

# AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ

## HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

The Journal of Akdeniz University Faculty of Law



Cilt: **XII** - Sayı: **I** - Yıl: **Haziran - 2022**

Volume: **XII** - Issue: **I** - Year: **June - 2022**

### KAMU HUKUKU

- Prof. Dr. **Mehmet Hanifi BAYRAM** - Dr. Öğr. Üyesi **Ramazan İZOL**  
Avrupa Birliği'nin Dış Sınırlarının Yönetiminde Üçüncü Ülkelerle İş Birliği: Türkiye Örneği
- Doç. Dr. **Atila ERKAL**  
Türk, Alman ve İsviçre İdare Hukukunda Arabuluculuk
- Dr. Öğr. Üyesi **Sencer Abdullah AKKOYUNLU**  
Kamulaştırmadan Vazgeçme: Kamulaştırma Kanununun 21 ve 22'nci Maddelerinin Uygulanması
- Dr. Öğr. Üyesi **Saliha OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU**  
Osmanlı Hukuk Uygulamasında Kadının Çocuğu Üzerindeki Velayet ve Vesayet Hakkı
- Arş. Gör. Dr. **Deniz POLAT AKGÜN**  
Adil Yargılama Hakkı ve Hukuk Devleti Işığında "Şiddete Uğramış Kadın Sendromu" Üzerine Bir İnceleme
- Arş. Gör. **Burcu TURAN**  
AİHS Çerçevesinde İdari Yargıda Gerekeçeli Karar Hakkı
- Arş. Gör. **Sezgin BAŞ - Nisa ÖZCAN**  
Avrupa ve Orta Doğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği

### ÖZEL HUKUK

- Dr. Öğr. Üyesi **Altan Fahri GÜLERCİ**  
Anayasa ve Özel Hukuk İlişkileri Bağlamında Ticari Nitelikli Mülkiyet Hakkının Korunması
- Dr. Öğr. Üyesi **Semih Sırrı ÖZDEMİR** - Arş. Gör. **Mehmet Mert ÖZYILDIRIM**  
Anonim Şirketlere Getirilebilecek Bir Aynı Sermaye Unsuru Olarak Özel Mülkiyete Tabi Taşınır Kültür Varlıklarının Değerlendirilmesi
- Arş. Gör. Dr. **Osman Levent ÖZAY**  
Çocuğa Aşı Yapılması Konusunda Ana ve Baba Anlaşmazlığının İsviçre Federal Mahkemesi'nin 16 Haziran 2020 Tarihli Kararı (BGE 146 III 313) Çerçevesinde Değerlendirilmesi
- **Nihan PALTA**  
Türk ve İsviçre Anonim Şirketler Hukukunda Organ Kavramı

ANTALYA 2022

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi yılda iki sayı (Haziran, Aralık) olarak yayımlanan,  
Index to Foreign Legal Periodicals'ta ve 2013 yılından bu yana  
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizini Hukuk Veritabanı'nda taranan hakemli bir dergidir.\*

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı

**Adına Sahibi**

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

**Sorumlu Müdür ve Editör**

Doç. Dr. Ayşe ARAT

**Editör Yardımcısı**

Arş. Gör. Melih IŞIK

Arş. Gör. Yakup ÇOKKAŞ

Arş. Gör. Dr. Bülent Ferat IŞÇI

Arş. Gör. Rahman İRİ

**İletişim Adresi**

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı PK. 10

Dumluşınar Bulvarı 07070 Kampus/ANTALYA

Tel: 0242 227 69 75-76

Faks: 0242 227 69 77

E-posta: hukukdergi@akdeniz.edu.tr

Elektronik Ağ: www.akdeniz.edu.tr/hukuk

**Sayfa & Kapak Tasarımı**

Emre KIZMAZ

**Yayıncısı**

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

**Yayın Yeri | Yılı**

ANKARA | Haziran 2022

**ISSN**

2147-3854

---

\* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bütün sayılarına HeinOnline ve Jurix veri tabanları üzerinden ulaşılabilir.

The Journal of Akdeniz University Faculty of Law is a refereed journal, published biannually (June, December) and cited in the Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP) and since 2013 in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database.\*

**Publisher**

Akdeniz University Faculty of Law  
**Representative of the Publisher**  
Prof. Mehmet ALTUNKAYA

**Managing Director and Editor in Chief**

Assoc. Prof. Ayşe ARAT

**Vice Editor**

Res. Asst. Melih İŞİK  
Res. Asst. Yakup ÇOKKAŞ  
Res. Asst. Dr. Bülent Ferat İŞÇİ  
Res. Asst. Rahman İRİ

**Contact Information**

Deanery of Akdeniz University Faculty of Law  
Dumlupınar Blvd. 07070 Campus / Antalya / Turkey  
Phone: 0242 227 69 75-76  
Fax: 0242 227 69 77  
E-mail: [hukukdergi@akdeniz.edu.tr](mailto:hukukdergi@akdeniz.edu.tr)  
Website: [www.akdeniz.edu.tr/hukuk](http://www.akdeniz.edu.tr/hukuk)

**Layout and Cover Design**

Emre KIZMAZ

**Publisher**

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)  
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13  
Çankaya / ANKARA  
Tel: 0312 435 30 30  
Faks: 0312 435 24 72

**Publication Location | Date**

ANKARA | June 2022

**ISSN**

2147-3854

---

\* All issues of the Journal of Akdeniz University Faculty of Law are accessible via HeinOnline and Jurix Databases.

**YAYIN KURULU**  
(Publishing Board)

**Prof. Dr. iur. Ulrich M. GASSNER**  
Ausburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
(Universität Ausburg, Juristische Fakultät)  
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Andreas EICKER**  
Luzern Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
(Universität Luzern, Rechtswissenschaftliche Fakultät)  
Ceza, Ceza Muhakemesi ve Uluslararası  
Ceza Hukuku ve Kriminoloji Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN**  
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM**  
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Doç. Dr. Karine MICHELET**  
Poitiers Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
(Université de Poitiers, Faculté de Droit)  
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi

**Doç. Dr. Loïc LEVOYER**  
Poitiers Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
(Université de Poitiers, Faculté de Droit)  
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi

**Doç. Dr. Nedim MERİÇ**  
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**Doç. Dr. Necla ÖZTÜRK**  
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**Doç. Dr. Hayri KESER**  
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Doç. Dr. Esra CENKÇİ**  
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ**  
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ**  
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN**  
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRIJER**  
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Dr. Öğr. Üyesi Ramazan Barış ATLADI**  
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**Dr. Öğr. Üyesi Furkan KARARMAZ**  
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Hukuku Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

## DANIŞMA KURULU

(Advisory Board)

**Prof. Dr. Şahin AKINCI**

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK**

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ceza Hukuku Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN**

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Hukuk Tarihi Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Enver BOZKURT**

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Arslan KAYA**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ**

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Aziz TAŐDELEN**

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Mali Hukuk Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAŐ**

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Mehmet ÜNAL**

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Turan YILDIRIM**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi



**AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**YAYIN İLKELERİ**

1. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) olmak üzere 2011 yılından bu yana “Hakemli Dergi” statüsünde yayımlanan, 2013 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenen bir dergidir.
2. Dergiye gönderilecek yazılar özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Gönderilen makale hakkında öncelikle benzerlik raporu alınır ve yayın ilkelerine göre incelenir. Benzerlik oranı % 20'nin üzerinde olan çalışmalar hakkında yayın talebi sırf bu nedenle reddedilebilir. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve derginin yayın ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının yayımlanması talebinin reddine karar verilir ve durumdan yazar en kısa sürede haberdar edilir.
5. Yazarlar, unvanları, görev yaptıkları kurumları, ORCID numarası, telefon numarası ve e-posta adresi içeren yazarlık katkısı dosyasını Dergipark'a yüklemelidir. Gönderilen çalışmalarda ilk olarak benzerlik raporu alınacak olup benzerlik oranı %20'nin üzerinde olan çalışmalar inceleme sürecine dahil edilmez. İlk sayımız (Haziran) için son tarih 15 Nisan, ikinci sayımız (Aralık) için son tarih 15 Ekim'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilen çalışmalar, sonraki sayı için işleme alınır.
6. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yayımlanmak üzere gönderilen eserler, Chicago stili (Notes and Bibliography / Dipnotlar ve Kaynakça) ile uyumlu olmalıdır. Yazılar bilgisayarda, Times New Roman, ana metin 11 punto, dipnot 9 punto; yazı aralığı ana metin 1,5 aralık, dipnot 1 aralık şeklinde hazırlanıp Dergipark üzerinden gönderilmelidir.
7. Derginin yazı dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır. Makalelerde en az 250, en fazla 300 kelimedenden oluşan Türkçe veya ilgili dilde öz bölümlerine yer verilmeli ve en az 5, en çok 15 anahtar kelimenin de Türkçe veya ilgili dilde yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben tüm makaleler için ayrıca 600 ila 800 kelime arası İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dahil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekmekte olup asgari bir kelime sınırı yoktur.
8. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmelidir ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise; yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurumu ile unvanı, e-mail adresi ve ORCID ID bilgileri belirtilmelidir.

**Örn.:** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, xyz@gmail.com, ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-5077-4747>.

9. Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

## I. KOYU VE TÖMÖ BÖYÖK HARF

### A. KOYU VE TÖMÖ BÖYÖK HARF

#### 1. Koyu ve Sadece İlk Harfler BÖyÖk

a. Beyaz ve Sadece İlk Harfler BÖyÖk

a.1. Beyaz ve Sadece İlk Harfler BÖyÖk

“GİRİŞ” başlığı kullanıldığı takdirde numaralandırılmamalıdır.

10. Kısaltmalar cetveline ve içindekiler kısmına yer verilmemelidir.

11. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Kullanılan her bir kaynak bakımından ilk atıf, kaynağı tanıtıcı tam bilgiyi içermelidir.

#### a) Kitaba yapılan atıflarda;

i. Tek yazarlı kitaplarda ilk ve sonraki atıf: yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın Soyadı, kitabın *Kısaltılmış Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.

**Örn.:** Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2010), 178.

Sonraki atıf: Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 178.

ii. Çok yazarlı kitaplarda ilk ve sonraki atıf: Yazarın Adı Soyadı ve Diğer Yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; aynı esere yapılan sonraki atıflarda yazarların Soyadları, kitabın *Kısaltılmış Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.

**Örn.:** Bahtiyar Akyılmaz; Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Kitabevi, 2021), 222.

Sonraki atıf: Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 222.

iii. Editörlü kitaplarda ilk ve sonraki atıf: Editörün Adı Soyadı, editor, *Eserin Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; sonraki atıflarda Editörün Soyadı, *Eserin Kısaltılmış Adı*, Sayfa numarası belirtilmelidir.

**Örn.:** Richmond Lattimore, editör, *The Iliad of Homer* (Chicago: University of Chicago Press, 1951), 91–92.

Sonraki atıf: Lattimore, *Iliad*, 24.

b) Makaleye yapılan ilk atıflarda, yazarın Adı Soyadı, “Makalenin Başlığı”, *Yayımlandığı Derginin İsmi* Derginin Cilt Numarası, Sayı (Yıl Bilgileri): Atıf yapılan sayfa/lar gösterilmelidir. Yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmelidir. Aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın Soyadı, gerekliyse makalenin *Kısaltılmış Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.

**Örn.:** İlk atıf: Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükümünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, *AÜHFD* 58, S.3 (2009): 659-691.



Sonraki atıf: Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, 660.

- c) İnternet sitesine yapılan atıflarda; “Hukuk Fakültesi Tarihçesi,” Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Erişim Tarihi: Haziran 25, 2021, <http://hukuk.akdeniz.edu.tr/tarihce/>.
  - d) Yargı kararlarının ve davaların dipnotta gösterim şekli;  
Y11.HD, 11.11.2021, E.2021/12, K.2021/15  
D10.D, 11.11.2021, E.2021/12, K.2021/15  
AYM Kararı, Başvuru No: 2021/12, 11.11.2021, §30
12. Makalenin sonunda, kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- a) **Kitaplar** kaynakçada aşağıdaki şekilde gösterilmelidir:
    - i. Tek yazarlı kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Basıldığı Yer: Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl.  
**Örn.:** Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
    - ii. Birden çok yazarlı kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl.  
**Örn.:** Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Kitabevi, 2021.
    - iii. Editörlü kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı, editor. *Eserin Adı*. Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl  
**Örn.:** Lattimore, Richmond, editör. *The Iliad of Homer*. Chicago: University of Chicago Press, 1951
  - b) **Makaleler** kaynakçada aşağıdaki şekilde gösterilmelidir:  
Yazarın Soyadı, Adı. “Makalenin Başlığı.”, *Yayımlandığı Derginin İsmi Derginin Cilt, Sayı (Yıl Bilgileri)*: Makalenin ilk ve son sayfa numaraları.
  - c) **İnternet sitesi**, kaynakçada şu şekilde gösterilmelidir:  
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi. “Hukuk Fakültesi Tarihçesi.” Erişim Tarihi: Haziran 25, 2021. <http://hukuk.akdeniz.edu.tr/tarihce/>.
13. Dipnotta birden fazla esere atıf yapıldığı takdirde, bunlar birbirinden noktalı virgülle ayrılmalıdır.
14. 25 Şubat 2020 tarihli ULAKBİM kararıyla getirilen "Tüm bilim dalları için (Sosyal Bilimler dahil), etik kurul kararı gerektiren klinik ve deneysel insan ve hayvanlar üzerindeki çalışmalar için ayrı ayrı ETİK KURUL ONAYI alınmış olmalı, bu onay makalede belirtilmeli ve belgelendirilmelidir." şartı bakımından; yazar tarafından, bu şartı ilgilendiren çalışmalarında ilgili belgelerin temin edilmesi ve çalışmalarıyla beraber sisteme yüklenmek üzere dergiye gönderilmesi gerekmektedir. Bu şartı sağlamayan yayınlar dergiye kabul edilmeyecektir.

15. Dergide yayımlanması talebiyle editöre gönderilen eserler iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakem tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayımlanmaz.
16. Dergide yayımlanan yazılar karşılığında yazara telif ücreti ödenmez. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı ve/veya Dekanlığın yetkilendirdiği kişi ve/veya kurum, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur. Dekanlık bu konuda münhasır yetkilidir. Yazar, dergide yayımlanması talebiyle yazı göndermekle bu hususu kabul etmiş sayılır.
17. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında *kitap incelemesi*, *mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların değerlendirilmesi Yayın Kurulu tarafından yapılır.

# İÇİNDEKİLER

## KAMU HUKUKU

### **Avrupa Birliği'nin Dış Sınırlarının Yönetiminde Üçüncü Ülkelerle İş Birliği: Türkiye Örneği**

Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM - Dr. Öğr. Üyesi Ramazan İZOL ..... 15

### **Türk, Alman ve İsviçre İdare Hukukunda Arabuluculuk**

Doç. Dr. Atila ERKAL ..... 39

### **Kamulaştırmadan Vazgeçme: Kamulaştırma Kanununun 21 ve 22'nci Maddelerinin Uygulanması**

Dr. Öğr. Üyesi Sencer Abdullah AKKOYUNLU ..... 67

### **Osmanlı Hukuk Uygulamasında Kadının Çocuğu Üzerindeki Velayet ve Vesayet Hakkı**

Dr. Öğr. Üyesi Saliha OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU ..... 105

### **Adil Yargılanma Hakkı ve Hukuk Devleti Işığında "Şiddete Uğramış Kadın Sendromu" Üzerine Bir İnceleme**

Arş. Gör. Dr. Deniz POLAT AKGÜN ..... 145

### **AİHS Çerçevesinde İdari Yargıda Gereçeli Karar Hakkı**

Arş. Gör. Burcu TURAN ..... 177

### **Avrupa ve Orta Doğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği**

Arş. Gör. Sezgin BAŞ - Nisa ÖZCAN ..... 203

## ÖZEL HUKUK

### **Anayasa ve Özel Hukuk İlişkileri Bağlamında Ticari Nitelikli Mülkiyet Hakkının Korunması**

Dr. Öğr. Üyesi Altan Fahri GÜLERCİ ..... 239

### **Anonim Şirketlere Getirilebilecek Bir Aynı Sermaye Unsuru Olarak Özel Mülkiyete Tabi Taşınır Kültür Varlıklarının Değerlendirilmesi**

Dr. Öğr. Üyesi Semih Sırrı ÖZDEMİR - Arş. Gör. Mehmet Mert ÖZYILDIRIM ..... 291

### **Çocuğa Aşı Yapılması Konusunda Ana ve Baba Anlaşmazlığının İsviçre Federal Mahkemesi'nin 16 Haziran 2020 Tarihli Kararı (BGE 146 III 313) Çerçevesinde Değerlendirilmesi**

Arş. Gör. Dr. Osman Levent ÖZAY ..... 325

### **Türk ve İsviçre Anonim Şirketler Hukukunda Organ Kavramı**

Nihan PALTA ..... 357

# CONTENTS

## PUBLIC LAW

### **Cooperation with Third Countries in the Management of External Borders of the European Union: The Case of Turkey**

Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM - Asst. Prof. Dr. Ramazan İZOL ..... 15

### **Mediation in Turkish German and Swiss Administrative Law**

Assoc. Prof. Dr. Atila ERKAL ..... 39

### **Abandonment from Expropriation: Implementation of Articles 21 and 22 of the Expropriation Law**

Asst. Prof. Dr. Sencer Abdullah AKKOYUNLU ..... 67

### **Women's Rights in Child Custody and Guardianship in the Ottoman Law Practice**

Asst. Prof. Dr. Saliha OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU ..... 105

### **A Review on the Battered Women Syndrome in the Light of the Right to a Fair Trial and the Rule of Law**

Res. Asst. Dr. Deniz POLAT AKGÜN ..... 145

### **Reasoned Decision Right in Administrative Justice within the Framework of the European Convention on Human Rights**

Res. Asst. Burcu TURAN ..... 175

### **Applicability of the Bicameral System in Turkey from the Perspective of Europe and Middle East Applications**

Res. Asst. Sezgin BAŞ - Nisa ÖZCAN ..... 201

## PRIVATE LAW

### **Protection of Commercial Qualified Property Right in the Context of Constitution and Private Law Relations**

Asst. Prof. Dr. Altan Fahri GÜLERCİ ..... 237

### **Evaluation of the Movable Cultural Properties Subject to Private Ownership as Capital in Kind that Could be Contributed to the Joint Stock Companies**

Asst. Prof. Dr. Semih Sırrı ÖZDEMİR - Res. Asst. Mehmet Mert ÖZYILDIRIM ..... 289

### **Evaluation of the Dispute of the Father and the Mother on Vaccination of the Child in the Framework of the Switzerland Federal Court Decision Dated June 16, 2020 (BGE 146 III 313)**

Res. Asst. Dr. Osman Levent ÖZAY ..... 323

### **The Concept of Organ under Turkish and Swiss Joint Stock Company Law**

Nihan PALTA ..... 355

**KAMU HUKUKU**

**PUBLIC LAW**



# AVRUPA BİRLİĞİ'NİN DIŞ SINIRLARININ YÖNETİMİNDE ÜÇÜNCÜ ÜLKELERLE İŞ BİRLİĞİ: TÜRKİYE ÖRNEĞİ<sup>(\*)</sup>

Prof. Dr. **Mehmet Hanifi BAYRAM**<sup>(\*\*)</sup>  
Dr. Öğr. Üyesi **Ramazan İZOL**<sup>(\*\*\*)</sup>

## Öz

Son yıllarda Avrupa Birliği (AB) sınırlarında göçmen akını yoğunlaşmıştır. Böylece sınır yönetimi AB için öncelikli bir alan haline gelmiştir. Bu çerçevede Avrupa Birliği sınır yönetimi ve Frontex konusunda önemli düzenlemeler yapılmıştır. 2007/2004 sayılı Tüzük ile kurulan Frontex, 2005 yılında göreve başladığından beri, ortak operasyonlar ve hızlı sınır müdahaleleri, risk analizi, ortak geri dönüş operasyonları, bilgi alışverişi ve üçüncü ülkelerle kurulan ilişkilerle Avrupa Birliği ve Schengen Alanı'na üye devletlerin dış sınırlarını güvence altına almalarına yardımcı olmaktadır.

Coğrafi konumu dolayısıyla ve aday ülke olarak Türkiye, Birliğin tüm bu düzenlemelerinden doğal olarak etkilenmektedir. Sekiz ülkeyle 2600 kilometrelik kara sınırına sahip olan Türkiye, 2000'li yıllardan itibaren bir göç ve geçiş ülkesi haline gelmiştir. Türkiye'nin toprakları üzerinde karşı karşıya kaldığı artan göç yükü ve riskleri, AB'yi endişelendirecek niteliktedir.

Dışişleri Bakanlığı ile Frontex arasında 2012'de iş birliği "Mutabakat Zaptı" ve devamında da üç iş birliği Planı imzalanmıştır. Mutabakat Zaptı ve İş birliği Planları, sınır yönetimi alanında risk analizi ve veri değişimi, Türkiye ile AB üyesi ülke sınır geçiş noktalarında gözlemci görevlendirilmesi ve Frontex tarafından düzenlenen eğitim faaliyetlerine katılım sağlanması hususlarını içermektedir.

Sınır güvenliğinden sorumlu tek bir sivil teşkilat oluşturmaya yönelik mevzuat, esas olarak sınır bölgelerindeki güvenlik endişeleri nedeniyle askıya alınmıştır. Türkiye'nin AB sınır yönetimindeki rolü, iç siyasi dengelerdeki değişikliklere ve AB'nin Türkiye'yi Avrupa sınırlarının sağlamlaştırılmasına dahil etme arzusuna bağlıdır. Her iki taraftaki irade değişikliği, AB dış sınırlarının yönetimine yönelik dayanışmayı şekillendirecektir. Özellikle göç akışının yönetimi etkilenebilir, bu alanda yakın iş birliği sürdürülmelidir.

AB'nin tahsis ettiği fon miktarı yüksek olsa da, Türkiye'nin topraklarında 3,7 milyon mülteciyi ve göçmeni barındırma ve yasa dışı göçmen akışına karşı koyma kapasitesi yoktur. AB, bu gerçeği kabul edip Türkiye'nin sarf ettiği muazzam çabada ekonomik, siyasi ve sosyal sorumluluğu paylaşmalıdır. Türkiye'nin hem komşu ülke hem de AB ile üyelik müzakeresi sürecinde olduğu unutulmamalıdır.

## Anahtar Kelimeler

Frontex, Avrupa Birliği, Dış sınırlar, Üçüncü Ülkeler, İş Birliği, Türkiye.

<sup>(\*)</sup> Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 14.04.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 09.05.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1103215.

<sup>(\*\*)</sup> Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı / Antalya-Türkiye.  
E-posta: mehmetbayram@akdeniz.edu.tr,  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-1142-7096>.

<sup>(\*\*\*)</sup> Akdeniz Üniversitesi, İİBF Uluslararası İlişkiler Bölümü, Siyasi Tarih Anabilim Dalı / Antalya-Türkiye.  
E-posta: ramazanizol@akdeniz.edu.tr,  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-2028-3477>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

## COOPERATION WITH THIRD COUNTRIES IN THE MANAGEMENT OF EXTERNAL BORDERS OF THE EUROPEAN UNION: THE CASE OF TURKEY

### Abstract

In recent years, the influx of migrants has intensified at the borders of the European Union (EU). Thus, border management has become a priority for the EU. In this context, European Union has made significant regulations on border management and Frontex. Established with the Regulation No 2007/2004, Frontex, since took office in 2005, assists the European Union and Schengen Area member states to secure their external borders through joint operations, rapid border interventions, risk analysis, joint repatriation operations, information exchange and relations with third countries.

As a candidate country, Turkey is naturally affected by these regulations of the Union due to its geographical location. Having a land border of 2600 kilometers with eight countries, Turkey has become a country of migration and transit since the 2000s. The increasing migration burden and risks faced by Turkey are at a level to concern the EU.

"A Memorandum of Understanding" on cooperation was signed between the Ministry of Foreign Affairs and Frontex in 2012, followed by three Cooperation Plans. The Memorandum of Understanding and the Cooperation Plans include risk analysis and data exchange in the field of border management, assignment of observers at the border crossing points of Turkey and EU member states and participation in educational activities organized by Frontex.

Legislation to create a single civilian body responsible for border security has been suspended mainly due to security concerns in the border areas. Turkey's role in EU border management depends on changes in domestic political balances and the EU's willingness to involve Turkey in the strengthening of European borders. The attitudes of both sides will shape the solidarity towards the management of the EU's external borders. In particular, the management of the migration flows is vulnerable to influence thus cooperation should be maintained in this area.

While the amount of funds allocated by the EU is high, Turkey does not have the capacity to host 3.7 million refugees and migrants on its territory and to withstand the flow of illegal migrants. EU must acknowledge this fact and share the economic, political and social responsibility in Turkey's enormous effort. It should not be forgotten that Turkey is both a neighboring country and is in the process of membership negotiations with the EU.

### Keywords

Frontex, Cooperation, Third Countries, External Borders, European Union, Turkey.

### Extended Abstract

In recent years, the influx of migrants has intensified at the borders of the European Union (EU). Thus, border management has become a priority for the EU. In this context, European Union has made significant regulations on border management and Frontex. Established with the Regulation No 2007/2004, Frontex, since took office in 2005, assists the European Union and Schengen Area member states to secure their external borders through joint operations, rapid border interventions, risk analysis, joint repatriation operations, information exchange and relations with third countries.

The aim of the EU in the field of external border management is the development and implementation of European integrated border management at national and Union level, which is necessary for the free movement of persons within the borders of the Union and which is one of the essentials of area of freedom, security and justice. European integrated border management plays a central role in improving migration management.

The European Border and Coast Guard (EBCG) was established by EU with the Regulation No. 2016/1624 following the migration crisis in 2015. This new unit consists of the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) and the national authorities responsible for border management and national coast guards performing border control duties. A new regulation was adopted in 2019 to strengthen external border management (Regulation No. 2019/1896). Cooperation with third countries is a key element of European migration policy. EU has significantly revised its repatriation policy and cooperation with third countries in this new regulation in order to maintain the cooperation on a long-term basis.



As a candidate country, Turkey is naturally affected by these regulations of the Union due to its geographical location. Having a land border of 2600 kilometers with eight countries, Turkey has become a country of migration and transit since the 2000s. The increasing migration burden and risks faced by Turkey are at a level to concern the EU. Therefore, EU swiftly encouraged Turkey to restrict access to its territory and intensify its fight against irregular migration.

The EU cooperates with third countries on the concept of border and the management of its external borders as needed. The EU has not limited border management only to the member states, and has not neglected to cooperate closely with neighboring countries. To this end, EU cooperates with Turkey, which has been leading the negotiations for accession since 2005 for border control. EU supports Turkey in its effort to strengthen control of migration flows and to ensure effective border management. Turkey also supports the EU to ensure effective management of external borders. In this framework, Turkey is taking steps regarding the measures taken to strengthen border management, conduct risk analyses, deploy contact officers and ensure the participation of observers.

"A Memorandum of Understanding" on cooperation was signed between the Ministry of Foreign Affairs and Frontex in 2012, followed by three Cooperation Plans. The Memorandum of Understanding and the Cooperation Plans include risk analysis and data exchange in the field of border management, assignment of observers at the border crossing points of Turkey and EU member states and participation in educational activities organized by Frontex.

It is clear that Turkey's legislation on external borders is inspired by the EU legislation. Although practices, legal and administrative regulations are not fully compatible with EU legislations, Turkey's efforts in this direction facilitate cooperation on the effective management of external borders undoubtedly.

Legislation to create a single civilian body responsible for border security has been suspended mainly due to security concerns in the border areas. Turkey's role in EU border management depends on changes in domestic political balances and the EU's willingness to involve Turkey in the strengthening of European borders. The attitudes of both sides will shape the solidarity towards the management of the EU's external borders. In particular, the management of the migration flows is vulnerable to influence thus cooperation should be maintained in this area. The continuation of this cooperation is in the interests of both the EU and Turkey.

While the amount of funds allocated by the EU is high, Turkey does not have the capacity to host 3.7 million refugees and migrants on its territory and to withstand the flow of illegal migrants. EU must acknowledge this fact and share the economic, political and social responsibility in Turkey's enormous effort. It should not be forgotten that Turkey is both a neighboring country and is in the process of membership negotiations with the EU. Therefore, in terms of this problem, permanent solutions should be found by opening the relevant chapters in the EU membership process.

## GİRİŞ

Son yıllarda devletler ülkelerinin güvenliğini artırmak amacıyla sınırlarına<sup>1</sup> 26.000 km duvar örmüşlerdir<sup>2</sup>. Metal bariyerlerle birlikte "ayırma duvarları" günümüzde 40.000 km uzunluğa ulaşmaktadır. 2016 yılında uluslararası kara sınırlarının uzunluğu 252.000 km'ye erişmektedir<sup>3</sup>.

Avrupa'da da tarih tekerrür etmektedir. Roma İmparatorluğu'nun sınırları boyunca inşa edilen surlar gibi, AB'nin etrafına da duvarlar inşa edilmektedir. Yunanistan-Türkiye sınırındaki Meriç Nehri boyunca 40 km'lik çelik duvar inşa-

<sup>1</sup> İngilizce'de "frontier" kelimesi Fransızca'daki "frontière-zone" (sınır bölgesi); "boundary" kelimesi ise "frontière-line" (sınır şeridi/çizgisi) anlamında kullanılmaktadır bkz. Claude Blumann, "Frontières et limites (Rapport général)", içinde *La frontière (Colloque de Poitiers)*, ed. Société française pour le droit international (Paris: Éditions A. Pedone, 1980), 8.

<sup>2</sup> Michel Foucher, *Fronts et frontières: un tour du monde géopolitique*, Nouv. éd. entièrement ref (Paris: Fayard, 1991), 38.

<sup>3</sup> Michel Foucher, "À quoi servent les frontières ? Justifications, séparations, transitions et passages", *Questions internationales nos 79-80 - Mai-août 2016*, sy 78-80 (2016): 14.

sı sayılabilir. Bulgaristan'ı Türkiye'den ayıran sınır, 240 km uzunluğunda dikenli tel bariyerle korunmaktadır. Macaristan Sırbistan ile 175 km sınır hattına dikenli tel çit çekilmiştir<sup>4</sup>. Son olarak Polonya, Belarus'tan yasa dışı yollardan göçmenlerin Avrupa Birliği (AB) topraklarına geçmesini engellemek amacıyla Belarus sınırı boyunca 180 km uzunluğunda duvar inşa etmeye başlamıştır<sup>5</sup>.

Sınır güvenliğini güçlendirmek, kaçakçılıkla ve yasadışı geçişlerle mücadele etmek amacıyla Türkiye, 2015 yılında Sınır Fiziki Güvenlik Sistemi projesi başlatmıştır. Bu proje kapsamında, 1.295 km'lik Suriye sınırının 837 km'si 2015-2021 yılları arasında<sup>6</sup>, 1.182 km'lik İran sınırının 176 km'si 2017-2021 yılları arasında sınır duvarı örülerek kapatılmıştır. Hakkari'de de Irak sınırına 13 km duvar yapılmıştır<sup>7</sup>. Şimdiye kadar toplam 2.949 km kara sınırının yüzde 36,5'ü olan 1.079 km'sinde güvenlik duvarı inşa edilmiştir<sup>8</sup>. Güvenlik sorunları, göçmen akını, terörle mücadele ve kaçakçılık gibi nedenlerle devletler sınırlarına duvar inşa edip, ülkelerini güvenceye alacak daha etkili sınır yönetimi arayışına girmektedirler.

Son yıllarda Avrupa Birliği (AB) sınırlarında göçmen akını yoğunlaşmıştır<sup>9</sup>. Böylece sınır yönetimi AB için öncelikli bir alan haline gelmiştir. Bu çerçevede Avrupa Birliği sınır yönetimi ve Frontex konusunda önemli düzenlemeler yapılmıştır. 2007/2004 sayılı Tüzük<sup>10</sup> ile kurulan Frontex, 2005 yılında göreve başladığından beri, ortak operasyonlar ve hızlı sınır müdahaleleri, risk analizi, ortak geri dönüş operasyonları, bilgi alışverişi ve üçüncü ülkelerle kurulan ilişkilerle Avrupa Birliği ve Schengen Alanı'na üye devletlerin dış sınırlarını güvence altına almalarına yardımcı olmaktadır<sup>11</sup>.

Dış sınırların yönetimi alanında AB'nin amacı, Birlik içindeki kişilerin serbest dolaşımı için gerekli olan ve özgürlük, güvenlik ve adalet alanının da temel bileşenlerinden biri olan, Avrupa entegre sınır yönetiminin ulusal ve Birlik düzeyinde

<sup>4</sup> "Face aux migrations, l'Europe dresse des murs", European Data News Hub, 31 Ocak 2022, <https://ednh.news/fr/face-aux-migrations-leurope-dresse-des-murs/>.

