanamamış veya kendi isteğiyle bu yola başvurmamış olabileceği ihtimâlini göz önünde bulundurarak, bu kişiye “zilyetlik davaları” olarak isimlendirilen davaları açma hakkı da tanımıştır. MK m. 982 ve m. 983 hükümlerinde düzenlenen bu davalar ile, zilyetliğin gaspı halinde malın önceki zilyedine iade edilmesi,

[39] Emre Esen, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesi Hakkındaki Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi,” *İÜHFMLXV*, no. 2 (2007): 387.

zilyetliğe saldırı durumunda ise buna son verilmesi amaçlanmaktadır. Bu davalar haktan bağımsız olduklarından, burada verilen hüküm, aynı ya da şahsî hakka dayanılarak açılacak davalarda kesin hüküm oluşturmayacağı gibi;^[40] daha önce bir zilyetlik davasının açılmış ve reddedilmiş olması da sonradan hakka dayanan bir dava açılmasını engellemeyecektir.^[41] Zilyetlik davalarında, gasp ya da saldırıya uğrayan zilyedin zilyetliğine yeniden kavuşmasında onun eşya üzerinde aynı ya da şahsî bir hakka sahip olması yönünde bir gereklilik aranmamakta;^[42] esas olarak, gasp ve saldırı neticesinde bozulan toplumsal düzenin ve huzurun yeniden tesis edilmesi hedeflenmektedir.^[43]

[40] Bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 6/12, 09.10.1946: "... MK 896 (TMK 983) madde uyarınca bir gayrimenkulde zilyetliği tecavüze uğrayan kimsenin bu hakkın korunması için açacağı davada; şeye malik olduğunu veya zilyetlik hakkını beyana lüzum olmadan sadece zilyetlik sıfatını değiştirerek tecavüzü ispat etmesi yeter. Bu halde hakim, yalnız davacının gerçek ise, zilyetlik halini tespit ederek tecavüzün önlenmesine karar verir. Bu karar zilyetlik konusunda kesin hüküm meydana getirmez. Zilyede mülkiyet hakkı vermez ve diğer tarafa mülkiyet iddiasıyla yetkili mercilerde başkaca dava açmak hakkına dokunmaz". Bkz. legalbank.net (erişim tarihi: 01.02.2022).

[41] Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 48; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 42. Bu konuda ayrıca bkz. TF 5A_98/2010.

[42] Bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E. 2010/3637, K. 2011/491, 07.02.2011: "... zilyetliğin korunması davasıyla zilyet, zilyetliğin hakka dayandığını ispat külfetine katlanmadan sadece zilyetliğini öne sürerek sulh hukuk mahkemelerinde uygulanan basit yargılama usulünün sağladığı kolaylıklardan faydalanır, zilyetliğin arkasında bulunan aynı (nesnel) veya şahsi (kişisel) bir hakka dayandığı takdirde dava bir hak davası niteliğini kazanır. Yargıtay HGK'nun 06.10.1993 gün 1993/14-423/561 sayılı ve Yargıtay HGK'nun 15.06.1983 gün 3351/679 ve 25.11.1987 gün 394/876 sayılı kararlarında da aynı görüş benimsenmiştir". Bkz. legalbank.net (erişim tarihi: 01.02.2022).

[43] Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 8-28/74, 11.02.2009: "Zilyetlik eşya ile şahıs arasında eylemli (fili) bir bağ yani ilişki olup ve buna bağlı olarak da fiili hakimiyet altında bulundurmaktan doğan hukuki yetki ve vecibeleri de gösteren ve düzenleyen hukuki bir müessesedir. Kanunda sözü edilen fiili hakimiyetin meydana geliş şekli önemli değildir. Bunun bir gasp ve tecavüz sonucunda elde edilmiş olması da mümkündür. Bu bakımdan hakka dayanmayan zilyetlik (hırsızın zilyetliği) hukuk nizamınca korunmaktadır. Ne var ki; bu korumanın hırsızın yararını (menfaatini) korumak için değil, sosyal huzur ve sükunun korunması ve sağlanması için kabul edilmiş olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Zira hukuk düzeninin yanında bir de

a) Zilyetliğin Gaspında İade Davası

Gasp neticesinde zilyetliğine son verilen kimse, MK m. 982 hükmü uyarınca gasp edilmiş eşyanın kendisine iade edilmesini dava açmak suretiyle talep edebilir. Zilyetliği gasp edilmiş kimsenin bu dava neticesinde eşyasına yeniden kavuşabilmesi için, davalı tarafından bir gasp fiili gerçekleştiğini ve bu fiil esnasında kendisinin o eşyanın zilyedi olduğunu ispat etmesi gerekir.^[44] MK m. 982/f. 1'e göre, "başkasının zilyet bulunduğu bir şeyi gasbeden kimse, o şey üzerinde üstün bir hakka sahip olduğunu iddia etse bile onu geri vermekle yükümlüdür". Bu düzenleme gereği, eşyası çalınmış^[45] olan bir kimse, bu eşyayı sonradan hırsızın elinde görerek ondan zorla geri alsa, hırsızın o eşya üzerindeki zilyetliğini gasp etmiş sayılır ve bu nedenle -her ne kadar o eşya üzerinde aynî bir hakka sahip olsa da- eşyayı hırsıza geri vermekle yükümlü olur. Görüldüğü gibi, mülkiyet hakkı gasp edilmiş olan bir kişinin dahi, yukarıda açıklamış olduğumuz kuvvet kullanma yetkisinin zamansal sınırını aşarak, malını hırsızın elinden zorla alma hakkı yoktur. Aksi takdirde o da malını çalmış olan kişinin zilyetliğine karşı ayrı bir gasp fiili gerçekleştirmiş olur ve MK m. 982/f. 1 uyarınca malı hırsıza iade etmek zorunda kalır. Onun bu durumda yapması gereken (gasp fiilinin tamamlanmış ve hırsızın eşya ile birlikte kaçmış olması ihtimâlinde) eşyasını hırsızın elinden kuvvet kullanarak almak değil; zilyetliğin gaspı nedeniyle iade davası, hak karinesine dayanan taşınır davası veya mülkiyet hakkına

barış düzeni vardır. Hukuk hareketi; barış ise sükunu ifade eder. İşte zilyetlik, bu barış düzeninin vücut verdiği bir müessesedir... Zilyetliğin hukuki fonksiyonlarından birisi de, fiili durumun başkaları tarafından keyfi olarak bozulmasını önlemektir. Hukuk düzeni böylece toplumun esenliğini korumak istemiştir. Kendilerini haklı görenler bile başkasının fiili hakimiyetine belli bir çerçeve içinde saygı göstermeye mecburdurlar". Bkz. legalbank.net (erişim tarihi: 01.02.2022). Ayrıca bkz. Pichonnaz, "Art. 919-941 CC," 2633.

[44] Pichonnaz, "Art. 919-941 CC," 2634, 2636.

[45] Zilyetliğin gaspı, yukarıda da açıklamış olduğumuz gibi, zilyedin bir eşya üzerinde sahip olduğu fiili hâkimiyetinin bütünüyle ve hukuka aykırı bir biçimde ele geçirilmesi, böylelikle de zilyetliğinin onun rızası dışında sona erdirilmesidir. Bu nedenle, hırsızlığı (TCK m. 141) da yağmayı (TCK m. 148) da "zilyetliğin gaspı" olarak nitelendirmek gerekir.

dayanan istihkak davası açmak suretiyle eşyanın kendisine iade edilmesini talep etmektir.^[46]

Bununla birlikte kanun koyucu, usul ekonomisi ilkesi doğrultusunda,^[47] başkasının zilyet bulunduğu şeyi gasp eden davalının, o şeyi davacıdan geri almasını gerektirecek aynı ya da şahsî nitelikte üstün bir hakka sahip olduğunu^[48] derhâl ispat etmesi koşuluyla, o şeyi geri vermekten kaçınabileceğini kabul etmiştir (MK m. 982/f. 2). Mesela davalı, dava konusu eşyanın seri numarasını gösteren faturasını veya kendi adına kayıtlı olduğunu belirten ruhsatnamesini o duruşmada mahkemeye sunarak, o eşyanın maliki olduğunu kanıtlayabilirse eşyayı davacıya iade etmekten kurtulur. Ne var ki davalının, gasp etmiş olduğu eşyayı davacıya geri vermekten kaçınabilmesi için, bu eşya üzerinde üstün nitelikte bir hakka sahip olduğunu derhâl, yani hemen o duruşmada ispat etmesi gerekir.^[49] Şayet davalı, eşya üzerindeki üstün hakkını kanıtlamak üzere bir sonraki duruşmaya delil getirebileceğini beyan ederek süre talebinde bulunursa, onun bu talebi dinlenmez, eşyayı davacıya iade etmek zorunda kalır.^[50]

Zilyetliği gasp edilen kişi, MK m. 982 hükmü çerçevesinde malın kendisine geri verilmesini isteyebileceği gibi, bunun yanında, gasp nedeniyle uğramış olduğu zararların tazminini de talep edebilir. Zira MK m. 982/f. 3 hükmü, davanın, şeyin geri verilmesine ve zararın giderilmesine yönelik olduğunu ifade etmektedir. Hemen belirtelim ki, zilyetliğin gaspı nedeniyle açılacak tazminat davasında, gasp bir haksız fiil niteliğinde olduğu için, TBK m. 49 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır.^[51] Bu nedenle, dava-

[46] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 75.

[47] Ernst, "Art. 927," No: 6; Pichonnaz, "Art. 919-941 CC," 2635; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 43.

[48] Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz*, Art. 927, No: 20.

[49] Pichonnaz, "Art. 919-941 CC," 2635; Tuor, Schnyder, Schmid ve Jungo, *ZGB Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, § 92, No: 9.

[50] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 94; Serozan, *Eşya Hukuku*, 143; Pichonnaz, "Art. 919-941 CC," 2635.

[51] Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 116; Steinauer, *Les droits réels*, No: 354; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen*

lının tazminat ödemesine hükmedilebilmesi için, haksız fiilin unsurlarının ve özellikle de meydana gelen zararda onun kusuru bulunduğu ispat edilmiş olması şarttır.^[52] Oysa gasp edilen eşyanın davacıya iadesine hükmedilmesinde, davalının kusurunun varlığı ya da yokluğu veya davacının gasp nedeniyle zarar görüp görmediği önem taşımaz.^[53]

b) Zilyetliğe Saldırı Halinde Açılacak Davalar

Zilyetliğe yönelik bir saldırıda bulunulması halinde ise, zilyet MK m. 983 hükmünde öngörülen davaları açmak suretiyle saldırının olumsuz sonuçlarının ortadan kaldırmasını sağlayabilir. Eşya üzerindeki haktan bağımsız olarak ileri sürülebilen ve bütünüyle zilyetliğe dayanan bu talepler,^[54] saldırının sona erdirilmesine, sebebinin önlenmesine ve zararın giderilmesine yönelik davalarla ortaya konulabilir (MK m. 983/f. 2).

Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Art. 927, No: 26; Schmid ve Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, No: 238; Homberger, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV/3 (Art. 919-977 ZGB), 2. Aufl., Art. 927, No: 27.

[52] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 77; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 44; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 96; Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2636.

[53] Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 49; Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2634; Steinauer, *Les droits réels*, No: 343.

[54] Bu yönde bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 6377/7214, 26.10.2005: “Davacılar, Hazine’ye ait 274 ada 6 numaralı parsel üzerinde zilyet bulduklarını, davalıların da zilyetlikten kaynaklanan haklarını kullanmasına engel olduklarını iddia ederek bu davayı açmışlardır. Davacıların başkasına ait taşınmaz üzerinde zilyet olması mümkün olduğu gibi TMK.973 ve müteakip maddeleri gereğince zilyetliğin korunmasını da istemeye hakları bulunmaktadır. Bu tür davalar zilyetliğin arkasında bir hak bulunup bulunmadığı araştırılmaksızın sadece zilyet olunduğu için açılan davalarlardır. Amaç sosyal düzenin sürdürülmesidir. Mahkemenin davacıların taşınmaz için Hazine’ye ecrimisil ödemelerinin zilyetlik hakkını ve fiili hakimiyet durumunu doğurmayacağı gerekçesiyle davayı reddetmiş olması doğru değildir. Yapılması gereken taraf delillerini toplamak, mahallinde keşif yapıp, üstün zilyetliğin kimde olduğunu tespit etmek, TMK 982 ve 983. maddelerine göre davayı sonuçlandırmak olmalıdır. Mahkemenin red gerekçesi doğru değildir”. Benzer yönde bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 2297/2873, 25.04.2003. Bkz. legalbank.net (erişim tarihi: 01.02.2022).

Sona erdirme davası, ancak hâlihazırda devam etmekte olan bir saldırı karşısında gündeme gelir.^[55] Bir kimsenin, başkasının zilyedi olduğu bir taşınmazın sınırlarına izinsiz girerek buradan geçmeyi alışkanlık haline getirmesi ya da çöplerini sürekli olarak buraya dökmesi örneklerinde; bu taşınmazın zilyedi, mevcut saldırının sona erdirilmesini dava edebilir. Sona ermiş bir saldırı söz konusu olduğunda ise -eğer tekrar edilme olasılığı varsa- saldırı sebebinin önlenmesi davası ya da -zilyedin saldırı sebebiyle zarara uğramış olması kaydıyla- tazminat davası açılabilir.^[56] Saldırının sona erdirilmesi davasının açılabilmesi için davacının, zilyedi bulunduğu eşyaya yönelik bir saldırı ile karşı karşıya olduğunu ispat etmesi yeterlidir.^[57] Zilyetliğe saldırıda bulunan davalının kusurunun bulunması veya saldırı neticesinde davacının zarar görmüş olması gibi şartlar aranmaz.^[58] Bununla birlikte, zilyetliğin gaspındaki iade davasından farklı olarak davalının, dava konusu eşyaya müdahalede bulunmasını haklı kılacak üstün bir hakka sahip olduğunu derhâl ispat ederek, davanın reddedilmesini sağlama imkânı bulunmamaktadır.^[59] Zira MK m. 983/f. 1 hükmüne göre, “*saldırıda bulunan, şey üzerinde bir hak iddia etse bile; zilyetliği saldırıya uğrayan, ona karşı dava açabilir*”.

Saldırı sebebinin sona erdirilmesi davasında ise, zilyetliğe yönelik muhtemel bir saldırının henüz gerçekleşmeden evvel engellenmesi amaçlanmaktadır.^[60]

[55] Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 51; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz*, Art. 928, No: 40; Ernst, “Art. 928,” No: 10.

[56] Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2643.

[57] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 78. Ayrıca bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 6/12, 9.10.1946.

[58] Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2641, 2642. Ayrıca bkz. ATF 104 II 166; ATF 95 II 397.

[59] Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 116; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 97; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 112; Homberger, *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV/3 (Art. 919-977 ZGB)*, 2. Aufl., Art. 928, No: 13; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz*, Art. 928, No: 53; Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2641; Steinauer, *Les droits réels*, No: 368.

[60] Pichonnaz, “Art. 919-941 CC,” 2643.

Bu dava, ilk defa gerçekleşebilecek olan bir saldırı tehlikesi ile karşı karşıya kalınması durumunda açılacağı gibi; sona ermiş bir saldırının tekrar edilme tehlikesinin varlığı halinde de açılabilir.^[61] Örneğin, komşu araziden gelen atık suların kendi taşınmazına akıtılabilmesi için bir tahliye borusu yapıldığını gören taşınmaz zilyedinin bu davayı açarak saldırı tehlikesini defetmesi mümkün olabilecektir.

Zilyetliğe saldırı sebebiyle bir zarara uğranılmış olması halinde ise, zilyet, bu zararının giderilmesi için saldırıda bulunan kişiye tazminat davası açabilir. Ancak saldırının sona erdirilmesi ve saldırı sebebinin önlenmesi davalarından farklı olarak; tazminat davası açılabilmesi için, zararın varlığı şart olduğu gibi, davalının kusurunun da ispat edilmesi gerekir.^[62] Zira bu davada, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olarak TBK m. 49 vd. hükümleri uygulama alanı bulur.^[63] Tazminat davası, saldırının sona erdirilmesi veya saldırı sebebinin önlenmesi davasıyla birlikte açılacağı gibi, bunlardan bağımsız olarak da açılabilir.^[64]

c) Gasp ve Saldırdan Doğan Zararların Giderilmesi Amacıyla Açılan Tazminat Davası

Zilyet, zilyetliğin gasbindan veya zilyetliğe saldırıdan doğan zararlarının tazminini de isteyebilir. Bu amaçla açılacak bağımsız nitelikli bir tazminat davası, yukarıda belirtildiği üzere haksız fiil sorumluluğuna dayandığı için

[61] Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz*, Art. 928, No: 39; Steinauer, *Les droits réels*, No: 374; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 98; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 119; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 78.

[62] Homberger, *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV/3 (Art. 919-977 ZGB), 2. Aufl.*, Art. 928, No: 23; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz*, Art. 928, No: 46; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 52; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 98.

[63] Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz*, Art. 928, No: 10; Pichonnaz, "Art. 919-941 CC," 2640; Ernst, "Art. 928," No: 12.

[64] Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 52; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 114; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 46.

uygulanacak hukukun da bu vasıflandırma kapsamında analiz edilmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Bu aşamadan önce ise Türkiye’de yetkili mahkemenin varlığı tespit edilmelidir.

i. Yetkili Mahkeme

Gasp ve saldırıdan doğan zararların tazmini amacıyla tazminat davası da yabancı unsurlu olacak şekilde ortaya çıkabilir. Bu tür bir durumda Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin varlığını tespit etmek için öncelikle MÖHUK’a gidilmelidir. MÖHUK’ta hangi yetki kuralının dikkate alınabileceği irdelenirken, konunun usul hukuku kapsamında yetki kuralının tespiti olmasından hareket edilmelidir. Usul hukukunda hakimin hukukunun esas olmasından yola çıkıldığında,^[65] Türk hukukunda da bu dava açısından tazminat talebinin dayanağının haksız fiil olmasına^[66] dayanılarak haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarla ilgili yetki kuralına ulaşılabilir.

MÖHUK’ta haksız fiillere ilişkin bir yetki kuralının yer almayışından hareketle, MÖHUK m. 40 gereği iç hukuktaki yetki kurallarının değerlendirilmesi gerekir. Haksız fiillere ilişkin olarak HMK’da hem genel hem de özel yetki kuralına yer verildiği görülmektedir. HMK m. 6 uyarınca genel yetkili mahkeme olarak davalının yerleşim yeri mahkemesi yetkili olur. Örneğin, bir Türk vatandaşının, yabancı uyruklu gerçek kişinin zilyetliğini gasp ederek veya zilyetliğine saldırıda bulunarak onu zarara uğratması halinde; zarar gören, tazminat davasını saldırıda bulunan Türk vatandaşının yerleşim yeri mahkemesinde açabilir. Ayrıca, HMK m. 16 uyarınca, haksız fiilden doğan davalarda özel yetki kuralı da öngörülmüştür. Buna göre, “haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkili” olur. Davacı, davasını HMK’da işaret edilen bu yer mahkemelerinden birinde açabilir; bu konuda serbesttir. Davacının yetkili mahkeme konusundaki seçim hakkının esas olduğu gözetildiğinde, seçimi nedeniyle hakkını kötüye kullandığı ileri

[65] Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Bası (İstanbul: Beta, 2020), 364; Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Bası (İstanbul: Beta, 2021), 503.

[66] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 77; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 44; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 96; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 116.

sürülemez.^[67] Tazminat davasının, gasp ya da saldırı fiillerini gerçekleştiren yabancı gerçek kişiye karşı açılması durumunda da HMK m. 6 ve HMK m. 16 kapsamında yetkili mahkemenin olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu olasılık bakımından da Türkiye’de yerleşim yerinin bulunmaması halinde genel yetkiyi düzenleyen HMK m. 9’un uygulanmasının söz konusu olabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır.

ii. Uygulanacak Hukuk

Zilyetliğin gaspından veya zilyetliğe saldırıdan doğan zararların giderilmesi amacıyla açılan tazminat davası açısından Türk mahkemelerinin yetkili olduğuna karar verilmesinin ardından yabancı unsurlu bu davada uygulanacak hukukun tespiti gerekecektir. Bu noktada tazminat talebinin dayanağının vasıflandırılması ve bu vasıflandırma doğrultusunda bağlama kuralının tespiti aşamaları ortaya çıkacaktır. Vasıflandırma konusunda değişik alternatifler ileri sürülebilir. Yabancılık unsuru taşıyan olay veya ilişkilerde uygulanması olası birden fazla hukukun, o olay ya da ilişkiyi farklı şekillerde nitelendirmesi, ortaya vasıflandırma problemini çıkarır.^[68] Türk hukukundaki ağırlıklı eğilim, hakimin hukuku- *lex fori* uyarınca vasıflandırma yapmak şeklindedir.^[69] Buna göre Türk hakimi Türk maddi hukukuna göre vasıflandırma yapar.^[70] Ayrıca vasıflandırmanın kural olarak hakimin hukukuna göre yapılması; ancak bu vasıflandırmanın milletlerarası özel hukuk adaletine ve milletlerarası özel hukuk menfaatlerine uygun olmaması

[67] Hakan Pekcanitez ve Hülya Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku*, 15. Bası (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 288.

[68] Konu hakkında bkz. Ugljesa Grusic, Christian Heinze, Louise Merrett, Alex Mills, Carmen Otero Garcia- Castrillon, Zheng Sophia Tang, Katarina Trimmings ve Lara Walker, *Cheshire, North&Fawcett Private International Law (Ed. Paul Torremans)*, 15. Bası (Oxford: 2017), 42; C.M.V. Clarkson ve Jonathan Hill, *The Conflict of Laws*, 4. Bası (Oxford: 2011), 20-21; Dicey, Morris ve Collins, *The Conflict of Laws*, 14. Bası (London: 2006), 4-5; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 75; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 97; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Bası (Ankara: Savaş, 2020), 218; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2021), 48.

[69] Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 49; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 104.

[70] Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 100.

durumunda olay ya da ilişkinin bağlantılı olduğu ülke hukukları kapsamında karşılaştırmalı hukuk temelli vasıflandırma yapılması da önerilmektedir.^[71] Vasıf ihtilaflarının belli bir teoriye bağlı kalınarak çözülmesinin milletlerarası özel hukuk menfaatlerine, taraf menfaatlerine, düzen menfaatlerine, hakkaniyete ve tarafların beklentilerine aykırı sonuçlar doğurabileceği ve her olay bazında vasıf ihtilaflarının çözülmesi gerektiği de belirtilen görüşler arasındadır.^[72] *Lex fori* vasıflandırma uyarınca Türk hukuku esas alınarak tazminat talebinin dayanağının haksız fiil olmasından hareket edildiğinde^[73] MÖHUK m. 34'deki haksız fiile uygulanacak hukuku düzenleyen bağlama kuralına ulaşılabilecektir. MÖHUK m. 34/1 uyarınca haksız fiilin gerçekleştiği yer hukuku uygulanacaktır. Yabancı unsurlu ve zilyetliğe saldırıdan doğan zararın tazminini konu edinen bir davada, saldırının gerçekleştiği yer, Türkiye'de bulunan taşınmaz bakımından Türkiye olacağından Türk hukuku uygulanır. Taşınır mal üzerindeki zilyetliğin gaspı ya da zilyetliğe saldırının Türkiye'de gerçekleşmesi üzerine de Türk hukuku uygulanır.

Yurtdışında bulunan bir taşınır ya da taşınmaz bakımından zilyetlik ile bağlantılı tazminat davasının Türk mahkemesinde görülmesi olasılığında da uygulanacak hukukun tespiti tartışma konusu yapılabilir. Bu tür bir durumda gasp veya saldırının yurt dışında gerçekleşmesi esas alındığında haksız fiilin gerçekleştiği yer sıfatıyla yabancı hukukun uygulanması söz konusu olur.

Ayrıca, örneğin yurt dışında bulunan bir malın zilyetliği ile ilgili olarak, gasp veya saldırıdan dolayı iki Türk arasında Türkiye'de açılan tazminat davasında, MÖHUK m. 34/3 uyarınca haksız fiilin gerçekleştiği yer hukukuna kıyasla, müşterek milli hukuk sıfatıyla Türk hukukunun daha sıkı ilişkili hukuk sıfatıyla uygulanması söz konusu olabilir. Haksız fiil işleyen ve haksız fiilden zarar gören tarafların ortak vatandaşlığa sahip olması ve fiilin, gerçekleştiği yer ile bağlantısının az olması durumunda, müşterek milli hukukun esas alınabileceği ve haksız fiile uygulanabileceği ileri sürülmektedir^[74]. Fiilin

[71] Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 222.

[72] Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 86.

[73] Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 44; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 77; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 116; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 96.

[74] Konu hakkında detaylı analiz için bkz. Tekinalp ve Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 360.

gerçekleştiği yer ile ilişkinin zayıflığı olasılığı tarafların yabancı bir ülkede geçici olarak bulunmaları durumunda gündeme gelebilmektedir.^[75]

Son olarak yabancı unsurlu ve zilyetliğin gaspından ya da zilyetliğe saldırıdan doğan zararların tazminini konu edinen bir davada, taraflar MÖHUK m. 34/5 gereği uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler. Dolayısıyla örtülü bir hukuk seçimi söz konusu olamayacaktır. Böyle bir durumda, haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra olacak şekilde uygulanacak hukuk seçilebilir. Zarar göreni koruma düşüncesiyle hukuk seçiminin sadece sonradan yapılabilmesine olanak tanındığı muhtemel olmakla birlikte yine de haksız fiil gerçekleştikten sonra hukuk seçimi yapılabilmesinin tatmin edici bir gerekçesinin olmadığı belirtilmektedir.^[76]

Uygulanacak hukukun Türk hukuku olarak tespit edilmesi durumunda, yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere zararın varlığı şart olduğu gibi, davalının kusurunun da ispat edilmesi gerekir.^[77] Türk hukukunun uygulanması çerçevesinde bu davada, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olarak TBK m. 49 vd. hükümleri uygulama alanı bulur.

C) ZİLYETLİĞİN İDARİ YOLDAN KORUNMASI

Zilyetliğin kuvvet kullanarak ya da dava yoluyla korunması dışında, idarî makamın kararı ile korunması da söz konusu olabilir. Kuvvet kullanma yoluna başvurma her zaman mümkün ve göze alınır olmayışı, zilyetlik davalarının sonuçlanmasının da zilyetliğe kavuşulması bakımından bir hayli uzun zaman alışı, Türk kanun koyucusunun, zilyetliğin korunmasında üçüncü bir yol ortaya koymasında etkili olmuştur.^[78] Yalnızca taşınmazlar

[75] Tekinalp ve Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 360.

[76] Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 367.

[77] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 89; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 52.

[78] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 100; Serozan, *Eşya Hukuku*, 145; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 47; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 98-99; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 190; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 181.

üzerindeki zilyetliğin korunması^[79] bakımından başvurulabilecek olan bu yöntem, 4.12.1984 tarih ve 3091 sayılı “Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun” ile düzenleme altına alınmıştır. Kanunun amacı, ilk maddede, “taşınmaz mallara yapılan tecavüz veya müdahalelerin, idarî makamlar tarafından önlenmesi suretiyle tasarrufa ilişkin güvenliği ve kamu düzenini sağlamak” olarak açıklanmaktadır.

Türkiye’de bulunan ve yabancı bir kişinin zilyet olduğu bir taşınmaza tecavüz ya da müdahale durumunda, bu kişi Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun gereği idarî makamlardan saldırının veya müdahalenin önlenmesini talep edebilir mi? Bu durumda, MÖHUK kapsamında herhangi bir değerlendirme yapılması söz konusu değildir. Zira, MÖHUK’un 1. maddesi uyarınca “yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkiler bakımından uygulanacak hukuk, yetki gibi” konular düzenlenmiştir. Zilyetliğin idarî yoldan korunmasında ise kamu hukuku kuralları kapsamında, idarî nitelikli bir başvuru söz konusudur.

Kanunun 1. maddesinde bu tür tecavüz veya müdahalelerin idarî makamlar tarafından önlenmesi yoluyla tasarrufa ilişkin güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması amacından söz edilmektedir. Kanunun getiriliş amacına bakıldığında genel anlamda bir güvenlik ve kamu düzeni anlayışına vurgu yapıldığı ve zilyetliğin idarî yoldan korunmasında vatandaş-yabancı ayrımı yapılmadığı görülmektedir. Bu kapsamda, Türkiye’de bir taşınmaz üzerinde zilyetlik kazanmış bir yabancıların taşınmazının tecavüze uğraması durumunda; onun, idarî makamlara başvurabilmesi de güvenliğin korunması ve kamu düzeninin sağlanması amaçlarına hizmet edecektir.

Kaldı ki, Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun’da yabancılar aleyhine tecavüz ya da müdahalenin önlenmesi amacıyla idarî makamlara başvuru konusunda tâbiyete dayalı herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Anayasa’nın 10. maddesine göre herkesin, *dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu* da değerlendirildiğinde

[79] Hemen belirtelim ki düzenlemenin kapsamını, yalnızca gerçek veya tüzel kişilerin zilyet bulunduğu taşınmaz mallara yönelik saldırıların önlenmesi değil; aynı zamanda zilyetliğe konu olmayan kamu idareleri, kamu kurumları ve kuruluşları veya bunlar tarafından idare olunan veya Devlete ait ya da Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahihsiz yerlere veya menfaati kamuya ait olan taşınmaz mallara yapılan tecavüz ve müdahalelerin engellenmesi de oluşturmaktadır (m. 1).

yabancıların da idarî yoldan zilyetliğin korunmasını talep etmelerinin mümkün olduğu sonucuna varılabilecektir.

Ayrıca Anayasa'nın 16. maddesi uyarınca “temel hak ve özgürlükler yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.” Dolayısıyla idarî makamlar nezdinde hak arama özgürlüğü ile ilgili olarak yabancılar aleyhine bir sınırlama getirilmesi düşünülmüş olsaydı, buna Kanun metninde yer verilmiş olması gerekirdi. Bu tür bir ifadenin yokluğu karşısında vatandaş-yabancı ayrımı olmaksızın herkesin idarî yoldan zilyetliğin korunmasını talep edebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Zilyetliğin idarî yoldan korunması bakımından, idarî makamlara başvurmak yönüyle vatandaş ve yabancı arasında bir ayrım yapılmamış ve sınırlama getirilmemiştir. Bu tür bir sonuç Anayasamızda temel hak ve özgürlüklerden herkesin vatandaş-yabancı ayrımı yapılmaksızın yararlanması esası^[80] ile de örtüşmektedir. Ayrıca, taşınmaz zilyetliğine yönelik saldırıyı gerçekleştirenin yabancı uyruklu bir kişi olması durumunda da bu kişiye karşı, saldırıya uğrayan, zilyetliğin idarî yoldan korunmasını talep edebilir.

Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun, zilyetliğin idarî yoldan korunması konusunda karar almaya yetkili makamla ilgili olarak; taşınmazın, merkez ilçe sınırları içinde olması halinde il valisi veya görevlendireceği vali yardımcısı tarafından, diğer ilçelerde bulunması durumunda ise kaymakamlar tarafından saldırının önlenmesine karar verileceğini ve taşınmazın zilyedine yerinde teslim edileceğini öngörmektedir (m. 2).

Zilyetliğin idarî yoldan korunması talebi bakımından uyulması gereken belirli süreler vardır. 3091 sayılı Kanun m. 4 hükmü gereği, taşınmaz malın zilyedi, tecavüz veya müdahalenin yapıldığını öğrendiği tarihten itibaren altmış gün içinde idarî makama başvuruda bulunmak zorundadır. Bununla birlikte, tecavüz veya müdahalenin oluşundan itibaren bir yıl geçtikten sonra bu makamlara başvuruda bulunulamaz.

Başvuru üzerine, karar vermeye yetkili kişiler veya bunların görevlendireceği bir veya birkaç memur tarafından yerinde soruşturma yapılır (m. 5/f. 1). Soruşturma en geç 15 gün içinde tamamlanarak karara bağlanır (m. 6/f. 2). 3091 sayılı Kanuna göre verilen kararlar idarî yargı yolu açık

[80] Çelikel ve Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, 64-65; Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku*, 6. Bası (Ankara: Savaş, 2021), 33.

olmak üzere kesindir. Bununla birlikte, taşınmaz mal üzerinde şahsî ya da aynı hakka dayanan üstün nitelikte bir hakkı olduğunu iddia edenlerin adli yargı yoluna başvurmaları da mümkündür.

Tecavüz veya müdahalenin önlenmesi hakkındaki kararlar, karar vermeye yetkili amirce görevlendirilecek infaz memuru tarafından, taşınmaz malın bulunduğu yerde ve o andaki durumu ile zilyedine teslim edilmek suretiyle yerine getirilir (m. 9/f. 1).

SONUÇ

Hakka dayansın veya dayanmasın, kişilerin eşya üzerinde sahip oldukları hukuki durumu ifade eden “zilyetlik”, hukuka aykırı saldırılar karşısında korunmalıdır. Zilyetliğin korunması ile ilgili uyumsuzluk ve davalar yabancı unsurlu olacak şekilde de gerçekleşebilir. Bu çerçevede, kişi yönünden, yer yönünden veya her iki unsuru da birlikte barındıracak şekilde yabancılık unsuru ortaya çıkabilir. Yabancılık unsuru içeren zilyetliğin korunması konusu, bu çalışmada “kuvvet kullanma, zilyetlik davaları ve zilyetliğin idarî yoldan korunması” ayrımı çerçevesinde incelenmiştir.

Zilyetliğin korunması amacıyla kuvvet kullanma durumunda, henüz bir dava açılmamıştır, ancak Türkiye’de ortaya çıkan ve yabancı unsurlu bu tür bir uyumsuzlukta kuvvet kullanma imkanından yabancı uyruklu zilyedin yararlanmasının mümkün olup olmadığı tartışma konusu yapılabilir. Yabancı unsurlu böyle bir uyumsuzlukta MÖHUK’un 1. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi dikkate alınacaktır; zira yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin bir ilişki söz konusudur. Kuralın uygulanması bakımından “kuvvet kullanma ânı” esas olduğundan ve bu an itibarıyla mal, Türkiye’de yer aldığından, MÖHUK m. 21 uyarınca malın bulunduğu yer hukuku sıfatıyla Türk hukuku uygulanır. Bu şekilde örneğin yabancı uyruklu zilyet de MK m. 981/2’nin gasp ve saldırıyı ivedilikle önleme ve meşru müdafaanın özel bir türü olarak anında müdahale etme imkanlarından yararlanabilir.

Zilyetlik davaları ele alındığında ise, örneğin, Türkiye’de yer alan bir taşınmaz üzerindeki zilyetliğin korunmasına ilişkin yabancı unsurlu davalarda, MÖHUK’ta bu konuda ayrıca bir yetki kuralı öngörülmemiş olduğundan MÖHUK m. 40’ın atfı ile HMK’nın 12. maddesinin ilk fıkrası uygulanır. Bu durumda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkili olur. Taşınır mal zilyetliğinin korunması amacıyla açılan davalar bakımından

da MÖHUK'ta bir yetki kuralı öngörülmemiş olması nedeniyle MÖHUK m. 40 gereği iç hukuk kurallarına göre Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi tayin olunmalıdır. HMK m. 6'daki genel yetki kuralından hareketle dava açıldığı sıradaki davalının yerleşim yeri esas alınır ve davanın bu yer mahkemesinde açılması gerekir. Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında ise HMK m. 9/1 kapsamında davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi, taşınır zilyetliğinin korunması davasında yetkili olacaktır.

Uygulanacak hukuk çerçevesinde ise “malın bulunduğu yer hukuku”, zilyetlik konusunun vasıflandırılması, içeriği, elde edilmesi, kaybı, kaybının koşulları ile zilyetliğin korunma şekilleri konularında uygulanır. Örneğin, Türkiye'de bulunan taşınmaz mal bakımından zilyetlik davalarında malın bulunduğu yer hukuku sıfatıyla Türk hukuku uygulanır. Taşınır mallar bakımından ise taşınırın yer değiştirebilme niteliğine bağlı olarak hangi anda malın bulunduğu yer hukukunun uygulanacağını tespit önemlidir. Örneğin, saldırı veya gasp anında ve dava açıldığı anda halen taşınır malın bulunduğu yer Türkiye'de ise bu durumda Türk hukuku ve Türk Medeni Kanunu uygulanır. MK m. 982 ve m. 983 hükümlerinde düzenlenen davalar ile, zilyetliğin gaspı halinde malın zilyedine iade edilmesi, zilyetliğe saldırı durumunda ise buna son verilmesi mümkün olur.

Zilyetliğe saldırıdan doğan zararların tazmini amacıyla tazminat davası da yabancı unsurlu olacak şekilde ortaya çıkabilir. Bu tür bir durumda Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin varlığını tespit etmek için öncelikle MÖHUK'a gidilmelidir. Usul hukukunda hakimın hukukunun esas olmasından yola çıkıldığında, Türk hukukunda da bu dava açısından tazminat talebinin dayanağının haksız fiil olmasına dayanılarak, haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarla ilgili yetki kuralına ulaşılabilir. Uygulanacak hukukun tespiti için ise, *lex fori* vasıflandırma uyarınca Türk hukuku esas alınarak tazminat talebinin dayanağının haksız fiil olmasından hareket edildiğinde, MÖHUK m. 34'deki haksız fiile uygulanacak hukuku düzenleyen bağlama kuralına ulaşılır. MÖHUK m. 34/1 uyarınca haksız fiilin gerçekleştiği yer hukuku uygulanır. Yabancı unsurlu ve zilyetliğe saldırıdan doğan zararın tazminini konu edinen bir davada, saldırının gerçekleştiği yer, Türkiye'de bulunan taşınmaz bakımından Türkiye olacağından Türk hukuku uygulanır. Taşınır mal üzerindeki zilyetliğin gaspı ya da zilyetliğe saldırının Türkiye'de gerçekleşmesi üzerine de Türk hukuku uygulanır.

Zilyetliğin kuvvet kullanarak ya da dava yoluyla korunması dışında, idarî makamın kararı ile korunması da söz konusu olabilir. Zilyetliğin korunması amacıyla idarî makamlara yabancı kişilerin de başvurabilmesi mümkün olmalıdır. Zira, Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'da yabancıların idarî makamlara başvurusu aleyhine bir sınırlama getirilmemiştir ve hak arama özgürlüğü kapsamında yabancılar da bu olanaktan yararlanabilmelidir. Örneğin, taşınmazın, merkez ilçe sınırları içinde olması halinde il valisi veya görevlendireceği vali yardımcısı tarafından, diğer ilçelerde bulunması durumunda ise kaymakamlar tarafından saldırının önlenmesine karar verilebilir ve taşınmaz, yabancı zilyedine yerinde teslim edilebilir.

KAYNAKÇA

- Akipek Jale, Akıntürk Turgut ve Ateş, Derya. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta, 2018.
- Antalya, O. Gökhan. *Eşya Hukuku-II*, İstanbul: Legal, 2017.
- Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. *Eşya Hukuku*. 4. Baskı. İstanbul: Vedat, 2014.
- Clarkson, C.M.V. ve Hill, Jonathan. *The Conflict of Laws*. 4. Baskı. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Çelikel, Aysel ve Günseli Gelgel. *Yabancılar Hukuku*. 23. Baskı. İstanbul: Beta, 2017.
- Çelikel, Aysel ve Bahadır Erdem. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 17. Baskı. İstanbul: Beta, 2021.
- Dicey, Morris ve Collins. *The Conflict of Laws*. 14. Baskı. London: Sweet and Maxwell, 2006.
- Doğan, Vahit. *Türk Yabancılar Hukuku*. 6. Baskı. Ankara: Savaş, 2021.
- Doğan, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 6. Baskı. Ankara: Savaş, 2020.
- Ernst, Wolfgang “vor Art. 926-929 ZGB,” içinde *Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II*, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser, No: 2. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015.
- Esen, Emre. “Yabancılık Unsuru Taşınan Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesi Hakkındaki Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”. *İÜHFİM* 65, no. 2 (Temmuz, 2007): 385-396.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. *Eşya Hukuku*. 7. Baskı. Ankara: Yetkin, 2017.
- Grusic Ugljesa, Heinze Christian, Merrett Louise, Mills Alex ve Diğerleri. *Cheshire, North & Fawcett Private International Law* (Ed. Paul Torremans). 15. Baskı. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Güngör, Gülin. *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Gürsoy, Kemal T., Fikret Eren ve Cansel Erol. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi, 1978.
- Homberger, Arthur. *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV/3 (Art. 919-977 ZGB), 2. Aufl.* (Zürich: 1938), Art. 929, No: 22.

- Kılıçoğlu, Ahmet M.. *Eşya Hukuku*. Ankara: Turhan, 2021.
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul: Beta, 2017.
- Nomer, Halûk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku*. 4. Baskı. İstanbul Oniki Levha, 2017.
- Oğuzman M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. 22. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Pekcanitez, Hakan ve Hülya Taş Korkmaz. *Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku*. 15. Baskı. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Pichonnaz, Pascal. "Art. 919-941 CC," içinde *Commentaire Romand, Code Civil II*, ed. Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx ve Denis Piotet, Bâle: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Schmid, Jörg ve Hürlimann-Kaup, Bettina. *Sachenrecht*. 5. Auflage, No: 219. Zürich: Schulthess Verlag, 2017.
- Serozan, Rona. *Eşya Hukuku-I*. 3. Baskı. İstanbul: Filiz, 2014.
- Sirmen, Lâle. *Eşya Hukuku*. 6. Baskı. Ankara: Yetkin, 2018.
- Stark, Emil W. ve Lindenmann, Barbara. *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB No: 7*. Bern: Stämpfli, 2016.
- Steinauer, Paul-Henri. *Les droits réels*. Berne: Stämpfli, 2007.
- Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman Figanmeşe. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 8. Baskı. İstanbul: Beta, 2020.
- Tekinalp, Gülören ve Ayfer Uyanık. *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*. 12. Baskı. İstanbul: Vedat, 2016.
- Tekinay, Selahâttin Sulhi, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Eşya Hukuku-I*. 5. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.
- Tuor, Peter, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid ve Alexandra Jungo. *ZGB Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*. 14. Auflage. Zürich: Schulthess Verlag, 2015.
- Ünal, Mehmet ve Veysel Başpınar. *Şekli Eşya Hukuku*. 10. Baskı. Ankara: Savaş, 2018.

Devlet Sırrı ve İfade Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme

Ömer E. EGELİĞİ*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Arş. Gör., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. (egeligi@tau.edu.tr) <https://orcid.org/0000-0003-2742-8456>

Makale Geliş Tarihi: 29 Mart 2022 **Makale Kabul Tarihi:** 26 Nisan 2022

Atıf önerisi: Egeliği, E. Ömer. “Devlet Sırrı ve İfade Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 2 (Nisan 2022): 351-398. DOI: 10.30915/abd.1142214

DEVLET SIRRI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ: İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BİR İNCELEME

ÖZ

Hukuk devleti ve demokrasi kavramlarının, şeffaflık ve hesap verilebilirliği öne çıkarmasıyla birlikte devlet sırrı istisnai bir alana dönüşme trendine girmiştir. Yine de bazı devlet faaliyetlerinin doğası gereği gizli olması zorunluluğu günümüzde de devam etmektedir. Bu da devlet sırrının meşruiyetini, demokratik toplumdaki işlevine bağlamıştır. Devlet sırrı, temel hak ve özgürlüklere müdahale aracı ya da gerekçesi olabilmektedir. İfade özgürlüğü bu hak ve özgürlükler arasından öne çıkanlardandır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararları devlet sırrının niteliği ve ifade özgürlüğüyle nasıl uyumlaştırılacağı açısından yol göstericidir. Çalışma bu kararlarda, devlet sırrının, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında nasıl ele alındığına odaklanmıştır. Bazı hâllerde devlet sırrının açıklanmasının ifade özgürlüğü kapsamında yorumlandığı tespit edilmiştir. Bu yorum da toplumun bilgi alma hakkı, şeffaflık ve demokrasi gibi kamu yararının varlığına dayanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

devlet sırrı

ifade özgürlüğü

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

anayasal hak ve özgürlükler

demokrasi

STATE SECRET AND FREEDOM OF EXPRESSION: A STUDY WITHIN THE FRAMEWORK OF THE JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

With the idealization of transparency and accountability by the concepts of rule of law and democracy, state secrecy has tended to transform into an exceptional field. However, the indispensability of some government activities to be confidential by their nature continues today. These facts linked the justification of the state secret to its function in a democratic society. State secret can be a mean or reason for interference to the fundamental rights and freedoms. Freedom of expression is one of the prominent among these rights and freedoms. Jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR) are instructive in terms of the nature of state secret and how it can be harmonized with freedom of expression. The study focused on how state secret was handled in limiting freedom of expression in the judgments of the ECHR. It has been determined that the disclosure of state secrets is interpreted within the scope of freedom of expression in some cases. These interpretations are based on the existence of public interest such as the society's right to information, transparency, and democracy.

Keywords

state secret

freedom of expression

European Court of Human Rights

constitutional rights and freedoms

democracy

GİRİŞ

Genel olarak “sır”^[1] ve “sır tutma yükümlülüğü” gibi kavramlar hukukun birçok dalında ele alınmıştır. Dolayısıyla “sır” kavramı devlet organları kadar gerçek ve tüzel kişileri de ilgilendirmektedir. Örneğin gerçek kişiler için dini inancına, sağlığına ilişkin bilgiler, diğer kişilerle iletişimi; tüzel kişiler içinse ticari sırlar, bankacılık sırları, müşteri bilgileri gibi unsurların gizliliği kural olarak hukukun koruma alanı içerisine girmektedir.^[2]

Sadece bu örneklerden anlaşılacağı gibi, sır ve sır tutma yükümlülüğünü geniş olarak ele alma girişimi uzun ve kapsamlı bir çalışma gerekecektir. Bu nedenle öncelikli olarak devlet sırrını hukuk dünyasındaki kavram akrabalarından ayırmak gerekir. Devlet sırrını diğer sırlardan ayıran en önemli özelliklerden birisi, sırrın gizli kalmasındaki kamu yararadır.^[3] Bu kamusal yarar, bilginin ifşa edilmesi hâlinde doğacak sonuçlarla yakından

[1] Arapça kökenli bir kelime olan “sır” gizli tutulması gereken, belirli kişiler haricinde kimsenin sahip olmaması gereken bilgi anlamına gelmektedir. Yusuf Ziya Polater, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı,” *TBB Dergisi* 28, no. 122, (Ocak, 2016): 129. Esasında kelimenin Arapça kökeninin “srr” kökünden gelen “sirr” olduğu; *göbek deliği, bir şeyin iç kısmı, ruh, yürek* gibi anlamlara geldiği öne sürülmektedir. Nişanyan Sözlük, <https://www.nisanyansozluk.com>; Türkçe Etimoloji Sözlüğü, <https://www.etimolojiturkce.com>, erişim tarihi 10.03.2022. İngilizce’deki karşılığı olan “secret” kelimesininse Latince ayırmak, saklamak anlamına gelen “cernere” fiilinin başına “kendi kendine” anlamı kazandıran “se” ekinin gelmesiyle oluştuğu belirtilmektedir. Yani *kendi başına bir şeyleri ayırmak, saklamak* manasında kullanılmıştır. Online Etymologie Dictionary, <https://www.etymonline.com>, erişim tarihi 10.03.2022. Kelimenin Almanca karşılığı olan “Geheim” ise “ev” anlamına gelen “Heim” kökünden gelmektedir. Zamanla *eve ait olan* anlamından, *sır* anlamına kavuşmuştur. [wissen.de](https://www.wissen.de), erişim tarihi 10.03.2022.

[2] İzzet Özgenç, *Suç Örgütleri*, (Ankara: Seçkin, 2020), 359. Hatta bazı mesleklerde sır saklama yükümlülüğünün öne çıktığı söylenebilir. Örneğin avukatların sır saklama yükümlülüğü müvekkillerinin yakınlarını hatta mirasçılarını dahi kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Özcan Günergök, “Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü”, *AÜEHFD* 7, no. 1-2, (Haziran, 2003): 659.

[3] Ayhan Döner, *Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları*, (İstanbul: On İki Levha, 2010), 228. Öyle ki devlet sırrı, gizli kalmasındaki kamu yararı aleni olmasından daha yüksek olan kamusal bilgi olarak dahi tanımlanmaktadır. Cemil Kaya, “State Secret as an Instrument to Maintain State Security”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no.1, (Haziran, 2006): 34.

ilgilidir. Devlet sırrının ifşası devletin güvenliği veya uluslararası ilişkilere zarar verme tehlikesi doğuracaktır.^[4] Doğuracağı farklı sonuçlar nedeniyle mevzuatta da devlet sırrı, gizli tutulması beklenen diğer bilgilerden ayrı bir yerde konumlandırılmaktadır.^[5]

Devlet sırrının kendisi de hukukun farklı dallarıyla temas içerisindedir. Bu nedenle birçok farklı düzenlemede yer edinmiştir.^[6] Ancak çalışmamız İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi^[7] kararlarında devlet sırrının (diğer hak ve özgürlüklerin yanı sıra) ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında nasıl bir

[4] Özgenç, *Suç Örgütleri*, 363.

[5] Örneğin kamu görevlilerinin ulaştığı bilgileri gizli tutma yükümlülüğünün ihlali hâlinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 135. maddesinde düzenlenen "kişisel verilerin kaydedilmesi suçu" veya 239. maddesinde düzenlenen "ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu" gündeme gelebilecektir. Açıklanan bilginin devlet sırrı olması hâlindeyse, fiil, TCK'nın "devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" başlıklı 7. bölümünde arasında düzenlenen suçlardan birinin kapsamında değerlendirilecektir. Mehmet Emin Alşahin, "Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu (TCK m.258)," *MÜHFD* 20, no. 2, (Ocak, 2014): 246.

[6] Nitekim mevzuat arama platformlarından Lexpera üzerinde yapılan bir taramada "Devlet Sırrı" ifadesini taşıyan 59 Kanun olduğu görülmüştür. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Lexpera.com.tr, erişim tarihi 10.03.2022. Legalbank üzerinden yapılan taramadaysa 47 adet Kanun olduğu tespit edilebilmiştir. Legalbank, Elektronik Hukuk Bilgi Bankası, Legalbank.net, erişim tarihi 10.03.2022. Bu kanun hükümleri iki ana gruba ayrılabilir. Birinci grup devlet sırrını koruyan düzenlemeler (Ör. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu); ikinci grup ise bazı görevlere giriş için devlet sırrını ihlal etmemiş olma şartı içeren hükümlerdir (Ör. 5907 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu).

[7] *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi* ya da *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*, çalışma içerisinde *İHAM* olarak kısaltılacaktır. Mahkemenin kararları, kendi resmî sitesi olan Hudoc.com'dan temin edilmiştir. Mahkemenin yorumlayıcısı olduğu, Türkçe literatürde *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* olarak da kullanılan (Resmî tam adı: *İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme*) *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi* de çalışma içerisinde *İHAS* şeklinde kısaltılacaktır. Bununla beraber Ankara Barosu Dergisi Yazım Kuralları gereğince dipnotlarda ve kaynakçada *AİHM* şeklinde kısaltma tercih edilecektir.

rol oynadığına odaklanacaktır.^[8] İlk bölümde, çalışmanın temel çerçevesiyle sınırlı tutularak, devlet sırrı tanıtılacaktır. İkinci bölümde ifade özgürlüğü dışındaki temel hak ve özgürlüklerden bazılarına yönelik, devlet sırrıyla ilgili müdahale örneklerine yer verilecektir. Son olarak ilk iki bölümde elde edilen bulgular ışığında ifade özgürlüğü ve devlet sırrı arasındaki ilişki İHAM kararları çerçevesinde incelenecektir.

I. GENEL OLARAK DEVLET SIRRI

Devlet sırrının tanımından ziyade tanımsızlığı üzerinde bir uzlaşa olduğunu söylemek abartı olmayacaktır. Devlet sırrı kavramını tanımlamanın güç olduğu birçok kez dile getirilmiştir.^[9] Bu güçlük karşısında, kanunilik ve öngörülebilirlik açısından devlet sırrının olabildiğince açık bir şekilde tanımlanması ve düzenlenmesi, gerekliliğini korumaktadır. Aksi hâlde yani devlet sırrının mevzuatta muğlak bırakılması hâlinde, bazı eylem ve işlemlerin denetlenememesine yol açacaktır.^[10]

Yasal düzenlemelerde doğrudan bir tanım bulunmasa da bazı hükümler devlet sırrı kavramının nitelendirilmesinde yol gösterici olabilmektedir. Örneğin, Türk hukukunda devlet sırrını doğrudan düzenleyen bir kanun mevcut değildir. Çeşitli kanunlara dağılmış hâlde konuya ilişkin hükümler bulunmaktadır. Öğreti, devlet sırrıyla ilgili genel bir çerçeve çizmek için bu hükümlere başvurmaktadır.^[11] Fakat bu düzenlemelerin de yeterince belirlilik

[8] Bu nedenle, konuyla ilgili hâlihazırdaki akademik eserlerin mevcudiyeti de dikkate alınarak kapsamlı bir mevzuat aktarımı yapılmayacaktır. Yine de çalışmada değineceğimiz bazı başlıklar özelinde, mevzuattan örneklere başvurulacaktır.

[9] Polater, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı,” 130; Ramazan Erdağ, “Yönetimde Gizlilik ve Devlet Sırrı Kavramı,” *Türk İdare Dergisi* 81, no. 463, (Eylül, 2009): 96. Ortak bir tanımın üretilmemesinin nedenleri arasında her devletin kendi ihtiyaçlarının farklılığı ve bu ihtiyaçların değişkenliği de gösterilmektedir. Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı*, (İstanbul: Seçkin, 2020), 21; Cengiz Ozan Örs, “Ceza Yargılamasında Devlet Sırrı Üzerine Bir Değerlendirme,” *TBB Dergisi* 32, no. 142, (Haziran, 2019): 17.

[10] Polater, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı,” 100.

[11] Örneğin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk” başlığını taşıyan 7. bölümünde yer alan maddelerdeki çeşitli ifadelere devlet sırrını bir tanıma kavuşturmak adına başvurulmaktadır. 326. maddede “Devletin

sağladığını söylemek güçtür. Öğretide sıkça yer verilen bir düzenleme de kanunlaşmamış olan *Devlet Sırları Kanun Tasarısı*'dır. Tasarı, devlet sırrı kavramını doğrudan tanımlamıştır.^[12] Tasarının 3. maddesinde devlet sırrı, “açıklanması veya öğrenilmesi, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek ve bu nedenlerle niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgi ve belge” olarak açıklamıştır.^[13]

güvenliğine veya iç veya dış siyasal yararlarına ilişkin belge veya vesikalar” ifadesi; 327. maddede yer alan, “Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgiler” ifadesi; 326. maddede yer alan “niteliği itibarıyla gizli kalması gereken” ifadesi; 334, 335, 336, 337. maddelerinde yer alan “devlet sırrı olmamakla birlikte yasaklanan bilgileri” tanımlayan “yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgiler” ifadesi devlet sırrı kavramının çerçevesini çizmek için kullanılmıştır. Örs, “Ceza Yargılamasında Devlet Sırrı Üzerine Bir Değerlendirme,” 17. Bunun yanı sıra 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun “Devlet sırrına ilişkin bilgi ve belgeler” başlıklı 16. maddesi şu şekildedir: “Açıklanması hâlinde Devletin emniyetine, dış ilişkilerine, millî savunmasına ve milli güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla Devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır.” Doğrudan devlet sırrını tanımlayan bir yasa maddesi içermesi nedeniyle, tasarının bu alanda bir boşluğu doldurduğu belirtilmektedir. Rukiye Akkaya Kia, “Devlet Sırrı, Kimin Sırrı?,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19, no. 2, (Aralık, 2013): 754.

[12] Polater, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı,” 135. Gerçi tasarının gündemde olduğu dönem, tasarıdaki tanımın da yeterli olmadığı her bir somut olayın özgün koşulları içerisinde bir değerlendirme gerektiği yönünde eleştiriler de yöneltilmiştir. Bkz. Ayhan Küçük, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Bu Hakkın İhlalinde İdare ve Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu,” *Sayıştay Dergisi*, no. 81, (Haziran, 2011): 116.

[13] Bu tanımın mevzuattaki diğer düzenlemelerden çok da farklı olduğunu söylemek güçtür. Tasarıdaki tanım, Ceza Kanunları ve BEHK'deki tanımlar ile benzerlikler taşımaktadır. Ancak devlet sırrı kavramına tanım getirme iddiasında olan bir kanun tasarısı dahi bu tanımlamanın ne kadar güç olduğunu gösterir nitelikte bazı hükümler içermektedir. Can Azer, *Bilgi Edinme Hakkı*, (Ankara: Yetkin, 2010), 177. Tasarının 4. maddesinde devlet sırrı niteliği taşımayan birtakım belge ve bilgilere de, devlet sırrı kadar olmasa da, gizlilik tanımıdır. “Devlet sırrı niteliği taşımayan diğer gizli bilgi ve belgeler: Madde 4- (1) Devlet sırrı niteliği taşımayıp da, açıklanması veya öğrenilmesi hâlinde ülkenin ekonomik çıkarlarına, istihbarata, askerî hizmetlere,

Bu noktada çalışmanın yöntemiyle de bağlantılı olarak Devlet Sırları Kanunu Tasarısı'nda da yer alan bir farka değinmek gerekir. *Devlet sırrı niteliği taşımamakla birlikte gizli bilgi ve belgeler* için tasarıda farklı bir hukuki rejim öngörülmüştür. Esasında bu ayırım tasarıdan evvel de gözetilmektedir. Nitekim Anayasa'nın ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. maddesinde “*devlet sırrı olarak usulünce belirlenmiş bilgiler*” ifadesi dikkat çekmektedir. Oysa Danışma Meclisinin ilk taslak metninde, bu ifade yerine “*devlete ait gizli bilgilerin açıklanmaması*” ifadesi yer almıştır.^[14] Danışma Meclisindeki tartışmalar neticesinde madde şu anki hâlini almıştır.^[15] Bu tarihsel gelişmeden hareketle Anayasa koyucunun, devlet sırrını *devlete ait*

idari soruşturmaya ve adli soruşturma ve kovuşturmaya zarar verebilecek nitelikteki veya yetkili makamlar tarafından gizlilik derecesi verilmiş bilgi ve belgeler, gizli bilgi ve belge olarak kabul edilir.” Bu hüküm devlet sırrının muğlaklığa izin vermeyen şekilde tanımlanmasıyla arzu edilen amacı zayıflatmış; tabiri caizse kanunilik duvarları içerisinde bir gedik açmıştır.

- [14] Danışma Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (1/463), 17; TBMM İnternet Sitesi, Tbbm.gov.tr, erişim tarihi 22.03.2022. İlk taslağa göre idarenin, herhangi bir bilgi veya belgeyi gizli olarak tasnif etmiş olması ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için yeterli olacağı söylenebilir.
- [15] Aslında bu ifadeyle birlikte Türk hukukunda bir boşluk olduğunu söylemek mümkündür. Zira bu maddeyle ifade özgürlüğüne ilişkin bir düzenleme gerektiği açıktır. Oysa devlet sırrının hangi usulle, kim tarafından ne süreyle belirleneceği henüz düzenlenmemiştir. Bir temel hak ve özgürlüğe ilişkin olması nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi gereği bu usulün yasayla düzenlenmesi gerekmektedir. Ne var ki bu konuda bir yasa mevcut değildir. Bu noktada akillara yasama erkine yönelik *ihmal yoluyla anayasaya aykırılık* kavramı gelecektir. İhmal yoluyla anayasaya aykırılık, Anayasa'da yasama organının düzenleme yapmasını öngören bir hükme rağmen henüz bir düzenleme gerçekleştirilmemesi durumuna yönelik bir yoldur. Anayasa'nın 26. maddesinin muhatabının yasama olduğu açıktır. Dolayısıyla devlet sırrı alanını ve usulünü düzenlememekle yasamanın ihmalde bulunduğu söylenebilir. Karşılaştırmalı hukukta, bu yol daha çok yasama organına çağrı şeklinde tezahür etmektedir. Türk hukukunda ihmal yoluyla anayasaya aykırılık usulünün varlığı açıkça mevcut değildir. Ancak Tolga Şirin'e göre 2010 Anayasa değişiklikleriyle birlikte yasama organının ihmaline karşı bireysel başvuru yapılabilir. Yazara göre 6216 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun*'un bireysel başvuruyu düzenleyen 46. maddesinde yer alan “*Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.*” ifadesi yasama organının ihmaline karşı bireysel başvuru yapılmasına olanak tanımaktadır. Bkz. Tolga Şirin, *Türkiye'de*

gizli bilgilerden ayrı bir kategori olarak gördüğü kanaatimizce açıktır. Devlet Sırları Kanunu Tasarısı'na geri dönecek olursak, bu ayrımın tasarıda da yer aldığı gözlemlenmektedir. Devlet sırları ve devlete ait diğer gizli bilgiler birbirinden ayrılmıştır. Tasarıya göre devlet sırrını diğer gizli bilgilerden ayıran ilk husus belirlenme usulüdür. Tasarının 6. maddesi devlet sırrının *Devlet Sırrı Kurulunca* kabul edilmesi şartını öngörmüştür.^[16] 4. maddesiye *devlet sırrı taşımayan ancak yetkili makamlarca gizlilik derecesi verilmiş gizli bilgi ve belgeleri* düzenlemiştir.^[17] Görüleceği üzere devlet sırrını, devlete ait diğer gizli bilgi ve belgelerden ayıran en önemli unsur belirlenme usulüyle ilgilidir. Bu usul idarenin, devlet sırrı nitelendirmesindeki takdir marjını pratikte sınırlandırmıştır. Her ne kadar tasarıda yer alan Kurul üyelerinin yine yürütme erki içerisinde belirlendiği görüle de en azından bu belirleme usulü merkezleştirilerek, herhangi bir yetkilinin tasnifinden daha kapsamlı bir usul öngörülmüştür. Bir yönüyle devlet sırrıyla ilgili takdir marjı merkezleştirilmiştir. Bununla beraber İHAS'ta bu yönde bir daraltma girişiminin izlerine rastlanmamaktadır. Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında "*gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi*" ifadesine yer verilmiştir.^[18] Bu ifadenin devlet sırrı kavramını da içerdiği söylenmelidir. Tüm bunlara ek olarak

Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, (İstanbul: On İki Levha, 2013), 372.