<sup>5</sup> "Polonya, göçmen akışını durdurmak için duvar inşaatına başladı", euronews, 28 Ocak 2022, <https://tr.euronews.com/2022/01/28/polonya-belarus-tan-gocmen-ak-s-n-durdurmak-icin-s-n-ra-394-milyon-dolar-k-duvar-oruyor>.

<sup>6</sup> 2022 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı (TÜRKİYE CUMHURİYETİ CUMHURBAŞKANLIĞI STRATEJİ VE BÜTÇE BAŞKANLIĞI, 2021), 355, <https://www.sbb.gov.tr/2022-yili-cumhurbaşkanligi-yillik-programi-25-10-2021-tarih-ve-31639-mukerrer-sayili-resmi-gazetede-yayimlanmistir/>.

<sup>7</sup> Nedim Şener, "Güvenlik duvarı 1079 kilometreye ulaştı", erişim 04 Nisan 2022, <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/nedim-sener/guvenlik-duvari-1079-kilometreye-ulasti-41924175>.

<sup>8</sup> Şener.

<sup>9</sup> Tolga Öztürk ve Ece Boyacı, "Suriyeli Mülteci Krizinin Türkiye ve Avrupa Birliği İlişikisine Yansıması: Dünya Sistemleri Analizi Üzerinden Bir Değerlendirme", *Alanya Akademik Bakış* 6, sy 1 (31 Ocak 2022): 1811, <https://doi.org/10.29023/alanyaakademik.1035028>.

<sup>10</sup> *Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, 2006, 2, <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/2007/oj/fr>.

<sup>11</sup> Mehmet Hanifi Bayram, *Avrupa Birliği'nin Dış Sınırlarının Yönetimi: Frontex* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 22, <https://www.seckin.com.tr/kitap/796152542#>.

geliştirilmesi ve uygulanmasıdır. Avrupa entegre sınır yönetimi, göç yönetimini geliştirmede merkezi bir rol oynamaktadır<sup>12</sup>. Amaç, dış sınırların geçişini etkin bir şekilde yönetmek ve bu sınırlardaki göçmen sorunlarıyla ve gelecekteki muhtemel tehditlerle mücadele etmek olmalıdır. Böylece, sınır ötesi boyutları olan ciddi suçlarla mücadeleye yardımcı olunarak, Birliğin yüksek düzeyde iç güvenliği sağlanacaktır<sup>13</sup>.

AB'nin dış sınırlarının yönetimi sadece belli noktalarda giriş ve çıkışların kontrolü ile sınırlı olmayıp, aynı zamanda istihbarat (bilgi toplama) ve risk analizini de içine alan zamana ve mekana yayılan sınır kontrolü ve gözetim faaliyetini kapsamaktadır<sup>14,15</sup>. Schengen ve AB bu anlamda, geleceğin sınır yönetiminin laboratuvarı olarak görülebilir.

2015 yılında yaşanan göç krizinin ardından 2016/1624 sayılı Tüzük<sup>16</sup> ile Avrupa Birliği, Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Birimi'ni (ASSGB) kurmuştur. Bu yeni Birim, Avrupa Sınır ve Sahil Koruma Ajansı (ASSGA) (Frontex), sınır yönetiminden sorumlu ulusal makamlar ve sınır kontrol görevlerini yerine getiren ulusal sahil korumalarından oluşmaktadır. Dış sınır yönetimini güçlendirmek üzere 2019'da yeni bir düzenleme kabul edilmiştir (2019/1896 sayılı Tüzük)<sup>17</sup>. Üçüncü ülkelerle iş birliği, Avrupa göç politikasının temel bir unsurudur. Bu iş birliğini uzun vadeli olarak sürdürmek amacıyla AB, bu yeni düzenlemede geri dönüş politikasını ve üçüncü ülkelerle olan iş birliğini önemli oranda revize etmiştir.

Coğrafi konumundan ve aday ülke statüsünden dolayı Türkiye, Birliğin tüm bu düzenlemelerinden doğal olarak etkilenmektedir. Birlik tedbirleri, göçmenlerin Türkiye üzerinden geçişini azaltmayı ve Schengen Alanı'nın güvenliğini artırmayı hedeflemektedir. Sekiz ülkeyle 2600 kilometrelik kara sınırına sahip olan Türkiye, 2000'li yıllardan itibaren bir göç ve geçiş ülkesi haline gelmiştir. Türkiye'nin toprakları üzerinde karşı karşıya kaldığı artan göç yükü ve riskleri, AB'yi endişelendirecek niteliktedir<sup>18</sup>. Bu nedenle AB hızlı bir şekilde Türkiye'yi

<sup>12</sup> Gökçe Konyalı, *Uluslararası Hukukta Sığınma Hakkı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 56.

<sup>13</sup> Bayram, *Avrupa Birliği'nin Dış Sınırlarının Yönetimi*, 38.

<sup>14</sup> Philippe Bonditti, "Les frontières de l'Europe à l'épreuve de la violence", *Questions internationales*, sy 79-80 (2016): 118.

<sup>15</sup> Ahmet Ceran, "AB'nin Sınır Güvenliğinde Dijital Hafızası Schengen Bilgi Sistemi İyileştiriliyor", *IKV Dergisi*, sy 235 (2018): 59.

<sup>16</sup> *Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil*, 2016, <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/1624/oj/fra>.

<sup>17</sup> "Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) n° 1052/2013 et (UE) 2016/1624, JO L 295 du 14.11.2019", 2019/1896 § (2019), <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/1896/oj>.

<sup>18</sup> MIGREUROP, "Accord' UE-Turquie : le troc indigne", MIGREUROP, 17 Mayıs 2018, <http://migreurop.org/article2880.html>.

topraklarına erişimi kısıtlamaya ve düzensiz göçle mücadelesini yoğunlaştırmaya teşvik etmiştir<sup>19</sup>. Türkiye ile 2013 yılında imzalanan geri kabul anlaşması, düzensiz göçün kontrol altına alınmasında önemli bir adım olmuştur<sup>20</sup>.

Yunanistan ve Bulgaristan sınırlarına örülen duvarlara rağmen düzensiz göçmenlerin Avrupa'ya yöneldiğini gören AB, 18 Mart 2016'da "AB-Türkiye Anlaşması" olarak bilinen bir Bildiri kabul etmiştir<sup>21</sup>. Bu AB-Türkiye Bildirisi'nin ana hedefi, "Türkiye topraklarından AB'ye düzensiz bir göç yolunun açılmasını önlemek" olmuştur<sup>22</sup>. Türkiye'den Yunanistan'a düzensiz geçişlerde Bildiri'nin hayata geçirilmesi sonrasında keskin bir düşüş meydana gelmiştir<sup>23</sup>.

Son yıllarda yaşanan yasa dışı sınır geçişlerinin yalnızca Türkiye'ye değil AB'ye de önemli yansımaları olmuştur. Bu nedenle, AB'nin entegre sınır yönetim politikalarıyla uyumlu, yüksek-seviye sınır izleme ve sınır denetim sistemleri ve standartlarının geliştirilmesinde AB Türkiye'ye destek olmaktadır<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Süleyman Dost, "Avrupa'ya İkinci Kavimler Göçü (mü?): Sorunlar, Fırsatlar, Tehditler, Çözümler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 23, sy 4 (31 Aralık 2021): 3, <https://doi.org/10.16953/deusosbil.1055481>.

<sup>20</sup> "Accord entre l'Union européenne et la République de Turquie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier", OJ L § (2013), [http://data.europa.eu/eli/agree\\_internation/2014/252/oj/fra](http://data.europa.eu/eli/agree_internation/2014/252/oj/fra).

<sup>21</sup> "Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016", erişim 04 Nisan 2022, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>.

<sup>22</sup> "Cinq ans après, qu'en est-il de l'accord migratoire UE-Turquie ? - Vues d'Europe", 29 Nisan 2021, <https://www.vuesdeurope.eu/brief/1953/>.

<sup>23</sup> Avrupa Komisyonu, "Avrupa Komisyonu 2016 Türkiye Raporu", 2016, 78-79, <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.

<sup>24</sup> AB DESTEKLI YÜRÜTÜLEN FAALİYETLER

I. Türkiye-Yunanistan Bulgaristan Sınırlarında Sınır Gözetleme Kapasitesinin Artırılması Projesi: Sınır gözetleme kapasitesinin artırılması ve sınır güvenliğine katkı sağlanması amacıyla, kule tedarik, zirhli gözetleme aracı tedariki, eğitim.

II. Ulusal Koordinasyon ve Ortak Risk Analizi Merkezi Kurulması ile Entegre Sınır Yönetimi Ortak Veri Tabanının Geliştirilmesi (NACORAC) Projesi:

Proje ile sınır yönetimi alanında sorumlu kurumların bir araya getirilmesi ve entegre sınır yönetimi çerçevesinde kurumlar arası iş birliğinin geliştirilmesi hedeflenmektedir.

III. Türkiye'nin Doğu Sınırlarında Sınır Gözetleme Kapasitesinin Artırılması Projesi Aşama 1-2:

Tedarik bileşeni kapsamında doğu sınırlarımızda kullanılmak üzere elektro-optik gözetleme kule sistemlerinin tedarik edilmesi planlanmaktadır. Böylece, proje sonunda ülkemizin tüm doğu sınırlarının (906 km) yaklaşık 560 km'lik alanı gözetleme imkânı olacaktır.

Eğitim bileşeni kapsamında ise; Kara Kuvvetleri Komutanlığı bünyesindeki hudut birliklerinde görevli en az 800 personele sınır gözetim, kontrol ve mevzuat eğitimleri verilmesi hedeflenmektedir.

IV. Türkiye'nin Güneydoğu Sınırlarında Sınır Gözetleme Kapasitesinin Artırılması Projesi:

Proje ile Suriye sınırında görevli hudut birliklerine termal kamera tedarik edilecektir.

V. Türkiye-Yunanistan Bulgaristan Arasında Sınır Yönetimi Alanında Bölgesel İş Birliği Projesi Aşama 1-2: Yunanistan ve Bulgaristan ile sınır yönetimi alanında iş birliğinin merkezi ve yerel düzeyde geliştirilerek üç ülkenin sınırda çalışan personeli arasında karşılıklı güven ortamının oluşması ve günlük irtibatların artırılması hedeflenmektedir.

VI. Van İlinde Yerinden Edilmiş Kişilerin Ekonomik ve Sosyal Entegrasyonu Toplum Merkezleri Projesi.

VII. Türkiye'de Sınır Yönetiminin Desteklenmesi Projesi Aşama 1-2:

Proje ile sınır yönetiminden sorumlu kurumların görev ve faaliyetlerini daha etkin bir şekilde sürdürmeleri, entegre sınır yönetimi alanında yürütülen çalışmalara katkı sağlanması, sınır kapıla-

AB sınır kavramı ve dış sınırlarının yönetimi konusunda ihtiyaca göre üçüncü ülkelerle iş birliğine girmektedir. AB sınır yönetimi konusunu sadece üye devletlerle sınırlanamış, komşu ülkelerle de yakın iş birliğinde bulunmayı ihmal etmemiştir. Bu düşünceyle AB, sınır kontrolü için 2005 yılından bu yana katılım müzakerelerine öncülük eden Türkiye ile iş birliği yapmaktadır. AB, göç akışlarının kontrolünü güçlendirme çabasında Türkiye'yi desteklemekte ve etkili sınır yönetimini sağlamada yardımcı olmaktadır. Türkiye ayrıca dış sınırların etkin yönetimini sağlamak için AB'ye destek olmaktadır. Bu çerçevede Türkiye, sınır yönetimini güçlendirmek, risk analizlerini, irtibat görevlilerinin konuşlandırılmasını ve gözlemcilerin katılımını sağlamak için alınan önlemlerle ilgili adımları atmaktadır.

## I. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE SINIR KAVRAMI

Avrupa bütünleşmesinin temel hedefi devletleri ve halkları birbirinden ayıran tüm engellerin kaldırılmasıdır. Bu engellerin başında hiç kuşkusuz sınırlar gelmektedir. Sonuç olarak, Tek Pazar projesinin de amacı Birlik vatandaşlarını ve ekonomik faaliyetleri ayıran mali, teknik ve fiziki sınırların kaldırılması olmuştur<sup>25</sup>.

Kurucu Antlaşmaların sınır (hudut)<sup>26</sup> konusuna değinmediklerini belirtmekte fayda vardır. Avrupa Toplulukları ve Avrupa Birliği'nin kurucu antlaşmalarının gelişimine bakıldığında başlangıçta "sınır" kavramının antlaşmalarda neredeyse hiç yer almadığı görülmektedir. Sadece Roma Antlaşmasının (AET Antlaşmasının) 81. maddesinde "sınır" kelimesi şu şekilde geçmektedir: "Sınır geçişi sırasında bir taşımacı tarafından, taşıma bedellerine ek olarak tahsil edilen resim ya da harçlar bu geçişin fiilen sebep olduğu masraflara oranla makul bir düzeyi aşamaz"<sup>27</sup>.

İltica ve göç konuları ilk kez Maastricht Antlaşması'nda Adalet ve İçişleri alanında hükümetlerarası iş birliği kapsamında "ortak yarar sorunları" olarak AB hukukuna dahil edilmiştir. Böylece AB hukukunda "iç sınırlar" ve "dış sınırlar"

---

rında görevli personele eğitimler verilmesi ve sınır geçiş noktalarına malzeme tedariki yapılması amaçlanmaktadır. Bkz. Önder Bozkurt, "Sınır Yönetimi Alanında Yapılan Çalışmalar Sınır ve Göç Yönetimi", *İdarecinin Sesi Dergisi*, sy 185 (Ekim 2018): 20-26, <http://tid.web.tr/idarecinin-sesi-dergisi-185sayi-eyul-ekim-2018>.

<sup>25</sup> Avrupa Komisyonu, "Avrupa Komisyonu 2016 Türkiye Raporu", 2016, 78-79, <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.

<sup>26</sup> "Yunanca *sinoron* kelimesinden gelen sınır, sözlüklerde, iki komşu devletin topraklarını birbirinden ayıran çizgi, hudut; komşu il, ilçe, köy veya kişilerin topraklarını birbirinden ayıran çizgi; bir şeyin yayılabileceği veya genişleyebileceği son çizgi, uç gibi ifadelerle tanımlanmıştır. Sınır ile aynı anlamda ve Arapçadan gelen hudut ise, sözlüklerde 'sınır, uç, son' gibi kelimelerle açıklanmıştır. Bu anlamı karşılayan diğer bir terim de, sözlüklerde sınır boyu olarak ifade edilen serhattir. Serhat, Osmanlı devletinin, komşu ülkelerle arasındaki sınır bölgesine verilen addır. Başka bir ifade ile, hudut başı, iki devlet toprağının birleştiği sınır yerinde kullanılan bir tabirdir." Osman Gümüşçü, "Siyasi Coğrafya Açısından Sınırlar ve Tarihi Süreç İçinde Türkiye'de Sınır Kavramı", *Bilgi*, sy 52 (2010): 80-81, <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423873159.pdf>.

<sup>27</sup> Myriam Benlolo Carabot, "La transformation de la notion de frontière dans l'Union européenne", *Pouvoirs* 165, sy 2 (2018): 65-79, <https://doi.org/10.3917/pouv.165.0065>.

arasındaki ayırım ortaya çıkmıştır. Bu yaklaşım (ayırım) daha sonraki Amsterdam ve Lizbon Antlaşmalarında “Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı (ÖGAA)” hedefiyle güçlenerek devam etmiştir. AB hukukunda iki üye devleti birbirinden ayıran sınırlar (iç sınırlar) ile üye bir devleti üçüncü ülkelerden ayıran sınırlar (dış sınırlar) farklı şekilde ele alınmaktadır. Birinci durum için iç sınırlar; ikinci durum için dış sınırlar ifadesi kullanılmaktadır. 2016/399 sayılı Tüzüğün 2/I. maddesine göre, “İç sınırlar” şu anlama gelir: Üye devletlerin nehir ve göl sınırları dahil ortak kara sınırları; üye devletlerin iç hat uçuşları için havaalanları; Düzenli iç feribot bağlantıları için üye devletlerin deniz, nehir ve göl limanları”. 2016/399 sayılı Tüzüğün 2/II. maddesine göre dış sınırlar ise, “üye devletlerin kara sınırlarıdır, bunlara nehir ve göl sınırları, deniz sınırları ve bunların hava limanları, nehir limanları, deniz limanları ve göl limanları dahildir, ancak bunların iç sınır olmaması gerekmektedir” şeklinde açıklanmıştır. Dolayısıyla, her iki durumda sınırların rejimi farklı olmaktadır. Avrupa bütünleşmesine bağlı olarak iç sınırlar, uluslararası sınırlardan nispeten farklı iken; üye devletleri üçüncü devletlerden ayıran sınırlar daha çok uluslararası sınırlara benzerlik göstermektedir.

Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma (ABİA)'nın 3/II. maddesine göre, “Birlik, vatandaşlarına, dış sınırların kontrolü, iltica, göç, suçun önlenmesi ve suçla mücadele konularında uygun tedbirler vasıtasıyla kişilerin serbest dolaşımının sağlandığı, iç sınırların olmadığı bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı sunar”. Bu maddede, “özgürlük, güvenlik ve adalet alanı” bağlamında “dış sınırlar”dan söz edilmektedir; üye devletlerin dış sınırı ile bağlantılı olarak değil de Birlik vatandaşları ile beraber geçmektedir. Böylece artık AB Birliği'nin gerçekleştirmek istediği “iç sınırların olmadığı alan”, iç pazar değil “özgürlük, güvenlik ve adalet alanı” olmaktadır. Bu alanda, “dış sınırların kontrolü, iltica, göç, suçun önlenmesi ve suçla mücadele konularında uygun tedbirler vasıtasıyla kişilerin serbest dolaşımı” sağlanmaktadır. Bu hükümde üye devletlerin ve / veya Avrupa Birliği'nin iç sınırları ve dış sınırları ifadeleri birlikte yer almaktadır; bu iki sınır kavramının birbirine olan zıtlığının yansımaları olarak iç sınırların kalkması, dış sınırları ise güçlendirilmesi vurgulanmaktadır<sup>28</sup>.

## II. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN DIŞ SINIRLARININ YÖNETİMİ İHTİYACI

2016/399 sayılı Tüzüğün 2/X. Maddesine göre, “sınır yönetimi” (*border control-contrôle aux frontières*) “Bu Tüzük uyarınca ve bunun amacına uygun olarak, münhasıran sınırı geçme niyetine veya sınırı geçme eylemine cevap olarak, herhangi bir başka husus dışında, sınırda gerçekleştirilen sınır kontrolleri ve sınır gözetiminden ibaret olan faaliyetler” olarak tanımlanmaktadır. Aynı düzenlemede “sınır kontrolleri” (*border checks - vérifications aux frontières*), “Sınır

<sup>28</sup> Avrupa Komisyonu, “Avrupa Komisyonu 2016 Türkiye Raporu”, 2016, 78-79, <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.

kapılarında gerçekleştirilir, amacı kişilerin, bunlara ait ulaşım araçlarının ve sahip oldukları malların, üye devletlerinin ülkelerine (sınırlarına) giriş çıkış hakkına haiz olup olmadığını belirlemek” olarak açıklanmaktadır (2016/399 sayılı Tüzük m. 2/XI). “Sınır yönetimini” tamamlayan “Sınır gözetimi” (*border surveillance - surveillance des frontières*) ise, “Sınır kapıları arasındaki sınırların ve belirlenen açılış saatleri haricinde sınır kapılarının kişilerin sınır kontrollerinden kaçmasını önlemek üzere gözetimidir” şeklinde ifade edilmektedir (2016/399 sayılı Tüzük m. 2/XII).

Avrupa Birliği'nde iç sınırlarda serbest dolaşımın hayata geçirilmesiyle, komşu ülkelerde sınır yönetimi bütün AB ülkeleri için önem arz eden bir pozisyona gelmiştir. Sınır kontrolleri konusunda AB ortak uygulamalara ve kararlara gereksinim duymuştur<sup>29</sup>.

Avrupa Birliği'nin iç sınırlarında serbest dolaşımın sağlanmasıyla birlikte, dış sınırları olan ülkelerde sınır kontrolü tüm AB ülkeleri için çok önemli hale gelmiştir. Böylece üye devletlerin hem kendi adlarına hem de Birlik adına dış sınırlarını korumaları gerekmektedir<sup>30</sup>. Bu durum, üye devletler için ağır bir sorumluluk ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle, AB, dış sınırların yönetiminde zorluklarla karşılaşan üye devletleri desteklemek üzere 2004 yılında Frontex<sup>31</sup> aracılığıyla karşılıklı yardım ve ortak yönetim sistemini hayata geçirmiştir.

2007<sup>32</sup> ve 2011'de<sup>33</sup> kabul edilen Tüzükler 2004/2007 sayılı Tüzüğü değiştirip Frontex'in yetkilerini artırmasına karşın, Ajans ismini Frontex olarak ko-

<sup>29</sup> A. Aslı Bilgin, “Göçmenlere Yönelik Deniz Operasyonlarında Frontex'in Müdahale Yetkisinin Uluslararası Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, sy 2 (2017): 62.

<sup>30</sup> Claire Rodier, “Externalisation du contrôle des flux migratoires: comment et avec qui l'Europe repousse ses frontières”, *Migrations Société* 116, sy 2 (2008): 7-8, <https://doi.org/10.3917/migra.116.0105>.

<sup>31</sup> 2007/2004 sayılı Frontex Tüzüğü- Avrupa Birliği'nin Üye Devletlerinin Dış Sınırlarda Operasyonel İş Birliği Yönetimi Ajansını tesis eden Tüzük “Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne”, Pub. L. No. 32004R2007, 349 OJ L (2006), <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/2007/oj/fra..>

<sup>32</sup> Hızlı Sınır Müdahale Ekiplerinin -RABIT kurulmasına ilişkin 863/2007 sayılı Tüzük “Règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités”, Pub. L. No. 32007R0863, 199 OJ L (2007), <http://data.europa.eu/eli/reg/2007/863/oj/fra..>

<sup>33</sup> 1168/2011 sayılı Tüzük- Avrupa Birliği'nin Üye Devletlerinin Dış Sınırlarda Operasyonel İş Birliği Yönetimi Ajansını tesis eden (EC) 2007/2004 sayılı Konsey Tüzüğünü değiştiren Tüzük “Règlement (UE) n o 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n o 2007/2004 du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne”, Pub. L. No. 32011R1168, 304 OJ L (2011), <http://data.europa.eu/eli/reg/2011/1168/oj/fra..>

rumuştur. 2016/1624 sayılı Tüzük ise 2007/2004 sayılı Tüzüğü (Avrupa Birliği Üye Devletlerin Dış Sınırlarında Operasyonel İş birliği Yönetimi için Avrupa Ajansı'nın kurulmasına ilişkin) ile 863/2007 sayılı Tüzüğü (Acil Sınır Müdahale Ekiplerinin -RABİT kurulmasına ilişkin) yürürlükten kaldırıp, Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Birimi'ni (ASSGB) kurmuştur. Bu Birim, Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı (ASSGA) (Frontex)<sup>34</sup> ve sınır yönetiminden sorumlu ulusal makamlar ve sınır kontrol görevlerini yerine getiren ulusal sahil korumalarından oluşmaktaydı. 2016/1624 sayılı Tüzüğün 6/I. maddesinde “Avrupa Birliği Üye Devletlerin Dış Sınırlarında Operasyonel İş birliği Yönetimi için Avrupa Ajansı”nın (Frontex) ismi “Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı” olarak değiştirilmiştir (2016/1624 sayılı Tüzük, m. 6/I). Ancak bu Ajans'ın ismi değişmesine karşın “Frontex” akronimi Ajans için aynı şekilde kullanılmaya devam edilmiştir (2016/1624 sayılı Tüzük, paragraf 11).

2019/1896 sayılı Tüzüğe göre de Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Birimi (ASSGB), Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı (ASSGA) ve sınır yönetiminden sorumlu ulusal makamlar ve sınır kontrol görevlerini yerine getiren ulusal sahil korumalarından oluşmaktadır (2019/1896 sayılı Tüzük, m. 4). Yeni Tüzük, üye devletlerin kendilerine ait dış sınırların kontrol ve gözetiminde birinci derecede sorumlu olduğunu belirtmektedir (2019/1896 sayılı Tüzük, m. 7/I). Bununla birlikte, 2019/1896 sayılı Tüzük 7. maddede Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Birimi ve üye devletlerin ortak sorumluluğunu<sup>35</sup> (üye devletler-AB arasında) teyit etmiştir. Yeni düzenleme, ortak sorumluluğu Avrupa entegre sınır yönetimi çerçevesinde ele almıştır. Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Birimi, Avrupa entegre sınır yönetimini Avrupa Sınır ve Sahil Koruma Ajansı, sınır yönetiminden sorumlu ulusal makamlar ve sınır kontrol görevlerini yerine getiren ulusal sahil korumaları ile ortak sorumluluk temelinde sağlamaktadır.

Dış sınırların yönetimi için üye devletler, kendi yasal düzenlerine ve AB mevzuatına göre hareket etmelidirler. Her iki hukuk düzenin kuralları uyum içinde uygulanmalıdır.

## A. YENİ DİŞ SINIR YÖNETİMİ KAVRAMI

2005 yılında göreve başladığından beri Frontex, Schengen ülkelerinin dış sınırlarını korumasına yardım etmektedir. Avrupa Birliği, 2015 ve 2016 yıllarında bir göç kriziyle karşı karşıya kalmıştır. Bu, Ajans'ta büyük bir reforma ve misyon ve kaynaklarında bir artışa yol açmıştır. 2016 yılında, Ajansın yetkileri artırılıp,

<sup>34</sup> “Frontex” akronimi (kısmı ad) Fransızca “**frontières extérieures** (dış sınırlar)” sözcüklerin ilk harflerinden oluşturulmuştur. Bu birimin adı İngilizce “European Border and Coast Guard Agency”; Fransızca ise “Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes” olduğunu belirtmekte fayda vardır.

<sup>35</sup> Konuyla ilgili düzenlemeler için bkz. 2007/2004 sayılı Tüzük, m. 1/II; 2007/2004 sayılı Tüzük paragraf 4 ve 10; 2016/1624 sayılı Tüzük m. 5; 2016/1624 sayılı Tüzük paragraf 6, 10, 11 ve 20; 2019/1896 sayılı Tüzük m. 7.



Avrupa Birliği'nin dış sınırlarının yönetiminin Avrupa Birliği ve üye devletler arasında paylaşılan bir sorumluluk olduğu belirtilmiştir. Bu durum 2019/1896 sayılı Tüzük ile teyit edilmiştir

2015 yılında AB'nin karşılaştığı kitlesel yasadışı girişler, Avrupa düzeyinde bir travmaya sebep olmuştur: 2015'te 1,2 milyon kişi yasadışı yollardan AB'ye girmiştir. 1 Ocak 2021'den bu yana Avrupa Birliği'ne yasadışı giriş sayısı 160 bin olarak Frontex tarafından belirtilmektedir. Bu rakam pandemi öncesine (2019) göre %20 artmıştır<sup>36</sup>. Doğu Akdeniz güzergahında yasa dışı giriş sayısında azalma olmasına karşın, Yunanistan'ın ve özellikle adaların yeniden artan yasa dışı göç baskısı altında olduğu görülmektedir.

Bugün Ajans, dış sınırlarda 1.500 sınır ve sahil güvenlik görevlisi görevlendirmektedir. Ağırlıklı olarak Yunanistan'da Poseidon, İtalya'da Themis, İspanya'da Indalo gibi büyük operasyonlar çerçevesinde görev yapmaktadırlar<sup>37</sup>.

Frontex'in periyodik risk analizleri, savunmasızlık değerlendirmesi ve ortak operasyonları yapmak gibi önemli görevleri vardır. Ajansın artan görevlerini karşılamak üzere kaynakları artmıştır<sup>38</sup>: 2015 yılı için 94 milyon Avro olan bütçe, 2021 yılında 544 milyon Avro olmuştur. Frontex'e, devriye gemileri, helikopterler ve uçaklar üye devletler tarafından maliyetleri karşılanmak koşulu ile temin edilmektedir. Ancak, Frontex kendi ekipmanını satın alabilmektedir<sup>39</sup>. Frontex'in operasyonları için gerekli olan uçak, gemi, motorlu araçlar gibi gerekli ekipmanların alımı, bakımı ve kullanımı için AB Komisyonu 2021-2027 dönemi için 2,2 milyar Avro düzeyinde bir bütçe ayırmayı önermektedir<sup>40</sup>. Aynı dönem için Ajans'ın personel giderlerini finanse etmek üzere Avrupa Komisyonu, 5,5 milyar Avro teklif etmektedir<sup>41</sup>.

## B. YENİ TÜZÜK (2019/1896 SAYILI TÜZÜK)

Dış sınırların güvenliğini güçlendirmek ve Schengen Alanı'nı korumak için, Frontex'in yetkileri genişletilmiş ve Avrupa entegre sınır yönetimine ilişkin ortak

<sup>36</sup> "Crise migratoire: Frontex a dénombré 160.000 migrants entrés illégalement dans l'UE depuis janvier 2021", BFMTV, erişim 07 Nisan 2022, [https://www.bfmtv.com/societe/crise-migratoire-frontex-a-denombre-160-000-migrants-entres-illegalement-dans-l-ue-depuis-janvier-2021\\_AV-202111290585.html](https://www.bfmtv.com/societe/crise-migratoire-frontex-a-denombre-160-000-migrants-entres-illegalement-dans-l-ue-depuis-janvier-2021_AV-202111290585.html).

<sup>37</sup> "Qu'est-ce que Frontex?", erişim 08 Nisan 2022, <https://frontex.europa.eu/fr/qui-sommes-nous/qu-est-ce-que-frontex/>.

<sup>38</sup> "Public Access to Documents Registry", erişim 08 Nisan 2022, <https://frontex.europa.eu/accountability/public-access-to-documents/public-access-to-documents-registry/?category=budget>.

<sup>39</sup> "Qu'est-ce que Frontex, l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes ?", Touleurope.eu, 30 Mart 2022, <https://www.touleurope.eu/institutions/qu-est-ce-que-l-agence-europeenne-de-garde-frontieres-et-de-garde-cotes-frontex/>.

<sup>40</sup> "ÉTAT DE L'UNION 2018 Un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes renforcé et parfaitement équipé", 12 Eylül 2018, [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-factsheet-coast-guard\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-factsheet-coast-guard_fr.pdf).

<sup>41</sup> "Qu'est-ce que Frontex, l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes ?"

sorumluluk son düzenleme ile netleştirilmiştir (2019/1896 sayılı Tüzük, madde 7). Yeni düzenlemenin amacı, Schengen dış sınırlarını daha iyi yönetmek, yasa dışı göçmenlerin temel haklarını korumak ve geri dönüşlerini iyileştirmektir. Periyodik risk analizleri, savunmasızlık değerlendirmesi ve planlama gibi görevleri daha etkin yapmak amacıyla Frontex, bir iletişim ağı oluşturacak ve yönetecektir. Bu ağ mevcut EUROSUR (European Border Surveillance System /Avrupa Sınır Gözetim Sistemi) sistemini temel alacaktır. Üye devletler ile Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı arasında bilgi değişimi ve operasyonel iş birliğini geliştirmek amacıyla, EUROSUR bu Tüzük ile Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Birimi'ne entegre edilmiştir (2019/1896 sayılı Tüzük, madde 18). Böylece AB, daha fazla bilgiye ulaşma imkanına kavuşup, sınır yönetimi çerçevesinde tepki kapasitesini artırmıştır. Bu yeni düzenleme sayesinde, yasa dışı göç ve sınır ötesi suçları tespit etme, önleme ve bunlarla mücadele etme de dahil olmak üzere göçmenlerin haklarının korunması ve güvence altına alınması da kolaylaşmıştır.

Ayrıca Ajans'a, yeterli teçhizat ve Ajans'a bağlı daimi bir birlik şeklinde gerekli personel kapasitesi sağlanacaktır. Bu birliğin sayısı 2027 yılına kadar kademeli olarak 10 bin personele ulaşacaktır (2019/1896 sayılı Tüzük, m. 5/II).

Yeni Tüzüğe göre, Ajans'ın üçüncü ülkelerdeki varlığının güçlendirilmesi için, üçüncü ülkelerle iş birliği artırılmalıdır. Komşu ülkeler dışındaki üçüncü ülkelerle de statü anlaşmaları yapılmalıdır. Üçüncü ülkelerle iş birliği, Avrupa entegre sınır yönetiminin önemli bir unsurudur. Bu iş birliği, sınır yönetimi ve geri dönüşler konusunda Avrupa standartlarının teşvik edilmesini, bilgi değişimini ve risk analizlerini mümkün kılmaktadır. Aynı zamanda geri dönüşlerin uygulanmasını kolaylaştırmak ve sınır yönetimi ve göç alanında üçüncü ülkeleri desteklemek için de gereklidir. İş birliği sayesinde, dış sınırların korunmasını ve Birliğin göç politikasının etkin bir şekilde yönetilmesini sağlamak için destek gerektiğinde üçüncü ülkelere kalıcı birlik konuşlandırılma imkanı olacaktır (2019/1896 sayılı Tüzük, par. 87).

### III. TÜRKİYE İLE İŞ BİRLİĞİ

Üçüncü ülkelerle iş birliği, sınır yönetim politikasının temel bir unsurudur. Bu iş birliğini sürdürülebilir kılmak için, bir tüzel kişilik olarak Frontex, Avrupa Birliği üyesi olmayan devletlerle (AB üyesi olmayan Devletler) veya uluslararası örgütlerle anlaşmalar imzalayabilmektedir.

Üçüncü ülkelerle iş birliği, Birliğin dış eylemi çerçevesinde ve Avrupa Birliği Antlaşması'nın 21. maddesinde belirtilen ilke ve hedeflere uygun olarak yürütülmelidir. Komisyon, Avrupa entegre sınır yönetimi ile Birliğin dış eylemi alanındaki diğer Birlik politikaları ve özellikle Ortak Güvenlik ve Savunma Politikası arasında tutarlılığı sağlamalıdır. Bu iş birliği, özellikle, Ajansın üçüncü ülkelerin topraklarında yürütülen faaliyetler veya risk analizi, operasyonların planlanması

ve yürütülmesi, eğitim, bilgi alışverişi gibi alanlarda üçüncü ülkelerden yetkililerin dahil olduğu faaliyetlerle ilgili olarak gerçekleştirilmelidir.

Yeni Frontex Tüzüğüne göre, komşu olmayan üçüncü ülkelerle de anlaşma yapılması mümkündür. Bu anlaşmalar, Ajansın, sınır yönetimi ve göç akışları alanlarında yerinde yardım sağlamasına olanak tanıyacaktır. Özellikle yasa dışı göçün kaynak ülkeleri veya geçiş ülkeleri için bu yerinde yardımlar önemli olacaktır. AB ve üçüncü ülkeler, özellikle sınır koruma uzmanlarının uygulama yetkilerini düzenleyecek olan statü anlaşmalarını akdedebilmektedirler.

Sınır yönetimindeki rolünü ve Birlik dışındaki varlığını güçlendirmek için Frontex, fazla sayıda yasadışı göçmenin geldiği ülkelerin yetkilileriyle giderek daha yakın bir şekilde çalışmaktadır. Ajans'ın iş birliği yaptığı ülkelerle ilgili olarak, iki iş birliği yöntemi vardır. Birincisi, Frontex, İspanya ve Senegal ile imzalanan anlaşma gibi bir üye devlet ile üçüncü bir ülke arasındaki ikili anlaşmaya dayanabilir. İkincisi, Frontex bizzat ilgili ülkenin makamlarıyla bir anlaşma imzalayabilir. AB, sınırlarının yönetimine yönelik çabalarında Türkiye ile dayanışma içinde olduğunu, sağladığı destekle ortaya koymaktadır.

Frontex'in operasyonları esas olarak iki alana odaklanmaktadır: Sınır ötesi suçlara karşı sınır kontrolü, gözetimi faaliyetleri (uyuşturucu veya silah kaçakçılığı, insan kaçakçılığı ile mücadele) ve yasa dışı göçmenlerin gelişini yönetme (sığınma başvurularının yönetimi)<sup>42</sup>. Bu bağlamda, Frontex, göç baskısı altında olan Türkiye ile, teknik yardım (yetkili birimlerin sınırları kontrol etmesine) ve ilgili personelin kabiliyetini artırmak (yasadışı göçmenlerin gelişini yönetmesine yardımcı olmak için) için yakın iş birliği içine girmektedir<sup>43</sup>.

Avrupa Birliği, göç akışının yönetimini, yasadışı göçmenlerin geçiş ve menşe ülkesi olan Türkiye gibi ülkelerle anlaşmalar imzalayarak devretmekten çekinmemektedir. Bu amaçla AB, 2016 yılında Türkiye ile bir anlaşma imzalamıştır. Bu durum, sınır yönetim faaliyetlerinin dışsallaştırılmasına (faaliyetlerin üçüncü bir ülkeye veya devlet dışı bir aktöre aktarılmasını) olarak tanımlanmaktadır<sup>44</sup>.

Frontex, sınır yönetim faaliyetlerinin dışsallaştırılmasında kullanılan operasyonel ve teknik bir birimdir. Son yasal düzenlemeler giderek Frontex'e daha fazla yetki, ayrıcalık ve ekonomik, insani ve maddi araç sağlamaktadır. Ajansın bütçesindeki önemli ve sürekli artışlar, bu güvenlik olgusuna tanıklık etmektedir. Frontex'in imtiyazlarını ve insan kaynaklarını güçlendirmeyi amaçlayan yeni

<sup>42</sup> "La Suisse vote sur sa participation à Frontex", SWI swissinfo.ch, erişim 11 Nisan 2022, <https://www.swissinfo.ch/fre/economie/la-suisse-vote-sur-sa-participation-%C3%A0-frontex/47433210>.

<sup>43</sup> "AB'nin dış sınırlarındaki durumla ilgili olarak yapılan açıklama", AB Türkiye, erişim 10 Nisan 2022, <https://www.avrupa.info.tr/tr/eeas-news/abnin-dis-sinirlarindaki-durumla-ilgili-olarak-yapilan-aciklama-10164>.

<sup>44</sup> Théo Buratti, "Externalisation des frontières de l'Union européenne, enjeux et perspectives" (RSE & Diversité, Temmuz 2020), 3, [https://www.pourlasolidarite.eu/sites/default/files/publications/files/na\\_2020\\_div\\_externalisation\\_des\\_frontieres\\_de\\_l\\_union\\_europeenne.pdf](https://www.pourlasolidarite.eu/sites/default/files/publications/files/na_2020_div_externalisation_des_frontieres_de_l_union_europeenne.pdf).

mevzuat 13 Kasım 2019'da kabul edilmiştir. Bu mevzuat, Ajans'ın AB'nin komşu ülkelerinin ötesine geçen üçüncü ülkelerle yeni anlaşmalar imzalayabilmesine olanak verdiği için iş birliği yetkilerini güçlendirmektedir. 2010'ların başından beri ve özellikle 2015'teki "göç krizinin" başlangıcından bu yana, Avrupa Birliği, üçüncü ülkelerle ister ikili ister çok taraflı olsun, çok sayıda anlaşma ve iş birliği anlaşması imzalayarak göç yönetimini dışsallaştırma stratejisini giderek güçlendirmiştir<sup>45</sup>.

Göç ile yakından bağlantılı olan sınır yönetimi, AB'nin komşu ülkeleriyle yakın iş birliğini gerektirmektedir. 2005 yılından bu yana katılım müzakerelerini yürüten Türkiye, göç sorunuyla kendisi de karşı karşıya kaldığından, sınır yönetimi için AB ile iş birliği yapmaktadır. Sınır yönetimini güçlendirmek için alınan önlemler veya sağlanan eğitim, risk analizi veya irtibat görevlilerinin konuşlandırılması ve gözlemcilerin katılımı gibi alanlarda iş birliği önem kazanmaktadır.

## A. İŞ BİRLİĞİNİN GÜÇLENDİRİLMESİ

Frontex ile AB üyesi olmayan devletlerin sınır yönetiminden sorumlu servisler arasında, yeni Frontex Tüzüğü'nün 71. maddesi uyarınca, sınır yönetiminde operasyonel iş birliğini organize etmek ve güvenliği artırtmak amacıyla çalışma anlaşmaları imzalanabilmektedir.

Şimdiye kadar, Frontex, AB üyesi olmayan 18 ülke ile çalışma anlaşması imzalamıştır. Bu ülkeler: Arnavutluk, Ermenistan, Azerbaycan, Beyaz Rusya, Bosna Hersek, Kanada, Yeşil Burun Adaları, Kuzey Makedonya, Gürcistan, Kosova, Moldova, Karadağ, Nijerya, Rusya Federasyonu, Sırbistan, Türkiye, Ukrayna ve Amerika Birleşik Devletleri'dir<sup>46</sup>. Türkiye, Ajansın iş birliği anlaşması imzaladığı devletlerden biridir (28 Mayıs 2012 tarihli mutabakat zaptı).

Dışişleri Bakanlığı ile Frontex arasında 2012'de iş birliği "Mutabakat Zaptı" ve devamında da üç İş birliği Planı (2014-2016, 2018-2020, 2020-2022 yıllarını kapsayan) imzalanmıştır<sup>47</sup>. Son dönemi kapsayan üç yıllık bir İş birliği Planı Ocak 2020'de, Türkiye ile Frontex arasında, risk analizi alanında gelişmiş bir iş birliğine gidilmesini, operasyonel faaliyetlerde gözlemci değişiminin artırılmasını ve Varşova'daki Türk Büyükelçiliği'ne bir Türk İrtibat görevlisi atanmasını öngörmekteydi<sup>48</sup>. Mutabakat Zaptı ve İş birliği Planları, sınır yönetimi alanında risk analizi ve veri değişimi, Türkiye ile AB üyesi ülke sınır geçiş noktalarında gözlemci görevlendirilmesi ve Frontex tarafından düzenlenen eğitim faaliyetlerine katılım sağlanması hususlarını içermektedir.

<sup>45</sup> Buratti, 6-7.

<sup>46</sup> "Non-EU Countries", erişim 08 Nisan 2022, <https://frontex.europa.eu/we-build/other-partners-and-projects/non-eu-countries/>.

<sup>47</sup> Bozkurt, "Sınır Yönetimi Alanında Yapılan Çalışmalar Sınır ve Göç Yönetimi", 29.

<sup>48</sup> Avrupa Komisyonu, "Avrupa Komisyonu 2020 Türkiye Raporu", 2020, 52, <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.

Sınır yönetimi, AB ve Türkiye arasındaki göç ile ilgili iş birliği kapsamında da önem taşıyan bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. AB, göç akımlarının yönetimi kapasitesini güçlendirme ve etkin ve verimli bir sınır yönetim sistemi kurma çalışmalarında Türkiye'yi desteklemektedir.

Avrupa Komisyonu tarafından Türkiye'nin Kopenhag kriterlerine uyum konusunda kaydettiği gelişmeleri yıllık olarak değerlendiren raporlarda, sınır yönetimine ilişkin ilerlemeler de yer almaktadır.

Sınır Yönetimi Alanında Kurumlararası İş Birliği ve Koordinasyon hakkında Yönetmelik ile denetleme organı olarak, Entegre Sınır Yönetimi Koordinasyon Kurulu; izleme işlevi ve sınırların iyileştirilmesine yönelik ihtiyaçları belirlemek üzere ise Sınır Yönetimi Uygulama Kurulu oluşturulmuştur<sup>49</sup>. 2021'de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile sınır bölgelerinde sınır yönetimi sorumluluğu Hudut Mülki İdare Amirliği'ne devredilmiştir<sup>50</sup>. Sınır güvenliğine ilişkin verilerin toplanması, paylaşılması ve işlenmesi ile sınır makamları arasında ortak risk analizinin gerçekleştirilmesi amacıyla, 2016 sınır yönetimi yönetmeliği ile kurulmuş olan Ortak Risk Analiz Merkezi (UKORAM) henüz faaliyete geçmemiştir. AB'ye Katılım İçin Ulusal Eylem Planı'nda, 2022 yılına kadar Ulusal Koordinasyon ve Ortak Risk Analiz Merkezi'nin operasyonel hale getirilerek, Entegre sınır yönetimi sistemine geçiş ve risk analizi çalışmalarının AB standartlarında gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır<sup>51</sup>.

AB'ye Katılım İçin Ulusal Eylem Planı'nda, 2023 yılına kadar Entegre Sınır Yönetimi Eylem Planının Güncellenerek, kurumlar arası iş birliğine dayalı entegre bir sınır yönetimi anlayışının uygulamaya geçirilmesi amaçlanmaktadır. Bu yönetim anlayışı çerçevesinde teknolojik ve fiziki altyapının iyileştirilmesi yoluyla kara ve denizlerde sınır güvenliği artırılacaktır<sup>52</sup>. Entegre sınır güvenliği sistemi oluşturularak düzensiz göç önlenecek, kaçakçılık, organize suçlar ve terörle mücadelede etkinlik artırılacaktır<sup>53</sup>. Ulusal Entegre Sınır Yönetimi Stratejisinin Oluşturulması ve Türkiye'nin Entegre Sınır Yönetimini Uygulaması için Ulusal Eylem Planı'nın güncellenmesi için çalışmalar devam etmektedir<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> Avrupa Komisyonu, "Avrupa Komisyonu 2021 Türkiye Raporu", 2021, 53, <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.

<sup>50</sup> Avrupa Komisyonu, 53.

<sup>51</sup> T.C. DIŞİŞLERİ BAKANLIĞI AVRUPA BİRLİĞİ BAŞKANLIĞI, "AB'ye Katılım İçin Ulusal Eylem Planı (2021-2023)", AVRUPA BİRLİĞİ'NE KATILIM İÇİN ULUSAL EYLEM PLANI, Ocak 2021, 194-95, <https://www.ab.gov.tr/52882.html>.

<sup>52</sup> 2022 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı, 359.

<sup>53</sup> T.C. DIŞİŞLERİ BAKANLIĞI AVRUPA BİRLİĞİ BAŞKANLIĞI, "AB'ye Katılım İçin Ulusal Eylem Planı (2021-2023)", 194-95.

<sup>54</sup> "Taslak Ulusal Entegre Sınır Yönetimi Stratejisinin Oluşturulması ve Türkiye'nin Entegre Sınır Yönetimini Uygulaması için Ulusal Eylem Planı'nın Güncellenmesi", erişim 12 Nisan 2022, [https://ab.gov.tr/taslak-ulusal-entegre-sinir-yonetimi-stratejisinin-olusturulmasi-ve-turkiyenin-entegre-sinir-yonetimini-uygulamasi-icin-\\_52372.html](https://ab.gov.tr/taslak-ulusal-entegre-sinir-yonetimi-stratejisinin-olusturulmasi-ve-turkiyenin-entegre-sinir-yonetimini-uygulamasi-icin-_52372.html).

## B. GÖZLEMCİLERİN KATILIMI

2008 ve 2011 yılları arasında, ortak Frontex operasyonlarına AB üyesi olmayan ülkelerden gözlemcilerin katılımı konusunda Frontex'in yetkisi açık değildir. Bu tür bir katılım, ancak Frontex'in statüsünde yapılan değişikliklerle mümkün olmuştur (2019/1896 sayılı Tüzük, m. 78/II.). 2019/1896 sayılı Tüzüğün 78/II. maddesi uyarınca, Ajans, ilgili üye devletin mutabakatı ile, üçüncü ülkelere gözlemcileri dış sınırlardaki faaliyetlerine, geri dönüş operasyonlarına, geri dönüş müdahalelerine ve eğitime katılmaya davet edebilmektedir.

Çalışma anlaşmaları, belli bir madde kapsamında, Frontex'in ortak operasyonları sırasında AB üyesi olmayan ülkelere "gözlemci" görevlendirilmesi imkânını sağlamaktadır. Böylece 2008 ile 2012 yılları arasında AB üyesi olmayan 11 ülkeden 200 gözlemci 33 ortak operasyonda görevlendirilmiştir. 2012 yılından bu yana Türkiye bir gözlemci ile ortak operasyonlara katılmaktadır.

Frontex ile çalışma anlaşması bulunan AB üyesi olmayan iki ülke arasındaki sınır geçiş noktalarında bir dizi koordinasyon noktası kurulmuş ve ortak ülkelerin talebi üzerine belirli bir süre için etkinleştirilmiştir. Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ekiplerinden gözlemciler, özellikle düzensiz göç eğilimlerinin erken tespiti ile ilgili olarak iş birliği ve bilgi alışverişini kolaylaştırmak için bu koordinasyon noktalarına konuşlandırılmaktadır. Türkiye, Kasım 2016'da faaliyete geçen Polis ve Gümrük İş birliği Üçlü Ortak İletişim Merkezi aracılığıyla komşu Yunanistan ve Bulgaristan ile bu çerçevede iş birliğini geliştirmiştir. Böylece Türkiye, Bulgaristan sınır geçiş noktası Kapitan Andreevo'da Üçlü Temas Merkezi kurulmasıyla yasa dışı göçün önlenmesine yönelik komşularıyla sınır iş birliğini artırmıştır.

## C. İRTİBAT GÖREVLİLERİNİN KONUŞLANDIRILMASI

Avrupa sınırları dışında denetimi kolaylaştırmak için Frontex, 2011'den beri kendi "göç" irtibat görevlilerini AB dışındaki ülkelere konuşlandırabilmektedir. Bu faaliyetler, 2004'ten bu alanda ağ dahilinde çalışan üye devletlerin irtibat görevlilerinin çalışmalarını güçlendirmektedir. Bu görevlilerin faaliyeti, "yasa dışı göçün önlenmesine, buna karşı mücadeleye ve yasa dışı göçmenlerin geri dönüşüne katkıda bulunmaktır". Bu görevlilerin rolü, yasa dışı göçle ilgili bilgi toplamak veya teknik yardım projelerini başlatmak ve finanse etmektir.

Frontex Tüzüğü'nün 77. maddesi uyarınca, Ajans, kendi personelinden uzmanları veya diğer uzmanları üçüncü ülkelere irtibat görevlisi olarak görevlendirebilmektedir. Birliğin dış politikası bağlamında, risk analizine göre, yasa dışı göçün kaynağı veya transit ülkesi olan üçüncü ülkelere irtibat görevlileri öncelikli olarak görevlendirilmektedir. Ajans, karşılıklı esasa göre, üçüncü ülkelere tarafından görevlendirilen irtibat görevlilerine ev sahipliği yapmaktadır. Ajansın irtibat görevlileri, yasa dışı göçün önlenmesine ve buna karşı mücadeleye katkıda bulunmak ve geri dönüş kararına tabi kişilerin geri dönüşüne katkıda bulunmak

amacıyla gönderildikleri üçüncü ülkenin yetkili makamları ile iletişim kurmaktadır. Ayrıca, üçüncü ülke vatandaşlarının belirlenmesi ve seyahat belgelerinin edinilmesi için teknik yardım sağlamaktadırlar.

İrtibat görevlileri çalışmalarını Avrupa Birliği delegasyonlarında gerçekleştirebilmektedirler. Ankara'da ilk irtibat görevlisi 2016 yılında konuşlandırılmıştır. Frontex'in Yunanistan'da çok yoğun faaliyetleri vardır. Türkiye-Bulgaristan ve Türkiye-Yunanistan kara sınırları göç baskısı altındaki yerler olduğu söylenebilir. Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı (Frontex) ile 2020-2022 dönemini kapsayan üç yıllık bir İş Birliği Planı'na dayanan ilişkiler, Yunanistan-Türkiye kara sınırı ve Ege Denizi'nde yaşanan olaylardan olumsuz yönde etkilenmiştir<sup>55</sup>.

Türkiye'ye bir Frontex irtibat görevlisinin atanması ve irtibat görevlileri ile iş birliği yapılması kaçakçılık şebekeleriyle mücadele konusunda AB'nin Türkiye ile bilgi alışverişi kapasitesini artırmıştır. 2016'dan beri Frontex ve Türkiye, irtibat görevlisi aracılığıyla operasyonel iş birliğini sürdürmektedirler. AB üyesi olmayan ülkelerdeki Frontex İrtibat Görevlileri, diyalogu ve sahada iş birliğinin uygulanmasını kolaylaştırmaktadırlar.

#### D. RISK ANALİZİ

Frontex'in risk analizi birimi, üye devletler, AB üyesi olmayan devletlerin sınır kontrol makamları ve Avrupa Komisyonu tarafından sağlanan bilgilere dayanarak her yıl göç riski analizi raporu hazırlamaktadır. Ajans, dış sınırlarda yasa dışı göç başta olmak üzere diğer bütün yasa dışı faaliyetlerle ilgili açık ve kapalı kaynaklardan elde ettiği bilgilerle dış sınırların risk analizini yapmaktadır. Bu bilgiler, Eurostat (Avrupa Birliği Adli İş Birliği Birimi) ve Europol Avrupa Polis Ofisi gibi Avrupa kurumları, uluslararası kuruluşlar ve araştırmacılar tarafından yapılan çalışmalar, akademik makaleler, basın gibi açık kaynaklardan toplanmaktadır. Risk analizleri, bir erken uyarı mekanizması geliştirmek amacıyla, Avrupa entegre sınır yönetimi ile ilgili tüm hususları kapsamaktadır. Ajansın operasyonel faaliyetlerinin geliştirilmesi için temel sağlayan bu analizler, AB göç politikalarının belirlenmesine katkıda bulunmaktadır. Frontex, faaliyetlerini ve ortak operasyonlarını risk analizlerine dayanarak gerçekleştirmektedir.

Risk analizi, ortak ve entegre risk analizi modeli tarafından sağlanan metodolojiye (Common Integrated Risk Analysis Model - CIRAM) göre Frontex Tüzüğü'nün (2019) 29. maddesi esas alınarak düzenlenmektedir.

Risk analizleri için gerekli bilgi paylaşımını kolaylaştırmak amacıyla Frontex liderliğinde AB ile AB üyesi olmayan katılımcı ülkeler arasında geniş bir bölgesel istihbarat paylaşım ağı kurulmuştur: Batı Balkanlar Risk Analizi Ağı (WB-RAN), Doğu Ortaklığı Risk Analizi Ağı (EaP-RAN), Türkiye-Frontex Risk Analizi Ağı (TU-RAN) ve Afrika Frontex İstihbarat Topluluğu (AFIC). Böylece

<sup>55</sup> Avrupa Komisyonu, "Avrupa Komisyonu 2021 Türkiye Raporu", 53.

Frontex, risk analiz modelini Türkiye gibi diğer AB üyesi olmayan ülkelere de genişletme imkanına kavuşmuştur. Frontex'in Türkiye ile imzaladığı mutabakat zaptı uyarınca, sınır güvenliğine ilişkin verilerin toplanması, veri alışverişi ve verilerin işlenmesi ile ortak risk analizinin gerçekleştirilmesi amacıyla Ulusal Koordinasyon ve Ortak Risk Analiz Merkezi (UKORAM) yasal bir düzenlemeyle Mart 2016'da kurulmuştur ve merkezi düzeyde faaliyete geçmiştir.

Gerçekten de sınır ötesi suçlara ve kaçakçılık şebekelerine karşı etkinliği artırmak için risk analizine dayalı kurumlar arası iş birliği önem arz etmektedir. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, varış öncesi yolcu bilgisinin alınması ve risk analizinin gerçekleştirilmesine yönelik çalışmalarını tamamlamıştır. Göç İdaresi Başkanlığı (GİB) hava yoluyla seyahat eden yolculara ilişkin varış öncesi yolcu bilgilerinin alınmasının ve risk analizleri yapılmasının yönetimi sorumluluğunu üstlenmiştir<sup>56</sup>. Frontex ile iş birliğine yönelik eylem planının bir parçası olarak, risk analizi ve veri toplama konusunda eğitim verilmektedir<sup>57</sup>. Sınır görevlilerine verilen sınır yönetimi ve risk analizi eğitimleri Litvanya İçişleri Bakanlığı uzmanları tarafından üstlenilmiştir. Bu amaçla Litvanya ile yapılan sözleşmeye göre proje açılış toplantısı 7 Eylül 2018'de gerçekleştirilmiştir<sup>58</sup>. Ayrıca, görevlilerin sınır denetimlerinde nelere odaklanmaları gerektiğini daha iyi analiz edebilmeleri için risk yönetimi modelleri geliştirilmiştir<sup>59</sup>.

## SONUÇ

Üye devletlerin baskın rolüne rağmen, Frontex'in kurulması AB'nin dış sınırların yönetimini ortak sorumluluk temelinde gerçekleştirmeyi mümkün kılmıştır. Kuruluşundan bu yana, Ajans hem bütçesini hem de üçüncü ülkelerle müzakereler (anlaşmalar, Avrupa irtibat görevlilerinin varlığı) açısından yetkilerini artırmıştır. Böylece Frontex, komşu ülkelerle AB arasında bir tampon alan oluşturmaya çalışmaktadır.

Türkiye'nin dış sınırlar konusundaki mevzuatının AB müktesebatından esinlendiği açıktır. Sınır yönetimini güçlendirmek için risk analizi, irtibat görevlilerinin konuşlandırılması ve gözlemcilerin katılımı gerekmektedir, bu nedenle bu alanlarda iş birliğinin derinleştirilmesi önem kazanmaktadır. Uygulamalar, yasal ve idari düzenlemeler AB'ninkilerle tam uyumlu olmasa da, Türkiye'nin bu yöndeki çabaları şüphesiz dış sınırların etkili yönetimine ilişkin iş birliğini kolaylaştırmaktadır.

<sup>56</sup> Avrupa Komisyonu, "Avrupa Komisyonu 2018 Türkiye Raporu", 2018, 49, <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.

<sup>57</sup> Avrupa Komisyonu, "Avrupa Komisyonu 2016 Türkiye Raporu", 78-79.

<sup>58</sup> Bozkurt, "Sınır Yönetimi Alanında Yapılan Çalışmalar Sınır ve Göç Yönetimi", 25.

<sup>59</sup> "Entegre Sınır Yönetimi Sisteminin Kurulması (2. aşama)", AB Türkiye, erişim 12 Nisan 2022, <https://www.avrupa.info.tr/tr/entegre-sinir-yonetimi-sisteminin-kurulmasi-2-asama-161>.



Sınır güvenliğinden sorumlu tek bir sivil teşkilat oluşturmaya yönelik mevzuat, esas olarak sınır bölgelerindeki güvenlik endişeleri nedeniyle askıya alınmıştır. Türkiye'nin AB sınır yönetimindeki rolü, iç siyasi dengelerdeki değişikliklere ve AB'nin Türkiye'yi Avrupa sınırlarının sağlamlaştırılmasına dahil etme arzusuna bağlıdır. Her iki taraftaki irade değişikliği, AB dış sınırlarının yönetimine yönelik dayanışmayı şekillendirecektir. Özellikle göç akışının yönetimi etkilenmeye açıktır, bu alanda yakın iş birliği sürdürülmelidir. Bu iş birliğinin devamı hem AB hem de Türkiye'nin menfaatindedir.

AB'nin tahsis ettiği fon miktarı yüksek olsa da, Türkiye'nin topraklarında 3,7 milyon mülteciyi ve göçmeni barındırma ve yasadışı göçmen akışına karşı koyma kapasitesi yoktur. AB, bu gerçeği kabul edip Türkiye'nin sarf ettiği muazzam çabada ekonomik, siyasi ve sosyal sorumluluğu paylaşmalıdır. Türkiye'nin hem komşu ülke hem de AB ile üyelik müzakeresi sürecinde olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla, bu sorun AB üyelik çerçevesinde ilgili fasıllar açılarak kalıcı çözümler ortaya konulmalıdır<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> Sinem Hun, "« L'accord UE-Turquie a acté la fermeture des portes de l'Europe » - Vues d'Europe", 30 Nisan 2021, <https://www.vuesdeurope.eu/news/laccord-ue-turquie-a-acte-la-fermeture-des-portes-de-leurope/>.

## KAYNAKÇA

- 2022 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı. TÜRKİYE CUMHURİYETİ CUMHURBAŞKANLIĞI STRATEJİ VE BÜTÇE BAŞKANLIĞI, 2021. <https://www.sbb.gov.tr/2022-yili-cumhurbaskanligi-yillik-programi-25-10-2021-tarih-ve-31639-mukerrer-sayili-resmi-gazetede-yayimlanmistir/>.
- AB Türkiye. “AB’nin dış sınırlarındaki durumla ilgili olarak yapılan açıklama”. Erişim Tarihi: 10 Nisan 2022. <https://www.avrupa.info.tr/tr/eeas-news/abnin-dis-sinirlarindaki-durumla-ilgili-olarak-yapilan-aciklama-10164>.
- AB Türkiye. “Entegre Sınır Yönetimi Sisteminin Kurulması (2. aşama)”. Erişim Tarihi: 12 Nisan 2022. <https://www.avrupa.info.tr/tr/entegre-sinir-yonetimi-sisteminin-kurulmasi-2-asama-161>.
- Accord entre l’Union européenne et la République de Turquie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, OJ L § (2013). [http://data.europa.eu/eli/agree\\_international/2014/252/oj/fra](http://data.europa.eu/eli/agree_international/2014/252/oj/fra).
- Avrupa Komisyonu. “Avrupa Komisyonu 2016 Türkiye Raporu”, 2016. <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.
- Avrupa Komisyonu. “Avrupa Komisyonu 2018 Türkiye Raporu”, 2018. <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.
- Avrupa Komisyonu. “Avrupa Komisyonu 2020 Türkiye Raporu”, 2020. <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.
- Avrupa Komisyonu. “Avrupa Komisyonu 2021 Türkiye Raporu”, 2021. <https://www.ab.gov.tr/46224.html>.
- Bayram, Mehmet Hanifi. *Avrupa Birliği’nin Dış Sınırlarının Yönetimi: Frontex*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019. <https://www.seckin.com.tr/kitap/796152542#>.
- Benlolo Carbot, Myriam. “La transformation de la notion de frontière dans l’Union européenne”. *Pouvoirs* C. 165, S. 2 (2018): 65-79. <https://doi.org/10.3917/pouv.165.0065>.
- BFMTV. “Crise migratoire: Frontex a dénombré 160.000 migrants entrés illégalement dans l’UE depuis janvier 2021”. Erişim Tarihi: 07 Nisan 2022. [https://www.bfmtv.com/societe/crise-migratoire-frontex-a-denombre-160-000-migrants-entres-illegalement-dans-l-ue-depuis-janvier-2021\\_AV-202111290585.html](https://www.bfmtv.com/societe/crise-migratoire-frontex-a-denombre-160-000-migrants-entres-illegalement-dans-l-ue-depuis-janvier-2021_AV-202111290585.html).
- Bilgin, A. Aslı. “Göçmenlere Yönelik Deniz Operasyonlarında Frontex’in Müdahale Yetkisinin Uluslararası Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi”. *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 7, S. 2 (2017): 55-82.
- Blumann, Claude. “Frontières et limites (Rapport général)”. İçinde *La frontière (Colloque de Poitiers)*, editör Société française pour le droit international, 3-33. Paris: Éditions A. Pedone, 1980.
- Bonditti, Philippe. “Les frontières de l’Europe à l’épreuve de la violence”. *Questions internationales*, S. 79-80 (2016): 112-20.
- Bozkurt, Önder. “Sınır Yönetimi Alanında Yapılan Çalışmalar Sınır ve Göç Yönetimi”. *İdarecinin Sesi Dergisi*, S. 185 (Ekim 2018): 19-29. <http://tid.web.tr/idarecinin-sesi-dergisi-185sayi-eylul-ekim-2018>.