[16] "*Bu Kanun hükümlerine göre bilgi ve belgelere devlet sırrı niteliğini verme yetkisi, Başbakanlık Müsteşarının başkanlığında; Adalet, Millî Savunma, İçişleri ve Dışişleri bakanlıkları müsteşarlarından oluşan Devlet Sırrı Kuruluna aittir. Kurulun sekreteryası hizmetleri Başbakanlıkça yerine getirilir. Kurul, Başbakanlık Müsteşarının daveti üzerine toplanır. Kurulun çalışma esas ve usulleri Kurulca belirlenir (...)*"

[17] "*Devlet sırrı niteliği taşımayıp da, açıklanması veya öğrenilmesi hâlinde ülkenin ekonomik çıkarlarına, istihbarata, askeri hizmetlere, idari soruşturmaya ve adli soruşturma ve kovuşturmayaya zarar verebilecek nitelikteki veya yetkili makamlar tarafından gizlilik derecesi verilmiş bilgi ve belgeler, gizli bilgi ve belge olarak kabul edilir (...)*" Bu iki ayrı kategori arasındaki diğer fark da bu bilgi ve belgelerin mahkemeye verilmesiyle ilgilidir. Tasarı devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin mahkemeye verilmemesine olanak sağlamıştır. *Devlet sırrı niteliği taşımayan gizli bilgi ve belgelerin* ise kural olarak mahkemeye gönderileceği, aksi yönde bir karar alındığında ve mahkemenin gerekçeyi yeterli görmediği varsayımıdaysa bu bilgi ve belgelerin gönderilmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir.

[18] Bu meşru amacın Anayasa'nın 26. maddesindeki karşılığı olarak "*meslek sırlarının korunması*" ve "*devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgiler*" ifadeleri

devlet sırrı olarak nitelendirilen gizli bilgi ve belgelerle, bu şekilde nitelendirilmeyen devlete ait gizli bilgi ve belgeler müdahale aracı ya da gerekçesi olarak oldukça benzer bir tablo çizmektedir. İHAM kararlarında her iki kategorideki belgelerle ilgili benzer bir içtihat dokusu gözlemlenmektedir. Bu gerekçelerle çalışma kapsamında devlet sırrı kavramıyla birlikte devlet sırrı olmamakla beraber devlete ait gizli bilgi ve bilgilere ilişkin içtihattan da yararlanılacaktır.

Son olarak mevzuattaki durumdan farklı olarak literatürdeki tanımların sayısının oldukça fazla olduğunu ve tüm bunları derlemenin zor olduğunu ifade etmek gerekir. Yine de hâlihazırdaki tanım zenginliğine katkıda bulunmak adına yeni bir girişim, çalışmanın misyonuna uygun olacaktır. Kanaatimizce devlet sırrı, *ifşa edilmesi hâlinde, devletin bir eylem ya da işlemle amaçladığı kamu yararının gerçekleşmemesine, eylem ya da işlemin iptali veya esaslı değişikliği zorunluluğunun doğmasına, kamu görevlilerinin çalışmasının engellenmesine ya da kişilerin can ve mal güvenliğinin tehlikeye girmesine neden olacak; hukuka uygun ve hukukla belirlenmiş her türlü bilgi ve/veya belge* olarak tanımlanabilir.^[19]

A) İŞLEVI

Devlet sırrı, tarihin belirli dönemlerinde egemenliğin doğal bir uzantısı olarak siyasi bilgeliğin bir parçası olarak görülmüştür.^[20] Ancak modern

gösterilmektedir. Tolga Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-2: İfade Özgürlüğünün Yeşili*, (İstanbul: Tekin, 2021), 67.

[19] Bu tanımdan hareketle çalışmamızda ele alınacak olan ifade özgürlüğü ve devlet sırrı arasındaki dengede ne tür dinamiklerin gözetilmesi gerektiği bir nebze olsun belirginleşecektir. Nihayetinde ifade özgürlüğünü sınırlandıran bir gerekçe olarak devlet sırrı bu amaçlara hizmet ettiği ölçüde meşru olacaktır.

[20] *Arcana Imperii (Lat.)* (İmparatorun sırları) kavramından bu yana, devlet sırrı egemenliğin Tanrı’dan geldiği anlayışının yer yüzündeki bir yansıması şeklinde yorumlanmıştır. Bernhard W. Wegener, *Der geheime Staat: Arkantradition und Informationsfreiheitsrecht*, (Göttingen: Morango, 2006), 47. Buna ilişkin olarak da *ragion di stato (İt.)* (devlet nedeni) kavramıyla egemenin, bazı bilgileri gizli tutmaktaki gayesinin ulusal çıkar olduğu kabulü öne çıkmıştır. Norbert Campagna, “Legitimität der arcana imperii und des Diskurses”; içinde Voigt Rudiger (Eds), *Staatsgeheimnisse: Arkanpolitik im Wandel der Zeiten*, (Wiesbaden: Springer, 2017), 54. *Ragion di Stato*, Türkçe’ye *devlet aklı, hikmet-i hükümet* şekillerinde geçmiş;

devletin meşruluğunun şeffaflık ve kamusalılık kavramlarına dayanması eğilimiyle, devlet sırrının meşruiyet kaynağı da dönüşmüştür.^[21] Devlet sırrının meşruiyeti onun demokratik toplumdaki işlevine bağlanmıştır.^[22] Bu işlev, devlet sırrını kendisinden ve onu tanımlayanlardan öteye taşımış; meşruiyetini de hizmet ettiği meşru amaçlara ve hukuka uygunluğuyla belirlemeye başlamıştır.

Şüphesiz bazı devlet faaliyetlerinin doğası gereği, gizlilik önemli bir unsurdur.^[23] Örneğin devlet güvenliğini sağlama ve suç önleme amacıyla gerçekleştirilen istihbarat faaliyetlerinin gizli yürütülmesi gerekliliği açıktır. Aksi hâlde bu faaliyetlerle arzu edilen kamu yararına ulaşılması olanaklı

kavramsallaştırılmasından önce de Türk siyasal yaşamında varlık göstermiştir. Mithat Sancar, “Devlet Akli” *Kıskacında Hukuk Devleti*, (İstanbul: İletişim, 2010), 13; Yavuz Çilliler, “Türk Siyasal Hayatında Devlet ve Hikmet-i Hükümet Geleneği,” *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 13, no. 34, (Eylül, 2016), 421. Egemenin şahsının ötesine geçmiş olan devlet akli kavramıyla, egemenin sırları da devlet aklının bir parçası olarak görülmüştür. Salim Orhan, “Devlet Akli Doktrini ve Modern Türkiye’ye Geçiş Sürecinde Bir Tezahürü Olarak Teşkilat-ı Mahsusa,” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, no. 39, (Aralık, 2018), 388. Ancak modern anlamda hukuk devletinin doğuşuyla birlikte, özellikle yürütmenin denetlenmesi gerektiği eğilimi, devlet akli konseptinin gerilemesine yol açmıştır. Semih Batur Kaya, “Anayasa Yargısında Alan Sorunu: Anayasa Yargısının Belirlenmiş Alanı,” *TBB Dergisi* 143, (Ağustos, 2019), 66.

[21] Wegener, 2006, 142.

[22] Daniele Santoro, Manohar Kumar, *Speaking Truth to Power—A Theory of Whistleblowing*, (Cham: Springer, 2018), 98.

[23] Hukuk genellikle açıklık ve kamusallıkla özdeşleştirilmektedir. Hukukun, kararlara rehber olma işlevi düşünüldüğünde bu niteliklerin önemi ortadadır; bununla birlikte bir görüşe göre, hukuk kararlara rehber olma işlevini koruduğu müddetçe bazı hâllerde gizli olmasının da sosyal yarara hizmet ettiği ileri sürülebilir. Konuyla ilgili hukuk felsefesi ekseninde bir çalışma için Bkz. Christopher Kutz, “Secret Law and the Value of Publicity,” *Ratio Juris* 22, no. 2, (June, 2009): 210.

değildir.^[24] Sonuç olarak devlet sırrı, devletin kendi varlığını koruması ve sürdürmesi için de bir gerekliliktir.^[25]

İHAS da kural olarak, olarak devlet sırrını dışlamamaktadır.^[26] Ancak devlet sırrı çoğu kez bir temel hak ve özgürlüğe müdahale aracı ya da gerekçesi olarak ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla bu kavramın sınırsız bir şekilde kabul edilmesi beklenemez. Ayrıca devlet sırrını yaratan zorlayıcı nedenlerle devletin eylem ve işlemlerine karşı hesap verilebilirlik arasında bir denge gözetilmelidir.^[27] Ulusal güvenlik gibi meşru amaçlar çerçevesinde devlet sırrının ifşası karşısında cezai bir yaptırımın uygulanması ve bu yönde eylemlere karşı caydırıcı tedbirler alınması da kabul edilebilir bulunmaktadır.^[28] Sonuç olarak ulusal güvenliğin tehlikeye girmesi hâlinde temel hak ve özgürlüklerden yararlanmanın da tehlikeye gireceği açıktır.^[29] Kaldı ki bazı gizli bilgilerin ifşası ulusal güvenliği tehlikeye atmanın yanı sıra başkalarının haklarına da doğrudan zarar verebilir.^[30]

- [24] Nitekim İHAM polisiye metotların gizli tutulmasını taraf devletin takdir marjı içerisinde görmüştür. AİHM, *Corneschi/Romanya*, B. No: 21609/16, 11/01/2022, § 88. Aksi varsayımında polisiye metotlar açığa çıkacak ve suçla mücadele konusunda ciddi zorluklar meydana gelecektir.
- [25] Betül Öney Doğan, Tuğçe Ertem, “Execution of Right to Information Act in the Context of Governance Applications in Turkey and Critics: Obstacles to Participation is Confidentiality,” *Akdeniz İletişim Dergisi* 20, (Aralık, 2013), 57.
- [26] Örneğin Mahkeme, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin devlet sırlarına erişme gibi bir hak tanımadığını belirtmektedir. AİHM, *Regner/Çekya*, B. No: 35289/11, 19/09/2017, § 109.
- [27] AİHM, *Aslakhanova ve Diğerleri/Rusya*, B. No: 2944/06, 332/08, 42509/10, 18/12/2012, § 234.
- [28] AİHM, *Soro/Estonya*, B. No: 22588/08, 03/09/2015, § 58.
- [29] Kaymaz, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı*, 14.
- [30] Bir bilgi veya belgenin bu amaçla gizli tutulduğu durumlarda, söz konusu ifşanın başkalarının haklarına zarar verip vermediği ve zararın ölçüsü dikkate alınmaktadır. AİHM, *Dammann/İsviçre*, B. No: 77551/01, 25/04/2006, § 56.

Nitekim bu konuda verilmiş *Stoll* kararında, İHAM bazı gizli bilgilerin özel kişilerin haklarıyla ilgili olabileceğini teyit etmiştir.^[31] Soykırım mağdurlarının İsviçre bankalarında sahipsiz kalan hesaplarıyla ilgili olarak, İsviçre Konfederasyonu ve Dünya Yahudi Kongresi arasındaki müzakereler karara konu olmuştur. Bu sırada bir haberde, Amerika Birleşik Devletleri Büyük Elçiliğinin bu görüşmelerle ilgili raporu ifşa edilmiştir. Bunun üzerine ceza alan gazeteci, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla İHAM'a başvurmuştur. Mahkeme, ifşa edilen belgeye konu olan görüşmelerin oldukça hassas olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca ifşada yer alan dilin içerikle birlikte değerlendirildiğinde, soykırım mağdurlarının, sahipsiz banka hesaplarıyla ilgili önemli bir anlaşmaya varılmasını engelleme tehlikesi içerdiğinin de altını çizmiştir.^[32] Verilen cezanın orantılı olduğu da dikkate alınarak ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

B) SINIRLARI

Yukarıda değindiğimiz örnekler devlet sırrının işlevini ve gerekliliğini ortaya koymaktadır. Fakat devlet sırrının bu gerekliliği aşar bir şekilde araçsallaştırılabilmektedir.^[33] Bazı durumlarda devlet sırrı, kamu yararına

[31] AİHM, *Stoll/İsviçre* [BD], B. No: 69698/01, 10/12/2007, § 125-129.

[32] Ayrıca Mahkeme, bu kararda, diplomatik yazışmaların ifşa edilmesinin devletlerin dış politikasının manipüle edilmesine, uluslararası ilişkilerin zarar görmesine ve hatta diplomatların *persona nan grata* ilan edilmesine dahi neden olabileceğini aktarmıştır. AİHM, *Stoll/İsviçre* [BD], B. No: 69698/01, 10/12/2007, § 127.

[33] Çetin Özek'in İtalya özelinde devlet sırrı kavramının tarihsel gelişimiyle ilgili verdiği bilgiler kavramın genişleme eğilimine ışık tutmaktadır. Devlet sırrı öncelikle askeri alanlardaki önemli gizli bilgileri kapsayan bir kavram olarak öne çıkmıştır. Daha sonra totaliter yönetimlerce devlet sırrı alanı genişletilmiştir. İkinci dünya savaşından sonra gelişen demokratikleşme trendiyle birlikte devlet sırrına ilişkin yeni kriterler gündeme gelmiştir. Devlet sırrının, bireyin kendisini geliştirme hakkı karşısında bir engel olarak çıkmaması gerektiği zikredilmiştir. Buna bağlı olarak da devlet sırrının anayasal düzeni ve demokrasiyi koruma amacına özgülenme eğilimi baş göstermiştir. Çetin Özek, *Basın Özgürlüğünden Bilgi Edinme Hakkına*, (Bursa: Alfa, 1999), 65-67. Konuyla ilgili ayrıca Bkz. AİHM, *El-Masri/Kuzey Makedonya* [BD], B. No: 39630/09, 13/12/2012, § 191. Hatta devlet sırrının bazı davalarda, davanın daha geç aşamalarında ileri sürülerek adeta bir usuli taktik aracına dönüştürüldüğü de gözlemlenmektedir. Laura K. Donohue, "The Shadow of State Secrets," *University of Pennsylvania Law Review* 159, no. 1, (2010): 197.

hizmet etmek bir yana hukuk devleti ve demokrasiye aykırı bir şekilde kullanılabilir. Hatta bu kullanımlar, temel hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açabilmektedir.

Devlet organları, kamuoyu denetiminden kurtulmak için devlet sırrı kavramına kaçabilmektedir.^[34] Devlet sırrı alanının genişleme eğilimiyle ilgili farklı nedenler gösterilmektedir. Bunlardan bazıları terör, savaş gibi zorlayıcı nedenlerden kaynaklanabilmektedir.^[35] Bir kısmıysa ulusal güvenlik ya da

[34] Kamuoyu denetiminden kaçınmak maksadıyla devlet sırrı olarak nitelendirilen bazı belgelerin daha sonra, hassas bilgiler içermediği ortaya çıkabilmektedir. Devlet sırrına ilişkin öncül davalardan olduğu söylenen, Amerikan Yüksek Mahkemesi önünde görülen Reynolds kararı bu yöndeki örneklerden biri olarak gösterilmektedir. US Supreme Court, *Reynolds v. United States*, 345 U.S. 1, 953. Askeri bir uçağın düşmesi neticesinde uçakta bulunan 3 sivil gözlemcinin eşi, uçak kazasında devletin ihmali olduğunu öne sürerek dava açmıştır. Yargılama esnasında idare, içerisinde elektronik araçlarla ilgili gizli bilgiler olduğu gerekçesiyle kaza raporunu mahkemeye paylaşmamıştır. Mahkeme de bu gerekçeyle kaza raporunun incelenmesine izin vermemiştir. Ancak 10 yıl sonra rapora ulaşılmış ve raporun idarenin öne sürdüğü ve mahkemenin kararında belirtildiğinin aksine gibi hassas bilgiler içermediği ortaya çıkmıştır. Sonuç olarak devletin ihmalinin varlığının tespitinde önemli bir rol oynayacak olan kaza raporu yargılama esnasında tartışılmamıştır. Mehmet Ali Zengin, “Bilgi Paylaşımı Bakımından Devlet Sırrı Kavramı ve Ulusal Güvenlik,” *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi* VI, no. 2, (Aralık, 2011): 144. Benzer örneklere Türkiye’de de rastlanmaktadır. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun önüne gelen bir başvuruda Manisa İl Millî Eğitim Müdürlüğü, kendi yaptığı bir değerlendirmeyle, merkez ve ilçe okullarına atanan müdürlerin isim listesinin 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu’nun 16. maddesinde belirtilen devlet sırrı niteliğinde gizlilik derecesi olan bilgi olarak nitelendirmiştir. Kurul ise listenin gizlilik derecesinin 16. madde kapsamında değerlendirilmek için yeterli olmadığına karar vermiştir. 12.06.2006 – 2006/696; aktaran Azer, *Bilgi Edinme Hakkı*, 177.

[35] Örneğin 11.09.2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri’nde gerçekleşen ve 2996 kişinin (2.977 kurban ve 19 saldırgan) ölmesine neden olan terör saldırılarının ardından devletin, devlet sırrı alanını genişletme eğilimi bu yöndeki örneklerdendir. Yeni devlet sırrı konsepti sonucunda yürütme, devlet sırrının anayasal olduğunu; devlet sırrı önceliği değerlendirilirken yargının saygı göstermesi gerektiğini; temelinde devlet sırrı olan meselelerin mahkemelerde değerlendirilmemesi; tarafların menfaatinin dikkate alınmaması gibi argümanlar sunmuştur. Steven D. Schwinn, “The State Secrets Privilege in the Post-9/11 Era,” *Pace Law Review* 30, no. 2, (Winter, 2010): 830. Bu konseptin ne derece güçlü olduğunu göstermek için devlet sırrının anayasal olması argümanı ele alınabilir. Öğretide devlet sırrının içtihatın (*common law*) türediği;

kamu yararı gibi zorlayıcı etkenler olmaksızın gerçekleşmektedir. Örneğin bürokrasinin güçlenmesi ve eliteleşme eğilimiyle birlikte, bürokratların kendini toplumdan üstün görmeye başlaması ve hesap vermek istememesi bunlardan birisidir.^[36] Benzer şekilde başarısız yönetim ve memurların yetersiz performanslarından dolayı kamuoyu denetiminden çekinmesi de birtakım bilgilerin gizlenmesi eğilimini arttırmaktadır.^[37]

Bu gibi nedenlerle devlet sırrı alanının genişlemesi, kamu yönetiminde şeffaflık ve açıklık ilkelerine de tehdit oluşturmaktadır.^[38] İHAM, devlet faaliyetlerinin büyük ölçüde gizli yürütülür hale gelmesinin, keyfiliğe yol açacağını ifade etmektedir.^[39] Özellikle *yürütme erkinin*^[40] faaliyetleriyle öne

kaynağında kanun ya da Anayasa'nın olmadığı öne sürülmekteydi. Bu argümanın sonucu olarak da devlet sırrının mutlak olmadığı, somut olayın koşullarına göre farklı yorumlanabileceği yorumu mevcuttu. Michael P. Jensen, "Torture and Public Policy: Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc., Allows "Extraordinary Rendition" Victims to Litigate Around State Secrets Doctrine," *BYU Law Review* 2010, no. 1, (March, 2010): 131. Hükümetin devlet sırrına anayasal nitelik kazandırmak istemesinde, bu kavrama bir mutlaklık taşımak istediği söylenebilir. Ara görüş ise devlet sırrının kökeninin Anayasa'da mevcut olmakla birlikte içtihatlarla ortaya çıktığını savunmaktadır. Bu görüşe göre devlet sırrı, yürütme erkinin, ulusal güvenlik, dış ilişkiler gibi yetki ve sorumluluklarının bir gereğidir. John Ames, "Secrets and Lies: Reynolds' Fartml Bar to Discovery and the Future of the State Secrets Privilege," *North Carolina Journal of International Law* 39, no. 4, (Summer, 2014): 1085.

[36] Erdağ, "Yönetimde Gizlilik ve Devlet Sırrı Kavramı," 96.

[37] Muhammed Emin Aydemir, *Kamu Yönetiminde Açıklık & Bilgi Edinme Hakkı*, (Ankara: Adalet, 2020), 39.

[38] Danielle L. Nottea, "The State Secrets Privilege: Distinguishing State Secrets in the Age of Information," *Southwestern Law Review* 42, no. 3, (2013): 701. Mahmut Akpınar, "Gün Işığında Yönetim Açısından Türk Kamu Yönetiminde Açıklık ve Şeffaflık Sorunu," *SDÜ İİBF Dergisi* 16, no. 2, (Haziran, 2011): 255.

[39] AİHM, *Muhammad and Muhammad/Romanya* [BD], B. No: 80982/12, 15/10/2020, § 35.

[40] İstihbarat ve silahlı kuvvet faaliyetlerinin yürütme erki bünyesinde olmasından dolayı devlet sırrı yürütme erkinin eylem ve işlemleri açısından öne çıkan bir kavram gibi görünmektedir. Ancak devletin tüm erkleri zaman zaman bazı faaliyetlerinde devlet sırrına başvurmak zorunda kalabilmektedir. Örneğin yasama organının, kapalı oturumlarındaki görüşmeler de devlet sırrı olarak kabul edilmektedir. Şeref İba,

çıkan bu keyfiliğin önlenmesi açısından *yasama*^[41] ve *yargının* denetimi ilk akla gelen önleyici mekanizmalardandır.^[42] Mahkemeye göre demokratik bir toplumda yasama ve yargının denetimiyle yetinilmemelidir. Yürütme faaliyetleri aynı zamanda kamuoyu ve medya tarafından da izlenebilmelidir.^[43] Ne var ki devlet faaliyetlerinin gizli bir alana sıkıştırılması kamuoyunun denetleme olanağını azaltmaktadır. Dolayısıyla demokratik katılım araçlarının etkili bir şekilde kullanılması önünde de bir engel oluşturmaktadır.^[44]

C) KAPSAM

Devlet sırrı kavramını tanımlamak zor olsa da kapsamının belirlenmesinde yargı kararları yol gösterici olmaktadır. Yargı organları, somut olayın özgün koşullarını da dikkate alarak devlet sırrının kapsamını belirlemektedir. İstihbarat bilgileri, askeri bilgiler^[45], hassas bilimsel ve teknolojik bilgiler, bu kapsamda öne çıkan örneklerdir.^[46]

Örneğin *Girlenau* kararına konu olan olayda, Afganistan'da rehin alınan 3 gazetecinin kurtarılmasıyla ilgili olarak silahlı kuvvetlerin ihmalinin olduğunu ve bir takım ordu planlarının sızdırıldığına ilişkin haber söz

“TBMM'nin Toplantı Düzeni Yönünden Kapalı (Gizli) Oturum Kavramı ve Türk Parlamento Tarihinde Kapalı Oturumlar,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 59, no. 3, (Mart, 2004): 117.

[41] Örneğin Meclis Araştırma Komisyonları faaliyet gösterirken, Meclis İç Tüzüğü'nün 105. maddesi nedeniyle, devlet sırrı kavramı önlerine çıkmış ve bu komisyonların faaliyetlerini etkili bir şekilde yerine getirmesini engellemiştir. Ali Fuat Gökçe, “Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Yürütmeyi Denetlemesinde Meclis Araştırması Komisyonlarının İşlevselliği,” *Yasama Dergisi* 11, (Ocak, 2009): 86.

[42] Bu bağlamda öğretide devlet sırrı kavramının, yürütmenin yargı denetiminden kaçınmasını sağlayan bir öncelik olduğu belirtilmiş ve bu öncelikler ayrılığı perspektifinden de değerlendirilmiştir. Jared Perkins, “The State Secrets Privilege and the Abdication of Oversight,” *BYU Journal of Public Law* 21, no. 1, (March, 2007), 255.

[43] AİHM, *Gujal/Moldovya* [BD], B. No: 14277/04, 12/02/2008, § 74.

[44] Polater, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı,” 104.

[45] Örneğin Bkz. AİHM, *Girlenau/Romanya*, B. No: 50376/09, 26/06/2018, § 89.

[46] Özgenç, *Suç Örgütleri*, 363.

konusudur. Olay haberleştirilirken, askeri planlar çok kısa bir süre de olsa ekranda gösterilmiştir. İHAM, dava konusu müdahalenin ulusal güvenlik amacına hizmet ettiği tespitini paylaşmıştır.^[47] Yine aynı kararda Mahkeme, askeri operasyonlara ait bilgilerin *a priori* olarak gizli kabul edilmesi gerektiği tespitini yinelemiştir.

Bilimsel ve teknik sırlar da devlet sırrı kapsamında değerlendirilebilmektedir. *Hadjianastassiou* kararına konu olan olayda başvuru subay, füze geliştirme programıyla ilgili teknik bilgileri özel bir şirkete sattığı iddiasıyla cezalandırılmıştır. Bu olay üzerine İHAM'a başvurmuştur. İHAM, başvuru subayın sattığı iddia edilen bilgilerin gerçekten ulusal güvenlik açısından önemli olduğuna kanaat getirmiştir. Bu nedenle ihlal olmadığına hükmetmiştir.^[48] Kararda İHAM, askeri sırların ulusal bir tehdit oluşturup oluşturmadığının tespitini ulusal makamlara bırakma eğilimi sergilemiştir.^[49]

D) GİZLİLİK ŞARTI

Hangi kapsamda olursa olsun bir bilgi veya belgenin devlet sırrı olarak kabul edilebilmesi için gizlilik şartına sahip olması gerekir. Gizlilik şartı da hem şekil yönünden hem de içerik yönünden alt şartlar içerir. Çalışmada, bu şartlar şekli anlamda gizlilik ve maddi anlamda gizlilik şeklinde tasnif edilip incelenecektir.

[47] AİHM, *Gîrlenau/Romanya*, B. No: 50376/09, 26/06/2018, § 81.

[48] AİHM, *Hadjianastassiou/Yunanistan*, B. No: 12945/87, 16/12/1992, § 45-47.

[49] Mahkeme bununla birlikte ulusal askeri mahkemenin takdir marjı sınırlarını aşmadığı ve orantılılık ilkesini dikkate aldığını da belirtmiştir. AİHM, *Hadjianastassiou/Yunanistan*, B. No: 12945/87, 16/12/1992, § 47. Kararda, ayrıca, müdahalenin kanuni olmadığı yönünde bir itiraz da mevcuttur. Başvurucuya göre Yunan Askeri Ceza Kanunu'nda "*askeri sır*" kavramı net olarak tanımlanmamıştır ve yasa öngörülebilirlik özelliğine sahip değildir. Ancak İHAM, yasanın öngörülebilir olduğunu belirtmiş ve bu konuda da ulusal makamların karar vermesi gerektiğini işaret etmiştir.

1- Şekli Anlamda Gizlilik

Bir bilginin devlet sırrı olarak kabul edilmesi için ulusal mevzuatla uyumlu olması gerekir.^[50] Nitekim Anayasa'nın ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. maddesinde de “*devlet sırrı olarak usulünce belirlenmiş bilgiler*” ifadesine yer verilmiş; devlet sırrının *şekli anlamda da gizlilik* şartını sağlaması gerektiği açıklanmıştır.

Özünde, *şekli anlamda gizlilik* hangi bilgilerin devlet sırrı olup olmadığı, bunların nasıl tasnif edileceği ve nitelendirileceği gibi soruların yasal düzenlemelerle yanıtlanmış olmasını ifade eder. Bu soruların yanıtının düzenlenmemesi öngörülemez müdahalelere zemin hazırlayabilecek geniş bir takdir marjı sağlayacaktır.^[51] Şekli anlamda gizlilik, temelde iki işlevi yerine getirir. Birincisi devlet faaliyetlerinin gizlilik alanına itilmesi riskini bertaraf etmek için takdir marjının daraltılır. Zira devlet sırrının kim tarafından hangi usulle belirleneceği sorusunun hukuk tarafından öngörülmesi, keyfi kullanımları önler.^[52] İkincisi olarak şekli anlamda gizlilik, devlet sırrının korunması amacıyla düzenlenen yaptırımların ya da bu amaçla gerçekleştirilen müdahalelerin kanunilik, dolayısıyla öngörülebilirlik ve ulaşılabilirlik, şartını sağlar.^[53] Burada şu hususu hatırlatmak gerekir. Kanunilik kavramı yalnızca şekli bir düzenlemenin varlığından ibaret görülmemelidir. Kanunilik, kanunun kendisinden kaynaklanan müdahalelere karşı etkili bir koruma mekanizmasını içermesini de gerektirir.^[54]

[50] AİHM, *Janowiec ve Diğerleri/Rusya*, B. No: 55508/07, 29520/09, 16/04/2012, § 109.

[51] Örneğin Polater tarafından yapılan devlet sırrı tanımı bilgi edinme hakkıyla ilgili etkiyi ortaya koymaktadır: “*Devlet sırrı kavramı, kişinin bilmesine izin verilen alan ile bilmesi yasaklanan alanı belirlemeye yarayan bir araçtır.*”. Polater, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı,” 130. Bu ifadeden de açık olacağı üzere devlet sırrının belirlenmesinde dikkate alınacak usuli prensipler dolaylı olarak bilgi edinme hakkını etkileyecektir.

[52] Döner, *Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları*, 226.

[53] AİHM, *Haseldine/Birleşik Krallık*, B. No: 18957/91, 13/05/1992.

[54] Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-2: İfade Özgürlüğünün Yeşili*, 61. İHAM, etkili bir koruma mekanizmasının mevcudiyetini kanunun kalitesinin / niteliğinin bir şartı olarak görmüştür. Bu mekanizma, iletişimin denetlenmesi gibi gizli yürütülen faaliyetlerde gecikmeden hâkim onayı alma gibi otomatik usullerle de sağlanabilir.

Bununla birlikte *öngörülebilirlik* kaygısıyla nelerin devlet sırrı olarak kabul edileceğinin tek tek belirlenmeye çalışılması gerçekçi olmayacaktır. Devletin genişleyen faaliyet alanları göz önünde bulundurulduğunda bu yönde bir girişim, kamu yararının gerçekleştirilmesi önünde bazı engeller teşkil edebilecektir.^[55] Bu nedenle devlet sırrının belirlenmesinde bir miktar takdir marjı bırakmak zorunludur.^[56] Ancak takdir marjının, hukuk devleti ve yönetimde şeffaflığa bir tehdit oluşturmaması için mümkün ölçüde belirli^[57] hale getirilmesi ve dar yorumlanması gerekir.^[58] Dolayısıyla şimdilik çözüm olarak her somut olayın özgün koşullarının değerlendirilmesi gerekecektir.^[59]

Ömer E. Egeligi, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 316.

[55] Döner, *Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları*, 233.

[56] Devlet sırlarının doğası gereği asker, istihbarat görevlisi gibi bazı kamu görevlilerinin, görevlerinden kaynaklanan uzmanlıkları kaçınılmaz olarak bir takdir marjı yaratmaktadır. Yargı organlarının da bu uzmanlık karşısında, idarenin takdiri doğrultusunda karar verme eğilimi devlet sırrı kavramının denetlenmesini zorlaştıran etmenlerdendir. Zeki Hafızoğulları ve Özgür Küçüktaşdemir, “Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk,” *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2, (Temmuz, 2015): 126.

[57] İçeriğe ilişkin kesin bir belirleme yapılamasa da usule ilişkin belirlilik sağlanabilir. Devlet sırrını kim, hangi şartlarla, ne kadar süreyle, nasıl ve hangi ölçütlere göre düzenleyebilir; bu işlem hangi denetimlere tabi kılınır gibi sorular yasal düzenlemeyle yanıtlanmalıdır.

[58] Adnan Küçük, “Hukukun Hâkim Kılınmasının Bir Gereği Olarak İdarî Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hürriyeti,” *Liberal Düşünce Dergisi* 86, (Bahar, 2017): 89. En azından idarî makamların gizlilik seviyesine, hukukla belirlenmiş kriterler çerçevesinde karar vermesi ve gizliliği öngörülebilir kılması beklenmektedir. Hacı Sarıgüzel, *Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk Suçları*, (Ankara: Adalet, 2016), 92.

[59] Bu değerlendirme sırasında öğreti ve yargı kararlarında öne çıkan bazı kriterlerden yararlanılabilir. Bunlardan birisi öğretilerde, karşılaştırmalı hukuktan da yararlanılarak geliştirilen bir ayrımdır. Buna göre şekli anlamda gizliliği açıklayan subjektif görüş ve objektif görüş mevcuttur. Subjektif görüşe göre devlet sırrını nitelendirmeye yetkili kişi veya organların bir bilgiyi devlet sırrı olarak nitelendirmesi yeterlidir; objektif görüşe göreyse bilginin açıklanmamasında zorlayıcı bir kamu yararının mevcut olması aranmalıdır. Eylem Aksoy Retornaz, “Yasaklanan Bilgileri Açıklama Suçu (TCK m.336),” *Terazi Hukuk Dergisi* 16, no. 176, (Nisan, 2021):732. Objektif görüşün bir sonucu olarak devlet sırrının ne olduğuna karar vermek için farklı yapılar

Ekleme gerekir ki açık ve öngörülebilir bir mevzuatın varlığı kadar bu mevzuata uygun bir tasnifin gerçekleştirilmesi de önemlidir. İHAM, devlet sırrıyla ilgili müdahalelerde, ulusal hukuka uygunluk kriterini gözetmektedir. Bir kamu görevi için aranan psikoloji raporuna erişemediğinden yakınan başvuruca karşı, ulusal makamlar ilgili raporun devlet sırrı olduğu yanıtını vermiştir. İHAM, söz konusu raporun taraf devlet mevzuatına göre devlet sırrı olarak tasnif edildiğine dair ikna edici bir delilin sunulmadığını tespit etmiştir.^[60] Buna bağlı olarak Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.

2- Maddi Anlamda Gizlilik

Bir bilginin devlet sırrı olarak nitelendirilmesi için ulusal mevzuata göre devlet sırrı olarak tasnif edilmiş olması yeterli değildir. İçeriğinin de gizlilik gerektirecek düzeyde hassas olması gerekir.^[61] Devlet sırrının hassa-

öngörülmüştür. Örneğin İtalya'da bir bilginin devlet sırrı olup olmadığına senato ve meclis üyelerinden oluşan bir komisyon karar vermektedir. Sinan Bayındır, "Devletin Güvenliğine ve Siyasal Yararlarına İlişkin Bilgileri Casusluk Maksadıyla Temin Etme Suçu (TCK. M. 328)," *Legal Hukuk Dergisi* 12, no. 138, (Haziran, 2014): 66. İHAM, resmî belgelerin gizli olarak tasniflendirilmesinde kamu yararına uygunluk ve keyfi olmama gibi hususları gözetmektedir. AİHM, *Welke and Bialek/Polonya*, B. No: 15924/05, 01/03/2011, § 63. Bu açıdan, tasnif kadar belgenin içeriğinin de önem taşıdığını söylemek gerekir.

[60] AİHM, *Yonchev/Bulgaristan*, B. No: 12504/09, 07/12/2017, § 55-56.

[61] Murat Balcı ve Mustafa Numan Genç, "Das Staatsgeheimnis im Türkischen Strafrecht," *Ceza Hukuku Dergisi* 12, no. 33, (Nisan, 2017): 55. Kamu yararı açısından nelerin hassas nitelikte olup olmadığı konusuna ilişkin tespitlere çalışma genelinde yer verilmiştir. Konunun daha anlaşılabilir olması adına bir örnek vermek gerekirse sırrın ifşası hâlinde doğması muhtemel zarar unsuru bir değerlendirme kriteri olarak dikkate alınabilir. Bir diğer ifadeyle devlet sırrı olarak nitelendirilecek bilginin, ifşası hâlinde kamu düzenine, milli güvenliğe, milli savunmaya, dış ilişkilere zarar verme tehlikesi doğuracak bir bilgi olması gerekir. Bahattin Aras, "Devlet Sırrı Kavramı ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar", *TAAD* 2, no. 4, (Ocak, 2011): 550; Hafizoğulları, Küçüktaşdemir, "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk," 133; Enes Köken ve İbrahim Gül, "Casusluk Faaliyetleri ve Uluslararası Casusluk Suçu (TCK m. 331)," *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1, (Haziran, 2020): 2183. Fakat doğrusu, hukuk çoğu kez bu zararın gerçekleşmiş olması şartını aramaz. Bu yaklaşım da devlet sırrının korunması için caydırıcı bir yaptırım sisteminin sağlanması adına

siyetini sağlayan ve onu koruyan önemli bir şart mevcuttur. O da devlet sırrının gizliliğinin pratikte de devam etmesidir. Pratikte gizlilik ya da bir diğer ifadeyle maddi anlamda gizlilik şartından anlaşılması gereken açıktır: devlet sırrının pratikte de onu bilmesi gerekenler dışında kimse tarafından bilinmiyor olması gerekir.

Doğal olarak hâlihazırda kamuoyuyla paylaşılmış bir bilginin gizlilik niteliğini haiz olduğu söylenemez.^[62] Dolayısıyla yargı organlarının, bilginin hâlihazırda kamuoyu tarafından bilinip bilinmediğini dikkate alması gerekir.^[63] Bir bilginin daha önce kamuoyuna açık farklı mecra ya da belgelerde yer almasının, maddi anlamda gizlilik şartını ortadan kaldırdığı kabul edilmezdir.^[64] Örneğin vergi mükellefleri ve vergi oranları bir kamu kurumunca ilan edilmişse ve ilgililerin erişimine açıksa aynı bilgileri içeren bir dosyanın gizli olarak tasnif edilmesi içeriğin de gizli olduğu anlamına gelmeyecektir.^[65] Benzer şekilde özel kişiler tarafından yasa gereği icra dairesine sunulmuş olan bilgiler için de gizlilik niteliğine sahip olmadığı değerlendirilmesi yapılmış-

anlaşılabilir. Örneğin 5237 sayılı TCK'da “yasaklanan bilgileri açıklama” suçu bir zarar suçu olarak görülmemektedir. Yani suçun oluşması için zararın meydana gelmesi şartı aranmamaktadır. Sarıgüzel, *Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk Suçları*, 313.

[62] Bu kriter bazı düzenlemelerde de yer almıştır. Örneğin Avrupa Konseyi'nin 1551 sayılı “Casusluk ve Devlet Sırlarının İfşasına İlişkin Ceza Davalarında Adil Yargılanma Meseleleri” başlıklı tavsiye kararında da hâlihazırda kamuoyuna paylaşılmış bilgilerin devlet sırrı olarak kabul edilmemesi ve bu bilgilerin ifşasının cezalandırılmaması gerektiği belirtilmiştir. Resolution 1551 (2007) Fair trial issues in criminal cases concerning espionage or divulging state secrets, assembly.coe.int, erişim tarihi 13.03.2022.

[63] Bu bir yükümlülük olduğu kadar yetki olarak da adlandırılabilir. Zira, kural olarak, bu konuda en iyi değerlendirme ulusal makamlar tarafından yapılabilecektir. *Pasko* kararında, başvuru Rus ordusunda görevli bir subaydır. Rus ordusundaki denizaltılar, haberleşme teknikleri, birliklerin yerleri gibi bilgileri aktarmak amacıyla bir yabancıyla görüştüğü iddia edilmiş ve bu nedenle cezalandırılmıştır. Başvuru bu bilgilerin hâlihazırda kamuya açık olduğunu iddia etse de İHAM, yerel makamların, belgelerin daha önce yayınlanmamış olduğu tespitine katılmıştır. AİHM, *Pasko/Rusya*, B. No: 69519/01, 22/10/2009, § 32, 85.

[64] Özgenc, *Suç Örgütleri*, 380.

[65] AİHM, *Frezzos and Roire/Fransa* [BD], B. No: 29183/95, 21/01/1999, § 53.

tır.^[66] Bilgilerin hâlihazırda ifşa olup olmaması müdahalenin gerekliliğinin değerlendirilmesinde de dikkate alınmaktadır.^[67] Zaten dolaşıma çıkmış ve dağıtılmış bir yayının toplatılması gibi bir tedbirin demokratik toplumda gerekli olduğu sonucunu çıkarmak zordur.^[68]

Maddi anlamda gizlilik, bilgilerin güncelliğini korumasını da gerektirir.^[69] İHAM, askeri bilgilerin ifşasıyla ilgili *Girlenau* kararında bu kritere değinmiştir. Karara konu olayın merkezinde, 3 gazetecinin Afganistan'da rehin alınması hadisesinde Romanya ordusunun ihmali olduğunu öne süren bir televizyon haberi söz konusudur. Haber esnasında birtakım gizli askeri planlar çok kısa süre de olsa ekranda gösterilmiştir. İHAM, askeri operasyonlara ait bilgilerin kural olarak gizli kabul edilmesinin makul olduğunu belirtmiştir.^[70] Bununla birlikte daha önce başlatılan bir soruşturma kapsamında bilgilerin gizliliğinin kaldırıldığını; ayrıca eski tarihli olmaları nedeniyle güncelliklerini yitirdiğini de eklemiştir.^[71] Dolayısıyla bu belgelerin taraf devletin askeri operasyonlarını tehlikeye atabilecek derecede hassas ve güncel nitelikte olmadığı sonucuna varmıştır.^[72]

[66] AİHM, *Weber/İsviçre*, B. No: 11034/84, 22/05/1990, § 49.

[67] Mehmet Emin Akgül, "İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gerekçesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması," *AÜHFD* 61, no. 1, (Haziran, 2012): 28.

[68] AİHM, *Vereniging Weekblad Bluf/Hollanda*, B. No: 16616/90, 09/02/1995, § 44-45.

[69] Buna bağlı olarak devlet sırrının zamansal olarak da sınırlandırılması gerekliliği, belirlilik ilkesinin bir gereğidir.

[70] AİHM, *Girlenau/Romanya*, B. No: 50376/09, 26/06/2018, § 81.

[71] AİHM, *Girlenau/Romanya*, B. No: 50376/09, 26/06/2018, § 89.

[72] Devlet sırrlarının, gizli tutulma ihtiyaçları zamanla eskiyebilmekte ve azalabilmektedir. Devlet Sırları Kanunu Tasarısı'nda öngörülen 50 yıllık süre bu bağlamda bazı eleştirilere konu olmuştur. Bu eleştirilere göre bazı bilgilerin güncelliği çok daha hızlı bir şekilde kaybolmaktadır. Örneğin teknolojinin gelişmesiyle birlikte bazı askeri teknik bilgiler gizlilik gerektirecek uygulama güncelliğini yitirebilmektedir. Ya da diplomatik ilişkilerin değişkenliği neticesinde daha önce kötü ilişkilerin mevcut olduğu bir ülkeyle, değişen konjonktürle iyi ilişkiler kurulabilmektedir. Bu nedenlerle devlet sırrının kategorik olarak belirli bir zaman dilimine hapsedilmesi güncellik kriteri açısından gerekli değildir. Sarıgül, *Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk*

II. DEVLET SIRRI ve TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLER

Her ne kadar çalışmanın ifade özgürlüğüne odaklanacağını belirtsek de bazı diğer müdahale türlerini incelemek müdahale değerlendirme kriterlerini anlamak açısından ilham verecektir. Kaldı ki devlet sırrı kavramı, yalnızca ifade özgürlüğü değil diğer temel hak ve özgürlüklerle de ilgilidir. Bu nedenle bu bölümde devlet sırrının bir tür müdahale aracı ya da müdahale gerekçesine dönüştüğü bazı kararlara yer verilecektir.

Devlet sırrı, yalnızca kamu görevlileri için değil herkes için temel hak ve özgürlüklerin sınırlama gerekçelerinden birisi olabilmektedir. Zira devlet sırrının gizli tutulması yalnızca kamu görevlilerini muhatap alan bir yükümlülük değildir. Dolayısıyla kamu görevlisi olmak bu sınırların ifşa edilmesinin cezalandırılması için bir ön şart değildir. *Stoll* kararında, başvuru, sadece gizli belgeleri düzenleyen ya da gizlilikle ilgili özel olarak sorumlu olan kişilere yönelik bir sır tutma yükümlülüğü öngördüğünü savunmuştur. Ancak İHAM, Sözleşme'nin İngilizce ve Fransızca metinlerinin farklı yorumlara el verebileceğini kabul etmekle beraber Viyana Sözleşmesi'nin 33. maddesi gereği sır tutma yükümlülüğünün 3. kişiler açısından da bir karşılığı olduğunu belirtmiştir.^[73]

Bununla birlikte devlet sırrını ifşa eden kişinin kamu görevlisi olmasının tamamen göz ardı edildiği de söylenemez. Devlet sırrlarının ifşa edilmemesi

Suçları, 99. Ne var ki burada şu kaydı da eklemek gerekir. Bazı askeri doktrinler, askeri teknolojilerin gelişmesiyle birlikte güncelliğini kolayca yitirmemektedir. Ya da diplomatik ilişkiler örneğinde olduğu gibi hâlihazırda ittifak kurulan ülkelerle ilişkiler yine kötü bir seyir izleyebilmektedir. Dolayısıyla makul bir süre sınırlaması, vakanın özgün koşullarıyla birlikte değerlendirildiğinde ulusal güvenlik meşru amacıyla uyumlu olacaktır.

[73] AİHM, *Stoll/İsviçre* [BD], B. No: 69698/01, 10/12/2007, § 56-61.

yükümlülüğü kamu görevlileri için daha *belirgin*^[74] bir yükümlülüktür.^[75] İHAM'a göre seçimle iş başına gelen kişiler ile atanmış kişiler arasında bir güven ilişkisi vardır. Bu güven ilişkisi aynı zamanda kamuya hizmet etmenin gereğidir. Dolayısıyla atanmış kamu görevlilerinin seçilmişlere yönelik özen ve sır tutma yükümlülüğü bu güven ilişkisinin doğal bir sonucudur.^[76] Kamu görevlileri, görevlerinden kaynaklı olarak, temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı bir dizi özgü sınırı da kabul etmiş sayılmaktadır.^[77] Görevleri

[74] Bu belirginlik kanunilik unsurunda da geçerlidir. *Pasko* kararında, başvuru müdahalenin kaynağı olan Devlet Sırları Kanunu'nun öngörülebilir olmadığından yakınmıştır. Devlet Sırları Kanunu'nun gizli belgelerin nitelendirilmesi ve tasnifi açısından yetersiz olduğunu, bu nedenle bir belgenin gizli olup olmadığının değerlendirilmesinin mümkün olmadığını öne sürmüştür. İHAM, söz konusu kanunun yayımlanmamış bir bakanlık kararnamesiyle birlikte değerlendirildiğinde öngörülebilirlik şartını sağladığını belirtmiştir. Mahkemeye göre başvuru, görevi esnasında bu kararnameye ilişkin bir belge de imzalamıştır. Dolayısıyla kararnamede belirtilen ölçütlerden haberdar olduğu söylenemez. Mahkeme, bu gerekçelerle kanunilik şartının sağlandığına hükmetmiştir. AİHM, *Pasko/Rusya*, B. No: 69519/01, 22/10/2009, § 81-82. Benzer yönde Bkz. AİHM, *Schmit/Lüksemburg*, B. No: 51772/99, 25/02/2003, § 53.

[75] Nehare Mecit, Kemal Mecit, "İHAM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Yargı Mensupları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 33, (Ocak, 2018), 856. Kamu görevlileri için gizli bilgileri tutma yükümlülüğünün kapsamının daha geniş olduğu söylenebilir. Bu kişiler için devlet sırrının ifşası dışında da bazı yükümlülükler mevcuttur. Kamu görevlilerinin, görevlerinden dolayı edindiği bilgileri gizli tutma yükümlülüğü ceza kanunlarında da yaptırıma bağlanmıştır. Özgenç, *Suç Örgütleri*, 361. Ayrıca mevzuatta bazı görevlere girme şartı olarak daha önce devlet sırlarına karşı suçlardan biriyle ilgili mahkumiyetin bulunmaması da düzenlenmektedir. Ör. Bkz. 5907 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun. Bununla birlikte sigorta şirketi kurucusu olmak (5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, md. 3) ya da seyahat acentesi şirketi kurmak (1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu, md. 8) gibi kamu görevlisi niteliği olmayan bazı işler için de devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hüküm giymemiş olma şartı aranmaktadır;

[76] AİHM, *Ahmed ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 22954/93, 02/09/1998, § 52.

[77] Yine de vurgulamak gerekir ki, çalışmamızın odaklandığı ifade özgürlüğüne yönelik herhangi bir müdahalede dikkate alınması gereken ifade özgürlüğünün toplumu sarsacak, şoke edecek görüşleri de kapsamı; müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması; ölçülü olması gibi ilkeler kamu görevlileri açısından da geçerliliğini

nedeniyle edindikleri bilgiler bu kapsamdadır.^[78] Bu doğrultuda bazı kamu görevlilerinin durumu farklı değerlendirilebilmektedir.^[79] Örneğin ordu mensuplarının gizlilik yükümlülüğü konusunda taraf devletin özel bir takdir marjı olduğu teyit edilmiştir.^[80]

Devlet sırrının, müdahale alanlarından birisi de adil yargılanma hakkıdır.^[81] Devlet sırrı, duruşmaların aleniliği, silahların eşitliği gibi ilkelerle çatışabilmektedir. Örneğin devlet sırrı içeren bazı yargılamaların basına ve kamuoyuna kapalı yürütülmesi mümkündür.^[82] Ancak bu tedbir de mutlak değildir. İHAM, ulusal mahkemeler önündeki yargılamalarda sadece gizli olarak tasniflenmiş belgelerin kullanılacak olmasının tek başına kapalı yargılama kararı vermek için yeterli olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, ulusal makamlar gizli belgelerin ifşa olmaması için gizli yargılama kararı verebilirler. Ancak bu kararın ne yönden kamu yararına hizmet ettiğini gerekçelendirmelidirler.^[83] Yargılamanın kapalı yapılabilmesi, bu tedbirin

korumaktadır. AİHM, *Ahmed ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 22954/93, 02/09/1998, § 55-56.

[78] AİHM, *Haseldine/Birleşik Krallık*, B. No: 18957/91, 13/05/1992

[79] Bu açıdan kamu görevlilerinin sözleşmeli ya da kadrolu olması gibi bir ayırım gözetilmemektedir. AİHM, *Guja/Moldovya* [BD], B. No: 14277/04, 12/02/2008, § 72.

[80] AİHM, *Pasko/Rusya*, B. No: 69519/01, 22/10/2009, § 86. Benzer yönde Bkz. AİHM, *Hadjianastassiou/Yunanistan*, B. No: 12945/87, 16/12/1992, § 46.

[81] Devlet sırrı önceliği alanındaki çatışma yargı ve yürütme arasında bir çatışma alanı olarak da nitelendirilebilir. Bu çatışma ekseninde devlet sırrını ve bunun önceliğini belirleyecek olanın kim olduğu sorusu öne çıkmıştır. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi kararlarına da yansıyan, devlet sırrının niteliğinin yargı tarafından belirleneceğini savunan görüşe göre bu belirleme, yürütme erki görevlilerinin kaptirlerine bırakılamaz. US Supreme Court, *Reynolds v. United States*, 345 U.S. 9-10; Faaris Akremi, “Does Justice “Need to Know”?: Judging Classified State Secrets in the Face of Executive Obstruction,” *Stanford Law Review* 70, (May, 2018): 990.

[82] AİHM, *M./Hollanda*, B. No: 2156/10, 25/07/2017, § 84.

[83] AİHM, *Nikolova and Vandova/Bulgaristan*, B. No: 20688/04, 17/12/2013, § 73-77.

bütün duruşmaları kapsayacağı anlamına gelmemektedir; belirli duruşmaların kapalı yapılması yeterliyse bu tedbirden öteye geçilmemelidir.^[84]

Gizli bilgilerin, gerçekten somut ve güncel bir tehlike yaratıp yaratmadığı da ulusal makamlardaki soruşturma ve yargılamalarda dikkate alınmalıdır.^[85] Yargılamalara konu bilginin devlet sırrı niteliği bilirkişilerce tayin edilebilir. Böyle bir yargılama söz konusu olduğunda bilirkişilerin çapraz sorguya alınması adil yargılanma hakkı kapsamında makul bir beklentidir.^[86]

Adil yargılanma hakkı tarafların bilgi ve belgelere eşit bir şekilde erişebilmesini de öngörür. Bazı yargılamalarda birtakım belgelerin devlet sırrı olduğu gerekçesiyle erişimi kısıtlanabilmektedir.^[87] İHAM, bu konuyla ilgili kriterler geliştirmiştir. Kural olarak gizli bilgilerin, yargılama esnasında tartışılmaksızın delil olarak değerlendirilmemesi gerekir. Ulusal mevzuatta bu yönde düzenlemeler olsa bile bu düzenlemenin pratiğe nasıl yansıdığı önemlidir. İHAM, ulusal mevzuata göre gizliliği kaldırılmadan delil olarak kullanılmaması öngörülen bir belgenin karara dayanak teşkil etmesini ihlal

[84] AİHM, *Vasil Vasilev/Bulgaristan*, B. No: 7610/15, 16/11/2021, § 107-108.

[85] AİHM, *Girleanu/Romanya*, B. No: 50376/09, 26/06/2018, § 95.

[86] AİHM, *Danilov/Rusya*, B. No: 88/05, 01/12/2020, § 117-120.

[87] Özellikle ceza yargılamalarında bazı bilgi ve belgeler, devlet sırrı oldukları gerekçesiyle incelenememektedir. Oysa öğretilerde suçla ilişkin devlet sırrı olamayacağı vurgulanmaktadır. Bu durumda nelerin suçla ilişkin devlet sırrı olduğu sorusunu yanıtlamak güçleşmektedir. Cem Şenol, *Devlet Sırrı Kavramı ve Tck'de Düzenlenen Devlet Sırlarına Karşı Suçlar*, (İstanbul: On İki Levha, 2019), 76. Bir görüşe göre bu ilkenin tarihsel kaynağı konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilemeyeceği ilkesine dayanmaktadır. Zeki Hafizoğulları, "Ceza Hukuku Düzeninde Devlet Sırrı," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2, (Aralık, 2012): 174. CMK'nın 125. maddesi suç olgusuna ilişkin bilginin devlet sırrı olarak kabul edilemeyeceğini belirtmekle beraber buna da bir sınır getirmiştir. Maddenin 3. fıkrası alt sınırı 5 yıldan az olan suçlar için devlet sırrının mahkeme tarafından incelenmesine engel olmaktadır. Bu durum bir görüşe göre bu düzenleme devlet sırrı ve suçla mücadele arasında bir denge kurmuştur. Bir başka görüşe göre ise denge devlet sırrı lehine bozulmuş hâledir ve savunma hakkını ihlal etmektedir. Görüşler için Bkz. Bilal Osmanoglu, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Mahkemelerin Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi," *TBB Dergisi*, no. 151, (Aralık, 2020): 112.

olarak değerlendirmiştir.^[88] Gizli belgelerin kişinin lehine mi yoksa aleyhine mi olduğu da önem arz etmektedir. Bir belgenin kişinin aleyhine delil olarak kullanılması ve karara temel teşkil etmesi hâlinde, belge gizli olmaktan çıkarılmalıdır.^[89] Saniğin lehine olan bir delillin, devlet sırrı olduğu gerekçesiyle değerlendirilmemesi de adil yargılanma hakkını ihlal edecektir.^[90]

İHAM, Sözleşme'nin gizli bilgilere erişim hakkı tanımadığını yinelemektedir. Ancak kendisine yapılan başvurunun özünün ne olduğu da kararlarında belirleyici olabilmektedir. Örneğin güvenlik soruşturması sonucunda görevinden uzaklaştırılan başvurucunun şikâyetini ele alırken şikâyetin temelini gizli belgelere erişmek değil bu belgelere dayanan idari işlem olduğunu belirtmiştir.^[91] Buna bağlı olarak başvurucunun delillere erişemediğini dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Gizli belgelere erişim bazı davalar için özel bir anlam taşımaktadır. Rejim değişikliklerinin ardından gerçekleşen *arınma*[92] sürecine ilişkin davalar

[88] AİHM, *Gulijev/Litvanya*, B. No: 10425/03, 16/12/2008, § 44.

[89] AİHM, *Uzukauskas/Litvanya*, B. No: 16965/04, 06/07/2010, § 48-51; AİHM, *Pocius/Litvanya*, B. No: 35601/04, 06/07/2010. Bu yönde, usul hukukundaki benzer tedbirlere örnek olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası gösterilebilir: “Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. (Ek Cümle: 10/6/1994-4001/10 md.) Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez.”

[90] Kaymaz, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı*, 289.

[91] AİHM, *Corneschi/Romanya*, B. No: 21609/16, 11/01/2022, § 98-100.

[92] *Arınma ya da aklanma (Lustration (Eng.))*, kavramı, özellikle, eski Doğu Bloğu ülkelerinin demokratikleşmesiyle birlikte, önceki rejimde görev almış kişilerin yeni rejimden soyutlanmasıyla ilgili bir süreçtir. Arınma başvuruları, bu rejimde görev yapmış ya da rejimle iş birliği yapmış kişilerin hak ihlallerinde, anti-demokratik uygulamalarda sorumluluğunun bulunmadığının tespiti ve birtakım kamusal sınırlamalar uygulanması/kaldırılması amacına yöneliktir. Gökhan Çayan, “Geçiş Adaleti ve Avrupa Arındırma Hukuku,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 40, (Aralık, 2019): 216.

da bu türdendir.^[93] İHAM, arınma yargılamalarında devlet sırrı kavramına daha mesafeli yaklaşmaktadır.^[94] Doğası gereği arınma başvuruları birçok gizli bilgi ve belgenin incelenmesini gerektirebilir. Gizli bilgi ve belgelere erişim sağlanmadığı hâllerde arınma girişiminin başarı sağlama şansı düşüktür.^[95] Buna bağlı olarak da ulusal hukuktaki başvuru mekanizmaları etkisizleşmektedir.^[96] Mahkeme, önceki rejim döneminde düzenlenen istihbarat raporlarının yeni rejimde ulusal güvenlik zafiyeti oluşturacağı savlarını da inandırıcı bulmamaktadır. Bu gerekçelerle söz konusu belgelere erişim sağlanamamasını, silahların eşitliği ilkesine aykırı görmektedir.^[97]

Gizli bir belgenin söz konusu olduğu yargılamalarda, mahkemenin en azından ilgili belgenin gizliliğini ve içeriğini ele almış olması, ulusal güvenlik meşru amacını dengeleyen bir tedbir olarak görülmüştür.^[98] İHAM, yabancı

[93] Geçiş dönemi adaletiyle bağlantılı olarak, devlet sırrı alanını daraltan yeni bir hak trendine değinmek gerekir. *Hakikat hakkı* devletin insan hakkı ihlallerini soruşturmak ve ihlale dair belge ve bilgileri erişilebilir kılma fikrine dayanır. Konuyla ilgili Bkz. Hülya Dinçer, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Hakikat Hakkı,” (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2017), 154. Onarıcı adalet anlayışı çerçevesinde, büyük hak ihlalleriyle yüzleşmek hakikat hakkına olan ilgi ve ihtiyacı arttırmaktadır. Hakikat hakkı, ihlalin etkilerini bir nebze onarıırken devlet ve vatandaş arasındaki güven ilişkisini de onarıcı etkiyi haizdir. Dilan Mızrak, “Arjantin’in Kayıp Çocukları” Vakasının Hakikat Hakkı Çerçevesinde İncelenmesi,” *Ankara Barosu Dergisi* 77, no. 1, (Ocak, 2019): 371. Bu ihtiyaç karşısında devlet sırrı gerekçesine sığınmak, hakikat hakkının kullanımını olanaksız kılabilir.

[94] AİHM, *Luboch/Polonya*, B. No: 37469/05, 15/01/2008, § 69.

[95] AİHM, *Turek v. Slovakia*, B. No: 57986/00, 14/02/2006, § 115; AİHM, *Zawisza/Polonya*, B. No: 37293/09, 31/05/2011, § 42; AİHM, *Moczulski/Polonya*, B. No: 49974/08, 19/04/2011, § 39.

[96] AİHM, *Jalowiecki/Polonya*, B. No: 34030/07, 17/02/2009, § 39.

[97] AİHM, *Matyjecki/Polonya*, B. No: 38184/03, 24/04/2007, § 63-65. Aksi yönde bir karardaysa yargılama esnasında başvurucuların ve avukatlarının belgelerin örneklerini alabilmesi ve not tutabilmesi gibi faktörler dikkate alınarak dosya kapsamındaki gizli belgelerin adil yargılanma hakkını ihlal etmediğine karar verilmiştir. AİHM, *Khodorkovskiy and Lebedev/Rusya*, B. No: 11082/06, 13/7/2013, § 582.

[98] AİHM, *Muhammad and Muhammad/Romanya* [BD], B. No: 80982/12, 15/10/2020, § 179. Bu denge araçları çeşitli şekillerde görünebilir. Örneğin 5271 sayılı Ceza

şahsın sınır dışı edilmesiyle ilgili bir davada, taraf devletin yabancılara bilgi sağlamasının mutlak bir yükümlülük olmadığını dolayısıyla her olayda ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte sınır dışı edilen kimsenin en azından bu işlemin ardındaki gerekçenin özünü ilgili yeterince bilgilendirilmesi gerektiğini de eklemiştir.^[99]

Devlet sırrı etkili soruşturma yükümlülüğünün karşısında da bir engel olarak ortaya çıkabilmektedir. Bir temel hak veya özgürlüğün ihlaliyle ilgili soruşturma yürütülürken devlet sırrı engelinin aşılamaması hâlinde sorumluların tespit edilmesi ve cezalandırılması güçleşebilir. Nitekim İHAM, işkence ve kötü muamele yasağının ihlaliyle ilgili bir soruşturmada, soruşturmacıların çabalarına rağmen devlet sırrı engeli nedeniyle etkili olamadığı tespitine yer vermiştir.^[100]

Muhakemesi Kanunu'nun devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklık kurumunu düzenleyen 47. maddesi, böyle bir durumda tanığın kâtip dahi olmaksızın sadece yargıçlar tarafından dinlenebilmesine olanak sağlamıştır. Aynı maddede yer alan bir suç olgusuna ilişkin bilgilerin devlet sırrı olarak gizli tutulmayacağı ifadesi devlet sırrı ve yargı denetimi arasında bir denge örneği olarak gösterilebilir. Özgenç, *Suç Örgütleri*, 388. Ceza yargılaması hukukunda devlet sırrının korunmasına ilişkin başkaca tedbirler de öngörülmüştür. Bunlardan birisi de devlet sırrına ilişkin delillerin yalnızca kovuşturma evresinde ele alınacak olması, soruşturma evresinde iddianameye dahil edilemeyeceğidir. Bunun sonucu olarak Cumhuriyet Savcıları mevcut delillere göre iddianame hazırlayabilecek, devlet sırrı niteliğindeki deliller ise kovuşturma aşamasında değerlendirilebilecektir. Örs, "Ceza Yargılamasında Devlet Sırrı Üzerine Bir Değerlendirme", 46. Bu durum etkili ve kapsamlı bir soruşturma yapılmasını engelleyen bir unsur olarak da değerlendirilmiştir. Aras, 2011, 557. Bir örnek de CMK'nın 134. maddesi kapsamında yapılan aramalarla ilgilidir. Buna göre suçla ilişkin bir bilgi ya da belge, devlet sırlarıyla aynı ortamda saklanıyorsa devlet sırlarına ilişkin tedbirlerin bu durumda da uygulanması mümkündür. Örneğin bir TSK mensubunun ya da MİT mensubunun bilgisayarının araştırılması, bu bilgisayarda devlet sırlarının da bulunması ihtimaline karşı özel tedbirlerle gerçekleştirilmelidir. Gökhan Yaşar Duran, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m.134)," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 173-174, (Şubat, 2019): 199.

[99] AİHM, *Muhammad and Muhammad/Romanya* [BD], B. No: 80982/12, 15/10/2020, § 151.

[100] AİHM, *Nasr and Ghali/İtalya*, B. No: 44883/09, 23/02/2016, § 269. Hatta bu durum devlet sırrının, hak ihlallerini gerçekleştirenler üzerine *de facto* bir dokunulmazlık

Devlet sırrı bazı ülkelerde seyahat özgürlüğünün sınırı olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Devlet sırrına vâkıf kişilerin yurt dışına çıkışı yönünde sınırlamalar konduğu olmuştur. Özellikle eski sosyalist ülkelerde rastlanılan bu uygulama zaman zaman İHAM önüne de taşınmıştır.^[101] İHAM bu tür kısıtlamalara ortak ve yaygın bir Avrupa uygulaması olmadığını vurgulamıştır.^[102] Benzer yöndeki *Bartık* kararında, İHAM, başvurusunun hassas kamusal görevinden istifa edeli uzun bir süre geçtiğini gözlemlemiştir. Buna ek olarak bu sınırlamanın düzenlendiği tarihsel dönemde, kamu görevlilerinin yurt dışına çıkmasının sınırlandırılarak devlet sırrının korunabildiğini de kabul etmiştir. Ancak günümüz dünyasında bu tedbirin devlet sırrını koruma gibi bir amacı sağlamak için elverişli olmadığını, taraf devletin bu kategorik yasağa alternatif başka bir yöntem bulunup bulunmadığını yeterince araştırmadığını belirterek ihlal kararı vermiştir.^[103]

Devlet sırrı kavramı taraf devletlerin İHAM'a gerekli belgeleri sağlaması yükümlülüğü açısından da tartışılmaktadır. İHAS'ın 38. maddesi çerçevesinde, çelişmeli yargı ilkesi gereği taraf devletler yargılama için gerekli

sağlayabileceği yönünde eleştirilmiştir. Arianna Vidaschi, "State Secret Privilege versus Human Rights: Lessons from the European Court of Human Rights Ruling on the Abu Omar Case", *European Constitutional Law Review*, V. 13, I. 1, (March, 2017) 178. Bununla birlikte Amerika Birleşik Devletleri örneğinde, olağandışı yöntemlerle kaçırılan hatta işkence gördüğünü iddia eden kişilerin, mağduriyetlerinden kaynaklı olarak dava açmaları ve bu davalarda başarılı olmaları önünde devlet sırrının büyük bir engel olduğu belirtilmektedir. Daniel Joseph Natalie, "No Longer Secret: Overcoming the State Secrets Doctrine to Explore Meaningful Remedies for victims of Extraordinary Rendition," *Case Western Reserve Law Review* 62, no. 4, (Summer, 2012): 1238.

[101] İHAM *Bartık* kararında bu ülkelere örnek olarak Estonya, Gürcistan, Macaristan, Litvanya, Letonya, Polonya'yı zikretmiştir. AİHM, *Bartık/Rusya*, B. No: 55565/00, 21/12/2006, § 28.

[102] AİHM, *Berkovich ve Diğerleri/Rusya*, B. No: 5871/07, 61948/08, 25025/10, 27/03/2018, § 98. Bazı kritik kamu görevlerine girmede ya da bu görevlere devam etmede, güvenlik araştırması gibi, bazı özel sınırlandırmalar kabul edilebilirdir. Bu hâllerde de devlet sırrına dayanılarak gerçekleştirilen işlemlerin denetlenebilmesi gerekliliği ortadan kalkmayacaktır. AİHM, *Regner/Çekya*, Appl. No.35289/11, 19/09/2017, § 112.

[103] AİHM, *Bartık/Rusya*, B. No: 55565/00, 21/12/2006, § 47-52. Benzer yönde Bkz. AİHM, *Soltysyak/Rusya*, B. No: 4663/05, 10/02/2011, § 49-54.

kolaylıkları sağlamalıdır.^[104] Ancak bazı devletler talep edilen bilgi ve belgeleri, devlet sırrı olduğu gerekçesiyle mahkemeye teslim etmemektedir. Örneğin *Janowiec* kararında, 2. Dünya Savaşı yıllarında gerçekleştirilen *Katylın katliamıyla* ilgili belgeler devlet sırrı olduğu nedeniyle İHAM'a gönderilmemiştir.^[105] Taraf devlet iç hukuktaki düzenlemeleri gerekçe olarak göstermiştir. İHAM, devlet sırrıyla ilgili ulusal düzenlemenin belgeleri teslim etmeme konusunda ikna edici düzeyde olmadığını; taraf devletin ilgili belgelerin hassasiyetini yeterince ortaya koyamadığını belirtmiştir. Alternatif olarak belgelerin gizli kalması gereken yerleri sansürlenerek, yalnızca davayı ilgilendiren noktalarının paylaşılabilir olduğunu ifade etmiştir.^[106] Sonuç olarak bir bilgi ya da belgenin devlet sırrı olduğu gerekçesiyle yargılamanın dışında tutulması ancak alternatif yöntemlerin işe yaramadığı hâllerde geçerli kabul edilebilir. Söz konusu bilgi ve belgelerin ulusal güvenlik için hassasiyet teşkil ettiği varsayımında, taraf devletin kapalı yargılama gibi alternatif yolları denemiş olması; iş birliği yapma eğilimini göstermiş olması önemlidir.^[107]

III. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE DEVLET SIRRI

Devlet sırrının bir müdahale aracı olarak öne çıktığı hakların başında ifade özgürlüğü gelmektedir. Bilgi edinme hakkının ifade özgürlüğü içerisinde yorumlandığı da düşünülürse müdahale olasılıklarının arttığı görülecektir.

[104] AİHM, *Noland and K./Rusya*, B. No: 2512/04, 12/02/2009, § 53-57. Benzer yönde bir kararda da İHAM, Mahkemeye ulaşan yazışmaların gizliliğini taahhüt etmesine rağmen taraf devletin delillerin sağlanması noktasında yardımcı olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 38. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. AİHM, *Husayn (Abu Zubaydah)/Polonya*, B. No: 7511/13, 24/07/2014, § 359-369.

[105] İHAM, taraf devletleri bir devlet sırrını açıklamaya zorlayamaz. Ancak başvurunun kapsamına göre bu eylemi Sözleşme'nin ihlali olarak yorumlayabilir. Federico Fabbrini, "Courts and the politics of secrecy: national security, human rights and the importance of supranational oversight," *West European Politics* 41, no. 4, (July, 2018): 870.

[106] AİHM, *Janowiec ve Diğerleri/Rusya*, B. No: 55508/07, 29520/09, 16/04/2012, § 102. Ulusal düzenlemelerin tek başına yeterli bir gerekçe oluşturmadığı gibi benzer şekilde ulusal mahkeme kararlarının da yeterli görülmediği bir başka örnek için Bkz. AİHM, *Georgia/Rusya (I)* [BD], B. No: 13255/07, 03/07/2014, § 105.

[107] AİHM, *Janowiec ve Diğerleri/Rusya*, B. No: 55508/07, 29520/09, 16/04/2012, § 110.

Ulusal güvenlik ve kamu güvenliği gibi meşru amaçlar ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında kullanılan meşru amaçlardandır. Gizli bilgilerin saklanması da ulusal güvenlik meşru amacı gerekçesiyle gerçekleştirilen bir müdahaledir.^[108] Ancak ulusal güvenlik keyfi ve belirsiz sınırlamalar için araçsallaştırılmamalı; bu gerekçeyle yapılan müdahalelere karşı etkili hukuki korumalar tesis edilmelidir.^[109] İfade özgürlüğünün keyfi olarak sınırlandırılması hâlinde devlet faaliyetlerinin kamuoyunda tartışılması olanaksız hale gelecektir. Ulusal güvenlik gibi üstün bir kamu yararı gerekçe gösterilerek devlet faaliyetlerinin hem hukuk dışına çıkartılması hem de kamu yararına aykırı şekilde yürütülmesi karşısında denetim sağlanamayacaktır.^[110]

İHAM'a göre devlet faaliyetlerinin gizli yürütüldüğü durumlarda basın özgürlüğü çok daha önemli bir rol ve işlevi yerine getirir. Basın mensuplarının cesareti, hukuka aykırı bir devlet sırrı alanının oluşmasını önler. Mahkeme, devlet sırlarının ifşası karşısında ölçsüz cezalar verilmesinin basın mensuplarının tamamının cesaretini kırabilecek bir etki doğurabileceğini belirtmiştir.^[111] İfade özgürlüğünün kamu yararı nedeniyle sınırlandırılmasında taraf devletin bir takdir marjı olduğu kabul edilmelidir. Ancak Mahkemeye göre, bu takdir marjının sınırı da basının demokratik bir toplumda “eşik bekçisi” görevini yerine getirmesi gerekliliğine saygıdır.^[112]

[108] Artun Avcı, *Türkiye’de İnternet ve İfade Özgürlüğü*, (İstanbul: Legal, 2013), s.97-99.

[109] Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-2: İfade Özgürlüğünün Yeşili*, 64.

[110] Bilgi edinme başvuruları karşısında devlet sırrı kavramına sığınılması devletin eylem ve işlemlerini demokratik denetim araçlarından muaf kılabilmektedir. Süleyman Yaman Koçak, “Kamu Yönetiminde Açıklık için Bilgi Edinme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 23, (Şubat, 2010), 121.

[111] AİHM, *Stoll/İsviçre* [BD], B. No: 69698/01, 10/12/2007, § 110. Gazetecilerin haber kaynağını gizli tutma hakkı da bu perspektifte anlamlandırılabilir. Gazetecilerin kaynağını açıklamaya zorlandığı hâllerde kamunun haber alma hakkı açısından önemli bir rol oynayan bilgi akışı sağlanamayacaktır. AİHM, *Goodwin/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 17488/90, 27/03/1996, § 39.

[112] İngilizce karar metinlerinde “*watchdog*” olarak geçmektedir. AİHM, *Bladet Tromsø and Stensaa/Norveç* [BD], B. No: 21980/93, 20/05/1999, § 59. *Watchdog* terimi daha önce yargı organları için de kullanılmıştır. Daniel A. Bell, *Beyond Liberal Democracy: Political Thinking for an East Asian Context*, (New Jersey: Princeton University Press, 2009), 159. Basın için bu terimin kullanılması ise ifade özgürlüğünün basına, bir hakla birlikte bir ödev de yüklediğini göstermesi açısından önemlidir. Mahkeme, bir

Mahkeme, basın özgürlüğünün belirli bir kerteğe kadar olay ve olguları abartma, hatta provokasyona açık bir şekilde sunmaya kadar uzanabileceğini belirtmektedir.^[113] Bu geniş yoruma rağmen ifade özgürlüğü, birtakım ödev ve sorumlulukları da barındırmaktadır. Bu bağlamda İHAM sorumlu gazetecilik konseptine vurgu yapmaktadır.^[114] Mahkeme, gazetecinin yasalara uygun bir faaliyet gösterme konusundaki özenini de sorumlu gazeteciliğin bir parçası olarak görmüştür.^[115] Haberlerde yer alan bilgilerin doğruluğunun özenle teyit edilmesi de bu sorumluluklardandır.^[116]

Basın özgürlüğünü kullanan aktörlerin kullandıkları mecra ve tekniğe göre kendilerine ulaştırılan bilginin gizlilik mahiyetine sahip olup olmadığını, makul ölçüde, araştırması beklenir.^[117] Buna bağlı olarak taraf devletin kendisine yönelik asılsız ithamlar ve kötü niyetli beyanlarla mücadele etmesi; bu yönde kararlar alması kabul edilebilir bir yaklaşımdır.^[118] Ancak gazetecilerin meslek ilkeleriyle uyumunun çok titiz bir şekilde araştırılması hâlinde gazeteciler görevlerini neredeyse yerine getiremez hâle gelecektir.^[119] Mahkeme, bu tür bir etkinin sadece başvuru gazeteci için değil diğer gazeteciler üzerinde de bir çekince yaratacağını işaret etmiştir.^[120] Bilgilerin gerçek olup olmadığının teyidiyle ilgili bir kıstasa da değinmekte yarar vardır.

anlamda, Sözleşme'nin devlet dışı kurumlara yüklediği bir ödevi vurgulamıştır. Bu da halkın haber alma özgürlüğüne katkı sunarak, devletin hukuk dışına çıkarak, *hikmet-i hükümet* kavramına sığınmasını önlemektir. Herdís Thorgeirsdóttir, *Journalism Worthy of the Name: Freedom Within the Press and the Affirmative Side of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, (Leiden: Brill, 2005), 63.

[113] AİHM, *Perna/İtalya* [BD], B. No: 48898/99, 06/05/2003, § 3

[114] AİHM, *Pentikainen/Finlandiya* [BD], B. No: 11882/10, 20/10/2015, § 90.

[115] AİHM, *Girleanu/Romanya*, B. No: 50376/09, 26/06/2018, § 84.

[116] AİHM, *Bladet Tromsø and Stensaa/Norveç* [BD], B. No: 21980/93, 20/05/1999, § 65; AİHM, *Morissens/Belçika*, B. No: 11389/85, 03/05/1988.

[117] AİHM, *Frezzos and Roire/Fransa* [BD], B. No: 29183/95, 21/01/1999, § 52.

[118] AİHM, *Castells/İspanya*, B. No: 11798/85, 23/04/1992, § 46.

[119] AİHM, *Yordanova and Toshev/Bulgaristan*, B. No: 5126/05, 02/10/2012, § 54;

[120] AİHM, *Bozhkov/Bulgaristan*, B. No: 3316/04, 19/04/2011, § 51; AİHM, *Kasabova/Bulgaristan*, B. No: 22385/03, 19/04/2011, § 55.

İHAM'a göre resmî kurumlar tarafından sağlanan belgelerin güvenilirliği öne çıkmaktadır. Özellikle basın mensuplarının resmî belgelere güvenmesini beklemek makuldür. Ayrıca bir teyit çabasına girmesi kural olarak beklenmemektedir.^[121] Buna kamu görevlilerinin sözlü açıklamaları da dahildir.^[122]

Devlet sırrının ifşasının, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilmesi için, ifşanın kamu yararına yönelmesi şarttır.^[123] Gizli bilgilerin gerçekliğinin teyidiyle birlikte kamusal bir değer taşıyıp taşımadığı basın mensupları tarafından değerlendirilmelidir.^[124] Devlet sırrının kamu görevlileri tarafından ifşa edilmesinde de kamu yararı niyetiyle hareket edilmesi beklenmektedir. Bilginin kamuoyuyla paylaşılmasından önce üst düzey görevliler ya da organlarla paylaşılması da bu iyi niyetin göstergesidir. Yetkililerle paylaşma yükümlülüğünün atlanması, ifşanın kişisel hınç, hırs, kariyer rekabeti, şahsi yarar gibi amaçlarla gerçekleştirilmesi kamu yararı amacı taşımadığından Sözleşme'nin 10. maddesinin sağladığı korumadan yararlanmaz.^[125] Bilgi edinme hakkı açısından da kamu yararı ayırt edici bir kriter olarak ortaya çıkabilmektedir. *Studio Monitori ve Diğerleri* kararında, bir mahkeme kararının örneğini talep eden başvurucuların, gazeteci ya da aktivist kimliğinin olmadığı belirlenmiş; bu bilgi ve belgeye erişerek kamunun haber alma

[121] AİHM, *Colombani ve Diğerleri/Fransa*, no. 51279/99, 25/06/2002, § 65; AİHM, *Selistö/Finlandiya*, B. No: 56767/00, 16/11/2004, § 60.

[122] AİHM, *Yordanova and Toshev/Bulgaristan*, B. No: 5126/05, 02/10/2012, § 51; AİHM, *Axel Springer AG/Almanya*, B. No: 39954/08, 07/02/2012, § 105.

[123] “*Sorumluluk*” ve “*niyet*” bahsi açıldığında devlet sırlarının ifşası açısından bazı özel manevi unsurların da arandığı söylenmelidir. Bu nedenle herhangi bir casusluk amacı olmaksızın gizli bir bilgiyi gereken özen ve dikkati sergilememesi sonucu açıklanmasına neden olan kişi daha hafif bir yaptırıma maruz kalmalıdır. Örneğin TCK'nın 330. maddesinde düzenlenen “gizli kalması gereken bilgileri açıklama” suçunun manevi unsuru bilgilerin siyasi veya askeri casusluk maksadıyla açıklanmasıdır. Sarıgül, *Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk Suçları*, 355. Söz konusu manevi unsurun bulunmaması hâlinde, örneğin bilginin salt özensiz ve sorumsuz bir davranıştan kaynaklanması hâlinde, TCK'nın 338. maddesinde düzenlenen “taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi” suçu oluşabilecektir.

[124] AİHM, *Prager and Oberschlick/Avusturya*, B. No: 15974/90, 26/04/1995, § 37.

[125] AİHM, *Gujal/Moldovya* [BD], B. No: 14277/04, 12/02/2008, § 77.

hakkına nasıl bir hizmette bulunacağını ispat edemediği gerekçesiyle ihlal olmadığına karar verilmiştir.^[126]

İHAM kamu görevlileri için sır tutmanın, özel bir yükümlülük olduğunu teyit etmekle beraber bazı hâllerde kamunun bilgi alma hakkını sağlayacak tek çözümün, görevlilerin gizli bilgileri ifşa etmesi olduğu gerçeğini de kabul etmektedir.^[127] *Guja* kararında, Mahkeme, memurların görevleri esnasında vatandaşların yararına olabilecek bazı gizli bilgilere erişebileceğini belirtmiştir. Bu durumlarda çoğu kez vatandaşların söz konusu kanun dışı eylemlerden haberdar olabilmesinin tek yolu görevlinin ilgili bilgiyi ifşasından geçmektedir. Bu gibi hâllerde, devlet sırrını ifşa etmek bir tür zorunluluktur.^[128] Yine de belirtmek gerekir ki bir zorunluluktan söz edebilmek için söz konusu hukuksuzluğu telafi edebilecek başkaca yolların mevcut olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Yani ifşanın başka bir alternatifi olmamalıdır. Kamu yararına aykırı bir durum içeren fakat gizli olarak tasnif edilmiş bir bilgiye erişen kişi, kamu görevlisiyse öncelikle durumu telafi edebilecek bir üst görevliye ya da organa iletmelidir.^[129]

Gizli bilgilerin elde edilmiş şekli de devlet sırlarına dayanan müdahalelerin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmaktadır. Bilgilerin yasa dışı yollarla elde edilip edilmemesi; bilgilerin elde edilirken aktif bir çaba içerisinde mi girildiği yoksa başka kişilerce mi kendisine verildiği gibi etkenler

[126] AİHM, *Studio Monitori ve Diğerleri/Gürcistan*, B. No: 44920/09, 8942/10, 30/01/2020, § 42.

[127] Bu bağlamda *whistleblowing* (İng.) (*haber uçuurma*) kavramına değinmekte fayda vardır. Bu terim, özellikle sır saklama, sadakat gibi yükümlülüğüne sahip bazı yetkililerin (özel ya da kamu), yükümlülüklerine rağmen kamuoyunun haber alma ve bilgilenme hakkı amacıyla bazı bilgileri yayması anlamı taşımaktadır. Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-2: İfade Özgürlüğünün Yeşili*, 273. *Whistleblowing*, kamuoyunun haber alma hakkı ve bazı şartlar çerçevesinde ifade özgürlüğü kapsamında korunmaktadır. Gregor Thüsing ve Gerrit Forst, “Whistleblowing around the World: A Comparative Analysis of Whistleblowing in 23 Countries,” içinde *Whistleblowing A Comparative Study*, ed. Gregor Thüsing ve Gerrit Forst, (Heidelberg: Springer, 2016), 8.

[128] AİHM, *Guja/Moldovya* [BD], B. No: 14277/04, 12/02/2008, § 72.

[129] AİHM, *Haseldine/Birleşik Krallık*, B. No: 18957/91, 13/05/1992; AİHM, *Guja/Moldovya* [BD], B. No: 14277/04, 12/02/2008, § 73.

dikkate alınmaktadır.^[130] Buna bağlı olarak, İHAM, gizli bilgileri kamuoyuyla paylaşan kimsenin olaydaki payı kadar, devletin, bilgilerin gizliliğini sağlama konusundaki sorumluluğuna da vurgu yapmaktadır. Mahkemeye göre bu bilgilerin gizliliğini sağlamak için gerekli tedbirler almak ve kamu görevlilerini eğitmek devletin sorumluluğudur.^[131]

Devlet kurumlarından bilgi sızıntılarının önlenmesinin, kamu yararı taşıdığı kabul edilebilir. Ancak görünürde bu amaca yöneldiği iddia edilen bazı tedbirlerin asıl amacı, gazetecinin haber kaynağının bulunması olabilir.^[132] İHAM, sızdırmaya ilişkin soruşturmanın kamu yararına mı yoksa gazetecinin kaynağını mı bulmaya yöneldiğini değerlendirirken bazı hususları göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin *Sanoma Uitgevers B.V.* kararında, bir habere konu olan bilgilerin nasıl sızdırıldığı araştırılırken, yasa dışı araba yarışlarını engellemek üzerinden kamu yararı meşru amacına yönelik olduğu ileri sürülmüştür. Ancak İHAM, yarışların engellenmesi adına hâlihazırda yeterli bilgi olduğunu; buna rağmen hiçbir yasadışı yarışçıya soruşturma açılmadığını tespit etmiştir. Mahkeme özetle buradaki eylemin kamu yararına hizmet eden zorlayıcı bir nedenden değil haber kaynağının ortaya çıkartılması amacıyla gerçekleştirildiğine karar vermiştir.^[133] İstihbarat bilgilerinin sızdırılmasıyla ilgili bir kararda, İHAM, taraf devletin bilgileri sızdıran kişinin kimliğinin tespit edilmesine yönelik teknik takibini değerlendirmiştir. Kararda, Hollanda İstihbarat Teşkilatı'ndan sızan bazı belgelerin haberleştirilmesi neticesinde yapılan soruşturma ele alınmıştır. Mahkeme, taraf devletin bilgiyi sızdıran kişiye yönelik tedbirlerini kabul edilebilir bulmuştur. Ancak her halükârda

[130] AİHM, *Girleanu/Romanya*, B. No: 50376/09, 26/06/2018, § 91.

[131] AİHM, *Dammann/İsviçre*, B. No: 77551/01, 25/04/2006, § 55.

[132] Gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamaması ifade özgürlüğünün korunması ve halkın haber alma hakkının korunması için önemli bir işlevi yerine getiren bir ilke olarak kabul edilmektedir. Perry Keller, *European and International Media Law: Liberal Democracy, Trade, and the New Media*, (New York: Oxford University Press, 2011), 301. Böyle bir ilkenin korunmadığı varsayımında, kişilerin gazetecilerle iş birliği kurmaktan çekineceği kabul edilmelidir. Anthony Gray, *Freedom of Speech in the Western World: Comparison and Critique*, (Lanham: Rowman & Littlefield, 2019), 275. Bu nedenlerle haber kaynağının kötü niyetli olduğu varsayımında dahi gazetecinin haber kaynağını gizli tutma hakkı korunmaktadır. Şirin, *Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-2: İfade Özgürlüğünün Yeşili*, 271.

[133] AİHM, *Sanoma Uitgevers B.V. –/Hollanda*, B. No: 38224/03, 14/09/2010, § 65.-66.

bu tedbirlerin neticesinde gazetecinin haber kaynağını gizli tutma hakkına müdahale oluşturacak olduğunu da eklemiştir.^[134]

Benzer şekilde, taraf devletin kendisinden sızdırılan bilgi ve belgelerin hangilerinin kamuoyunun erişimine açık olduğu, hangisinin gizliliğini koruduğunun tespitine yönelik tedbirler de anlaşılabilir. Yine de bu amaçla gerçekleştirilen tedbirlerin, haber kaynağının tespitine yönelik olup olmadığı dikkate alınmaktadır. Böylesi bir denklemde, söz konusu bilgilerin dolaşımında olup olmadığının tespitinin zorunluluğu belirleyici olmaktadır.^[135]

Devlet sırrı gerekçesiyle gerçekleştirilen müdahale, ölçülülük kriterlerini karşılamalıdır. Müdahale, arzu edilen amacı sağlamaya elverişli, gerekli ve orantılı olmalıdır. Daha hafif bir tedbirle, meşru amaç sağlanabiliyorsa müdahalenin ölçülü olduğu sonucu çıkamayacaktır. *Éditions Plon* kararında, kanserden vefat eden Fransa devlet başkanının tedavi sürecine ilişkin bir kitap yayınlanmıştır. Kitabın dağıtımı, devlet başkanının yakınlarının ihtiyati tedbir talebiyle durdurulmuştur. Başvurucu yayınevi bu müdahale ve ardından açılan bir dizi hukuk ve ceza davasının meşru bir amaca hizmet etmediğini öne sürmüştür. İHAM, ölen bir kimsenin tıbbi bilgilerinin ifşasının hem geride kalanların haklarını ihlal ettiği hem de mevcut hukuki düzenlemelere aykırı olduğu gerekçesiyle müdahalenin meşru amaç şartını yerine getirmiş olduğuna hükmetmiştir.^[136] Mahkeme, kitabın dağıtılmasının durdurulmasına dair yargılamaları ihtiyati tedbir kararının verilmesi ve genel yargılama olarak ikiye ayırarak incelemiştir. Mahkemeye göre ilk geçici tedbir kararı, kitabın devlet başkanının ölümünün hemen ardından yayınlanmış olması nedeniyle demokratik bir toplumda gereklilik şartını sağlamaktadır. Zira ölen kişinin yakınları hala yas tutma döneminindedir. Öte yandan ölüm hadisesinin ve kitabın yayınlanmasının tarihlerinin yakın olması ölen kişinin itibarı açısından da sorun yaratmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus Mahkemenin geçici tedbir kararının doğası gereği bu müdahalenin de geçici olduğu çıkarımıdır. Zira Mahkeme, daha sonraki yargılamalarla ilgili farklı bir sonuca varacaktır. Devlet başkanının ölümünün üzerinden epey

[134] AİHM, *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. ve Diğerleri/Hollanda*, B. No: 39315/06, 22/11/2012, § 86.

[135] AİHM, *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. ve Diğerleri/Hollanda*, B. No: 39315/06, 22/11/2012, § 128-131.

[136] AİHM, *Éditions Plon/Fransa*, B. No: 58148/00, 18/05/2004, § 34.

zaman geçtikten sonra müdahale haklılığını yitirmiş kabul edilecektir. Buna göre tıbbi sırlar her ne kadar kesin ve önemli olsa da ölen kişinin 2 dönem devlet başkanlığı yapmış olmasından kaynaklanan kamusal yarar sır tutma yükümlülüğünden ağır basmaktadır. İHAM ayrıca hâlihazırda dağıtılmış kopyaların mevcut olduğunu, meselenin internet sitelerinde tartışılır hale geldiğini dolayısıyla müdahaleyle amaçlanan toplumsal ihtiyacın kalmadığı sonucuna da varmıştır. Bu gerekçelerle ifade özgürlüğünün ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.^[137]

SONUÇ

Devlet sırrı, hukukun düzenlediği yegâne gizlilik alanı değildir. Ancak onu diğer alanlardan ayıran, gizli tutulmasındaki kamu yararı ve belirlenme usulüdür. Bu kamu yararı da özellikle ulusal güvenlik ekseninde yoğunlaşmaktadır. Devlet sırrının, bu işlevi, daha önceleri hikmet-i hükümetten kaynaklanan tarihsel meşruiyetinin günümüzdeki görünümüdür. Dolayısıyla istisnai bir tedbir olarak devlet sırrının uygulanması sadece bu amaca hizmet ettiği ölçüde kabul edilecektir. Devlet sırrının istisnai özelliği amaçla uyumun yanı sıra demokratik toplumda zorunluluk şartına bağlıdır. Bir diğer deyişle devlet sırrı alternatifsizliği oranında meşrudur. Onun istisnai bir alana sokulması da devlet faaliyetlerinin şeffaf olması, kamuoyu denetiminden kaçırılmaması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklere, devlet sırrından kaynaklanan müdahalelerin değerlendirilmesi bir yanıyla bu müdahalenin alternatifsizliğinin de denetlenmesi anlamına gelmektedir. Devlet sırrının bir müdahale kaynağı ya da aracına dönüştüğü temel hak ve özgürlüklerden öne çıkan ifade özgürlüğüdür. İfade özgürlüğünün, demokratik toplumdaki işlevi de devlet sırrı alanının daraltılması eğilimiyle örtüşmektedir. Zira ifade özgürlüğü bir yönüyle kamuoyunun haber alma hakkına hizmet ederek devlet faaliyetlerinde hesap verilebilirliği olanaklı kılmaktadır.

İHAM kararları çerçevesinde devlet sırrının bu özgürlükle ilişkisini incelemeyi hedefleyen çalışmada özetle şu sonuçlar ortaya çıkmıştır:

1-) İHAS, kategorik olarak devlet sırrı kavramını reddetmemektedir. Aynı şekilde devlet sırrını öğrenme gibi bir hak da öngörmemektedir.

[137] AİHM, *Éditions Plon/Fransa*, B. No: 58148/00, 18/05/2004, § 53-55.

2-) Devlet sırrı, hukuka uygun olduğu ve kamu yararına hizmet ettiği ölçüde Sözleşme'ye uygundur.

3-) Devlet sırrının hukuka uygun olması, öncelikle, mümkün mertebede hukukla belirlenmesi gerektirir. Devlet faaliyetlerinin çeşitliliği karşısında, nelerin devlet sırrı olduğunun tek tek sayılması beklenmemektedir. Bu konuda devletlerin takdir marjı olduğu söylenebilir. Yine de bu takdir marjının olabildiğince sınırlandırılması şarttır. Hukukla belirlenme, devlet sırrının şekli anlamda gizlilik şartını yerine getirir.

4-) Devlet sırrının maddi anlamda gizlilik şartı ise devlet sırrı olarak tasnif edilen bir belge ya da bilginin içeriğinin, gerçekten de gizli olması anlamına gelir. Şart iki alt şart içermektedir. Öncelikle içeriğin gerçekten gizlilik gerektirecek kadar hassas olması, sonrasında içeriğin hâlihazırda kamuoyuyla paylaşılmamış olması gerekir.

5-) Devlet sırrları yalnızca kamu görevlileri için değil herkes için bağlayıcıdır. Yine de kamu görevlilerinin devlete karşı özel bir sadakat yükümlülüğü içerisinde olduğu, ayrıca kanunilik şartı açısından bazı iç yazışmalara da hâkim olduğu kabulü gerekmektedir.

6-) Devlet sırrının kendisi gibi devlet sırrının ifşası da kamu yararına hizmet etmelidir. Bu şart da ifşanın hangi saiklerle gerçekleştirildiğinin değerlendirilmesini gerektirir. Öncelikle devlet sırrı ifşa edilmeksizin üst yetkililere yapılacak bildirimle gerekli yararın sağlanıp sağlanamayacağına bakılmalıdır. İfşanın kariyer, kişisel hırs, intikam gibi saiklerle gerçekleştirilmemesi gerekir.

7-) Sorumlu gazetecilik gereği ifşa edilen bilgilerin gerçek olup olmadığı yayınlanacağı mecra da dikkate alınarak araştırılmalıdır. Ancak gazetecilerin, her bilgiyi çok titiz bir şekilde araştırmasını beklemek ifade özgürlüğünün kullanımını olanaksız hale getirecektir. Bu açıdan yetkililerin açıklamalarının gerçekliği konusunda makul bir güven olduğu kabul edilmelidir.

8-) Devlet sırrı nedeniyle ya da aracıyla yapılacak müdahalede ölçülülük ilkesine riayet edilmelidir. Aksi hâlde müdahale caydırıcı etkiye yol açacak ve ifade özgürlüğünün kullanımını azaltacaktır.

KAYNAKÇA

- Akgül Mehmet Emin. “İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gereğiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması”, *AÜHFD* 61, no. 1, (Haziran, 2012): 1-42. doi.org/10.1501/Hukfak_0000001649
- Akkaya Kia, Rukiye. “Devlet Sırrı, Kimin Sırrı?.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, no. 2, (Aralık, 2013): 749-755.
- Akpınar, Mahmut. “Gün Işığında Yönetim Açısından Türk Kamu Yönetiminde Açıklık ve Şeffaflık Sorunu.” *SDÜ İİBF Dergisi* 16, no. 2, (Haziran, 2011): 235-261.
- Akremler, Faaris. “Does Justice “Need to Know”?: Judging Classified State Secrets in the Face of Executive Obstruction.” *Stanford Law Review* 70, (May, 2018): 973-1023.
- Aksoy Retornaz, Eylem. “Yasaklanan Bilgileri Açıklama Suçu (TCK m.336).” *Terazi Hukuk Dergisi* 16, no. 176, (Nisan, 2021): 730-738.
- Alşahin, Mehmet Emin. “Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu (TCK m.258).” *MÜHFD* 20, no. 2, (Ocak, 2014): 219-250. doi.org/10.33629/auhfd.775298
- Ames, John. “Secrets and Lies: Reynolds’ Fartml Bar to Discovery and the Future of the State Secrets Privilege.” *North Carolina Journal of International Law* 39, no. 4, (Summer, 2014): 1067-1089.
- Aras, Bahattin. “Devlet Sırrı Kavramı ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar.” *TAAD* 2, no. 4, (Ocak, 2011): 543-562.
- Avcı, Artun. *Türkiye’de İnternet ve İfade Özgürlüğü*. İstanbul: Legal, 2013.
- Aydemir, Muhammed Emin. *Kamu Yönetiminde Açıklık ve Bilgi Edinme Hakkı*. Ankara: Adalet, 2020.
- Azer, Can. *Bilgi Edinme Hakkı*. Ankara: Yetkin, 2010.
- Balcı, Murat ve Mustafa Numan Genç. “Das Staatsgeheimnis im Türkischen Strafrecht.” *Ceza Hukuku Dergisi* 12, no. 33, (Nisan, 2017): 47-66.

- Bayındır, Sinan. “Devletin Güvenliğine ve Siyasal Yararlarına İlişkin Bilgileri Casusluk Maksadıyla Temin Etme Suçu (TCK. M. 328).” *Legal Hukuk Dergisi* 12, no. 138, (Haziran, 2014): 63-84.
- Bell, Daniel A. *Beyond Liberal Democracy: Political Thinking for an East Asian Context*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.
- Campagna, Norbert. “Legitimität der arcana imperii und des Diskurses.” İçinde *Staatsgeheimnisse: Arkanpolitik im Wandel der Zeiten*. 53-90. Editor Voigt Rudiger. Wiesbaden: Springer, 2017.
- Çayan, Gökhan. “Geçiş Adaleti ve Avrupa Arındırma Hukuku.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 40, (Aralık, 2019): 213-243.
- Çilliler, Yavuz. “Türk Siyasal Hayatında Devlet ve Hikmet-i Hükümet Geleneği.” *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 13, no. 34, (Eylül, 2016): 416-430.
- Diñer, Hülya. “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Hakikat Hakkı.” Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2017.
- Donohue, Laura K. “The Shadow of State Secrets.” *University of Pennsylvania Law Review*. 159, no. 77, (2010): 77-216.
- Döner, Ayhan. *Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları*, İstanbul: On İki Levha, 2010.
- Duran, Gökhan Yaşar. “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m.134).” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 173-174, (Şubat, 2019): 173-241.
- Egeliği, Ömer E. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Erdağ, Ramazan. “Yönetimde Gizlilik ve Devlet Sırrı Kavramı.” *Türk İdare Dergisi* 81, no. 463, (Eylül, 2009): 93-101.
- Fabbrini, Federico. “Courts and the politics of secrecy: national security, human rights and the importance of supranational oversight.” *West European Politics* 41, no. 4, (July, 2018): 869-889. doi.org /10.1080/01402382.2017.1388691

- Gray, Anthony. *Freedom of Speech in the Western World: Comparison and Critique*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2019.
- Gökçe, Ali Fuat. “Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Yürütmeyi Denetlemesinde Meclis Araştırması Komisyonlarının İşlevselliği.” *Yasama Dergisi* 11, (Ocak, 2009): 1-17.
- Günergök, Özcan. “Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü.” *AÜEHFD* 7, no. 1-2, (Haziran, 2003): 655-667.
- Hafizoğulları, Zeki. “Ceza Hukuku Düzeninde Devlet Sırrı.” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2, (Aralık, 2012): 172–177.
- Hafizoğulları, Zeki ve Özgür Küçüktaşdemir. “Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk.” *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2, (Temmuz, 2015): 121-170.
- İba, Şeref. “TBMM’nin Toplantı Düzeni Yönünden Kapalı (Gizli) Oturum Kavramı ve Türk Parlamento Tarihinde Kapalı Oturumlar.” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 59, no. 3, (Mart, 2004): 105-129. doi.org/10.1501/SBFder_0000001568
- Jensen, Michael P. “Torture and Public Policy: Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc., Allows “Extraordinary Rendition” Victims to Litigate Around State Secrets Doctrine.” *BYU Law Review* 2010, no. 1, (Mart, 2010):117-133.
- Kaya, Cemil. “State Secret as an Instrument to Maintain State Security.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 1, (Haziran, 2006): 33-55. doi.org/10.15337/SUHFD.2017.168
- Kaya, Semih Batur. “Anayasa Yargısında Alan Sorunu: Anayasa Yargısının Belirlenmiş Alanı.” *TBB Dergisi* 143, (Ağustos, 2019): 51-78.
- Kaymaz, Seydi. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı*. İstanbul: Seçkin, 2020.
- Keller, Perry. *European and International Media Law: Liberal Democracy, Trade, and the New Media*, New York: Oxford University Press, 2011.
- Koçak, Süleyman Yaman. “Kamu Yönetiminde Açıklık için Bilgi Edinme Hakkı.” *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 23, (Şubat, 2010): 115-126.

- Köken, Enes ve İbrahim Gül. “Casusluk Faaliyetleri ve Uluslararası Casusluk Suçu (TCK m. 331).” *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1, (Haziran, 2020): 2179-2202.
- Kutz, Christopher. “Secret Law and the Value of Publicity.” *Ratio Juris* 22, no. 2, (June, 2009): 197–217.
- Küçük, Adnan. “Hukukun Hâkim Kılınmasının Bir Gereği Olarak İdarî Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hürriyeti.” *Liberal Düşünce Dergisi* 86, (Bahar, 2017): 69-95.
- Küçük, Ayhan. “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Bu Hakkın İhlalinde İdare ve Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu.” *Sayıştay Dergisi* 81, (Haziran, 2011):119-139.
- Mecit, Nehare ve Kemal Mecit “İHAM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Yargı Mensupları.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 33, (Haziran, 2011): 827-861.
- Mızrak, Dilan. “Arjantin’in Kayıp Çocukları” Vakasının Hakikat Hakkı Çerçevesinde İncelenmesi.” *Ankara Barosu Dergisi* 77, no. 1, (Ocak, 2019): 361-396. doi.org/10.30915/abd.557394
- Natalie, Daniel Joseph. “No Longer Secret: Overcoming the State Secrets Doctrine to Explore Meaningful Remedies for victims of Extraordinary Rendition.” *Case Western Reserve Law Review* 62, no. 4, (2012): 1237-1283.
- Nottea, Danielle L. “The State Secrets Privilege: Distinguishing State Secrets in the Age of Information.” *Southwestern Law Review* 42, no. 3, (Summer, 2012): 701-735.
- Orhan, Salim. “Devlet Aklı Doktrini ve Modern Türkiye’ye Geçiş Sürecinde Bir Tezahürü Olarak Teşkilat-ı Mahsusa.” *DÜHFD* 23, no. 39, (Aralık, 2018): 375-409.
- Osmanoğlu, Bilal. “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Mahkemelerin Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi.” *TBB Dergisi* 151, (Aralık, 2020): 103-138.

- Öney Doğan, Betül ve Tuğçe Ertem. “Execution of Right to Information Act in the Context of Governance Applications in Turkey and Critics: Obstacles to Participation is Confidentiality.” *Akdeniz İletişim Dergisi*, no. 20, (Aralık, 2013): 49-66.
- Örs, Cengiz Ozan. “Ceza Yargılamasında Devlet Sırrı Üzerine Bir Değerlendirme.” *TBB Dergisi* 32, no. 142, (Haziran, 2019): 9-58.
- Özek, Çetin. *Basın Özgürlüğünden Bilgi Edinme Hakkına*. Bursa: Alfa, 1999.
- Özgenç, İzzet. *Suç Örgütleri*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Perkins, Jared. “The State Secrets Privilege and the Abdication of Oversight.” *BYU Journal of Public Law* 21, no. 1, (March, 2007): 235-265.
- Polater, Yusuf Ziya. “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı.” *TBB Dergisi* 28, S. 122, (Ocak, 2016): 99-140.
- Sancar, Mithat. “*Devlet Akli*” *Kıskacında Hukuk Devleti*. İstanbul: İletişim, 2010.
- Santoro, Daniele ve Manohar Kumar. *Speaking Truth to Power—A Theory of Whistleblowing*. Cham: Springer, 2018.
- Schwinn, Steven D. “The State Secrets Privilege in the Post-9/11 Era.” *Pace Law Review* 30, no. 2, (Winter, 2010): 777-831.
- Şenol, Cem. *Devlet Sırrı Kavramı ve Tck’de Düzenlenen Devlet Sırlarına Karşı Suçlar*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Şirin, Tolga. *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*. İstanbul: On İki Levha, 2013.
- Şirin, Tolga. *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-2: İfade Özgürlüğünün Yeşili*. İstanbul: Tekin, 2021.
- Thorgeirsdóttir, Herdís. *Journalism Worthy of the Name: Freedom Within the Press and the Affirmative Side of Article 10 of the European Convention on Human Rights*. Leiden: Brill, 2005.

Thüsing Gregor ve Gerrit Forst. “Whistleblowing around the World: A Comparative Analysis of Whistleblowing in 23 Countries.” İçinde *Whistleblowing A Comparative Study*. Editor Gregor Thüsing ve Gerrit Forst. Heidelberg: Springer, 2016: 3-33.

Sarıgüzel, Hacı. *Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk Suçları*. Ankara: Adalet, 2016.

Vedaschi, Arianna. “State Secret Privilege versus Human Rights: Lessons from the European Court of Human Rights Ruling on the Abu Omar Case.” *European Constitutional Law Review* 13, no. 1, (March, 2017): 166-181. doi.org/10.1017/S1574019616000456

Wegener, Bernhard W. *Der geheime Staat: Arkantradition und Informationsfreiheitsrecht*. Göttingen: Morango, 2006.

Zengin, Mehmet Ali. “Bilgi Paylaşımı Bakımından Devlet Sırrı Kavramı ve Ulusal Güvenlik”, *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi* VI, no. 2, (Aralık, 2011): 141-151.

Kararlar

AİHM, *Ahmed ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 22954/93, 02/09/1998.

AİHM, *Aslakhanova ve Diğerleri/Rusya*, B. No: 2944/06, 332/08, 42509/10, 18/12/2012.

AİHM, *Axel Springer AG/Almanya*, B. No: 39954/08, 07/02/2012.

AİHM, *Bartık/Rusya*, B. No: 55565/00, 21/12/2006.

AİHM, *Berkovich ve Diğerleri/Rusya*, B. No: 5871/07, 61948/08, 25025/10, 27/03/2018.

AİHM, *Bladet Tromso and Stensaa/Norveç* [BD], B. No: 21980/93, 20/05/1999.

AİHM, *Bozhkov/Bulgaristan*, B. No: 3316/04, 19/04/2011.

AİHM, *Castells/İspanya*, B. No: 11798/85, 23/04/1992.

AİHM, *Colombani ve Diğerleri/Fransa*, no. 51279/99, 25/06/2002.

AİHM, *Corneschi/Romanya*, B. No: 21609/16, 11/01/2022.

AİHM, *Dammann/İsviçre*, B. No: 77551/01, 25/04/2006.

- AİHM, *Danilov/Rusya*, B. No: 88/05, 01/12/2020.
- AİHM, *Éditions Plon/Fransa*, B. No: 58148/00, 18/05/2004.
- AİHM, *El-Masri/Kuzey Makedonya* [BD], B. No: 39630/09, 13/12/2012.
- AİHM, *Frezos and Roire/Fransa* [BD], B. No: 29183/95, 21/01/1999.
- AİHM, *Georgia/Rusya (I)* [BD], B. No: 13255/07, 03/07/2014.
- AİHM, *Gîrlenau/Romanya*, B. No: 50376/09, 26/06/2018.
- AİHM, *Goodwin/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 17488/90, 27/03/1996.
- AİHM, *Guja/Moldova* [BD], B. No: 14277/04, 12/02/2008.
- AİHM, *Gulijev/Litvanya*, B. No: 10425/03, 16/12/2008.
- AİHM, *Hadjianastassiou/Yunanistan*, B. No: 12945/87, 16/12/1992.
- AİHM, *Haseldine/Birleşik Krallık*, B. No: 18957/91, 13/05/1992.
- AİHM, *Husayn (Abu Zubaydah)/Polonya*, B. No: 7511/13, 24/07/2014.
- AİHM, *Jalowiecki/Polonya*, B. No: 34030/07, 17/02/2009.
- AİHM, *Janowiec ve Diğerleri/Rusya*, B. No: 55508/07, 29520/09, 16/04/2012.
- AİHM, *Kasabova/Bulgaristan*, B. No: 22385/03, 19/04/2011.
- AİHM, *Khodorkovskiy and Lebedev/Rusya*, B. No: 11082/06, 13772/05, 25/07/2013.
- AİHM, *Luboch/Polonya*, B. No: 37469/05, 15/01/2008.
- AİHM, *M./Hollanda*, B. No: 2156/10, 25/07/2017.
- AİHM, *Matyjek/Polonya*, B. No: 38184/03, 24/04/2007.
- AİHM, *Moczulski/Polonya*, B. No: 49974/08, 19/04/2011.
- AİHM, *Morissens/Belçika*, B. No: 11389/85, 03/05/1988.
- AİHM, *Muhammad and Muhammad/Romanya* [BD], B. No: 80982/12, 15/10/2020.
- AİHM, *Nasr and Ghalil/İtalya*, B. No: 44883/09, 23/02/2016.
- AİHM, *Nikolova and Vandova/Bulgaristan*, B. No: 20688/04, 17/12/2013.
- AİHM, *Noland and K./Rusya*, B. No: 2512/04, 12/02/2009.

- AİHM, *Pasko/Rusya*, B. No: 69519/01, 22/10/2009.
- AİHM, *Pentikainen/Finlandiya* [BD], B. No: 11882/10, 20/10/2015.
- AİHM, *Perna/İtalya* [BD], B. No: 48898/99, 06/05/2003.
- AİHM, *Pocius/Litvanya*, B. No: 35601/04, 06/07/2010.
- AİHM, *Prager and Oberschlick/Avusturya*, B. No: 15974/90, 26/04/1995.
- AİHM, *Regner/Çekya*, Appl. No.35289/11, 19/09/2017.
- AİHM, *Sanoma Uitgevers B.V. –/Hollanda*, B. No: 38224/03, 14/09/2010.
- AİHM, *Schmit/Lüksemburg*, B. No: 51772/99, 25/02/2003.
- AİHM, *Selistö/Finlandiya*, B. No: 56767/00, 16/11/2004.
- AİHM, *Soltysyak/Rusya*, B. No: 4663/05, 10/02/2011.
- AİHM, *Soro/Estonya*, B. No: 22588/08, 03/09/2015.
- AİHM, *Stoll/İsviçre* [BD], B. No: 69698/01, 10/12/2007.
- AİHM, *Studio Monitori ve Diğerleri/Gürcistan*, B. No: 44920/09, 8942/10, 30/01/2020.
- AİHM, *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. ve Diğerleri/Hollanda*, B. No: 39315/06, 22/11/2012.
- AİHM, *Turek v. Slovakia*, B. No: 57986/00, 14/02/2006.
- AİHM, *Uzukauskas/Litvanya*, B. No: 16965/04, 06/07/2010.
- AİHM, *Vasil Vasilev/Bulgaristan*, B. No: 7610/15, 16/11/2021.
- AİHM, *Vereniging Weekblad Bluf!/Hollanda*, B. No: 16616/90, 09/02/1995.
- AİHM, *Weber/İsviçre*, B. No: 11034/84, 22/05/1990.
- AİHM, *Welke and Bialek/Polonya*, B. No: 15924/05, 01/03/2011.
- AİHM, *Yonchev/Bulgaristan*, B. No: 12504/09, 07/12/2017.
- AİHM, *Yordanova and Toshev/Bulgaristan*, B. No: 5126/05, 02/10/2012.
- AİHM, *Zawisza/Polonya*, B. No: 37293/09, 31/05/2011.
- US Supreme Court, *Reynolds v. United States*, 345 U.S. 1, 953.

Diğer Belgeler ve İnternet Siteleri

Danışma Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (1/463).

İHAM İnternet Sitesi, hudoc.com

Legalbank, Elektronik Hukuk Bilgi Bankası, legalbank.net

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, lexpera.com.tr

Nişanyan Sözlük, <https://www.nisanyansozluk.com>

Online Etymologie Dictionary, <https://www.etymonline.com>

Resolution 1551 (2007) Fair trial issues in criminal cases concerning espionage or divulging state secrets.

TBMM İnternet Sitesi, tbmm.gov.tr

Türkçe Etimoloji Sözlüğü, <https://www.etimolojiturkce.com>

Wissen, wissen.de

Makaleler

Articles

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin, Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması, Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?*

Talih UYAR**

* Bu yazı, bir dava dosyasına “hukuki mütalâa” (uzman görüşü) ‘HMK. m.293’ olarak sunulmuştur.

** Avukat İzmir Barosu, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi.
<https://orcid.org/0000-0002-1531-3646>

MALİ DURUMU DOKUZ MİLYON LİRA BORÇ PARA VERMEYE MÜSAİT OLMAYAN BİR KİŞİNİN, BORÇLU OLARAK GÖSTERDİĞİ KİŞİ HAKKINDA DOKUZ MİLYON LİRALIK İCRA TAKİBİNDE BULUNMASI, HAYATIN OLAĞAN AKIŞINA AYKIRI SAYILMAZ MI?

ÖZ

Kendisi *emekli bir bankacı*, karısı davalının mimarlık bürosunda –on beş yıl- *işçi* olarak çalışmış olan ve davalıya 415.000 Dolar + 798.000 Euro (=9.406.455,48 TL. + işleyecek faiz) borç olarak verebilecek *mali gücü bulunduğunu kanıtlayamamış olan bir kişinin* bu miktarın ödenmesi için borçlu olarak gösterdiği kişi hakkında icra takibinde bulunması “*hayatın olağan akışına*” aykırı sayılmaz mı? *Tasarrufun iptali davalarında davacının, davalı-borçludaki alacağının ‘g e r ç e k’ bir alacak olması gerekir.* İptal davalarında, “*davacının, davalılardan borçluda bir alacağının bulunması*” ve “*davacının; borçlu hakkında yaptığı icra takibinden bir sonuç elde edilmemiş –yani alacağın kısmen- tamamen tahsil edilmemiş olması*” ön koşul olduğundan, mahkeme iptal davasının yargılaması sırasında öncelikle bu ön koşulun gerçekleşmiş olup olmadığını kendiliğinden araştırır. Bunu yaparken davacının alacağının “*geçerli olup olmadığını*” araştıramayacağı –örneğin; ‘alacağın kumar alacağı olduğunu’ ileri sürerek iptal davasını reddedemeyeceği- gibi, “*icra dairesinin düzenlediği aciz belgesinin geçerli olup olmadığını*” da tartışamaz. Tersine, aciz belgesinin iptali için icra mahkemesine yapıldığı ileri sürülen şikâyetin sonucunu, kendisi için ‘bekletici mesele’ sayması gerekir. Fakat, davalı-üçüncü kişi (veya borçlu) “*davacının alacağının mevcut olmadığını*” -örneğin muvazaaya dayandığını- iddia ve ispat edebilir.

Anahtar Kelimeler

tasarrufun iptali

gerçek alacak

muvazaalı alacak

kesin aciz belgesi

geçici aciz belgesi

GİRİŞ

Tasarrufun iptali davası, İcra ve İflâs Kanunu'nun 277-284. ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında (ki) Kanunu'nun 24-31. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükümler yakın zamana kadar İcra ve İflâs Kanununun diğer hükümlerine göre, daha sınırlı bir uygulama alanı bulmuştur. Bunun başlıca nedeni, iptal davası açabilecek durumda olan alacaklıların -genel hükümlere (TBK. m. 19) göre açılan “*muvazaa davası*” ile “*tasarrufun iptali davaları*”nı aynı nitelikte görüp- borçluların “mal kaçırma kasdı”nın ispatı konusundaki güçlüğü dikkate alarak, çekingen davranmış olmalarıdır. Halbuki, İİK m. 277 ve devamında düzenlenmiş bulunan “*tasarrufun iptali davası*” ile TBK. m. 19'da düzenlenmiş bulunan “*muvazaa davası*”nın gerek ‘açılma koşulları’ ve gerekse bu davalarda ‘ispatı gereken hususlar’ birbirinden farklıdır. İptal davalarında, davacı-alacaklı; çok kez “iptale tâbi tasarruf”un belirli bir zaman kesiti [örneğin; “haciz”den, “aciz”den yahut “iflâsın açılması”ndan önceki *bir yıl* (İİK m. 279/I) ya da *iki yıl* (İİK m. 278/II)] içinde yapılmış olduğunu veya “işlem (tasarruf) tarihinden itibaren *beş yıl* içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunulmuş olduğunu” (İİK m. 280/I) ve borçlu ile hukuki işlemde (tasarrufta) bulunan üçüncü kişinin, borçlunun belirli derecede-(örneğin; birinci, ikinci, üçüncü derecede (İİK m. 278/III-1; 280/II)- *kan* ya da *sıhri hismı* olduğunu kanıtlamak suretiyle, ayrıca borçlunun “*mal kaçırma kasdı*”nı kanıtlamadan davasını (iddiasını) ispat edebilir.

Tasarrufun iptali davaları ne kadar geniş bir uygulama alanı bulur ve borçluların “alacaklılarından mal kaçırmak kastıyla yaptıkları kötüniyetli tasarruflar” ne kadar fazla iptale tâbi tutulursa, kötüniyet “o kadar az” ödüllendirilmiş (!) olacaktır.

I- Hakkında “haciz” (İİK m. 78 vd.) işlemine girişilen (iflâsta; “iflâs kararı verilen” (İİK m. 165, 191/I) borçlunun tasarruf yetkisi, bu tarihten itibaren kısıtlanır.

“Malları üzerine haciz konulması”ndan (veya *haklarında iflâs kararı verilmesi*) önce, malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilen borçlular, henüz alacaklıların -haciz ve iflâs yolu ile- takibine hedef olmadan, onlardan “mal kaçırmak” (yani, onların haklarında yapacağı takibi semeresiz bırakmak) amacı ile, malvarlığının tamamını ya da bir kısmını, bir takım “hileli” işlemlerle (yani, bedelsiz olarak ya da çok ucuz bedelle) başkalarına (özellikle,

yakınlarına, kendilerinin bu amacını bilen veya bilebilecek durumda bulunan arkadaşlarına/tanıdıklarına) devredebilirler ya da bedelini kendileri ödeyerek yakınları üzerine taşınır/taşınmaz mal satın alarak malvarlığını azaltabilirler.

İşte, bu gibi kötü niyetli borçluların “*alacaklılarından mallarını kaçırmak kasdı ile*” yaptıkları bu tür işlemlerden zarar gören alacaklıları korumak amacı ile, onlara “*tasarrufun iptali davası*” denilen bir ‘dava açma hakkı’ tanınmıştır.

Tasarrufun iptali davasını “bir borçlunun, alacaklılarına zarar vermek kasdıyla, mallarının haczinden veya hakkında iflâs kararı verilmeden önce, yani henüz tasarruf yetkisinin kısıtlanmadığı dönemde, alacaklılarından mallarını kaçırmak için yapmış olduğu tüm tasarrufların, sadece davacı-alacaklı bakımından hükümsüz sayılmasını sağlamak için, ‘kural olarak’ kesin ya da geçici aciz belgesine sahip alacaklılarca, kanunda öngörülen sebeplere dayanarak, beş yıllık hak düşürücü süre içinde açılabilen, ‘borçlunun malvarlığından çıkardığı’ dava konusu mal ve haklar üzerinde davacı-alacaklıya ‘cebri icra yetkisi’ tanıyan, şahsi nitelikte bir eda davasıdır” şeklinde tanımlayabiliriz.^{[1],[2]}

[1] Talih Uyar, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar, İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları, 7. Baskı (2021), 3 vd.

[2] Benzer tanımlar için bkz. Kuru: “Bir borçlunun, mallarının haczinden veya iflâs etmeden önce, alacaklılarından mal kaçırmak için yapmış olduğu bağışlamalar ve şüpheli (hileli) tasarrufların iptal ettirilebilmesi için alacaklılara bir dava açma hakkı tanınmıştır ki, buna iptal davası denir (m. 277-284)” Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı (Ankara: Adalet, 2013), 1397; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, (Ankara: Yetkin, 2016), 663. Muşul: “İİK m. 97/sondan 2. fıkradaki ve iflâstaki haller (İİK m. 277/b.2, m.245 ve 255/3) hariç olmak üzere, kesin veya geçici aciz vesikasına sahip alacaklının, kanunda öngörülen sebeplere istinatla, kabili iptal olduğunu iddia ettiği tasarrufi işlemin, sadece kendisi açısından ve aciz vesikasına bağlanmış olacağı ve ferileri nispetinde iptal edilmesini talep ederek, borçlu ile lehine tasarrufi işlemin yapıldığı üçüncü kişiye karşı açtığı, 5 yıllık hak düşürücü süreye ve basit yargılama usulüne tâbi olan, şahsi nitelikte bir davadır” Timuçin Muşul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 2. Baskı (Ankara: Adalet, 2017), 17. Atalı, Ermenek ve Erdoğan: “İcra ve İflâs takibinden önce veya takip sırasında, borçlunun alacaklının haklarını ihlâl edecek şekilde yaptığı tasarruf işlemlerinin iptali için başvurulana yola tasarrufun iptali davası denir” Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, (Ankara: Yetkin, 2020), 715. Eroğlu: “Kesin veya geçici aciz vesikasına sahip alacaklının, borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak kastıyla yaptığı tasarruflarını, alacağı ile sınırlı olmak kaydıyla, icra takip

Bu davanın amacı;^[3] borçluların henüz tasarruf yetkilerinin kısıtlanmamış olduğu dönemde (yani; “malları üzerine haciz konulmadan” veya “hakkında iflâs kararı verilmeden” önce) alacaklılarından mal kaçırmak kastı ile, kötü niyetle yapmış oldukları hukukî işlemleri, davacı-alacaklı bakımından hükümsüz sayarak, borçlunun malvarlığından uzaklaştırdığı (çıkardığı) dava konusu mal ve haklar üzerinde, alacaklının -sanki, bu mal ve haklar halâ borçluya aitmiş gibi- cebri icra yolu ile alacağını elde etmesini -bu malın haciz ve satışını isteyerek- sağlamaktır.^[4]

sahasına sokmasını sağlayan, beş yıllık hak düşürücü süreye tâbi, kişisel nitelikte bir eda davasıdır” Orhan Eroğlu, *Tasarrufun İptali Davaları ile Muvazaa Davaları ve Karşılaştırılması* (Ankara: Seçkin, 2020), 24; Orhan Eroğlu, *İslah*, (Ankara: Seçkin, 2021), 192. Berkin: “Borçlunun alacaklılarına zarar veren bazı tasarruflarını -davacı alacaklı bakımından, onun alacağı ölçüsünde- hükümsüz hale getirmeye yarayan bir dava” Mehmet Necmettin Berkin, *İflâs Hukuku*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972), 489.