- Buratti, Théo. "Externalisation des frontières de l'Union européenne, enjeux et perspectives". RSE & Diversité, Temmuz 2020. [https://www.pourlasolidarite.eu/sites/default/files/publications/files/na\\_2020\\_div\\_externalisation\\_des\\_frontieres\\_de\\_l\\_union\\_europeenne.pdf](https://www.pourlasolidarite.eu/sites/default/files/publications/files/na_2020_div_externalisation_des_frontieres_de_l_union_europeenne.pdf).
- Ceran, Ahmet. "AB'nin Sınır Güvenliğinde Dijital Hafızası Schengen Bilgi Sistemi İyileştiriliyor". *İKV Dergisi*, S. 235 (2018): 58-61.
- "Cinq ans après, qu'en est-il de l'accord migratoire UE-Turquie ? - Vues d'Europe", Erişim Tarihi: 29 Nisan 2021. <https://www.vuesdeurope.eu/brief/1953/>.
- "Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016". Erişim Tarihi: 04 Nisan 2022. <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>.
- Dost, Süleyman. "Avrupa'ya İkinci Kavimler Göçü (mü?): Sorunlar, Fırsatlar, Tehditler, Çözümler". *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi C. 23, S. 4*. Erişim Tarihi: 31 Aralık 2021: 1-21. <https://doi.org/10.16953/deusosbil.1055481>.
- "ÉTAT DE L'UNION 2018 Un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes renforcé et parfaitement équipé", Erişim Tarihi: Eylül 2018. [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-factsheet-coast-guard\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-factsheet-coast-guard_fr.pdf).
- Euronews. "Polonya, göçmen akışını durdurmak için duvar inşaatına başladı". Erişim Tarihi: 28 Ocak 2022. <https://tr.euronews.com/2022/01/28/polonya-belarus-tan-gocmen-ak-s-n-durdurmak-icin-s-n-ra-394-milyon-dolarl-k-duvar-oruyor>.
- European Data News Hub. "Face aux migrations, l'Europe dresse des murs", Erişim Tarihi: Ocak 2022. <https://ednh.news/fr/face-aux-migrations-leurope-dresse-des-murs/>.
- Foucher, Michel. "À quoi servent les frontières ? Justifications, séparations, transitions et passages". *Questions internationales nos 79-80 - Mai-août 2016*, S. 78-80 (2016): 14-21.
- Foucher, Michel. *Fronts et frontières: un tour du monde géopolitique*. Nouv. éd. entièrement ref. Paris: Fayard, 1991.
- Gümüşçü, Osman. "Siyasi Coğrafya Açısından Sınırlar ve Tarihi Süreç İçinde Türkiye'de Sınır Kavramı". *Bilig*, S. 52 (2010): 79-104. <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423873159.pdf>.
- Hun, Sinem. "« L'accord UE-Turquie a acté la fermeture des portes de l'Europe » - Vues d'Europe". Erişim Tarihi: 30 Nisan 2021. <https://www.vuesdeurope.eu/news/laccord-ue-turquie-a-acte-la-fermeture-des-portes-de-leurope/>.
- Konyalı, Gökçe. *Uluslararası Hukukta Sığınma Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- SWI swissinfo.ch. "La Suisse vote sur sa participation à Frontex". Erişim Tarihi: 11 Nisan 2022. <https://www.swissinfo.ch/re/economie/la-suisse-vote-sur-sa-participation-%C3%A0-frontex/47433210>.
- MIGREUROP. "'Accord' UE-Turquie : le troc indigne". MIGREUROP. Erişim Tarihi: 17 Mayıs 2018. <http://migreurop.org/article2880.html>.
- "Non-EU Countries". Erişim Tarihi: 08 Nisan 2022. <https://frontex.europa.eu/we-build/other-partners-and-projects/non-eu-countries/>.

- Öztürk, Tolga, ve Ece Boyacı. “Suriyeli Mülteci Krizinin Türkiye ve Avrupa Birliği İlişkisine Yansıması: Dünya Sistemleri Analizi Üzerinden Bir Değerlendirme”. *Alanya Akademik Bakış* C. 6, S. 1. Erişim Tarihi: 31 Ocak 2022: 1809-23. <https://doi.org/10.29023/alanyaakademik.1035028>.
- “Public Access to Documents Registry”. Erişim Tarihi: 08 Nisan 2022. <https://frontex.europa.eu/accountability/public-access-to-documents/public-access-to-documents-registry/?category=budget>.
- “Qu’est-ce que Frontex?”. Erişim Tarihi: 08 Nisan 2022. <https://frontex.europa.eu/fr/qui-sommes-nous/qu-est-ce-que-frontex-/>.
- Règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d’équipes d’intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités, Pub. L. No. 32007R0863, 199 OJ L (2007). <http://data.europa.eu/eli/reg/2007/863/oj/fra>.
- Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d’une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l’Union européenne, 2006. <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/2007/oj/fra>.
- Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d’une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l’Union européenne, Pub. L. No. 32004R2007, 349 OJ L (2006). <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/2007/oj/fra>.
- Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, 2016. <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/1624/oj/fra>.
- Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) n° 1052/2013 et (UE) 2016/1624, JO L 295 du 14.11.2019, 2019/1896 § (2019). <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/1896/oj>.
- Règlement (UE) n o 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n o 2007/2004 du Conseil portant création d’une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l’Union européenne, Pub. L. No. 32011R1168, 304 OJ L (2011). <http://data.europa.eu/eli/reg/2011/1168/oj/fra>.
- Rodier, Claire. “Externalisation du contrôle des flux migratoires: comment et avec qui l’Europe repousse ses frontières”. *Migrations Société* C. 116, S. 2 (2008): 105-22. <https://doi.org/10.3917/migra.116.0105>.

Şener, Nedim. “Güvenlik duvarı 1079 kilometreye ulaştı”. Erişim Tarihi: 04 Nisan 2022. <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/nedim-sener/guvenlik-duvari-1079-kilometreye-ulasti-41924175>.

“Taslak Ulusal Entegre Sınır Yönetimi Stratejisinin Oluşturulması ve Türkiye'nin Entegre Sınır Yönetimini Uygulaması için Ulusal Eylem Planı'nın Güncellenmesi”. Erişim Tarihi: 12 Nisan 2022. [https://ab.gov.tr/taslak-ulusal-entegre-sinir-yonetimi-stratejisinin-olusturulmasi-ve-turkiyenin-entegre-sinir-yonetimini-uygulamasi-icin-\\_52372.html](https://ab.gov.tr/taslak-ulusal-entegre-sinir-yonetimi-stratejisinin-olusturulmasi-ve-turkiyenin-entegre-sinir-yonetimini-uygulamasi-icin-_52372.html).

T.C. DIŞİŞLERİ BAKANLIğI AVRUPA BİRLİğİ BAŞKANLIğI. “AB'ye Katılım İçin Ulusal Eylem Planı (2021-2023)”. AVRUPA BİRLİğİ'NE KATILIM İÇİN ULUSAL EYLEM PLANI. Erişim Tarihi: 2021. <https://www.ab.gov.tr/52882.html>.

Touteurope.eu. “Qu'est-ce que Frontex, l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes?”. Erişim Tarihi: 30 Mart 2022. <https://www.touteurope.eu/institutions/qu-est-ce-que-l-agence-europeenne-de-garde-frontieres-et-de-garde-cotes-frontex/>.



# TÜRK, ALMAN VE İSVİÇRE İDARE HUKUKUNDA ARABULUCULUK<sup>(\*)</sup>

Doç. Dr. Atila ERKAL<sup>(\*\*)</sup>

## Öz

Yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri hukuk sistemlerine entegre edilmiş ve son yıllarda yaygın olarak kullanılmaktadır. Arabuluculuk bunlar arasında önemli bir yere sahiptir. Özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi konusunda Türk, Alman ve İsviçre Hukuku'nda kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Buna istinaden idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulabilmektedir. İdari uyuşmazlıklarda arabuluculuk konusunda ise Türk Hukuku'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık hem Alman hem de İsviçre Hukuku'nda idari uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle giderilebilmesi konusunda düzenlemelere yer verilmiştir.

İdari uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle giderilmesi idari usul sürecinde olabileceği gibi idari yargılama usulünde de söz konusu olabilmektedir. Alman Arabuluculuk Kanunu kamu ve özel hukuk uyuşmazlık ayrımı yapılmadığından her iki alana da uygulanabilmektedir. Ancak İdari Usul Kanunu'nda arabuluculuk konusunda doğrudan düzenleme olmasa da dolaylı hükümlerin mevcut olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık özel kanunlarda arabuluculuğa yer verilmektedir. İdari yargılama usulünde ise arabuluculuğun uygulanması konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunmaktadır. Buna istinaden idari yargılama usulünde diğer yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri yanında, arabuluculuk yoluyla da uyuşmazlıklar çözülebilmektedir.

## Anahtar Kelimeler

Arabuluculuk, İdari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, İdari Yargıda Arabuluculuk, İdari Usulde Arabuluculuk, Yargı Dışı Uyuşmazlık Çözümü, Alman İdari Yargılama Usulü.

## MEDIATION IN TURKISH GERMAN AND SWISS ADMINISTRATIVE LAW

## Abstract

Non-judicial dispute resolution methods have been integrated into legal systems and have been widely used in recent years. Mediation has an important place among them. There are legal regulations in Turkish, German and Swiss Law regarding the resolution of private law disputes through mediation. Accordingly, private law disputes to which the administration is a party can be resolved through mediation.

Mediation has become a method used in disputes subject to administrative law in recent years. The basis of this is that mediation is an interdisciplinary institution due to its applicability to many fields and legal disputes of different nature. Administrative law is familiar with alternative dispute methods. There are regulations regarding the settlement of monetary disputes to which the administration is a party, applying to the ombudsman, and arbitration in administrative contracts. Mediation in administrative disputes is not accepted in Turkish law and there are no legal regulations in this regard. On the other hand, in both German and Swiss law, there are regulations regarding the settlement of administrative disputes by mediation.

<sup>(\*)</sup> Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 04.01.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 05.01.2022,  
DOI No: 10.54704/akdhfd.1053114.

<sup>(\*\*)</sup> Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı / Sakarya-Türkiye.  
E-posta: atilaerkal@sakarya.edu.tr,  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7394-5414>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

The main debate in the field of administrative law is in which types of disputes the mediation method can be used. In administrative disputes involving the payment of a certain amount of money, to which the administration is a party, there is no problem in resolving them through mediation. In addition, the mediation method can be applied in the zoning law, especially in the construction plan, in the environmental law, in the economic administrative law, in the determination of meeting and demonstration marches and the determination of places, in education and school affairs, in the law of civil servants and especially in areas where the administration has discretion.

Mediation is an optional way based on the consent of the parties. This process is carried out by a mediator. The mediator assists the parties in reconciliation by offering advice and suggestions that do not bind the parties in the resolution of the dispute. In this context, it is necessary to adequately enlighten the parties on the principles, process and results of mediation. The mediator does not have a duty or function to force or persuade the parties to a solution. Therefore, the mediator impartially determines the process himself and removes the barriers of negotiation between the parties, thereby helping the parties to agree on a solution of their own free will. Ultimately, reconciliation takes place under the will and responsibility of both parties. The parties to the dispute have the freedom of will in applying to the mediator, continuing the process, concluding or abandoning this process. The parties can agree to apply to a mediator before filing a lawsuit or during the trial. The judge also has the authority to enlighten and encourage the parties to apply to a mediator.

The resolution of administrative disputes by mediation can be in the administrative procedure as well as in the administrative proceedings. In the mediation in the administrative procedure process, there is no direct binding legal result on the agreed issue. The administration adapts the settlement achieved through mediation to the decision it will take, and carries out the transaction with its unilateral will. Therefore, the final act of executive nature is established by the will of the administration and under its responsibility. Mediation is more of a preparatory process. The Swiss Code of Administrative Procedure directly regulates mediation. On the other hand, although there is no direct regulation on mediation in the German Administrative Procedure Law, it is accepted that there are indirect provisions. Mediation is included in special laws. Since the German Mediation Law does not distinguish between public and private law disputes, it can be applied to both areas. It refers to the Code of Civil Procedure on the implementation of mediation in administrative proceedings. Accordingly, in administrative proceedings, besides other non-judicial dispute resolution methods, disputes can also be resolved through mediation.

Administrative jurisdiction has the discretion to direct the parties of the case to a mediator or other non-judicial (alternative) dispute resolution methods at every stage of the proceedings. For the friendly and peacefully settlement of the dispute, the court can refer directly to the friendly settlement judge called Güterichter. The friendly settlement judge is chosen from among the judges outside the court who have the power to decide on the dispute in question. If the friendly settlement judge has suggested the mediation method, it is obligatory to obtain the consent of the parties to go to the mediator. The judge cannot act as a mediator. In this case, the parties to the dispute choose a mediator. As mentioned above, the provisions of the Mediation Law are applied in the mediation procedure. The mediator cannot make a decision himself, and the parties can reach a compromise with their consent and responsibilities. If a consensus has been reached, it must be documented with an agreement and the administrative proceedings are terminated accordingly.

Mediation has both advantages and disadvantages. Since mediation in administrative disputes is a new model that envisages cooperation between the state and citizens, its integration into administrative law will be beneficial in many areas. In the execution procedure of the administrative act, before the administrative decision is taken, a compromise can be reached between the addressee of the administrative act and the administration through mediation, and the lawsuits can be avoided. In this context, mediation helps the development of a conciliatory administrative culture in line with today's needs. Another important benefit of mediation is that it serves to render justice faster and cheaper. On the other hand, the violation of transparency due to the confidentiality of the mediation process entails the danger of violating the interests and legal protections of third parties who may be affected by the event reached through mediation. In addition, if a compromise cannot be reached, the process of reaching a certain result is prolonged and mediation costs are added in addition to the legal costs.

### Keywords

Mediation, Mediation in Administrative Disputes, Mediation in Administrative Jurisdiction, Mediation in Administrative Procedure, Extrajudicial Dispute Resolution, German Administrative Procedure.



**Extended Abstract**

Non-judicial dispute resolution methods have been integrated into legal systems and have been widely used in recent years. Mediation has an important place among them. There are legal regulations in Turkish, German and Swiss Law regarding the resolution of private law disputes through mediation. Accordingly, private law disputes to which the administration is a party can be resolved through mediation.

Mediation has become a method used in disputes subject to administrative law in recent years. The basis of this is that mediation is an interdisciplinary institution due to its applicability to many fields and legal disputes of different nature. Administrative law is familiar with alternative dispute methods. There are regulations regarding the settlement of monetary disputes to which the administration is a party, applying to the ombudsman, and arbitration in administrative contracts. Mediation in administrative disputes is not accepted in Turkish law and there are no legal regulations in this regard. On the other hand, in both German and Swiss law, there are regulations regarding the settlement of administrative disputes by mediation.

The main debate in the field of administrative law is in which types of disputes the mediation method can be used. In administrative disputes involving the payment of a certain amount of money, to which the administration is a party, there is no problem in resolving them through mediation. In addition, the mediation method can be applied in the zoning law, especially in the construction plan, in the environmental law, in the economic administrative law, in the determination of meeting and demonstration marches and the determination of places, in education and school affairs, in the law of civil servants and especially in areas where the administration has discretion.

Mediation is an optional way based on the consent of the parties. This process is carried out by a mediator. The mediator assists the parties in reconciliation by offering advice and suggestions that do not bind the parties in the resolution of the dispute. In this context, it is necessary to adequately enlighten the parties on the principles, process and results of mediation. The mediator does not have a duty or function to force or persuade the parties to a solution. Therefore, the mediator impartially determines the process himself and removes the barriers of negotiation between the parties, thereby helping the parties to agree on a solution of their own free will. Ultimately, reconciliation takes place under the will and responsibility of both parties. The parties to the dispute have the freedom of will in applying to the mediator, continuing the process, concluding or abandoning this process. The parties can agree to apply to a mediator before filing a lawsuit or during the trial. The judge also has the authority to enlighten and encourage the parties to apply to a mediator.

The resolution of administrative disputes by mediation can be in the administrative procedure as well as in the administrative proceedings. In the mediation in the administrative procedure process, there is no direct binding legal result on the agreed issue. The administration adapts the settlement achieved through mediation to the decision it will take, and carries out the transaction with its unilateral will. Therefore, the final act of executive nature is established by the will of the administration and under its responsibility. Mediation is more of a preparatory process. The Swiss Code of Administrative Procedure directly regulates mediation. On the other hand, although there is no direct regulation on mediation in the German Administrative Procedure Law, it is accepted that there are indirect provisions. Mediation is included in special laws. Since the German Mediation Law does not distinguish between public and private law disputes, it can be applied to both areas. It refers to the Code of Civil Procedure on the implementation of mediation in administrative proceedings. Accordingly, in administrative proceedings, besides other non-judicial dispute resolution methods, disputes can also be resolved through mediation.

Administrative jurisdiction has the discretion to direct the parties of the case to a mediator or other non-judicial (alternative) dispute resolution methods at every stage of the proceedings. For the friendly and peacefully settlement of the dispute, the court can refer directly to the friendly settlement judge called Güterichter. The friendly settlement judge is chosen from among the judges outside the court who have the power to decide on the dispute in question. If the friendly settlement judge has suggested the mediation method, it is obligatory to obtain the consent of the parties to go to the mediator. The judge cannot act as a mediator. In this case, the parties to the dispute choose a mediator. As mentioned above, the provisions of the Mediation Law are applied in the mediation procedure. The mediator cannot make a decision himself, and the parties can reach a compromise with their consent and responsibilities. If a consensus has been reached, it must be documented with an agreement and the administrative proceedings are terminated accordingly.

Mediation has both advantages and disadvantages. Since mediation in administrative disputes is a new model that envisages cooperation between the state and citizens, its integration into administrative law will be beneficial in many areas. In the execution procedure of the administrative act, before the administrative decision is taken,

a compromise can be reached between the addressee of the administrative act and the administration through mediation, and the lawsuits can be avoided. In this context, mediation helps the development of a conciliatory administrative culture in line with today's needs. Another important benefit of mediation is that it serves to render justice faster and cheaper. On the other hand, the violation of transparency due to the confidentiality of the mediation process entails the danger of violating the interests and legal protections of third parties who may be affected by the event reached through mediation. In addition, if a compromise cannot be reached, the process of reaching a certain result is prolonged and mediation costs are added in addition to the legal costs.

## GİRİŞ

Hukuki uyuşmazlıkların giderilmesinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri üzerinde yoğun çalışmalar bulunmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan<sup>1</sup> ve kısaca ADR (Alternative Dispute Resolution) olarak ifade edilen bu yöntemlerde, yargıya başvurmadan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla taraflar arası bir uzlaşma sağlanması amaçlanmaktadır.<sup>2</sup> Yargının yükünün ağır olması, yargılamanın uzun sürmesi, adaletin geç tecelli etmesi gibi sebeplerin yanında tarafların bir araya gelerek sorunlarını daha etkili bir şekilde çözebilme imkânı ADR'nin yaygınlaşmasında etkili olmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arabuluculuk, sulh, tahkim, uzlaşma ve ombudsman gibi çeşitlere ayrılmaktadır. Bunlar arasında arabuluculuk yöntemi son yıllarda değer kazanmaya başlamış ve bir çok hukuk sistemine entegre edilmiştir. Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi de 2008/52/EG sayılı Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönleri Hakkındaki Direktif'i kabul etmiştir. Almanya ve Avrupa Birliği'ne üye diğer ülkeler bu direktifi iç hukuklarına uyarlamıştır. Türkiye'de 2012 yılında yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile hukuk uyuşmazlıklarının, diğer bir ifadeyle özel hukuka tabi uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesi imkânı getirerek arabuluculuğu hukuk sistemine dahil etmiştir.

Arabuluculuk ağırlıklı olarak özel hukuk uyuşmazlıkları için kabul edilmişken, son yıllarda idare hukukuna tabi uyuşmazlıklarda da başvuru bir yön-

<sup>1</sup> Modern anlamda ADR ABD'de ortaya çıkmış olsa da özellikle arabuluculuktaki taraflar arası uyuşmazlığın üçüncü bir kişinin yer alarak çözülmesini öngören usul Çin ve Japonya'da 2600 yıl öncesine kadar geri gitmektedir. Ines HärteI, "Mediation im Verwaltungsgrecht", JZ 15, S. 754 (2005): 753-763. Ancak bunun öncesinde de arabuluculuğun ilk uygulaması MÖ. 594 yılında Atina'da olmuştur. Tarihe geçen ilk arabulucu da Atinalı devlet adamı Solon'dur. Kendisi, büyük devlet adamı, uzlaştırıcı ve aracı olarak tayin edilmiştir. Uyuşmazlığın çözümünde temel ilkeler olarak ise herkes için eşit haklar, toplum refahını baz alan düzen ve adalet kabul edilmiştir. Arabuluculuğun günümüze kadar istatistiksel tarihi gelişimi konusunda bkz. <https://mediation-dach.com/fileadmin/pdf/historisches.pdf> (ET. 10.12.2021).

<sup>2</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nde ADR konusunda ayrıntılı olarak bkz. Mustafa Özbek, "İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)", TBB 56, S. 91, 95. vd. (2005): 90-13; ABD'de ADR başarılı bir şekilde uygulanmaktadır. Özellikle atıkların depolanması otoyol ve havalimanların yapılması gibi imar hukukunu ilgilendiren büyük projelerin planlama ve izin süreçlerinde taraflar arası sorunlar arabuluculuk yoluyla giderilebilmiştir. Wolfgang Handlich ve Michael Rennhack, "Mediation im öffentlichen Baurecht-Chancen einer neuen Planungskultur", LKV, S. 11 (1999): 9-13.

tem haline gelmiştir. Bunun temelinde, arabuluculuğun birçok alana ve farklı nitelikteki hukuki uyumsuzluğa uygulanabilir yapısı nedeniyle interdisipliner bir müessese olması yatmaktadır.<sup>3</sup> İdare hukuku alanında alternatif uyumsuzluk yöntemlerine yabancı değildir. İdarenin taraf olduğu parasal nitelikli uyumsuzlukların sulh yoluyla çözülmesi, ombudsmana başvurulması, idari sözleşmelerde tahkim yoluna gidilebilmesi konusunda pozitif düzenlemeler bulunmaktadır. İdare hukuku alanında temel tartışma, arabuluculuk yöntemine hangi tür uyumsuzluklarda gidilebileceği hususunda yoğunlaşmaktadır. İdarenin, idare hukukuna tabi faaliyetleri yanında özel hukuka tabi faaliyetleri de söz konusu olmaktadır. İdarenin özel malları üzerinde tasarrufları, kiralama, abonman ve taşıma sözleşmeleri, ihale akabinde akdettiği sözleşmeler, kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetleri gibi birçok faaliyeti ağırlıklı olarak özel hukuka tabi tutulmaktadır. Özel hukuka tabi faaliyetleri konusunda arabuluculuğa gidilebilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık kamusal yönetim usulleri çerçevesinde yürüttüğü faaliyetlerde üstün ve ayrıcalıklı yetkileri, kamu gücü kullanımı, tek taraflılık, kamu yararı ve kamu düzeni gibi hususlar, arabuluculuğa gidilebilmesinde bir duraksamaya yol açsa da imkânsız görünmemektedir. Ancak bunun sınırlarının özel hukuktaki gibi geniş olamayacağı bir gerçektir. İdari eylem, idari işlem ve idari sözleşmeler ile kanunla verilen yetki çerçevesinde kişilerin hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, arabuluculuğun hangi ölçüde uygulamaya elverişli olduğu konuları tartışmaların merkezinde yer almaktadır.

Türk hukukunda idarenin kamusal yönetim usulleri çerçevesinde yaptığı tasarruflardan kaynaklanan uyumsuzlukların, arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi konusunda pozitif düzenlemeler bulunmamaktadır. Buna karşılık idarenin özel hukuka tabi faaliyetlerinde arabuluculuğa gidilebileceği kanunla hüküm altına alınmıştır. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda ise Almanya'da arabuluculuğa gidilmesinde özel -kamu hukuku ayrımı yapılmadığını görmekteyiz. Alman hukukunda, idare hukukundan kaynaklanan bazı uyumsuzluklarda ve özellikle idari usul sürecinde arabuluculuğa gidilebilmesine imkân tanınmıştır. Buna karşılık Avusturya, Arabuluculuk Kanunu'nu özel hukuk uyumsuzlukları ile sınırlandırmış; idari uyumsuzluklarda ise Çevresel Etki Değerlendirme Kanunu (Umweltverträglichkeitsprüfungs-gesetz-UVPG) md. 16/2'de olduğu gibi alan bazlı özel düzenlemelerde yer vermiştir. İsviçre ise arabuluculuğu İdari Usul Kanunu'na entegre etmiştir.<sup>4</sup>

Bu çalışmada öncelikle idarenin özel hukuka tabi tasarruflarında arabuluculuk ele alınacaktır. Akabinde Alman ve İsviçre idare hukukunda arabuluculuk müessesesi ele alınarak hangi tür uyumsuzluklarda gidilebileceği ve Türk hukukunda uygulanabilirliği incelenecektir.

<sup>3</sup> Annette Guckelberger, "Einheitliches Mediationsgesetz auch für verwaltungsrechtliche Konflikte?", NVwZ, S. 390 (2011): 390-397.

<sup>4</sup> Morris Knecht, Chancen und Probleme Des Mediationsverfahrens Nach Dem Neuen VwVG, Masterarbeit Freiburg 2008, S. 11.

## I. GENEL OLARAK ARABULUCULUK

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargısal bir karara gerek kalmadan uyuşmazlığı sona erdirmeyi amaçlamaktadır. Çok sayıda alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olmakla birlikte bunlar arasında ortak ve farklı yönler bulunmaktadır. ADR'de birbirine en yakın müesseseler arabuluculuk ve sulh yoludur. Türk hukukunda özel hükümlerin dışında<sup>5</sup> sulh yolu 659 sayılı KHK'da<sup>6</sup> düzenlenmiş ve idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında ve idari yargının görevine giren, özellikle konusu belli bir meblağın ödenmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, dava açmadan önce idareyle sulh olunarak çözülmesi öngörülmektedir.

İYUK md. 13 idari eylemden kaynaklanan tam yargı davası açmadan önce idareye başvuru zorunlu olarak öngörüldüğünden, bu da sulh başvurusu olarak kabul edilmektedir. Sulh yolunda uyuşmazlığın tarafları bir araya gelerek anlaşmaya çalışmaktadır. Ancak taraflar sulh yoluyla anlaşmaya zorlanamamaktadır. Sulh olunamamışsa dava yoluna başvurulmaktadır. Sulh olunmuşsa, sulh anlaşmasında belirtilen konularda dava açılmayacağı hüküm altına alınmaktadır. Buna karşılık arabuluculukta uyuşmazlığın tarafları yanında arabulucu olarak ifade edilen tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi yer almaktadır. Taraflar bir veya birden çok kişiden de oluşabilmektedir. Özellikle idarenin yaptığı büyük projelerde, çevresel etki değerlendirilmesi yapılmasında, idarenin karşısında çok sayıda kişi bulunmaktadır. Bu durumlarda Avusturya ve Almanya Çevresel Etki Değerlendirme Kanunu ile İmar Kanunu gibi düzenlemeler, arabulucuya başvurulmasını öngörmektedir. Ancak Arabuluculuk Kanunu toplumsal uyuşmazlıklardan ziyade, bireysel uyuşmazlıkların giderilmesini hedeflemektedir. Toplumsal uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile giderilmesi, daha çok özel kanunlarda düzenlenmektedir.

Arabuluculuk, irade serbestisine dayanan ve kural olarak ihtiyarı olarak başvuru bir yöntemdir. Burada uyuşmazlığın çözümlenmesinde tarafları bağlamayan tavsiye ve öneriler sunarak uzlaşmalarına yardımcı olan arabulucu yer almaktadır.<sup>7</sup> Arabulucunun tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları konusunda yeterli derecede aydınlatması gerekmektedir.<sup>8</sup> Tarafları bir çözüme zorlamaya ya da ikna etmeye yönelik bir görev ve işlevi ise bulunmamaktadır.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Örneğin 3234 sayılı Orman Genel Müdürlüğü'ne İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un anlaşmazlıkların hallini düzenleyen md. 36'ya göre sözleşme olsun olmasın Orman Genel Müdürlüğü ile kamu kurum ve kuruluşları ve özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri arasında ortaya çıkan ve henüz yargıya intikal etmemiş uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenebileceğini hüküm altına almaktadır.

<sup>6</sup> Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname.

<sup>7</sup> Härtel, JZ 2005, 754; Zehra Odyakmaz, Serkan Çınarlı ve Ezgi Avcıoğlu Aksoy, İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 32.

<sup>8</sup> HUAK md. 11.

<sup>9</sup> Mustafa Özbek, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)" TBBD 57 (II), S. 108 vd. (2005): 82-134.

Dolayısıyla arabulucu tarafsız bir şekilde süreci kendisi belirleyerek ve taraflar arası müzakere bariyerlerini kaldırarak, tarafların kendi isteği ve serbest iradeleri ile bir çözümde uzlaşmalarına vesile olmaktadır.<sup>10</sup>

Arabuluculuk süreci farklı aşamalardan oluşmaktadır.<sup>11</sup> İlk aşama, özellikle idari uyuşmazlığın arabuluculuğa uygunluğunun tespit edilerek başlatılmasıdır. İkinci aşama, uyuşmazlığın hazırlık sürecidir. Bu süreçte müzakerenin kapsamı ve usulüne ilişkin kurallar belirlenmektedir. Üçüncü aşama, müzakere aşamadır. Bu aşamada uyuşmazlığa sebep olan olay ve gerçekler açıkça ortaya konularak tarafların pozisyonları ve menfaatleri belirlenmekte ve çözüme ilişkin opsiyonlar geliştirilmektedir. Son aşamada ise arabuluculuk süreci sonunda varılan kararın hayata geçirilmesi söz konusu olmaktadır. Eğer taraflar uyuşmazlığın çözümünde bir uzlaşma sağlamışlarsa arabuluculuk anlaşması imzalanmaktadır.<sup>12</sup>

Taraflar irade serbestisi çerçevesinde hareket ettiklerinden, arabuluculuğun tüm aşamalarında uyuşmazlığın çözümüne ilişkin alınan kararlardan kendileri sorumlu olmaktadır.<sup>13</sup> Süreç uzlaşma ile tamamlandığında sonuç her iki tarafça kabullenilmektedir.<sup>14</sup> Taraflar istedikleri zaman arabuluculuk sürecini sona erdirebilmektedir.<sup>15</sup>

Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK), arabuluculuk usulünü düzenleyerek hangi tür uyuşmazlıklarda arabuluculuğa gidilebileceğini hüküm altına almaktadır. HUAK md. 1/2. fıkrasına göre yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde arabuluculuk uygulanabilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi Türk hukukunda da arabulucu tarafları bir araya getirerek uyuşmazlığın çözümlenmesi için bağlayıcılığı bulunmayan bir tavsiye sunmakta veya bir görüş önermektedir. Taraflar buna istinaden tamamen serbest iradeleri ile uyuşmazlığın çözümünde anlaşabilmektedir. HUAK md. 18/5’te arabuluculuk kapsamında anlaşmanın sağlanması durumunda tarafların anlaşılacak konularda dava açamayacağı düzenlenmiştir.

<sup>10</sup> Jan Malte von Barga, “Mediation im Verwaltungsverfahren nach Inkrafttreten des Mediationsförderungsgesetzes”, ZUR, S. 469, 472 (2002): 468-475; Guckelberger, NVwZ 2011, 390; Härtel, JZ 2005, 754; Handlich ve Rennhack, LKV 1999, 9. Doktrinde idareden pazarlık yapması değil, tasarrufta bulunması beklendiği gerekçesiyle eleştiriler bulunmaktadır. Klaus Bloch, “Mediation im Verwaltungsrecht und Mediation beim Verwaltungsgericht”, BayVBl, S. 137 (2010): 136-139; Stumpf, A. Christoph, Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006), 274; Rainer Pitschas, “Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor”, NVwZ, S. 397 (2004): 396-404.

<sup>11</sup> Härtel, JZ 2005, 755; Bloch, BayVBl 2010, 137; Stumpf, Alternative Streitbeilegung, 304.

<sup>12</sup> HUAK md. 18.

<sup>13</sup> Pitschas, NVwZ 2004, 397; Dilşat Yılmaz, “Türk ve Alman İdare Hukukunda Arabuluculuk ve Sulhe İlişkin Düzenlemeler”, THD 7/70, S. 94 (2012): 92-100; Guckelberger, NVwZ 2011, 390.

<sup>14</sup> Helmut Tilp, “Mediation-ein Instrument auch für Verwaltungen?”, VM, S. 90 (2009): 90-95.

<sup>15</sup> Stumpf, Alternative Streitbeilegung, s. 274; Guckelberger, NVwZ 2011, 392; HUAK md. 17.

Arabulucuya başvurma, süreci devam ettirme, sonuçlandırma ya da bu süreçten vazgeçme hususunda uyuşmazlığın tarafları irade serbestisine sahiptir. Taraflar dava açmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilmektedir. Mahkeme hâkimi de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik etme yetkisine sahiptir (HUAK md. 13/1). Dolayısıyla uyuşmazlığın tarafları dava açmadan önce ve dava sırasında arabulucuya gidebileceği gibi dava açıldıktan sonra da mahkeme tarafları arabulucuya başvurmayı önerebilmektedir.

Arabuluculuk her ne kadar ihtiyari bir yol olarak öngörülse de özel hukukun belli alanlarında zorunlu hale gelmektedir. Özel hukukun diğer alanlarında arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesi eğilimi de bulunmaktadır. Bu zorunluluk dava şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Taraflar dava açmadan önce arabulucuya başvurmak zorundadır. Bir sonuç alınmaz ise dava açabilmektedir. Zorunlu arabuluculuk farklı kanunlarda hüküm altına alınmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un md. 73/A, tüketici mahkemelerinde açılacak davalar öncesinde arabulucuya başvurmayı zorunlu kılmaktadır. Türk Ticaret Kanunu md. 5/a'ya göre de TTK'nın 4. maddesinde belirtilen tüm ticari davalar ile diğer özel kanunlarda yer alan ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açmadan önce arabulucuya başvurulması zorunludur. İş Mahkemeleri Kanunu md. 3 işçi ve işveren arasındaki yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti, maaş vb. gibi işçilik alacakları ile ihbar tazminatı, kıdem tazminatı vb. gibi tazminatlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuk yoluyla çözüleceğini hüküm altına almaktadır. Arabuluculuk sürecinde, anlaşma/ uzlaşma gerçekleşmezse dava yoluna gidilebilmesi mümkündür.