- [3] Serdar Kurtoglu, “İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği,” *İstanbul Barosu Dergisi* 47, no. 7-8 (1973): 776-80; Talih Uyar, *Hukuki Mütalâalar*, 2. Baskı (Ankara: Bilge, 2017), 44 vd., 359 vd.; Talih Uyar, *Hukuki Mütalâalar*, 3. Baskı (Ankara: Bilge, 2020), 2 vd., 16 vd., 141 vd., 297 vd., 379 vd., 463 vd., 683 vd., 920 vd.; Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarının Hukuki Niteliği ve Amacı,” *Manisa Barosu Dergisi*, (Temmuz 2008): 79-86; Nihat Yavuz, “Alacaklılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu ve Bu Amaçla Yapılan Muvazaalı İşlemler Hakkında Yargıtay Uygulamasından Örnekler,” *Yargıtay Dergisi* 25, no. 3 (Temmuz 1999): 217-41; Nihat Yavuz, “Alacaklılardan Mal Kaçırmak Amacı ile Yapılan İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu,” *Yargıtay Dergisi* 12, no. 1-2 (Ocak-Nisan 1986): 101-7.
- [4] Uyar, Uyar ve Uyar, *İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları*, 4 vd; Muşul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 23; Eroğlu, *Tasarrufun İptali Davaları*, 30; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2020), 556; Kuru, *El Kitabı*, 1397; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 726; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2013), 857; Abdulkadir Şehabettin Sertkaya ve Süleyman Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, (Ankara: Adalet, 2016), 5; Emine Halman Çetin, *Tasarrufun İptali Muvazaa İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear*, (Ankara: Adalet, 2016), 17; Ali Güneren, *Tasarrufun İptali Davaları*, (Ankara: Yetkin, 2012), 40; Mine Uzun Çam, *Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları*, (Ankara: Seçkin, 2017), 58; Mahmut Coşkun, İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat, *Tasarrufun İptali Davaları*, (Ankara: Seçkin, 2016), 887;

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

Yüksek mahkeme, çeşitli içtihatlarında “tasarrufun iptali davasının amacı” hakkında;

– “İcra ve İflas Kanunu’nun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarındaki amacın, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların ‘geçersizlik’ ya da ‘iyiniyet kurallarına aykırılık’ nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamak olduğunu”^[5]

– “Tasarrufun iptali davalarının amacının, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların ‘geçersizlik’ ya da ‘iyiniyet kurallarına aykırılık’ nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasına ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamak olduğunu”^[6]

– “Tasarrufun iptali davalarının amacının, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların ‘geçersizlik’ ya da ‘iyiniyet kurallarına aykırılık’ nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamak olduğunu”^[7]

– “Tasarrufun iptali davalarında amacın, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların ‘geçersizlik’ ya da ‘iyiniyet kurallarına aykırılık’ nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamak olduğunu”^[8]

– “İcra ve İflas Kanunu’nun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarında amacın, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların ‘geçersizlik’ ya da ‘iyiniyet kurallarına

Tunahan Çetinel, *Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarruflar Bağlamında Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları*, (Ankara: Yetkin, 2020), 29.

[5] Yargıtay 17. HD. 26.11.2018 T. 6958/11230 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[6] Yargıtay 17. HD. 19.11.2018 T. 946/10870 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[7] Yargıtay 17. HD. 05.11.2018 T. 6517/10079 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[8] Yargıtay 17. HD. 15.10.2018 T. 4016/9049 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

aykırılık' nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamak olduğunu"^[9]

– “Davacının tasarrufun iptali istemine ilişkin bu davayı açmaktaki amacının takibe koyduğu alacağın tahsili olduğundan, davanın kabulüne karar verildiğinde, davacının bu alacak ve fer'ileri ile sınırlı olarak dava konusu edilen tüm taşınmazlar yönünden şartları oluşması halinde tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile 'dava konusu edilen taşınmazlardan sadece bir tanesinin davacının alacağını karşılayacağı' düşüncesiyle, yalnızca bir taşınmaz yönünden davanın kısmen kabulüne karar verilmesinin doğru olmadığını"^[10]

– “İcra ve İflas Kanunu'nun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarında amacın, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların 'geçersizlik' ya da 'iyiniyet kurallarına aykırılık' nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla, alacağın tahsilini sağlamak olduğunu"^[11]

– “Tasarrufun iptali davalarında amacın, borçlunun aciz ya da iflâs etmeden önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların 'geçersizlik' ya da 'iyiniyet kurallarına aykırılık' nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla, alacağın tahsilini sağlamak olduğunu"^[12]

– “Tasarrufun iptali davalarında amacın, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların 'geçersizlik' ya da 'iyiniyet kurallarına aykırılık' nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla, alacağın tahsilini sağlamak olduğunu"^[13]

[9] Yargıtay 17. HD. 09.10.2018 T. 8503/8819 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[10] Yargıtay 17. HD. 17.09.2018 T. 4747/7826 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[11] İzmir BAM. 5. HD. 18.04.2018 T. 55/585 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[12] Yargıtay 17. HD. 05.04.2018 T. 17130/3875 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[13] Yargıtay 17. HD. 27.03.2018 T. 15813/3307 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

belirtmiştir...

II- Yapılan açıklamalardan anlaşıldığı gibi iptal davası, “dava konusu malın aynına ilişkin bir dava olmayıp kişisel bir dava”dır.^[14]

- [14] Uyar, *Hukuki Mütalâalar*, 2. Baskı, 44 vd., 359 vd., 1570 vd.; Uyar, “Tasarrufun İptali,” 79-86; Uyar, *Hukuki Mütalâalar*, 3. Baskı, 2vd., 14 vd., 52 vd., 88 vd., 294 vd., 324 vd., 378 vd., 405 vd., 462 vd., 506 vd., 537 vd., 655 vd., 683 vd., 776 vd., 920 vd., 1303 vd.; Uyar, Uyar ve Uyar, *İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları*, 19 vd.; Bilge Umar, *Türk İcra-İflâs Hukuku’nda İptal Davaları*, (İstanbul: 1963), 19; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre*, 664; Kuru, *El Kitabı*, 397; Mehmet Necmettin Berkin, *Tatbikatçılar için İflâs Hukuku Rehberi*, (İstanbul, Filiz, 1980), 111; Saim Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 8. Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009), 300; Turgut Önen, “*İptal Davaları*,” *Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi* 1, (1969): 39-49; Kurtoglu, “*İptal Davasının Hukuki Niteliği*,” 776 vd.; Burhan Gürdoğan, *İflâs Hukuku*, (Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1966), 223; Eroğlu, *Tasarrufun İptali Davaları*, 33 vd.; Turhan Esener, *Muvazaalı Muameleler*, (İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956), 105; Levent Börü, “*İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kasdından Dolayı İptal (İİK m. 280)*,” *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi* 58, no. 3 (2009): 486; Arslan vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 557; Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, (Ankara: Yetkin, 2016), 1252; Talih Uyar, “*Muvazaa’ Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının Koşul ve Sonuçları*,” *Ankara Barosu Dergisi* 75, no. 3 (Temmuz 2017): 266 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 716 vd.; Aziz Serkan Arslan, “*Tasarrufun İptali Davasından Sonra Açılan Menfi Tespit Davasında Bekletici Mesele Yapma Sorunu*,” içinde *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, ed. Emel Hanağası ve Mustafa Göksu, (Ankara: Yetkin, 2014); Hakan Albayrak, “*Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları*,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64, no. 4, (2015): 933; Mehmet Refik Korkusuz, *İcra ve İflâs Hukuku Uygulaması*, (Ankara: Roma Yayınları, 2004), 312; Hakan Albayrak ve Serkan Açar, “*Tasarrufun İptali Davalarının Kamu İcra Hukuku ve Genel İcra Hukuku Çerçevesinde Özel Dava Şartları Bakımından Karşılaştırılması*,” *TBB Dergisi* 124, (Mayıs-Haziran 2016): 435; Hüseyin Kovan, *100 Soruda Muris Muvazaası Nedeni ile Tapu İptal ve Tescil Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları*, (Ankara: Adalet, 2016): 278; Halman Çetin, *Tasarrufun İptali*, 18; Ergun Özsunay, *Türk Hukuku’nda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1968), 233; Cengiz Kostakoğlu, “*Takip Hukukunda İptal Davaları*,” *Adalet Dergisi*, no. 6 (1989): 9; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku* 2, (Ankara: Adalet, 2013), 1744; Haşmet Sırrı Akşener, *Tasarrufun İptali Davaları*, (İstanbul: Legal, 2013), 27; Tolga Akkaya, “*Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanununda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu*,” *Legal Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, no. 3 (2006): 672; **İzzet Karataş**

Bu dava sonunda, tasarrufa konu mal, alıcının (veya devir alan) malvarlığından çıkarılarak, tekrar borçlunun malvarlığına geri verilmez. Tasarrufa konu mal, yine alıcının (veya devir alan) malvarlığında kalmakla beraber, davayı kazanan davacı-alacaklı, o malı haczettirip sattırma ve satış bedelinden alacağını (*kişisel hakkını*) alma imkanını elde etmiş olur. Davanın konusunun *taşınmaz* olması halinde, dava sonunda verilen hükümlerle, taşınmazın tapu kaydında bir değişiklik yapılmaz... “Davanın kabulüne” karar verilmesi halinde, bu hükümden sadece ‘davacı-alacaklı’ yararlanır. ‘Davalı-borçlu’dan alacaklı olan diğer alacaklılar, bu hükümden yararlanmazlar. Zaten “davanın kabulüne” karar veren mahkeme “...dava konusu şey üzerinde, davacı-alacaklıya ‘aciz vesikasında belirtilen -eğer mahkemeye kesin aciz vesikası sunulmamışsa; icra dosyasındaki alacak ve fer’ileri ile sınırlı olarak- cebri icra yetkisi tanınmasına” şeklinde karar verir.

Yüksek mahkeme, iptal davalarının bu *niteliğini*, çeşitli içtihatlarında; – “İptal davasının, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan, nisbi nitelikte, yasadan doğan bir dava olup; tasarrufa konu malların aynı ile ilgili olmadığını”^[15]

ve Erol Ertekin, *Tasarrufun İptali Davaları*, (Ankara: Yetkin, 1998), 17; **Ömer** Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Konya: Mimoza, 2015), 499; Ali Güneren, *İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarrufun İptal Davaları*, (Ankara: Adalet, 2004), 49, 1015; Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs Hukuku*, 858, 878; Mehmet Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2016), 565; Muşul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 18 vd.; İdil Tuncer Kazancı, *Tasarrufun İptali Davalarında İspat*, (Ankara: Yetkin, 2015), 76; Talih Uyar, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar, *İİK Şerhi 3*, (Ankara: Bilge, 2014), 4309; Sıtkı Akyazan, “Takip Hukukunda İptal Davası,” *Adalet Dergisi*, no. 3-4, (Mart-Nisan 1963): 237; İsmet Sarısözen, “*İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü*”, *Ankara Barosu Dergisi*, no. 1 (1977): 56; Fatih Karamercan, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı (TMK, 229-241)*, (Ankara: Seçkin: 2020), 158; Yılmaz, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 1203; Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 7; Çetinel, *Alacaklılara Zarar Verme*, 9; Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku “Ders Kitabı”*, (Ankara: Yetkin, 2020), 489.

[15] Yargıtay 17. HD. 26.11.2018 T. 6958/11230 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

– “İptal davası, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan, nisbi nitelikte, yasadan doğan bir dava olup; tasarrufa konu malların aynı ile ilgili olmadığını”^[16]

– “İptal davası, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan, nisbi nitelikte yasadan doğan bir dava olup; tasarrufa konu malların aynı ile ilgili olmadığını”^[17]

– “Tasarrufun iptali, davaları mutlak ticari dava niteliğinde olmayıp, şahsi nitelikte ve borçlunun tasarruflarına yönelik bulunduğundan, asliye hukuk mahkemelerinin görevine girdiğini”^[18]

– “İcra ve İflas Kanunu’nun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarında amacın, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların ‘geçersizlik’ ya da ‘iyiniyet kurallarına aykırılık’ nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamlı alacağın tahsilini sağlamak olduğunu, davacının, iptal davası sabit olduğu takdirde, tasarruf konusu mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde edeceğini ve tasarruf konusu taşınmaz mal ise, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın düzeltilmesine gerek olmadan, o taşınmazın haciz ve satışını isteyebileceğini, bu yasal nedenle iptal davasının, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan, nisbi nitelikte, yasadan doğan bir dava olup; tasarrufa konu malların aynı ile ilgili olmadığını”^[19]

– “Tasarrufun iptali davasının taşınmazın aynına yönelik aynı bir dava olmadığı, alacağın tahsiline yönelik şahsi nitelikte bir dava olduğunu”^[20]

[16] Yargıtay 17. HD. 15.10.2018 T. 13062/9065 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[17] Yargıtay 17. HD. 04.10.2018 T. 5240/8614 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[18] Yargıtay 17. HD. 09.04.2018 T. 8983/3951 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[19] Yargıtay 17. HD. 12.12.2017 T. 3577/11571 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[20] Yargıtay 17. HD. 20.06.2017 T. 5549/7016 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

– “İptal davasının, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan nisbi nitelikte, yasadan doğan bir dava olup; tasarrufa konu malların aynı ile ilgili olmadığını”^[21]

b e l i r t m i Ő t i r .

III- İİK m. 277/1’de; iptal davasının, “İİK 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı tasarruflar nedeniyle açılabilceği” belirtilmiştir (İİK m. 277).

‘İptal davasına konu olan işlemler’^[22] – kural olarak- “*maddi hukuk bakımından tamamen geçerli olan ve alacaklıları zarara sokan işlemler*”dir.^[23] Uygulamada en sık karşılaşılan *tasarrufun iptali davasına konu olabilen* belli başlı işlemler Şunlardır:^[24]

– “Mirasçılar arasında yapılmış olan ‘miras taksim sözleşmesi’”^[25]

– “Mirasçılar arasında yapılmış olan ‘rızaı taksim sözleşmesi’”^[26]

[21] Yargıtay 17. HD. 06.06.2017 T. 7321/6418 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[22] Uyar, Uyar ve Uyar, İİK Şerhi 3, 4314 vd.; Talih Uyar, *Gereğçeli-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi 11*, 3. Baskı (Ankara: Turhan, 2010), 18691 vd.; Talih Uyar, “Borçlu Hakkında Üçüncü Kişi Tarafından Takip Konusu Yapılan Senedin (ve İcra Takibinin) ‘Muvazaalı Olduğu’ İleri Sürülerek, Borçlunun Alacaklıları Tarafından Senedin (ve İcra Takibinin) Kendileri Bakımından Geçersiz Sayılması İçin Tasarrufun İptali Davası Açılabilir mi? (İİK 280; TBK 19),” *Ankara Barosu Dergisi* 73, no. 1 (Ocak 2015): 370 vd.

[23] Kuru, *El Kitabı*, 1397; Muşul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 20 vd.; Arslan vd., *İcra ve İflas Hukuku*, 533; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, (Ankara: Yetkin, 2013), 614; Uyar, Uyar ve Uyar, İİK Şerhi 3, 4314 vd.; Pekcanitez vd. *İcra ve İflas Hukuku*, 859; Güneren, *Tasarrufun İptali Davaları*, 40; Kurtoğlu, “*İptal Davasının Hukuki Niteliği*,” 776; Ulukapı, *İcra ve İflas Hukuku*, 497; Sarısözen, “Yargılama Usulü,” 233, dipnot 5.

[24] Uyar, Uyar ve Uyar, *İcra ve İflas Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları*, 37 vd.

[25] Yargıtay 17. HD. 06.07.2020 T. 4035/4370 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[26] Yargıtay 17. HD. 13.05.2019 T. 4751/5978 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

- “Devredilen şirket hisseleri”,^[27]
- “Devredilen miras hisseleri”,^[28]
- “Tapuya şerh verilerek güçlendirilen satış vaadi sözleşmeleri”,^{[29]_[30]_[31]}
- “Satılan taşınmazlar”,^[32]
- “Boşanma protokolü uyarınca devredilen taşınır ve taşınmazlar”,^{[33]_[34]}
- “Havale işlemleri”,^[35]
- “Borçlunun malvarlığının artışı önleyen işlemler”,^[36]

[27] Yargıtay 17. HD. 19.4.2010 T. 2848/3607; 22.2.2010 T. 9772/1356; 12.11.2009 T. 8068/7497 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[28] Yargıtay 17. HD. 23.2.2010 T. 9831/1437 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[29] Yargıtay 17. HD. 03.05.2016 T. 4425/5341; 21.05.2013 T. 7284/7365; 22.2.2010 T. 10739/1362; 5.5.2008 T. 1637/2353; Yargıtay 15. HD. 30.9.2002 T. 3158/4300; 15.05.2002 T. 1010/2526; 15. HD. 26.01.1990 T. 5253/160; Yargıtay 13. HD. 29.09.1977 T. 3322/3948 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[30] Muşul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 40 vd.

[31] Talih Uyar, “‘Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi’ Hakkında Açılan Tasarrufun İptali Davasının Sonuçları,” *İstanbul Barosu Dergisi*, (Kasım-Aralık 2012):137-233.

[32] Yargıtay 17. HD. 15.2.2010 T. 503/1144 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[33] Yargıtay 17. HD. 11.2.2010 T. 10940/1042; 24.3.2009 T. 4342/1702; 17.2.2009 T. 3448/733; 08.09.2014 T. 2006/11251; 11.02.2014 T. 13647/1487 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[34] Bu konuda ayrıca bkz. Kazancı, *İspat*, 244 vd.; Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 25 vd.

[35] Yargıtay 17. HD. 28.12.2009 T. 6547/8779 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[36] Yargıtay 17. HD.11.03.2013 T. 6602/3146; 4.5.2009 T. 148/2805 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

- “Borçlunun, aleyhine açılan tapu iptali ve tescil davasını kabul etmesi”,^[37]
- “Borçlunun, miras bırakandan kalan taşınmazlardan pay istemeyip, kendisine intikal edecek payları kardeşlerine devretmesi işlemi”,^[38]
- “Üst yapı hakkının devrine ilişkin tasarruflar”,^[39]
- “Hastane işletme ruhsatının devrine yönelik tasarruflar”,^[40]
- “Borçlunun, malvarlığını azaltıcı bir işlem olan bono düzenleme işlemi”^[41]
- “Yapılan ipotek işlemleri”^[42]
- “Borçluların, mirasın reddi konusundaki işlemleri”,^[43] _^[44]
- “Kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler”,^[45]

[37] Yargıtay 17. HD. 14.4.2009 T. 5384/2350 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[38] Yargıtay 17. HD. 14.2.2008 T. 4110/617 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[39] Yargıtay 17. HD. 31.01.2017 T. 7913/792 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[40] Yargıtay 17. HD. 11.04.2017 T. 541/3933; 11.04.2017 T. 2161/3948; 05.06.2014 T. 13391/8983; 05.06.2014 T. 6354/8985 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[41] Yargıtay 15. HD. 21.10.2004 T. 3131/5291 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[42] Yargıtay 17. HD. 21.02.2017 T. 5280/11575 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[43] Yargıtay 17. HD. 08.11.2016 T. 19558/10239; 28.02.2013 T. 4777/2421; 11.2.2008 T. 5540/513 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[44] Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 43.

[45] Yargıtay 15. HD. 15.05.2002 T. 1010/2526 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

- “Borçlu tarafından düzenlenmiş muvazaalı senetlerin iptali için”^[46]
- “Nam-ı müstear (bedeli borçlu tarafından ödenip, üçüncü kişi adına kayıt ve tescil edilen şeyler) konusu işlemler”,^{[47]- [48]}
- “İnançlı işlemler”^{[49]-[50]}
- “Adi ortaklığın feshine ilişkin sözleşmeler”,^[51]
- “Borçlu tarafından yapılan ölüncüye kadar bakma sözleşmesi”,^[52]

[46] Bkz. “Tasarruf kavramı ‘borçlunun malvarlığını azaltıcı nitelikteki hukuki işlemleri’ ile ve ‘hukuki fiillerini’ de içerdiğinden, davalılar arasındaki senet düzenleme fiilinin tasarruf kavramı içinde olduğunu, davacının bu tasarrufu iptal ettirmekte hukuki yararı bulunduğu kabulü gerektiğini...” (Yargıtay 17. HD. 28.01.2020 T. 1405/120) (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[47] Yargıtay 17. HD. 17.12.2019 T. 669/12066; 25.11.2019 T. 3551/11086, 15.03.2017 T. 22269/2789; 24.05.2016 T. 11539/6283; 23.02.2016 T. 10807/2099; 23.02.2016 T. 11352/2105; 22.06.2015 T. 8287/8983; 15.06.2015 T. 3457/3457/8622; 01.06.2015 T. 19635/8006; 24.02.2015 T. 5559/3322; 18.11.2014 T. 10438/16219; 03.11.2014 T. 6147/14975; 21.05.2013 T. 7646/7370; 04.04.2013 T. 8194/4806; 26.03.2013 T. 72061/4179; 14.09.2009 T. 6101/5325; 5.11.2013 T. 12075/15090; 09.09.2013 T. 7129/11624; 18.03.2013 T. 6263/3521; 14.02.2013 T. 4164/1515; 08.05.2007 T. 2583/1574; 14. HD. 19.10.2001 T. 5932/6946; Yargıtay 15. HD. 29.4.1993 T. 2212/2029; 26.04.1984 T. 775/1466 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[48] Uyar, Uyar ve Uyar, İİK Şerhi 3, 4332 vd.; Mine Toktaş, *Tasarrufun İptali Davaları*, (Ankara: Seçkin, 2009), 78; Coşkun, *İtirazın İptali*, 913 vd.; Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 30; Uzun Çam, *Kamu Alacağı*, 79.

[49] Börü, “Zarar Verme Kasdı,” 494; Kazancı, *İspat*, 252, 266 vd.; Toktaş, *Tasarrufun İptali Davaları*, 82; Halman Çetin, *Tasarrufun İptali*, 280 vd; Uzun Çam, *Kamu Alacağı*, 82.

[50] Yargıtay 17. HD. 14.03.2017 T. 8538/2734; 17.02.2017 T. 10199/1109 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[51] Yargıtay 13. HD. 3.5.1982 T. 2826/3119 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[52] Yargıtay 13. HD. 16.4.1974 T. 640/925 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

- “Tapuya şerh verilmiş kira sözleşmeleri”,^{[53]_[54]}
- “Borçlunun, üçüncü kişideki alacağını kızına devretmesi işlemi”,^[55]
- “Ticari işletme rehnine konu olan mallar”^[56]
- “Borçlunun bir taşınır ya da taşınmaz malın başkasına bağışlaması”,
- “Borçlunun yemin etmekten kaçınması”,^[57]
- “Borçlunun kanun yoluna başvuru hakkını kullanmaktan kaçınması”,^[58]
- “Borçlunun tenkis davası açmaktan kaçınması”,^{[59]_[60]}
- “Borçlunun ticari işletmesini üçüncü bir kişiye devretmesi”,^{[61]_[62]}

[53] Yargıtay 7. HD. 07.04.2011 T. 335/3215 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[54] Muşul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 35.

[55] İİD. 4.11.1968 T. 9095/9886 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[56] Yargıtay 17. HD. 14.02.2017 T. 23337/1446 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[57] Güray Erdönmez, *Alacaklılara Zarar Verme Kasdıyla Yapılan Tasarrufların İptali*, (İstanbul: Oniki Levha, 2020), 125, 147.

[58] Erdönmez, *Alacaklılara Zarar Verme*, 147.

[59] Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 42.

[60] Yargıtay 17. HD. 02.03.2015 T. 17841/3683 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[61] Ayrıntılı bilgi için Uyar, Uyar ve Uyar, İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları, 546 vd.

[62] Yargıtay HGK. 13.11.2013 T. 17-297/155; 30.05.2007 T. 21-295/319; 17. HD. 30.06.2015 T. 5449/9348; 09.06.2015 T. 5703/8442; 08.06.2015 T. 7076/8297; 12.05.2015 T. 19970/7295; 29.11.2012 T. 10872/13291; 30.05.2012 T. 4133/7029; 26.04.2012 T. 2021/5218 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

- “Borçlunun taşınmazı üzerinde -gerçekte borçlu olmadığı halde- ipotek tesis etmesi”,^[63]
- “Borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi”,^{[64]-[65]}
- “Borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla üçüncü kişi tarafından kendisi aleyhine açılan haksız davayı kabul etmesi”,^[66]
- “Borçlunun zamanaşımı def’inde bulunmaması”,^{[67]-[68]}
- “Borçlunun icranın geri bırakılması (İİK m. 71) talebinde bulunmaması”,^[69]
- “Karşılıksız olarak yapılan ciro işlemi”,^[70]
- “Borçlunun aleyhine yapılan haksız takip nedeniyle menfi tesbit davası açmaması”,^[71]

[63] Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 1.

[64] Güneren, *Tasarrufun İptali Davaları*, 56, 80, 114 vd.; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Baskı (İstanbul, 2000), 762; Uyar, Uyar ve Uyar, İİK Şerhi 3, 4315; Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 40; Uyar, “Borçlu Hakkında,” 370; Börü, “Zarar Verme Kasdı,” 488.

[65] Yargıtay 17. HD. 12.05.2015 T. 21042/7303; 24.06.2014 T. 17392/9848 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[66] Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 39; Güneren, *Tasarrufun İptali Davaları*, 56; Uyar, “Borçlu Hakkında,” 370; Börü, “Zarar Verme Kasdı,” 488; Erdönmez, *Alacaklılara Zarar Verme*, 140 vd.

[67] Güneren, *Tasarrufun İptali Davaları*, 56; Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 40; Uyar, “Borçlu Hakkında,” 370; Börü, “Zarar Verme Kasdı,” 488.

[68] Yargıtay 17. HD. 24.06.2014 T. 17392/9848 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[69] Yargıtay 17. HD. 24.06.2014 T. 17392/9848 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[70] Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 438.

[71] Yargıtay 17. HD. 02.03.2015 T. 17841/3683 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

- “Kooperatif payının satışına ilişkin tasarruflar”,^[72]
- “Teminat amacıyla yapılan temlikler”,^[73]
- “Borçlunun kendisine miras yoluyla gelen malvarlığını ‘resmi taksim sözleşmesi’ ile diğer mirasçılara devretmesi”,^{[74]_[75]}
- “Kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince borçlu yüklenici tarafından hak edilmiş taşınmazların, kendi üzerine alınmadan, arsa sahibi vasıtasıyla üçüncü kişiler adına tescilinin sağlanması işlemleri (tasarrufları)”,^{[76]_[77]}
- “Gizli tahsil ciro su”,^[78]
- “Borçlunun itiraz sürelerinden vazgeçip takip konusu borcu kabul etmesi”,^{[79]_[80]}

[72] Yargıtay 17. HD. 16.04.2013 T. 6996/4145; 03.04.2014 T. 15293/4892; 27.01.2015 T. 13436/1098; 22.01.2015 T. 20240/723 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[73] Kazancı, *İspat*, 269 vd.

[74] Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 45

[75] Yargıtay 17. HD. 24.02.2015 T. 13444/3343; 13.05.2014 T. 2583/7531 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[76] Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 52

[77] Yargıtay 17. HD. 28.05.2013 T. 3396/7849; 21.05.2013 T. 7646/7370; 16.03.2015 T. 18016/4287 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[78] Kazancı, *İspat*, 274 vd.

[79] Uyar, “Borçlu Hakkında,” 370; Uyar, Uyar ve Uyar, *İİK Şerhi* 3, 4315; Mahmut Coşkun, *İçtihatlı İİK* 4, (Ankara: Seçkin, 2016), 4638; Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 40.

[80] Yargıtay 17. HD. 19.04.2016 T. 11699/4946; Yargıtay 15. HD. 13.06.2006 T. 1663/3523; 21.11.2006 T. 4991/6698; Yargıtay 17. HD. 04.11.2008 T. 3947/5089; Yargıtay 4. HD. 08.11.2007 T. 12753/13696; Yargıtay 17. HD. 12.05.2015 T. 21042/7303 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

- “Cebri icra yoluyla yapılan satışlar”^[81]
- “Alacağın -muvazaalı olarak yapılmış- temlik tasarrufları”,^{[82],[83]}
- “Borçlunun muvazaalı borç ikrarında bulunması”nın (gerçekte borcu bulunmadığı halde güvendiği bir kişi -arkadaşı, akrabası, aynı iş kolunda çalışan bir kişi vs.- lehine muvazaalı senet düzenleyip, bu senedi kendisi hakkında icraya koydurması),^{[84],[85]}

[81] Ayrıntılı bilgi için bkz. Uyar, Uyar ve Uyar, İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları, 189 vd.

[82] Ayrıntılı bilgi için bkz. Uyar, Uyar ve Uyar, İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları, 175 vd.

[83] Yargıtay 17. HD. 02.03.2020 T. 577/2386; 16.12.2019 T. 5508/11991; 04.12.2019 T. 3841/11462; 03.12.2019 T. 4057/11412; 13.11.2019 T. 915/10552; 01.10.2019 T. 851/8709; 08.04.2019 T. 16227/4264; 09.10.2018 T. 10604/8888; 17.09.2018 T. 3403/7852; 26.06.2018 T. 1610/6384; 11.10.2016 T. 18995/8786; 13.10.2015 T. 1313/10510; 04.05.2015 T. 20059/6441; 21.04.2015 T. 21344/6051; 24.03.2015 T. 19052/4805; 05.06.2014 T. 1044/9011; 13.02.2014 T. 14266/1605; 01.10.2013 T. 10340/13129; 09.04.2013 T. 7533/5111 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[84] Talih Uyar, “Muvazaalı İcra Takipleri (Borç İkrarları) ile ‘Borçlunun Süresi İçinde Zamanaşımı İtirazında Bulunmaması’nın Tasarrufun İptali Davasına Konu Edinmesi,” *İstanbul Barosu Dergisi* (Mayıs-Haziran 2014): 283 vd.; Uyar, “Borçlu Hakkında,” 369-398; Uyar, Uyar ve Uyar, *İİK Şerhi* 3, 4315; Uyar, Uyar ve Uyar, İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları, 65; Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 12, 36; Kuru, *El Kitabı*, 1398; Eroğlu, *Tasarrufun İptali Davaları*, 153; Akşener, *Tasarrufun İptali Davaları*, 96; Güneren, *Tasarrufun İptali Davaları*, 80, 114 vd.; Coşkun, *İçtihatlı İİK* 4, 4638; Toktaş, *Tasarrufun İptali Davaları*, 76; Necdet Kaplan, *Güncel İçtihatlarla İcra ve İflas Hukuku Uygulama Notları*, (Ankara: Bilge, 2014), 1401; Uzun Çam, *Kamu Alacağı*, 78.

[85] Yargıtay 17. HD. 29.12.2016 T. 12281/12178; 08.11.2016 T. 19673/10240; 19.04.2016 T. 4439/5019; 24.12.2015 T. 7251/14929; 05.05.2015 T. 21179/6688; 14.04.2015 T. 19827/5866; 17.03.2015 T. 2203/4344; 04.11.2014 T. 7947/15062; Yargıtay HGK. 02.02.2014 T. 4/1016-436; Yargıtay 17. HD. 18.04.2013 T. 6634/5626; Yargıtay 4. HD. 09.05.2011 T. 3449/5298; 01.05.2008 T. 2996/6066; 08.11.2007 T. 12753/13696; Yargıtay 17. HD. 04.04.2011 T. 7832/3036; 24.01.2011 T. 1847/544; 26.10.2010 T. 5337/8808; 16.09.2008 T. 1246/4471; 15.04.2008 T. 1204/1936; Yargıtay 4. HD. 24.03.2010 T. 2797/3315; 11.03.2010 T. 15119/2684;

- “Başkasının borcu için bir malın teminat olarak gösterilmesi”^[86]
- “Borçlunun, kendi borçlusunu ibra etmesi”^[87]
- “Borçlunun, başkasının borcunu ödemesi”^[88]
- “Borçlunun yaptığı ‘bağışlamalar’ ve ‘ivazsız (karşılıksız)’ tasarruflar” (İİK m. 278/I,II),^[89]
- “Borçlunun ‘bağışlama hükmünde sayılan’ tasarrufları” (İİK m. 278/III),^[90]
- “Borçlunun aciz halinde iken yaptığı tasarruflar” (İİK m. 279),^[91]
- “Borçlunun zarar verme kasdı ile yaptığı hileli tasarruflar” (İİK m. 280)^[92]

i ç i n, “*tasarrufun iptali davası*” açılabilir.

IV- Tasarrufun iptali davasının esasına girebilmesi için gerçekleşmesi gereken “dava şartları” Bilindiği gibi “dava şartı” “davanın esası hakkında yargılama

01.05.2008 T. 2996/6066; 08.11.2007 T. 12753/13696; 31.05.2007 T. 4760/7445; Yargıtay 15. HD. 20.02.2002 T. 5385/865; 15.11.1999 T. 4175/4058; 15.09.1990 T. 3485/3290 vb.

- [86] Yargıtay 15. HD. 13.12.1984 T. 3306/3923 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)
- [87] Yargıtay 17. HD. 12.12.2017 T. 9120/11580; 12.3.2013 T. 4282/1407 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)
- [88] Güneren, *Tasarrufun İptali Davaları*, 330.
- [89] Ayrıntılı bilgi için Uyar, Uyar ve Uyar, İİK Şerhi 3, 4392 vd.; Uyar, Uyar ve Uyar, İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları, 209 vd.
- [90] Ayrıntılı bilgi için Uyar, Uyar ve Uyar, İİK Şerhi 3,4398 vd.; Uyar, Uyar ve Uyar, İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları, 227 vd.
- [91] Ayrıntılı bilgi için Uyar, Uyar ve Uyar, İİK Şerhi 3, 4421 vd.; Uyar, Uyar ve Uyar, İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları, 338 vd.
- [92] Ayrıntılı bilgi için Uyar, Uyar ve Uyar, İİK Şerhi 3, 4434 vd.–Uyar, Uyar ve Uyar, İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları, 374 vd.

yapılabilmesi ve karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan şartları”dır.^[93]

Yeni HMK'nin 114. maddesinin 1. fıkrasında ‘dava şartlarının neler olduğu’ (12) bent halinde sayılarak belirtildiği gibi; 2. fıkrasında ‘diğer kanunlarda yer alan dava şartlarının ilişkin hükümlerin saklı olduğu’ açıklamıştır.

HMK'nin 114. maddesinde (12) bent halinde sayılan –ve tüm davalar için geçerli olan- dava şartları “genel dava şartları”, buna karşın HMK. m. 114/2’de belirtilen dava şartlarına ise, bazı davalar için öngörülmüş olduğu için “özel dava şartı” olarak nitelendirilir. Örneğin; İİK m. 277/II-1’de öngörülen ‘tasarrufun iptali davası açabilmek için kesin ya da geçici aciz belgesi ibraz etme zorunluluğu’, İİK m. 69/II’de öngörülen ‘borçtan kurtulma davası açabilmek için % 5 oranında teminat gösterme zorunluluğu’ birer “özel dava şartı”dır.^[94]

Acaba HMK. m. 114’de öngörülenler dışında, yargı kararları ile başka “dava şartları” öngörülebilir. mi.? Çünkü uygulamada, *yüksek mahkeme* (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi); a) ‘İcra takibinin kesinleşmiş olması’ nı, b) ‘Alacaklının alacağının gerçek bir alacak olması’ nı, c) ‘Davacının alacağının, dava konusu tasarruftan önce doğmuş olması’ nı, tasarrufun iptali davasının “özel dava şartı” olarak kabul etmekte ve açılmış olan tasarrufun iptali davasının bu şartlar gerçekleşmeden açılmış olduğunu, yargılamanın

[93] Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı 1*, (Ankara: Yetkin, 2020), 375-398; Baki Kuru, “Dava Şartları,” içinde *Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan*, 109-47 (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1964); Ramazan Arslan, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Medeni Usul Hukukuna Getirdiği Başlıca Yenilikler,” *Prof. Dr. Gürkan Çelebican’a Armağan* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011), 439-459; Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Yetkin, 2021), 310 vd.; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)*, 4. Baskı (Ankara Yetkin, 2015), 243 vd. Şanal Görgün, *Medeni Usul Hukuku*, 3. Baskı (Ankara: Yetkin, 2014), 144 vd.; Albayrak, “Özel Dava Şartları,” 931-974; Çetinel, *Alacaklılara Zarar Verme*, 75 vd.; Hakan Pekcanitez vd. *Medeni Usul Hukuku Pekcanitez Usul*, (İstanbul: Oniki Levha, 2017), 925 vd. 950 vd.; Uyar, Uyar ve Uyar, *İcra ve İffâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları*, 749 vd.

[94] Albayrak, “Özel Dava Şartları,” 934.

her aşamasında tesbit ettiği taktirde, kendiliğinden ‘davanın usulden reddine’ karar vermektedir.

Doktrinde^[95] “*HMK döneminde, ‘dava şartları’nın neler olduğu HMK m. 114’de sayılarak belirtilmiş olduğundan, burada öngörülmemiş olan hususların Yargıtay içtihatları ile kabul edilmesinin, kanun sistematığına uygun olduğunun düşünülemediği*” ifade edilmiştir.

a) Takip konusu alacağın, iptali istenen tasarruftan önce doğmuş olması gerekir.

b) ‘Takip konusu alacağın gerçek bir alacak olması’ gerekir.

c) ‘Borçlu hakkında yapılmış olan icra takibinin ve alacağın kesinleşmiş olması’ gerekir.

ç) ‘Borçlu hakkında kesin aciz belgesi ya da geçici aciz belgesi’ (niteliğinde haciz tutanağı) düzenlenmiş olmalıdır.

V- Tasarrufun iptali davalarında davacının, davalı-borçludaki alacağının ‘g e r ç e k’ bir alacak olması gerekir.^[96]

İptal davalarında, “*davacının, davalılardan borçluda bir alacağının bulunması*” ve “*davacının; borçlu hakkında yaptığı icra takibinden bir sonuç elde edilmemiş –yani alacağın kısmen- tamamen tahsil edilmemiş olması*” ön koşul olduğundan, mahkeme iptal davasının yargılaması sırasında öncelikle bu ön koşulun gerçekleşmiş olup olmadığını kendiliğinden araştırır. Bunu yaparken davacının alacağının “*geçerli olup olmadığını*” araştırmayacağı –örneğin; ‘alacağın kumar alacağı olduğunu’ ileri sürerek iptal davasını reddedemeyeceği^[97] gibi, “*icra dairesinin düzenlediği aciz belgesinin geçerli olup olmadığını*” da tartışamaz.^[98] Tersine, aciz belgesinin iptali için icra mahkemesine yapıldığı ileri sürülen şikayetin sonucunu, kendisi için

[95] Albayrak, “Özel Dava Şartları,” 937.

[96] Uyar, *Hukuki Mütaalalar*, 378-392, 405-411, 655-668, :877-919.

[97] Yargıtay 15. HD. 14.5.1990 T. 800/2146 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[98] Yargıtay 15. HD. 18.5.1990 T. 1755/2258; Yargıtay 13. HD. 9.11.1981 T. 5203/7058 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

‘bekletici mesele’ sayması gerekir.^[99] Fakat, davalı-üçüncü kişi (veya borçlu) “*davacının alacağıının mevcut olmadığını*” -örneğin muvazaaya dayandığını- iddia ve ispat edebilir.^[100] Davalı-üçüncü kişi bu iddiasını ispat için ‘tanık’ dinlenebilir...^[101] Yani bu durumda HMK m. 200 uygulanmaz.^[102] Çünkü, davalı- üçüncü kişi, davacı-alacaklı ile borçlu arasındaki alacak ilişkisinde ‘üçüncü kişi’ durumundadır.^[103] Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için, öncelikle davacının, davalı-borçluda ‘*gerçek bir alacağı*’nın bulunması, diğer bir deyişle tasarrufta bulunan kimsenin gerçekten ‘borçlu olması’ gerekir. Eğer ‘*gerçek bir borç*’ yoksa ‘*alacak*’ da söz konusu olamayacağından, tasarrufun iptali davası dinlenmez.^[104]

[99] Yargıtay 15. HD. 7.5.1992 T. 2135/2460; 4.3.1992 T. 869/1042 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[100] Kuru, *El Kitabı*, 3506.

[101] Yargıtay 17. HD. 26.03.2013 T. 7206/4176

[102] Kuru, *El Kitabı*, 1420.

[103] Kuru, *El Kitabı*, 1430; Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, 563; Kuru ve Aydın, *Ders Kitabı*, 499.

[104] Uyar, Uyar ve Uyar, İİK Şerhi 3, 4524 vd; Güneren, *Tasarrufun İptali Davaları*, 379; Umar, *İptal Davaları*, 41 vd.; Mehmet Taze, “Tasarrufun İptali Davası,” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007), 120; Hasan Ali Kaplan, “4949 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları,” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006), 45; Uyar, Uyar ve Uyar, *İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları*, 1266; Coşkun, *İtirazın İptali*, 937; Erhan Günay, *Tasarrufun İptali Davaları (Borçlu Muvazaası)*, 5. Baskı (Ankara: Seçkin, 2019), 79 vd.; Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 175; Muşul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 443; Eroğlu, *Tasarrufun İptali Davaları*, 59; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 729; Mustafa Oskay vd., *İİK Şerhi*, (Ankara: Turhan, 2007), 586; Halman Çetin, *Tasarrufun İptali*, 15; Albayrak, “Özel Dava Şartları,” 943 vd.; Çetinel, *Alacaklılara Zarar Verme*, 79.

Davacı-alacaklı, tasarrufun iptali davasını, ‘ilama dayalı icra takibine’ dayandırmışsa, ‘tasarrufun iptaline’ karar verilebilmesi için, ‘ilamın (alacağı) kesinleşmiş olması’ gerekir.^{[105] [106]}

Tasarrufun iptali davalarında, davalı-3. kişi (ya da davalı-borçlu), “*davacı alacaklının davalı borçluda gerçek bir alacağının bulunmadığını*” ileri sürerse, mahkemece bu durumda nasıl bir yol izlenecektir?

“*Bu iddianın tasarrufun iptali davasında araştırılmayacağı*” na mı karar verilecek, yoksa “*bu iddianın tasarrufun iptali davasında incelenebileceği*” belirtilip “davacı alacaklı tacir ise ticari defterleri^[107] ve banka hesap hareketleri^[108] üzerinde mali müşavir(ler) vasıtasıyla bilirkişi incelemesi yaptırılarak, davacı-alacaklı ile davalı-borçlu arasındaki ticari ilişkinin, davacı alacaklıya takip konusu yaptığı alacak kadar bir alacak doğuracak boyutta olup olmadığı” irdelenecek midir?

Eğer davacı-alacaklı tacir ise; hem kendisinin ve hem de –tacir ise davalı-borçlunun ticari defterlerinde inceleme yapılarak, takip konusu borcun defterlerde kayıtlı olup olmadığının araştırılarak, kayıtlarda var (yazılı) olduğu ölçüde ‘davanın kabulüne’, aksi taktirde “ön koşul yokluğundan davanın reddine”^[109] karar verilmesi gerekir.

Eğer davacı-alacaklı tacir değil ise; davacı ve davalı borçlunun takip konusu senetlerin tanzim tarihindeki ekonomik ve sosyal durumları hakkında banka kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, mali durumlarının

[105] Yargıtay HGK. 08.03.2006 T. 15-34/36; Yargıtay 17. HD. 20.09.2010 T. 5787/7047 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[106] Albayrak, “Özel Dava Şartları,” 956.

[107] Yargıtay 17. HD. 17.04.2014 T. 16639/5946; 17.04.2014 T. 15081/5942; 16.01.2014 T. 16850/455; 8.03.2013 T. 14204/4372; 24.04.2012 T. 32/5008; HGK. 13.10.2010 T. 17-398/497 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[108] Yargıtay 17. HD. 17.04.2014 T. 15081/5942 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[109] Yargıtay 17. HD. 07.05.2019 T. 7423/5597; 11.09.2018 T. 2770/7624; 28.02.2017 T. 11975/234; 24.05.2016 T. 11364/6282; 24.05.2016 T. 10582/6278; 14.04.2015 T. 1798/5869; Yargıtay 4. HD. 04.04.2011 T. 7832/3036 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

araştırılması,^[110] yıllık gelirlerinin ne olduğu,^[111] ve davacının böyle bir borç parayı verebilecek ekonomik gücünün bulunup bulunmadığı^[112] saptanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Bazen, davacı-alacaklının borçludaki alacağı muvazaalı değildir; fakat davacı-alacaklının borçluda “*takip konusu yapılan miktarda*” bir alacağı da yoktur. Örneğin; davacı-alacaklı takip borçlusu hakkında, borçluya ait senette tahrifat (sahtecilik) yaparak takipte bulunmuştur. Borçlunun imzasın taklit ederek veya senedin “alacak miktarında” tahrifat yapmıştır. Hatta borçlu tarafından bu nedenle davacı-alacaklı hakkında “menfi tespit davası”^[113] açılmış ya da icra mahkemesinde “imza inkarında”^[114] bulunulmuş olabilir. Yahut da Cumhuriyet Savcılığına –“sahtecilik” ya da “bedelsiz kalan senedin kullanılması”, “açığa atılan imzanın kötüye kullanılması” suçlarından dolayı^[115]–‘kamu davası’ açılması için şikayette bulunulmuş ve Cumhuriyet Savcılığınca, davacı-alacaklı hakkında ceza mahkemesinde ‘kamu davası’ açılmıştır. Bu gibi durumlarda, tasarrufun iptali davasına bakan mahkemenin, borçlu tarafından açıldığı/açılması sağlandığı bildirilen bu davaların –kesinleşecek sonucunun “*bekletici mesele*” yapılması gerekir.

Davalı-3. kişi de davacı-alacaklının “*takip konusu yaptığı senedin (belgenin) gerçek bir alacağı aksettirmedeğini*” –borçlu gibi- tasarrufun iptali davasına bakan mahkemede ileri sürebilir. Keza, takip konusu senedin “*teminat ve tahsil amacıyla verilmiş olduğu*” –yani gerçek bir alacağı ifade

[110] Yargıtay 17. HD. 14.02.2017 T. 23545/1450 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[111] Yargıtay 17. HD. 21.03.2017 T. 2235/3008 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[112] Yargıtay 17. HD. 26.12.2017 T. 3393/12139; Samsun BAM. 2. HD. 12.01.2018 T. 1073/55; 17. HD. 13.10.2015 T. 2595/10520 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[113] Yargıtay 17. HD. 29.09.2011 T. 6626/8230; 31.03.2011 T. 6372/2899; 07.03.2011 T. 11643/2001; 30.10.2007 T. 4626/3300 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[114] Yargıtay 17. HD. 10.03.2009 T. 3533/1270 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[115] Yargıtay 17. HD. 29.09.2011 T. 6626/8230 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

etmediği- de hem davalı-borçlu ve hem de davalı-3. kişi tarafından ileri sürülebilir.^[116] Bunun kanıtlanması halinde mahkemece davacı-alacaklının talebi doğrultusunda “tasarrufun iptaline” karar verilemez.

Yüksek mahkeme kimi kararlarında^[117] “davacının gerçekten alacaklı olup olmadığının yerel mahkemece *kendiliğinden* araştırılması gerektiğini” kimi kararlarında^[118] ise, “bu hususun *davalılarca ileri sürülmesi halinde* mahkemece araştırılabileceğini” belirtmiştir.

“*Davacı –alacaklının gerçek bir alacağının bulunmadığı*” hususu, ‘*davalı borçlu ve üçüncü kişi tarafından birlikte ileri sürülebileceği*’ gibi, ‘*sadece davalı üçüncü kişi tarafından da* yani “davalı-borçlu ile davacının anlaşarak, kendisine zarar vermek amacı ile muvazaalı olarak bir alacak yarattıkları” iddia edilerek- de *ileri sürülebilir.*’^{[119]_[120]}

Yüksek mahkeme, bu konu (yani; ‘*alacağın gerçek bir alacak olması gerektiği*’ konusu) ile ilgili olarak;

– “Tasarrufun iptali davasında, davacının dava dayanağı takip konuları olan alacağının varlığının mahkeme kararı ile tespit edildiği ve kesinleşip kesinleşmediği,

[116] Yargıtay 17. HD. 21.01.2014 T. 19964/669 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[117] Yargıtay 17. HD. 24.05.2016 T. 11364/6282; 12.04.2016 T. 14267/4635; 21.01.2014 T. 19964/669 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[118] Yargıtay 17. HD. 07.05.2019 T. 13103/5606; 19.02.2019 T. 1554/1781; 05.06.2018 T. 4533/5858; 15.05.2018 T. 3037/5045; Samsun BAM. 2. HD. 12.01.2018 T. 1073/55; Yargıtay 17. HD. 07.03.2017 T. 10146/2457; 14.02.2017 T. 23545/1450; 25.10.2016 T. 18010/9337; 20.10.2016 T. 17910/9000; 07.06.2016 T. 20994/6940 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[119] Albayrak, “Özel Dava Şartları,” 941 vd.; Çetinel, *Alacaklılara Zarar Verme*, 78; Hülya Taş Korkmaz ve Ömer Korkmaz, “Tasarrufun İptali Davalarında Davacı Alacağının Muvazaalı Olduğu İddiası ve Bu İddianın Hukukun Temel Hak ve İlkeleri ile Bağlantısı,” *Fasikül Hukuk Dergisi* 11, no. 111, (Şubat 2019): 645 vd.

[120] Yargıtay HGK. 26.03.1997 T. 15-890/127 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

bu alacağın takibe konulması ve diğer dava koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerektiğini”^[121]

– “Tasarrufun iptalini isteyen davacının açtığı takibin gerçek bir alacağa ilişkin olması gerektiği- Davacının alacağının asıl borçlu şirketin ticari kayıtlarında yer almadığı, ‘borçlu şirkette önceden sigortalı işçi olarak çalışan davacının gemi satışından elde ettiği gelirden borç verdiği’ iddiasını ilişkin iddiasının somut bilgi ve belgelerle ispatlayamadığı anlaşıldığından, ablalarının banka kayıtlarında 1.000.000,00 USD’lk gemi satış parasının yatırıldığı ya da borç verilen para ile ilgili bir çıkış ve bilginin olmadığı anlaşıldığından, tasarrufun iptali davasının ‘ön koşul yokluğundan reddine’ karar verilmesi ve davalılar lehine maktu vekalet ücreti takdir edilmesi gerektiğini”^[122]

– “Davacının gerçek bir alacaklı, borçlunun da gerçek borçlu olmadığına anlaşılması halinde, tasarrufun iptali davasının, ‘önkoşul yokluğu’ nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini”^[123]

– “Tasarrufun iptali davasında, *“davacının alacağının gerçek olmadığını” ileri sürülmesi halinde, mahkemece davacı alacaklı ile davalı borçlu arasında gerçek bir alacak borç ilişkisinin olup olmadığının incelenmesi gerektiğini- Davacı alacaklının ‘alacağının gerçek bir alacağa dayandığını ve bu nedenle taraf sıfatına sahip olduğunu ispatlaması gerektiğini-* Tarafların, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorunda olduğu, belgeyi ibraz etmesine karar verilen tarafın, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmemesi ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermemesi ya da belgenin elinde bulunduğunu inkar etmesi ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmemesi, halinde, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanının kabul edileceğini; bu hususun, mahkemece, davalı borçluya HMK m. 220/3

[121] Yargıtay 17. HD. 18.02.2020 T. 427/1638 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[122] Yargıtay 17. HD. 18.02.2020 T. 5545/1647 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[123] Yargıtay 17. HD. 09.12.2019 T. 3821/11646 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

uyarınca ihtar edilmesi ve davalının defterlerini ibraz etmemesi halinde yine bu maddeye göre bir değerlendirme yapması gerektiğini”^[124]

– “*Davacının, alacağıının gerçek bir alacak olduğunu ispatlayamadığı* ve yapılan bilirkişi incelemesinde de ‘alacak ile ilgili bir hususa rastlanılmadığı’ gerekçesi ile, ‘*önşart* yokluğundan açılan tasarrufun iptali davasının davanın reddine’ karar verileceğini”^[125]

– “Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için, davacının borçludaki alacağıının gerçek olması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması, iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin (*İİK’nin* 277 m.) bulunması gerektiğini”^[126]

– “Tasarrufun iptali davalarının görülebilirlik şartlarından birisinin de gerçek bir alacağın varlığı (tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması) olduğunu- Gerçek bir borç yoksa alacak da söz konusu olamayacağından iptal davasının dinlenmesinin mümkün olmayacağı- Davalılar alacaklı davacının alacağıının gerçek olmadığını savunmuş, *yargılama boyunca davacı alacaklı alacağın dayanağı konusunda bir açıklama yapmamış* ve davalı üçüncü kişinin tanıdığı aynı zamanda borçlu şirket ortağı ifadesinde “kendisinin ve kardeşinin borçlu şirket ortağı oldukları, üçüncü kişinin öz yeğenleri olduğunu, dava konusu kağıt fabrikası binasını sattıklarını ve başka bir yere taşındıklarını, ancak satılan yerin daha sonra kıymetlendiğini, davacıya bildiği kadarı ile borcu olmadığını” yönündeki beyanı karşısında davanın reddine ilişkin mahkeme kararının yerinde olduğunu”^[127]

– “Tasarrufun iptaline ilişkin davasında tacir olan davalı alacaklı ve borçlunun ticari defterleri üzerinde konuşan uzman bilirkişi aracılığı ile inceleme yapılarak

[124] Yargıtay 17. HD. 03.12.2019 T. 3921/11416 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[125] Yargıtay 17. HD. 06.11.2019 T. 1133/10255 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[126] Yargıtay 17. HD. 23.10.2019 T. 4452/9821 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[127] Yargıtay 17. HD. 07.05.2019 T. 13103/5606 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmı mı?

takep konusu bonoya dayalı bir alacağın gerçekte var olup olmadığının tespiti gerektiğini”^[128]

– “Tasarrufta bulunanın, alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa, bu durumda tasarruf sahibinin öncelikle borçlu sıfatı çözümlenmesi gerektiğini, bu nedenle, üçüncü kişi-davalının, borcun gerçek olmadığı iddiası ve muvazaanın varlığı yönündeki savunmasının araştırılmasında zorunluluk bulunduğunu”^[129]

– “Taraf ehliyeti dava koşullarından olup mahkemece öncelikle ve resen incelenmesi gereken hususlardan olduğu, somut olayda borçlu konusundaki kişinin karardan sonra ölmüş ve mirasçılarının bir kısmı sulh hukuk mahkemesinde mirası red ettiklerini belirttiği dikkate alındığında, öncelikle anılan kararın kesinleşip kesinleşmediği araştırılarak, sonucuna göre taraf teşkilinin sağlanması gerektiğini-Salt takibin kesinleşmiş olması alacağın gerçek olduğu anlamına gelmediğini”^[130]

– “Tasarrufun iptali davasında, üçüncü kişinin dayandığı ancak irdelenmeyen alacaklı ...’ın borçlunun iş yerinde çalışıp çalışmadığının sosyal güvenlik kayıtları da getirtilerek, dava dayanağı takep konusu alacağın gerçek olup olmadığı bir başka ifadeyle muvazaalı olarak yapıldığı iddiasının yeniden ayrıntılı olarak taraf delilleri toplandıktan sonra, değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini”^[131]

– “Davalı üçüncü kişiler, asli müdahilin takep konusu alacağının gerçek olmadığını ileri sürdüklerinden bu iddianın ön sorun olarak incelenip değerlendirilmesi gerektiği; *takibin kambiyo hukukuna ilişkin olmasına ve kesinleşmesinin alacağın gerçek olmadığı iddiasının incelenmesine engel olmadığını*”^[132]

[128] Yargıtay 17. HD. 07.05.2019 T. 7423/5597 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[129] Yargıtay 17. HD. 19.02.2019 T. 1554/1781 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[130] Yargıtay 17. HD. 26.06.2018 T. 1875/6392 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[131] Yargıtay 17. HD. 05.06.2018 T. 4533/5858 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[132] Yargıtay 17. HD. 15.05.2018 T. 3037/5045 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

– “3. kişi vekilleri, “takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmadığı”nı ileri sürdüğünden, mahkemece bu savunma üzerinde durularak davacı vekilinden bu yöndeki açıklamaları ve delillerinin sorulması, özellikle takip konusu senedin vade tarihi, davacı ile borçlu davalının akraba-arkadaş, kapı komşusu olup olmadığı da göz önünde bulundurularak davacı vekilinin bildireceği deliller ile davalılar 3. kişi vekilleri tarafından bildirilen delillerin tamamının toplanması, gerektiğinde *davacı ve davalı borçlunun takip konusu senedin tanzim tarihindeki ekonomik ve sosyal durumları hakkında zabıta araştırması yaptırılması, banka kayıtları, vergi ve ticaret sicil kayıtları istenerek tarafların ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi* ve ön koşulların bulunması halinde ise davanın esası yönünden İİK'nin 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı iptal şartlarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini”^[133]

– “Takip dayanağı 55.000,00 TL senet, 30.09.2010 tarihinde düzenlenmiş 30.09.2011 vadeli olup 13.03.2013 tarihinde icraya konulduğu, dava dışı Hayri Ç. Tarafından aynı tasarrufun iptali için açılan davadan 21.01.2013 tarihinde feragat ettiği, dava feragat ile sonuçlanarak kesinleşmiş ancak daha sonra davalı üçüncü kişinin tehdidi ile feragat ettiğini belirtmiş ise de tehdit ispatlanmadığından dikkate alınmadığı, davalı borçlu bu davadan elde edilmeyen sonucun tekrar sağlanması amacı ile kendisine boş senet imzalatırıldığını ileri sürdüğü, mahkemece zabıta araştırılması yapıldığı ve dinlenen tanıkların bir kısmı davalının böyle bir parayı verme gücünün olmadığını belirttiği, mahkemece, takip dayanağı senedin vadesinden yaklaşık 2 yıl sonra takibe konulması ve belirtilen maddi ve hukuki olgular değerlendirilerek alacağın gerçekliğinin tartışılması ve oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini”^[134]

– “Tasarrufun iptali davalarının kabulü için dava dayanağı takibin gerçek bir alacağa ilişkin olması gerektiği- Mahkemece dava dışı (borçlunun ortağı olduğu) Ltd. Şti ticari defterleri üzerinde inceleme yapılarak takip konusu senet borcunun var olup olmadığı ve neye ilişkin olduğu tespit edilerek, davacının anılan şirkette

[133] Samsun BAM 2. HD. 12.01.2018 T. 1073/55 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[134] Yargıtay 17. HD. 26.12.2017 T. 10994/12126 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

sigortalı işçi oluşu ve diğer delille birlikte değerlendirilerek alacağın gerçekliğinin araştırılması gerektiğini”^[135]

– “Her iki davanın da görülebilmesi için diğer dava koşullarının yanında davacının borçludan olan alacağının gerçek bir alacak olması gerektiğini”^[136]

– “Tasarrufun iptali davalarında, alacağın gerçek bir alacak olması gerektiğinden, tasarrufun iptali davasının gerçek olmayan alacaklar için dinlenmeyeceğini”^[137]

– “Tasarrufun iptali koşullarından birinin de ‘dava dayanağı takibin gerçek bir alacağa ilişkin olması’, olduğunu”^[138]

– “1941 doğumlu ticaretle uğraşmayan ev hanımı borçlunun kiracısından 20.000,00 TL borç alıp senet vermesini gerektirecek hukuki ilişki net olarak ortaya konulmadığı gibi, hasta olduğu için ihtiyaç duyduğu ve bu nedenle borç aldığı iddiası inandırıcılıktan uzak olup, yargılama sırasında alacağın bu kez borçlunun damadına tahsil edilmemesi halinde rücu edilmeme koşulu ile temlik edilmesi de yaşam deneyimlerine aykırı olduğundan alacağın gerçek olduğundan söz edilemeyeceği ve bu durumda “davalıların anne-kız olmaları nedeni ile aralarındaki tasarrufun bağış niteliğinde olduğu ve ivazlar arasında oransızlık olduğundan” bahisle davanın kabulüne karar verilmesinin isabetsiz olduğunu”^[139]

– “Mahkemece davalı üçüncü kişinin “takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmadığı” yönündeki savunması üzerinde durulmamasının hatalı olduğunu- Mahkemece, davalının bu yöndeki savunması doğrultusunda davacı ve davalı delillerinin toplanması, gerektiğinde alacaklı ve borçluların banka hesap

[135] Yargıtay 17. HD. 19.12.2017 T. 4594/11844 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[136] Yargıtay 17. HD. 19.12.2017 T. 18804/11841 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[137] Yargıtay HGK. 15.11.2017 T. 17-2361/1371 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[138] Yargıtay 17. HD. 31.05.2017 T. 254/6191 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[139] Yargıtay 17. HD. 14.03.2017 T. 2363/2732 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

hareketleri, ticari ve vergi kayıtları istenerek ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması, Savcılığın takip konusu senetle ilgili yürütülen hazırlık dosyası; dava açılmış ise dava dosyası, ticaret mahkemesi dava dosyasının sonucunun beklenmesi ve tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini”^[140]

– “Tasarrufun iptali davasında, tacir olan ve ticari defter tutmak zorunda olan davalı borçlu şirketin ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak dava dayanağı takip dosyasındaki senetlerin dayanağı ve dolayısı ile alacağın gerçekliği araştırılarak muvazaalı alacak olup olmadığı toplanan delillere göre değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini”^[141]