## II. İDARENİN TARAF OLDUĞU ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK

İdarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında da arabuluculuğa başvurulması ve usulü HUAK ve buna ilişkin çıkartılan Yönetmelik'e göre yapılmaktadır. Buna karşılık idarenin kamusal yönetim usulleri çerçevesinde yaptığı tasarruflarda arabuluculuğa gidilmesi konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

İdarenin özel hukuka dayanan faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulabileceği HUAK md. 2'ye 2017 yılında 7036 sayılı Kanunla eklenen e) bendi ile açıkça düzenlenmiştir. Aslında bu hüküm getirilmemiş olsa da özel hukuk uyuşmazlıklarında idarenin arabuluculuğa başvurması önünde bir engel bulunmamaktadır. İdarenin özel hukuka dayanan eylem ve işlemlerinde, iradesi karşı tarafla eşit olduğundan kamu hukuku kuralları uygulanmamaktadır. Kaldı ki; idarenin özel hukuk hükümlerine ilişkin faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda görülmekte ve uyuşmazlığın giderilmesinde özel hu-

kuk hükümleri uygulanmaktadır. Getirilen hükmün daha çok arabulucuya gitme konusunda idarenin tereddütlerini gidermek amacıyla açık yetki tanıma ve bu bağlamda idareyi cesaretlendirmeye yönelik olduğu söylenebilir.

İdarenin özel hukuk çerçevesinde tesis ettiği çok sayıda hukuki işlemi bulunmaktadır. Bunlara elektrik, su, gaz, telefon, abonman sözleşmeleri, kamu iktisadi teşebbüslerinin dışa yönelik faaliyetleri, kira sözleşmeleri, iş sözleşmesiyle çalıştırdığı işçiler ile idare arasındaki hukuki uyuşmazlıklar, kamulaştırma bedeline ilişkin anlaşmazlıklar örnek gösterilebilir.<sup>16</sup> Bu tür hukuki ilişki ya da işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurma ve uyuşmazlığı çözmek mümkündür.

### III. İDARENİN TARAF OLDUĞU İDARE HUKUKUNA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK

İdarenin kamusal yönetim usullerine göre yaptığı faaliyetlerde üstün durumda olması, kamu gücü kullanması, tek taraflı işlem yapması gibi sebeplerle özel hukuktan farklılık taşımaktadır. İdare hukukunun temel özellikleri göz önünde bulundurulduğunda bundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk zor görünse de belli tasniflere tabi tutulduğunda bazı alanlarda mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır.

İdari uyuşmazlıklarda idarenin arabulucuya gidebilmesi hususunda farklı görüşler<sup>17</sup> olsa da kanunla açık bir yetkilendirme zorunludur. Hatta idare hukukunun özelliği nedeniyle, özel hukuk arabuluculuğu kanunundan ayrı bir kanunla düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.<sup>18</sup> İdarenin kanuniliği ilkesi idari uyuşmazlıklarda arabuluculuk yoluna başvurulmasına engel teşkil etmez.<sup>19</sup> Ancak idarenin anayasa ve kanuna bağlılığı ve bu bağlamda uyması gereken kurallar arabuluculuk sürecinde devam etmektedir.<sup>20</sup>

#### A. İDARE HUKUKUNUN ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ

İdari uyuşmazlıkların tamamı arabuluculuğa elverişli değildir. Ancak elverişli olduğu uyuşmazlık türleri de azımsanamayacak sayıdadır. İdarenin taraf olduğu ko-

<sup>16</sup> Benzer şekilde Gül Fiş Üstün, "Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi" MÜHFHAD 26/1, S. 14 (2020): 13-23; Asuman Çapar, "İdarenin Taraf Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi", JSHSR 7(59), S. 2530 (2020): 2526-2535.

<sup>17</sup> Malte von Bargen'e göre arabuluculukta, taraflar serbest iradeleri ile uzlaşma yoluyla uyuşmazlığın çözümüne katıldıklarından ve temel bir hakka müdahale söz konusu olmadığından açıkça kanuni bir dayanağa ihtiyaç duyulmaz. Malte von Bargen, ZUR 2012, 470; Härstel'e göre idare arabuluculukta kanunla öngörülen idari usul sürecini işletmediğinden ve sadece bunun hazırlanmasına yönelik tasarrufla bulunduğundan kanunla özel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Härstel, JZ 2005, 757.

<sup>18</sup> Guckelberger, NVwZ 2011, 395 vd.

<sup>19</sup> Karsten-Michael Ortloff, "Europäische Streitkultur und Mediation im deutschen Verwaltungsrecht", NVwZ, S. 34 (2007): 33-37; Malte von Bargen, ZUR 2012, 471.

<sup>20</sup> Tiip, VM 2009, 92.

nusu belli bir paranın ödenmesini içeren idari uyuşmazlıklarda arabuluculuk yoluyla giderilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Bunun yanında, imar hukuku özellikle de imar planı yapım sürecinde, çevre hukukunda, ekonomik idare hukukunda, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapılması ve yerlerin belirlenmesinde<sup>21</sup>, eğitim ve okul işlerinde, memurlar hukukunda ve özellikle idarenin takdir yetkisine sahip olduğu alanlarda arabuluculuk yöntemine başvurulabilir.<sup>22</sup> Sayılan alanlardaki uyuşmazlık ve taraflar göz önünde bulundurulduğunda idare hukukunda arabuluculuk üç temel başlıkta ele alınabilecektir.<sup>23</sup> Bunlardan ilki, büyük havalimanı, yol ve otobanlar, atık toplama merkezleri, HES gibi büyük projelerde çevresel sorunların çözümünde arabuluculuk. İkincisi, idarelerin kendi aralarında uzlaşması amacıyla arabuluculuk. Sonuncusu ise, birey ile idare arasındaki uyuşmazlıklarda arabuluculuktur. Ancak bu üç alanda birey açısından önem arz eden ve bireylerin taraf olduğu münferit ve çevresel konularda arabuluculuktur.

2016 tarihli Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı'nda çevre, imar, hastane sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklar, ecrimisil davaları, memurların küçük disiplin cezaları, işgaliye davaları, kamu ihaleleri, alımları ile özel sektörle yapılan birtakım işlerin arabuluculuğa elverişli olduğu ve arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi yolunda görüş birliği bulunduğu belirtilmektedir.<sup>24</sup> Bu tutanakla arabuluculuğa başvurulabilecek idari konu ve uyuşmazlıkların kapsamının oldukça genişletildiği görülmektedir. Burada hem parasal uyuşmazlıklarda hem de çevre, imar, hafif disiplin cezalarında olduğu gibi idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk yolunun açılabilmesi haklı olarak ifade edilmektedir. Çevre konularında<sup>25</sup> özellikle ÇED sürecinde ve imar hukukunda arabuluculuğa başvurma hususunda karşılaştırmalı hukukta pozitif düzenlemeler bulunmaktadır. Disiplin suç ve cezalarında ise arabuluculuğa ceza verilmeden önce mi yoksa ceza verildikten sonra mı gidileceği konusunda bir açıklık yoktur. Ceza verilmeden önce henüz karar çıkmadığından aşağıda belirtildiği üzere idari usule ilişkin olduğundan arabulucuya gidilebilmesi mümkün görünse de ceza verildikten sonra zor görünmektedir.

İdari işlemler açısından arabuluculukta önemli bir farklılık bulunmaktadır. Arabuluculuk yoluna gidilmesinde asıl zorluk idari işlem yapıldıktan sonraki sürece ilişkindir. İdari eylemler içinde benzer bir durum bulunmaktadır. İdari sözleşmelerde (imtiyazda) tahkim yoluyla uyuşmazlığın giderilebilmesi kararlaştırılıp, özel hukuk hükümleri uygulanabileceğinden, arabulucuya gidilmesi önünde

<sup>21</sup> BVerfGE 69, 315, S. 315.

<sup>22</sup> Härtel, JZ 2005, 754.

<sup>23</sup> Isaak Meier, Mediation und Schlichtung in der Schweiz, S. 6 [https://www.175jahre.uzh.ch/fakultaeten/recht/fachbereiche/zprschkg/Dokumente/report\\_mediation\\_deu\\_EZPO.pdf](https://www.175jahre.uzh.ch/fakultaeten/recht/fachbereiche/zprschkg/Dokumente/report_mediation_deu_EZPO.pdf) (ET. 13.12.2021); Stumpf, Alternative Streitbeilegung, 285.

<sup>24</sup> Çapar, JSHSR 2020, 2530.

<sup>25</sup> BVerfGE 98, 106, S. 121.



de bir engel yoktur. İdari süreç dışında yargısal aşama da -Alman idare hukuku kısmında da yer verileceği üzere- arabuluculuğa gidilerek uyuşmazlık bir yargı kararı olmadan çözümlenebilecektir.

### 1. Konusu Belli Bir Paraya İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk

İdarenin faaliyetlerinden kaynaklanan zararlara ilişkin tazminat talebinin sulh yoluyla çözümlenebilmesini öngören 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca, adli yargıya ilişkin uyuşmazlıkların yanında, idari uyuşmazlıkların sulh yoluyla giderilebileceği öngörülmektedir. KHK md. 12'ye göre idari işlemler dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini düşüneneler idareye başvurarak, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini dava açma süresi içinde isteyebilmektedir. İdari eylemlerde ise idareye başvurma dava şartı olduğundan bu başvuru sulh başvurusu olarak kabul edilmektedir. Sulh yolunda sadece uyuşmazlığın tarafları bulunduğu, arabuluculuktan farklıdır. Ancak sulh yoluyla giderilebilecek nitelikteki uyuşmazlıklar aynı zamanda arabuluculuk yoluyla giderilmeye de elverişlidir.<sup>26</sup> Kaldı ki; parasal nitelikli idari uyuşmazlıkların arabuluculuk veya sulh yoluyla giderilmesi, temel mantık açısından birbiri ile uyuşmaktadır.

Tazminat talepleri kişilerin hakkını ihlal edilmesine dayandığından, tam yargı davası ile idari yargıda dava açılmaktadır. Bu sebeple subjektif niteliktedir. Bu yönüyle objektif bir dava olan ve idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamayı amaçlayan iptal davasından farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla parasal uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla giderilmesi kamu düzenine etki etmemektedir. Örneğin; kamu hastanesinde doktorun tıbbi müdahalesi sebebiyle hastaya zarar verilmişse idari eylemden kaynaklanan bu zarardan doğan tazminat miktarı arabuluculuk yoluyla belirlenebilir.

Diğer parasal uyuşmazlıklarda da arabuluculuk yoluna gidilebilecektir. Örneğin bir idari para cezasının yanlış hesaplanması sebebiyle kanunun öngördüğü meblağın üzerinde bir ceza verilmiş ise (kanunlar para cezalarının alt ve üst sınırını belirlemekle birlikte, idare kişinin eyleminin ağırlığına göre ceza miktarını belirlediği durumlarda) arabuluculuğa gidilebilir. Vergilerin yanlış hesaplanmasında da aynı durum geçerlidir. Meblağın yanlış hesaplanması idari yargıda iptal sebebidir. İşlem iptal edilse de sebep hukuka uygun olduğu sürece idare doğru miktarı hesaplayarak aynı işlemi tesis edebilecektir. Davaya ve yeni bir yargılamaya gerek kalmadan taraflar arabulucu aracılığı ile meblağı düzeltebilir.

### 2. İdari İşlemlerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk

İdari işlemler hukuka uygunluk karinesinden faydalanmakta, hukuka aykırı bir idari işlem idari veya yargısal denetimden geçmediği sürece hukuki varlığını devam ettirmektedir. İdari işlemin kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle tüm unsurların-

<sup>26</sup> Knecht, Mediationsverfahren, 9.

da hukuka uygun olması zorunludur.<sup>27</sup> İdari işlemlerin bu özelliği sebebiyle, işlem- den kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla giderilip giderilmeyeceği de önemli tartışma konuları arasında yer almaktadır. İdarenin bağlı yetki altında bulunduğu idari işlem ve eylemlerde arabuluculuk zor görülmektedir. Buna karşılık idarenin işlem yapıp yapmama veya birden fazla alternatif arasından birini seçmeye yönelik takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda arabuluculuğa gidilebilir.<sup>28</sup>

İdari işlemlerde arabuluculuğa gidilebilmesinde işlemin hazırlanış süreci ve tamamlanması olarak iki farklı aşamada incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

#### a. İdari Usulde İşlemin Hazırlanış Aşamasında Arabuluculuk

İdari işlemin hazırlanış aşamasında arabuluculuğa gidilebilmesine, idare hukukunun temel ilkeleri engel teşkil etmemektedir. İdari işlemler idarenin tek taraflı iradesi ile yapılmakla birlikte, usul sürecinde henüz ortada bir işlem olmadığından dolayı idari işleme etki edecek hususlarda arabulucu yoluyla uzlaşma sağlanabilmektedir. İdare hukukundaki arabuluculuk bu yönüyle özel hukuktan ayrılmaktadır. İdari usul sürecindeki arabuluculukta uzlaşılan konuda doğrudan bağlayıcı bir hukuki sonuç doğmamaktadır.<sup>29</sup> İdare arabuluculuk yoluyla sağlanan uzlaşmayı, alacağı karara uyarlayarak içeriği haline getirmekte ve yine tek yanlı iradesiyle karar almaktadır. Dolayısıyla icrai nitelikteki nihai işlem idarenin iradesiyle ve onun sorumluluğunda tesis edilmektedir.<sup>30</sup> Arabulucu yoluyla uzlaşma daha çok hazırlık işlemi olarak karşımıza çıkmaktadır.

#### b. İdari İşlem Yapıldıktan Sonra Arabuluculuk

İdari işlemlerin tesisinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıkların kamu düzeni- ne ilişkin olması, hukuka aykırı bir idari işlemin kamu düzenini ihlal etmesi sebebiyle, tarafların bir araya gelerek bu idari işlemin geçerliliğine yönelik bir karar alması ya da bu yönde uzlaşması hukuk devletiyle çatışır. Ancak kamu düzenini ihlal etmeyecek, örneğin idari işlemde şekil ve usul sakatlıklarının sonradan düzeltilmesinde olduğu gibi<sup>31</sup>, idari işlemler konusunda da arabuluculuğa gidilebilir. Kamu görevlilerine ilişkin uyuşmazlıklar da arabuluculuk öngörülebilir. Örneğin, mobbing ve bundan kaynaklanan uyuşmazlıklar.

<sup>27</sup> Özellikle iptal davasının kamu düzenine ilişkin bir dava olması, mahkemeye resen araştırma yaparak unsurlardaki hukuka aykırılığı tespit etme zorunluluğu yüklemekte, iptal edilen idari işlemle ilgili herkesin hükümden istifade etmesi söz konusu olmaktadır. İdari işlemde şekil unsuru da kamu düzenine ilişkindir. Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Açıklamalı-İçtihatlı, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019) 184 vd., 1029; İdari işlemde yetki kamu düzenine ilişkindir. DİDDGK, E. 1986/8, K. 1986/21, KT. 28.03.1986, DD, Sy. 64-65, s. 81.

<sup>28</sup> Härtel, JZ 2005, 757.

<sup>29</sup> Malte von Bargen, ZUR 2012, 471; Guckelberger, NVwZ 2011, 394; idare arabuluculuk sürecine bağlayıcı bir şekilde katılacaksa daha sıkı şartlara bağlanması gerekir. Stumpf, Alternative Streitbeilegung, 283.

<sup>30</sup> Guckelberger, NVwZ 2011, 393 vd.; Härtel, JZ 2005, 757; Malte von Bargen, ZUR 2012, 471.

<sup>31</sup> Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Atilla Erkal, "İdari İşlemde Usul ve Şekil Sakatlıklarının Sonradan Düzeltilmesi ve Almanya Örneği", AkdHFD, C. 11, Sy. 2, S. 183 vd. (2021): 183-208.

## B. İDARE HUKUKUNDA ARABULUCULUĞUN FAYDASI

İdari uyuşmazlıklarda arabuluculuk, devlet ile vatandaş iş birliğini öngören yeni bir model olarak karşımıza çıktığından idare hukukuna entegre edilmesi birçok konuda fayda sağlayabilecektir.<sup>32</sup> Çünkü idare ile vatandaş bir araya gelerek uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin çözümü ve buna ilişkin kuralları birlikte belirlemektedir.<sup>33</sup> İdare bir taraftan üstün ve ayrıcalık yetkileriyle karar alabilecek iken, vatandaşla bir araya gelerek hem karar almadan önce hem de karar aldıktan sonraki süreçte, uyuşmazlığı birlikte ve etkili çözebilme imkanına sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla arabuluculuk sadece uyuşmazlığın çözümüne hitap etmemektedir. Aynı zamanda uyuşmazlığın baştan önlenmesine hizmet etmektedir.

Vatandaş ile bir araya gelinerek alınacak kararın temel prensiplerinde anlaşılması, hem sonradan bir uyuşmazlığın çıkmasını büyük ölçüde engelleyecek hem de iyi idare ilkesi gereği vatandaş muhatap alınarak en etkili sonuç elde edilmeye çalışılacaktır.<sup>34</sup> Bu idarenin sahip olduğu kamusal yönetim yetkileri çerçevesinde, özellikle karar vericilerin tepeden bakma mantığının önüne geçilmesi ve idarenin aslında kamu hizmeti ifa etmek amacıyla kurulan bir teşkilat olduğunun hatırlatılması bakımından da önem taşımaktadır. Hukuk devletine paralel olarak idare hukukunun gelişimi ile birlikte devletin yöneten ve bu bağlamda karar verici konumunda, bireyin ise yönetilen ve bu bağlamda sadece karara uyan konumunda olmasına ilişkin klasik mantıktaki değişimler, idari tasarruflarda da buna ayak uydurulmasını zorunlu kılmaktadır.<sup>35</sup> Arabuluculuk, günümüz ihtiyaçlarına uygun uzlaşmacı bir idari kültürün gelişmesine yardımcı olmaktadır.<sup>36</sup> Hatta arabuluculuk çatışmacı anlaşmazlıklardan uzlaşmacı menfaat dengesinin korunmasına geçiş olarak değerlendirilmektedir.<sup>37</sup> İdari işlemin yapılış sürecine bireyin katılımını sağlayan idari usul hakları yanında, arabuluculuk doğru ve etkili kararın bulunmasında bir yöntemdir. İsviçre, İdari Usul Kanunu'nun 33. maddesinde arabuluculuk müessesini düzenleyerek, karar almadan önce idare ile işlemin muhatabının bazı temel prensiplerde anlaşmasına imkân tanımaktadır.

Arabuluculuk, uyuşmazlıkların çözümünde sorunun anlaşılmasına katkı da sağlamaktadır. İdaredeki katı hiyerarşik yapılanma, idari işlemin yapılış sürecine de yansımakta ve işlemin yapılmasına ilişkin tereddüt yaşanması durumunda, bunun giderilmesine ilişkin sorunlar cevapsız kalabilmektedir. İdari işlemin yapılış sürecinde arabuluculuk, idare ile işlemin muhatabı arasında iletişim yollarını doğrudan açtığından söz konusu tereddütleri kaldırmanın yanında, gerçek duru-

<sup>32</sup> Tilp, VM 2009, 90.

<sup>33</sup> Härtel, JZ 2005, 754.

<sup>34</sup> Malte von Bargen, ZUR 2012, 471.

<sup>35</sup> Härtel, JZ 2005, 756.

<sup>36</sup> İdare hukukunda arabuluculuk, işbirliği içinde uzlaşmacı devlete dönüşüm ve idari kültürün vatandaş odaklı modernizasyonu olarak karşımıza çıkmaktadır. Pitschas, NVwZ 2004, 396; Knecht, Mediationsverfahren, 6.

<sup>37</sup> Ortloff, NVwZ 2007, 33.

mun tespiti ve buna ilişkin doğru ve hukuki bir karar almaya hizmet edebilmektedir.<sup>38</sup> Bu, muhatabın alınan kararı kabul etmesi ve uyması konusunda da içsel bir bağlılık sağlamaktadır. Dava taraflarından birinin kaybettiği diğerinin kazandığı yargılama usulünden farklı olarak, arabuluculukta taraflar arası bir uzlaşma sağlanabildiğinden her iki taraf açısından “*kazan-kazan*” durumu oluşmaktadır.<sup>39</sup>

Arabuluculuğun önemli diğer bir faydası ise adaletin daha hızlı ve ucuza (usul ekonomisine uygun bir şekilde) gerçekleşmesine hizmet etmesidir.<sup>40</sup> Bu fayda özellikle idari usulde ve idari yargılama usulünde karşımıza çıkmaktadır. İdari süreçte ortaya çıkabilecek muhtemel sorunların uzlaşma sağlanarak daha baştan çözülmesi ve dava açılmasının önüne geçilmesi yargının da iş yükünü hafifletmektedir.<sup>41</sup> Bunun yanında bilirkişi, keşif, harçlar gibi bilumum mahkeme masrafları, vekalet ücretleri gibi masraflara da gerek kalmayacağından usul ekonomisi açısından fayda sağlamaktadır.

### C. İDARE HUKUKUNDA ARABULUCULUĞUN RİSKLERİ

İdare hukukunda arabuluculuğun faydaları yanında muhtemel riskleri de mevcuttur. Öncelikle idare hukukunun temel özellikleri göz önünde bulundurularak hangi konularda arabuluculuğa başvurulabileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Elverişli olmayan konularda arabuluculuğa gidilmesi baştan engellenmelidir. Özellikle idari işlemin yapılmasından sonra kamu düzenine ilişkin konularda arabuluculuğa başvurulması, arabuluculuk yoluyla hukuka aykırı işlemlerin geçerli kabul edilmesi sonucunu doğuracak, kamu düzeni ihlal edilecektir.

Arabuluculuk sürecinin gizliliği sebebiyle şeffaflığın ihlali, arabuluculuk yoluyla uzlaşılan olaydan etkilenebilecek üçüncü kişilerin menfaatlerinin ve hukuki korunmalarının ihlal edilme tehlikesini bünyesinde barındırmaktadır.<sup>42</sup> Arabulucuların tarafsız ve bağımsız duruşu, uzlaşmanın temel noktalarından biridir. Her ne kadar karar verici olmasa da güçlü taraf lehine olabilecek öneride bulunma ve yönlendirme tehlikesi de söz konusu olabilir. Diğer bir risk ise arabuluculuğun uzlaşmayla sonuçlanmaması durumunda mahkemeye başvuru süresinin uzaması ve ayrıca mahkeme masrafları yanında arabuluculuk masraflarının da çıkması nedeniyle usul ekonomisiyle çelişmesidir.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Härtel, JZ 2005, 756.

<sup>39</sup> Bloch, BayVBl. 2010, 137; Max-Jürgen Seibert, “Mediation der Verwaltungsgerichtsbarkeit Erfahrungen und Überlegungen zu einer alternativen Streitbeilegung”, NVwZ, S. 365 (2008): 365-371; Tilp, VM 2009, 90; Yılmaz, THD 2012, 93.

<sup>40</sup> Handlich ve Rennhack, LKV 1999, 11; Tilp, VM 2009, 90.

<sup>41</sup> Alman Anayasa Mahkemesi, yasama organının yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerini kanunla düzenleyerek adli yargıda dava açılmadan önce, uzlaşmayı yoluyla uyuşmazlığın giderilmesinde hızlı sonuç alınmasını, hukuk barışının sağlanmasını veya mahkemelerin iş yükünü azaltmasını belirtmiştir. BVerfGE, NGW-RR 2007, 1073, S. 1074; Seibert, NVwZ 2008, 370.

<sup>42</sup> Härtel, JZ 2005, 756.

<sup>43</sup> Malte von Bargen, ZUR 2012, 472; Härtel, JZ 2005, 756.

#### IV. İDARE HUKUKUNDA ARABULUCUNUN KONUMU

Arabuluculuk, bu eğitimi almış kişiler tarafından yerine getirilmektedir. Doktrinde yargı dışı arabulucuların hukukçu olma zorunluluğunun aranmaması gerektiği yönünde görüşler olsa da<sup>44</sup> hukuki bir uyuşmazlığın çözülmesinde tavsiye ve öneriler hukuki bilgiyi gerektirdiğinden arabulucunun hukukçu olmasında fayda bulunmaktadır. Hatta idari uyuşmazlıklar özel hukuktan farklı niteliğe haiz olduğundan, arabulucuların idare hukuku alanında uzman olmaları tercih sebebi olmalıdır.

İdare hukukunda arabulucunun görev ve yetkileri ise küçük farklılık dışında (İsviçre’de idari usul sürecinde arabulucu görevlendirilmesinde olduğu gibi) özel hukuktakine benzemektedir. Bu bağlamda arabuluculuk süreci gizlilik içinde yürütülmektedir. Bu gizlilik taraflara her şeyi konuşabilme özgüveni sağlamaktadır.<sup>45</sup> Arabulucu idari usulde idarenin yerine geçerek onun rolüne bürünmemektedir. Bu bağlamda kamu gücünü kullanma ve karar alma yetkisi bulunmamaktadır.<sup>46</sup> Nihai kararı alma yetkisi yukarıda ifade edildiği üzere idareye aittir. Arabulucu daha çok usul sürecinin hazırlanması ve bu süreci destekleme fonksiyonu üstlenmektedir. Bu bağlamda olaya ilişkin olguların araştırılmasını, menfaatler dengesinin ortaya çıkartılmasını ve uzlaşmayı teşvik etmektedir.<sup>47</sup> Bu süreçte her iki tarafa da eşit yaklaşarak bir çözüm bulunmasını desteklemektedir.<sup>48</sup> Arabulucu, uzlaşma sürecini sadece kurallara uygun yürütmekte aynı zamanda menfaat odaklı ele almaktadır.<sup>49</sup> Sürecin başarılı bir şekilde sonuçlanması biraz da tarafların konuşmaya istekli ve neticeye açık olmalarında yatmaktadır.<sup>50</sup> Dolayısıyla idari usule alternatif görevler ifa etmemekte, sadece idari usulü tamamlayıcı görevi bulunmaktadır.<sup>51</sup>

#### V. ALMAN İDARE HUKUKUNDA ARABULUCULUK

Almanya, idare hukukunda arabuluculuğu en yoğun ve etkili uygulayan ülkeler arasında ön sıralarda yer almaktadır.<sup>52</sup> Arabuluculuk hem idari usulde hem de dava açıldıktan sonra yargılama usulünde kabul edilmiştir. Almanya’da arabuluculuk, Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi de 2008/52/EG sayılı Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönleri Hakkındaki Direktifi’nin iç

<sup>44</sup> Ortloff, NVwZ 2007, 34.

<sup>45</sup> Pitschas, NVwZ 2004, 397; Tilp VM 2009, 92.

<sup>46</sup> Pitschas, NVwZ 2004, 397; Malte von Bargen, ZUR 2012, 472.

<sup>47</sup> Härtel, JZ 2005, 758; Pitschas, NVwZ 2004, 397.

<sup>48</sup> Tilp, VM 2009, 92.

<sup>49</sup> Ortloff, NVwZ 2007, 33.

<sup>50</sup> Tilp, VM 2009, 92.

<sup>51</sup> Härtel, JZ 2005, 759.

<sup>52</sup> Lars Schäfer, “Mediation im Öffentlichen Bereich braucht gesetzliche Regeln”, NVwZ, S. 40 vd. (2006): 39-46.

hukuka uyarlanması amacıyla çıkartılan arabuluculuk kanunu ile hayata geçirilmiştir. Ancak Federal Arabuluculuk Kanunu çıkartılmadan önce eyaletlerde arabuluculuk kanunları yürürlüğe girmiştir. Hatta kanun çıkartmayan eyaletlerde idari yargı aşamasında arabuluculuk uygulanmıştır. Bu dönemde kanuni düzenleme olmasa bile esasa ilişkin karar verme yetkisi olmayan, arabuluculuk eğitimine sahip hakimin arabuluculuk faaliyetinde bulunması ve taraflar arasında uzlaşma sağlanması hukuka uygun kabul edilmiştir.<sup>53</sup> Diğer bir ifadeyle idari yargılama aşamasında arabuluculuk kanunda yer almasa da yargı faaliyetinin bir parçası olarak kabul edilmiş ve Alman idari yargı içtihatlarıyla ortaya çıkmıştır.<sup>54</sup> Dolayısıyla Almanya'da idari uyuşmazlıkta arabuluculuğun ilk uygulaması idari yargılama usulünde ortaya çıkmış ve akabinde idari usulde uygulama alanı bulmuştur. Niedersachsen, 2002 yılında mahkeme aşamasında arabuluculuğu kabul eden ilk eyaletler arasında yer almaktadır. Günümüzde eyaletler, federal kanun yanında özel arabuluculuk kanunlarını (Mediationsgesetz-MediationsG) yürürlüğe sokmuşlardır.<sup>55</sup> İdari yargılama usulünde arabuluculuk müessesesi de böylece kanuni bir zemine oturmuştur.

Federal Arabuluculuk Kanun taslağı md. 1/I- 2 uyuşmazlıklarda temel olarak üç farklı aşamada arabuluculuğa gidebilmeyi düzenlemekteydi. Bunlar; tamamen yargısal usulden bağımsız yargı dışı arabuluculuk, yargılama aşamasında ancak mahkeme dışında arabuluculuk ve yargılama sürecinde olmakla birlikte davaya bakan hâkim dışında başka bir hâkimin süreci yönettiği arabuluculuk olarak ayrılmaktaydı.<sup>56</sup> Ancak yasama organı bu ayrımı metinden çıkartarak kanunu kabul etmiştir.

## A. ALMAN ARABULUCULUK KANUNUNUN TEMEL ESASLARI

Alman Arabuluculuk Kanunu 9 maddeden oluşmakta ve özel hukuk-kamu hukuka ayrımı yapmadığından konu itibarıyla sınırlandırmaya gitmemektedir.<sup>57</sup> Bu yönüyle Türk Arabuluculuk Kanunu'ndan farklılık taşımaktadır. Diğer küçük farklılıklar dışında ise kurallar bakımından birbirine benzemektedir. Kanun'un 1. maddesi arabuluculuğu tanımlamaktadır. Buna göre arabuluculuk, tarafların bir veya daha fazla sayıda arabulucu yardımıyla, serbest iradeleri ile kendi sorumluluklarında uyuşmazlığı çözmeyi amaçladıkları gizli ve yapısal bir süreçtir. Arabulucu ise taraflara rehberlik eden (yol gösteren), karar yetkisi olmayan bağımsız ve tarafsız kişi olarak tanımlanmaktadır. Kanunun 2. maddesinde arabuluculuk usulü ve arabulucunun görevleri yer almaktadır. Buna göre:

<sup>53</sup> Ortloff, NVwZ 2007, 33.

<sup>54</sup> İdari yargı mercileri tarafından Alman Anayasa Mahkemesi de içtihatla geliştirilen arabuluculuğu hukuka uyum bulmaktadır. BVerfGE, NGW-RR 2007, 1073, S. 1074; Seibert, NVwZ 2008, 365.

<sup>55</sup> Karsten-Michael Ortloff, "Vom Gerichtsmediator zum Güterrichter im Verwaltungsprozess, NVwZ, S. 1057 (2012): 1057-1062.

<sup>56</sup> Guckelberger, NVwZ 2011, 391.

<sup>57</sup> Malte von Bargen, ZUR 2012, 469.

- (1) Taraflar arabulucuyu seçer.
- (2) Arabulucu, tarafları arabuluculuk sürecinin yürütülmesi ve temel esasları konusunda bilgilendirir ve usule serbest iradeleri ile katıldığını tespit eder.
- (3) Arabulucu taraflara eşit yaklaşır, aralarında iletişimi kurar ve sürece uygun, ölçülü ve adil bir şekilde katılımını sağlar. Tarafların rızası ile ayrı ayrı görüşmeler de yapabilir.
- (4) Uyuşmazlığın taraflarının rızası ile üçüncü kişiler sürece katılabilir.
- (5) Tarafların, arabuluculuk sürecini istedikleri zaman feshetme hakkı bulunmaktadır. Arabulucu da özellikle tarafların isteğe dayalı iletişim kurmadıkları ya da uzlaşmaya varmalarının beklenemeyeceği kanısına varırsa arabuluculuğu sona erdirebilmektedir.
- (6) Uzlaşma olması durumunda, arabulucu bu uzlaşmanın taraflar arası uyuşmazlık konusu olaya ilişkin olduğunu ve içeriğini anlamalarına yardımcı olur. Uzman yardımı olmadan arabuluculuk usulüne katılan taraflara, gerektiğinde anlaşmanın uzman kişiler tarafından kontrol edilme imkânı olduğu hususunda bilgi vermelidir. Tarafların rıza göstermesiyle uzlaşılan konular bir anlaşma ile belgelendirilebilir.