– “Tasarrufun iptali davasında, davalı 3. kişinin ‘alacağın gerçek olmadığı’ yönündeki savunması üzerinde durularak, özellikle takip konusu senetlerin vade tarihi davacı ile borç şirket temsilcisinin hemşeri olması da göz önünde bulundurularak, davacı vekilinin bildireceği deliller ile davalı 3. kişi vekili tarafından bildirilen delillerin tamamının toplanarak, gerektiğinde davacı ve davalı borçlunun takip konusu senetlerin tanzim tarihindeki ekonomik ve sosyal durumları hakkında zabıta araştırması yaptırılıp, banka kayıtları, vergi ve ticaret sicil kayıtları istenerek tarafların ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini”^[142]

– “Gayrimenkul satışının veya gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin yazılı (tapu, noter) yapılması gerektiğini; davacının Suriye vatandaşı olup orada oturduğu ve türkçe bilmediği, borçlunun ticari faaliyetinin otobüs işletmeciliği olduğu anlaşılmakta olup, borçlu tarafından davacıya satıldığı iddia edilen daireyle ilgili somut hiçbir belgenin sunulmaması, davacının iki yıl içinde teslimi gereken daire konusunda teslim süresi bitiminden sonraki iki yıl içinde herhangi bir işlem yapmaması, davalı borçlunun şirket ortağı ve temsilcisi olmasına rağmen, davacı tarafından elindeki senetle ilgili takip işlemlerine başlamaması, takip işleminin

[140] Yargıtay 17. HD. 07.03.2017 T. 10146/2457 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[141] Yargıtay 17. HD. 28.02.2017 T. 11975/2134 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[142] Yargıtay 17. HD. 14.02.2017 T. 23545/1450 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

dava konusu tasarruftan sonra yapılması, sunulan adi belgenin gayrimenkul alım-satımı konusunda geçerli bir belge olarak kabulünün mümkün görülmemesi ve dosya kapsamındaki maddi ve hukuki olgulardan davacının gerçek bir alacaklı borçlunun da gerçek olmaması karşısında, tasarrufun iptaline ilişkin davanın ‘önkoşul yokluğu’ nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini”^[143]

– “Davalı 3. kişi vekili, ‘borçlunun, eşini dava konusu taşınmaz için öldürdüğünü, takip konusu senedin ve takibin muvazaalı’ olduğunu belirterek ‘davacının, borçludan alacaklı olmadığını’ ileri sürdüğünden, mahkemece öncelikle davacı ile davalı borçlu arasındaki akrabalığın tespiti ile davacıdan takip konusu alacağa ilişkin temel ilişki konusundaki delillerinin sorularak toplanması ve ceza dosyası da incelenerek takip konusu alacağın gerçek bir alacak olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini”^[144]

– “Davalı üçüncü kişi dava dayanağı alacağın gerçek olmadığı iddiasında bulunduğundan, mahkemece bu husus üzerinde durulması gerektiği- Davalı borçlu ile üçüncü kişi şirket arasında organik bağ olduğu, dava konusu taşınmazın satışından sonra borçlunun organik bağ içinde olunan diğer şirket ortaklığından ayrıldığı satıştan sonra ancak dava dayanağı takipten önce aralarında uyumsuzluk çıktığı ve davaların bulunduğu, takip dayanağı 900.000 USD olarak büyük miktardaki borcun 30.05.2008 tarihinde verilmiş olmasına rağmen senedin vadesinin 30.12.2011 tarihine verildiği, alacaklı tarafından dava konusu taşınmazın tapu kayıtlarının istendiği anlaşıldığından, mahkemece, davacı alacaklının takip konusu bononun düzenlendiği 30.05.2008 tarihinde 900.000 USD elden borç verebilecek mali duruma sahip olup olmadığı kolluk aracılığı ile araştırılması, davacının şirketi var ise bu şirket kayıtlarında böyle bir alacak borç ilişkisinin varlığı ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak, alacağın gerçek olup olmadığının tespiti gerektiğini- Mahkemece, alacağın gerçek olmadığı tespit edilirse, davanın ön koşul yokluğundan reddine karar verilmesi gerekeceğini”^[145]

[143] Yargıtay 17. HD. 13.12.2016 T. 16866/11513 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[144] Yargıtay 17. HD. 25.10.2016 T. 18010/9337 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[145] Yargıtay 17. HD. 20.10.2016 T. 17910/9000

– “Borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olmasının, her zaman takip konusu alacağın gerçek bir alacak, yani davacının gerçekten alacaklı, borçlunun da gerçekten borçlu olduğunu göstermeyeceğini, davacının gerçekten alacaklı olup olmadığının mahkemece res’en değerlendirilmesi gerektiğini- Mahkemece, borçlu şirket ile davacı alacaklı arasındaki takip konusu çek düzenlenmesini gerektirecek bir alacak borç ilişkisinin bulunup bulunmadığı, gerekirse tacir olan borçlunun ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak, alacağın gerçek olduğunun tesbiti halinde, aciz hali var ise şimdiki gibi davanın kabulüne, aksi durumda davanın ön koşul yokluğundan reddine karar verilmesi gerektiğini”^[146]

– “Davacı, ‘iflastan önce kesinleşmiş takip dolayısıyla alacağının olduğunu’ iddia etmiş ise de, *İİK* m. 193 uyarınca, iflas kararının kesinleşmesi ile takiplerin düşeceğini, davacının iddia ettiği alacağın iflas masası tarafından kabul edilmediği, bu konudaki talebinin reddine karar verildiği, davacının alacağın mevcudiyetini ispatlamak için sıra cetveline itiraz ya da kayıt kabul davası gibi davalara açmadığı, mevcut alacağın varlığını gösterir mevcut bir ilam bulunmadığı, takibin düştüğü anlaşıldığından varlığı ispatlanmış ve masa tarafından kabul edilmeyen bir alacak iddiasıyla ilgili tasarrufun iptali davasının görülemeyeceğini”^[147]

– “Tasarrufun iptali davalarında takip konusu davacının alacağının gerçek olması gerektiğini- Gerçek bir alacak olmadığından, davanın ön koşulu yokluğundan reddine karar verilmesi halinde, maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiğini”^[148]

– “Dava koşulları yönünden dosya incelendiğinde, davacının alacağının 20.1.2012 tanzim 25.4.2012 vadeli senetle doğduğu; borçlu hakkındaki takibin kesinleştiği; alacağın gerçek olduğu; 7.8.2012 tarihli haciz tutanağının *İİK* m. 105 kapsamında geçici aciz belgesi niteliğinde olduğu; iptali istenen tasarrufun ise takip konusu alacaklardan sonra 3.5.2012 tarihinde yapıldığı; davanın süresinde açıldığı anlaşıldığından dava ön koşullarının gerçekleştiği; davalıların kardeş olması

[146] Yargıtay 17. HD. 24.05.2016 T. 11364/6282 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[147] Yargıtay 17. HD. 17.05.2016 T. 5195/6019 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[148] Yargıtay 17. HD. 24.05.2016 T. 10582/6278 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaya Mı?

nedeniyle dava konusu tasarrufun *İİK* m. 278/3-1, 280/1 ve borca mahsuben devredilmesi nedeniyle *İİK* m. 279 gereğince iptale tabi olması nedeniyle dava konusu taşınmazın 1/4 satışına ilişkin 3.5.2012 tarihli tasarrufun davacının alacak ve ferileriyle sınırlı olarak iptaline karar verilmesi gerektiğini”^[149]

– “Tasarrufun iptali istemine ilişkin davada, davanın dinlenebilmesi için davacının borçludaki alacağının gerçek olması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması, iptali istenilen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin bulunması gerekeceğini- Tasarrufun iptali davalarında vekalet ücretinin takibe konu alacak ile tasarrufun değerinden hangisi az ise o miktar esas alınmak suretiyle nisbi tarifeye göre hesaplanması gerekirken taşınmazın gerçek değeri tespit edilmeksizin fazla miktar üzerinden vekalet ücretine hükmedilmesi de doğru olmayacağını”^[150]

– “Davalı borçlu alacağın gerçek olmadığını iddia etmişse de bu konuda açtığı itiraz ve takibin iptali davasının icra mahkemesince reddedildiği ve borçlu tarafından açılmış menfi tespit davası bulunmadığından, senede dayalı yapılan icra takibinin kesinleştiği ve alacağın gerçek olduğu, haciz tutanağının *İİK* m. 105 kapsamında ‘geçici aciz belgesi’ niteliğinde olduğu, iptali istenen tasarrufun ise takip konusu alacaklardan sonra yapıldığı ve davanın süresinde açıldığı anlaşıldığından, tasarrufun iptali davasının ön koşullarının gerçekleşmiş olduğunu- Davalı üçüncü kişinin borçlunun kayınbiraderi olduğu ve aralarında alacak borç ilişkisi bulunduğu, ayrıca dava konusu taşınmazların kısmen alacağa mahsuben devredilmiş olması nedeniyle dava konusu tasarrufların *İİK* m. 278/3-1, 279/1 ve 280/1 gereğince iptale tabi olduğunu”^[151]

– “Davacı alacaklı, borçlunun nişanlısının annesi olduğu ve paranın kuyumcu olan borçluya elden verildiği iddia edilirken, davalı üçüncü kişinin, alacağın gerçek olmadığını senedin sonradan düzenlendiğini ileri sürdüğü, öte yandan, dosya kapsamından borçlu ve taşınmazın ilk maliki babası arasında bu taşınmazın

[149] Yargıtay 17. HD. 23.02.2016 T. 10575/2094 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[150] Yargıtay 17. HD. 28.01.2016 T. 7479/1060 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[151] Yargıtay 17. HD. 26.01.2016 T. 8807/933 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

satışı ile ilgili olarak arasında husumet olduğu, karşılıklı olarak sürekli uyumsuzluk içinde bulunduğu, bu durumda, mahkemece yapılacak işin, kuyumcu olan borçlunun ticari defterlerinde senedin düzenlendiği tarihte bu miktar bir para girişi olup olmadığı, alacağın gerçek olup olmadığı araştırılarak toplanan ve toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar vermekten ibaret olduğunu”^[152]

– “Davacının alacağının kira alacağına ilişkin olduğu ve borçlu hakkındaki takiplerin kesinleştiği, haciz tutanaklarının İİK m. 105 kapsamında ‘geçici aciz belgesi’ niteliğinde olduğu, alacağın gerçek olduğu, iptali istenen tasarrufun ise takip konusu alacaklardan sonra yapıldığı, davanın süresinde açıldığı anlaşıldığından tasarrufun iptali davasının ön koşullarının gerçekleşmiş olduğunu- Davanın taşınmazın tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen gerçek değeri arasında ‘misli fark’ bulunduğu, dosya kapsamından davalının borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olduğu anlaşıldığından ve davalı, kendi muvazaasına dayanamayacağından, dava konusu tasarrufun davacının dava konusu alacak ve ferileriyle sınırlı olarak İİK m. 278/3-2, 280/1 gereğince iptaline karar verilmesi gerektiğini”^[153]

– “Mahkemece öncelikle İİK’nin 282. maddesi gereğince aralarında zorunlu dava arkadaşlığı bulunan davalı borçlunun taşınmazı sattığı ilk kişiye dava dilekçesinin tebliği ile duruşmaya katılımının sağlanması, bildireceği delillerin toplanması gerektiğini- Davalı borçluya delillerini bildirmesi için süre verilmediği anlaşıldığından davalı borçluya da delillerini sunması için süre verilmesi ve bildireceği delillerin toplanması, özellikle takip konusu alacağın gerçek bir alacak olduğunun tespitine yönelik Cumhuriyet Başsavcılığının Hazırlık dosyası da incelenerek dava koşulları yönünden dosyanın incelenmesi, dava koşullarının mevcut olması halinde dava konusu tasarrufların İİK’nin 278, 279, 280. maddeleri gereğince iptale tabi olup olmadığı değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini”^[154]

[152] Yargıtay 17. HD. 24.11.2015 T. 4375/12653 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[153] Yargıtay 17. HD. 17.11.2015 T. 5455/12881 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[154] Yargıtay 17. HD. 10.11.2015 T. 5368/11883 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

– “Alacağın gerçek olduğu, iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapıldığı ve davanın beş yıllık hak düşürücü süre içinde açıldığı anlaşıldığından tasarrufun iptali davası ön koşullarının gerçekleşmiş olduğunu”^[155]

– “Tasarrufun iptali davalarında alacaklıya alacağını tahsil imkanı sağlanırken, alacaklının alacağının şeklen varlığı değil, gerçekliğinin de amaçlandığının göz ardı edilmemesi gerektiğini- Davalı üçüncü kişi, ‘davacı alacaklının borçluya, 400.000 TL ödünç para verecek kadar ekonomik gücü olmadığını, borçlu ile aralarında husumet olması nedeniyle icra takibinin başlatıldığını’ belirterek ‘alacağın muvazaalı olduğunu’ iddia ettiğinden, mahkemece gerekirse davacının alacağının dayanağının da açıklattırılarak takip konusu alacağın gerçek bir alacak olup olmadığı tartışılarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğini”^[156]

– “Davanın *İİK* nin 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkin olduğu- Eğer tasarrufta bulunanın alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa bu durumda tasarruf sahibinin öncelikle borçlu sıfatının çözümlenmesi gerektiği, bu nedenledir ki, borcun gerçek olmadığı iddiası ve muvazaanın varlığı yönündeki savunmasının mahkemece incelenmesi gerektiğini”^[157]

– “Davanın *İİK* nin 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkin olduğunu- Borçlunun, ‘alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı’ iddia ediliyorsa, bu durumda tasarruf sahibinin öncelikle ‘borçlu sıfatı’ *çözümlenmesi gerektiği ve borcun gerçek olmadığı iddiası ile muvazaanın varlığı yönündeki savunmanın mahkemece incelenmesi gerektiğini*”^[158]

– “Davalı-borçlunun borçlu bulunmadığının tespitine dair verilen menfi tespit kararı kesinleşmiş olduğundan, tasarrufun iptali davasına bakan mahkemece

[155] Yargıtay 17. HD. 26.10.2015 T. 3468/11290 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[156] Yargıtay 17. HD. 13.10.2015 T. 2595/10520 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[157] Yargıtay 17. HD. 15.06.2015 T. 8803/8659 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[158] Yargıtay 17. HD. 15.06.2015 T. 8553/8662 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

‘davacının gerçek bir alacağının bulunmaması’ nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini”^[159]

– “Takip konusu alacağın gerçek bir alacak olup olmadığının tespiti amacıyla ceza dosyası ile asliye hukuk mahkemesi dava dosyasının incelenmesi, tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi, takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmaması halinde davanın önkoşul yokluğundan reddine; aksi halde yani takip konusu alacağın gerçek bir alacak olduğunun belirlenmesi halinde iptal koşullarının değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini”^[160]

– “Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için; “davacının borçludaki alacağının gerçek olması”, “borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması”, “iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması” ve “borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin bulunması” gerektiğini, bu ön koşulların bulunması halinde ise *İİK*’nin 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı iptal şartlarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekeceğini- Açılmış olan davada aciz belgesinin mahkemeye sunulmamış olması halinde “davanın önkoşul yokluğu nedeniyle” reddine karar verilmesi gerekeceğini- Bu davalarda “takip konusu alacak” ile “iptali istenen tasarrufun değerinden hangisi az ise harç ve vekalet ücretinin bu daha düşük değer üzerinden hesaplanması gerekeceğini”^[161]

– “Mahkemece, temlikin dayanağını oluşturan alacak borç ilişkisinin varlığı ve gerçekliği araştırılarak, sonucuna göre temlik işleminin iptaline veya iptal talebinin reddine karar verilmesi gerekeceğini”^[162]

– “*İptal davasının dinlenebilmesi için öncelikle davacının gerçek bir alacaklı bulunması gerektiğini- Davalılar ‘dava konusu alacakların gerçek bir alacak olmadığını, takip konusu bonoların muvazaalı düzenlendiğini, zamanaşımına*

[159] Yargıtay 17. HD. 15.06.2015 T. 8803/8659 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[160] Yargıtay 17. HD. 01.06.2015 T. 19404/8009 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[161] Yargıtay 17. HD. 27.05.2014 T. 2571/8414 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[162] Yargıtay 17. HD. 25.05.2015 T. 1534/7639 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

uğrayan bonolar nedeniyle yapılan icra takiplerine borçlunun itiraz etmediğini, davayı kabul ettiğini, bu konuda borçlu ile abileri arasında ceza soruşturması bulunduğu’ belirterek ‘takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmadığı’ni savunmuş olduğundan, bu konudaki delillerinin toplanması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini- Temlik eden yönünden temlik nedeniyle davacı sıfatı kalmadığından hakkındaki davanın husumet yokluğundan reddine karar verilmesi gerektiğini”^[163]

– “Dava konusu hisse senetlerinin rayiç bedelle borçlu tarafından davalı holdinge devredildiği bilirkişi raporu ile belirlenmiş ise de gerek davalı holding vekilinin savunması gerekse davalı holdingin ortakları ve yönetim kurulu üyeleri (borçlunun ailesine alt şirket) ile borçlu arasındaki yakın akrabalık bağının varlığı nedeniyle davalı 3. kişi holdingin borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olması nedeniyle dava konusu tasarrufun İİK 280/1. madde gereğince iptale tabi olduğu, ancak dava koşulları yönünden dosya incelendiğinde, davacının alacağının 9.3.2009-21.7.2009 tarihleri arasında düzenlenen altı adet bonoya dayalı olduğu, borçlu hakkındaki 2010/6470 ve 2010/6471 sayılı takip dosyalarının kesinleştiği, kati aciz belgelerinin sunulduğu, iptali istenen tasarrufların takip konusu borçtan sonra yapıldığı anlaşılacakla birlikte davalı 3. kişi holding vekili takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmadığını savunduğundan mahkemece adı geçen davalının bu yöndeki savunmasının mevcut delillere göre değerlendirilmesi, alacağın gerçek olduğunun belirlenmesi halinde dava konusu tasarrufların davacının takip konusu alacak ve ferileriyle sınırlı olarak İİK 280/1. madde gereğince iptaline; aksi takdirde yani takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmadığını belirlenmesi halinde ise davanın *önşart* yokluğundan reddine karar verilmesi gerekeceğini”^[164]

– “Davacının gerçekte alacaklı olup olmadığının tespiti amacıyla, borcun doğumuna ilişkin 3. kişilerce ileri sürülen savunmanın üzerinde durulması, bu konuda davacı ve davalı 3. kişilerin bildirdiği ve bildireceği delillerin toplanması, maddi hasarlı kaza ile ilgili müracaat tutanağı ve anılan tutanağa dayalı olarak yapılan işlemlere ait belgeler, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, banka kayıtları celp edilerek, gerektiğinde davacının ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi

[163] Yargıtay 17. HD. 12.05.2015 T. 21042/7303 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[164] Yargıtay 17. HD. 05.05.2015 T. 19250/6671 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

de yaptırılması, takip konusu alacağın gerçek bir alacak olup olmadığı, gerçek bir alacak ise borcun doğum tarihinin tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini”^[165]

– “Takip konusu borcun davacı ile borçlu arasındaki ne tür bir ilişkiden ve ne zaman doğduğu konusunda davacıya delillerini sunması için süre verilmesi, bildireceği delillerin toplanması taraflar arasındaki borca ilişkin temel ilişkinin tasarruf tarihinden önce doğduğunun davacı tarafından ispatlanması halinde, davanın esasına girilerek dava konusu tasarrufun İİK 277, 278, 279, 280 maddeler gereğince iptale tabi olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini- İİK m. 277 vd. uyarınca açılan tasarrufun iptali istemine ilişkin davada, takip konusu alacağın gerçek bir alacak olup olmadığının tespiti için ceza dosyası ve icra takip dosyasının incelenmesi gerektiğini”^[166]

– “Alacaklı aleyhine açılan menfi tespit davası kabul edilmiş ve dosya temyiz aşamasında iken borçlu tarafından verilen feragat dilekçesi gereği bozulmuş, bozmadan sonra davanın feragat nedeniyle reddine karar verilmiş ve hüküm kesinleşmiş ve davacı ile davalı borçlu şirket arasında protokol yapılarak borç yeniden yapılandırılmış olup, davalı , ‘takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmadığını, gerçek bir alacak olsa bile iptali istenen tasarruftan sonra doğduğu’nu ileri sürdüğünden, mahkemece öncelikle bu hususta menfi tespit dosyasının incelenmesi; davacı ile davalı borçlunun ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması, davalı 3. kişi şirketin savunmasının değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini”^[167]

– “İİK m. 277 vd. gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkin davaların dinlenebilmesi için, davacının borçludaki alacağının gerçek olması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması, iptali istenen tasarrufun takip konusu

[165] Yargıtay 17. HD. 05.05.2015 T. 20593/6680 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[166] Yargıtay 17. HD. 05.05.2015 T. 21092/6686 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[167] Yargıtay 17. HD. 14.04.2015 T. 1798/5869 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

borçtan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin (*İİK*'nin 277 maddesi) bulunması gerektiğini”^[168]

– “Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için davacının alacağının gerçek bir alacak olması gerektiğini- Mücerret borç ikrarı olarak düzenlenen bononun ileriye yönelik olarak tanzim edilmesi mümkün olduğu gibi geriye yönelik olarak da düzenlenmesi mümkün olduğu, borcu doğuran ilişkinin mevcudiyetine yönelik diğer delillerin de birlikte nazara alınması gerektiği, bononun vade tarihi ile takip tarihi arasında 11 ay gibi bir zaman aralığı bulunması ve davalı borçlunun, ceza soruşturmalarından ve hukuk davalarından da anlaşıldığı üzere taşınmazı geri alma ya da satış bedeline ek bir para elde etmeye yönelik olarak işbu davanın temelini oluşturan takipteki bononun tanzimi ile gerçek olmayan bir borç altına girdiği anlaşıldığından davanın reddi gerektiğini”^[169]

– “Tasarrufun iptali davalarında davacı alacaklının, davalı borçludaki alacağının gerçek bir alacak olması koşulu ile borcun (davacının alacağının) iptali istenen tasarruftan önce doğmuş olmasının davanın ön koşulları olduğunu- Tasarrufun iptali davasının önkoşul yokluğu nedeniyle reddi halinde, davalı lehine maktu vekalet ücreti takdiri gerekeceğini”^[170]

– “Tasarrufun iptali istemine ilişkin davalarının dinlenebilmesi için, davacının borçludaki alacağının gerçek olması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması gerekeceği, alacaklı borçlu hakkında ihtiyati haciz kararı üzerine takibe geçmediğinden takibin geçersiz hale geldiği, davanın ön koşul yokluğundan reddine karar verileceğini”^[171]

– “Gerçek bir alacağı bulunan alacaklıya borçlunun bir başkasından olan para alacağını temlik etmesinin ticari örf ve adete dayalı geçerli bir ödeme aracı

[168] Yargıtay 17. HD. 17.02.2015 T. 15483/2855 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[169] Yargıtay 17. HD. 19.01.2015 T. 19782/436 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[170] Yargıtay 17. HD. 23.12.2014 T. 8622/19259 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[171] Yargıtay 17. HD. 25.11.2014 T. 8007/16833 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

olduğunu- Davalılar arasındaki ticari ilişkinin temliklerin yapıldığı sıradaki miktarı, kimin alacaklı olduğu giderek yapılan temliklerin alacak durumu ile münasip olup olmadığı hususları tarafların ticari defterleri üzerinde yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile açıklığa kavuşturularak oluşacak sonuca göre tasarrufun iptali davasında bir hüküm kurulması gerekeceğini”^[172]

– “Tasarrufun iptali davalarının koşullarından birinin de kesinleşmiş gerçek bir alacağın varlığı olduğunu- Menfi tespit davası sonucu bakiye kalan alacak yönünden tasarrufun iptali davasının esasa girilmesi gerektiğini”^[173]

– “Davacı alacaklı tarafından yapılan takibin itiraza uğramadan kesinleşmiş olması, davalı borçlu hakkında kesin aciz vesikası alınması, bir kişinin alacağını tahsil etmeden aynı kişiye yeniden borç verilmesinin olağan olmamasının tek başına alacağın, ‘gerçek bir alacak olmadığı’ nın kanıtı sayılamayacağı; alacaklı davacı aleyhinde menfi tespit davası açılmadığı gibi her hangi bir suç duyurusunda da bulunulmadığından, alacağın gerçek alacak olduğunun kabulü ile işin esasına girilmek suretiyle toplanan ve toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğini”^[174]

– “Alacaklı *İİK* m. 280 uyarınca tasarrufun iptali isteminde de bulunduğu ve dava *İİK* nin 97/17. maddesi gereğince karşı dava olarak açılmış bir tasarrufun iptali davası olmadığından istihkak davasıyla birlikte ele alınıp sonuçlandırılmasının mümkün bulunmadığı, mahkemece öncelikle tasarrufun iptali davasına dair ayırma kararı verilerek ayrı bir esas numarasına kaydının yapılması gerekeceğini- Üçüncü kişi, alacaklı ve borçlu arasında danışıklı icra takibi yapıldığını ileri sürdüğünden, mahkemece iki şirketin ticari kayıtları üzerinde yaptırılacak bir bilirkişi incelemesiyle takibe konu senetlerin verilmesine neden olan hukuki ilişkinin varlığı ve gerçek olup olmadığının saptanması, gerçek bir alacak yoksa üçüncü kişinin istihkak iddiasında haklı olduğu sonucuna varılması gerektiği, aksi halde ise; borçlu şirket borcun doğum tarihinden sonra malvarlığının

[172] Yargıtay 17. HD. 25.11.2014 T. 6331/16831 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[173] Yargıtay 17. HD. 27.10.2014 T. 10344/14415 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[174] Yargıtay 17. HD. 23.10.2014 T. 7638/13957 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

neredeyse tamamını üçüncü kişi şirkete devrettiği ve bununla ilgili *İİK*'nin 44. maddesindeki gereklerin yerine getirildiğini de iddia ve ispat edemediği için devralan üçüncü kişinin de işletmenin borçlarından borçluyla birlikte iki yıl süreyle müteselsilen sorumlu olacağı kuralı dikkate alınması gerektiği, buna göre; işletmeyi devralanın, devraldığı mal varlığıyla sınırlı olarak sorumlu olmasını öngören yasal bir düzenleme yer olmadığından davaya konu hacizli malların tamamına dair davanın kabulüne yani istihkak iddiasının reddine karar verilmesi gerektiğini”^[175]

– “Alacağın gerçek bir alacak olup olmadığı ve borcun doğum tarihi hususunda yeterli araştırma yapılarak ve açılan ceza davasının da sonucu beklenerek bir karar verilmesi gerekeceğini”^[176]

– “Tasarrufun iptali davalarında, davalı borçlu ile davacı arasındaki alacağın gerçek olmadığını ileri sürülmesi halinde bu hususun araştırılmasının zorunlu olduğu zira alacaklının gerçek bir alacağının olmadığı hallerde tasarrufun iptali davasının dinlenmesine imkân bulunmadığını”^[177]

– “Davacının takip konusu alacağın gerçek bir alacak olduğunu kanıtlayamadığı, edimler arasındaki nispetsizlik iddiasının yerinde olmadığı, dava dilekçesinde ileri sürülen diğer koşulların gerçekleştiğine ilişkin iddianın da kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinin isabetli olduğunu- Dava, önköşül yokluğu nedeniyle reddedildiğinden kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına maktu vekalet ücreti takdiri gerekirken nispi vekalet ücreti takdirinin doğru olmadığını”^[178]

– “Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için; “davacının borçludaki alacağının gerçek olması”, “borçlu hakkındaki icra takibini kesinleşmiş olması”,

[175] Yargıtay 8. HD. 10.07.2014 T. 11304/14720 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[176] Yargıtay 17. HD. 08.05.2014 T. 2942/7251 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[177] Yargıtay 17. HD. 06.05.2014 T. 6344/7114 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[178] Yargıtay 17. HD. 17.04.2014 T. 3483/5953 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

“iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması” ve “borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin bulunması” gerektiği; bunların tasarrufun iptali davasının “önkoşulları” olduğunu^[179]

– “Tasarrufun iptali davalarında, davacının gerçekten ‘alacaklı’ olup olmadığının mahkemece resen değerlendirilmesi gerektiğini- Teminat ve tahsil amacıyla verilen dava konusu çekler nedeniyle davacının alacağı ‘gerçek bir alacak’ sayılmayacağından, açılan olumsuz tespit davasının önkoşul yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekeceğini”^[180]

– “Tasarrufun iptali davasının görülebilirlik şartlarından birisinin ‘alacağın varlığı’ diğer söyleyişle ‘tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması’ bir diğeri de ‘alacağın aciz vesikasına bağlanmış olması’ olduğu; bu özelliği nedeniyle aciz nedenine dayalı tasarrufun iptali davasında davalı 3. kişinin ‘aciz belgesine dayanan alacağın gerçekte olmadığını’ iddia ve ispat edebileceği, çünkü bunun dava şartlarından olduğu, eğer tasarrufta bulunanın, alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa, bu durumda tasarruf sahibinin ‘borçlu sıfatı’nın *çözümlemesi gerektiği, bu nedenledir ki 3. kişi davalının ‘borcun gerçek olmadığı’ iddiasının ve ‘muvazaanın varlığı’ yönündeki savunmasının mahkemece incelenmesi gerektiği, eğer gerçek bir borç yoksa alacak da söz konusu olmayacağından, iptal davasının dinlenmesinin mümkün olmayacağı, tasarrufun iptali davalarında alacaklıya, alacağını tahsil olanağı sağlanırken, bu alacaklının alacağının şeklen varlığını değil, gerçekliğinin amaçlandığının göz ardı edilmemesi gerektiğini*”^[181]

– “Tasarrufun iptali davasında öncelikle davacının borçludan gerçek bir alacağının bulunması ve yapılan tasarrufun da alacaklılardan mal kaçırma amacına yönelik olması gerekeceği, bu nedenle davacı ile borçlu davalının mali durumlarının

[179] Yargıtay 17. HD. 24.02.2014 T. 16901/2405 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[180] Yargıtay 17. HD. 21.01.2014 T. 19964/669 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[181] Yargıtay 17. HD. 16.01.2014 T. 15104/446 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

araştırılarak, borcun doğum tarihinde aralarında bu denli bir para alışverişinin olup olamayacağını ve borcun gerçek olup olmadığını belirlenmesi gerekeceğini”^[182]

– “Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için; alacaklının borçluda gerçek bir alacağının olması gerektiğini- tasarrufun iptali davasında, davalı 3. kişinin ‘aciz belgesine dayanan alacağın gerçek olmadığını’ iddia ve ispat edebileceği, çünkü dava şartlarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin ‘borçlu’ olması gerektiği, eğer tasarrufta bulunanın alacaklıya gerçek bir borcunu olmadığı iddia ediliyorsa, bu durumda tasarruf sahibinin öncelikle borçlu sıfatının çözümlenmesi gerekeceği, bu nedendir ki, 3. kişi -davalının borcun gerçek olmadığı iddiası ve muvazaanın varlığı yönündeki savunmasının araştırılmasında zorunluluk bulunduğu, bu davalarda alacaklıya alacağını tahsil olanağı sağlanırken, bu alacaklının alacağının şeklen varlığının değil, gerçekliğinin amaçlandığının gözardı edilmemesi gerektiği, sonuç olarak tasarrufun iptali davasının görülebilirlik şartlarından birisi olan ‘alacağın varlığının gerçek olması’ hususunun araştırılmasında zorunluluk bulunduğunu”^[183]

– “Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için; “davacının borçludaki alacağının gerçek olması”, “borçlu hakkındaki icra takibini kesinleşmiş olması”, “iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması” ve “borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin bulunması” gerektiği, bu koşulların davanın “ön koşulu” olduğunu”^[184]

– “Tasarrufun iptali davalarında görülebilirlik şartlarından birisinin ‘gerçek bir alacağın varlığı’ diğer bir anlatımla tasarrufta bulunan kişinin gerçekten ‘borçlu’ olması gerektiğini; eğer gerçek bir ‘borç’ yoksa ‘alacak’ da söz konusu olmayacağından, iptal davasının dinlenmesinin mümkün olmayacağını, bu nedenle bu tür davalarda davalıların ‘alacağın gerçek olmadığını’ iddia ve ispat edebileceklerini- Alacaklı tarafından takip konusu yapılan senette tahrifat yapıldığı iddiası

[182] Yargıtay 17. HD. 05.11.2013 T. 11822/15085 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[183] Yargıtay HGK. 23.10.2013 T. 17-224/1478 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[184] Yargıtay 17. HD. 24.09.2013 T. 8620/12713 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

üzerine açılan ceza davası sonucunun, tasarrufun iptali davasında bekletici mesele yapılması gerekeceğini”^[185]

– “Tasarrufun iptali davasının önkoşullarının ‘takip konusu alacağın, iptali istenen tasarruftan önce doğması’, ‘alacağın gerçek bir alacak olması’, ‘borçlu hakkındaki takibin kesinleşmiş olması’ ve ‘borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesini bulunması’ olduğunu- Tasarrufun iptali davalarında davalı borçlu ile davacı arasındaki alacağın gerçek alacak olmadığı ileri sürülmesi halinde bu hususun araştırılması gerektiğini, zira alacaklının gerçek bir alacağının bulunmadığı hallerde, tasarrufun iptali davasının dinlenmesine imkan bulunmadığını- Borçlunun, ‘takibe konu senedin sahte olarak alacaklı tarafından icra takibine konduğu’ iddiası ile suç duyurusunda bulunduğu ve icra ceza mahkemesince alacaklı aleyhine mahkûmiyet hükmü kurulduğu görüldüğünden, ceza dosyasının celbi ile davacı alacağının gerçek bir alacak olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılması gerektiğini”^[186]

– “Tasarrufun iptali davasında, davacı alacaklı ile davalı borçlu arasındaki ilişkinin ne olduğunun ve alacağın muvazaalı olup olmadığının üzerinde durularak (araştırılarak) varılacak sonuca göre uyumsuzluğun çözümlenmesi gerekeceğini”^[187]

– “Davacı tarafından SSK emeklisi ev hanımı olan bir kişiye senedin düzenlendiği tarih itibariyle yüksek bir miktar sayılabilecek 80.000,00 TL borcun ‘ne karşılığı verildiği’ açıklanmamış olması ve ayrıca hayatın olağan akışına uygun olmayacak şekilde bononun tanzim tarihi ile vade tarihi arasında beş buçuk yıl, tanzim tarihi ile takip tarihi arasında ise yedi yıldan fazla bir süre bulunmasının davacı ile davalı arasında alacak borç ilişkisinin gerçek olmadığını göstereceğini”^[188]

[185] Yargıtay 17. HD. 06.06.2013 T. 3904/8424 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[186] Yargıtay 17. HD. 30.05.2013 T. 6432/8055 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[187] Yargıtay 17. HD. 20.05.2013 T. 3894/7243 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[188] Yargıtay 17. HD. 19.03.2013 T. 5481/3666 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

– “Takibe konu senedin düzenlenme tarihi, tasarruf tarihinde sonra ise de, davacı vekili, ‘iptali istenen tasarrufların, alacağın kaynağı olan –müvekkili davacı-alacaklı ile davalı borçlular arasındaki- akaryakıt ticaretinden sonra yapıldığını’ iddia ettiğinden, bu yönde delil olarak sunulan fatura, sevk irsaliyeleri değerlendirilerek davacıya ait şirket defterleri ile akaryakıt alımında ilişki kurulan dava dışı şirkete ait defterler üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması davacı tarafından gösterilen (dava dışı şirket yetkilisi) tanıkların dinlenmesi, davacı ile dava dışı şirket arasında ticari ilişki belirlendiği takdirde, davacı ile davalı borçluların ticari defterleri üzerinde söz konusu akaryakıt alışverişinin varlığı yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılması, savcılık iddianamesinden davacı ile davalı borçlu arasında 18 yıllık ticari ilişki olduğu, bu davanın konusunu oluşturan akaryakıt ticareti ve bu ticarete istinaden gönderilen çeklerle ilgili dolandırıcılık ve zincirleme şekilde sahte resmi belge kullanmak suçu nedeniyle davalı borçlu hakkında ağır ceza mahkemesinde dava açıldığı anlaşıldığından, ilgili ceza dosyasının istenmesi, davacı ve davalı tanıklarının dinlenmesi tüm deliller birlikte değerlendirilerek takip konusu borcun doğumunun tespit edilmesi gerektiğini”^[189]

– “Alacaklının gerçek bir alacağının bulunmadığı hallerde tasarrufun iptali davasının dinlenemeyeceğinden, davacı ile borçlunun oğlunun bahsedilen şirkette birlikte çalışıp çalışmadıkları, takip dayanağı bononun hangi gerekçe ile ne zaman davacıya verildiği hususları üzerinde durularak hasıl olacak duruma göre bir karar verilmesi gerekeceğini”^[190]

– “İtirazın iptali davası sonucunda davanın kabulüne karar verilerek takibin kesinleşmiş olması halinde dahi, tasarrufun iptali davasındaki davacı-alacaklının alacağın gerçek bir alacak olup olmadığının- muvazaaya dayanıp dayanmadığının- araştırılması gerekeceğini”^[191]

– “Tasarrufun iptali davasının görülebilmesi için, davacının borçlu-davalıdan ‘gerçek bir alacağının bulunması’ ve ‘icra takibine konu edilip kesinleşmiş olması’ gerektiğini- Davalı borçlunun müşteki sıfatıyla yaptığı *şikâyet* üzerine alacaklı

[189] Yargıtay 17. HD. 10.02.2013 T. 4326/1955 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[190] Yargıtay 17. HD. 13.11.2012 T. 602/12443 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[191] Yargıtay HGK. 19.09.2012 T. 3-101/597 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

hakkında silahlı yapma suçundan dolayı ceza davası açılışı gözetilerek alacağın gerçek olup olmadığı hususunda araştırma ve inceleme yapılması gerektiğini”^[192]

– “Alacaklının, borçluda gerçek bir alacağının bulunması”nın tasarrufun iptali davasının dinlenme koşullarından olduğu- Davalı 3. kişinin borçlulardan birisinin kızı, diğerinin de ablası olan davalı 3. kişinin, bedeli borçlular tarafından ödenerek davalı 3. kişi adına tescil yaptırılmış olan araçlar hakkında (nam-ı müstear) açıdan tasarrufun iptali davasının davalı 3. kişinin dava konusu araçları alabilecek ekonomik güç ve sosyal yapıya sahip olup olmadığının araştırılması gerekeceğini”^[193]

– “*İİK* nin 277 vd maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin ‘borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu’ ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceğini, çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin ‘borçlu’ durumda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten ‘alacaklı’ sıfatını taşıması gerektiğini”^[194]

– “*İİK* nin 277 vd. maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin “borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu” ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceği, çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin “borçlu” durumda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten “alacaklı” sıfatını taşıması gerektiğini”^[195]

– “Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için öncelikle davacının davalı borçluda gerçek bir alacağının bulunması, diğer bir anlatımla, tasarrufta bulunan kişinin gerçekten ‘borçlu’ olması gerektiğinden davalı borçlu tarafından,

[192] Yargıtay 17. HD. 11.07.2012 T. 5955/8883 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[193] Yargıtay 17. HD. 11.06.2012 T. 1710/7561 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[194] Yargıtay 17. HD. 11.04.2012 T. 1729/4537 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[195] Yargıtay 17. HD. 11.07.2012 T. 5955/8883 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

davacı alacaklıya karşı açıldığı bildirilen dava konusu senetlerle ilgili menfi tespit davasının kesinleşmesi beklenerek alacağın gerçek bir alacak olup olmadığının belirlenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğini”^[196]

– “Davacı tarafından davalı borçluya faizle para verildiği, bundan dolayı vergi inceleme raporları çerçevesinde davacı hakkında asliye ceza mahkemesince mahkûmiyet kararı verildiği anlaşıldığından mahkemece açılmış iptal davasının ‘davacının, davalı borçludan gerçek bir alacağı mevcut olmadığı’ gerekçesiyle ‘reddine’ karar verilemeyeceğini”^[197]

– “*İİK* 277 vd.na göre tasarrufun iptali istenebilmesi için, “borcun tasarruf tarihinden önce doğmuş olması”, “alacaklının borçluda gerçek bir alacağının olması”, “borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması” ve “borçlu hakkında alınmış, aciz belgesinin bulunması” gerektiğini”^[198]

– “*İİK*’nin 277 vd maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin “borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu” ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceği, çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin “borçlu” durumda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten “alacaklı” sıfatını taşıması gerektiğini”^[199]

[196] Yargıtay 17. HD. 31.03.2011 T. 6372/2899 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[197] Yargıtay 17. HD. 07.02.2012 T. 12468/899 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[198] Yargıtay HGK. 13.10.2010 T. 17-399/498 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[199] Yargıtay 17. HD. 01.07.2010 T. 2225/6230 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Aynı doğrultuda bkz. Yargıtay 17. HD. 11.07.2012 T. 5955/8883; 11.04.2012 T. 1729/4537; 02.02.2010 T. 9029/703; 07.04.2004 T. 4841/2160; 29.01.2009 T. 3815/258; 18.01.2009 T. 8764/17; 30.10.2007 T. 4356/3297; Yargıtay HGK. 19.06.2002 T. 15-495/528; 26.02.1997 T. 15-890/127; Yargıtay 15. HD. 18.06.1996 T. 3294/342; Yargıtay HGK. 09.03.1997 T. 13-288/234; Yargıtay 13. HD. 27.02.1979 T. 5645/878; 30.04.1976 T. 5638/3529 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

– “3. kişi savunmasında ‘davacı ve borçlu arasında danışıklı icra takibi yapıldığını, alacağın gerçek olmadığını’ ileri olduğundan, 3. kişinin savunmasının araştırılması gerektiğini”^[200]

– “*İİK* nin 277 vd. maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin “borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu” ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceği; çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin “borçlu” durumunda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten “alacaklı” sıfatını taşıması gerektiğini”^[201]

– “*İİK* nin 277 vd. maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin ‘borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu’ ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceğini, çünkü iptal davasının, dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin ‘borçlu’ durumunda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten ‘alacaklı’ sıfatını taşıması gerektiğini”^[202]

– “*İİK* nin 277 vd maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin “borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu” ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceği; çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin “borçlu” durumunda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten “alacaklı” sıfatını taşıması gerektiğini”^[203]

[200] Yargıtay 17. HD. 05.04.2010 T. 435/3080 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[201] Yargıtay 17. HD. 18.01.2009 T. 8764/17 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[202] Yargıtay 17. HD. 30.10.2007 T. 4356/3297; Aynı doğrultuda, Yargıtay 15. HD. 10.06.2003 T. 587/3094; Yargıtay HGK. 19.06.2002 T. 15-495/528; Yargıtay 15. HD. 01.04.1997 T. 1262/1778; Yargıtay 15. HD. 01.04.1997 T. 1262/1778; HGK. 26.02.1997 T. 15-890/127; Yargıtay 15. HD. 18.06.1996 T. 3294/342; HGK. 09.03.1979 T. 13-288/234; Yargıtay 13. HD. 27.02.1979 T. 5645/878; Yargıtay 13. HD. 30.04.1976 T. 5638/3529 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[203] Yargıtay 15. HD. 10.06.2003 T. 587/3094 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

– “*İİK*’nin 277 vd. maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin “borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu” ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceği; çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin “borçlu” durumda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten “alacaklı” sıfatını taşıması gerektiğini”^[204]

– “*İİK*’nin 277 vd maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin “borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu” ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceği; çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin “borçlu” durumda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten “alacaklı” sıfatını taşıması gerektiğini”^[205]

– “*İİK*’nin 277 vd maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin “borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu” ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceği; çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin “borçlu” durumda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten “alacaklı” sıfatını taşıması gerektiğini”^[206]

– “*İİK*’nin 277 vd maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin “borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu” ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceği; çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin “borçlu” durumda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten “alacaklı” sıfatını taşıması gerektiğini”^[207]

[204] Yargıtay HGK. 19.06.2002 T. 15-495/528 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[205] Yargıtay 15. HD. 01.04.1997 T. 1262/1778 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[206] Yargıtay HGK. 26.02.1997 T. 15-890/127 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[207] Yargıtay 15. HD. 18.06.1996 T. 3294/3421 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

– “*İİK* nin 277 vd maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin “borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu” ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceği; çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin “borçlu” durumda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten “alacaklı” sıfatını taşıması gerektiğini”^[208]

vurgulamıştır...

VI-Bir alacaklının sadece elindeki senede dayanarak, şeklen “hak sahibi olduğunu” ileri sürüp, senet bedelini senet borçlularından talep etmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu durumlarda, alacaklının alacaklılık sıfatı tartışılabilir hale gelir ve Yargıtay’ımızın bu konuda çeşitli içtihatlarında kabul ettiği ölçütler (kıstaslar) çerçevesinde alacaklının elindeki senede dayanarak “alacak” talep etmesine izin verilmez.

Her davada olduğu gibi, “*tasarrufun iptali davaları*”nda da “*ispat yükünün hangi tarafa ait olduğu*” konusu önem taşır. Hukukumuzda, bu konuya ışık tutan hüküm “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*” şeklindeki MK. m. 6’dır.^[209] Bu davalarda *ispat yükü* -kural olarak- davacı alacaklıdadır.^[210] Örneğin; “davalılar arasında herhangi bir akrabalık’, ‘önceye dayanan arkadaşlık’ bulunduğu, davacı tarafından ispat edilmesi gerekir.”^[211]

[208] Yargıtay 13. HD. 30.04.1976 T. 5638/3529 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[209] Bu hükme ait “1998/1999 Tasarısı” ile “1984 Tasarısı” ve “1971 Tasarısı”ndaki gerekçeler için bkz. Talih Uyar, *Gereğçeli-İçtihatlı Türk Medeni Kanunu II*, (Ankara: Feryal Matbaası, 2002), 1507.

[210] Kazancı, *İspat*, 147; 163; 185.

[211] Yargıtay 17. HD. 09.12.2019 T. 4668/11642 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Doktrinde^[212] -oybirliği ile- “*ispat yükünün, ‘hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunana’[213]211bis düştüğü*” kabul edilmekte olduğu gibi, Yargıtay da bu konuya ilişkin içtihatlarında öteden beri bu doğrultuda içtihatla bulunmaktadır.

Davalı-borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişilerin iddia ve savunmalarında “*hayatın olağan akışına aykırılık*” bulunması halinde, bu tutarsız iddia ve savunmalar, taraflar arasında yapılmış olan tasarrufların iptaline neden olur.

[212] Sema Taşpınar, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımında Rolü,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 45, no. 1-4 (1996): 551; Yavuz Alangoya, “Senede Karşı Senetle İspat’ Kuralı ve ‘Hayatın Olağan Akışı’ Kavramı,” içinde *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan*, ed. Rona Ahmet Serozan, (Ankara: Seçkin, 2004):523; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü II*, 6. Baskı (İstanbul: Demir Yayıncılık, 1989); İlhan Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Baskı (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1975), 537; Bilge Umar ve Ejder Yılmaz, *İspat Yükü*, 2. Baskı (İstanbul: Kazancı, 1980), 60; Necmettin M. Berkin, *Tatbikatçılar İçin Medeni Usul Hukuku Rehberi*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1982) 172; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1960), 248; Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, 616 vd.; Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 352.

[213] 211bis Uyar, *Hukuki Mütalâalar*, 3. Baskı, 87-124, 505-535; 747-759; 776-802; 877-919; 999-1024; Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davasının Uygulamada Tartışılan Yönleri,” *Legal Hukuk Dergisi* (Haziran 2014): 169-76; Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında “Alacağın Gerçek Olması” ve “Hayatın Olağan Akışına Uygunluk” Koşullarının Uygulamada Yarattığı Sorunlar,” *Legal Hukuk Dergisi* (Ocak 2020): 267-309; Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında “Ticari İşletmenin Devri” (İİK 280/III), “İptale Tabi Tasarrufların Kapsamı” (İİK 277 vd.) Konularına İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar,” *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı III*, 2020): 3941-78; Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek Bazı Tasarruflar,” *Legal Hukuk Dergisi*, no. 177 (2017): 4449-4513; Talih Uyar, “Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları,” *Legal Hukuk Dergisi*, no. 190 (2018): 4729-801; Uyar, “Uygulamada Tartışılan Yönleri,” 3497-3543; Talih Uyar, “Muvazaa (TBK 19) Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının (İİK 280) Açılma Koşulları ve Sonuçları,” *Legal Hukuk Dergisi*, (Temmuz 2014); 175-87; Uyar, “Borçlu Hakkında,” 369-397; Talih Uyar, “Birden Fazla Kredi Sözleşmesinden Kaynaklanan Borç İçin Açılan Tasarrufun İptali Davalarında “Borcun Doğum Tarihli” Nasıl Belirlenir.? Tasarrufun İptali Davasının “Bedele Dönüşmesi” (İİK 283/II) Halinde, Tazminata Esas “Gerçek Değer”in Hesaplama Yöntemi,” *Legal Hukuk Dergisi*, no. 184 (2018): 1739-58.

“Hayatın olağan akışına aykırılık”[214]211ter ne demektir? “Hayatın olağan akışı” kriteri, hukukçuların olaylara yorum getirmede kullandıkları ölçülerden ve prensiplerden birisidir. Buna göre insanların genelinin, sosyal yapı içerisinde yapageldikleri davranışlar “hayatın olağan akışı” kriterini oluşturmakta ve bu kriter de hukuki problemlerin yorumlanmasında kullanılmaktadır.^[215]

Başka bir deyişle; tecrübe (hayatın olağan akışı) kuralları “hayatta sık tekrar eden, tekrarlanması ihtimal dahilinde olan olayların veya bilimsel ve teknik bilgilerin oluşturduğu ve kendilerini oluşturan somut olaylardan bağımsız hale gelmiş kurallar”dır; vak’a tesbitinde, hukukun olaya uygulanmasında, hakim bir değer hükmü vermesinde, delillerin değerlendirilmesi ve bir delilin ispat değerinin saptanmasında, muhtevası belli olmayan kuralların (kötüniyet gibi) uygulanmasında önemli rol oynar.^[216]

“Hayatın olağan akışı” kriteri, Yargıtay ve diğer üst derece mahkemelelerinde, pek çok alandaki hukuki problemlerin çözülmesinde bir yorum kuralı olarak kullanılmaktadır. Yargıtay “hayatın olağan akışı” kriterini, “olayların sebep-sonuç ilişkisine uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin irdelenmesi, sosyal yapı içerisinde olağan karşılanacak türden olup olmadığının belirlenmesi” şeklinde anlamaktadır. Söz gelimi “bir ikrarının delil değerinin ortaya konulması için diğer şartların yanında hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediğinin de araştırılması gerektiği” ifade edilmektedir.^[217]

“Hayatın olağan akışı” kriterinin uygulama alanı oldukça geniştir. Aynı zamanda, “aksi ispatlanana kadar doğru kabul edilen bir karine”

[214] 211ter Alangoya, “Senede Karşı Senetle İspat,” 521-531; Abdullah Demir, “Yargıtay İçtihatlarındaki “Hayatın Olağan Akışı” Kriteri ve İslam Hukukundaki, “Zahiri Kal Delili,” *Terazi Hukuk Dergisi* 28, (Aralık 2008): 129-133; Uyar, *Hukuki Mütalâalar*, 87-124; 505-35; 747-59; 776-802; 877-919; 999-1024; Uyar, “Uygulamada Tartışılan Yönleri,” 169-176; Uyar, “Alacağın Gerçek Olması,” 267-302; Uyar, “Ticari İşletmenin Devri,” 3941-3978; Uyar, “Bazı Tasarruflar,” 4449-4513; Uyar, “Borçlunun,” 4729-4801; Uyar, “Uygulamada Tartışılan Yönleri,” 497-543; Uyar, “Muvazaa (TBK 19),” 175-87; Uyar, “Borçlu Hakkında,” 369-397; Uyar, “Birden Fazla Kredi Sözleşmesi,” 1739-58.

[215] Demir, “Zahiri Kal Delili,” 129.

[216] Alangoya, “Senede Karşı Senetle İspat,” 528; dipnot 32.

[217] Demir, “Zahiri Kal Delili,” 130.

olduğundan, hukukçular için adaletli karar vermede kullanılan, oldukça pratik bir kriter niteliğini taşımaktadır.

Sonuç olarak “*hayatın olağan akışı*” kriteri, mevcut hukukumuzda hukukçuların hemen her alanda uygulayabildikleri, onların işlerini kolaylaştıran önemli bir prensiptir.^[218] Hangi olayların ‘*hayatın olağan akışına aykırı olduğu*’ tasarrufun iptali davasına bakan mahkeme tarafından takdir edilecektir.^[219]

Hukumumuzda “*senede karşı senetle ispat kuralı*” ya da kanunun deyişiyle “*senede karşı tanıkla ispat yasağı*” HMK m. 201’de (HUMK m. 290’da) düzenlenmiştir. Bu kurala göre; *senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler, ikibin beşyüz Türk Lirasından az miktar olsa bile, tanıkla ispat olunamaz.*[220]

HMK’nin 201. maddesinin (HUMK’un 290. maddesinin), *doktrin ve Yargıtay içtihatlarında* öngörülen istisnaları:^[221] Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında; “*hayatın olağan akışı ölçütünün HMK’nin 201. (HUMK’un 290.) maddesinin istisnalarından biri olduğu*” açık ve kesin bir biçimde aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

[218] Demir, “Zahiri Kal Delili,” 133

[219] Erdönmez, *Alacaklılara Zarar Verme*, 197

[220] Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Yavaş, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralın İstisnaları*, (Ankara: Seçkin, 2009), 363 vd.; Abdurrahim Karıslı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012), 596; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 3*, (Ankara: Yetkin, 2021), 3700 vd.; Yavuz Alangoya, Mehmet Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, (Ankara: Seçkin, 2011), 393 vd.; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku “El Kitabı”2*, (Ankara: Yetkin, 2020), 716 vd.; Zeki Gözütok ve Adem Albayrak, *Alfabetik Medeni Usul El Kitabı*, (Ankara: Adalet, 2021), 694 vd.

[221] Talih Uyar, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar, *Olumsuz (Menfi) Tespit ve Geri Alma (İstirdat) Davaları*, 4. Baskı (Ankara: Bilge, 2015), 695 vd.

A) Doktrinde

Bu konuda; “*hayatın olağan akışına aykırılık*” kriteri pek çok bilimsel makaleye konu olmuştur.^[222] “*İspat yükü açısından “hayatın olağan akışı” kavramı, fiili karineler’ kapsamında mütalaa edilmektedir.*^[223] Fiili karineler, herhangi bir hukuk kuralı bağlantılı olmaksızın, hakimin hayat konusunda sahip olduğu tecrübe kurallarından yararlanmak suretiyle belli olmayan olaylar hakkında sonuç çıkarmasına yöneliktir. Bu haliyle, ‘fiili karineler’ hayat tecrübelerinden ortaya çıkan kurallara dayanmaktadır.

Fiili karine lehine olan taraf, o vakıyı ispat etmiş sayılır. Karşı taraf fiili karinenin aksini ispat edebilir.^[224] Bazı HMK hükümlerinde (HMK m. 38/2, 41/1-b, 97, 203/1-e, 264/1) yer alan “emare” ibaresi, fiili karineleri ifade etmek üzere kullanılmıştır.^[225]

Yargıtay kararlarında, hayat tecrübe kurallarına (yaşam deney kurallarına) sıklıkla başvurulmakta ve bu konuda “hayatın olağan akışı” kavramı kullanılmaktadır.^[226] *Söz konusu kararlarda, genellikle “fiili karinelerin, ispat*

[222] Talih Uyar, “*Çek Hamili Hakkında Keşideci Tarafından ‘Dava Konusu Çekin Teminat Çeki Olduğu İddiasıyla’ Açılan Menfi Tespit Davasının Uygulamada Yarattığı Sorunlar,*” *İstanbul Barosu Dergisi*, no. 6 (2020): 15-29; Talih Uyar, “Takibe Konu Edilmiş Senedin ‘Hayatın Olağan Akışına Aykırılık’ ve ‘Tefecilik Suçuna Konu Olması’ Nedenleriyle İptali,” *Legal Hukuk Dergisi* (Temmuz 2016): 3657-72; Talih Uyar, “‘Hayatın Olağan Akışına Aykırı Olduğu’ Gereğiyle ‘Bir Senedin İptaline’ Karar Verilebilir mi?,” *Legal Hukuk Dergisi* (Temmuz 2015):195-201; Demir, “Zahiri Kal Delili,” 129-133; Alangoya, “Senede Karşı Senetle İspat,” 521-531; Yaşar Can Göksoy, “Kambiyo Senetlerine Dayalı Menfi Tespit Davalarında İspat Yükü Açısından “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı,” içinde *Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021 Bildiri Kitabı Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (Ankara: Yetkin, 2021), 539-562.

[223] Taşpınar, “Fiili Karineler,” 536; Ahmet Başözen, *Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı*, (Ankara: Adalet, 2010), 70; Umar ve Yılmaz, *İspat Yükü*, 165-6.

[224] Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, (Ankara: Yetkin, 2018), 239.

[225] Kuru, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 240.

[226] “ ... Nitekim Yargıtay da kararlarında tecrübe (yaşam deneyi) kurallarına dayanmakta ve bu konuda genellikle “hayatın olağan akışı” kavramını kullanmaktadır (Hukuk Genel Kurulunun 21.04.1982 tarihli ve 1979/4-1528 E., 1982/412 K.; 17.12.2003 tarihli ve 2003/13-787 E., 2003/774 K.; 06.06.2007 tarihli ve 2007/2-331 E., 2007/332 K.; 08.12.2010 tarihli ve 2010/19-590 E., 2010/640

yükünü karşı tarafa geçirdiği” kabul edilmekte ve normal durumun aksini iddia eden tarafın bunu ispat yükü altında olduğu görüşü benimsenmektedir^[227]. Bu çerçevede, “hayatın olağan akışı” kavramından kaynaklanan fiili karineler, çeşitli hukuk dallarına ilişkin Yargıtay kararlarında, ispat yükünün belirlenmesine yönelik olarak uzun yıllardan beri kabul görmektedir. Uygulamada Yargıtay tarafından geliştirilen “hayatın olağan akışı” veya “güçlü delil” gibi kavramlar vasıtasıyla, senetle ispat kuralından doğan ispat güçlüklerinin aşılmasına gayret edilmektedir.^[228]

Davanın dayandığı maddi vakıalar ile bunların meydana getirdiği emareler bütün olarak değerlendirildiğinde, davacının ‘borçlu olmadığı’ yönündeki iddiaları, genel yaşam tecrübelerine göre anlaşılabilir ve kabul edilebilir olduğu halde, sadece ‘senede karşı kesin delillerle ispat yükünün yerine getirilmediği’ gerekçesiyle davanın reddedilmesi, maddi gerçeğin göz ardı edilmesine yol açar. Böyle bir yaklaşım, somut olay adaletine aykırı sonuçlar meydana getirir. Bu bakımdan, menfi tespit davalarında kambiyo senetlerine karşı ileri sürülen temel borç ilişkisine yönelik bedelsizlik iddialarının ispatında, mahkemelerin genel hayat tecrübelerine göre herkes tarafından açıkça anlaşılabilen emare delillerini dikkate almasına cevaz verilmelidir...

Kambiyo senetlerine dayalı menfi tespit davalarında ispat konusunda Yargıtay, genellikle senede karşı senetle ispat kuralına dayalı olarak katı bir yaklaşım göstermektedir. Şöyle ki, dava tarafları arasında kambiyo senedi düzenlenmesini olası kılan herhangi bir ticari ya da hukuki ilişkinin

K.; 12.09.2012 tarihli ve 2012/8-365 E, 2012/561 K.; 28.03.2014 tarihli ve 2013/21-2219 E., 2014/411 K. sayılı kararları) ... ” (Yargıtay HGK, 18.6.2019, E. 2017/19-827, K. 2019/689, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 11.06.2021)

[227] “... Gerçekten de, olağan bir duruma dayanan tarafın, bu iddiasını kanıtlama yükümlülüğü altında olmadığı, ispat yükünün, normal durumun aksini iddia eden tarafın üzerinde olduğu; başka bir anlatımla, belli olaylardan, belli olmayan bir olay için çıkarılabilen durumlara dayalı fiili karine lehine olan tarafın, ispat yükü altında bulunmadığı, karinenin aksini kanıtlama yükümünün bunu iddia edenin üzerinde olduğu, yargılama hukukunun temel ilkelerindedir...” (Yargıtay 10. HD, 20.10.2009, E. 2009/8955, K. 2009/15860). Bu karar hakkında bkz. Mustafa Göksu, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları,” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no.1 (2011): 63.

[228] Pınar Çiftçi, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*, (Ankara: Adalet, 2018), 371.

bulunmaması, kambiyo senedi borçlusunun ekonomik durumuna nazaran mümkün olamayacak kadar büyük miktarlarda borç altına girmesi, borçlunun ekonomik ve sosyal konumu ile bağdaşmayacak bir şekilde kambiyo senedi ile borçlanması ve normallik ölçütünü esas alan benzeri emarelere dayandırılan menfi tespit talepleri, Yargıtay tarafından soyutluk ilkesi ve senede karşı senetle ispat kuralı gerekçe gösterilerek genellikle isabetli bulunmamaktadır. Özellikle Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin konuyla ilgili kararlarında, senede karşı senetle ispat kuralı gerekçe gösterilmek suretiyle, “hayatın olağan akışı” kavramına dayanan menfi tespit taleplerine istikrarlı olarak cevaz verilmediği görülmektedir.