Kanun'un 3. maddesi arabulucunun yükümlülüklerine yer vermekte, 4. maddede gizliliği hüküm altına almaktadır. 5. madde arabulucuların eğitimini düzenlemektedir. 6. madde ise Adalet ve Tüketicinin Korunması Bakanlığı'na özellikle arabulucuların eğitimiyle ilgili kanunda belirtilen konularda düzenleme yapma yetkisi tanımaktadır. Kanun, kısa ve öz bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak kanun yürürlüğe girmeden önce arabuluculuk yöntemi birçok eyalette uygulandığından bundan kaynaklanan tecrübe ve mahkeme içtihatlarıyla başarılı bir şekilde uygulandığı görülmektedir.<sup>58</sup>

Alman Arabuluculuk Kanunu'nun idare hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları da kapsadığı kabul edilmektedir. Ancak bu tür uyuşmazlıklara yönelik Kanun'da ne kavramsal ne de içeriksel olarak bir uyarlama yapılmıştır.<sup>59</sup> Sadece Federal Arabuluculuk Kanunu'nun geçiş hükümlerini düzenleyen 9. maddesinde medeni yargılama usulünde esas hakkında karar verme yetkisi olmayan hâkimin arabuluculuğuna ilişkin hükmün maddede belirtilen mahkemelerde de uygulanacağı belirtilmiştir. Bu maddede Hukuk Muhakemeleri Kanunu (ZPO), İş Mahkemesi Kanunu (ArbGG), Sosyal Mahkeme Kanunu (SGG) Vergi Mahkemesi Kanunu (FGO) ve İdari Yargılama Kanunu'nda (VwGO) değişiklik öngörülürken, İdari Usul Kanunu'nda (VwVfG) ise bir değişiklik öngörülmemiştir.

Buna karşılık İmar Kanunu (BauGB) md. 4b'de olduğu gibi diğer kanunlarda arabulucuya gidilmesine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Ancak dolaylı olarak

<sup>58</sup> Ortloff, NVwZ 2007, 34.

<sup>59</sup> Malte Von Bargen, ZUR 2012, 469.

arabuluculuğa cevaz veren hükümler yer almaktadır.<sup>60</sup> Almanya’da arabuluculuk dışında farklı yargı dışı çözüm yöntemleri de uygulanmaktadır. Alman İdari Usul Kanunu md. 55’te idari sözleşmelerde içeriksel belirsizlik durumunda sulh yolu öngörülmektedir. Ayrıca Alman İdari Yargılama Usul Kanunu md. 106 hükmü de sulhe yer vermektedir.<sup>61</sup>

## B. İDARİ USULDE ARABULUCULUK

Alman İdari Usul Kanunu arabuluculuğu düzenlemese de, uygulamada idari işlemin yapılması sürecinde arabulucuya başvurulabilmektedir. VwVfG md. 73 vd. da yer alan plan yapım süreci, VwVfG md. 28’de yer alan dinlenilme hakkı, VwVfG md. 25/3’te idarenin belli bir tasarrufta bulunmayı planlarken çok sayıda taraf söz konusu olduğunda bunların katılımının arabuluculuğa elverişli olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca özel bir hüküm bulunmadığında idari usulün belli bir şekle tabi olmadığını ve basit, amaca uygun ve hızlı yürütülmesini düzenleyen VwVfG md. 10’un dolaylı olarak arabuluculuğa cevaz verdiği ifade edilmektedir.<sup>62</sup>

İdari usul sürecinde henüz bağlayıcı bir idari karar alınmadan idari işleme etki edecek konularda arabulucu yoluyla uzlaşılabilir. İdare ile taraf arasında doğrudan müzakere yapılırsa da bu uzlaşmadan İsviçre idari usul kanununa benzer şekilde doğrudan bağlayıcı bir hukuki sonuç çıkmamaktadır.<sup>63</sup> İdare bu uzlaşmayı kararına uyarlayarak tek taraflı iradesi ile hukuki sonuç doğurur işlem yapmaktadır.<sup>64</sup> Ancak doktrinde idarenin uzlaştığı konularda farklı imkânları olduğu da belirtilmektedir. Bu bağlamda uzlaşma sonucunda özel hukuk ya da idari sözleşme yapılabileceği ya da idarenin doğrudan uzlaşmaya göre karar verebileceği ifade edilmektedir.<sup>65</sup>

İdari usulde arabulucuya başvuru, dosya inceleme, dinlenilme gibi idari usulün bireylere tanıdığı hakların kullanılmasını devre dışı bırakamaz.<sup>66</sup> Arabuluculuk yoluna gidilse de idari usule katılanların usul hakları devam etmektedir. Arabuluculuk idarenin resen araştırma yükümlülüğünü de engellememektedir.<sup>67</sup>

## C. İMAR HUKUKUNDA ARABULUCULUK

Üçüncü bir kişinin katılımını düzenleyen BauGB md. 4b’ye göre belediye, arazi kullanım plan yapım sürecini hızlandırmak için çevresel etki değerlendir-

<sup>60</sup> Malte von Bargen, ZUR 2012, 473.

<sup>61</sup> Bu konuda bkz. Yılmaz, THD 2012, 95.

<sup>62</sup> Stumpf, Alternative Streitbeilegung, 285 vd.

<sup>63</sup> Pitschas, NVwZ 2004, 399.

<sup>64</sup> Härtel, JZ 2005, 758; Seibert, NVwZ 2008, 368; Tilp, VM 2009, 94.

<sup>65</sup> Stumpf, Alternative Streitbeilegung, 291 vd.

<sup>66</sup> Härtel, JZ 2005, 758.

<sup>67</sup> Seibert NVwZ 2008, 368.



me raporu, halkın katılımı ve diğer idarelerin katılımına ilişkin usul süreçlerini hazırlaması ve yürütmesi amacıyla üçüncü bir kişi görevlendirebilir. Ayrıca, arabuluculuk veya başka bir yargı dışı uyuşmazlık çözüm yönteminin yürütülmesini üçüncü bir kişiye tevdi edebilir. İmar kanunundaki bu hüküm özel bir idari usul sürecinde arabuluculuk olarak karşımıza çıkmakta ve taraflara uzlaşmayı önermektedir.<sup>68</sup>

Bu hükümle birlikte hem planlama sürecinin hızlandırılması hem de kişilerin idare tarafından yapılacak planı daha kolay kabullenmesi amaçlanmaktadır.<sup>69</sup> İdarenin imar planlarını kamu gücü yetkisine dayanarak halkın katılımını sağlamadan yapması durumunda, planın halk tarafından kabulünü zorlaştırabilmekte itiraz ve dava süreci planlamayı uzatabilmektedir. Plan yapılırken idarenin olaya tek taraflı yaklaşması, yetkililerin mülkiyet hakkı sahiplerinin haklarına ilişkin empati yapmaması, vatandaşlar tarafından da ön yargıyı beraberinde getirebilmektedir. İmar kanununda arabuluculuğun entegrasyonu birlikte imar planının hazırlanması aşamasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların giderilmesinde, idare dışında üçüncü bir kişinin yer alması ve tarafsızlığı sebebiyle çözüm odaklı sonuçlar elde edilebilmektedir.<sup>70</sup> Taraf sayısının çok olması sebebiyle de eşit menfaate sahip kişiler arasından seçilecek temsilciler aracılığıyla arabuluculuk görüşmeleri yürütülmektedir.<sup>71</sup> Almanya’da Stuttgart havalimanı, Frankfurt havalimanı, Berlin havalimanı, Stuttgart tren garı, Berlin Landwehrkanal’ının yapımı gibi büyük projelerde çok sayıda kişinin katılımı ile arabuluculuk görüşmeleri yapılmıştır.<sup>72</sup> Hatta gelecekte vatandaşın rızası alınmadan büyük projelerin gerçekleşmesinin zor görüldüğü ve bu nedenle plan yapımına ilişkin usulde arabulucunun zorunluluğuna işaret edilmektedir.<sup>73</sup>

#### D. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE ARABULUCULUK

İdari yargı aşamasında arabuluculuk, idari yargı içtihatlarıyla ortaya çıkmakla birlikte Arabuluculuk Kanunu’nun kabul edilmesiyle İdari Yargı Kanunu’nda da değişiklik öngörülmüş ve zaten mevcut olan durum bazı değişikliklerle kanuni dayanağa kavuşmuştur.<sup>74</sup> İdari Yargılama Usul Kanunu, arabuluculuğu doğrudan düzenlememiş, VwGO md. 173 ile arabuluculuk konusunda Hukuk Muhakeme-

<sup>68</sup> Pitschas, NVwZ 2004, 398.

<sup>69</sup> Krautzverger/Wagner, § 4b Einschaltung eines Dritten, in: BauGB Ernst/Zinkahn/Bielenberger/Krautzberger, September 2019 (BeckOnline), s. Lfg 108; Handlich ve Rennhak, LKV 1999, 12; Pitschas, NVwZ 2004, 399.

<sup>70</sup> Handlich ve Rennhak, LKV 1999, 10.

<sup>71</sup> Seibert, NVwZ 2008, 369.

<sup>72</sup> Frankfurt havalimanında arabuluculuğun başarısızlığı konusunda eleştirel olarak bkz. Schäfer, NVwZ 2006, 41 vd.

<sup>73</sup> Bu konuda bkz. Malte von Bargen, ZUR 2002, 470 vd.

<sup>74</sup> Roland Fritz, "Vom mühsamen Weg der Etablierung des Güterrichters in der Verwaltungsgerichtsbarkeit", BDVR-Rundschreiben, S. 4 (2013): 4-11; Orloff, NVwZ 2012, 1058.

si Kanunu'na genel atıf yapmakla yetinmiştir. Buna göre İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Mahkeme Temel Kanunu ve Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun md. 278/5 ve md. 278a hükümleri de dahil olmak üzere, her iki yargılama usulünün temel farklılıklarına aykırı olmamak kaydıyla kıyasen uygulanmaktadır.<sup>75</sup> ZPO md. 278 dostane çözüm ve sulh yolunu hüküm altına almaktadır. ZPO md. 278a ise arabuluculuk ile yargı dışı uyuşmazlık çözümünü düzenlemektedir. Dolayısıyla idari yargılama usulünde hem arabulucuya hem de sulhe gitme imkânı bulunmaktadır. Mahkemenin yargılamanın her aşamasında davanın taraflarını arabulucuya ya da diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönlendirme hususunda takdir yetkisi bulunmaktadır.<sup>76</sup> Ancak bunu önermeden önce uyuşmazlığın yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle giderilebilecek tür ve uygunlukta olup olmadığını belirlemelidir.<sup>77</sup> Davacının da ZPO md. 253/3-3 uyarınca dava dilekçesinde daha önce arabulucuya ya da yargı dışı diğer bir uyuşmazlık çözüm yoluna gidip gitmediğini ve bu yollara başvurulmasına engel nedenler olup olmadığını belirtmesi gerekmektedir. Bunun sebebi hâkimin tarafları arabulucu ya da diğer yargı dışı çözüm yöntemlerine yönlendirilme hususunda gerçekçi bir değerlendirme yapabilmesine zemin hazırlanmasıdır.<sup>78</sup>

Taraflar arabuluculuk ya da yargı dışı diğer alternatif uyuşmazlık çözümüne yönlendirilmişse mahkeme yargılamayı durdurmaktadır. Dolayısıyla mahkemede derdest bir davada yargılamayı durdurarak, alternatif bir uyuşmazlık çözümü elde etmek için arabulucuya başvurulmaktadır.<sup>79</sup> Arabuluculuk süreci uzlaşmayla tamamlanırsa ya da bir sonuç elde edilmezse sona ermektedir. Uzlaşmayla sona ermesi durumunda yargılamaya son verilmektedir.<sup>80</sup> Uzlaşma olmazsa dava esas bakımından incelenmeye kaldığı yerden devam etmektedir.

Dostane çözüm ve sulh ile arabuluculuk ve diğer yargı dışı uyuşmazlıkların tercih edilmesinde mahkeme farklı usul izlemektedir. Mahkeme tarafların rızasını almadan uyuşmazlığın dostane ve sulh yoluyla çözümü için doğrudan Güterichter

<sup>75</sup> Kastner, Berthold, Einleitung zum Verwaltungsgerichtsordnung, in: Verwaltungsrecht, Fehling / Kastner / Strömer (Hrsg), (Baden Baden; Nomos, 2021), 1336; Braun, Binder, § 173 Entsprechende Anwendung des GVG und der ZPO; in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), (Baden Baden: Nomos, 2018), 3438.

<sup>76</sup> Wolf Rüdiger Schenke, Entsprechende Anwendung GVG und ZPO, in: Kopp/Schenke, VwGO Verwaltungsgerichtsordnung, (München C.H. Beck, 2021), 2061; Braun, § 173 Entsprechende Anwendung des GVG und der ZPO, 3441.

<sup>77</sup> Fritz, BDVR-Rundschreiben 2013, 4; Seibert, NVwZ 2008, 366.

<sup>78</sup> Fritz, BDVR-Rundschreiben 2013, 6.

<sup>79</sup> Ortloff, NVwZ 2007, S. 34; Pitschas, NVwZ 2004, 402.

<sup>80</sup> ZPO md. 794 uyarınca arabuluculukta uzlaşılan anlaşma cebri icraya konu olmaktadır. Schenke, Entsprechende Anwendung GVG und ZPO, 2061; Doktrinde arabuluculuk uzlaşmayla sonuçlanmışsa yazılı ve arzu edilirse icrai mahiyette bir anlaşması ile tamamlanacağı ifade edilmektedir. Yargısal süreç ise tarafların VwGO md. 106 uyarınca sulh olurlarsa, olayın çözüme kavuştuğuna dair mahkemeye belge sunarlarsa ya da davadan feragat ederlerse sona ereceği belirtilmektedir. Härtel, JZ 2005, 760.

denilen dostane çözüm hakimine yönlendirebilmektedir.<sup>81</sup> Dostane çözüm hâkimi ZPO md. 278/5 uyarınca söz konusu uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi olmayan hâkimler arasından seçilmektedir. Dostane çözüm hâkimi aynı mahkemenin karar verme heyetinde yer almayan veya farklı dairesinde görev yapanlar arasından belirlenebilir. Bunun sebebi uzlaşma olmaması durumunda, yargılama devam edildiğinde hâkimin karara etkisinin olmamasının güvence altına alınmasıdır.<sup>82</sup> Dostane Çözüm hakimleri, hakimlerin göreve ve işbölümü planına göre belirlenmektedir.<sup>83</sup>

Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte arabulucu hâkim yerine dostane çözüm hâkimi uygulamasına geçilmiştir.<sup>84</sup> İçtihat yoluyla arabuluculuğun uygulandığı dönemde arabulucu olarak esasa ilişkin karar verme yetkisi olmayan hakim görev almaktaydı. Bunun temelinde esası karara bağlamayacak arabulucunun idari dava taraflarının hukuki pozisyonlarıyla ilgilenmeyip, menfaat dengesini gözetmesi ve yargısal yetki ve karar verme durumunun olmaması nedeniyle uzlaşmayı daha etkili bir şekilde sağlayabilmesi yatmaktaydı.<sup>85</sup> Arabulucu hâkimin olaya ilişkin karar vermesi söz konusu olmadığından yargılama sürecinden farklı olarak değerlendirmeleri taraflar açısından bağlayıcı değildi. Taraflar buna istinaden iddia, savunma ve açıklamalarının negatif değerlendireceği çekincesi olmadan daha rahat ifade etmekte ve arabulucu aracılığı ile uyuşmazlığa neden olan olaya ilişkin menfaatlerini karşı tarafa açık bir şekilde iletebilmekteydi. Bu bağlamda Alman idari yargı hakiminin arabuluculuk da yapabilmesiyle ikili bir rolü vardı.<sup>86</sup> Kanun değişikliği ile birlikte arabuluculuk rolü kaldırılrsa da idari yargı hâkiminin dostane çözümde de görev alması nedeniyle ikili rolü değişerek devam etmektedir.

Dostane çözüm hâkimi uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk dahil tüm yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasından birini seçebilmektedir. Arabuluculuk yöntemini önermişse, arabulucuya gidilebilmesi için tarafların rızasının alınması zorunludur. Eski sistemden farklı olarak hâkim arabulucu olarak görev alamamaktadır. Bu durumda uyuşmazlığın tarafları bir arabulucu seçmektedir.<sup>87</sup>

<sup>81</sup> Braun, § 173 Entsprechende Anwendung des GVG und der ZPO, 3441.

<sup>82</sup> Buna rağmen ZPO md. 41/1-8 hakimin arabuluculuk ve diğer yargı dışı uyuşmazlık çözümünde görev alması, çekilme nedeni olarak sayılmıştır. İdari yargıda hakim önündeki olayda arabuluculuk yapamayacağından, daha önce söz konusu olaya ilişkin arabulucu olarak görev yapmış daha sonra ilgili davaya atanmış hakimler açısından söz konusu olabilir.

<sup>83</sup> Schenke, Entsprechende Anwendung GVG und ZPO, 2060.

<sup>84</sup> Schenke, Entsprechende Anwendung GVG und ZPO, 2061; Fritz, BDVR-Rundschreiben 2013, 6; Bu durum Almanya'nın Berlin eyaletinde 2000 yılında idari yargıda ilk arabulucu hakim olarak görev yapan ve idari yargıda arabuluculuk konusunda önemli çalışmaları bulunan Ortloff tarafından eleştirilmektedir. Ona göre dostane çözüm hakiminin arabuluculuğa yönlendirmesine rağmen arabulucu hakim olarak adlandırılmaması anlaşılmalıdır. Ortloff, NVwZ 2012, 1056, 1061.

<sup>85</sup> Pitschas, NVwZ 2004, 397; Ortloff, NVwZ 2012, 1057.

<sup>86</sup> Ortloff, NVwZ 2012, 1058.

<sup>87</sup> Braun, § 173 Entsprechende Anwendung des GVG und der ZPO, 3442; Schenke, arabulucunun mahkeme tarafından tayin edileceğini belirtmektedir. Schenke, Entsprechende Anwendung GVG und ZPO, 2061.

Arabuluculuk usulünde yukarıda yer verildiği üzere Arabuluculuk Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Arabuluculuk tamamen mahkemeden bağımsız bir şekilde yürütülmektedir. Arabulucu kendisi karar alamamakta taraflar kendi rıza ve sorumluluklarında bir uzlaşmaya varabilmektedir. Ancak arabulucu uzlaşılabilir çözümün kanuni sınırlar içinde olduğuna dikkat etmelidir.<sup>88</sup> Uzlaşma sağlanmışsa bunun bir anlaşmayla belgelendirilmesi gerekir ve bun istinaden idari yargılama süreci sona ermektedir.<sup>89</sup>

İdari yargı aşamasında arabuluculuk yoluyla uzlaşma ile mahkemenin vereceği karar arasında temel farklılıklar bulunmaktadır. Mahkemede dava görülürken taraflar kendi hukuki pozisyonları için mücadele etmekte ve buna göre kendilerini savunmaktadır. Mahkeme kararı ile bir taraf kazanırken diğer taraf kaybetmektedir. Buna karşılık arabuluculukta tarafların menfaatlerinin mücadelesi vardır ve birlikte karar almaktadır.<sup>90</sup> Arabuluculuğun temeli tarafların menfaatlerinin detaylandırılarak, menfaatler dengesine uygun bir çözüm bulunması ve her iki tarafın bir kazanç elde etmesi söz konusudur.<sup>91</sup> Örneğin bir kişinin belediyeden yapı ruhsatı alması üzerine, komşu ev sahibinin güneş ışığının kapanacağı gerekçesiyle ruhsatın iptali için dava açması durumunda verilecek mahkeme kararı ile taraflardan biri kaybedecektir. Arabulucuya başvurulduğunda ise menfaat dengesi gözetilerek, ışığı kapanan ev sahibine, ruhsat sahibinin çekme mesafesini kaldırmaya rıza göstermesiyle (Alman hukukunda komşu parselde çekme mesafelerinin kısaltılması ya da kaldırılması komşu parsel sahibinin rızasına bağlıdır) ilgili oda veya binayı genişletme imkânı söz konusu olabilecektir. Bu durumda her iki taraf da kazançlı çıkmaktadır. Yapı ruhsatı sahibi evin yapımına başlayabilmekte, ışığı kapanan evin sahibi binasını genişletebilmek için belediyeden ruhsat almada zorunlu olan rıza şartını elde etmektedir.<sup>92</sup>

## VI. İSVİÇRE İDARE HUKUKUNDA ARABULUCULUK

İsviçre’de, Türkiye ve Almanya’dan farklı olarak arabuluculuk idari usul kanununda açıkça düzenlenmektedir.<sup>93</sup> Özel hukuk alanında ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 213-218. maddelerinde arabuluculuğa yer verilmiştir. Bunun dışında genel bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>94</sup> Buna karşılık farklı alanlara ilişkin özel hükümler mevcuttur.<sup>95</sup>

<sup>88</sup> Braun, § 173 Entsprechende Anwendung des GVG und der ZPO, 3442.

<sup>89</sup> Braun, § 173 Entsprechende Anwendung des GVG und der ZPO, 3442.

<sup>90</sup> Knecht, Mediationsverfahren, 8.

<sup>91</sup> Seibert, NVwZ 2008, 365.

<sup>92</sup> Seibert, NVwZ 2008, 365.

<sup>93</sup> Bu hüküm 17 Haziran 2005 tarihinde idari usul kanununa eklemiş ve 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>94</sup> Bu konuda bkz. Serpil Işık, “İsviçre’de Hukuk Uyuşmazlıklarının Alternatif Yollarla Çözülmesi Kapsamında Tahkim ve Arabuluculuk ile İsviçre Odaları Tahkim Kurumunun Önerdiği İsviçre Ticari Arabuluculuk Kurallarına Genel Bir Bakış”, İnÜHFD 10/2, S. 457 vd., (2019): 452-469.

<sup>95</sup> Bu konuda bkz. Meier, Mediation, 4 vd.

İsviçre İdari Usul Kanun'un 33/b maddesi dostane uzlaşma ve arabuluculuğu düzenlemektedir. Bu hükme göre:

- (1) Yetkili makam, kararın içeriği üzerinde anlaşmaya varabilmeleri için tarafların rızasıyla idari usulü askıya alabilir. Anlaşmaya vardıkları durumda tarafların kanun yollarından feragat ettiklerini ve masrafları nasıl paylaştıklarını anlaşma metnine koymaları gerekmektedir.
- (2) İdare anlaşmayı sağlamak ve desteklemek için tarafsız ve yetkin bir gerçek kişiyi arabulucu olarak belirleyebilir.
- (3) Arabulucu, yalnızca kanuna ve idare tarafından verilen görevle bağlıdır. Bu bağlamda kanıtları toplayabilir, teftiş, uzman görüşü ve tanıkların sorgulanmasını yapabilir. Ancak bunun için idare tarafından bu konuda yetki tanınması gerekir.
- (4) Yetkili makam, anlaşmada 49. madde anlamında bir eksiklik olmadıkça, arabuluculuk kapsamındaki uzlaşmayı alacağı kararın içeriği haline getirir.
- (5) Anlaşmaya varılırsa, idare herhangi bir usul masrafı talep etmez. Anlaşmanın başarısız olması halinde, tarafların menfaatlerinin haklı olması kaydıyla, merci arabuluculuk masraflarını taraflara yüklemeyebilir.
- (6) Taraflardan biri, herhangi bir zamanda idari usulün askıya alınmasının kaldırılmasını talep edebilir.

Bu hükümle dostane çözümü öngörülmekte ve bunun arabulucu aracılığıyla yerine getirilmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmaktadır. Ayrıca idari usulde arabuluculuğun temel prensipleri ortaya konulmaktadır. Arabulucuya başvurma hususunda tüm hukuk sistemlerinde öngörüldüğü gibi irade serbestisi söz konusudur. Bir idari usulde arabulucuya gidilmişse idarenin alacağı kararın içeriği üzerinde uzlaşmanın sağlanması amacıyla tarafların rızası alınarak, usul idare tarafından askıya alınmaktadır.<sup>96</sup>

Arabulucu idare tarafından görevlendirilmekle birlikte, idareden bağımsız ve tarafsız bir şekilde usulü yürütmektedir. Arabulucu bu süreçte görevlendirme kapsamında kanunla bağlıdır. İdare tarafından görevlendirilecek kişinin arabuluculuk konusunda yetkin olması diğer bir ifadeyle eğitim almış olması gerekmektedir.

Arabulucu delil elde etme ve toplama imkanına da sahiptir. Ancak bilirkişiye başvurma veya tanık dinlemeye ihtiyaç duyması durumunda arabulucunun idare tarafından önceden yetkilendirilmesi gerekmektedir. İsviçre İdari Usul Kanunu, arabuluculuğun gizliliğini teminat altına almak ve arabulucuyu korumak amacıyla 16. maddeye hüküm eklemiştir. Buna göre arabulucu, 33b maddesi uyarınca görevi sırasında elde ettiği bilgiler hakkında tanıklık yapmayı ve ifade vermeyi reddetme hakkına sahiptir.

<sup>96</sup> Knecht, Mediationsverfahren, 11.

Arabuluculuk sonunda bir uzlaşmaya varılmasının doğrudan hukuki sonucu bulunmamaktadır. Bu sadece idare tarafından alınacak kararın içeriği konusunda bir uzlaşmadır. İdare tek yanlı alacağı kararın içeriğini uzlaşılan hususa göre belirlemektedir.<sup>97</sup> Hukuki sonuç idarenin alacağı kararlarla doğmaktadır. Dolayısıyla işlemin muhatabı icrai karar alınmasında doğrudan rol almamakta, idari işlemin hazırlanması aşamasında yer almaktadır. Bu da idari kararın tek yanlılığını zafiyete uğratmamaktadır.

## SONUÇ

Arabuluculuk son yıllarda özel hukukta yoğun bir şekilde uygulanmaya başlamıştır. Hatta isteğe bağlı arabuluculuk özel hukukun iş, ticari ve tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı olarak öngörülerek zorunlu hale getirilmiştir. Bu yöndeki eğilim diğer uyuşmazlıklarda da arabuluculuğun zorunlu hale getirilebileceğini göstermektedir. İdare hukukunun özelliği sebebiyle ilk bakışta arabuluculuk zor görünse de karşılaştırmalı hukukta bir çok alanda uygulanmaktadır. Türk hukukunda idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında ise arabuluculuk, kanunla açıkça düzenlenmektedir. İdarenin özel hukuk tasarrufları farklılık arz etse de irade serbestisi ve eşitliğe dayanan bu tür hukuki ilişkilerde arabuluculuğa başvurma konusunda bir engel bulunmamaktadır.

İdari uyuşmazlıklar açısından arabuluculuğun elverişliliğini, uyuşmazlığın niteliğine göre belirlemek gerekmektedir. İdarenin kamusal yönetim usulleriyle hareket ettiği alanlarda tesis ettiği idari işlem, eylem ve idari sözleşmeler açısından, arabuluculuğun farklı aşamalarda söz konusu olduğu görülmektedir. İdarenin taraf olduğu parasal nitelikteki uyuşmazlıklarda ister idari işlemde ister idari eylemden kaynaklansın, sulh yolu mevzuatta açıkça öngörülmüş, hatta zorunlu hale getirilmiştir. Nitelik itibarıyla sulh ve arabuluculuk birbirine benzemektedir. Her iki müessese arasındaki temel fark, arabuluculuğun, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi olan arabulucunun katılımıyla sonuçlandırılmaya çalışılmasıdır. Dolayısıyla sulh yoluyla çözümlenebilecek uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi önünde bir engel bulunmamaktadır. Sulh varken arabuluculuğa ihtiyaç olup olmadığı ise tarafların menfaatlerini ortaya koyması hususunda kendisini göstermektedir. Arabuluculukta her iki taraf serbest iradeleri ve eşit haklarla müzakere edebildikleri için psikolojik de olsa (sulh de olduğu gibi) bir üstün taraf bulunmamaktadır. Sürecin gizli olması sebebiyle tarafların menfaatlerini açıkça ortaya koymaları ve bu gerçeklik çerçevesinde uzlaşmaları mümkün olabilmektedir. Bu da alınan kararın kabullenmesi ve muhtemel uyuşmazlıkların çıkmasının önüne geçilmesini sağlamaktadır.

İdarenin tesis edeceği idari işlemlerde benzer sonuçların elde edilmesi mümkündür. İdari usul sürecinde henüz bir idari karar alınmadan, arabuluculuk yöntemiyle

<sup>97</sup> Knecht, Mediationsverfahren, 11.

işlemin temel esasları konusunda idare ile muhatap uzlaşabilmektedir. İdare hukukunun temel mantığında kamu gücü ve tek taraflılık bu uzlaşmayı zorunlu görmese de iyi idare ilkesi her iki tarafı hoşnut edebilecek sonucun doğmasını amaçlamaktadır. Kaldı ki; idare hukuku kültürü modern çağa ayak uydurarak karşı tarafın hilafına karar almaktan çıkarak, olabildiğince rızasının da alınabildiği bir yöne verilmektedir. İdari usul kanunları bu yönde farklı hükümler içerirken İsviçre’de olduğu gibi arabuluculuk da kanuna entegre edilerek buna destek verilmektedir. İdari usul sürecinde de arabuluculuk ihtiyaridir. Dolayısıyla arabuluculukta uzlaşılan konular doğrudan sonuç doğurmamaktadır. Bu uzlaşma idarenin kararında gerekçe alınarak ve uyarlanarak nihai işlemin içeriği haline getirilmektedir. Nihai işlemi idare tek taraflı olarak kendisi tesis etmekte ve idarenin temel özellikleriyle çatışmamaktadır.

İdare hukukunda arabuluculuğun en zor olduğu alan özellikle idari işlemlerin yapılmasından sonradır. İdari işlemlerin hukuka uygun olma zorunluluğu aynı zamanda kamu düzenini ve dolayısıyla hukuk devletini ilgilendirdiğinden arabuluculuğa gidilebilmesinin önünde bir engeldir. Hukuka aykırı olarak tesis olunan bir idari işlem, tarafların uzlaşması sonrasında geçerli kabul edilemez. Buna karşılık bir idari işlemin değiştirilmesi, geri alınması, kaldırılması ya da yeni bir idari işlem yapılmasında arabuluculuk işletilebilir. Bu durumda zaten yeni bir idari usul süreci başlatılacağından yukarıda bahsedildiği üzere idari işlemin yapılış sürecindeki arabuluculuk temelinde gerçekleşecektir. İdari işlemde tali nitelikte şekil ve usul sakatlıklarının sonradan düzeltilmesinde ise arabuluculuğa başvurulmasında bir sorun bulunmamaktadır. Kaldı ki karşılaştırmalı hukukta idari usul kanunları buna ilişkin hükümlere de yer vermektedir. Bunun yanında kamu görevlilerine ilişkin mobbing uyuşmazlıkları arabuluculuk yoluyla uzlaşmaya müsait görünmektedir.

İdari yargılama aşamasında da arabuluculuk mümkündür. Almanya idari usulde arabuluculuğu açıkça düzenlemese de idari yargılama usulünde yer vermektedir. Hatta kanunla düzenlenmeden önce arabuluculuk Alman idari yargı ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla ortaya çıkmış ve idari yargılama usulünde uygulanmıştır. İdari yargı hâkimi önüne gelen bir uyuşmazlığın yargı dışı çözüm yöntemleriyle giderilebileceğini belirlese doğrudan dostane çözüm hâkimine yönlendirebilmektedir. Bu hâkim, esas hakkında karar verme yetkisi olmayan ve arabuluculuk dahil diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birini önerebilen hâkimdir. Arabuluculuk önerilmişse tarafların rızasıyla bu usul işletilebilmektedir. Bu süreçte Alman Arabuluculuk Kanunu uygulanmaktadır. Zaten Kanun, kamu ve özel hukuk ayrımı yapmamaktadır. Süreç sonunda taraflar arası bir uzlaşma sağlanmışsa, bu bir anlaşma metniyle davanın esasına bakan idare mahkemesine bildirilmekte ve dava sonlandırılmaktadır.