Örnek olarak, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 3.5.2016 tarihli ve E. 2015/17199, K. 2016/8177 sayılı kararında^[229];

“ ... Mahkemece toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, taraflar arasında davacıya ait olan 3 adet gayrimenkulün davalıya satışı konusunda harici satım sözleşmesi bulunduğu, davalı davaya konu bononun davacıya ödenen satış bedeli karşılığında verildiğini savunmuş ise de, 305.000 TL gibi bir satış bedelinin davacı tarafından elden alındığının hayatın olağan akışına aykırı olup, davalının satış bedelini davacıya elden ödemediğine dair herhangi bir belge sunmadığı gerekçeleriyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava, *İİK'nun 72.maddesine göre takip ve davaya konu bononun hile ile alınması sebebiyle borçlu bulunulmadığının tespiti istemine ilişkindir. İspat külfeti davacı tarafta olup, bononun hile ile alındığını kanıtlamakla yükümlüdür. Mahkemece “hayatın olağan akışı” şeklinde yasal olmayan bir gerekçe ile kambiyo senedi niteliğinde olan bononun yorum ile geçersiz kılınması doğru görülmemiştir...*”

gerekçelerine dayalı olarak, taşınmaz satış bedelinin elden ödenmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu gerekçesiyle, bononun hile ile alındığı iddiasıyla açılan menfi tespit davasını kabulüne dair yerel mahkeme kararı bozulmuştur. Yargıtay, bu kararında, kambiyo senedine karşı “hayatın olağan akışına aykırılık” temeline dayalı olarak bedelsizlik iddiasında bulunulamayacağını açıkça vurguladığı gibi, her türlü delille ispatlanması mümkün olan hile iddiasının dahi bu şekilde ispatlanamayacağını da belirtmiştir.

[229] Kazancı Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 11.06.2021

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 11.10.2017 tarihli ve E. 2016/12608, K. 2017/6829 sayılı kararında^[230] da davalının davacıya borç vermiş olduğu dönemde 50 milyar miktarındaki bir paranın borç verilmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu ve davacının davalıya borçlu olduğu miktarın yalnızca 5.000,00 TL olduğu iddiasıyla kambiyo senedine ilişkin olarak açılan bir menfi tespit davası kapsamında, kambiyo senetlerinin sebepten mücerret olduğu borçlu tarafın senedin aksini aynı ölçüde yazılı bir belge ile ispatlaması gerektiği halde böyle bir ispat vesikası sunmadığı gerekçesiyle verilen yerel mahkeme kararını onadığı görülmektedir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 27.9.2017 tarihli ve E. 2016/11418, K. 2017/6326 sayılı kararında;^[231]

“davaya konu 54.000 TL. bedelli bononun sözleşme gereği davalının davacıya teslim edilmek üzere yapacağı inşaat bedelinin bakiyesi için teminat olarak verildiği, ancak davalının inşaatla başlamaması üzerine davacının ödemeleri durdurduğu iddialarıyla açılan menfi tespit davasının, ev hanımı olan davacının arsa temin etmek üzere davalıdan avans para aldığı iddiasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu gerekçeleriyle kabulüne dair yerel mahkeme kararının, “... Dava, kambiyo senedine karşı açılmış menfi tespit davasıdır. Davacı taraf senedin taşınmaz satışı için verildiğini ileri sürmüştü ancak sunulan satış sözleşmesinde dava konusu bononun kayıtlı olmadığı görülmüştür. Davalı taraf ise “nakit verdim” diyerek davacıya borç verdiğini belirtmiştir. Bu durumda senede karşı senetle ispat külfeti gereğince sunulan deliller karşısında davanın kanıtlanamadığı dikkate alınarak reddi gerekirken yazılı şekilde hayatın olağan akışı gerekçe gösterilerek hüküm kurulması isabetsizdir...”

gerekçeleriyle bozulduğu görülmektedir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin bu kararından, senede karşı senetle ispat kuralı gereğince, kambiyo senedine dayanan alacağa karşı hayatın olağan akışı kavramına dayanan filli karinelerin ileri sürülemeyeceği sonucu çıkmaktadır.

Yine Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 4.4.2016 tarihli ve E. 2015/15240 , K. 2016/5702 sayılı kararında;^[232]

[230] Kazancı Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 11.06.2021

[231] Kazancı Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 11.06.2021

[232] Kazancı Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 11.06.2021

“ ... davacı şirket ile davalı arasında herhangi bir ticari ilişkinin bulunmadığı, takibe konu bononun düzenlenme tarihi itibariyle davacı şirket ile davalı arasında para giriş çıkışını gösterir belge olmadığı, taraflar arasında ticari alım-satım ilişkisi olmadığı ve davalının davacı şirkete para göndermediği, takibe konu bononun düzenlenme tarihi itibariyle ile dava dışı bono keşidecisi M. E. Soysal veya Soysal Ltd. Şti. arasında bono bedeli kadar herhangi bir ödemenin bulunmadığı, bu tarih itibariyle davalı ile Soysal Ltd. Şti. arasında 24.900,00 TL'nin dava dışı Soysal Ltd. Şti. hesabına davalı tarafından gönderildiği, ancak 24.900,00 TL'ye karşılık 100.000,00 TL'lik bononun verilmesinin ticari örf ve teamüllerle ve hayatın olağan akışı ile açıklanamayacağı...”

gerekçelerine dayalı olarak yerel mahkemenin vermiş olduğu menfi tespit davasının kabulüne dair kararın,

“ ... Kambiyo senetleri illetten mücerret olup senet borçlusu tarafından senedin gerçek bir borç ilişkisini göstermediği senede karşı senetle ispat kuralı çerçevesinde ispatlanmalıdır. Mahkemece bu yön göz ardı edilmek suretiyle taraflar arasındaki hesap hareketleri ve hayatın olağan akışı gibi soyut değerlendirmeler üzerinden gerekçe oluşturmak suretiyle davanın kabulü yoluna gidilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir...”

gerekçeleri ile bozulduğu görülmektedir. Bu kararda Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin, taraflar arasındaki hesap hareketlerine dayanarak davaya konu bononun bedelsizliği iddiasını “hayatın olağan akışı” kavramına istinaden kabul eden yerel mahkeme kararının, “soyut değerlendirmeler” üzerinden verildiğini belirttiği ve kambiyo senedine karşı fiili karinelerin ileri sürülmesini temelden reddettiği görülmektedir.

Diğer taraftan, Yargıtay'ın kambiyo senetlerine ilişkin menfi tespit davalarına ilişkin bazı kararlarında, “hayatın olağan akışı” kriterini kullandığı da görülmektedir. Dolayısıyla, Yargıtay'ın bu kararları değerlendirilmek suretiyle, hayatın olağan akışı kavramından kaynaklanan fiili karinelerin kambiyo senetlerine karşı açılan menfi tespit davalarında ileri sürülen bedelsizlik iddiaları bakımından ispat yükünü borçlu lehine değiştirmesinin mümkün olup olamayacağı üzerinde durmakta yarar vardır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2017/19-827 – K. 2019/689 sayılı ve 18.6.2019 tarihli kararında,^[233]

[233] Kazancı Veri Tabanı; Erişim Tarihi: 11.06.2021

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmı mı?

“...Ancak davalının, bankadan kredi çekmek suretiyle kendisinden toplam 67.000,00TL bedel ile daire satın alan davacıya 900.000,00TL gibi davacının mali durumu ile izah edilemeyecek yüksek meblağı herhangi bir teminat olmaksızın elden verdiği iddiasının hayatın olağan akışına (genel hayat tecrübelerine) aykırı olduğu, hayatın olağan akışına dayanan kişinin, artık iddiasını ispatla yükümlü olmadığı, senedin tanzim edildiği 2009 tarihi itibarıyla 900.000,00TL miktarında bir paranın genellikle banka aracılığıyla el değiştirdiği, 5083 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun ve bu kapsamda çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca 01.01.2009 tarihinden itibaren YTL kullanımından vazgeçilerek yeniden TL ibaresine geçildiği, bu nedenle senetteki bedelin tanzimi sırasında kavram karışıklığı nedeniyle senetteki yazı ile gösterilen bedelin, rakamla gösterilen bedelden bin kat fazla olduğu dikkate alındığında mahkemece eldeki menfi tespit davasının kabulüne yönelik önceki kararda direnilmesi yerindedir...”

gereklere yer verilmek suretiyle, davalıdan 67.000 TL. bedelle daire satın alan davacının davalı lehine 900.000 TL. tutarında bono düzenlemesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu değerlendirilmiştir ve buna bağlı olarak, kambiyo senedine dayalı menfi tespit davasında, “hayatın olağan akışı” kavramından kaynaklanan fiili karinelere göre ispat yükünün davacıdan davalıya geçtiği kabul edilmiştir. Aynı kararda, senette yazı ile gösterilen bedelin rakamla gösterilen tutarın bin katı olması da hayatın olağan akışına aykırı kabul edilmek suretiyle, TTK m. 676/1 hükmünün aksine rakamla gösterilen bedelin esas alınması gerektiği de vurgulanmıştır. Söz konusu kararda, kambiyo senetlerine ilişkin menfi tespit davalarında, hayatın olağan akışı kavramından doğan fiili karinelere hareketle, ispat yükünün borçlu lehine yer değiştirmesinin mümkün olduğu açıkça benimsenmiştir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2019/5179 E. – 2019/15608 K. sayılı ve 9.9.2019 tarihli kararında^[234] ise, davalıya ait işyerinde satış müdürü olarak iş sözleşmesi ile çalışan davacı tarafından davalıya verilen bononun teminat senedi olduğu iddiasıyla açılan menfi tespit davasına ilgili olarak;

“...Her ne kadar davacı ...’ın şikayetçi olduğu açığa imzanın kötüye kullanılmasına ilişkin suçtan ötürü ceza mahkemesince davalı yönünden beraat kararı verilmiş ise de; tüm dosya kapsamından davacının işyerinde çalıştığı süre, yaptığı iş, dinlenen tanık beyanları, senedin düzenleme, ödeme tarihi ile takibe

[234] Kazancı Veri Tabanı; Erişim Tarihi: 11.06.2021

konulmasına ilişkin aradan geçen üç yıla yakın süre, işyerinde yapılan uygulamalar ve hayatın olağan akışına göre takibe konu senedin, davacılarından işe girerken teminat olarak alınan senet olduğu anlaşılmaktadır. Belirtilen sebepten ötürü mahkemece davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”

gerekçelerine yer verilmek suretiyle, davacının işyerinde çalıştığı süre, yaptığı iş ve senedin düzenleme tarihi ile takibe konulması arasında üç yıla yakın bir sürenin geçmiş olması gibi durumlar dikkate alınarak, hayatın olağan akışına aykırılık kavramından hareketle davacının iddialarının ispatlanmış sayıldığı görülmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.03.2002 tarihli ve E. 913-77, K. 206 sayılı kararında;^[235]

“...Davacının, belgede belirtilen miktarda parayı borç verecek mali gücünün olmadığı, davalıların mirasbırakanın da bu miktarda borç almasını gerektirecek herhangi bir durumun mevcut olmadığı’ davalı tarafından savunulmuş olduğuna göre bu durumun araştırılarak “işçi emeklisi olduğu dosya kapsamında anlaşılan davacının herhangi bir işinin, gelirin ve malvarlığının bulunduğu’ kanıtlanmamış ve ‘davalıların mirasbırakanı ise yılından itibaren oto tamirhanesi işlettiği, gayrimenkullerinin ve özel otomobilinin bulunduğu, kira geliri elde ettiği’ anlaşılmış olduğundan, bu durumda davacının, davalıların mirasbırakanına 1.8.1997 tarihinde 10 milyar TL. borç para vermesinin hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceği...”

herhangi bir işi, geliri ve malvarlığı olmayan işçi emeklisi davacının davalıya 10 milyar TL borç para vermesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı gerekçesiyle, davacının yazılı belgeye dayanan alacağa karşı ileri sürdüğü menfi tespit talebi isabetli bulunmuştur.^[236]

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 4.10.2001 tarihli ve E. 2001/2057, K. 2001/6148 sayılı kararında;^[237] “Kiracının, ev sahibine daha önce vermiş olduğu borç paranın kendisine ödenmemesine rağmen, tekrar ev sahibine borç vermesinin ve aldığı senedi iki yıl sonra takibe koymasının, hayatın olağan akışına aykırı olduğu” görüşü benimsenmiştir.

[235] Kazancı Veri Tabanı; Erişim Tarihi: 11.06.2021

[236] Alangoya, “Senede Karşı Senetle İspat,” 521-31.

[237] Kazancı Veri Tabanı; Erişim Tarihi: 11.06.2021

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 16.9.1996 tarihli ve E. 1996/6123, K. 1996/7805 sayılı kararında;^[238] “Davalı-alacaklının, 1986 ve öncesi yıllarda, devlet memuru olarak 200.000.000 TL'yi temin edip, davacı şirkete herhangi bir belge almadan vermesinin ve yedi yıl gibi uzun bir süre bunun geri verilmesini istememesinin hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceği” değerlendirilmesine yer verilmiştir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 13.6.1996 tarihli ve E. 1996/3770, K. 1996/6011 sayılı kararında;^[239] “davacı şirketin malvarlığının bu tür borçlanmaya, davalının da mâli içtimai durumunun bu miktar borç para vermeye müsait olmadığı” gerekçesiyle menfi tespit davasının kabulüne dair verilen yerel mahkeme kararı, “ ... davaya konu senetlerin A. E. ve Ö. M. isimindeki keşidecilerce, davacı şirket ortaklığından ayrıldıktan sonra tanzim edilmiş olduğunun, davacı şirket kayıtlarında böyle bir borç ilişkisinin yer almadığının saptanmış olması” gerekçeleri ile onanmıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 27.11.1992 tarihli ve E. 1992/6477, K. 1992/10946 sayılı kararında;^[240] “Davacı (borçlu) tarafça, davalı (alacaklı) tarafa boş olarak verilmiş bononun, lehtar (alacaklı) tarafından aradan onaltı yıl geçtikten sonra doldurulup takibe konulmuş olmasının hayatın olağan akışına aykırı olacağı, bu durumda alacak tutarını ispat külfetinin davalı alacaklıya düşeceği” belirtilmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 3.11.1990 tarihli ve E. 7621, K. 7506 sayılı kararında^[241]; “Yabancı şirket kaşesi altında yer alan borçlunun imzasının üst kısmının daktilo ile büyük harflerle, aralarında boşluklar olacak şekilde, bono biçiminde doldurulmuş olmasının, hayatın olağan akışına ters düşeceği” ifade edilmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 24.12.1982 tarihli ve E. 5239, K. 5604 sayılı kararında;^[242] “...Bir iki sene önce Almanya'da bir kez görüp tanıdığı bir kişiye bir kimsenin güvenerek, dostluk ve yardım duygusuyla borç

[238] Kazancı Veri Tabanı; Erişim Tarihi: 11.06.2021

[239] Kazancı Veri Tabanı; Erişim Tarihi: 11.06.2021

[240] Kazancı Veri Tabanı; Erişim Tarihi: 11.06.2021

[241] www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021

[242] www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021

para vermesinin yaşamın olağan akışına uygun düşmeyeceği ...” sonucuna varılmıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2.6.1981 tarihli ve E. 2722, K. 2776 sayılı kararında;^[243] “Önceki senetli borçlarını ödemiş olan borçluya, bu senetler ödenmeden veya ayrıca teminat alınmadan ikinci kez yeniden borç verilmesinin hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına aykırı olacağı” görüşü ortaya konulmuştur.

Kanımızca, kambiyo senedine dayalı menfi tespit davalarında, temel borç ilişkisine yönelik bedelsizlik iddialarının ispatında hayatın olağan akışından kaynaklanan fiili karinelerin dikkate alınması, somut olay adaletinin gerçekleştirilmesine hizmet eden yararlı bir yaklaşım olacaktır. Uygulamada kambiyo senetlerinin soyutluğu ilkesi kötüye kullanılmak suretiyle, gerçek ve geçerli hiçbir dayanağı olmayan borçların yaratılması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Böyle hallerde, borçlunun elinde kambiyo senedine karşı ispat aracı olarak kullanabileceği temel borç ilişkisine dair düzenlenmiş bir senedin genellikle bulunmadığı göz önünde tutulduğunda, ancak “hayatın olağan akışı” kavramına dayalı olarak böyle kötüye kullanmaların engellenmesi mümkün olabilecektir. Böylelikle, maddi gerçeğin şekil kurallarına feda edilmesinin de önüne geçilmesi sağlanacaktır...^[244]

“ ‘Hayatın olağan akışı’ kriteri, hukukçuların olaylara yorum getirmede kullandıkları ölçütlerden ve prensiplerden birisidir. Buna göre, insanların genelinin sosyal yapı içerisinde yapageldikleri davranışlar, ‘hayatın olağan akışı’ kriterini oluşturmakta ve bu kriter de hukukî problemlerin yorumlanmasında kullanılmaktadır.

‘Hayatın olağan akışı’ kriteri, Yargıtay ve diğer üst derece mahkemelerinde, pek çok alandaki hukukî problemlerin çözülmesinde, bir yorum kuralı olarak kullanılmaktadır. Yargıtay, ‘hayatın olağan akışı’ kriterini, ‘olayların, sebep sonuç ilişkisine uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin irdelenmesi, sosyal yapı içerisinde olağan karşılanacak türden olup olmadığının belirlenmesi’ şeklinde anlamaktadır.

Yargıtay, tarafların yapmış oldukları bir sözleşmenin gerçeği yansıtıp yansıtmadığını belirlerken, bu durumun olayların (hayatın) olağan akışına

[243] www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021

[244] Göksoy, “Kambiyo Senetleri,” 14.

uygun olup olmadığını da göz önünde bulundurmaktadır. Ortada ‘normal şartlar altında insanların yapmayacağı’ bir sözleşme varsa, muvazaalı olması kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları, kuvvetli şüpheyi ortadan kaldıracak açıklamaları yapmak durumundadırlar.

Üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarının gerçeği yansıtıp yansıtmadığının belirlenmesinde de bu kriter kullanılmaktadır. Sözgelimi ‘malvarlığı borca batık bir kimseden bir gayrimenkul satın alan üçüncü kişinin, bu durumu bilmediğini, dolayısıyla iyiniyetli olduğunu tespit edebilmek için’, olayların (hayatın) olağan akışına uygun bir satımdan bahsetmek gerekmektedir. Herkesçe tanınan ve batmakta olduğu gazetelerde ve televizyonlarda haber olan bir iş adamından gayrimenkul satın alan kimsenin, ‘bu durumu bilmediğini, dolayısıyla iyiniyetli olduğunu’ iddia etmesi, hayatın olağan akışına uygun düşmez. Bu kimse, normal şartlar altında herkesin bildiği bu durumu bilmemesinin haklı gerekçelerini (o dönemde yurt dışında olması gibi) gösterilmelidir. Aksi halde kötüniyetli olduğu kabul edilecek ve satım sözleşmesi iptal edilecektir...

Yukarıdaki örneklerde de görüldüğü gibi, ‘hayatın olağan akışı’ kriterinin uygulama alanı oldukça geniştir. Aynı zamanda ‘aksi ispatlanana kadar doğru kabul edilen bir karine’ olduğundan, hukukçular için adaletli karar vermede kullanılan, oldukça pratik bir kriter olmaktadır.”^[245]

– “Hemen bütün ilim adamlarının birleştiği ve Yargıtay uygulamasında kararlılık ifade eden ölçüte göre, ispat yükü, hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunana düşer.

‘Hayatın olağan akışı’ *ölçütü*, HUMK’un 290. (yeni HMK’nin 201.) hükmünün istisnalarından birisidir...”^[246]

– ‘Hayatın olağan akışına aykırılık’ (= *yaşam deneyi = hayat tecrübesi*) *kuralı* hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınır...”^[247]

[245] Demir, “Zahiri Kal Delili,” 129 vd.

[246] Demir, “Zahiri Kal Delili,” 523 vd.

[247] Umar ve Yılmaz, İsbat Yükü, 28; Taşpınar, “Fiili Karineler,” 545.

B) Yüksek mahkeme bu konuya ilişkin içtihatlarında

– “...Dava, ‘davalıya olan 900 TL’lik borç için verilen ve ödenen bononun, açık olan yazı ile yazılan kısmına ‘dokuz yüz bin lira’ yazılarak davalı tarafından takibe konulduğu, davalıya 900.000 TL borcunun bulunmadığı’ iddiasıyla borçlu olunmadığının tespiti istemine ilişkindir.

(...)

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre; taraflar arasındaki tek ilişkinin polis memuru olan davacının müteahhitlik yapan davalıdan daire satın alınmasına ilişkin olduğu, bunun dışında aralarında başkaca ilişki bulunduğunun davalı tarafın defterlerinde de kayıtlı olmadığı, TTK’nun 588. maddesi gereğince her ne kadar ‘senette rakam ve yazı ile yazılan bedeller arasında fark bulunması halinde yazıya itibar edilebileceği’ hükme bağlanmış ise de, Yargıtay içtihatlarında belirttiği üzere; bu kuralın senetteki yazı hanesinin borçlu tarafından doldurulmuş olması haline munhasır olduğu, yazı hanesinin borçlu tarafından doldurulmadığı ve rakam hanesinde de tahrifat yapıldığı hallerde bu kuralın uygulanamayacağı, dava konusu senetteki rakam ve yazı ile yazılan bedelleri ile alacaklı ve borçlu isimlerinin tek bir seferde dava dışı E. K. adlı şahıs tarafından yazıldığı ve senette bir tahrifat olmadığı hususlarında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmadığı, senedin gerçek bedeli olan 900 TL’nin davacı tarafından ödendiği, borçlu tarafından doldurulmayan ve *yazı ile yazılmış kısmındaki bedelin borç verilmemesinin tarafların ekonomik durumlarına, hayatın olağan akışına aykırı olması*, senetteki rakamla yazılan bedelin dosyadaki diğer delillerle desteklenmesi, senet üzerindeki rakamla yazılı bedelin kenarlarının sıkıca kapatılmış olması nedeniyle TTK 588. maddesindeki kuralın dava konusu olayda uygulanmasının hakkaniyet duygusunu zedeleyeceği ayrıca Medeni Kanunu’nun 2. maddesi de gözönüne alınarak *davacının takipte talep edilen miktarda borcu olmadığı hususunda kanaat oluştuğu*, davalının senedi takibe koymada kötüniyetli olduğunun ispat edilemediği gerekçeleriyle, davanın kabulü ile takip konusu senet nedeniyle davacının borçlu olmadığını tespitine, davacının kötüniyet tazminatı talebinin reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Dava konusu bononun keşidecisi davacı M. A., lehdarı davalı M. O. Zolup, 28.11.2009 tanzim tarihli olduğu, vade tarihinin yazılı olmadığı, verilmiş nedeninin ‘nakden’ olduğu, rakamla bedel hanesinde ‘900 TL’, yazıyla bedel hanesinde ise

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

‘dokuz yüz bin lira’ yazılı olduğu, dosya içerisinde bulunan bono fotokopisinden anlaşılmaktadır.

Bonoda vade tarihi ihtiyari unsurdur; vadenin yazılmamış olması 6762 sayılı TTK. 689/2. maddesi hükmü gereğince ‘görüldüğünde ödeneceği’ anlamına gelir. Söz konusu bononun rakamla bedel hanesinde ‘900 TL’ yazılı iken, yazı ile bedel hanesinde ‘dokuz yüz bin lira’ yazması sonucu, *rakamla yazılı bedel hanesi ile yazı ile yazılı bedel hanesi* arasında farklılık oluşmuştur. Bu durumda yazı ile yazılan bölümün bononun bedeli olarak kabulü anılan yasanın 588. maddesi hükmü gereğidir.

Hal böyle olunca mahkemece yukarıda açıklanan hususlar ve yasa maddesi gözetilerek bir karar verilmesi gerekir iken, davacı iddialarına dayanılarak yasa hükümleri gözardı edilmek suretiyle ‘hayatın olağan akışı’ gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır...”

Hukuk Genel Kurulu Kararı^[248]

Davacı vekili; müvekkilinin polis memuru olduğunu, geçimini maaşı ile sağladığını, davalıdan Ankara ili Pursaklar ilçesi, 308 ada, 12 parselde bulunan binadaki 20 nolu bağımsız bölümü 67.000,00 TL bedelle, 8.000,00 TL’si peşin, kalan 59.000,00 TL’si de kredi yoluyla ödenmek üzere satın aldığını, davalı tarafın evi ‘2009 yılı Haziran ayında teslim edeceğini’ taahhüt ettiğini, ancak taahhüt ettiği tarihte teslim edemediğini, davacı ile davalı arasında ev satın alınması dışında hiç bir ticari ilişki bulunmadığını, davacının 17.09.2009 tarihinde evin tam olarak bitmemiş olmasına rağmen taşınmak zorunda kaldığını, kendisinin dışında 21 nolu daireye de komşusu M. O.’nun aynı şekilde taşındığını, taşındıkları tarihte evin iskanının henüz iskan raporunun alınmamış olduğunu, bu nedenle elektrik ve suyunun bağlanmadığını, davacı ve komşusu M. O.’nun şantiye elektrik ve suyunu kullanmak zorunda kaldıklarını, ancak 19.01.2010 tarihinde elektrik

[248] Bkz. Yargıtay HGK. 18.06.2019 T. 19-827/689 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021) “Hayatın olağan akışı” kriterinin tartışıldığı diğer Hukuk Genel Kurulu kararları için bkz. Yargıtay HGK. 06.04.2016 T. E: 19-505, K: 480; Yargıtay HGK. 25.03.2015 T. E: 19-2238, K: 1062; Yargıtay, HGK. 28.03.2014 T. E: 21-2219, K: 411; Yargıtay HGK. 12.09.2012 T. E: 8-365, K: 561; Yargıtay HGK. 08.12.2010 T. E: 19-590, K: 640 Yargıtay HGK. 06.06.2007 T. E: 2-331, K: 332; Yargıtay HGK. 17.12.2003 T. E: 13-787, K: 774; Yargıtay HGK. 21.04.1982 T. E: 4-1528, K: 412 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

borcu nedeniyle şantiye elektriğinin BEDAŞ tarafından kesildiğini, kış ortasında davacı ile komşusunun elektriksiz kalması üzerine davacı ile komşusu M. O. ve diğer komşuları E. K., A. Ş.’nin hep birlikte ödenmeyen elektrik borçlarının hesabını yaptıklarını ve problemin çözülmesi için elektrige abone olunması amacıyla davalının talebi üzerine 900,00TL ödemeyi kabul etmek zorunda kaldıklarını, davalının bu bedeli hemen talep ettiğini, ancak davacı ile M.O.’nun parayı peşin ödeyemeyeceklerini söylediklerini, bunun üzerine davalının da kendisine senet verilmesini istediğini, M.O.’nun ‘900,00 TL bedeli 3 taksitte ödeyeceğini söylemesi üzerine onun için 3 ayrı senet düzenlendiğini, davacının da 900,00 TL’nin tümünü 3 ay sonra ödeyeceğini’ beyan etmesi üzerine, 900,00 TL bedelli senedin komşuları E. K. tarafından düzenlenerek davacı tarafından imzalandıktan sonra davalıya verildiğini, dava dışı M. O.’nun 3 adet senedi emlakçı aracılığıyla ödediğine dair tutanak düzenlendiğini, davacının ise davalı ve kardeşleri ile aralarında mevcut Savcılık şikâyetleri nedeniyle davalıya borçlu kalmamak amacıyla bu bedeli Nisan ayında ödemek istediğini, ancak davalının parayı almaktan imtina ettiğini, PTT aracılığıyla parayı havale ettiğini, ancak davalının yine almadığını, bunun üzerine Ankara 4. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2010/375 D. İş sayılı dosyası üzerinden tevdi mahalli tayini ile parayı yatırmış olduğunu, ancak düzenlenen senette bonoyu düzenleyen E. K.’nin TL ve YTL’yi karıştırarak rakam kısmına 900,00 TL yazmasına rağmen yazı ile yazılan kısma ‘dokuz yüz bin lira’ yazdığını, davalının da senedi haksız ve kötü niyetli olarak 900.000,00 TL üzerinden icra takibine konu ettiğini, davacının davalıya 900.000,00 TL borcu bulunmadığını, *taraflar arasında ev alım satımı dışında hiçbir ticari ilişki olmadığını, davalının davacıya nakden para vermesinin de söz konusu olmadığını, bunun hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, hiç kimsenin kendisinden ev satın alan şahsa 900.000,00 TL gibi bir parayı nakit olarak vermesinin mümkün olmadığını,* her iki tarafın banka kayıtları ile davalının defter kayıtları da incelendiğinde böyle bir paranın alınıp verilmesinin söz konusu olmadığını anlaşılabileceğini ileri sürerek ‘davacının Ankara 31. İcra Dairesinin 2010/9906 sayılı dosyasından borçlu olmadığını tespitine, davalının kötü niyetli olması nedeniyle tazminata mahkûm edilmesine karar verilmesini’ talep etmiştir.

Davalı vekili; ‘davacının iddialarının gerçeği yansıtmadığını, TTK’nın *hükümleri ve Yargıtay içtihatlarında belirtildiği şekilde senet bedeli hem yazı hem de rakamla yazıldığı*nda ikisi arasında fark bulunması hâlinde, yazı ile yazılan bedele itibar edileceği kuralının geçerli olduğunu, bu nedenle davacının borcunun

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

900.000,00 TL olduğunu, bedel kısmının sonradan doldurulduğuna ilişkin bir iddia var ise bunun da yazılı delille ispatlanmasının gerektiğini’ belirterek ‘davanın reddine karar verilmesini’ savunmuştur.

Yerel mahkemece; toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre; *tarafklar arasındaki tek ilişkinin polis memuru olan davacının müteahhitlik yapan davalıdan daire satın alınmasına ilişkin olduğu*, bunun dışında aralarında başkaca ilişki bulunduğu davalı tarafın defterlerinde de kayıtlı olmadığı, TTK’nın 588. maddesi gereğince her ne kadar senette rakam ve yazı ile yazılan bedeller arasında fark bulunması hâlinde yazıya itibar edilebileceği hükme bağlanmış ise de, *Yargıtay içtihatlarında belirtildiği üzere bu kuralın senetteki yazı hanesinin borçlu tarafından doldurulmuş olması hâline münhasır olduğu, yazı hanesinin borçlu tarafından doldurulmadığı ve rakam hanesinde de tahrifat yapıldığı hâllerde bu kuralın uygulanamayacağı*, dava konusu senetteki rakam ve yazı ile yazılan bedeller ile alacaklı ve borçlu isimlerinin tek bir seferde dava dışı E. K. adlı şahıs tarafından yazıldığı ve senette bir tahrifat olmadığı hususlarında tarafklar arasında uyumsuzluk bulunmadığı, senedin gerçek bedeli olan 900,00 TL’nin davacı tarafından ödendiği, borçlu tarafından doldurulmayan ve *yazı ile yazılmış kısmındaki bedelin borç verilmesinin tarafkların ekonomik durumlarına, hayatın olağan akışına aykırı olması*, senetteki rakamla yazılan bedelin dosyadaki diğer delillerle desteklenmesi, senet üzerindeki rakamla yazılı bedelin kenarlarının sıkıca kapatılmış olması nedeniyle, *TTK’nın 588. maddesindeki kuralın dava konusu olayda uygulanmasının hakkaniyet duygusunu zedeleyeceği*, ayrıca Türk Medeni Kanununun 2. maddesi de gözönüne alınarak, *davacının takipte talep edilen miktarda borcu olmadığı hususunda kanaat oluştuğu*, ‘davalının senedi takibe koymakta kötü niyetli olduğunun ispat edilemediği gerekçeleriyle davanın kabulü ile takip konusu senet nedeniyle davacının borçlu olmadığına tespitine, davacının kötü niyet tazminatı talebinin reddine’ karar verilmiştir.

Davacı vekili ve davalı vekilinin ayrı ayrı temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçelerle ‘oy çokluğu ile’ bozulmuştur.

(...)

Tarafklar arasındaki uyumsuzluğun çözümü için gerekli ve uygulanması gereken hukuki kurum ve kuralların ne olduğunun tespitinde yarar vardır.

(...)

Yargıtay da kararlarında tecrübe (yaşam deneyi) kurallarına dayanmakta ve bu konuda genellikle “hayatın olağan akışı” kavramını kullanmaktadır (Hukuk Genel Kurulunun 21.04.1982 tarihli ve 1979/4-1528 E., 1982/412 K.; 17.12.2003 tarihli ve 2003/13-787 E., 2003/774 K.; 06.06.2007 tarihli ve 2007/2-331 E., 2007/332 K.; 08.12.2010 tarihli ve 2010/19-590 E., 2010/640 K.; 12.09.2012 tarihli ve 2012/8-365 E, 2012/561 K.; 28.03.2014 tarihli ve 2013/21-2219 E., 2014/411 K. sayılı kararları).

Delillerin gösterilmesi ve bunun hâkim tarafından ispat vasıtası olarak kabulünden sonraki aşamada delillerin değerlendirilmesi gündeme gelmektedir. Kural olarak (kanunda gösterilen istisnalar dışında), hâkim delilleri serbestçe değerlendirecektir.

(...)

Yukarıda yapılan açıklamalar, dosya kapsamı itibariyle taraflar arasındaki maddi ve hukuki olguların gerçekleşme biçimi, kambiyo hukuku ilkeleri ve hayatın olağan akışı kavramı bir bütün olarak değerlendirildiğinde; davaya konu kambiyo senedinin alacaklı ve borçlu dışında E. K. adlı bir şahıs tarafından düzenlendiği, senedin rakam ve yazı ile yazılan bedelleri ile alacaklı ve borçlu isimlerinin tek bir seferde bu şahıs tarafından yazıldığı, senette herhangi bir tahrifat bulunmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir. Ancak *davalının, bankadan kredi çekmek suretiyle kendisinden toplam 67.000,00 TL bedel ile daire satın alan davacıya 900.000,00 TL gibi davacının mali durumu ile izah edilemeyecek yüksek meblağı herhangi bir teminat olmaksızın elden verdiği iddiasının hayatın olağan akışına (genel hayat tecrübelerine) aykırı olduğu, hayatın olağan akışına dayanan kişinin, artık iddiasını ispatla yükümlü olmadığı, senedin tanzim edildiği 2009 tarihi itibariyle 900.000,00 TL miktarında bir paranın genellikle banka aracılığıyla el değiştirdiği, 5083 sayılı Türkiye C.i Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun ve bu kapsamda çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca 01.01.2009 tarihinden itibaren YTL kullanımından vazgeçilerek yeniden TL ibaresine geçildiği, bu nedenle senetteki bedelin tanzimi sırasında kavram karışıklığı nedeniyle *senetteki yazı ile gösterilen bedelin, rakamla gösterilen bedelden bin kat fazla olduğu dikkate alındığında mahkemece eldeki menfi tespit davasının kabulüne yönelik önceki kararda direnilmesi yerindedir.**

Açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararı usul ve yasaya uygun olup direnme kararının onanması gerekir.

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile *direnme kararının ONANMASINA*, aşağıda dökümü yazılı (46.104,00 TL) harcın temyiz edenden alınmasına, aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 18.06.2019 tarihinde oy birliği ile karar verildi.”

Yargıtay Hukuk Daireleri Kararları

“...Davacı vekili, davalıların davacı aleyhine bonoya dayalı icra takibi başlatmalarını, takip dayanağı bononun davacı tarafından tanzim edilerek davalılara verilen bir bono olmadığını, bono altındaki imzanın davacıya ait olmadığını, ait olsa bile bononun davalılar tarafından davacıya emeklilik işlemleriyle ilgili evrakların imzalatılması sırasında davacıya fark ettirilmeden imzalatırılmış olabileceğini, taraflar arasında davacının davalılara bono vermesini gerektirecek başkaca bir hukuki işlem bulunmadığını ileri sürerek davacının davalılara takibe konu bonodan dolayı borçlu olmadığını tespitini ve kötüniyet tazminatının davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, ‘kambiyo senetlerinin illetten mücerret mahiyette kıymetli evrak olduğunu, dava konusu takipteki imzanın davacıya ait olduğunu, davacının borcunu ödemediğini’ savunarak ‘davanın reddini’ istemiştir.

Mahkemece yapılan yargılama ve toplanan delillere göre, ‘davalıların sosyal ve ekonomik düzey olarak 1.200.000,00 TL gibi çok yüksek bir nakdi davacıya elden ödemiş olmalarının hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine uygun düşmediği, dava konusu bononun karşılığı bulunduğu kabulünün yaşamın gerekçelerine, akıl ve adalet ilkelerine aykırı düştüğü, bu hususun davacı lehine fiili karine olup davacının senet bedeli 1.200.000,00 TL’yi davalılardan almadığını ispat etmiş sayıldığı, hayatın olağana akışına aykırı olan bir durumun aksini ispat yükünün davalı tarafa düştüğü, davalıların dava ve takip konusu senet bedeli 1.200.000,00 TL’yi davacıya ödediğini belge veya benzeri delillerle ispatlayamadığı, davalıların, davacı hakkında hukuka aykırı ve kötü niyetli şekilde icra takibi yaptığı’ gerekçesiyle ‘davanın kabulüne’ karar verilmiştir.”^[249]

[249] Yargıtay 19. HD. 22.10.2019 T. 3244/4871 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

- “Kiracının, ev sahibine daha önce vermiş olduğu borç paranın kendisine ödenmemesine rağmen, tekrar ev sahibine borç para vermesinin ve aldığı senedi iki yıl sonra takibe koymasının *hayatın olağan akışına aykırı olduğunu*”^[250]
- “Davalı-alacaklının, 1986 ve öncesi yıllarda, devlet memuru olarak 200.000.000 TL.yi temin edip, davacı şirkete herhangi bir belge almadan vermesinin ve yedi yıl gibi uzun bir süre bunun geri verilmesini istememesinin *hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğini*”^[251]
- “Alacaklının, nakit verdiği para karşılığında borçludan ‘teminat senedi’ adı altında senet almasının *hayatın olağan akışına aykırı olacağını*”^[252]
- “Senet arkasındaki ‘bu senet teminat senedi olup üçüncü kişilere ciro edilemez’ şerhinin, senedi ciro yoluyla devralan hamil (ciranta) tarafından değil, lehtar tarafından pulla kapatılmış olduğunu kabul etmenin, *hayatın olağan akışına uygun düşeceğini*”^[253]
- “Davacı (borçlu) tarafça, davalı (alacaklı) tarafa boş olarak verilmiş bononun, lehtar (alacaklı) tarafından aradan 16 yıl geçtikten sonra doldurulup takibe konulmuş olmasının *hayatın olağan akışına aykırı olacağını*, bu durumda alacak tutarını ispat külfetinin davalı-alacaklıya düşeceğini”^[254]
- “Borçlunun, kendi adına işlem yapmasına zımnen izin verdiği oğluna yapılan ödemenin, *ticari hayatın akışına göre*, ‘borçluya yapılmış bir ödeme’ olarak kabulü gerekeceğini”^[255]

[250] Yargıtay 19. HD. 04.10.2001 T. 2057/6148 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[251] Yargıtay 19. HD. 16.09.1996 T. 6123/7805 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[252] Yargıtay 15. HD. 27.02.1995 T. 870/1073 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[253] Yargıtay 19. HD. 29.12.1992 T. 11913/6978 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[254] Yargıtay 11. HD. 27.11.1992 T. 6477/10946 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[255] Yargıtay 11. HD. 17.06.1991 T. 73/3233 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

- “Yabancı şirket kaşesi altında yer alan borçlunun imzasının üst kısmının daktilo ile büyük harflerle, aralarında boşluklar olacak şekilde, bono biçiminde doldurulmuş olmasının *hayatın olağan akışına ters düşeceğini*”^[256]
- “Bir kimsenin alacaklı olduğu senetleri, vadesi dolduğu halde zamanaşımına uğratacak şekilde uzun bir zaman arayıp sormamasının *hayatın olağan akışına aykırı düşeceğini*”^[257]
- “Bir iki sene önce Almanya’da bir kez görüp tanıdığı bir kişiye bir kimsenin güvenerek, dostluk ve yardım duygusuyla borç para vermesinin *yaşamın olağan yapısına uygun düşmeyeceğini*”^[258]
- “Önceki senetli borçlarını ödemiş olan borçluya bu senetler ödenmeden veya ayrıca teminat altına alınmadan ikinci kez yeniden borç verilmesinin *hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına aykırı olacağını*”^[259]
- “Ev kadını olan davacı borçlunun, ev kadını olan davalı- alacaklıya karşılıksız senet vermesinin *hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğini*”^[260]
- “*Hayatın olağan akışına göre*, müteahhitlerin aldıkları bonoların dışında ayrıca kendi yararlarına ipotek kurdukları da bir gerçek olduğundan, satışı yapılan dairenin, satış tarihindeki değeri (vâde durumu da düşünülerek) uzman bilirkişilerce saptandıktan sonra kurulan ipoteğin ‘senetlerin teminatı’ olarak mı

[256] Yargıtay 11. HD. 03.11.1990 T. 7621/7506 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[257] Yargıtay 11. HD. 21.12.1987 T. 6478/7427 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[258] Yargıtay 11. HD. 24.12.1981 T. 5238/5604 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[259] Yargıtay 11. HD. 02.06.1981 T. 2722/2776 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[260] Yargıtay 11. HD. 10.04.1981 T. 1445/1635 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

yoksa ‘geri kalan borç için’ mi kurulduğu kesinlikle saptandıktan sonra karar verilmesi gerekeceğini”^[261]

– “Çekin ‘ödeme aracı’ olduğunu, *ticari teamüllere göre* teslim edilmeyen malın bedelinin çekle ödenmesinin düşünülmemeyeceğini”^[262]

– “Şirket kayıtları üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda, şirket kayıtlarına geçirilen senet karşılığında yaptırılan iş nedeniyle alınan faturaların defterlere işlenmiş olduğunun anlaşılması halinde, *hayatın olağan akışına göre* şirket yetkililerince imza edilmemiş dahi olsa, şirketçe benimsenen senedin, şirketi bağlayacağını”^[263]

– “Çeklerin/senetlerin ortasından yırtılmış olmasının, *hayatın olağan akışına göre* ödendiğine karine teşkil edeceğini”^[264]

– “Davacı şirketin malvarlığının senette yazılı miktar kadar borçlanmaya, *davalının da mali ve sosyal durumunun bu miktar borç para vermeye müsait olmadığına anlaşılması halinde*, dava konusu senetlerden dolayı davacının borçlu bulunmadığının tespitine karar verilmesi gerekeceğini”^[265]

– “Ehliyetli bir kişi için hile ya da hata sayılmayan bir oluşumun, yaşlı olan kişiler için kandırıcı sayılabileceğini, bir neden yokken zengin bir kişinin fakir

[261] Yargıtay 11. HD. 05.06.1980 T. 2409/2941 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[262] Yargıtay 11. HD. 01.04.1991 T. 808/2307 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[263] Yargıtay 11. HD. 24.03.1987 T. 8195/1688 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[264] Yargıtay 12. HD. 16.06.2015 T. 15137/16694; 03.12.1999 T. 14229/15633; 28.11.1995 T. 16913/16841; 22.11.1994 T. 14612/14728 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[265] Yargıtay 19. HD. 13.06.1996 T. 3770/6011 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

bir kişiden yüksek miktarda bir parayı ödünç almasının *her zaman rastlanır olaylardan olmadığını*^[266]

belirtmiştir...

B) YEREL MAHKEME KARARLARI

1- Yerel Mahkeme Kararı– I

ŞA. ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin E:2018/..., K:2021/... sayılı dosyasında; Davacı (A) 05.04.2018 tarihli "*dava dilekçesi*"nde özetle;

– Davalı-borçlu (B)'in müvekkiline vermiş olduğu 20.11.2017 düzenleme ve 11.12.2017 vade tarihli 415.000 Dolar bedelli bono ile 22.11.2017 düzenleme ve 11.12.2017 vade tarihli 790.000 Euro bedelli bonoyu, 14. İcra Müdürlüğü'nde (Dosya No: 2018/...) *takip yaptıklarını,*

– Borçlunun, ödeme emrini aldıktan sonra, ... 4. İcra Hukuk Mahkemesi'nde (Dosya No:2018/... Esas) '*imza inkarı*'nda bulunduğunu,

– Yaptıkları araştırmada davalı-borçlunun altı parça taşınmazını 06.04.2018 tarihinde satmış olduğunu öğrendiklerini, satılan taşınmazların;

– ... ili, ... ilçesinde bulunan, 5516 ada, 11 parselde kayıtlı (1) mesken,

– Aynı yerde kayıtlı (1) *dükkân,*

– ... ili, ... ilçesinde bulunan (1) *dubleks mesken,*

olduğunu, bu taşınmazı satın almış olan kişinin de; borçlunun kız kardeşinin kocası (C) olduğunu,

– Yapılmış olan satışın '*muvaazalı olduğunu*' ve ayrıca '*tapuda çok düşük değer gösterilerek satışın gerçekleştirildiğini*'

belirterek "*TBK.m. 19 uyarınca yapılmış olan satış işleminin iptali ile kendilerine cebri icra yetkisi tanınmasını*" talep etmiştir.

[266] Yargıtay 19. HD. 03.03.2003 T. 4632/1661 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Davalı-borçlu (B) ve (C) vekili 08.06.2018 tarihli “cevap dilekçesi”nde özetle;

– Bu davada görevli mahkemenin ticaret mahkemesi olduğunu, ayrıca harcın noksan yatırıldığını,

– İcra mahkemesine yapılan ‘*borca itiraz ve şikâyet*’ nedeniyle henüz takibin müvekkili hakkında kesinleşmemiş olduğunu,

– Tasarrufun iptali davalarında, davacı-alacaklının alacağıın ‘*gerçek bir alacak*’ olmasının arandığını, bu olayda ise bu şartın gerçekleştirmediğini, dava konusu senetlerin müvekkili tarafından ‘*senet düzenleme iradesi ile*’ imzalanmadığını, bu imzaların başka amaçla atılmış olduğunu, davacı-alacaklı hakkında ‘*dolandırıcılık*’ ve ‘*sahte evrak düzenlemek*’ suçlarından dolayı Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı’na şikayette bulduklarını, bu soruşturmanın ve ayrıca Bursa İcra Hukuk Mahkemesi’nde açtıkları davanın sonucunun beklenilmesi gerektiğini,

– *Davacının gerek mesleği ve gerekse sosyo-ekonomik durumu gereği, müvekkiline 415.000 Dolar ile 798.000 Euro’yu nakde nakit olarak elden vermesinin ‘hayatın olağan akışına aykırı’ olduğunu, davacının ‘elden ödeme’ iddiası kabul edilirse, bunun 7980 adet 100 Euro’luk ve 4150 adet 100 Dolarlık banknotlar halinde olması gerekeceğini, bunların müvekkiline bu şekilde elden teslim edilmesinin ‘hayatın olağan akışına aykırı’ olduğunu, bu tür ödemelerin uygulamada kolaylıkla bankalar aracılığı ile yapıldığını,*

– *Davacının kendisinin eskiden bankada çalışmış sıradan bir eleman, davacının eşinin ise, mimar olan müvekkilinin ofisinde çalışan bir işçi olduğunu, bu nedenle bu kadar fahiş miktardaki parayı, elden müvekkiline –borç olarak- vermesinin ‘hayatın olağan akışına aykırı’ olduğunu,*

– İptali istenen satışın gerçek bir satış olduğunu”

belirterek “haksız ve yersiz açılan davanın reddine karar verilmesini” istemiştir.

Yerel mahkeme (Bursa 2. Asliye Hukuk Mahkemesi) 04.03.2021 tarihli nihai kararında;

– Davalı-borçlu tarafından Bursa 1. Asliye Ticaret Mahkemesi’nde açılmış olan ‘menfi tespit davası’nın tasarrufun iptali davasından sonra açılmış olduğunu, bu

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmayı mı?

konudaki Yargıtay uygulamasına göre bu davanın sonucunun beklenilmesinden vazgeçildiğini,

– Mahkemelerindeki davanın TBK. m. 19’a göre açılmış olan muvazaalı işlemin iptaline ilişkin bir dava olduğunu,

– Dava konusu satışların akrabalar arasında düşük bedelle olması ve birden fazla taşınmazın devredilmiş olması nedeniyle

“*davanın kabulüne*” karar vermiştir.

Bir olayda; davalı-borçlu vekili yargılama sırasında; “... 1. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 2019/... Esas sayılı dosyasında müvekkili tarafından açılan menfi tespit davasının devam etmekte olduğunu, bu davanın sonucunun beklenilmesi gerektiğini” talep etmişse de bu talebi önce kabul etmiş olan mahkemenin 04.03.2021 tarihli 11. celsede bu kararından dönerek yargılamaya devam edip “*davanın kabulüne*” karar vermiştir.

Bu karar isabetli midir?

Yüksek mahkeme^[267] “borçlunun, tasarrufun iptali davasından önce açtığı menfi tespit davasının sonucunun ‘bekletici mesele’ yapılmasını ancak aleyhine tasarrufun iptali davası açılmasından sonra açtığı menfi tespit davasının ‘bekletici mesele’ yapılmamasını – ‘bu davanın kötüniyetle ve tasarrufun iptali davasının sonucunu geciktirmek, zaman kazanmak amacıyla açılmış olduğunu’ farzederek–” istemektedir.^[268]

Bilindiği gibi “*bir davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan ve bu davanın incelenebilmesi veya sonuçlandırılabilmesi için mahkemenin görevi dışında kalması sebebiyle, görevli yargılama makamınca çözümlenmesine kadar beklenilmesi gereken sorunlara bekletici sorun (mesele-i mütekaddime; mesele-i müstehire) denir.*”^[269]

[267] Yargıtay 17. HD. 02.04.2019 T. 16155/3936; 21.05.2018 T. 3604/5264; HGK. 15.11.2017 T. 17-2361/137 vb.

[268] Uyar, Uyar ve Uyar, İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları, 931 vd.

[269] Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, *Kanun Şerhi* 3, 3190; Kuru, *Medeni Usul “El Kitabı”* 2, 919; Gözütok ve Albayrak, *Alfabetik*, 158; Hakan Pekcanitez, “Bekletici Sorun (Mesele-i Müstehire),” *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (1980): 249-275; Arslan, “Bekletici Mesele Yapma Sorunu,” 266 vd.

Yüksek mahkemenin bu tutumu doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Gerçekten; “Öğretide ve bazı içtihatlarda kesinleşmiş icra takibinden sonra borçlu menfi tespit davası açmışsa, bu davanın ‘bekletici sorun’ yapılmasına gerek olmadığı görüşü benimsenmiştir... Yargıtay da menfi tespit davasının açılma tarihine göre bir değerlendirme yapmaktadır... Menfi tespit davasının açılma tarihi esas alınarak ‘bekletici sorun’ ile ilgili bir karar verilmesi halinde, hakkaniyetsiz sonuçlarla karşılaşılabilir. Bu nedenle, menfi tespit davasının açılma zamanının ‘tek kıstas’ olarak alınmaması gerektiği görüşündeyiz.”^[270]

“Tasarrufun iptali davasında davacı-alacaklı ile davalılardan borçlu arasında ‘gerçek bir alacağın olmadığına’ dair bir menfi tespit davası açılması halinde, iptal davasına bakan mahkemenin bunu ‘bekletici sorun’ yapması gerekip gerekmediği de ayrıca incelenmelidir...”

Yargıtay’ın, menfi tespit davasının açılma zamanını, tasarrufun iptali davasında, sorunun ‘bekletici mesele’ yapıp yapılmayacağına ilişkin olarak tek ölçüt olarak kabul etmesi kanaatimizce doğru değildir. Hakimin her somut duruma göre ayrı ayrı bir değerlendirme yapabilme yetkisinin olması gerekir... Bu nedenle her somut olaya göre davalı-borçlu tarafından açılan menfi tespit davasının tasarrufun iptali davasını uzatmak maksadıyla açılıp açılmadığının incelenmesi ve bu inceleme neticesinde varılacak hükme göre ‘bekletici sorun’ yapma kararı alınmalıdır.”^[271]

“Kanıımızca, her somut olayda durumun değerlendirilerek ve özellikle borçlunun ‘neden menfi tespit davasını bu kadar geç açtığını’ haklı gerekçelerle kanıtlayıp/kanıtlayamamasına göre bu konuda bir sonuca varılması daha isabetli olacaktır.”^[272]

Bu nedenle somut olayda; yerel mahkemece, davalı-borçlunun ... 1. Asliye Ticaret Mahkemesi’nde (Dosya No: 2019/... E. sayılı) açılmış olan menfi tespit davasının sonucunu “*sırf bu davanın tasarrufun iptali davasından sonra açılmış olması nedeniyle*” beklememiş olması hatalı olmuştur.

[270] Orhan Eroğlu, *Açıklamalı-İçtihatlı Tasarrufun İptali Davası ile Muvazaa Davası ve Karşılaştırılması*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin, 2020), 82.

[271] Albayrak, “Özel Dava Şartları,” 954 vd.

[272] Uyar, Uyar ve Uyar, *İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları*, 931 vd.

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

Yukarıda^[273] belirttiğimiz gibi; tasarrufun iptali davasının esasına girilebilmesi için gerçekleşmesi gereken “*dava şartları*”;

a) *Takip konusu alacağın, iptali istenen tasarruftan önce doğmuş olması gerekir.*

b) ‘*Takip konusu alacağın gerçek bir alacak olması*’ gerekir.

c) ‘*Borçlu hakkında yapılmış olan icra takibinin ve alacağın kesinleşmiş olması*’ gerekir.

ç) ‘*Borçlu hakkında kesin aciz belgesi ya da geçici aciz belgesi*’ (niteliğinde haciz tutanağı) düzenlenmiş olmalıdır.

Bu husus yüksek mahkemenin içtihatlarında^[274] da öteden beri açık seçik ifade edilmiştir. Somut olay bakımından, bu “*özel dava şartları*”ndan (HMK.m. 114) ‘*takip konusu alacağın gerekçesi bir alacak olması*’ şartı^[275] önem taşımaktadır.

Yüksek mahkemenin pek çok kararında^[276] açıkça ifade ettiği gibi, “*davacının, davalı-borçludan ‘gerçekten’ alacaklı olup olmadığının yerel mahkemece ke nd i l i ğ i n d e n araştırılması gerekir*”.

Yukarıda^[277] çok ayrıntılı olarak ifade ettiğimiz gibi;

-*Eğer davacı-alacaklı tacir ise; hem kendisinin ve hem de –tacir ise davalı- borçlunun ticari defterlerinde inceleme yapılarak, takip konusu borcun defterlerde kayıtlı olup olmadığının araştırılarak, kayıtlarda var (yazılı) olduğu ölçüde ‘davanın kabulüne’, aksi taktirde “ön koşul yokluğundan davanın reddine”*^[278] karar verilmesi gerekir.

[273] Bkz. Yukarıda dipnot, 93-95

[274] Bkz. Yukarıda dipnot, 152, 163, 170, 181, 186, 188, 201 vb.

[275] Bkz. Yukarıda dipnot, 96-207

[276] Yargıtay 17. HD. 24.05.2016 T. 11364/6282; 12.04.2016 T. 14267/4635; 21.01.2014 T. 19964/669 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[277] Bkz. Yukarıda dipnot, 96-207

[278] Yargıtay 17. HD. 07.05.2019 T. 7423/5597; 11.09.2018 T. 2770/7624; 28.02.2017 T. 11975/234; 24.05.2016 T. 11364/6282; 24.05.2016 T. 10582/6278; 14.04.2015

-Eğer davacı-alacaklı tacir değil ise; davacı ve davalı borçlunun takip konusu senetlerin tanzim tarihindeki ekonomik ve sosyal durumları hakkında banka kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, mali durumlarının araştırılması,^[279] yıllık gelirlerinin ne olduğu,^[280] ve davacının böyle bir borç parayı verebilecek ekonomik gücünün bulunup bulunmadığı^[281] saptanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Yüksek mahkeme, çeşitli içtihatlarında '*davacının, borçluda var olduğunu ileri sürdüğü alacağın gerçeğe bir alacak olup olmadığı*'nin mahkemece n a s ı l araştırılması gerekeceğini açıkça ve ayrıntılı biçimde belirtmiştir. Gerçekten yüksek mahkeme bu konuya ilişkin olarak;

- "Tasarrufun iptali davasında, "*davacının alacağının gerçek olmadığını*" ileri sürülmesi halinde, mahkemece davacı alacaklı ile davalı borçlu arasında gerçek bir alacak borç ilişkisinin olup olmadığının incelenmesi gerektiğini- Davacı alacaklının '*alacağının gerçek bir alacağa dayandığını ve bu nedenle tarafısifatına sahip olduğunu ispatlaması gerektiğini*- Tarafların, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorunda olduğu, belgeyi ibraz etmesine karar verilen tarafın, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmemesi ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermemesi ya da belgenin elinde bulunduğunu inkar etmesi ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmemesi, halinde, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanının kabul edileceğini; bu hususun, mahkemece, davalı borçluya HMK m. 220/3 uyarınca ihtar edilmesi ve davalının defterlerini ibraz etmemesi halinde yine bu maddeye göre bir değerlendirme yapması gerektiğini"^[282]

T. 1798/5869; 4. HD. 04.04.2011 T. 7832/3036 vb. (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[279] Yargıtay 17. HD. 14.02.2017 T. 23545/1450 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[280] Yargıtay 17. HD. 21.03.2017 T. 2235/3008 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[281] Yargıtay 17. HD. 26.12.2017 T. 3393/12139; Samsun BAM. 2. HD. 12.01.2018 T. 1073/55; 17. HD. 13.10.2015 T. 2595/10520 vb.

[282] Yargıtay 17. HD. 03.12.2019 T. 3921/11416 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaya Mı?