Türk idare hukukunda ne idari usulde, ne de yargılama usulünde idari uyuşmazlıklar için arabuluculuk öngörülmektedir. Ancak imar hukuku özellikle de

imar planı yapım sürecinde, çevre hukukunda, ekonomik idare hukuku, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapılması ve yerlerin belirlenmesinde, eğitim ve okul işlerinde, memurlar hukukunda, parasal uyuşmazlıklarda ve özellikle idarenin takdir yetkisine sahip olduğu alanlarda arabuluculuk yöntemine başvurulması mümkün görünmektedir. Özel hukukta arabuluculuk kanunu kabul edilirken yargı yükünün hafiflemesi, usul ekonomisi gibi sebepler belirleyici olmuştur. Aynı durum idari uyuşmazlıklarda da söz konusudur. İdari yargının iş yükünün de hafifletilmesinde yarar bulunmaktadır. Dosya sayısı azalan mahkeme daha ayrıntılı inceleme ve belki de daha doğru ve hukuka uygun karar verme imkânı elde edebilecektir. Özellikle İsviçre idari usul örneğinde bir arabuluculuk hükmü -tabi ki öncesinde genel bir idari usul kanunu gerekir- tarafların çıkacak nihai idari işlemi ve sonuçlarını kabulleneceğinden uyuşmazlıkları önleyecek ve yargı yoluna gidilmeyecektir. İdari usulde arabuluculuğa gidilmemişse veya uzlaşılammışsa bile idari yargılama usulünde bu imkânı tanımak üzere hukuk muhakemeleri kanununa benzer şekilde bir hüküm getirilmesi toplumsal barışa da katkı sağlayacaktır.



**KAYNAKÇA**

- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku, Açıklamalı-İçtihatlı*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Binder, Braun. § 173 *Entsprechende Anwendung des GVG und der ZPO*; in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Baden Baden Nomos Verlag, 2018.
- Bloch, Klaus. "Mediation im Verwaltungsrecht und Mediation beim Verwaltungsgericht". *BayVBl.*, (2010): 136-139.
- Christoph, Stumpf. *A. Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*. Tübingen Mohr Siebeck: 2006.
- Çapar, Asuman. "İdarenin Taraf Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi". *JSHSR*, 7(59), (2020): 2526-2535.
- Erkal, Atıla. "İdari İşlemlerde Usul ve Şekil Sakatlıklarının Sonradan Düzeltilmesi ve Almanya Örneği". *AkdHFD*, C. 11, S. 2, (2021): 183-208.
- Fiş Üstün, Gül. "Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi". *MÜHFHAD*, C. 26, S. 1, (2020): 13-23.
- Fritz, Roland. "Vom mühsamen Weg der Etablierung des Güterrichters in der Verwaltungsgerichtsbarkeit". *BDVR-Rundschreiben*, (2013): 4-11.
- Guckelberger, Annette. "Einheitliches Mediationsgesetz auch für verwaltungsrechtliche Konflikte?". *NVwZ*, (2011): 390-397.
- Handlich, Wolfgang. Michael Rennhack, "Mediation im öffentlichen Baurecht-Chancen einer neuen Planungskultur". *LKV*, (1999): 9-13.
- Härtel, Ines. "Mediation im Verwaltungsrecht". *JZ*, 15, (2005): 753-763.
- İşık, Serpil. "İsviçre'de Hukuk Uyuşmazlıklarının Alternatif Yollarla Çözümlemesi Kapsamında Tahkim ve Arabuluculuk ile İsviçre Odaları Tahkim Kurumunun Önerdiği İsviçre Ticari Arabuluculuk Kurallarına Genel Bir Bakış". *İNÜHFD*, C. 10, S. 2, (2019): 452-469.
- Kastner, Berthold. *Einleitung zum Verwaltungsgerichtsordnung*, in: Verwaltungsrecht, Fehling/Kastner/Strömer (Hrsg). Baden Baden Nomos Verlag: 2021.
- Knecht, Morris. *Chancen und Probleme Des Mediationsverfahrens Nach Dem Neuen VwVG*, Masterarbeit. Freiburg: 2008.
- Krautzverger/Wagner. § 4b *Einschaltung eines Dritten*, in: BauGB Ernst/Zinkahn/Bielenberger/Krauzberger. September 2019. (BeckOnline).
- Malte von Bergen, Jan. "Mediation im Verwaltungsverfahren nach Inkrafttreten des Mediationsförderungsgesetzes". *ZUR*, (2002): 468-475.
- Meier, Isaak. "Mediation und Schlichtung in der Schweiz". Erişim Tarihi: 13.12.2021. [https://www.175jahre.uzh.ch/fakultaeten/recht/fachbereiche/zprschkg/Dokumente/report\\_mediation\\_deu\\_EZPO.pdf](https://www.175jahre.uzh.ch/fakultaeten/recht/fachbereiche/zprschkg/Dokumente/report_mediation_deu_EZPO.pdf).
- Odyakmaz, Zehra; Çınarlı, Serkan ve Avcıoğlu Aksoy, Ezgi. *İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Ortloff, Karsten-Michael. "Europäische Streitkultur und Mediation im deutschen Verwaltungsrecht", *NVwZ*, (2007): 33-37.

- Ortloff, Karsten-Michael. “Vom Gerichtsmediator zum Güterrichter im Verwaltungsprozess, *NVwZ*, (2012): 1057-1062.
- Özbek, Mustafa. “İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)”, *TBBĐ*, S. 56, (2005): 90-132.
- Özbek, Mustafa. “İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)” *TBBĐ*, S. 57, (2005): 82-134.
- Pitschas, Rainer. “Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor”, *NVwZ*, (2004): 396-404.
- Schäfer, Lars. “Mediation im Öffentlichen Bereich braucht gesetzliche Regeln”, *NVwZ*, (2006): 39-46.
- Schenke, Wolf Rüdiger. *Entsprechende Anwendung GVG und ZPO, in: Kopp/Schenke, VwGO Verwaltungsgerichtsordnung*. München C.H. Beck, 2021.
- Seibert, Max-Jürgen. “Mediation der Verwaltungsgerichtsbarkeit Erfahrungen und Überlegungen zu einer alternativen Streitbeilegung”, *NVwZ*, (2008): 365-371.
- Tilp, Helmut. “Mediation-ein Instrument auch für Verwaltungen?”, *VM*, (2009): 90-95.
- Yılmaz, Dilşat, “Türk ve Alman İdare Hukukunda Arabuluculuk ve Sulhe İlişkin Düzenlemeler”, *THĐ C. 7*, S. 70, (2012): 92-100.

# KAMULAŞTIRMADAN VAZGEÇME: KAMULAŞTIRMA KANUNUNUN 21 VE 22'NCİ MADDELERİNİN UYGULANMASI<sup>(\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi Sencer Abdullah AKKOYUNLU<sup>(\*\*)</sup>

## Öz

Kamulaştırma idarenin kamu yararını sağlamak için gerçekleştirmiş olduğu bir işlemdir. Kamu yararı olmaksızın yapılan bir kamulaştırma hukuka uygun değildir. Kamu yararına olmayan bir kamulaştırmada kamu geliri gereksiz yere harcanmış olur. Ayrıca böyle bir kamulaştırma kamulaştırılan taşınmazın malikinin mülkiyet hakkına meşru olmayan bir müdahale teşkil eder. Kamulaştırmanın şartı olan kamu yararının başlangıçta bulunmakla birlikte bir süre sonra ortadan kalkması da mümkündür. Kamulaştırma için gerekli işlemlere başlandıktan sonra taşınmazın kamulaştırılması için gerekli olan kamu yararı bir süre sonra varlığını yitirebilmektedir. Bu durum bazen kısa süre içinde bazen ise kamulaştırma sürecinin ilerleyen aşamalarında gerçekleşebilmektedir. Hatta kamulaştırma süreci tamamlanıp, taşınmazın mülkiyeti idareye geçtikten sonra bile böyle bir durumla karşı karşıya kalmak mümkündür. İşte bu ihtimalleri göz önünde bulunduran kanun koyucu idarenin kamulaştırmadan tek taraflı olarak vazgeçebilmesini 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 21'inci maddesinde, idare ile eski malik veya mirasçılarının anlaşmaları suretiyle kamulaştırmadan vazgeçmeyi ise Kanununun 22'nci maddesinde düzenlemiştir. Kamulaştırma Kanununun 21'inci maddesi gereğince idarenin tek taraflı olarak kamulaştırmadan vazgeçmesi kamulaştırma kesinleşinceye kadar mümkün olabilmekte, idare ile eski malik veya mirasçılarının anlaşmaları suretiyle kamulaştırmadan vazgeçme ise kamulaştırma kesinleştikten sonra gerçekleştirilebilmektedir. Kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçmede sadece idarenin kamulaştırmadan vazgeçme kararı vermesi yeterlidir. Tek taraflı vazgeçmede idarenin tek taraflı iradesi kamulaştırmanın kaderini belirlemektedir. Tarafların anlaşması suretiyle vazgeçme bakımından da her ne kadar tarafların vazgeçme konusunda anlaşmaları gerekli olsa da vazgeçme teklifinin idareden gelmesi gerektiğinden idarenin tercihi ön plana çıkmaktadır. Aslında böyle olması şartı değil. Kamulaştırma sürecine girerken kamulaştırmada kamu yararı olup olmadığını idare belirlediğine göre kamulaştırmadan vazgeçmede de idarenin vazgeçme yönündeki kararı etkili olmalıdır.

## Anahtar Kelimeler

Kamulaştırma, Mülkiyet Hakkı, Kamulaştırmanın Amacı, Kamulaştırmanın Kesinleşmesi, Kamulaştırmadan Vazgeçme.

## ABANDONMENT FROM EXPROPRIATION: IMPLEMENTATION OF ARTICLES 21 AND 22 OF THE EXPROPRIATION LAW

## Abstract

Expropriation is a process carried out by the administration to ensure the public interest. An expropriation without public interest is not in accordance with the law. In an expropriation that is not in the public interest, public revenue is spent unnecessarily. Such an expropriation constitutes an illegitimate interference with the property right of the owner of the expropriated immovable. Although the public interest, which is a condition of expropriation, is present at the beginning, it is also possible to disappear after a while. Well after starting the necessary procedures for the

<sup>(\*)</sup> Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 10.12.2021 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 23.05.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1035030.

<sup>(\*\*)</sup> Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı / Erzincan-Türkiye. E-posta: saakkoyunlu@erzincan.edu.tr, Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5682-0786>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

expropriation, the public interest required for the expropriation of the immovable property may lose its existence after a while. This can happen in a short time and sometimes in the later stages of the expropriation process. Even after the expropriation process of the immovable property is completed and the ownership of the immovable property is transferred to the administration, it is possible to face such a situation. Considering these possibilities, the legislator regulates the administration's unilateral abandonment of expropriation in Article 21 of the Expropriation Law No. 2942, and it is regulated in article 22 of the Law to abandon expropriation by agreement of the administration and the former owner or heirs. Pursuant to Article 21 of the Expropriation Law, it is possible for the administration to give up on expropriation unilaterally until the expropriation is finalized, and the expropriation can be abandoned by the agreement of the administration and the former owner or his heirs after the expropriation is finalized. In case of unilateral renunciation of expropriation, it is sufficient only for the administration to decide to abandon expropriation. In the unilateral renunciation, the unilateral will of the administration determines the fate of the expropriation. In terms of giving up by agreement of the parties, although it is necessary for the parties to agree to give up, the preference of the administration comes to the fore since the offer to give up must come from the administration. Actually, this is not surprising. Since the administration determines whether there is a public interest in the expropriation while entering the expropriation process, the decision of the administration to abandon the expropriation should be effective in abandoning the expropriation.

### Keywords

Expropriation, Proprietary Right, Purpose of Expropriation, Finalization of Expropriation, Abandonment from Expropriation.

### Extended Abstract

The administration needs immovable properties to be used in the fulfillment of public services. Immovable properties are often indispensable elements for the fulfillment of public service. Of course, the administration can purchase the immovable properties it needs by agreeing with the owner of the immovable. But this is not always possible. If the administration and the owner of the immovable cannot agree, the immovable cannot be purchased by the administration. In this case, the administration expropriates the immovable, taking into account the possibility that the owner does not consent to the sale of the immovable. Thus, he obtains the ownership of the immovable by using the public power. The fact that the administration unilaterally acquires the ownership of the immovable by using public power is due to the fact that it acts for the purpose of public interest. The public interest is a necessary condition in terms of expropriation, as in other activities of the administration. The aim of reaching the public interest, which must be present in terms of expropriation, may disappear after a while. In other words, the administration may no longer need immovable property. In this case, the administration abandons the expropriation. It would be more accurate to say that it is imperative that he abandon the expropriation. It is against the public interest for the administration to act to acquire the ownership of an immovable that it does not need. It can be said that any administration acting for the public interest does not want to be the owner of an immovable that it does not need. It is possible for the administration to waive the expropriation unilaterally or by agreeing with the owner of the immovable property or its heirs. Unilateral waiver is regulated in Article 21 of the Expropriation Law No. 2942. According to this regulation, it is easier for the administration to give up on expropriation unilaterally than with an agreement regulated in Article 22 of the same Law. Because in case of unilateral renunciation, the ownership of the immovable subject to expropriation has not yet been acquired by the administration. Therefore, the administration does not have to agree with the owner of the immovable property. The administration may unilaterally abandon the expropriation at any stage of expropriation. It may even give up all or part of the immovable that is the subject of expropriation. If expropriation is to be abandoned in this way, the administration that took the expropriation decision should take a decision to abandon the expropriation and the decision to abandon the expropriation should be approved by the approval authority. As we have just briefly mentioned, it is possible for the administration to abandon the expropriation by agreeing with the former owner of the immovable property or, if the former owner of the immovable property has died, with his heirs. The parties' renunciation of expropriation by agreement is in question in terms of a finalized expropriation. In cases where a finalized expropriation is in question, the ownership of the immovable property is now acquired by the administration. In this case, the administration cannot unilaterally abandon the expropriation. Agreement of the parties is essential for waiving expropriation. If the administration no longer needs the expropriated immovable, it notifies the owner of the immovable or his heirs. Upon this announcement, if the former owner or his heirs return the expropriation fee paid by the administration to the administration in due time, they can get the immovable property

back. Otherwise, they cannot take back the immovable property. In such a case, it is also possible not to receive any interest from the former owner or his heirs. In the event that five years have passed since the finalization date of the expropriation, it is not possible to abandon the expropriation by agreement of the parties. It is obligatory to abandon the expropriation in this way within the five-year period. In other words, even if the administration no longer needs the immovable after five years, expropriation cannot be abandoned in this way. In addition, if another administration needs the expropriated immovable, it is not possible to abandon the expropriation by agreement of the parties. Because the expropriated immovable is transferred or allocated to the administration in need in such a situation. The transfer or allocation prevents expropriation in this way. If the administration does not offer an agreement to the former owner or his heirs when the conditions for abandoning the expropriation by agreement are met, it will result in a decision against him in case of a lawsuit. Jurisdictions consider whether the administration fulfills this obligation. There are many decisions made against the administration in this regard. Therefore, the administration must always consider that this is an obligation for itself.

## GİRİŞ

Kamulaştırma, eski tabirle istimlak<sup>1</sup> kamulaştırma yapma yetkisiyle donatılmış bir idarenin kamu gücüne dayanarak özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazları kendi mülkiyetine geçiren işlemidir<sup>2</sup>. İdare bir taşınmaz malikiyle anlaşarak satın alma yoluyla edinebilecek olmakla birlikte malikin taşınmazını idareye satmaya yanaşmaması halinde ihtiyaç duyulan mal özel hukuk ilişkisi içerisinde kendisinden zorla satın alınamayacağından, yani satın alma malikin rızası olmadan gerçekleştirilemeyeceğinden kamulaştırma tercih edilir<sup>3</sup>. Kamulaştırmada ihtiyaç duyulan taşınmazın malikin rızasının olup olmadığı dikkate alınmaksızın mülkiyetin idareye devri sağlanır<sup>4</sup>. Dolayısıyla kamulaştırma idarenin zorla özel mülkiyetteki taşınmazların mülkiyetini elde etme yöntemidir<sup>5</sup>. Kamulaştırma idarenin taşınmaz malın mülkiyetini kazanmada başvurabileceği asli yollardan birisidir<sup>6</sup>. Mülkiyetin kazanılmasında asli yol olmasının önemine binaen doğrudan Anayasanın 46'ncı maddesinde düzenlenmiş, Anayasanın 35'inci maddesinin mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanmasına izin veren hükmüne uygun olarak Devlet ve kamu tüzel kişilerinin kamu yararının gerektirdiği hallerde özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre kamulaştırabileceği öngörülmüş ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu çıkarılmıştır.

<sup>1</sup> İstimlak tabirinin kullanılması ile ilgili olarak bkz. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları* (C. 3, 3. Bası, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), s. 1513; Sadık Tüzel, *İdare Hukuku Dersleri*, (İzmir: Teknik Kitap ve Mecmua Basımevi, 1951), s. 225; Reşat Nalbandoğlu, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Teknik Kitap ve Mecmua Basımevi, 1951), s. 149.

<sup>2</sup> Ayrıca bkz. Ömer Köroğlu, *Kamulaştırma*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995), s. 6.

<sup>3</sup> Şükrü Karatepe, *İdare Hukuku*, (4. Baskı, İzmir: Üniversite Kitapları, 1995), s. 201.

<sup>4</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (13. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, Şubat 2021, 639; Nalbandoğlu, s. 149.

<sup>5</sup> Meltem Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku* (3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s. 25.

<sup>6</sup> Sadık Artukmaç, *Kamulaştırma Hukuku* (Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1977), s. 10.

İdare kamulaştırma yetkisini kamu yararını gerçekleştirmek için kullanır<sup>7</sup>. Ancak idareyi kamulaştırma yapmaya sevk eden kamu yararı bazen ortadan kalkar veya idareyi işlem yapmaya sevk gücünü büyük ölçüde yitirir. Kamulaştırma yapabilmek için kamulaştırılacak taşınmaza “gerçekten de ihtiyacı bulunması gereken”<sup>8</sup> idare bu ihtiyacı ortadan kalktığı anda aksi yönde bir işlem olarak<sup>9</sup>, kamulaştırma işlemini geri almak suretiyle kamulaştırmadan vazgeçebilir<sup>10</sup>.

Kamulaştırma Kanununun 21 ve 22’nci maddelerinde kamulaştırmadan vazgeçme düzenlenmiştir. 21’inci madde idarenin kamulaştırmadan tek taraflı olarak vazgeçmesine yönelikken, 22’nci madde tarafların anlaşması suretiyle kamulaştırmadan vazgeçmeye yöneliktir. Kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçmede idare tek taraflı irade açıklamasıyla, başlamış olan kamulaştırma sürecine son verilmektedir. Tarafların anlaşması suretiyle vazgeçmede ise idarenin vazgeçme iradesini ortaya koyması tek başına yeterli olmayıp, vazgeçmenin kamulaştırılan taşınmazın eski maliki/mirasçıları tarafından da kabul edilmesi, yani tarafların vazgeçme konusunda iradelerinin uyuşması gerekmektedir.

## I. TEK TARAFLI OLARAK VAZGEÇME

### A. GENEL OLARAK

İdare ihtiyacı olmadığına karar verdiği bir taşınmazı artık kamulaştırmak istemez; kamulaştırmadan tek taraflı olarak vazgeçer<sup>11</sup>. Kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçme Kamulaştırma Kanununun 21’inci maddesinde düzenlenmiştir. Kamulaştırma Kanununun 21’inci maddesine göre;

*“idare kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırma kararı veren ve onaylayan yetkili merciin kararı ile kamulaştırmadan tek taraflı olarak kısmen veya tamamen vazgeçebilir. Şu kadar ki, dava sırasında vazgeçme halinde dava giderleri ile harç, harcanan emek ve işin önemi gözetilerek mahkemece maktuen takdir olunacak avukatlık ücreti idareye yükletilir”.*

Kamulaştırmadan tek taraflı olarak vazgeçme yalnızca idareye tanınmış bir haktır<sup>12</sup>. Kamulaştırma süreci, satın alma usulünde anlaşma yolunun denenmesinde malikin az da olsa sürece katılımı sağlansa da adli aşamaya geçilmediği

<sup>7</sup> Y. 6. HD, 02.07.2002, E. 2002/4020 K. 2002/4488, Legalbank.

<sup>8</sup> Tüzelt, s. 227.

<sup>9</sup> Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, (1. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, Eylül 2009), s. 215.

<sup>10</sup> Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, (C. 1, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), s. 610.

<sup>11</sup> Merve Tekeş, *Kamulaştırmadan Vazgeçme ve Geri Alma* (Danışman: Doç. Dr. Lale Burcu Önüt), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2019, s. 42.

<sup>12</sup> Ali Arcak, *Yeni Kamulaştırma Yasası*, (C. 2, Ankara: Sevinç Matbaası, 1984), s. 1347.

takdirde idarenin tek taraflı iradesiyle ilerler. Süreci kendisi ilerleten idare kamulaştırmadan tek taraflı olarak vazgeçme yetkisini kullandığında artık bu karardan geri dönemez. Eğer idare taşınmaza yeniden ihtiyaç duyduğuna karar verirse yeni bir kamulaştırma süreci başlatmalıdır<sup>13</sup>.

İdari işlem olarak kabul edilen kamulaştırmadan<sup>14</sup> idarenin hangi hallerde tek taraflı olarak vazgeçebileceği Kamulaştırma Kanununda gösterilmemiştir. İdari işlemin sebebinin mevzuatta gösterilmediği hallerde idarenin takdir yetkisi geniş olup<sup>15</sup>, böyle hallerde idari işlemin sebebinin belirlenmenin tamamen idarenin takdirine bırakıldığı ifade edilmektedir<sup>16</sup>. Ancak yine de kanunda sebebi gösterilmeyen işlemlerin<sup>17</sup> meşru sebebinin bulunması, yani gerçek olaylara ve sebeplere dayalı olması gerekmektedir<sup>18</sup>. Kamulaştırmadan vazgeçme bir idari işlem olarak kabul edildiğine göre vazgeçme sebebinin belirlemede idarenin takdir yetkisi geniştir; ancak vazgeçmenin meşru sebebe dayanması gerekmektedir. Kamulaştırmadan vazgeçmede meşru sebebe idarenin kamu hizmetinin yerine getirilmesinde kamulaştırma konusu taşınmaz yerine başka bir taşınmaza ihtiyacı olduğuna karar vermesi ya da kamulaştırmanın kendisine maliyetini yüksek bulması<sup>19</sup> örnek gösterilebilir.

Kamulaştırmada hazırlık işlemleri olarak kabul edilebilecek; kamulaştırma için yeterli ödenek temin edilmesi, kamu yararı kararı alınması ve bu kararın onaylanması, kamulaştırılacak taşınmazın ve taşınmaza ilişkin diğer bilgilerin belirlenmesi işlemleri taşınmaz üzerinde hukuki etki yaratmadığından, dolayısıyla idari işlem olmadığından bu aşamalarda idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesinin idari bir işlem olduğundan söz edilemeyecektir. İdare bu aşamalarda takdir yetkisinin varlığı sorgulanmaksızın tamamen serbest şekilde kamulaştırmadan vazgeçebilir.

<sup>13</sup> Bkz. Köroğlu, s. 136; Tekeş, s. 50.

<sup>14</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdare Hukuku, s. 657.

<sup>15</sup> Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, 2 Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2014, s. 212.

<sup>16</sup> Halil Kalabalık, "İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi", *GÜHFD*, C. 1, S. 1, 1999, s. 184.

<sup>17</sup> Gözler idarenin sebebin belirsiz kavramlarla gösterildiği veya **hiç belirtilmediği hallerde** sebep unsuru bakımından sahip olduğu değerlendirme yetkisini takdir yetkisi değil, değerlendirme marjı olarak ifade etmekte, değerlendirme marjı yargısal denetime tabi iken idari işlemin yalnızca konu unsuru bakımından bulunan takdir yetkisinin yargısal denetime tabi olmadığını belirtmektedir (Gözler, C. 1, s. 1062-1063). Yayla ise değerlendirme marjı-takdir yetkisi şeklinde bir ayırım yapmaksızın idarenin takdir yetkisinin idari işlemin yerindeliğinin değerlendirilmesine ilişkin olduğunu ifade etmekte, yerindelik denetimi yasak olduğundan idarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminin yapılamayacağını ortaya koymaktadır (Yayla, s. 193-194).

<sup>18</sup> Kalabalık, s. 185.

<sup>19</sup> "... İdarenin; yaptığı kamulaştırma sebebiyle **mali olanaklarını zorlayacak bir bedel ödemesi gerektiğinin ortaya çıkması halinde**, kamulaştırmadan vazgeçmesi, kendisine yasa ile tanınmış olan bir hakkın kullanılması olarak kabul edilmelidir..." (Y. 18. HD, 13.11.2001, E. 2001/8754 K. 2001/10279, Legalbank).

İdarenin kamulaştırma kararı almasıyla taşınmaz üzerinde hukuki etki gerçekleşmekte<sup>20</sup>, böylece kamulaştırmadan vazgeçmede idarenin takdir yetkisi sorgulanmaya müsait hale gelmektedir. Takdir yetkisi idareye bir serbestlik tanır; fakat bu serbestlik idarenin keyfiliği anlamına gelmez. İdarenin takdir yetkisi mutlak ve sınırsız nitelikte değildir<sup>21</sup>. İdarenin takdir yetkisi yerindelik bakımından olmasa da hukuka uygunluk bakımından yargısal denetime tabidir<sup>22</sup>. İdarenin takdir yetkisine sahip olması hukuka bağlılıktan kurtulması anlamına gelmemektedir<sup>23</sup>. Özay tarafından ifade edildiği üzere “*takdir yetkisinin hukuk kuralları içinde hareket özgürlüğü demek olduğunu... gözden kaçırmamak gerekir*”<sup>24</sup>. Hukuka uygunluk denetimi idari işlemin mevzuata ve hukukun genel ilkelerine uygun olması bakımından gerçekleştirilecek olup, bu kapsamda idari işlemin Anayasaya, milletlerarası andlaşmalara, kanunlara, yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnamelere, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, yürürlükte bulunan tüzüklere, yönetmeliklere, diğer düzenleyici idari işlemlere ve eşitlik, ölçülülük, iyiniyet, haklı beklentilerin korunması gibi hukukun genel ilkelerine uygun olup olmadığı yargı yerlerince denetlenecektir<sup>25</sup>. Kamulaştırmadan vazgeçme bir idari işlem olarak belirtilen unsurlar bakımından hukuka uygunluk denetimine tabi tutulacaktır.

İdarenin kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçmesinde takdir yetkisinin varlığı ve sınırı kamulaştırma işleminin sebep ve amaç unsuru bakımından değerlendirilmelidir. Zira idare kamulaştırmadan idarenin bütün işlemlerinde var olması gereken “amaç” olan kamu yararının bulunmaması “sebebiyle” vazgeçmektedir. Gözler tarafından kamulaştırma bakımından ifade edildiği üzere “*idare ancak kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bir sebeple hareket edebilir*”<sup>26</sup>. İdare kamu yararını sağlayacak bir sebeple kamulaştırma yaptığına göre kamu yararı-

<sup>20</sup> Kamulaştırma Kanununa göre “idare kamulaştırma kararı verdikten sonra kamulaştırmanın tapu siciline şerh verilmesini kamulaştırmaya konu taşınmaz malın kayıtlı bulunduğu tapu idaresine bildirir” (m. 7/3). Taşınmaz üzerinde gerçekleştirmek istediği hukuki tasarrufları gerçekleştireme ihtimali bulunan alıcı adaylarının idarenin kamulaştırma suretiyle mülkiyetine geçmek üzere olduğu bir taşınmazı satın almak istemeyeceği kuvvetle muhtemeldir. Bununla birlikte Kamulaştırma Kanununun 14’üncü maddesine göre “kamulaştırmaya konu taşınmaz malın maliki tarafından 10’uncu madde gereğince mahkemece yapılan tebligat gününden, kendilerine tebligat yapılmayanlara tebligat yerine geçmek üzere mahkemece gazete ile yapılan ilan tarihinden itibaren... kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal... davası açılabilir” (m. 14/1).

<sup>21</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdari Yargı, s. 78.

<sup>22</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdare Hukuku, s. 121. Karatepe’ye göre “*İhtiyaca uygunluğu (yerindeliği) tayin eden idare, hukuken geçerli çeşitli çözüm yolları içerisinde kendisine göre en uygun olan çözüm yolunu seçmektedir... burada yapılacak olan yargı denetimi, kanunen geçerli çözüm yollarından birinin seçilip seçilmediğinin kontrolü şeklinde olacaktır. Eğer idare, izin verilen çözüm yollarından birini seçmiş ise, artık neden öteki çözüm yollarını seçmediği sorulmayacaktır (Şükrü Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, TİD, Y. 63, S. 392, Eylül 1991, s. 83-84).*

<sup>23</sup> Karatepe, Takdir, s. 65.

<sup>24</sup> İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004, s. 456.

<sup>25</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdari Yargı, s. 69.

<sup>26</sup> Gözler, C. 1, s. 971.



nı sağlayacak sebebin ortadan kalkması üzerine kamulaştırmadan vazgeçecektir. Görüldüğü üzere kamulaştırmanın sebep ve amaç unsurları arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Kamu yararı kararı alınmasıyla kamulaştırma işleminin sebep unsuru belirlenmektedir<sup>27</sup>. İdari işlemlerde tek amacın kamu yararını gerçekleştirmek olması nedeniyle amaç unsuru bakımından idarenin takdir yetkisinin varlığından söz edilemeyeceği, ancak sebep unsuru bakımından idarenin takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmekle<sup>28</sup> beraber kamulaştırmadan vazgeçme sebebinin oluşup oluşmadığı tespit edilirken aslında kamulaştırmada kamu yararı amacının halen bulunup bulunmadığı da değerlendirilmiş olmakta, dolayısıyla kamulaştırmanın hem sebep hem de amaç unsuruna ilişkin bir denetimde bulunulmaktadır.

İdarenin hukuka uygun hareket edip etmeme bakımından seçim hakkına sahip olmayıp mevzuata uygun hareket etme mecburiyeti bulunmakla beraber idari işlemin yerinde olup olmadığını seçme hakkı bulunmaktadır<sup>29</sup>. Kamulaştırmadan vazgeçme kararının denetlenmesinde ölçüt alınamayacak olan yerindelik; idarenin isabetli, ihtiyaca uygun olarak hareket edip etmemesiyle ilgili olup, idarenin bir tasarrufta bulunup bulunmama bakımından serbest olmasını içermektedir<sup>30</sup>. İdare gerçekleştirmek istediği bir faaliyetin ihtiyaca uygun olduğuna karar verdiğinde, ihtiyacın karşılanmasında en uygun çözüm yolunu seçecektir<sup>31</sup>. Aynı esaslar kamulaştırma bakımından da geçerlidir. Buna göre idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi yerindelik denetimine tabi tutulamayacaktır. İdarenin hangi taşınmazın kamulaştırılmasının ihtiyaca uygun, isabetli olduğuna yönelik kararı denetlenemeyecektir.

İdarenin takdir yetkisinin hukuka uygunluk bakımından denetimi kapsamında değerlendirileceği üzere Danıştay'ın idarenin takdir yetkisini kamu yararı ve hizmetin gereklerine uygunluk, işlemin sebebe dayalı olarak yapılması gereği, eşitlik, hukuk devleti, sosyal devlet gibi anayasal ilkelere uygunluk ve kanun koyucunun kanunu yapmaktaki özel amacını yorumlama bakımından denetlediği ifade edilmektedir<sup>32</sup>. Bahsi geçen yargısal denetim ölçütleri arasında hizmetin

<sup>27</sup> Metin Günday, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi, 2017, s. 258; Turan Yıldırım, *İdari İşlemler*, Turan Yıldırım (Editör), *İdare Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2016, s. 454-455.

<sup>28</sup> Özay, s. 456. Çağlayan'a göre "*idare hukuku öğretisinin çoğunluğuna göre idari işlemin sebep unsurunda takdir yetkisi bulunur. Hatta kimilerine göre takdir yetkisinin en fazla görüldüğü ve sorunlara neden olduğu alan sebep unsurudur*" (Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021, s. 211; Ayrıca bkz. Kaya, s. 208; Gözler, C. 1, s. 1062). Nitekim Özay sebep unsuru bakımından karşılaşılan en önemli sorunun takdir yetkisi olduğunu ifade etmektedir (Özay, s. 455).

<sup>29</sup> Karatepe, Takdir, s. 83.

<sup>30</sup> Çağlayan, *İdari Yargı*, s. 212.

<sup>31</sup> Karatepe, Takdir, s. 83-84.

<sup>32</sup> Çağlayan, *İdari Yargı*, s. 215-219; Ayrıca bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdari Yargı*, s. 78.

gereklere uygunluk idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesinde takdir yetkisinin yerindelik bakımından denetlenmesine neden olabilecek niteliktedir. Hizmetin gereklere uygunluk objektif bir denetim ölçütü olarak kabule pek müsait görünmemektedir. Hizmetin gereklere uygunluk en iyi şekilde hizmeti sunan idare tarafından belirlenebilir; yargı yeri bunun içeriğini belirlemeye çalışmamalıdır.