– “*Davacının, alacağının gerçek bir alacak olduğunu ispatlayamadığı* ve yapılan bilirkişi incelemesinde de ‘alacak ile ilgili bir hususa rastlanılmadığı’ gerekçesi ile, ‘*önşart* yokluğundan açılan tasarrufun iptali davasının davanın reddine’ karar verileceğini”^[283]

– “Tasarrufun iptali davalarının görülebilirlik şartlarından birisinin de gerçek bir alacağın varlığı (tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması) olduğunu- Gerçek bir borç yoksa alacak da söz konusu olamayacağından iptal davasının dinlenmesinin mümkün olmayacağını- Davalılar alacaklı davacının alacağının gerçek olmadığını savunmuş, *yargılama boyunca davacı alacaklı alacağın dayanağı konusunda bir açıklama yapmamış* ve davalı üçüncü kişinin tanığı aynı zamanda borçlu şirket ortağı ifadesinde “kendisinin ve kardeşinin borçlu şirket ortağı oldukları, üçüncü kişinin öz yeğenleri olduğunu, dava konusu kağıt fabrikası binasını sattıklarını ve başka bir yere taşındıklarını, ancak satılan yerin daha sonra kıymetlendiğini, davacıya bildiği kadarı ile borcu olmadığını” yönündeki beyanı karşısında davanın reddine ilişkin mahkeme kararının yerinde olduğunu”^[284]

– “Davalı üçüncü kişiler, asli müdahilin takip konusu alacağının gerçek olmadığını ileri sürdüklerinden bu iddianın ön sorun olarak incelenip değerlendirilmesi gerektiği; *takibin kambiyo hukukuna ilişkin olmasına ve kesinleşmesinin alacağın gerçek olmadığı iddiasının incelenmesine engel olmadığını*”^[285]

– “3. kişi vekilleri, “*takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmadığı*” nı ileri sürdüğünden, mahkemece bu savunma üzerinde durularak davacı vekilinden bu yöndeki açıklamaları ve delillerinin sorulması, özellikle takip konusu senedin vade tarihi, davacı ile borçlu davalının akraba-arkadaş, kapı komşusu olup olmadığı da göz önünde bulundurularak davacı vekilinin bildireceği deliller ile davalılar 3. kişi vekilleri tarafından bildirilen delillerin tamamının toplanması, gerektiğinde *davacı ve davalı borçlunun takip konusu senedin tanzim tarihindeki ekonomik ve sosyal durumları hakkında zabıta araştırması yaptırılması, banka kayıtları,*

[283] Yargıtay 17. HD. 06.11.2019 T. 1133/10255 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[284] Yargıtay 17. HD. 07.05.2019 T. 13103/5606 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[285] Yargıtay 17. HD. 15.05.2018 T. 3037/5045 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

vergi ve ticaret sicil kayıtları istenerek tarafların ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi ve ön koşulların bulunması halinde ise davanın esası yönünden *İİK'nin* 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı iptal şartlarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini”^[286]

– “Takip dayanağı 55.000,00 TL senet, 30.09.2010 tarihinde düzenlenmiş 30.09.2011 vadeli olup 13.03.2013 tarihinde icraya konulduğu, dava dışı Hayri Ç. Tarafından aynı tasarrufun iptali için açılan davadan 21.01.2013 tarihinde feragat ettiği, dava feragat ile sonuçlanarak kesinleşmiş ancak daha sonra davalı üçüncü kişinin tehdidi ile feragat ettiğini belirtmiş ise de tehdit ispatlanmadığından dikkate alınmadığı, davalı borçlu bu davadan elde edilmeyen sonucun tekrar sağlanması amacı ile kendisine boş senet imzalatırıldığını ileri sürdüğü, *mahkemece zabıta araştırılması yapıldığı ve dinlenen tanıkların bir kısmı davanın böyle bir parayı verme gücünün olmadığını belirttiği*, mahkemece, takip dayanağı senedin vadesinden yaklaşık 2 yıl sonra takibe konulması ve belirtilen maddi ve hukuki olgular değerlendirilerek alacağın gerçekliğinin tartışılması ve oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini”^[287]

– “Mahkemece davalı üçüncü kişinin “takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmadığı” yönündeki savunması üzerinde durulmamasının hatalı olduğunu- Mahkemece, davalının bu yöndeki savunması doğrultusunda davacı ve davalı delillerinin toplanması, gerektiğinde *alacaklı ve borçluların banka hesap hareketleri, ticari ve vergi kayıtları istenerek ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasını*, Savcılığın takip konusu senetle ilgili yürütülen hazırlık dosyası; dava açılmış ise dava dosyası, ticaret mahkemesi dava dosyasının sonucunun beklenmesi ve tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini”^[288]

[286] Samsun BAM 2. HD. 12.01.2018 T. 1073/55 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[287] Yargıtay 17. HD. 26.12.2017 T. 10994/12126 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[288] Yargıtay 17. HD. 07.03.2017 T. 10146/2457 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

– “Tasarrufun iptali davasında, *tacir olan ve ticari defter tutmak zorunda olan davalı borçlu şirketin ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak dava dayanağı takip dosyasındaki senetlerin dayanağı ve dolayısı ile alacağın gerçekliği araştırılarak* muvazaalı alacak olup olmadığı toplanan delillere göre değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini”^[289]

– “Tasarrufun iptali davasında, davalı 3. kişinin ‘alacağın gerçek olmadığı’ yönündeki savunması üzerinde durularak, özellikle takip konusu senetlerin vade tarihi davacı ile borç şirket temsilcisinin hemşeri olması da göz önünde bulundurulurken, davacı vekilinin bildireceği deliller ile davalı 3. kişi vekili tarafından bildirilen delillerin tamamının toplanarak, gerektiğinde davacı ve davalı borçlunun takip konusu senetlerin tanzim tarihindeki ekonomik ve sosyal durumları hakkında zabıta araştırması yaptırılıp, *banka kayıtları, vergi ve ticaret sicil kayıtları istenerek tarafların ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini*”^[290]

– “Davalı üçüncü kişi dava dayanağı alacağın gerçek olmadığı iddiasında bulunduğu için, mahkemece bu husus üzerinde durulması gerektiği- Davalı borçlu ile üçüncü kişi şirket arasında organik bağ olduğu, dava konusu taşınmazın satışından sonra borçlunun organik bağ içinde bulunan diğer şirket ortaklığından ayrıldığı satıştan sonra ancak dava dayanağı takipten önce aralarında uyuşmazlık çıktığı ve davaların bulunduğu, takip dayanağı 900.000 USD olarak büyük miktardaki borcun 30.05.2008 tarihinde verilmiş olmasına rağmen senedin vadesinin 30.12.2011 tarihine verildiği, alacaklı tarafından dava konusu taşınmazın tapu kayıtlarının istendiği anlaşıldığından, mahkemece, *davacı alacaklının takip konusu bononun düzenlendiği 30.05.2008 tarihinde 900.000 USD elden borç verebilecek mali duruma sahip olup olmadığını kolluk aracılığı ile araştırılmasını*, davacının şirketi var ise bu şirket kayıtlarında böyle bir alacak borç ilişkisinin varlığı ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak, alacağın gerçek olup olmadığının tespiti gerektiğini- Mahkemece, alacağın

[289] Yargıtay 17. HD. 28.02.2017 T. 11975/2134 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[290] Yargıtay 17. HD. 14.02.2017 T. 23545/1450 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

gerçek olmadığı tespit edilirse, davanın ön koşul yokluğundan reddine karar verilmesi gerekeceğini”^[291]

– “Borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olmasının, her zaman takip konusu alacağın gerçek bir alacak, yani davacının gerçekten alacaklı, borçlunun da gerçekten borçlu olduğunu göstermeyeceğini, *davacının gerçekten alacaklı olup olmadığının mahkemece res’en değerlendirilmesi gerektiğini- Mahkemece, borçlu şirket ile davacı alacaklı arasındaki takip konusu çek düzenlenmesini gerektirecek bir alacak borç ilişkisinin bulunup bulunmadığı, gerekirse tacir olan borçlunun ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak, alacağın gerçek olduğunun tesbiti halinde, aciz hali var ise şimdiki gibi davanın kabulüne, aksi durumda davanın ön koşul yokluğundan reddine karar verilmesi gerektiğini*”^[292]

– “Davacı alacaklı, borçlunun nişanlısının annesi olduğu ve paranın kuyumcu olan borçluya elden verildiği iddia edilirken, davalı üçüncü kişinin, alacağın gerçek olmadığını senedin sonradan düzenlendiğini ileri sürdüğü, öte yandan, dosya kapsamından borçlu ve taşınmazın ilk maliki babası arasında bu taşınmazın satışı ile ilgili olarak arasında husumet olduğu, karşılıklı olarak sürekli uyuşmazlık içinde bulunduğu, bu durumda, mahkemece yapılacak işin, kuyumcu olan *borçlunun ticari defterlerinde senedin düzenlendiği tarihte bu miktar bir para girişi olup olmadığı, alacağın gerçek olup olmadığı araştırılarak toplanan ve toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar vermekten ibaret olduğunu*”^[293]

– “Tasarrufun iptali davasında öncelikle davacının borçludan gerçek bir alacağının bulunması ve yapılan tasarrufun da alacaklılardan mal kaçırma amacına yönelik olması gerekeceği, bu nedenle *davacı ile borçlu davalının mali durumlarının araştırılarak, borcun doğum tarihinde aralarında bu denli bir*

[291] Yargıtay 17. HD. 20.10.2016 T. 17910/9000 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[292] Yargıtay 17. HD. 24.05.2016 T. 11364/6282 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[293] Yargıtay 17. HD. 24.11.2015 T. 4375/12653 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

*para alışverişinin olup olamayacağını ve borcun gerçek olup olmadığını
belirlenmesi gerekeceğini”^[294]*

belirtmiştir...

Yerel mahkeme, davacının takip konusu yaptığı 415.000 ABD. Doları +798.000 Euro = 7.000.000,00 TL. tutarındaki – taraflar için çok yüksek miktardaki- alacağın gerçek bir alacak olup olmadığı konusunda –banka kayıtları, tarafların ticari defterleri üzerinde + zabita araştırması vb.- hiçbir araştırma yapmamıştır.

Yargılama sonunda verilmiş olan “*davanın kabulü*”ne ilişkin karar bu nedenle Yargıtay’ın –yukarıda sunduğumuz- içtihatlarıyla uyumlu değildir...

Yine yukarıda^[295] -bu konudaki gerek doktrinde ileri sürülen görüşlere^[296] ve gerekse yüksek mahkemenin çeşitli içtihatlarına^[297] atıfta bulunarak belirttiğimiz gibi; tasarrufun iptali davalarında; bir alacaklının sadece elindeki senede dayanarak şeklen “hak sahibi olduğunu” ileri sürüp, senet bedelini senet borçlularından talep etmesinin *hayatın olağan akışına aykırı olduğu durumlarda*, alacaklının alacaklılık sıfatı tartışılabilir hale gelir ve Yargıtay’ımızın bu konuda çeşitli içtihatlarında kabul ettiği ölçütler (kıstaslar) çerçevesinde alacaklının sadece elindeki senede dayanarak “alacak” talep etmesine izin verilmez.

[294] Yargıtay 17. HD. 05.11.2013 T. 11822/15085 (www.e-uyar.com; Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[295] Bkz. Yukarıda dipnot, 213-263.

[296] Bkz. Yukarıda dipnot, 217-244.

[297] Bkz. Yukarıda dipnot, 245-263.

Doktrinde^[298] -oybirliği ile- “*ispat yükünün, ‘hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunana’*[299]295bis *düştüğü*” kabul edilmekte olduğu gibi, Yargıtay da bu konuya ilişkin içtihatlarında öteden beri bu doğrultuda içtihatla bulunmaktadır...

Davalı-borçlu vekili cevap dilekçesinde ısrarla;

– Davacının, eskiden bankada çalışmış sıradan bir eleman, davacının eşinin ise davalı-borçlunun mimarlık ofisinde çalışan bir işçi olduğunu, sosyo-ekonomik durumu bu şekilde olan ve müvekkiline kendisini ‘broker’ olarak tanıtmış olan davacının, müvekkiline 7.000.000,00 TL.’den daha fazla parayı borç olarak vermesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu,

– Bu miktardaki paranın “*müvekkiline elden verilmiş olmasının*” da hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, çünkü bu durumda, davacının takip konusu yaptığı 415.000 Dolar’ı 100’er Dolarlık halinde 4150 adet, 798.000 Euro’yu 100’er Euro halinde 7980 adet şeklinde müvekkiline teslim etmiş olmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu (halbuki bu miktarın kolaylıkla davacı tarafından müvekkilinin banka hesabına yatırılacakken, davacının böyle hareket etmeyip bunu elden müvekkiline vermiş olmasının düşünüleemeyeceğini),

b e l i r t m i Ő t i r . . .

Yerel mahkemenin, davalı-borçlu vekilinin “*cevap dilekçesi*”nde dile getirdiği, tamamıyla yerinde olan bu hususlar üzerinde herhangi bir değerlendirme yapmadan “*davanın kabulüne*” karar vermiş olması isabetli olmamıştır. Çünkü yüksek mahkeme yukarıda^[300] sunduğumuz içtihatlarında açıkça;

[298] Taşpınar, “Fiili Karineler,” 551; Alangoya, “Senede Karşı Senetle İspat,” 523; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü II*; Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 537; Umar ve Yılmaz, *İspat Yükü*, 60; Berkin, *Medeni Usul Hukuku Rehberi*, 172; Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 248; Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, 616 vd.; Sertkaya ve Kul, *Tasarrufun İptali Davaları*, 352.

[299] 295bis Talih Uyar, *Hukuki Mütalâalar*, 3. Baskı, 87-124, 505-535; 747-759; 776-802; 877-919; 999-1024; Uyar, “Uygulamada Tartışılan Yönleri,” 169-176; Uyar, “Alacağın Gerçek Olması,” 267-309; Uyar, “Ticari İşletmenin Devri,” 3941-3978; Uyar, “Bazı Tasarruflar,” 4449-4513; Uyar, “Borçlunun,” 4729-4801; Uyar, “Uygulamada Tartışılan Yönleri,” 3497-3543; Uyar, “Muvazaa (TBK 19),” 175-187; Uyar, “Borçlu Hakkında,” 369-397; Uyar, “Hesaplama Yöntemi,” 1739-58.

[300] Bkz. Yukarıda dipnot, 245-263

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

– “Tarafların ekonomik durumlarına göre davacı müteahhidin, kendisinden daire satın almış müşterisine elden 900.000,00 TL. borç vermesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu”^[301]

– “Davalıların sosyal ve ekonomik düzey olarak 1.200.000,00 TL gibi çok yüksek bir nakdi davacıya elden ödemiş olmalarının hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine uygun düşmediğini”^[302]

b e l i r t m i ş t i r . . .

2-Yerel Mahkeme Kararı– II

ŞB. ... 8. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin E: 2018/..., K: 2020/... sayılı dosyasında;

– Davacı (A) vekili “*dava dilekçesinde*” özetle;

“*Davalı-borçlu (B)*’ın, *İstanbul ili, Beykoz ilçesinde bulunan ... ada, ... ve ... parsellerde kayıtlı ‘bahçe’ niteliğindeki taşınmazım, diğer davalı, kızı (D)’a satışına ilişkin tasarrufunun muvazaalı olduğu gerekçesiyle TBK.m. 19 uyarınca iptalini*” istemiştir.

Tasarrufun iptali davası, davacı-alacaklının ... 14. İcra Müdürlüğü’nün 2018/... sayılı dosyasında takip konusu yapılmış olan 415.000,00 ABD. Doları bedelli senetle 798.000,00 Euro bedelli alacağın tahsilini sağlamak için açılmıştır.

Davalılar (B) ve (D) vekili “*cevap dilekçesinde*” özetle;

Yukarıda ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin E: 2018/..., K: 2021/... sayılı dosyasında özetlediğimiz “*cevap dilekçesi*” bu dosya için de aynen geçerlidir.

Yerel mahkeme 19.11.2020 tarihli oturumda; “*davalılardan dava konusu taşınmazları satın almış olan (D)*’ın, *diğer davalı-borçlu (B)*’ın kızı olduğundan ve satılan taşınmazların resmi satış senedinde gösterilen satış bedeli ile satış tarihindeki gerçek (rayiç) değeri arasında -alınan Bilirkişi Raporu’na göre- iki mislinden fazla fark olduğu” g e r e k ç e s i y l e-“... 1. Asliye

[301] Bkz. Yukarıda dipnot, 245

[302] Bkz. Yukarıda dipnot, 246

Ticaret Mahkemesi'nin 2019/... sayılı dosyasın-daki borçlu (B) tarafından alacaklı (A) hakkındaki menfi tespit davasının (İİKm. 72), tasarrufun iptali davasından sonra açılmış olması nedeniyle, bu davanın sonucunun tasarrufun iptali davasında beklenmesi konusundaki talebin reddedildiği” belirterek- “tasarrufun iptali davasının kabulüne” karar vermiştir.

Bu davanın ‘ *tarafları*’ ile ‘ *konusu*’ yukarıda ŞA’da incelenen ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin E: 2018/..., K: 2021/... sayılı dosyası ile yakın bir benzerlik gösterdiğinden, o dosya hakkında yaptığımız eleştiri ve açıklamalarımız ve vardığımız sonuç –hem mahkemece; davalı-borçlunun ... 1. Asliye Ticaret Mahkemesi’nde açmış olduğu menfi tespit davasının sonucunun beklenmemiş olması yönünden ve hem de tasarrufun iptali davasının kabul edilmiş olması yönünden- bu dosya için aynen geçerlidir.

Yani; yukarıda ŞGİRİŞ bölümünde^[303] ayrıntılı olarak izah ettiğimiz gibi; somut olayda “*tasarrufun iptali davasının esasına girilebilmesi için gerçekleşmesi gereken*” ‘*dava şartları*’ndan^[304] “*takep konusu alacağın gerçek bir alacak olması*”^[305] şartı gerçekleşmemiş-tir.

Yine yukarıda^[306] belirttiğimiz gibi açılmış olan tasarrufun iptali davasının kabulüne karar verilmesi “*hayatın olağan akışına aykırı*” olacaktır.

Bütün bu nedenlerle yukarıda^[307] ayrıntılı olarak açıkladığımız gerekçe ile, yerel mahkemece – *taraflar* arasındaki diğer ‘*tasarrufun iptali davalarında*’ olduğu gibi- ‘*tasarrufun iptali davasının reddine*’ karar verilmesi isabetli olacaktır...

3- Yerel Mahkeme Kararı– III

ŞC. ... 3. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2018/259 Esas sayılı dosyasında;
Davacı (A) vekili “*dava dilekçesi*”nde özetle;

[303] Bkz. Yukarıda dipnot, 1-269.

[304] Bkz. Yukarıda dipnot, 93-95.

[305] Bkz. Yukarıda dipnot, 96-115.

[306] Bkz. Yukarıda dipnot, 214-269.

[307] Bkz. Yukarıda dipnot, 273 vd.

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmı mı?

“Davalı-borçlu (B)’ın İstanbul ili, Sarıyer ilçesinde bulunan, ... ada, ... parselde kayıtlı 135 parselde kayıtlı, ‘konut’ niteliğindeki taşınmazın, diğer davalı kızı (E)’a satışına ilişkin tasarrufun muvazaalı olduğu gerekçesiyle TBK.m. 19 uyarınca iptalini” istemiştir.

Tasarrufun iptali davası, davacı-alacaklının ... 14. İcra Müdürlüğü’nün 2018/... sayılı dosyasında takip konusu yapılmış olan 415.000,00 ABD. Doları bedelli senetle 798.000,00 Euro bedelli senetteki alacağın tahsilini sağlamak için açılmıştır.

Davalılar (B) ve (E) vekili *“cevap dilekçesi”* nde;

Yukarıda ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin E: 2018/..., K: 2021/... sayılı dosyasında özetlediğimiz *“cevap dilekçesi”* bu dosya için de aynen geçerlidir.

Dava konusu uyuşmazlıkta; yukarıda ŞGİRİŞ bölümünde^[308] ayrıntılı olarak izah ettiğimiz gibi; somut olayda *“tasarrufun iptali davasının esasına girilebilmesi için gerçekleşmesi gereken”* ‘dava şartları’ndan^[309] ‘takip konusu alacağın gerçek bir alacak olması’^[310] şartı gerçekleşmemiştir.

Yine yukarıda^[311] belirttiğimiz gibi açılmış olan ‘tasarrufun iptali davasının kabulüne’ karar verilmesi, *“hayatın olağan akışına aykırı”* olacaktır.

Bütün bu nedenlerle yukarıda^[312] ayrıntılı olarak açıkladığımız gerekçe ile, yerel mahkemece –tarafar arasındaki diğer ‘tasarrufun iptali davalarında’ olduğu gibi- *“tasarrufun iptali davasının reddine”* karar verilmesi isabetli olacaktır...

4-Yerel Mahkeme Kararı– IV

ŞD. ... 6. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2020/... Esas sayılı dosyasında;
Davacı (A) vekili “dava dilekçesi” nde özetle;

[308] Bkz. Yukarıda dipnot, 1-269.

[309] Bkz. Yukarıda dipnot, 93-95.

[310] Bkz. Yukarıda dipnot, 96-115.

[311] Bkz. Yukarıda dipnot, 214-269.

[312] Bkz. Yukarıda dipnot, 273 vd.

“Davalı-borçlu (B)’in, *Emek Yağ San. AŞ.’deki 22430 hissesini ölen kocasının kuzeni (amcasının oğlu) (F)’a devrettiğini, bu devrin muvazaalı olduğu gerekçesiyle ve gösterilen satış bedelinin çok düşük olması nedeniyle iptaline karar verilmesini*” talep etmiştir.

Tasarrufun iptali davası, davacı-alacaklının, davalı-borçludaki ... 14. İcra Müdürlüğü’nün 2018/... sayılı icra dosyasındaki –kapak hesabına göre- 9.406.455,48 TL. alacağının tahsilini sağlamak için açılmıştır.

Davalı (F) vekili 16.06.2020 tarihli “*cevap dilekçesi*”nde özetle;

“*Müvekkiline yapılan hisse devrinin muvazaalı olmadığını, çünkü müvekkilinin (B)’in hisselerini 220.430,00 TL. bedelle devraldığını, bu bedelin satıcının banka hesabına gönderildiğini, müvekkilinin (B) hakkında davacının yaptığı icra takibinden haberi olmadığını, hisse devrinin yapıldığı tarihte (Y) San. AŞ.’nin zarar etmekte olduğunu, bu nedenle ödenen satış bedelinin düşük olmadığını vb.*” belirtmiştir.

Davalı-borçlu (B) vekili “*cevap dilekçesi*”nde özetle;

“–Müvekkili tarafından ‘virman talimatı’ olarak imzalanmış evrakın davacı tarafından ‘bono’ya dönüşürülerek gerçekte müvekkilinin davacıya herhangi bir borcu olmadığı halde, borçlu duruma getirilerek hakkında 798.000,00 Euro ve 415.000,00 Dolar’ın ödenmesi için icra takibinde bulunulduğunu,

–Davacının, müvekkiline –borç olarak- verdiğini iddia ettiği paraları ticari defterleri ile tevsik etmesi gerektiğini,

–Takip konusu bonoların, müvekkili tarafından –bono düzenlemek iradesiyle- düzenlenmemiş olduğunu,

–Davacının kendisinin eskiden bankada çalışmış sıradan bir eleman olduğunu,

–Davacının karısının, on beş yılı aşkın bir süredir müvekkilinin mimarlık bürosunda çalışan bir işçi olduğunu, davacının takip konusu kadar müvekkilinden alacaklı olmadığını, bunun hayatın olağan akışına aykırı olduğunu,

–HMK. m. 222/5 uyarınca davacı tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul ettiklerini”

b e l i r t e r e k, ‘açılmış olan davanın reddine karar verilmesini’ istemiştir.

Yerel mahkemede halen dava dosyasının yargılması devam etmektedir...

Giriş bölümünde^[313] ayrıntılı olarak izah ettiğimiz gibi; somut olayda “*tasarrufun iptali davasının esasına girilebilmesi için gerçekleşmesi gereken*” “dava şartlarından”^[314] “takip konusu alacağın gerçek bir alacak olması”^[315] şartı gerçekleşmemiştir.

Yine yukarıda^[316] belirttiğimiz gibi açılmış olan tasarrufun iptali davasının kabulüne karar verilmesi “*hayatın olağan akışına aykırı*” olacaktır.

Bütün bu nedenlerle yukarıda^[317] ayrıntılı olarak açıkladığımız gerekçe ile, yerel mahkemece – taraflar arasındaki diğer ‘tasarrufun iptali davalarında’ olduğu gibi- ‘*tasarrufun iptali davasının reddine*’ karar verilmesi isabetli olacaktır...

SONUÇ

Buraya kadar (4) tasarrufun iptali dosyası hakkında yaptığımız ayrıntılı açıklamalar sonucunda, açılmış olan (4) tasarrufun iptali davasında – “davacının alacağının gerçek bir alacak olması” “*dava özel şartının*” somut olayda gerçekleşmiş olması nedeniyle ‘*davanın kabulüne*’ karar verilmesinin – kendisi eski bir banka çalışanı olan, karısı davalı-borçlunun mimarlık bürosunda (15 yıl) işçi olarak çalışmış olan ve takip konusu 9.406.455,48 TL. + işleyecek faizi (yani; 798.000,00 Euro + 415.000,00 ABD Doları) davalıya borç olarak verebilecek *mali gücü* bulunduğunu kanıtlayamamış olan davacı lehine karar verilmesinin- “hayatın olağan akışına aykırı olacağı” kanaatindeyiz.

[313] Bkz. Yukarıda dipnot, 1-269.

[314] Bkz. Yukarıda dipnot, 93-95.

[315] Bkz. Yukarıda dipnot, 96-115.

[316] Bkz. Yukarıda dipnot, 214-269.

[317] Bkz. Yukarıda dipnot, 273 vd.

KAYNAKÇA

- Akkaya, Tolga, “Alacaklıdan Mal Kaçırılmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanununda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu,” *Legal Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, no. 3 (2006).
- Akşener, Haşmet Sırrı. *Tasarrufun İptali Davaları*. İstanbul: Legal, 2013.
- Akyazan, Sıtkı. “Takip Hukukunda İptal Davası.” *Adalet Dergisi*, no. 3-4, (Mart-Nisan 1963).
- Alangoya, Yavuz. “‘Senede Karşı Senetle İspat’ Kuralı ve ‘Hayatın Olağan Akışı’ Kavramı.” içinde *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan*, ed. Rona Ahmet Serozan. Ankara: Seçkin, 2004.
- Alangoya, Yavuz, Mehmet Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım. *Medeni Usul Hukuku Esasları*. Ankara: Seçkin, 2011.
- Albayrak, Hakan. “Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64, no. 4, (2015): 931-974.
- Albayrak, Hakan ve Serkan Ağar. “Tasarrufun İptali Davalarının Kamu İcra Hukuku ve Genel İcra Hukuku Çerçevesinde Özel Dava Şartları Bakımından Karşılaştırılması.” *TBB Dergisi* 124, (Mayıs-Haziran 2016).
- Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk Yargılama Usulleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1960.
- Arslan, Aziz Serkan. “Tasarrufun İptali Davasından Sonra Açılan Menfi Tespit Davasında Bekletici Mesele Yapma Sorunu,” içinde *Prof. Dr. Ejder YILMAZ’a Armağan*, ed. Emel Hanağası ve Mustafa Göksu, Ankara: Yetkin, 2014.
- Arslan, Ramazan. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Medeni Usul Hukukuna Getirdiği Başlıca Yenilikler,” içinde *Prof. Dr. Gürkan Çelebican’a Armağan*. 439-59. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2020.

Mali Durumu Dokuz Milyon Lira Borç Para Vermeye Müsait Olmayan Bir Kişinin,
Borçlu Olarak Gösterdiği Kişi Hakkında Dokuz Milyon Liralık İcra Takibinde Bulunması,
Hayatın Olağan Akışına Aykırı Sayılmaz mı?

- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. 7. Baskı. Ankara: Yetkin, 2021.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Başözen, Ahmet. *Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı*. Ankara: Adalet Yayınları, 2010.
- Berkin, Mehmet Necmettin. *İflâs Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972.
- Berkin, Mehmet Necmettin. *Tatbikatçılar için İflâs Hukuku Rehberi*, İstanbul: Filiz, 1980.
- Berkin, Mehmet Necmettin. *Tatbikatçılar için Medeni Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul: Filiz, 1982.
- Börü, Levent. “İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kasdından Dolayı İptal (İİK m. 280).” *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi* 58, no. 3 (2009): 481-538.
- Coşkun, Mahmut. *İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat, Tasarrufun İptali Davaları*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Coşkun, Mahmut. *İçtihatlı İİK 4*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Çetinel, Tunahan. *Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarruflar Bağlamında Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Çiftçi, Pınar. *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*. Ankara: Adalet, 2018.
- Demir, Abdullah. “Yargıtay İçtihatlarındaki “Hayatın Olağan Akışı” Kriteri ve İslam Hukukundaki, “Zahiri Kal Delili”.” *Terazi Hukuk Dergisi* 28, (Aralık 2008).
- Erdönmez, Güray. *Alacaklılara Zarar Verme Kasdıyla Yapılan Tasarrufların İptali*. İstanbul: Oniki Levha, 2020.
- Eroğlu, Orhan. *Tasarrufun İptali Davaları ile Muvazaa Davaları ve Karşılaştırılması*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Eroğlu, Orhan. *İslah*. Ankara: Seçkin, 2021.

- Eroğlu, Orhan. *Açıklamalı-İçtihatlı Tasarrufun İptali Davası ile Muvazaa Davası ve Karşılaştırılması*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin, 2020.
- Esener, Turhan. *Muvazaalı Muameleler*. İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956.
- Göksoy, Yaşar Can. “Kambiyo Senetlerine Dayalı Menfi Tespit Davalarında İspat Yükü Açısından “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı,” içinde *Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021 Bildiri Kitabı Sorunlar ve Çözüm Önerileri*. 539-562. Ankara: Yetkin, 2021.
- Göksu, Mustafa. “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları.” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no.1 (2011): 53-65.
- Görgün, Şanal. *Medeni Usul Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Yetkin, 2014.
- Gözütok, Zeki ve Adem Albayrak. *Alfabetik Medeni Usul El Kitabı*. Ankara: Adalet, 2021.
- Günay, Erhan. *Tasarrufun İptali Davaları (Borçlu Muvazaası)*. 5.Baskı. Ankara: Seçkin, 2019.
- Güneren, Ali. *Tasarrufun İptali Davaları*. Ankara: Yetkin, 2012.
- Güneren, Ali. İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarrufun İptal Davaları, Ankara: Adalet, 2004.
- Gürdoğan, Burhan. *İflâs Hukuku*. Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1966.
- Halman Çetin, Emine. *Tasarrufun İptali Muvazaa İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear*. Ankara: Adalet, 2016.
- Kaplan, Hasan Ali. “4949 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Kaplan, Necdet. *Güncel İçtihatlarla İcra ve İflas Hukuku Uygulama Notları*. Ankara: Bilge, 2014.
- Karamercan, Fatih. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı (TMK, 229-241)*. Ankara: Seçkin: 2020.
- Karataş, İzzet ve Erol Ertekin. *Tasarrufun İptali Davaları*. Ankara: Yetkin, 1998.

- Karslı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012.
- Korkusuz, Mehmet Refik. *İcra ve İflâs Hukuku Uygulaması*. Ankara: Roma Yayınları, 2004.
- Kostakoğlu, Cengiz. “Takip Hukukunda İptal Davaları.” *Adalet Dergisi*, no. 6 (1989).
- Kovan, Hüseyin. *100 Soruda Muris Muvazaası Nedeni ile Tapu İptal ve Tescil Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları*. Ankara: Adalet, 2016.
- Kurtoğlu, Serdar. “İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği.” *İstanbul Barosu Dergisi* 47, no. 7-8 (1973): 776-80.
- Kuru, Baki. “Dava Şartları.” İçinde *Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan*. 109-47. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1964.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet, 2013.
- Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Kuru, Baki. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Kuru, Baki. *Medeni Usul Hukuku “El Kitabı”2*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin, 2013.
- Kuru, Baki ve Burak Aydın. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku “Ders Kitabı”*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Kuru, Baki ve Burak Aydın. *Medeni Usul Hukuku El Kitabı 1*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Muşul, Timuçin. *Tasarrufun İptali Davaları*. 2. Baskı. Ankara: Adalet, 2017.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukuku 2*. Ankara: Adalet, 2013.
- Oskay, Mustafa, Coşkun Koçak, Adnan Deynekli ve Ayhan Doğan. *İİK Şerhi*. Ankara: Turhan, 2007.
- Önen, Turgut. “İptal Davaları.” *Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi* 1, (1969).

- Özsunay, Ergun. *Türk Hukuku'nda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1968.
- Pekcanitez, Hakan. "Bekletici Sorun (Meselei Müstehire)." *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (1980): 249-275.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes. *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2013.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)*. 4. Baskı. Ankara: Yetkin, 2015.
- Pekcanitez, Hakan, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz. *Medeni Usul Hukuku – Pekcanitez Usul*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Postacıoğlu, İlhan. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. 6. Baskı. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1975.
- Sarisözen, İsmet. "İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 1 (1977).
- Sertkaya, Abdulkadir Şehabettin ve Süleyman Kul. *Tasarrufun İptali Davaları*. Ankara: Adalet, 2016.
- Taş Korkmaz, Hülya ve Ömer Korkmaz. "Tasarrufun İptali Davalarında Davacı Alacağıının Muvazaalı Olduğu İddiası ve Bu İddianın Hukukun Temel Hak ve İlkeleri ile Bağlantısı." *Fasikül Hukuk Dergisi* 11, no. 111, (Şubat 2019).
- Taşpınar, Sema. "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımında Rolü," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 45, no. 1-4 (1996).
- Taze, Mehmet. "Tasarrufun İptali Davası." Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- Toktaş, Mine. *Tasarrufun İptali Davaları*. Ankara: Seçkin, 2009.
- Tuncer Kazancı, İdil. *Tasarrufun İptali Davalarında İspat*, Ankara: Yetkin, 2015.
- Ulukapı, Ömer. *İcra ve İflâs Hukuku*. Konya: Mimoza Yayınevi, 2015.
- Umar, Bilge. *Türk İcra-İflas Hukuku'nda İptal Davaları*. İstanbul: 1963.

- Umar, Bilge ve Ejder Yılmaz. *İsbat Yükü*. 2. Baskı. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1980.
- Uyar, Talih. *Gereğçeli-İçtihatlı Türk Medeni Kanunu II*. Ankara: Feryal Matbaası, 2002.
- Uyar, Talih. *Gereğçeli-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi XI*. 3. Baskı. Ankara: Turhan Kitapevi, 2010.
- Uyar, Talih. *Hukuki Mütalâalar*. 2. Baskı. Ankara: Bilge, 2017.
- Uyar, Talih. *Hukuki Mütalâalar*. 3. Baskı. Ankara: Bilge, 2020.
- Uyar, Talih. “Tasarrufun İptali Davalarının Hukuki Niteliği ve Amacı.” *Manisa Barosu Dergisi*, (Temmuz 2008).
- Uyar, Talih. “‘Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi’ Hakkında Açılan Tasarrufun İptali Davasının Sonuçları.” *İstanbul Barosu Dergisi*, (Kasım-Aralık 2012): 137-233.
- Uyar, Talih. “Tasarrufun İptali Davasının Uygulamada Tartışılan Yönleri.” *Legal Hukuk Dergisi* (Haziran 2014): 169-76.
- Uyar, Talih. “Muvazaa (TBK.19) Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının (İİK.280/I.) Açılma Koşulları ve Sonuçları.” *Legal Hukuk Dergisi*, no. 139 (Temmuz 2014): 175-87.
- Uyar, Talih. “Borçlu Hakkında Üçüncü Kişi Tarafından Takip Konusu Yapılan Senedin (ve İcra Takibinin) ‘Muvazaalı Olduğu’ İleri Sürülerek, Borçlunun Alacaklıları Tarafından Senedin (ve İcra Takibinin) Kendileri Bakımından Geçersiz Sayılması İçin Tasarrufun İptali Davası Açılabilir mi? (İİK 280; TBK 19).” *Ankara Barosu Dergisi* 73, no. 1 (Ocak 2015).
- Uyar, Talih. “‘Hayatın Olağan Akışına Aykırı Olduğu’ Gereğçesiyle ‘Bir Senedin İptaline’ Karar Verilebilir mi?.” *Legal Hukuk Dergisi* (Temmuz 2015):195-201.
- Uyar, Talih. “Takibe Konu Edilmiş Senedin ‘Hayatın Olağan Akışına Aykırılık’ ve ‘Tefecilik Suçuna Konu Olması’ Nedenleriyle İptali.” *Legal Hukuk Dergisi* (Temmuz 2016): 3657-72.

- Uyar, Talih. “‘Muvazaa’ Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının Koşul ve Sonuçları.” *Ankara Barosu Dergisi* 75, no. 3 (Temmuz 2017): 265-316.
- Uyar, Talih. “Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek Bazı Tasarruflar.” *Legal Hukuk Dergisi*, no. 177 (2017): 4449-513.
- Uyar, Talih. “Ticari Defter Kayıtlarına Göre ‘Alacaklı’ Gözüken Ancak Borçlusu Hakkında Takip Konusu Yaptığı Çekleri Ticari Defterlerine İşlememiş Olan Alacaklı, Yaptığı ‘Takip Dosyası’na Dayanarak ‘Borçlusu’ ve ‘Lehine Tasarrufta Bulunulan Üçüncü Kişi’ Hakkında ‘Tasarrufun İptali Davası’ Açılabilir mi?.” *Terazi Hukuk Dergisi* (Kasım 2017).
- Uyar, Talih. “Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları.” *Legal Hukuk Dergisi*, no. 190 (2018): 4729-801.
- Uyar, Talih. “Birden Fazla Kredi Sözleşmesinden Kaynaklanan Borç İçin Açılan Tasarrufun İptali Davalarında ‘Borcun Doğum Tarihli’ Nasıl Belirlenir.? Tasarrufun İptali Davasının ‘Bedele Dönüşmesi’ (İİK 283/II) Halinde, Tazminata Esas ‘Gerçek Değer’in Hesaplama Yöntemi.” *Legal Hukuk Dergisi*, no. 184 (2018): 1739-58.
- Uyar, Talih. “Tasarrufun İptali Davalarında ‘Alacağın Gerçek Olması’ ve ‘Hayatın Olağan Akışına Uygunluk’ Koşullarının Uygulamada Yarattığı Sorunlar.” *Legal Hukuk Dergisi* (Ocak 2020): 267-309.
- Uyar, Talih. “Tasarrufun İptali Davalarında ‘Ticari İşletmenin Devri’ (İİK 280/III), ‘İptale Tabi Tasarrufların Kapsamı’ (İİK 277 vd.) Konularına İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar.” *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı III, 2020)*: 3941-78.
- Uyar, Talih. “Çek Hamili Hakkında Keşideci Tarafından ‘Dava Konusu Çekin Teminat Çeki Olduğu İddiasıyla’ Açılan Menfi Tespit Davasının Uygulamada Yarattığı Sorunlar.” *İstanbul Barosu Dergisi*, no. 6 (2020): 15-29.
- Uyar, Talih. “Tasarrufun İptali Davalarında ‘Son İki Yıl İçinde Yapılan Tasarruflar (İİK. m. 278/I, II) ve ‘Taşınmazın ‘Tapuda Gösterilen Satış Bedeli’ le ‘Rayiç Bedeli’ Arasında Bir Mislini Aşan Fark Bulunması’ (İİK. m. 278/III-2) Koşulu ile ‘Davacının,

Davalı-Borçludaki Alacağının ‘Gerçek Bir Alacak Olması’
Koşulunun Uygulamada Yarattığı Sorunlar.” içinde *Prof. Dr.
N.M. Berkin’e Armağan*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.

Uyar, Talih, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar. İİK Şerhi 3, 3. Baskı. Ankara:
Bilge, 2014.

Uyar, Talih Alper Uyar ve Cüneyt Uyar. *Olumsuz (Menfi) Tespit ve Geri
Alma (İstirdat) Davaları*. 4. Baskı (Ankara: Bilge, 2015).

Uyar, Talih, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar. İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun
İptali Davaları. 7. Baskı. 2021.

Uzun Çam, Mine. *Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptali
Davaları*, Ankara: Seçkin, 2017.

Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku 1-2*. 7. Baskı. İstanbul: Nesil
Matbaacılık, 2000.

Üstündağ, Saim. *İflâs Hukuku*. 8. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009.

Yavaş, Murat. *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu
Kuralın İstisnaları*. Ankara: Seçkin, 2009.

Yavuz, Nihat. “Alacaklılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemlerin Hukuken
Nitelendirilmesi Sorunu ve Bu Amaçla Yapılan Muvazaalı İşlemler
Hakkında Yargıtay Uygulamasından Örnekler.” *Yargıtay Dergisi*
25, no. 3 (Temmuz 1999).

Yavuz, Nihat. “Alacaklılardan Mal Kaçırmak Amacı ile Yapılan İşlemlerin
Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu.” *Yargıtay Dergisi* 12, no. 1-2
(Ocak-Nisan 1986).

Yıldırım, Mehmet Kamil ve Nevhis Deren Yıldırım. *İcra ve İflas Hukuku*.
İstanbul: Beta, 2016.

Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin, 2016.

Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 3*, Ankara: Yetkin, 2021.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun Ek-1. Maddesi Üzerine Bir Değerlendirme

Seçkin ÖZTÜRK*

I. KAMU KURUM VE KURULUŞLARINDA ÇALIŞAN AVUKATLARIN BARO KAYDI

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan avukatlara münhasır yalnızca bir maddeye yer verilmiştir. Esasen bu tercihin kamu kurumlarında çalışan avukatların da zaten "avukat" olduğu, bu nedenle onlara ilişkin ayrı bir düzenleme yapılmasının gerekmediği gerekçesine dayandığı düşünülebilir. Nitekim madde başlığında (Ek-1. madde) kamu kurumlarında çalışan avukatlara ilişkin genel bir düzenleme yapıldığı izlenimi verilmekle birlikte, madde içeriğinde yalnızca baroya kayıtlı olma zorunluluğunun bulunmadığı, baroya kayıtlı olunmasa bile kayıtlı olanlarla aynı ödev ve sorumluluklara sahip olduğu ifade edilmiştir.

* Avukat, Ankara Barosu. (avozturkseckin@gmail.com)

Avukatlık, 1136 sayılı Kanun'un 1. maddesi gereğince bir serbest meslektir. Kamuda çalışan avukatların mesleki faaliyetleri Gelir Vergisi Kanunu çerçevesinde serbest meslek faaliyeti olarak tanımlanamasa da, bu durum kamuda çalışan avukatların Avukatlık Kanunu'na tabi olarak avukatlık faaliyetlerini yürüttükleri gerçeğini değiştirmez.^[1]

Unvanı avukat olan ve kanunda tanımlı avukatlık mesleğini bir kamu kurumu bünyesinde ifa eden meslek mensuplarının, baro levhasına kayıtlarının takdirlerine bırakılmasının, aidat yükümlülüğünden muaf olmalarının dışında başka sonuçlarının da olduğu açıktır.^[2] Bu sonuçların aslında en önemlisi esasında bir kamu hizmeti olan avukatlık mesleğini kamu kurumu bünyesinde ifa eden meslek mensuplarının hangi hukuki rejime tabi oldukları, başka bir deyişle “avukat” mı, “kamu görevlisi/memur” mu yahut her ikisi de mi olduğu sorunudur. Aslında hukuki bir belirsizliğin yansımaları da ifade eden bahse konu üç ihtimalin betimlemesini iki ayrı karara değinerek yapmaya çalışacağız. Kararların farklı mercilerce, farklı alanlara ilişkin olarak verildiğini ve çalışma kapsamında karar incelemesinin amaçlanmadığını ifade etmek isteriz.

II. DANIŞTAY 10. DAİRESİ'NİN 28/11/2006 TARİHLİ VE E:2003/2919, K:2006/6899 SAYILI KARARI

Kamu kurumuna avukat olarak atanan ve devamında baro levhasına kaydını sildiren bir avukata ilişkin Danıştay 10. Dairesi'nin 28/11/2006 tarihli ve E:2003/2919, K:2006/6899 sayılı kararında aynen şu gerekçeye yer verilmiştir;

“...Barosuna kayıtlı serbest avukat olarak çalışmakta iken silah taşıma ruhsatı alan, ancak ...Hukuk Müşavirliğinde 657 sayılı Yasaya tabi kadrolu avukat olarak çalışmaya başlayan ve baro levhasından kaydını sildiren davacının hukuki statüsünde meydana gelen bu değişiklik sonucunda kamu görevlisi olduğu hususunda bir duraksama bulunmamaktadır. Bu itibarla davacıya silah taşıma ruhsatı verilmesini gerektiren neden (baroya kayıtlı serbest avukat) ortadan kalkmıştır. Bu hususu altı ay içinde ruhsatı veren makama bildirmeyen davacının silah

[1] Ejder Yılmaz, “Kamuda Çalışan Avukatlar,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, no. 3 (2008): 738.

[2] Yılmaz, “Kamuda,” 747-748.

taşıma ruhsatının iptali ve silahın başka bir şahsa devri yapıncaya kadar emanete alınması yolundaki işlemde, 6136 sayılı Yasanın 6'ncı ve adı geçen Yönetmeliğin 16/i maddesine aykırılık bulunmamaktadır. Öte yandan, adı geçen Yönetmeliğin, silah taşımalarına izin verilen kamu görevlilerini tek tek saymak suretiyle belirleyen 8. maddesinde, kamu kurum ve kuruluşlarında hukuk müşaviri veya avukat olarak çalışan kamu görevlilerine yer verilmemiştir.”^[3]

Kararın gerekçesinde ruhsat verilmesini gerektiren neden olarak “baroya kayıtlı serbest avukat olma” şartının arandığı, kişinin 657 sayılı Kanun’a tabi kadrolu avukat olarak çalışmaya başlaması ve baro kaydını sildirmesi ile avukat olan hukuki statüsünün kamu görevlisi olarak değiştiğine işaret edilmiştir.

Kararda atıf yapılan Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelik’in 9/ş maddesinde taşıma ruhsatı verilecek diğer meslek mensuplarından birisi olarak “baroya kayıtlı avukatlar” düzenlemesine yer verilmiştir. Avukatlara düzenleme içerisinde yer verilmesi, mesleki faaliyetlerinin niteliğinden kaynaklandığı açıktır. Bu durumda mesleki faaliyetini bir kamu kurumu bünyesinde yürüten avukat için de aynı durumun geçerli olduğu tartışmadan uzaktır. Nitekim kamu kurumu bünyesinde faaliyet yürüten bir avukat, sadece o kurumun iç işleyişine ve faaliyet alanına ilişkin evrak ve yazışmaları takip etmemekte, aksine avukatlık mesleği ve yargılama hukukunun gerektirdiği tüm faaliyetleri istisnasız bir şekilde yerine getirmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki yukarıda değinilen kararın gerekçesinden, 657 sayılı Kanun’a tabi, kadrolu avukat olarak çalışmaya başlayan bir avukatın, “baro kaydını sildirmemesi” durumunda da “serbest” avukat olmaması nedeniyle yine aynı sonucun doğacağı, yani kararda bahsi geçen haktan yararlanamayacağı anlaşılmaktadır. Ancak yukarıda değinilen yönetmelik hükmünde “baroya kayıtlı olma” ifadesine yer verildiği dikkate alındığında, bir kamu kurumu bünyesinde faaliyet yürüten ve baroya kayıtlı olan avukatların da yönetmelik hükmü kapsamında olduğu ve bahse konu haktan yararlanabileceği değerlendirilmektedir.

Sonuç itibariyle yukarıda da değindiğimiz 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun Ek-1. maddesi ile;

[3] Karar; dava konusu talepten (silah taşıma ruhsatı) bağımsız olarak, avukatlara tanınan bir hakkın kullanımına ilişkin olarak değerlendirilmektedir.

“Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları isteklerine bağlıdır. Ancak bunlar hakkında bu kanunun avukatlık meslekine kabul ve ruhsatname verilmesine ilişkin hükümler aynen uygulanır. Bunlar, görevlerinin gereği olan işleri yaparken baro levhasına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleriyle yükümlüdürler...”

düzenlemesine yer verilmiştir.

Bu durumda baroya kayıtlı olsun ya da olmasın (kaydın bir zorunluluk olması gerektiğine ilişkin değerlendirmemizi bir kenara bırakarak) kamu kurumunda faaliyet yürüten tüm avukatların 1136 sayılı Kanun uyarınca tüm avukatlar ile aynı hukuki statüde olduğunun kabulü gerekir. Bu açıdan aslında genel bir değerlendirmeyi içeren “657 sayılı Kanun’a tabi bir kadroya atanma durumunda avukatın bu statüden koparak başka bir statüye geçtiğine” ilişkin Danıştay kararına katılmamız mümkün değildir.

III. TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULUNUN 11/02/2005 TARİHLİ VE E:2004/379, K:2005/54 SAYILI KARARI

Değinmek istediğimiz ikinci karar ise Baro Disiplin Kurulunca verilen karara itiraz üzerine Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunca verilen 11/02/2005 tarihli ve E:2004/379, K:2005/54 sayılı karardır. Kamu avukatı, serbest avukat gibi bir ayırımın hem hukuka hem de avukatlık etik kurallarına aykırı olacağına ilişkin görüşe bizim de katıldığımızı öncelikle ifade etmek isteriz.

Bahse konu karar ile disiplin cezasına konu fiilden bağımsız olarak şu tespite yer verilmiştir;

“...Avukatlık Yasasının Ek Madde 1 (Ek; 05.08.1984, 3003/8) uyarınca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli veya sürekli avukatlık görevlerinde çalışanların baro levhasına yazılmaları isteklerine bağlı ise de; görevlerinin gereği olan işleri yaparken baro levhasına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleriyle yükümlü oldukları gibi, Avukatlık Yasası ve TBB Meslek Kurallarına aykırılık teşkil eden eylemler için öngörülen disiplin işlem ve cezalarının sözü edilen Avukatlar hakkında da barosunca uygulanacağı

tartışmasızdır. Kaldı ki Kamu Avukatlığı, Serbest Avukatlık gibi bir ayırım, Avukatlık etik kuralları ile de bağdaşmaz...”^[4]

Görüldüğü üzere kararda 1136 sayılı Kanun’un Ek-1. maddesine atıfta bulunmak suretiyle kamu avukatlığı, serbest avukatlık gibi bir ayırımın kabul edilemeyeceği, 1136 sayılı Kanun kapsamında disiplin işlemlerinin kamu kurumlarında çalışan avukatlar yönünden de aynı şekilde uygulanacağı ifade edilmiştir. Burada dikkate edilmesi gereken nokta ise avukatın baro levhasına kaydı olsun ya da olmasın kendisi hakkında aynı uygulamanın geçerli olacağıdır.

1136 sayılı Kanun’da avukatlar için disiplin cezalarının uygulanacağı hal-ler, disiplin cezaları ve bu cezaların uygulanma şekli düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme ise 657 sayılı Kanun’a tabi olarak görev yapanlar yönünden yine aynı kanun ile düzenlenmiştir. Avukatlık hizmetleri sınıfına tabi olarak kamu kurumlarında görev alan avukatların mesleklerini icra ederken gerçekleştirdikleri faaliyetler hem 1136 sayılı Kanun kapsamında bir mesleki faaliyet, hem de 657 sayılı Kanun kapsamında yürüttükleri bir görevdir. Bu durumda kamu kurumlarında çalışan avukatların mesleki faaliyetleri neticesinde gündeme gelebilecek disiplin süreçleri yönünden aynı anda birden fazla kanuna tabi olmaları söz konusu olabilmektedir.

Her ne kadar Sayıştay Temyiz Kurulunun bir kararında;

“...657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 14.07.1965 tarihinde yürürlüğe girmiş bir kanundur. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ise 19.03.1969 tarihinde yürürlüğe konmuş avukatlık mesleğini düzenleyen daha yeni bir kanundur. Nitekim Avukatlık Kanununun Ek I inci maddesi, 08.05.1984 tarih ve 3003 sayılı kanununun 8 inci maddesi ile ilgili Kanuna eklenmiş olan ve Kamu Kurumlarında çalışabilecek avukatların durumunu düzenleyen özel bir düzenlemedir...”^[5]

denilmek suretiyle Avukatlık Kanunu’nun avukatlık mesleğini düzenleyen daha yeni bir kanun olduğuna atıf yapılmışsa da disiplin uygulamaları yönünden hangi Kanun’un ve usulün öncelikle uygulanacağı konusunda,

[4] M. Haşim Mısır, *Avukatlık Disiplin Hukuku* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016), 435-436.

[5] Sayıştay Temyiz Kurulu, Dosya No:39650, Tutanak No:41746, 29/03/2016.

ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek birçok hususun tartışılması gerektiğine değinmek ile yetiniyoruz.

SONUÇ

1136 sayılı Kanun'un Ek-1. maddesi ile getirilen ve halihazırda kamu kurumlarında çalışan avukatların baro levhasına kayıtlı olmalarının kendi takdirlerine bırakılmasına ilişkin düzenleme, uygulamada avukatların barolardan uzaklaşmasına neden olmakta, meslek ve özlük haklarına ilişkin farklı alanlarda dağınık bir şekilde yer alan düzenlemeler ise yukarıda "avukat mı" "memur mu" şeklinde dile getirebileceğimiz ikilemi gündeme getirmektedir. Öyle ki kamu kurumunda çalışan bir avukat Ek-1. maddeye istinaden avukatlara tanınan bir "hakkın" kullanımında kapsam dışında kalabilmektedir.

Benzeri ikilemlerin ortadan kaldırılabilmesi açısından kamu kurumlarında avukatlık mesleğini ifa eden farklı unvanların sonlandırılarak avukat unvanı altında birleştirilmesi, kamu kurumlarında çalışan avukatların da baro levhasına kayıtlı olmalarının zorunlu olması, gerek disiplin gerek mesleki faaliyetleri yönünden kamu kurumlarında çalışan avukatların yalnızca Avukatlık Kanunu'na ve meslek kurallarına göre faaliyet yürüttüklerinin açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Bu noktada kamu kurumlarında çalışan avukatların mesleki faaliyetlerine ilişkin esasların ve özlük düzenlemelerinin 1136 sayılı Kanun'da ayrıca yer alması gerektiğine işaret ediyoruz.

Sonuç itibarıyla 657 sayılı Kanun'un 36. maddesi ile avukatlık hizmetleri sınıfında istihdam için baroya kayıtlı olma şartı arandığı da dikkate alınarak 657 sayılı Kanun'un 36. maddesi ile çelişen 1136 Avukatlık Kanunu'nun Ek-1. maddesinin yürürlükten kaldırılması gerektiği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Mısır, M. Haşim. *Avukatlık Disiplin Hukuku*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016.

Yılmaz, Ejder. "Kamuda Çalışan Avukatlar." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, no. 3 (2008): 738-748.

Kontrgaranti Sözleşmeleri

Eşref Can GÜRBÜZ*

GİRİŞ

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun E. 1966/16, K. 1967/7 sayı ve 13/12/1967 tarihli ve E. 1969/4, K. 1969/6 sayı ve 11/06/1969 tarihli iki içtihadı birleştirme kararı ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi olarak kabul edilen teminat mektupları, banka tarafından lehtar ile muhatap arasındaki temel borç ilişkisinden kaynaklanan rizikoların üstlenildiği ve risk gerçekleştiğinde muhatabın uğrayacağı zararların tazmin edileceğini teminat altına alan bir taahhüttür. Garanti sözleşmesi niteliğinde kabul edilmeleri nedeniyle riziko gerçekleştiğinde muhataba yapmış olduğu ödeme ile taahhüdünü yerine getiren banka, muhataba yapmış olduğu bu ödemeyi lehtardan talep edebilmesine ilişkin yasal bir rücu hakkına sahip olamamaktadır. Bankanın yasal rücu hakkından yoksun olması ve muhataba yapmış olduğu ödemeyi lehtara rücu edebilme isteği, uygulamada kontrgaranti sözleşmelerinin düzenlenmesini zorunlu kılmıştır. Böylece kontrgaranti sözleşmeleri ile banka, teminat mektubu ilişkisinde garanti alan konumunda bulunan

* Avukat, Ankara Barosu. <https://orcid.org/0000-0002-8372-5909>.

muhabata yapmış olduğu ödemeyi lehtara veya lehtar adına kontrgaranti veren üçüncü kişiye rücu edebilme imkânına sahip olmaktadır. Bu niteliği gereği kontrgaranti sözleşmelerinin daha iyi anlaşılabilmesi adına, makalede öncelikle garanti sözleşmesi izah edilmiş, daha sonra teminat mektuplarına kısaca değinilerek kontrgarantinin hukuki niteliği ve özellikleri açıklanmıştır.

I. GARANTİ SÖZLEŞMELERİ

A) GENEL OLARAK

İsimsiz bir sözleşme türü olan ve bu özelliği dolayısıyla Kanunlarda tanımı yapılmamış olan garanti sözleşmesine ilişkin olarak doktrin ve Yargıtay içtihatlarında^[1] farklı tanımlar yapılmıştır. Bu kapsamda garanti sözleşmesi; garanti verenin, bir ivaz elde etmek kastı olmaksızın garanti alanı bir teşebbüse sevk etmek amacıyla teşebbüsün tehlikesini bağımsız olarak üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır.^[2]

B) UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Garanti sözleşmesi; bir hukuki ilişkiden kaynaklı riskleri teminat altına alma amacı güden, riziko gerçekleştiğinde meydana gelen zararın tazmin edilmesi taahhüdünü içeren, şarta bağlı, bağımsız, ivazsız ve kural olarak tek tarafa borç yükleyen atipik (isimsiz) bir sözleşmedir.^[3] Başka bir ifadeyle

[1] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 1985/4169, K. 1985/5613, T. 15/10/1985 “Garanti sözleşmesi; ferî nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki, garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almak demektir.” (<https://www.kazancihukuk.com/> Erişim Tarihi: 28/11/2021).

[2] Seza Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, (Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1963), 9; Seza Reisoğlu, *Türk Kefâlet Hukuku*, (Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1964),75; Aydın Zevkililer, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 8. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 40; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 8. Baskı, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010), 626; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler-II*, 3. Baskı, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 501; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 1182.

[3] Kemal Atasoy, “Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları,” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2019): 110-4.

garanti sözleşmesi, fer'i nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil; onu teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak, söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almaktadır.^[4]

1- Garanti Alanın Fiili

Garanti sözleşmesinde garanti veren, meydana gelebilecek olası zararları tazmin etmeyi taahhüt etmek suretiyle garanti alanı bir teşebbüste (eylemde) bulunmaya sevk etmek istemektedir. Böylece garanti sözleşmesinin en temel unsurlarından biri, garanti alanın yapma ya da yapmama biçiminde bir fiilde bulunmaya yönlendirilmesidir. Garanti veren, garanti alanı, belirli bir hareket tarzına sevk etmek için ileride doğması muhtemel zararları karşılamayı garanti (taahhüt) etmektedir.^[5]

2- Garanti Verenin Risk Üstlenmesi

Risk, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olmakla birlikte gerçekleşmesi durumunda garanti alanı ekonomik anlamda zarara uğratacak her türlü olayı ifade etmektedir. Garanti sözleşmesinde garanti veren, bir yandan garanti alanı belirli bir davranışta bulunmaya sevk ederken diğer yandan da garanti alanın bu davranışı gerçekleştirme durumunda uğrayabileceği zararları tazmin etme yönünde bir taahhütte bulunarak bu hususta bir risk üstlenmektedir. Risk gerçekleştiğinde garanti veren, temel borç ilişkisinden doğan ve teminat altına alınan borç borcun ifa edilmemesi nedeniyle garanti alanın uğradığı olumlu (müspet) zararını tazmin edecektir.^[6] Müspet zarar ise borçlu tarafından üstlenilen edim tam ve gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı

[4] Gülay Öztürk, "Banka Teminat Mektuplarında Lehdarın Hak ve Yükümlülükleri," *Terazi Hukuk Dergisi* 2, no. 5 (2007): 21.

[5] Adnan Harman, "Banka Teminat Mektuplarına Bağlı Olarak Verilen Kontrgarantiler," (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009), 19.

[6] Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, 154-5; Atasoy, "Garanti Sözleşmesinin Türleri," 125 Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 631.

alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile hâlihazırda gösterdiği durum arasındaki farkı ifade etmektedir.^[7]

Garanti sözleşmelerinde, hangi riskin garanti veren tarafından üstlenilmiş olduğu açıkça belirtilmelidir.^[8] Aksi kabul, garanti sözleşmesinin niteliği ile bağdaşmayacaktır. Hakeza garanti veren tarafından üstlenilen riskin kaynağı, mutlaka garanti veren dışındaki bir kişi olmalıdır. Bu kapsamda garanti verenin, kendisinden kaynaklı bir riski üsteliyor olması garanti sözleşmesinin niteliğine aykırı olacaktır.^[9]

3- İvazsızlık

Garanti sözleşmeleri, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyle garanti verenin, üstlenmiş olduğu riziko karşısında bir karşı edim elde etmediği bir taahhüt niteliğindedir.^[10] Böylece garanti veren, garanti alana yapmış olduğu taahhüt karşılığında bir edim talep etmemektedir. Kural bu olmakla birlikte banka teminat mektuplarında mektup lehtarının komisyon ödemesinde olduğu gibi bazı durumlarda garanti sözleşmelerinde garanti alanın bir edimi yerine getirmekle yükümlü tutulması, o sözleşmenin garanti sözleşmesi olmasına engel teşkil etmemektedir.^[11]

[7] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1082.

[8] Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler-II*, 502; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2001/8061, K. 2002/5973, T. 23/09/2002: “Garanti sözleşmesi ile garanti edilen risk, kredi sözleşmesinin tarafları arasındaki asıl ilişkiden tamamen bağımsız olmakla birlikte riski, garanti sözleşmesinde atıf yapılan kredi sözleşmesi ile belirlenmektedir. Hangi riskin garanti edildiği belli edilmeden “her türlü borç ilişkisinden doğmuş ve doğacak tüm alacakların” garanti edilmesi garanti sözleşmesinin amacı ile bağdaşmaz.” (<https://www.kazancihukuk.com/> Erişim Tarihi: 28/11/2021).

[9] Harman, “Banka Teminat Mektuplarına Bağlı Olarak Verilen Kontrgarantiler,” 23.

[10] Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, 22; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler-II*, 504; Hüseyin Mert Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009), 73.

[11] Harman, “Banka Teminat Mektuplarına Bağlı Olarak Verilen Kontrgarantiler,” 21.

4- Bağımsızlık

Garanti sözleşmesiyle garanti veren, garanti alan ile lehine garanti verilen üçüncü kişi arasındaki temel borç ilişkisinden ayrı ve bağımsız bir yükümlülük altına girmektedir. Bu nedenle garanti sözleşmesinin varlık ve geçerliliği, garanti alan ile üçüncü kişi arasındaki temel hukuki ilişkinin varlık ve geçerliliğine bağlı olmayacaktır. Ancak garanti alan ile üçüncü kişi arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan borcun sona ermesi, güvence altına alınan riskin de sona ermesi sonucunu doğuruyor ise garanti sözleşmesi sona erecektir.^[12]

Garanti sözleşmesinin bağımsız niteliği, bu sözleşmeyi kefalet sözleşmesinden ayıran en temel noktadır.^[13] Nitekim kefalet sözleşmesi bağımlı bir yan (fer'i) borç olup kefaletin varlığı için kefil tarafından güvence altına alınacak asli bir borcun varlığı gerekmektedir. Bu nedenle kefalet borcu, ancak teminat altına alınan asıl borç mevcut olduğu takdirde doğacak olup ancak onunla birlikte varlığını sürdürebilecektir.^[14]

5- Şarta Bağlı Olma

Garanti sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle şarta bağlı bir borçtur. Şarta bağlı olmadan kasıt; garanti verenin, garanti sözleşmesinden kaynaklanan borcunu ifa edebilmesi için asıl borç ilişkisinden kaynaklı rizikonun gerçekleşmiş olmasıdır.^[15] Böylece garanti veren, meydana gelmesi durumunda garanti alanın uğrayacağı zararları tazmin etmeyi taahhüt ettiği riziko gerçekleştiğinde ve garanti alan bundan dolayı zarara uğradığında garanti sözleşmesinden kaynaklanan tazmin borcunu yerine getirecektir.

[12] Nami Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1986), 28.

[13] Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 630.

[14] Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 764.

[15] Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, 74; Atasoy, "Garanti Sözleşmesinin Türleri," 114; Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, 86-7.

C) TÜRLERİ

Garanti sözleşmeleri, saf (bağımsız, yöneltmeyi amaçlayan) garanti sözleşmesi ve teminat amaçlı (bağımlı, kefalet benzeri) garanti sözleşmesi olmak üzere ikiye ayrılır. Söz konusu tasnif, garanti veren ile garanti alan dışında bir temel borç ilişkisinin bulunup bulunmadığı hususuna dayalı olarak yapılmaktadır.

1- Saf (Bağımlı, Yöneltmeyi Amaçlayan) Garanti Sözleşmesi

Saf garanti sözleşmelerinde garanti veren, temel bir borç ilişkisi, yani asli bir borç bulunmadan garanti alana bir girişimin sonucunu garanti etmektedir.^[16] Yani saf garanti sözleşmelerinde garanti veren, başkaca bir hukuki ilişkiye dayalı olmaksızın doğrudan doğruya bir sonucu garanti etmek suretiyle borç altına girmektedir.

Saf garanti sözleşmesinde üçlü bir ilişki bulunmamakta olup garanti veren, üçüncü bir kişinin edimini taahhüt etmemekte; garanti alanı belirli bir davranışa yöneltmek amacıyla bu davranıştan doğacak rizikoları teminat altına almaktadır.^[17]

Örneğin A belediyesi, belediye sınırları içerisinde otel yapacak olan girişimci B'ye, 10 yıl süreyle %25 kar garantisi vermişse, A ile B arasında kurulan bu sözleşme saf garanti sözleşmesi niteliğinde olacaktır. Böyle bir ihtimalde A, B'nin %25 kar sağlayamadığı yıllarda karından eksik kalan kısmı B'ye ödemek zorunda kalacaktır.^[18] Hakeza bir belediye sınırları içerisinde eczane açacak olan kişiye aylık belirli bir karın garanti edilmesi de saf garanti sözleşmesi niteliğinde olacaktır.^[19]

[16] Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, 15; Eren, *Özel Hükümler*, 766; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 421; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 628.

[17] Harman, "Banka Teminat Mektuplarına Bağlı Olarak Verilen Kontrgarantiler," 30; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 629.

[18] Eren, *Özel Hükümler*, 766.

[19] Atasoy, "Garanti Sözleşmesinin Türleri," 107.

2- Kefalet Benzeri (Bağımsız, Teminat Amaçlı) Garanti Sözleşmesi

Kefalet benzeri garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alana, temel borç ilişkisinin karşı tarafının üslendiği edimi garanti etmekte ve o kişi edimini hiç veya gereği gibi yerine getirmediği durumda garanti alanın bundan doğacak zararlarını, temel ilişkinin varlığından ve geçerliliğinden bağımsız olarak tazmin etmeyi taahhüt etmektedir.^[20] Yani kefalet benzeri garanti sözleşmesinde, garanti veren ve garanti alan arasındaki sözleşmesel ilişki dışında garanti alanın da taraf olduğu temel bir borç ilişkisi bulunmakta ve garanti veren, bu temel borç ilişkisinden kaynaklı edimin yerine getirilmemesi rizikosunu üstlenmektedir. Kefalet benzeri garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alan ile üçüncü kişi arasındaki temel ilişkiden kaynaklı borcun varlığına ve icra kabiliyetine bakılmaksızın (kusursuz imkânsızlık, asıl borç ilişkisinin geçersiz olduğu durumlar gibi) borçlunun edimini yerine getirmemesi halinde ortaya çıkacak zararlardan sorumlu olacaktır.^[21]

Örneğin A ile B'nin yaptığı sözleşmede A, B'ye bir taşınmaz satmayı ve bu taşınmaz üzerinde konut ve işyerleri yapmayı borçlanmaktadır. Ancak B, A'nın taşınmazı satıp satmayacağından, konut ve işyerlerini yapıp yapmayacağından tam emin değildir. Bu aşamada C devreye girerek B ile yaptığı garanti sözleşmesinde, A'nın taşınmazı satacağını ve taşınmaz üzerine konut ve işyerlerini yapacağını taahhüt etmesi durumunda bu garanti sözleşmesi, kefalet benzeri garanti sözleşmesi niteliğinde olacaktır. Bu ihtimalde A, taşınmazı B'ye satmazsa veya taşınmaz üzerine konut ve işyerlerini yapmazsa C, B'nin bu nedenle uğradığı zararları tazmin etmek zorunda kalacaktır.^[22]

Kefalet benzeri garanti sözleşmesinin kefalet sözleşmesinden farkı; kefaletin fer'i nitelikte olmasına karşın garanti sözleşmesinin bağımsız nitelikte olması ve kefalet sözleşmesinde borçlunun ödeme gücü teminat altına alınırken kefalet benzeri garanti sözleşmesinde temel borç ilişkisindeki borcun gerçekte

[20] Eren, *Özel Hükümler*, 767; Atasoy, "Garanti Sözleşmesinin Türleri," 106; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 628; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 422; Develioğlu *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, 16; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler-II*, 508.

[21] Harman, "Banka Teminat Mektuplarına Bağlı Olarak Verilen Kontrgarantiler," 32; Atasoy, "Garanti Sözleşmesinin Türleri," 107; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 628.

[22] Eren, *Özel Hükümler*, 767.

var olmaması tehlikesinin de üstlenilmiş olmasıdır.^[23] Böylece garanti sözleşmesi, rizikoları teminat altına alınan temel borç ilişkisinden tamamen bağımsız bir taahhüdü içermekte iken kefalet sözleşmesi, asıl borç ilişkisinin hukuki kaderine bağlı olmaktadır. Hakeza kefalet sözleşmesinde kefil, alacaklıya yapmış olduğu ödeme sonrasında onun haklarına halef olmakta ve yapmış olduğu ödemeyi borçluya rücu etme noktasında yasal bir hakka sahip bulunmaktadır; buna karşılık garanti sözleşmesinde garanti verenin alacaklıya halef olma ve yasal bir rücu hakkı bulunmamaktadır.

II. TEMİNAT MEKTUBU

A) GENEL OLARAK

Teminat mektubu; lehtarın, muhataba karşı yüklendiği bir edimin yerine getirilmesinin garanti edildiği, edim yerine getirilmediği durumlarda belirli bir tutarın kayıtsız ve şartsız ödeneğinin taahhüt edildiği mektuptur.^[24]

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun E. 1966/ 16, K. 1967/7, T. 13.12.1967 içtihadı birleştirme kararında ise teminat mektupları;

“Banka teminat mektubu bir bakımdan üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde olup daima yazılı şekilde düzenlenmektedir... Bankanın sorumlu olacağı en yüksek miktar rakamla gösterilmektedir. Bankanın sıfatı, teminatı veren olduğundan, taahhüdü... esas akitten ayrı ve tamamıyla müstakildir. Bankanın taahhüdü lehtarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak tecessüm eder. Banka bu teminat mektubu ile bir sözleşmeye bağlanmış şahsın vebibesini yerine getirmesini ve yerine getirmediği takdirde teminatı alan şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alır.”

şeklinde tanımlanmıştır.

[23] Atasoy, “Garanti Sözleşmesinin Türleri,” 116; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 628.

[24] Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, 8; Abdurrahman Çetin ve Yusuf Dinç, “Türkiye’de Teminat Mektupları: Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar,” *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi* 5, no. 9, (2013): 70.

B) HUKUKİ NİTELİĞİ

Teminat mektubunu tarafları, garanti veren banka ile garanti alan muhataptan oluşmaktadır. Lehine garanti verilen lehtar, teminat sözleşmesinin tarafı olmadığı için teminat mektubunun düzenlenmesine ilişkin lehtarın izninin alınmasına da gerek duyulmayacaktır.^[25]

Teminat veren; borçlunun, alacaklıya karşı üstlenmiş olduğu edimi yerine getirmemesi durumunda alacaklının uğradığı zararlara karşılık bir miktar para ödemeyi taahhüt eden bankayı ifade etmektedir. Teminat alan (muhatap); banka tarafından kendisine teminat verilen ve lehine teminat mektubu tanzim edilen gerçek ya da tüzel kişiyi ifade etmektedir. Lehtar; banka tarafından muhataba karşı fiili garanti edilen ve fiil yerine getirilmediğinde muhataba ödeme yapılacağı taahhüt edilen temel borç ilişkisinin borçlusudur. Kontrgaran (garantör) ise teminat veren banka tarafından, riziko gerçekleştiğinde muhataba yapılan ödemenin banka tarafından kendisine rücu edilmesini kefalet veya taşınır ya da taşınmaz rehni kurmak suretiyle temin eden gerçek ya da tüzel kişidir.^[26]

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.^[27] Bu konudaki temel tartışma, banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi mi yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu noktasında toplanmaktadır. Ancak bu tartışma sadece doktrin düzeyinde kalmakta olup Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun E. 1966/16, K. 1967/7, T. 13/12/1967 ve E. 1969/4, K. 1969/6, T. 11/06/1969 sayılı iki içtihadı birleştirme kararında, sözleşme metninde hangi sözcükler kullanılırsa kullanılsın (müşterek borçlu, müteselsil kefil gibi) banka teminat mektuplarının, üçünü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir.

[25] Atasoy, "Garanti Sözleşmesinin Türleri," 108.

[26] Damla G. Songur ve Çiğdem Ceylan, "Banka Teminat Mektubu – Hukuki Niteliği ve Çeşitleri," *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, (2014): 153-4; Çetin ve Dinç, "Türkiye'de Teminat Mektupları," 71.

[27] Bkz. Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, 93; Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, 40 vd.; Haluk Tandoğan, "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti," içinde *Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*, (Ankara, 1962): 793-816.

Banka teminat mektubunun kefalet veya garanti sözleşmesi olarak nitelen-
dirilmesinin birtakım sonuçları bulunmaktadır. Örneğin kefalet sözleşmesi-
nin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olacağı
azami miktar ile kefalet tarihi açıkça belirtilmelidir. Buna karşılık garanti
sözleşmesinde herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir.^[28] Uygulama her ne
kadar bankalar tarafından düzenlenen teminat mektuplarında, bankanın
sorumlu olacağı azami miktar gösteriliyor olsa da teminat mektubunun
kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabul edilmesi durumunda azami
miktarın gösterilmemesi teminat mektubunun geçersizliğine yol açacakken,
garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi durumunda azami miktarın gös-
terilmemesi teminat mektubunun geçerliliğini etkilemeyecektir.^[29] Hakeza
kefil, asıl borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilirken garanti
sözleşmesinde garanti veren, lehine teminat verdiği kişiye ait def'ileri ileri
sürememektedir.^[30] Ancak yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere, Yargıtay
İçtihadı Birleştirme Kararları ile teminat mektuplarının, üçüncü kişinin
fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi olduğu kabul edilmiş olduğu
için uygulamada bu türden tartışmaların bir önemi kalmamıştır.

Teminat mektupları, kefalet benzeri (teminat amaçlı) garanti sözleşmesinin
bir türü olarak karşımıza çıkmaktadır.^[31] Nitekim burada banka, garanti
alanı bir eylemde bulunmaya yönlendirmekten ziyade, temel borç ilişkisi-
nin borçlu tarafı olan üçüncü kişinin üstlendiği edimi yerine getirmemesi
durumunda ortaya çıkacak olan zararı tazmin etmeyi üstlenmektedir. Bu
rizikonun gerçekleşmesi ve muhatap tarafından teminat mektubu bedelinin

[28] Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, 15; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, 66; Barlas *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, 27; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 422; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler-II*, 509; A. Özge Yenice, *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009), 99.

[29] Melis Taşpolat Tuğsavul, "Banka Teminat Mektupları," *İstanbul Barosu Dergisi* 83, no. 1 (2009): 305.

[30] Sabih Arkan, "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu," *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü XVI*, no. 4, (1992): 61.

[31] Songur ve Ceylan, "Banka Teminat Mektubu," 159; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 628; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler-II*, 508.

ödenmesinin talep edilmesiyle birlikte banka tarafından lehtara tanınan gayri nakdi kredi nakde dönüşmüş olacaktır.^[32]

C) SÖZLEŞMENİN TARAFLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

1- Lehtar ile Muhatap (Teminat Alan) Arasındaki İlişki

Teminat mektubunda lehtar, banka tarafından edimi taahhüt edilen kişi olup asıl borç ilişkisinin borçlu tarafını oluşturmaktadır. Muhatap ise banka tarafından düzenlenen teminat mektubu ile ileride doğması muhtemel zararlarının karşılanacağı taahhüt edilen kişi, temel borç ilişkisinin alacaklı tarafıdır.

Lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişki satım, eser, kira gibi özel hukuk nitelikli bir borç ilişkisi olabileceği gibi hazineye karşı bir ödeme yükümünü içeren kamusal nitelikte bir ilişki de olabilmektedir.^[33] Teminat mektubunda teminat veren tarafı teşkil eden banka, lehtar ile muhatap arasındaki temel borç ilişkisinden bağımsız olarak yükümlülük altına girmektedir.^[34] Bu nedenle bankanın teminat mektubundan doğan sorumluluğunda, lehtar ile muhatap arasındaki sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.^[35] Bankanın taahhüdü bağımsız nitelikte olduğu için lehtar ile muhatap arasındaki ilişki, sadece rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitiyle sınırlı olmak üzere bankayı ilgilendirmektedir; bunun dışında banka, asıl borcun varlık ve geçerliliğine bakmaksızın muhataba karşı olan tazmin yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır.^[36]

Lehtar, muhatap ile kendisi arasındaki temel borç ilişkisinden kaynaklanan borcun muaccel olmadığı, borcunu ifa ettiği veya ifanın tamamen muhatabın kusuru ile imkânsız hale gelmiş olduğu durumlarda teminat mektubunun paraya çevrilmesini engellemek isteyebilir. Ancak muhatap ile banka arasındaki teminat mektubu verilmesine yönelik ilişki, muhatap

[32] Taşpolat Tuğsavul, “Banka Teminat Mektupları,” 301.

[33] Taşpolat Tuğsavul, “Banka Teminat Mektupları,” 322.

[34] Arkan, “Teminat Mektubu,” 68.

[35] Arkan, “Teminat Mektubu,” 60.

[36] Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, 28; Songur ve Ceylan, “Banka Teminat Mektubu,” 164.

ile lehtar arasındaki temel borç ilişkisinden bağımsız bir ilişki olduğu için temel borç ilişkisinin geçersizliği, bankayı sorumluluktan kurtarmayacaktır. Bununla birlikte lehtar, muhatap ile arasındaki temel borç ilişkisinden kaynaklanan ve banka tarafından güvence altına alınan rizikonun gerçekleşmemiş olduğu gerekçesiyle “bankadan ödeme talebinde bulunulmamasına” ilişkin ihtiyati tedbir kararı alır ve bu kararı henüz ödemenin gerçekleşmediği bir dönemde bankaya bildirirse, garanti veren durumunda bulunan banka muhataba ödeme yapmaktan kaçınabilecektir.^[37] Nitekim teminat mektubunda belirtilen bedelin ödenmesi için gerekli şartların oluşmadığı bir dönemde muhatapın bankadan ödeme yapmasını istemesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacaktır. Mahkeme tarafından da ihtiyati tedbir kararı verilirken somut olayda hakkın kötüye kullanıldığının aşikâr olması ve tedbir kararı verilmesinde hukuki yararın bulunması gerekmektedir.^[38] Ancak lehtar tarafından ihtiyati tedbir kararının alınmadığı veya alınıp da henüz bankaya bildirilmediği bir dönemde muhatapın başvurusu üzerine banka tarafından ödeme yapılır da daha sonra bu ödeme kontrgaranti ilişkisi çerçevesinde lehtara rücu edilirse, lehtar, henüz rizikonun gerçekleşmemiş olması nedeniyle banka tarafından yapılan ödemenin sebepsiz zenginleşmeye sebebiyet verdiği gerekçesiyle banka tarafından kendisine rücu edilen ödemeyi muhataptan isteyebilecektir.^[39] Zira ihtiyati tedbir kararı bankaya bildirilmemişse, muhatapın talebi üzerine banka tarafından ödeme yapılmak zorundadır; aksi takdirde bankanın sorumluluğu doğacaktır.^[40]

[37] Arkan, “Teminat Mektubu,” 79; Öztürk, “Banka Teminat Mektuplarında Lehdarın Hak ve Yükümlülükleri,” 24; Alper Özboyacı, “Banka Teminat Mektuplarında Ödeme Talebi ve Buna Bağlı Sonuçlar,” *Terazi Hukuk Dergisi* 4, no. 31, (2009): 52.

[38] Arkan, “Teminat Mektubu,” 77.

[39] Öztürk, “Banka Teminat Mektuplarında Lehdarın Hak ve Yükümlülükleri,” 25; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler-II*, 517.

[40] Seza Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, 4. Baskı, (Ankara, 2003), 359; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2001/11-996, K. 2001/1026, T. 14/11/2001: “Somut olayda, Kesin teminat mektubu mahkemenin tedbir kararının bulunmadığı 26.8.1999 gününde bankaya usulüne uygun olarak ibraz edilmiş, banka başvurunun yapıldığı tarihte derhal ödeme yapması gerekirken hiçbir neden ileri sürmeden ödemedi kaçınmış, Daha sonra da bir tarih sonra verilen mahkeme tedbir kararının bu ödememeye gerekçe göstermiştir. Oysa sonradan ibraz edilen

2- Lehtar ile Teminat Veren Arasındaki İlişki

Banka, kendi müşterisi lehtar lehine muhataba teminat mektubu verirken aynı zamanda iç ilişkide muhataba yapmış olduğu ödemeyi rücu edebilmek için lehtar ile anlaşma yapmaktadır. Bu anlaşma, teminat mektubunun varlık ve niteliğini etkileyen nitelikte olmamakla birlikte banka, muhataba yapmış olduğu ödemeyi lehtara rücu edebilme hususunda kendisini güvenceye almak istemektedir.

Lehtarın talimatları doğrultusunda muhatap lehine teminat mektubu düzenleyen banka, lehtara gayrinakdi kredi kullanılmaktadır. Nitekim teminat mektubunun gayrinakdi kredi niteliğinde olduğu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 48. maddesinde ifade edilmiştir. Bu nedenle henüz risk gerçekleşmeden, muhatap tarafından nakde çevrilmemiş olan teminat mektubu bedeli alacak olarak lehtardan istenemeyecektir.^[41]

Teminat mektubunun garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edildiği için banka, kefalet sözleşmesinin aksine, muhataba yapmış olduğu ödeme ile kanuni bir rücu hakkı kazanmamaktadır. Bu nedenle banka, muhataba yaptığı ödemeyi doğrudan doğruya lehtardan talep edememektedir. Lehtarın temel borç ilişkisindeki edimini yerine getirmemesi ve böylece rizikonun gerçekleşmiş olması ihtimalinde ödeme yapmak durumunda kalan banka, lehtar ile kontrgaranti adı verilen ve muhataba yaptığı ödemeyi lehtardan talep edebilmesine olanak sağlayan ayrı bir sözleşme yapmaktadır. Bu sözleşmede lehtar tarafından aynı ya da şahsi teminat verilmek suretiyle bankaya rücu hakkı tanınmaktadır.

3- Teminat Veren ile Muhatap (Teminat Alan) Arasındaki İlişki

Teminat mektubunun asıl taraflarını teminat veren banka ile teminat alan muhatap oluşturmaktadır. Bu ilişkide teminat veren, muhataba karşı, lehtarın temel borç ilişkiden kaynaklanan edimini yerine getirmemesi durumunda meydana gelen zararları tazmin etmeyi taahhüt etmekte ve bu türden bir rizikoyu üstlenmektedir. Böylece her teminat mektubunda banka, belirli ya da belirlenebilir bir riski muhataba karşı garanti etmekte

tedbir kararının bankanın tazmin zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı açıktır.”
(<https://www.kazancihukuk.com/> Erişim Tarihi: 28/11/2021)

[41] Songur ve Ceylan, “Banka Teminat Mektubu,” 165.

olup lehtar ile muhatap arasındaki her türlü borç ilişkisinden kaynaklanacak alacağın garanti edilmesi gibi bir durum söz konusu olmamaktadır.^[42] Hakeza teminat mektupları, sadece mektup metninde gösterilen rizikoya karşı güvence sağlamakta olup teminat mektubuna dayalı ödemenin talep edilebilmesi için, mektup metninde gösterilen riskin gerçekleşmiş olması gerekir. Bu nedenle muhatap, mektup metninde ifade edilen rizikoların kapsamına girmeyen bir riske dayalı olarak ödeme talebinde bulunduğu anda, teminat veren tarafından bu talep reddedilecektir.^[43]

Garanti sözleşmesi, lehtarın istemi üzerine banka tarafından düzenlenen teminat mektubunun muhatap tarafından kabul edilmesiyle kurulmuş olacaktır.^[44] Riziko gerçekleştiğinde teminat veren, muhatabın talebi üzerine, ayrıca protesto çekilmesine, borçlunun rızasına veya mahkeme kararına gerek kalmaksızın teminat mektubunda taahhüt etmiş olduğu edimi muhataba karşı ifa etmekle mükellef olacaktır.^[45] Burada banka, teminat mektubunda taahhüt ettiği miktara kadar doğacak olan zararlardan sorumlu olacaktır.^[46]

Muhatabın ödeme talebi kendisine iletilen teminat veren, “ilk talepte ödeme” kaydını içeren teminat mektupları müstesna olmak üzere^[47], riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini öncelikle incelemek durumundadır.^[48] Yapılan incelemelerde rizikonun gerçekleşmediği tespit edilirse, muhataba herhangi bir ödeme yapılmamalıdır.^[49] Nitekim böyle bir durumda muhatabın ödeme talebi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacaktır. Borçlar hukukunun

[42] Seza Reisoğlu, “Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar,” *Bankacılar Dergisi* 43, (2002): 40; Songur ve Ceylan, “Banka Teminat Mektubu,” 166.

[43] Arkan, “Teminat Mektubu,” 74.

[44] Taşpolat Tuğsavul, “Banka Teminat Mektupları,” 323.

[45] Taşpolat Tuğsavul, “Banka Teminat Mektupları,” 303; Huriye Reyhan Demircioğlu, “Kontrgarantiye Başvurulamayan Hallerde Teminat Mektubunu Ödeyen Bankanın Lehbara Rücu Meselesi,” *Terazi Hukuk Dergisi* 4, no. 31, (2009): 61.

[46] Öztürk, “Banka Teminat Mektuplarında Lehdarın Hak ve Yükümlülükleri,” 20.

[47] Arkan, “Teminat Mektubu,” 75.

[48] Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, 83.

[49] Songur ve Ceylan, “Banka Teminat Mektubu,” 167.

tüm diğer sözleşmelerinde olduğu gibi banka, mektubun sahteliği, bankayı borç altına sokan kişilerin yetkili olmadığı, riskin sona erdiği veya gerçekleşmediği, teminat mektubunun ahlaka, adaba, kamu düzenine aykırı olduğu gibi kendisine ait def'i ve itirazları ileri sürebilmeli ve bu suretle ödeme yapmaktan kaçınabilmelidir.^[50] Yargıtay tarafından da teminat verenin, kendisine ait def'ileri ileri sürmek veya lehtar tarafından ihtiyati tedbir kararı alınmak suretiyle muhataba ödeme yapılmasının engellenebileceği kabul edilmektedir.^[51]

Bankanın teminat mektubundan kaynaklanan sorumluluğu, bağımsız ve asli nitelikte bir borç olduğu için lehtar ile muhatap arasındaki temel borç ilişkisinden kaynaklanan ve bu ilişkinin geçersizliğine yol açan durumlar, teminat vereni sorumluluktan kurtarmayacaktır. Nitekim temel borç ilişkisinin geçersiz olduğu durumda dahi risk gerçekleşmekte ve lehtar tarafından yerine getirilmesi gereken edim, yerine getirilmemiş olmaktadır.^[52] Aynı

[50] Reisoğlu, "Banka Teminat Mektupları," 95; Özboyacı, "Banka Teminat Mektuplarında," 50; Arkan, "Teminat Mektubu," 69.

[51] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2009/3511, K. 2010/10747, T. 25/10/2010: "Kural olarak ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında banka, yalnızca şekli manada inceleme yapma yetkisini haiz olup, esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapma hak ve yetkisini haiz değildir. Bu sebeple de ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarının esas itibarıyla muhatap lehine olduğu kabul edilmektedir. Bu kuralın iki önemli istisnası bulunmaktadır. Birincisi, banka, teminat mektubu sözleşmesinin tarafı sıfatıyla kendisine ait olan defileri ileri sürerek ödemeden kaçınabilecektir. İkinci istisna da, lehtarın mahkemelerden ihtiyati tedbir kararı alarak, bankanın ilk talepte ödeme kaydını havi teminat mektuplarının ödenmesine engel olabilmesi halidir. Öte yandan, muhatabın talebinin haksız olduğunu, dürüstlük kuralı ile (MK.m.2) bağdaşmadığını kesin olarak bilen bankanın "ilk talepte" kaydına rağmen muhataba ödeme yapmaktan kaçınabilmesi gerekir. İlk talepte ödeme kaydını havi banka garantilerinde banka, lehtarın her uyarısını değil, likit delillere dayanan uyarısını dikkate almak zorundadır. Örneğin, lehtar, asıl ilişkiden doğan borcunu ödediğini ispat eden belgeleri bankaya ulaştırmış ve bankadan teminat mektubunun serbest bırakılmasını istemiş ve bu arada muhatap teminat mektubunu iade etmek yerine bankadan ödeme talebinde bulunmuş ise, banka ödemeden kaçınmalıdır. Çünkü, bu halde teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin gerçekleşmediği, dolayısıyla da yapılan ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu aşıkardır. Hukuk düzenleri de hakkın kötüye kullanılmasını korumazlar." (<https://www.kazancihukuk.com/> Erişim Tarihi: 28/11/2021).

[52] Songur ve Ceylan, "Banka Teminat Mektubu,"168.

kabul, Yargıtay içtihatlarına da yansımış olup mücbir sebep, beklenmedik hal, imkânsızlık, akdın geçersizliği, lehtarın oluru, iflası gibi gerekçeler ileri sürülmek suretiyle teminat verenin tazmin yükümlülüğünün ortadan kaldırılamayacağı ifade edilmiştir.^[53]

III. KONTRGARANTİ

A) GENEL OLARAK

Lehtar lehine muhataba teminat mektubu vermiş olan banka, lehtar ile muhatap arasındaki temel borç ilişkisinden kaynaklanan ve teminat mektubu ile üstlenmiş olduğu riskin gerçekleşmesi durumunda muhatabın uğradığı zararları tazminle yükümlü olacaktır. Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, özellikle Yargıtay'ın iki ayrı içtihadı birleştirme kararında teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi niteliğinde olmayıp üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi sonrasında, riziko gerçekleştiğinde muhataba ödeme yapmış olan garanti veren (banka), Kanundan kaynaklanan rücu hakkı bulunmadığı için bu ödemeyi lehtara rücu edemeyecektir.

Bankanın yasal rücu hakkından yoksun olması ve muhataba yapmış olduğu ödemeyi lehtara rücu edebilme isteği, uygulamada kontrgaranti

[53] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2002/19-457, K. 2002/509, T. 12/06/2002: “Türk mevzuatın da , Garanti Akdine ait bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 1/12/1967 tarih 1966/16 Esas, 1967/7 karar s. ve 11/6/1969 tarih 1969/4-6 s. kararlarında açıklandığı ve öğretilde baskın biçimde kabul edildiği gibi Banka Teminat Mektupları Garanti Akdi niteliğinde bulunduğu kabul edilmektedir. Taraflar arasındaki sözleşmede yazılıp, benimsendiği ve bunun doğal sonucu olarak, banka teminat mektubu vermekle bir asli borç yüklenmiş olmaktadır. Teminat mektubunu öderken kendi borcunu ödemiş olmaktadır. Banka, mücbir sebepleri, beklenmeyen halleri, imkansızlığı, muhatap ile lehtar arasındaki aktin geçersizliğini, lehtarın OLURUNU, iflasını ileri sürerek tazmin talebini reddedemez. Banka ancak teminat mektubunun geçersiz olduğunu, zamaşımına uğradığını, mahkemece ödememe konusunda tedbir konulduğu gibi kendisine ilişkin def ileri ileri sürmek suretiyle mektup bedelini ödemekten kaçınabilir (Y.H.G.K. E:1979/11-1941, K:1981/560 , aynı kurulun 19.4.1995 tarih 1995/11-124 , K:1995/408 , Y.H.G.K. 14/11/2001 gün, E:2001/11-995 K:2001/1025 s. kararları). Y.11.H.D.22.3.1985 tarih E:1001/1619 aynı dairenin 2.11.1993 tarih E:1992/5977 K:7001)” (<https://www.kazancihukuk.com/> Erişim Tarihi: 28/11/2021) ; Arkan, “Teminat Mektubu,” 69.

sözleşmelerinin düzenlenmesini zorunlu kılmıştır. Teminat mektubunun tanzim edilmesiyle Kanundan kaynaklı rücu hakkına sahip olamayan bankanın, riziko gerçekleştiğinde muhataba yapmış olduğu ödemeyi lehtara rücu edebilmesi için gerekli hukuki dayanağı oluşturmak ve teminat mektubu ile üstlenmiş olduğu riski güvence altına alabilmek için bankanın rücu ilişkisini düzenleyen ve “kontrgaranti” adı verilen bir sözleşme akdedilmektedir.

Kontrgaranti sözleşmesi; lehine garanti verilmiş olan lehtarın, riziko gerçekleştiğinde garanti alana ödeme yapacak olan garanti verene karşı, bu ödemeyi kendisine rücu edebileceği taahhüdünü içeren bir garanti sözleşmesidir.^[54] Kontrgaranti sözleşmesi, genel kredi sözleşmesi içerisinde bir hüküm olarak yer alabileceği gibi ayrı bir sözleşme olarak da tanzim edilebilmektedir.^[55]

Kontrgaranti sözleşmelerine banka tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanmış ve kontrgarandan önceden müzakere edilmeksizin imzalaması beklenen sabit taahhütler konulmaktadır.^[56] Söz konusu taahhütlerin itirazsız imzalanmış olması, bunların özgür iradeyle kabul edildiğini göstermemekte olup genel işlem koşulu niteliğindeki bu taahhüt, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ve devamı maddelerine göre inceleme konusu yapılabilecektir.^[57]

[54] Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, 78; Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları*, s. 396.

[55] Ünal Somuncuoğlu, “Banka Teminat Mektupları ve Kontrgaranti Sözleşmeleri,” *Hukuk Köprüsü* 3, no. 7 (2014): 265; Reisoğlu, *Kontrgarantiler*, 395.

[56] Reisoğlu, *Kontrgarantiler*, 398-9: “...vereceğiniz teminat mektuplarının muhatapları tarafından yapılacak ilk talep üzerine, durumu bana ihbara zorunlu olmaksızın, bu kefaletiniz dolayısıyla istenen parayı, ad ve hesabıma/hesabımıza derhal, kanun yollarına başvurmaya yer bırakmaksızın ve zararın mevcut olup, olmadığına, teminat mektubunda yazılı olabilecek şartın gerçekleşip, gerçekleşmediğine, teminat mektubu tutarının niçin ve hangi nedenle ve hangi borç için istenildiği hususlarına ve teminat mektubu lehtarları ile muhatapları arasındaki sözleşmenin feshedilip, edilmediğine, taahhüdün yerine getirilmemesindeki mücbir sebep iddialarına ve vadenin gelip gelmediğine bakılmaksızın, ödemeye yetkili olduğunuzu beyan ederim/ederiz...”.

[57] Somuncuoğlu, “Banka Teminat Mektupları ve Kontrgaranti Sözleşmeleri,” 267.

B) HUKUKİ NİTELİĞİ

Kontrgaranti sözleşmesi, banka ile kontrgaranti veren (garantör, kontrgaran) arasında imzalanmaktadır. Teminat mektubunun lehtarını kontrgaran olabileceği gibi lehtarla birlikte veya lehtardan bağımsız olarak üçüncü kişiler de kontrgaran olabilmektedir. Bu kapsamda kontrgaran (garantör), bankaya kefalet veya teminat yoluyla garanti veren gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir.^[58]

Riziko gerçekleştiğinde teminat mektubunun muhatabına ödeme yapmış olan banka, bu ödemeyi kontrgaranti sözleşmesine dayanarak kontrgarana rücu edecektir. Bu rücu ilişkisini sağlayan kontrgaranti sözleşmesinin hukuki niteliği hususunda doktrinde değişik görüşler ileri sürülse de genel kabul gören ve Yargıtay tarafından da benimsenen görüş, kontrgarantinin garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Buna göre kontrgaran, bankaya kendi lehine veya üçüncü kişi lehine teminat mektubu düzenleme talimatı verirken banka, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden doğan def'i ve itirazları ileri sürme hakkından feragat etmekte ve bu özelliği dolayısıyla kontrgaranti, garanti sözleşmesi niteliği taşımaktadır.^[59] Bu durum, kontrgarantinin kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabulünü de mümkün kılmamaktadır. Zira kefalet sözleşmesinde kefil, temel borç ilişkisinden doğan ve lehine kefalet verdiği borçluya ait def'ileri ileri sürebilmektedir.^[60]

Bankanın rücu hakkını güvence altına almakta olan kontrgaranti, lehtar tarafından verilebileceği gibi lehtar dışındaki bir gerçek veya tüzel kişi tarafından da verilebilir. Bu anlamda başka bir banka, kontrgaranti olarak teminat mektubunun garanti vereni olan bankaya teminat verebilmektedir. Böyle bir durumda kontrgaran banka, teminat mektubunun garanti vereni olan ve temel borç ilişkisinde güvence altına alınmış riziko gerçekleştiğinde muhatabın zararları tazmin eden bankaya, bu bankanın muhataba ödemiş olduğu bedeli kendisine rücu edebilme imkânı vermektedir.

Bir başka banka tarafından verilen teminat dışında taşınmaz rehni, taşınır rehni, alacak rehni veya şahsi teminatlardan olan kefalet de kontrgaranti olarak verilebilmektedir. Örneğin teminat mektubu veren bankanın riziko

[58] Çetin ve Dinç, "Türkiye'de Teminat Mektupları," 71.

[59] Reisoğlu, *Kontrgarantiler*, 403.

[60] Eren, *Özel Hükümler*, 784.

gerçekleştiğinde muhataba yaptığı ödemeyi rücu edebilmesi imkânı sağlayan kontrgaranti sözleşmesinde teminat olarak lehtara veya üçüncü kişiye ait bir taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilebilmektedir. Böyle bir durumda muhataba ödeme yapmış olan banka, üzerinde kontrgaranti sözleşmesine dayalı olarak ipotek bulunan taşınmazı sattırarak satış bedelinden, muhataba yapmış olduğu ödemeyi alabilecektir. Yahut kontrgaranti olarak lehtara kefil olan ve böylece teminat mektubu düzenleyen bankaya şahsi teminat veren üçüncü kişi, banka tarafından muhataba yapılan ödemeyi rücu ilişkisine göre bankaya ödemekle mükellef hale gelecektir.

Banka tarafından kontrgaranti sözleşmesi yapılmadığı bir durumda muhataba yapılan ödemeyi lehtara nasıl rücu edebileceği hususunda vekâletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşme görüşü ortaya atılmıştır.^[61] Vekâletsiz iş görme görüşüne göre banka ile lehtar arasında, iş görme ilişkisine dayalı bir hukuki durum bulunmamakta olup teminat mektubu düzenleyen banka, lehtar lehine hareket etmekte ve lehtara ait bir borcu ödemektedir. Bu nedenle banka, muhataba yapmış olduğu ödemeyi vekâletsiz iş görme hükümlerine göre lehine hareket etmiş olduğu lehtardan isteyebilmelidir.^[62] Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre ise banka, temel borç ilişkisinde lehtarın muhataba karşı olan borcunu ödemekte ve lehtar, pasifinin azalması yoluyla banka aleyhine zenginleşmiş olmaktadır. Bu nedenle de banka, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre muhataba yapmış olduğu ödemeyi lehtara rücu edebilmelidir.^[63]

C) ÖZELLİKLERİ

Kontrgaranti sözleşmesi, kural olarak tek tarafa borç yükleyen, bağımsız ve sebebe bağlı iki taraflı bir hukuki işlemdir. Kontrgaranti sözleşmesinin kurulabilmesi için garanti veren (kontrgaran) ve garanti alanın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarına ihtiyaç vardır. Bu kapsamda kontrgaranti sözleşmesi, garanti veren ile garanti alan arasında kurulan iki taraflı hukuki işlemi ifade etmekte olup kontrgaran lehtar dışında üçüncü bir kişi olsa

[61] Detaylı bilgi için bkz. Yenice, *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*, 114-9.

[62] Özboyacı, "Banka Teminat Mektuplarında," 57-8.

[63] Reisoğlu, *Kontrgarantiler*, 362.

dahi kontrgaranti sözleşmesinin kurulabilmesi için lehtarın muvafakatinin alınması şart değildir.^[64]

Kontrgaranti sözleşmesi ile kontrgaran, teminat mektubu düzenleyerek riziko gerçekleştiğinde muhatabın uğradığı zararları tazmin eden bankanın, muhataba yaptığı bu ödemeyi kendisine rücu edebilmesine imkân tanımaktadır. Bu taahhüdü ile teminat mektubunun paraya çevrilmesi riskine ilişkin olarak bankaya karşı garanti borcu altına giren kontrgaran, banka tarafından muhataba yapılacak ödemenin kendisine rücu edilebilmesini sağlamaktadır. Ancak her ne kadar bu ilişkide kontrgaran tek taraflı borç altına girse de hukuki niteliği gereği bir garanti sözleşmesi olan kontrgaranti sözleşmelerinde lehine garanti verilen bankanın da borç altına girmesine herhangi bir engel yoktur.

Kontrgaranti sözleşmelerinin sebebi, teminat mektubu düzenleyen bankaya garanti sağlamaktır. Buradaki garanti, banka tarafından muhataba yapılan ödemenin kontrgarana rücu edilebilmesidir. Kontrgaranti sözleşmesi ile kontrgaran, bağımsız bir yükümlülük altına girmekte olup kontrgaranın sorumluluğu, hem temel borç ilişkisindeki lehtar ve muhatap arasındaki hukuki ilişkiden hem de teminat mektubu düzenleyen banka ile muhatap arasındaki hukuki ilişkiden tamamen bağımsızdır.^[65]

Kontrgaranti sözleşmesinin taraflarını oluşturan kontrgaranti verenin (kontrgaran) ve kontrgaranti alanın (banka) iradeleri, teminat mektubunun paraya çevrilmesi rizikosunun kontrgaran tarafından üstlenilmesi noktasında uyuşmalıdır. Hukuki niteliği itibariyle bir sözleşme olan kontrgarantide bu iradelerin karşılıklı ve birbirine uygun olmaması, sözleşmenin kurulmaması sonucunu doğuracak olup böyle bir ihtimalde bankanın rücu hakkına sahip olduğundan da bahsedilemeyecektir. Bu noktada Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 1978/2012, K. 1978/2453 sayı ve 11/05/1978 tarihli kararında, bankanın teminat mektubunu muhataba iletmek üzere lehtara teslim etmiş olmasının kontrgaranti sözleşmesinin kurulması için yeterli sayıldığı ifade edilmiştir. Yargıtay'ın söz konusu içtihadı doktrinde eleştirilmiş olup Türk bankacılık sisteminde teminat mektuplarının banka tarafından doğrudan muhataba verilmediği, teminat mektubunun muhataba iletilmek üzere lehtara teslim edilmekte olduğu ve bu niteliği itibariyle

[64] Harman, "Banka Teminat Mektuplarına Bağlı Olarak Verilen Kontrgarantiler," 53.

[65] Harman, "Banka Teminat Mektuplarına Bağlı Olarak Verilen Kontrgarantiler," 55.

teminat mektubunun lehtara teslim edilmiş olmasının tek başına kontrgaranti sözleşmesinin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin olduğunun kabulünü mümkün kılmadığı ifade edilmektedir.^[66] Gerçekten de hukuki niteliği itibariyle bir sözleşme olan kontrgaranti sözleşmesinin kurulabilmesi için sözleşmenin taraflarını oluşturan banka ve kontrgaranın, teminat mektubunun paraya çevrilmesi rizikosunun güvence altına alındığı ve bu güvenceyi temin etmek üzere gösterilecek teminatın türü hususlarında anlaşmış olmaları gerekmektedir. Salt teminat mektubunun teslimi, bu türden bir anlaşmanın yapılmış olduğunu tek başına göstermeyeceği için kontrgarantinin varlığı başka türlü ispat edilemiyorsa bankanın rücu hakkına sahip olmadığı sonucuna varılması gerekmektedir. Nitekim bir sözleşmenin kurucu unsuru, tarafların belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları olup tarafların bu hususta irade beyanlarının bulunmaması, sözleşmenin hukuken yok hükmünde olması sonucunu doğuracaktır.^[67]

Kontrgaranti sözleşmesinde kontrgaran tarafından garanti edilen riskin belirli ya da belirlenebilir olması gerekmektedir. Bu kapsamda teminat mektubu ilişkisinde garanti veren taraf olan bankanın, temel borç ilişkisindeki riziko gerçekleştiğinde kontrgarana rücu edebileceği azami miktarın kontrgaranti sözleşmesine yazılması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 1987/7742, K. 1987/6985 sayı ve 11/12/1987 tarihli kararında da teminat mektubu düzenlemiş olan bankanın, kontrgaranti sözleşmesinde yazılı azami sınırdan daha fazla bir miktar için teminat mektubu vermiş olsa bile ancak kontrgaranti sözleşmesinde yazılı azami miktarı kontrgarandan isteyebileceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda kontrgaranti sözleşmesine, hangi riskin garanti edildiği belirtilmeksizin doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti altına alındığına ilişkin düzenlemeler, riskin belirli ya da belirlenebilir olması gerekliliğine uygun olmadığı için garanti sözleşmesinin niteliği ile de bağdaşmayacaktır.^[68] Uygulamada, ileride ortaya çıkabilecek ihtilafların engellenebilmesi için kontrgaranti

[66] Harman, "Banka Teminat Mektuplarına Bağlı Olarak Verilen Kontrgarantiler," 63.

[67] Eren, *Genel Hükümler*, 349.

[68] Harman, "Banka Teminat Mektuplarına Bağlı Olarak Verilen Kontrgarantiler," 100.

sözleşmelerine, kontrgaranın sorumlu olacağı azami miktar ile bu miktarın kapsamına nelerin dâhil olduğu açıkça yazılmaktadır.^[69]

D) GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Garanti sözleşmesinin bir türü olan kontrgaranti *sözleşmesinin geçerlilik şartlarına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kapsamda isimsiz* (atipik) sözleşme olarak nitelendirilebilecek olan kontrgaranti *sözleşmesinin varlık ve geçerliliği, genel hükümlere göre belirlenecek olup sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradenin sözlü açıklanması dahi mümkündür.*^[70]

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1/1 maddesine göre sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulmaktadır. Bu açıdan sözleşme, belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan hukuki işlemi ifade etmektedir.^[71]

Sözleşmenin kurucu unsuru olarak ifade edilen irade açıklamaları; iradelerin beyan edilmesi, karşılıklılık ve birbirine uygunluk olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır. İradelerin beyan edilmesi, sözleşmesel ilişkinin taraflarının bir hukuki işlem türü olan sözleşmeyi akdetmeye ilişkin istek ve arzularını ortaya koymalarını ve bu husustaki iradelerini bildirmelerini ifade etmektedir. Karşılıklılık ise taraflardan her birinin iradesini, diğer tarafa bildirmesini ifade etmektedir. İradelerin birbirine uygun olması, sözleşmesel ilişkinin taraflarının birbirlerine iletmiş oldukları iradelerde dile getirilen beyanların aynı konuya ilişkin olmasını, tarafların aynı şeyin gerçekleşmesini, belirli bir konuda aynı sonucun doğmasını istemelerini ifade etmektedir.^[72]

Konusu, teminat mektubu düzenlemek suretiyle temel borç ilişkisinden kaynaklanacak rizikoların gerçekleşmesi durumunda ödeme için kendisine başvuran muhataba uğradığı zararları ödeyecek olan bankanın teminat mektubunun paraya çevrilmesi rizikosunu teminat altına almak olan kontrgaranti *sözleşmesinin de hukuken geçerli bir şekilde kurulabilmesi için,*

[69] Reisoğlu, *Kontrgarantiler*, 400.

[70] Reisoğlu, *Kontrgarantiler*, 399.

[71] Eren, *Genel Hükümler*, 200.

[72] Eren, *Genel Hükümler*, 201.

sözleşmenin tarafları olan kontrgaranın ve kontrgaranti alan bankanın iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olması gerekmektedir. Burada tarafların iradeleri, teminat mektubunun paraya çevrilmesi durumunda banka tarafından muhataba yapılacak olan ödemenin kontrgarana rücu edilebileceği hususunda kontrgaranın bağımsız bir yükümlülük altına girmek olduğu hususunda birbirine uyumlu olmalıdır. Böylece kontrgaranti sözleşmesi için taraf iradelerinin uyuşması gereken objektif esaslı unsurlar, risk ve bağımsız bir yükümlülük üstlenilmiş olmasıdır.^[73]

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 12/1 maddesine göre, kanunda aksi öngörülmedikçe sözleşmelerin geçerliliği hiçbir şekle bağlı değildir. Böylece hukuk sistemimizde şekil serbestliği ilkesi kabul edilmiş olup serbestlik kural, şekil şartı ise istisnadır. Şekil serbestliğinin amacı, sözleşmelerin ihtiyaçlara uygun olarak süratle yapıp sonuçlandırılmasıdır. Ancak şekil serbestliği, şekilsizlik anlamına gelememekte olup sözleşmenin geçerliliğinin belirli bir şekle tabi olmadığı, sözlü, yazılı veya resmi şekil türlerinden herhangi biriyle yapılabileceğini ifade etmektedir.^[74]

Kontrgaranti sözleşmelerinin geçerlilik şartına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığı için sözleşmelerin tarafları, teminat mektubunun paraya çevrilmesi riskinin bağımsız olarak kontrgaran tarafından üstlenilmesine ilişkin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını istedikleri şekilde açıklayabilmekte olup kontrgaranti sözleşmesini şekil mecburiyeti olmaksızın yazılı veya sözlü şekilde yapabileceklerdir. Bununla birlikte taraflar, geçerlilik veya ispat şartı olarak iradi şekil şartı öngörebileceklerdir. Ancak uygulamada taraflar, ispat kolaylığı sağlaması için kontrgaranti sözleşmelerini yazılı olarak yapılmayı tercih etmektedir.

Garanti sözleşmesinin bir türü olan ve bu nedenle kişisel güvence içeren kontrgaranti sözleşmesinin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için tarafların ehliyetli olması gerekmektedir. Sözleşmenin taraflarından birisi banka olduğu için kontrgaranti alan açısından ehliyet meselesinin incelenmesi pratikte bir anlam ifade etmeyecektir. Ancak kontrgaranın ehliyetli olup olmadığı, sözleşmenin geçerli olup olmadığının tayininde büyük bir öneme sahip olacaktır.

[73] Harman, "Banka Teminat Mektuplarına Bağlı Olarak Verilen Kontrgarantiler," 73.

[74] Eren, *Genel Hükümler*, 279.

Tam ehliyetsizler, ayırt etme gücünden yoksun bulunan kimseleri ifade etmekte olup bu kimseler kendi fiilleri ile hak sahibi olamaz ve borç altına giremezler. Ayırt etme gücü bulunmayanların fiil ehliyetinin bulunmadığını ifade eden 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 14. maddesi^[75] ile ayırt etme gücü bulunmayanların fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağını ifade eden 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 15. maddesi^[76] bu sonucu desteklemektedir. Ayırt etme gücünden sürekli yoksun olan kimselerin yapmış olduğu hukuki işlemler baştan itibaren kesin hükümsüz olup herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır.^[77] Bu nedenle tam ehliyetsizlerin kontrgaran *sıfatıyla* kontrgaranti sözleşmesi imzalamaları mümkün değildir.

Sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıları ifade etmekte olup 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 16/1 maddesine^[78] göre *bu kimseler, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi eylemleriyle borç altına girememektedirler. Böylece sınırlı ehliyetsizler, ancak yasal temsilcilerinin rızası ile kendilerini borç altına sokacak işlemleri yapabilmektedirler. Ancak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 449. maddesinde birtakım yasak işlemler sayılmış olup aynı Kanun'un 342/3 maddesi gereği bu yasak işlemler velayet altındaki kişilere de uygulanacağı için yasal temsilcinin izni olsa dahi sınırlı ehliyetsizler, kontrgaran sıfatıyla kontrgaranti sözleşmesini imzalayamayacaklardır. Zira Kanun maddesinde kefil olmaktan bahsedilmiş olsa da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesine^[79] göre kefil olma ehliyeti, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka isim altında*

[75] 4721 sayılı **TMK m. 14:** Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur.

[76] 4721 sayılı **TMK m. 15:** Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz.

[77] M. Kemal Oğuzman, Özer Seçili ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 15. Baskı, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2015), 77.

[78] 4721 sayılı **TMK m. 16/1:** Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.

[79] 6098 sayılı **TBK m. 603:** Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.

yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı için sınırlı ehliyetsizlerin kontrgaran olması mümkün olmayacaktır.

Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ve kendilerine yasal danışman atanan ergin kişileri ifade eden sınırlı ehliyetliler, hukuki işlemlerinde kural olarak tam ehliyetli gibi kabul edilseler de bazı işlemleri yapabilmeleri için yasal danışmanlarının görüşünü almak zorundadırlar. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinde sayılan bu işlemlerden birisi de bir başkasına kefil olmadır. Böylece sınırlı ehliyetli, ancak yasal danışmanının görüşünü aldıktan sonra bir başkasının borcuna kefil olabilecektir. Burada yasal danışman, yasal temsilci sıfatıyla hareket etmediği için bu işlemi tek başına yapamayacaktır; işlem yine kendisine yasal danışman atanan kişi tarafından yapılacak olup yasal danışman sadece bu işleme muvafakat bildirme hakkına sahip olacaktır.^[80] Bu kapsamda sınırlı ehliyetli, yasal danışmanın muvafakatini almak kaydıyla kontrgaran sıfatıyla kontrgaranti sözleşmesi imzalayabilecektir.

Kontrgaranti sözleşmesi, kişisel güvenceye dayalı borç doğuran bir sözleşme olduğu için her ne kadar yasal bir düzenlemeye sahip olmasa da, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi gereğince, kontrgaranın kural olarak tam ehliyetli olması gerekmektedir. Tam ehliyetliler; ayırt etme gücüne sahip ve ergin olup da kısıtlanmamış bulunan kimseler olup fiil ehliyeti tam olan kişilerdir. Tam ehliyetliler, kendi fiilleri ile hak kazanabilirler ve borç altına girebilirler.^[81]

Gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de kontrgaran olabilmesi mümkündür. Bu nedenle kontrgaran sıfatıyla kontrgaranti sözleşmesini imzalayacak olan tüzel kişilerin de ehliyetli olması gerekmektedir. Tüzel kişiler, canlı varlıklar gibi doğal bir iradeye sahip olmadıkları için iradelerini organları aracılığıyla açıklamaktadırlar. Buna uygun olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 49. maddesinde tüzel kişilerin, kanuna ve kuruluş belgelerine göre zorunlu organlara sahip oldukları anda fiil ehliyetini kazanacakları ifade edilmiştir. Böylece tüzel kişi, kurulduğu zaman zorunlu organları henüz teşekkül etmemişse hak ehliyetine sahip bir kişi olarak nazara alınsa

[80] Oğuzman, Seçili ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 104.

[81] Oğuzman, Seçili ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 76.

da bu aşamada fiil ehliyetinden yoksun kabul edilecektir.^[82] Bu kapsamda kontrgaran sıfatıyla teminat mektubunun paraya çevrilmesi rizikosunu güvence altına alacak olan tüzel kişinin, zorunlu organlara sahip olması ve bu haliyle fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir.

E) BORCUN MUACCELİYETİ

Kontrgaranti sözleşmesi, kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için kontrgaranti alan banka, kontrgarana karşı herhangi bir borç altına girmemektedir. Ancak kontrgaranti sözleşmelerinin de ivazlı yapılmasına herhangi bir engel bulunmadığı için kontrgaran, bankaya teminat verirken bir komisyon alacağı talep edebilecektir. Böyle bir durumda kontrgaranti alan bankanın borcu, sözleşmenin imzalanması ile muaccel hale gelecektir. Nitekim kontrgaranti sözleşmesi, banka tarafından verilecek komisyon ücreti karşılığında imzalanacaktır.

Teminat mektubu ilişkisinden bağımsız olarak yükümlülük üstlenen kontrgaranın borcu, teminat mektubunun paraya çevrilmesine ilişkin rizikonun gerçekleşmesi ve kontrgaranti alan bankanın ödeme talebinde bulunmasıyla muaccel olacaktır. Böylece kontrgaranti alan bankanın kontrgarana başvurarak kontrgaranti sözleşmesinde ifade edilmiş olan miktarın ödenmesini talep edebilmesi için; lehtar ile muhatap arasındaki temel borç ilişkisinden kaynaklanan rizikonun gerçekleşmesi, muhatabın ödeme talebi üzerine bankanın teminat mektubu bedelini muhataba ödemesi, rizikonun gerçekleşmesi nedeniyle muhataba ödemedede bulunan ve bu nedenle zarara uğrayan bankanın kontrgarana bu bedelin kendisine ödenmesi için talepte bulunmuş olması gerekmektedir.^[83]

Kontrgaran, ödeme talebinin sözleşmede belirlenen şartlara uygun olarak ve süresi içinde yapıldığını belirlediği takdirde garanti bedelini bankaya ödemek zorundadır.^[84] Şartlar gerçekleşmesine rağmen tazmin borcunu yerine getirmeyen kontrgaran, temerrüde düşmüş olacağı için kontrgaranti sözleşmesinde belirtilen azami meblağa ek olarak temerrüt faizi ödemek zorunda kalacaktır.

[82] Oğuzman, Seçili ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 269.

[83] Reisoğlu, *Kontrgarantiler*, 401.

[84] Harman, "Banka Teminat Mektuplarına Bağlı Olarak Verilen Kontrgarantiler," 110.

Vadeli teminat mektuplarında banka, vermiş olduğu teminat mektubu dolayısıyla doğacak sorumluluğunu belirli bir süreyle sınırlamaktadır. Bu tür teminat mektuplarında bankanın sorumluluğunun doğabilmesi için teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin öngörülen vade içerisinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Vadeli teminat mektubunda belirlenen süre içerisinde rizikonun gerçekleşmemesi durumunda ise bankanın sorumluluğu ortadan kalkacaktır.^[85] 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 128/2 maddesi^[86] gereğince vadeli teminat mektuplarında taraflar, belirlenen süre içerisinde rizikonun gerçekleşmesinin yanı sıra bu süre içerisinde bankaya ödeme için yazılı talepte bulunulmasını da şart koşabileceklerdir. Böyle bir durumda vade içerisinde risk gerçekleşmiş ancak bankaya yazılı talepte bulunulmamışsa teminat mektubu hükümsüz hale gelecektir.^[87]

Vadeli teminat mektuplarında olduğu gibi kontrgaranti *sözleşmelerinin de vadeli olması mümkündür*. Vadeli kontrgaranti *sözleşmelerinde de* kontrgaranın borcunun muaccel hale gelebilmesi için, belirlenen süre içerisinde teminat mektubu ile güvence altına alınmış temel borç ilişkisindeki rizikonun gerçekleşmiş olması gerekmektedir; aksi takdirde kontrgaranın sorumluluktan kurtulacaktır. Bununla birlikte taraflar, vadeli teminat mektuplarında olduğu gibi, belirlenen süre içerisinde ayrıca kontrgarana yazılı talepte bulunulmasını, aksi takdirde üstlenenin sorumluluğunun sona ereceğini şart olarak öngörmüşlerse bankanın muhataba yapmış olduğu ödemeyi kontrgarana *rücu edebilmesi için, belirlenen süre içerisinde rizikonun gerçekleşmesi yeterli olmayıp ayrıca* kontrgarana ödemedede bulunması için yazılı talepte de bulunması gerekecektir.

Kontrgaranti sözleşmesi vadesiz (süresiz) olarak tanzim edilmişse bankanın kontrgarana rücu hakkı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146.

[85] Taşpolat Tuğsavul, "Banka Teminat Mektupları," 331.

[86] 6098 sayılı TBK m. 128/2: "Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir."

[87] Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, 63; Songur ve Ceylan, "Banka Teminat Mektubu," 171.

maddesi^[88] gereğince, teminat mektubunun paraya çevrildiği ve dolayısıyla rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren 10 yıl olacaktır.^[89]

Kontrgaranti sözleşmesi; temel borç ilişkisindeki rizikonun gerçekleşmesi sonrasında teminat mektubunun paraya çevrilmesi üzerine kontrgaran tarafından bankaya ifada bulunulması, süreli kontrgarantilerde kararlaştırılan süre içerisinde riskin gerçekleşmemesi veya süresi içerisinde ayrıca yazılı talepte bulunulması şart olarak öngörülen durumlarda belirlenen süre içerisinde banka tarafından kontrgarana ödeme için yazılı talepte bulunulmamış olması, kontrgaranın ibrası, kontrgaranın bankadan olan alacağı ile kontrgaranti sözleşmesine konu alacağın takas edilmesi, rizikonun gerçekleşmemiş olması gibi hallerde sona erecektir.

[88] 6098 sayılı TBK m. 146: “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.”

[89] Harman, “Banka Teminat Mektuplarına Bağlı Olarak Verilen Kontrgarantiler,” 115.

SONUÇ

Kontrgaranti sözleşmeleri; lehtar ile muhatap arasındaki temel borç ilişkisinde lehtar tarafından üstlenilen yükümlülüğün yerine getirilmemesi yahut temel borç ilişkisinden kaynaklı sebeplerle muhatabın sözleşmesel ilişkide alacağına kavuşamaması rizikosunu teminat altına alan ve bu doğrultuda lehtar lehine güvence vermiş olan bankanın, rizikonun gerçekleşmesi durumunda muhataba yapmış olduğu ödemeyi lehtara veya lehtar lehine kontrgaranti veren üçüncü kişilere rücu etmesi sağlayan bir sözleşmedir.

Hukuki niteliği itibarıyla garanti sözleşmesinin bir türü olan teminat mektubunda banka, rizikonun gerçekleşmesi nedeniyle muhataba yapmış olduğu ödeme sonrasında muhatabın haklarına halef olmamakta ve yasal bir rücu hakkına sahip bulunmamaktadır. Bu durum, garanti sözleşmelerinin kefalet sözleşmelerinden ayrılan en temel noktadır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 1967 ve 1969 yıllarında vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararlarına kadar kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilen ve bu nedenle yasal rücu hakkına sahip olan bankalar, bu kabulün varlığı halinde muhataba yapmış oldukları ödemeyi doğrudan lehtara rücu edebilmekteydiler. Ancak Yargıtay tarafından teminat mektuplarının üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğindeki garanti sözleşmesi olduğunun kabul edilmesi ve bu kararın içtihadı birleştirme kararı olması nedenleriyle yasal rücu haklarını yitiren bankalar, muhataba yapmış oldukları ödemeyi lehtara rücu edebilme ve böylece rizikonun gerçekleşmesi halinde yapacakları ödemeyi geri alabilme noktasında güvenceye sahip olma istek ve iradeleri, uygulamada kontrgaranti adı verilen sözleşmelerin yapılması sonucunu doğurmuştur.

Kontrgaranti sözleşmesinde kontrgaran (yani garantör, kontrgaranti veren), lehtarın bizzat kendisi olabileceği gibi lehtar dışındaki üçüncü gerçek veya tüzel kişi de olabilmektedir. Kontrgaranti sözleşmelerinde kontrgaran tarafından verilen teminatlar, şahsi teminat olabileceği gibi aynı teminat da olabilmektedir. Bu açıdan, kontrgaran tarafından bankaya verilecek olan teminata ilişkin olarak Kanun tarafından çizilmiş bir sınırlama bulunmamakta olup kontrgaran ile banka arasındaki anlaşmaya göre belirlenecek bir teminat verilebilmektedir.

Uygulamada teminat sözleşmeleri tanzim edilirken banka tarafından kontrgaranti sözleşmeleri derhal imzalanmakta ve böylece kontrgaranti alınmadan teminat mektubu düzenlenmemektedir. Ancak buna rağmen bankalar

tarafından kontrgaranti sözleşmesi düzenlenmeksizin teminat mektuplarının tanzim edilmesi söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda bankanın, riziko gerçekleştiğinde muhataba yapmış olduğu ödemeyi lehtardan hangi hükümlere göre isteyebileceği doktrinde tartışma konusudur. Bu noktada ise bankanın, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre lehtardan talepte bulunabileceği ileri sürülmektedir.

KAYNAKÇA

- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Arkan, Sabih. “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu,” *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü XVI*, no. 4 (1992): 59-84.
- Atasoy, Kemal. “Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları.” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1, (2019): 101-134.
- Barlas, Nami. *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1986.
- Çetin, Abdurrahman ve Yusuf Dinç. “Türkiye’de Teminat Mektupları: Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar.” *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi* 5, no. 9 (2013): 67-92.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan. “Kontrgarantiye Başvurulamayan Hallerde Teminat Mektubunu Ödeyen Bankanın Lehtara Rücu Meselesi.” *Terazi Hukuk Dergisi* 4, no. 31 (2009): 61-70.
- Develioğlu, Hüseyin Mert. *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 22. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 6. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Gümüüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler-II*. 3. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.

- Harman, Adnan. “Banka Teminat Mektuplarına Bağlı Olarak Verilen Kontrgarantiler.” Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seçili, ve Saibe Oktay Özdemir. *Kişiler Hukuku*. 15. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2015.
- Özboyacı, Alper. “Banka Teminat Mektuplarında Ödeme Talebi ve Buna Bağlı Sonuçlar.” *Terazi Hukuk Dergisi* 4, no. 31 (2009): 47-60.
- Öztürk, Gülay. “Banka Teminat Mektuplarında Lehdarın Hak ve Yükümlülükleri.” *Terazi Hukuk Dergisi* 2, no. 5 (2007): 20-27.
- Reisoğlu, Seza. *Garanti Mukavelesi*. Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1963.
- Reisoğlu, Seza. *Türk Kefalet Hukuku*. Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1964.
- Reisoğlu, Seza. “Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar.” *Bankacılar Dergisi* 43, (2002): 94-100.
- Reisoğlu, Seza. *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*. 4. Baskı, Ankara, 2003.
- Somuncuoğlu, Ünal. “Banka Teminat Mektupları ve Kontrgaranti Sözleşmeleri.” *Hukuk Köprüsü* 3, no. 7 (2014): 265-268.
- Songur, Damla G. ve Çiğdem Ceylan. “Banka Teminat Mektubu – Hukuki Niteliği ve Çeşitleri.” *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, (2014): 149-177.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis. “Banka Teminat Mektupları.” *İstanbul Barosu Dergisi* 83, no. 1 (2009): 301-335.
- Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. 8. Baskı. İstanbul: BETA Yayıncılık, 2010.
- Yenice, A. Özge. *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009.
- Zevkliler, Aydın. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.