Özet olarak belirtmek gerekirse idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesinin hukuka uygunluğu vazgeçme işleminin sebep unsuru bakımından denetlenebilir. Ancak sebebi mevzuatta gösterilmeyen, dolayısıyla idarenin takdir yetkisinin genişlik arz ettiği kamulaştırmadan vazgeçmede yargı yeri sınırlı bir hukuka uygunluk denetiminde bulunmalıdır. Kamu hizmetinin yürütülmesinde bir taşınmazla ihtiyaç duyulup duyulmadığını en iyi bilecek olan hizmetin yürütücüsü olan idare olduğuna göre yargı yeri bu gerekliliğin bulunup bulunmadığına yönelik bir denetimden kaçınmalıdır. Ancak her idari işlemin bir sebebinin bulunması zorunlu olduğundan<sup>33</sup> vazgeçmenin hukuka uygun olması için idare de vazgeçmede herhangi bir meşru sebebin bulunduğunu ortaya koyabilmelidir.

İdare kamulaştırmadan kısmen veya tamamen vazgeçebilir. İdarenin kamulaştırmanın tamamından vazgeçmesi şart değildir<sup>34</sup>. Zira kamulaştırma konusu taşınmazın tamamı için olmasa da bir kısmı için kamulaştırma yapmakta halen kamu yararı olabilir. İdarenin kısmen vazgeçmeye karar verirken vazgeçilen kısmın kısmi yararlanmaya elverişli halde olup olmayacağını da göz önünde bulundurması gerekir. Zira Kamulaştırma Kanununun 12'nci maddesinin son fıkrası gereğince bir kısmı kamulaştırılan taşınmaz malın artan kısmı yararlanmaya elverişli bir durumda değil ise, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda dava açılmayan hallerde mal sahibinin en geç kamulaştırma kararının tebliğinden itibaren otuz gün içinde yazılı başvurusu üzerine, bu kısmın da idarece kamulaştırılması zorunluluk arz etmektedir.

Kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçme dolayısıyla idare ile taşınmaz maliki veya mirasçıları arasında uyuşmazlık çıkması mümkündür. İdari işlemlerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yeri idari yargı olduğuna göre kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçmeden doğan uyuşmazlıklarda da idari yargının gö-

<sup>33</sup> Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s. 378.

<sup>34</sup> Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta idare bir taşınmazın 3, 4 ve 5. katları bakımından aldığı kamulaştırma kararından 3. kat bakımından vazgeçmiş, yani kamulaştırmadan kısmi vazgeçme tercihinde bulunmuştur. Bahsi geçen kararda şu ifadeler yer almaktadır: "... Dosyada bulunan kanıt ve belgelere göre; dava konusu yapının 3., 4. ve 5. katlarının ... Kentsel Sit Alanında Sağlıklaştırma ve Kentsel Tasarım projesi kapsamında 20/11/2014 tarihli kamu yararı gereğince kamulaştırılmasına karar verildiği, taraflar arasında uzlaşma sağlanmadığından yapı maliki davalı aleyhine 3., 4.ve 5. katlarda bulunan yapıların kamulaştırma bedelinin tespiti istemli iş bu davanın açıldığı, yargılama sırasında ise dava konusu 3. katın kamulaştırılmasından vazgeçildiği anlaşılmıştır..." (Y. 5. HD, 26.04.2017, E. 2016/7161 K. 2017/11813, Legalbank). Aynı yönde kararlar için bkz. Y. 5. HD, 04.04.2017, E. 2016/7880 K. 2017/9923, Legalbank; Y. 5. H. D, 23.03.2017, E. 2017/10596 K. 2017/9045, Legalbank; Y. 5. HD, 14.05.2018, E. 2017/26165 K. 2018/9143, Legalbank.

revli olmasının gerektiği akla gelecektir. Ancak idarenin kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçmesi ile ilgili ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yeri, Kamulaştırma Kanununda bu uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olduğu öngörüldüğünden idari yargı değildir. Kamulaştırma Kanununun 24'üncü maddesinde idarenin kamulaştırmadan tek taraflı olarak vazgeçmesinin düzenlendiği 21'inci maddenin uygulanmasından doğacak anlaşmazlıkların adli yargıda çözümleneceği düzenlenmiştir<sup>35</sup>. Dolayısıyla çalışmamızda kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçmeye ilişkin olarak özellikle Yargıtay kararlarına çalışmanın hacmi el verdiği ölçüde yer ayrılmaya çalışılacaktır.

## B. İDARİ VE ADLİ AŞAMADA TEK TARAFLI VAZGEÇMENİN ZAMANININ BELİRLENMESİ

### 1. İdari Aşamada Tek Taraflı Vazgeçmenin Zamanının Belirlenmesi

İdare kamu yararı kararı aldıktan hemen sonra henüz bu karar onaylanmadan ya da kamu yararı kararının onaylanmasından sonra kamulaştırmadan vazgeçebilir. Kamulaştırma sürecinin bu kısmında idarece henüz çok fazla işlem yapılmamış olacaktır.

İdare süreci ilerletip kamulaştıracığı taşınmazı tespit ederek kamulaştırma kararı aldıktan, hatta kamulaştırmayı tapu siciline şerh ettirdikten sonra da kamulaştırmadan vazgeçme yoluna gidebilir. Bu durumda idarenin kamulaştırma kara-

<sup>35</sup> "... 2942 sayılı Yasanın 21. maddesinde, "idare kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırma kararı veren ve onaylayan merciin kararı ile kamulaştırmadan tek taraflı olarak kısmen veya tamamen vazgeçebilir...", aynı yasanın 24. maddesinin son fıkrasında ise; "... Bu madde ile 21., 22., 23. maddeler uygulamasından doğacak anlaşmazlıklar adli yargıda çözümlenir." hükmü yer almış bulunmaktadır. Olayda ise, dava konusu belediye encümen kararıyla 2942 sayılı Yasanın 21. madde hükmüne göre **davalı idarece kamulaştırma işleminden tek taraflı olarak vazgeçildiği anlaşıldığından, bu uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargı yerine ait olduğu gözetilmeksizin mahkemece işin esasının incelenmesi suretiyle karar verilmesinde isabet görülmemiştir...**" (D. 6. D, 06.10.1999, E. 1998/4999 K. 1999/4461, Legalbank). "... Dosyanın incelenmesinden, olayda, davacıya ait taşınmazın kamulaştırılmasına karar verildiği, kamulaştırma işlemlerine başlanıldığı, bedel konusunda uzlaşma sağlandığı ancak daha sonra idarece kamulaştırmadan vazgeçildiği, davacı tarafından da taşınmazının kamulaştırılmaması nedeniyle kamulaştırma kararı ile vazgeçme tarihi arasında uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyeli bakımında olan davanın açıldığı anlaşılmıştır. Bu durumda, **kamulaştırmadan vazgeçilmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyeli açılan davanın...2942 sayılı Yasanın 24. maddesinin 2. fıkrası uyarınca adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekmektedir...**" (D. 6. D, 18.04.2005 E. 2003/5434 K. 2005/2290, Legalbank). Ancak Danıştay davacıların miras yoluyla malik oldukları taşınmazlarının kamulaştırılmasından sonra, kamulaştırma amacı dışında ihale yoluyla satışına ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyeli açılmış davada idare mahkemesince, uyuşmazlığın 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 22. maddesinden kaynaklandığı belirtilmiş ise de, iptali istenen işlemin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmasından kaynaklandığına, davalı idarenin kamu gücüne dayanılarak, tek yanlı olarak tesis ettiği ve icrai nitelik taşıyan bu işlemden kaynaklanan uyuşmazlığın idari yargının görevinde bulunduğu karar vermiştir (D. 13. D, 16.01.2009, E. 2008/3347 K. 2009/577, Legalbank). Ayrıca bkz. Y. 18. HD, 05.04.1999, E. 1999/1116 K. 1999/4065, Legalbank; U.M (Hukuk Bölümü), 04.05.2009, E. 2008/203 K. 2009/107, Legalbank.

rı verdikten sonra kamulaştırmanın tapu siciline şerh verilmesini kamulaştırmaya konu taşınmaz malın kayıtlı bulunduğu tapu idaresine bildirmesi üzerine konulan şerhin silinmesi sağlanmalıdır.

İdare taşınmazı satın alma usulüyle elde etme girişimine başlamadan önce veya girişimleri sırasında da kamulaştırmadan vazgeçebilir. İdare taşınmazı satın alma girişimleri kapsamında çok sayıda işlemde bulunmakta olup, bu işlemleri yapmadan önce veya yaptıktan sonra iradesini vazgeçme yönünde ortaya koyabilir. Örneğin idare kamulaştırma konusu taşınmazın tahsis edileceği kamu hizmetini artık yerine getirmek istemeyebilir veya bu hizmeti başka şekilde yerine getirmek isteyebilir<sup>36</sup>. Kamu hizmetinin artık yerine getirilmek istenmemesi veya başka şekilde yerine getirilmek istenmesi halinde kamu hizmeti kaldırılır/yerine getirilme şekli değiştirilir<sup>37</sup>. Kamu hizmetinin kaldırılması veya yerine getirilme şeklinin değiştirilmesiyle artık ihtiyaç duyulmayan taşınmazın kamulaştırılmasından vazgeçilir.

İmar planı değişikliği de idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesinde etkili olabilir<sup>38</sup>. İdare kıymet takdir komisyonunca belirlenen taşınmazın tahmini bedelini kamulaştırma sürecinin başında ayırdığı ödenek karşısında yüksek bulması üzerine de kamulaştırmadan vazgeçebilir<sup>39</sup>. Ya da pazarlık görüşmelerinin olumsuz sonuçlanması, yani anlaşmanın gerçekleşmemesi üzerine taşınmazı elde etmek için artık çaba sarf etmek istemediğinden bedel tespiti ve tescil davası<sup>40</sup> açıp

<sup>36</sup> Akın Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1979, s. 202; Artukmaç, s. 140.

<sup>37</sup> Kamu hizmeti, kamu hizmeti teşkilatının bulunmasını gerektirmesi halinde bu teşkilatın kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmasıyla ortaya çıkar ve kamusal ihtiyacın ortadan kalkması üzerine yetkide ve şekilde paralellik ilkesine uyulmak ya da özelleştirme yapmak suretiyle kaldırılır (Akyılmaz/Sezginer/Kaya, *İdare Hukuku*, s. 561). Kanaatimizce kamu hizmetinde değişikliğe gidilmesinde de hizmetin kurulmasında ve kaldırılmasındaki yetki ve şekil kurallarına göre hareket etmek gerekir (Kamu hizmetinin kurulması ve kaldırılmasıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Çağlayan, *İdare Hukuku*, s. 244-245).

<sup>38</sup> D. 6. D, 21.05.1986, E. 1986/300, K. 1986/536, Legalbank. Danıştay'ın atıfta bulunduğumuz kararında şu ifadeler geçmektedir: "... *Temyiz dosyası içerisinde yer alan belgelerin incelenmesinden uyumsuzluk konusu taşınmazın bir kısmının imar planı uyarınca spor tesisleri yapımı amacıyla Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğüne onaylı karar ile kamulaştırıldığı, bu işlemin iptali dileğiyle açılan dava devam ettiği sırada dava idare vekili ...'ün mahkeme kalemine kaydedilen dilekçe ile imar planının değişikliği üzerine taşınmaz imar planı dışında kaldığından kamulaştırma işleminden vazgeçildiğinin bildirildiği anlaşılmıştır...*"

<sup>39</sup> Ayrıca bkz. Onar, s. 1569.

<sup>40</sup> Kamulaştırma Kanununun 10'uncu maddesinin sekizinci fıkrasına göre bedel tespiti kararına karşı tarafların istinaf kanun yoluna gitmesi mümkündür. İstinaf kanun yoluna gidilebilmesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "istinaf yoluna başvurulabilecek kararlar" başlıklı 341'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Miktar veya değeri üç bin (1/1/2022 tarihinden geçerli olmak üzere miktar veya değeri sekiz bin) Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir" cümlesinin "kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar" yönünden incelenmesi itirazıyla yapılan başvuruda "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin "kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline" karar vermiştir. Mahkemenin iptal kararı, bedel tespiti ve tescil davasının diğer malvarlığı davalarından farklı olduğu, bu

sürecin adli aşamayla devamını sağlamaktan ve dolayısıyla kamulaştırmadan vazgeçebilir. Hatta idare satın alma görüşmelerinde anlaşmaya varılması üzerine düzenlenen anlaşma tutanağını tapu idaresine sunmayarak da kamulaştırmadan vazgeçme yoluna gidebilir. Zira kanaatimizce satın alma usulünde anlaşma tutanağı düzenlense bile bu tutanak tapu idaresine sunulup idare adına tescil yapılmadıkça kamulaştırma kesinleşmiş olmamaktadır.

## 2. Adli Aşamada Tek Taraflı Vazgeçmenin Zamanının Belirlenmesi

İdari aşamada olduğu gibi adli aşamada da idare bu aşamanın herhangi bir kısmında kamulaştırmadan vazgeçebilir. Buna göre idare bedel tespiti ve tescil davası açtıktan hemen sonra mahkemece henüz duruşma yapılmadan kamulaştırmadan vazgeçmeyi tercih edebilir ya da duruşmada karşı tarafla anlaşamaması üzerine tercihinin kamulaştırmadan vazgeçme yönünde kullanabilir. Diğer bir ihtimal olarak idari yargı yerinde kamulaştırmanın iptali davası açılması üzerine idarenin davayı kabulüyle vazgeçme sonucu doğabilir<sup>41</sup>. Maddi hatalara karşı düzeltim davası görülmekteyken de idare vazgeçme tercihinde bulunabilir<sup>42</sup>. İdare taşınmaz mahkemece kendi adına tescil edilerek kamulaştırma kesinleşene kadar kamulaştırmadan vazgeçebilir. İdarenin kamulaştırmadan adli aşamada vazgeçmesi halinde Kamulaştırma Kanununun 21'inci maddesi gereğince dava giderleri ile harç, harcanan emek ve işin önemi gözetilerek maktuen takdir olunacak avukatlık ücreti<sup>43</sup> mahkemece kendisine yükletilir.

Kamulaştırmadan adli aşamada vazgeçilmesi malik bakımından bazı zararlara yol açabilir. Ortaya çıkacak olan zarar adli aşamada kamulaştırmaya yönelik hangi işlemten sonra idarenin kamulaştırmadan vazgeçtiği ile ilgilidir. Örneğin adli aşamada Kamulaştırma Kanununun 10'uncu maddesi uyarınca idare tarafından açılan bedel tespiti ve tescil davası üzerine mahkemece malike doğrudan çıkarılacak meşruhatlı davetiye veya ilan yolu ile yapılacak tebligat (m. 10/2) malikin zararına sebebiyet verebilir<sup>44</sup>. Zira Kamulaştırma Kanununun 31'inci maddesine göre mah-

---

davaya karşı istinaf kanun yoluna gidilmesinde bedelin ne kadar olduğunun bir önemi olmadığı, bedel tespiti davalarında istinaf kanun yoluna başvurup başvuramama bakımından dikkate alınması gereken ölçütün ne olacağı konusunda kesinlik olmadığı, bunun kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği, kişinin taşınmazının gerçek değerinin hesaplanamayabileceği noktalarında toplanmıştır (Bkz. A.Y.M Kararı, E. 2021/34, K. 2022/21, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

<sup>41</sup> Kutlu Gürsel, s. 431.

<sup>42</sup> Ayrıca bkz. Arcak, s. 1349.

<sup>43</sup> "... Karşılıklı olarak açılan kamulaştırma bedelinin artırılması ve tenkisi davasının birleştirilmesinden sonra yapılan yargılama neticesinde tenkis davasının reddine, bedel artırımı davasının kısmen kabulüne karar verilmesi üzerine davalı idare 2942 sayılı Yasanın 21-22. maddeleri gereğince kamulaştırma işleminden vazgeçmiştir. Anılan Yasanın 21. maddesi uyarınca kamulaştırmadan vazgeçen idare aleyhine kendisini vekille temsil ettiren davacı lehine her bir dava için ayrı ayrı olmak üzere maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken bu hususa riayet edilmemesi doğru görülmemiştir..." (Y. 18. HD, 09.07.2001, E. 2001/6420, K. 2001/7141, Legalbank).

<sup>44</sup> Aynı yönde tespit için bkz. Ayşegül Çoban Atik, *Kamulaştırmada Yargısal Denetim*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 343.

kemece 10'uncu madde uyarınca yapılan tebligat, davet veya ilan tebliğinden sonra taşınmaz malın başkasına devir ve ferağ veya temlik yasaktır (m. 31/b). İdare bu tebliğ veya ilandan sonra kamulaştırmadan vazgeçtiğinde vazgeçmeye kadarki süre zarfında malın devri, ferağ ve temlik mümkün olmayacaktır. Malik taşınmazını belki yüksek bir bedelle devredebileceği halde bu sınırlama yüzünden devredemeyecektir. O halde meşruhatlı davetiye veya ilan yoluyla tebligattan sonra idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi malik üzerinde olumsuz sonuçlar doğurma ihtimali bakımından üzerinde durulması gereken bir konudur. Malik idarenin bu aşamada kamulaştırmadan vazgeçmesi sebebiyle uğramış olduğu zararın tazmini için Kamulaştırma Kanununun 24'üncü maddesinde; 21'inci maddeden, yani kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçmeden doğan uyuşmazlıkların çözümünde adli yargı görevli kılındığından adli yargıda idare aleyhine dava açabilecektir. Kamulaştırma sürecine giren idarenin bu taşınmaza kesin olarak ihtiyacı olup olmadığını öngörememesi kusuruna sebebiyet verecek, açılacak dava tazminat davası olacaktır. Mahkeme uyuşmazlığın çözümünde malikin taşınmazını devredebileceği fakat Kamulaştırma Kanununun 31'inci maddesi gereğince devredemediği zamanki değeri ile kamulaştırmadan vazgeçildikten sonraki değerini dikkate alarak zararın meydana gelip gelmediğine karar verecektir.

## C. TEK TARAFLI VAZGEÇMENİN ŞARTLARI

### 1. Kamulaştırmanın Kesinleşmemiş Olması

İdare bir süreç içerisinde gerçekleştirilen kamulaştırmadan her aşamada (idari ve adli aşamada) vazgeçebilecek olmakla birlikte bu yöndeki kararını en geç kamulaştırma kesinleşinceye kadar almalıdır. Buna göre idare kamulaştırmadan tek taraflı olarak ancak kamulaştırma kesinleşinceye kadar vazgeçebilir<sup>45</sup>. Zira kamulaştırmanın kesinleşmesi üzerine mülkiyetin idareye kesin olarak geçmesi itibarıyla<sup>46</sup> kamulaştırma süreci son bulmakta, kamulaştırmanın takip edilecek bir aşaması kalmamaktadır. Bundan sonra vazgeçme, aşağıda inceleyeceğimiz üzere idarenin tek taraflı iradesiyle değil ancak tarafların anlaşmasıyla mümkün olmaktadır<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdare Hukuku, s. 657; Tuğba Güllü Kışla, *Kamulaştırma Sürecinde (Eski) Malikin Hakları* (Danışman: Doç. Dr. Gül Üstün), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 127; Ayrıca bkz. Artukmaç, s. 141; H. Fevzi Karagözoğlu, *Kamulaştırma-Açıklamalı-İçtihatlı İstimlak Kanunu Uygulaması ve Bundan Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul: Arpaz Matbaacılık, 1983, s. 400.

<sup>46</sup> Kamulaştırmanın kesinleşmesi ile kamulaştırılan taşınmaz ile malik arasındaki mülkiyet ilişkisi hukuken son bulmaktadır (Eren Solmaz, *Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Mart 2016), s. 60).

<sup>47</sup> "... Esasen kamulaştırma işlemi kesinleşmiş olup dava konusu taşınmazlar İdare adına tescil edildiğinden, Kamulaştırma Kanununun 21. maddesi uyarınca kamulaştırmadan vazgeçilmesi mümkün değildir. Kesinleşen kamulaştırmalarda, ancak Kamulaştırma Kanununun 22. maddesi uyarınca tarafların anlaşması suretiyle kamulaştırmadan vazgeçilebilir..." (Y. 5. HD, 11.10.1993, E. 1993/13807 K. 1993/17893, Legalbank).

Doktrinde Gözler tarafından idarenin kamulaştırmadan kamulaştırma bedeli kesinleşinceye kadar vazgeçebileceği ifade edilmektedir<sup>48</sup>. Akgüner kamulaştırma işleminin veya bedelinin kesinleşmesinden sonra bu yolun uygulanamayacağını belirterek, kamulaştırmadan kamulaştırma veya kamulaştırma bedeli kesinleşinceye kadar vazgeçebileceğini dolaylı yoldan dile getirmektedir<sup>49</sup>. Başsorgun ve Kütahya da idarenin kamulaştırma işlemleri ve belirlenen kamulaştırma bedelleri kesinleşinceye kadar kamulaştırmadan vazgeçebileceğini belirtmektedir<sup>50</sup>. Başsorgun ve Kütahya'ya göre gerek idare tarafından adli yargıda açılan bedel tespiti ve tescil davası ile maddi hata davasında gerekse de mal sahibi tarafından idari yargıda açılan iptal ve adli yargıda açılan maddi hata davalarında verilen kararların tamamı kesinleşirse kamulaştırma idari ve adli yönden kesinleşir.

Birazdan değineceğimiz üzere 2014 yılında Kamulaştırma Kanununun 22'nci maddesinde yapılan değişikliği dikkate almayan, kamulaştırmadan tek taraflı olarak bedel kesinleşinceye kadar vazgeçebileceğine yönelik olan bir de bölge adliye mahkemesi kararına ulaşmış bulunmaktayız. Kararda yer alan şu ifadeler kamulaştırmadan bedel kesinleşinceye kadar vazgeçebileceğinin kabul edildiğini göstermektedir:

*"... mahkemece kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin olarak verilen karar, istinaf ve temyiz yasa yollarından geçtikten ve kesinleştikten sonra idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi olanaksızdır. Somut olayda davacı idare bedel tespitine yönelik karar verildikten sonra ancak karar kesinleşmeden kamulaştırmadan vazgeçmiş olduğundan vazgeçme geçerlidir..."*<sup>51</sup>.

Kararda yer aldığı üzere istinaf ve temyiz yasa yollarından geçtikten ve kesinleştikten sonra idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesinin olanaksız olduğuna ilişkin ifade bedel kesinleşinceye kadar tek taraflı vazgeçmenin kabul edildiğini göstermektedir.

Kamulaştırmadan vazgeçmeye ilişkin olarak az evvel değindiğimiz doktrin-deki görüşlere ve yargı kararına katılmamaktayız. Zira kamulaştırmanın kesinleşmesi ile kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi birbirinden farklıdır. Kamulaştırmanın kesinleşmesi ile kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi her zaman aynı anda olmayabilir. Kanaatimizce idari aşamada bu ikisi aynı anda gerçekleşmekle birlikte adli aşamada kamulaştırma kesinleşse de bedel daha sonra kesinleşmektedir. İdarenin adli aşamada kamulaştırma kesinleşinceye kadar kamulaştırmadan tek taraflı olarak vazgeçmesi mümkün olup, kamulaştırma kesinleştikten sonra bedel henüz kesinleşmese de kamulaştırmadan artık tek yanlı olarak vazgeçme

<sup>48</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, (C. II, 3. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, Mayıs 2019), s. 1008.

<sup>49</sup> Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku* (9. Basım, İstanbul: Der Yayınları 2021), s. 911.

<sup>50</sup> Naci Başsorgun ve Gülsüm Kütahya, *Kamulaştırma, Kamulaştırmaz El Atma ve İmar Mevzuatından Doğan Bedel Davaları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 916.

<sup>51</sup> Antalya B.A.M 5. Hukuk Dairesi, 02.06.2017, 2017/542-532, Başsorgun ve Kütahya, s. 930-931.

hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla tek taraflı vazgeçmenin adli aşamada bedel tespiti ve tescil davası açılması üzerine ancak idare adına mahkemece yapılacak tescile kadar başvurulabilecek bir yol olduğu kabul edilmelidir.

Tek taraflı vazgeçmenin düzenlendiği Kamulaştırma Kanununun 21'inci maddesinde vazgeçmenin ancak idare adına tescil üzerine kamulaştırma kesinleşinceye kadar yapılabileceği yazılı bulunmamaktadır. Ancak kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçmenin düzenlendiği Kamulaştırma Kanununun 21'inci maddesi ile tarafların anlaşması suretiyle kamulaştırmadan vazgeçmenin düzenlendiği 22'nci maddesinin birlikte göz önünde bulundurulması bu sonuca varmada yol gösterici olmaktadır<sup>52</sup>. Kanun koyucu 21'inci maddede kesinleşmeden söz etmese de 21'inci maddenin devamı olan 22'nci maddede anlaşarak vazgeçmenin kamulaştırma kesinleştikten sonra olabileceğini düzenleyerek kesinleşmenin vazgeçmeye etkisiyle ilgili olarak bu iki vazgeçme hali bakımından farklı bir anlayışa sahip olduğunu ortaya koymuştur. Yani kanun koyucu kamulaştırma kesinleşmeden önce tek taraflı vazgeçmenin, kesinleştikten sonra ise tarafların anlaşmasıyla vazgeçmenin mümkün olduğunu dolaylı yoldan düzenlemiştir.

Kamulaştırmadan bedel kesinleşinceye kadar vazgeçilebileceğine ilişkin dü-şüncenin Kamulaştırma Kanununun 21'inci maddesiyle birlikte göz önünde bulundurulması gereken 22'nci maddesinde 2014'te yapılan değişikliğin dikkatten kaçırılmasından kaynaklandığını düşünmekteyiz. 2014'te 6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce Kanunun 22'nci maddesinde kamulaştırmanın “ve bedelinin” kesinleşmesinden sonra kamulaştırmadan tarafların anlaşması üzerine vazgeçilebileceği düzenlenmekteydi. Buna göre 21 ve 22'nci maddelerin birlikte göz önünde bulundurulmasıyla söz konusu değişiklikten önce kamulaştırma ve kamulaştırma bedeli kesinleşinceye kadar tek taraflı olarak, bunlar kesinleştikten sonra ise tarafların anlaşmasıyla vazgeçmenin mümkün olacağı düşünülebilmekteydi. Ancak 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanunun 100'üncü maddesiyle bu fıkrada yer alan “ve bedelinin” ibaresi metinden çıkarılmıştır. Dolayısıyla artık kamulaştırma kesinleşinceye kadar tek taraflı, kesinleştikten sonra ise tarafların anlaşmasıyla vazgeçmenin söz konusu olabileceğini, bedelin kesinleşmiş olup olmamasının tek taraflı vazgeçmede dikkate alınmayacağını kabul etmek makul gözükmektedir.

Kamulaştırma idari veya adli yönden kesinleşinceye kadar kamulaştırmanın her safhasında tek taraflı vazgeçmenin mümkün olması sebebiyle<sup>53</sup>, idarenin kamulaştırmadan tek taraflı olarak vazgeçmesinin zaman sınırını oluşturan kamu-

<sup>52</sup> İki kanun maddesinin birlikte yorumlanması gerektiğini ortaya koyan görüş için ayrıca bkz. Kışla, s. 127. Nitekim Solmaz da Kamulaştırma Kanununun 22'nci maddesinde kamulaştırmanın kesinleşmesi koşulunun aranmasının 22'nci maddenin anlamını ve işlevini 21'inci maddeden ayırt etmek için öngörüldüğünü ifade etmektedir (Solmaz, s. 60). Kamulaştırma Kanununun 21 ve 22'nci maddelerinin birlikte yorumlanması ile ilgili olarak ayrıca bkz. Pertev Bilgen, *İdare Hukuku Dersleri (Kamulaştırma-İstimval)*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996, s. 105-106.

<sup>53</sup> Y. 5. HD, 03.10.2018, E. 2017/9544 K. 2018/16300. Legalbank.



laştırmanın kesinleşmesinden ne anlaşılması gerektiğini, yani kamulaştırmanın ne zaman kesinleştiğini ortaya koymak gerekmektedir. Buna göre kamulaştırma idari aşamanın veya adli aşamanın sonunda kesinleşmektedir.

İdari aşamada kesinleşme Kamulaştırma Kanununun 8'inci maddesine göre satın alma usulünün uygulanması neticesinde tarafların anlaşması ve tapuda idare adına tescil veya terkin ile gerçekleşir. Kanaatimizce idari aşamada kamulaştırma, satın alma usulü uygulanarak tarafların anlaşması üzerine belirlenen bedelin kırk beş gün içinde hazır edilerek anlaşma tutanağının tapu idaresine sunulması üzerine taşınmazın tapu idaresince idare adına tescil veya terkin edildiği tarihte kesinleşir. Kamulaştırmanın tescil veya terkin edildiği tarihten sonra idare artık kamulaştırmadan tek tarafı olarak vazgeçemez<sup>54</sup>. Zira tescille birlikte taşınmazın mülkiyeti artık kesin olarak idareye geçer<sup>55</sup>. Kamulaştırmada amaç taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi olduğuna göre mülkiyet kesin olarak idareye geçince kamulaştırma da kesinleşmiş olmaktadır. Kamulaştırma Kanununun 8'inci maddesinde bu suretle satın alınan veya trampa edilen taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkının, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılacağı ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya karşı dava açılmayacağı öngörülmesi bu kesinliği ortaya koymaktadır<sup>56</sup>.

Kanaatimizce tarafların anlaşmalarını ortaya koyan anlaşma tutanağının düzenlenmesi kamulaştırmanın kesinleşmesi için yeterli değildir. Tescil veya terkin işlemi yapılması için idarenin bedeli hazır etme süresi olan kırk beş günlük sürede kamulaştırmadan tek tarafı olarak vazgeçilebilir. Zira idare anlaşma tutanağında kamulaştırma bedeli olarak belirlenen bedeli en geç kırk beş gün içinde hazır etmeyebilir veya edemeyebilir. Böylelikle kamulaştırmadan tek tarafı olarak vazgeçilebilir.

Anlaşmaya varıldıktan sonra idarenin anlaşma tutanağını tapu idaresine sunup adına tescil veya terkin yapılana dek tek tarafı olarak kamulaştırmadan vazgeçebileceğini söyleyebiliyorsak malik veya yetkili temsilcisinin de idare adına tescil veya terkin yapılana kadarki süre zarfında anlaşmadan tek tarafı olarak vazgeçebileceğini söylemek gerekmektedir. Kanaatimizce malik veya yetkili temsilcisi anlaşmadan vazgeçtiğini beyan ederek (anlaşmadan dönerek) tapuda ferağ vermeyebilir. Zira Kamulaştırma Kanununun 8'inci maddesinde “anlaşma olmamasının” yanı sıra “ferağ verilmemesi” de mülkiyetin idareye geçmesine engel bir hal olarak ortaya konulmuştur<sup>57</sup>. Buradan çıkarılacak sonuç şudur ki satın alma usulünde tarafların anlaşması üzerine anlaşma tutanağı düzenlenmesi kamulaştırmanın kesinleşmesi için yeterli değildir. Çünkü taşınmaz idare adına tescil edilinceye kadar hem ida-

<sup>54</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Tekeş, s. 45.

<sup>55</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre “Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur” (m. 705/1).

<sup>56</sup> Kamulaştırma Kanununa göre “Bu madde uyarınca satın alınan veya trampa edilen taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkı, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılmaz.” (m. 8/7).

<sup>57</sup> Kamulaştırma Kanununa göre “Anlaşma olmaması veya ferağ verilmemesi halinde bu Kanunun 10'uncu maddesine göre işlem yapılır.” (m. 8/8).

renin hem de malik ya da yetkili temsilcisinin anlaşmadan dönmesi mümkündür. Kamulaştırmayı kesinleştirecek olan ancak idare adına tapu idaresince yapılacak olan tescildir. Bu kapsamda Akyılmaz, Sezginer ve Kaya'nın ve Solmaz'ın kamulaştırmanın satın alma usulüyle yapılmış olması halinde kamulaştırmanın anlaşma tutanağının imzalanmasıyla kesinleştiği görüşüne<sup>58</sup> katılmamaktayız. Ayrıca Akgüner de idari işlemin kesinleşmesinin idarenin iç işleyişi gereği işlemin tamamlanması ve yetkili makam tarafından imzalanması olduğunu ifade etmekle beraber<sup>59</sup> satın alma yolunun denenmesinde anlaşma tutanağı idarenin tek taraflı iradesi ve imzasıyla değil tarafların (idareyi temsilen uzlaşma komisyonu üyeleri ile malik/ yetkili temsilcisinin) imzasıyla şekli bakımından vücut bulmakta ve tekrar edileceği üzere imzalar atılsa bile tescil yapıncaya kadar kamulaştırmadan tek taraflı olarak vazgeçmenin mümkün olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Kamulaştırmanın adli aşamada kesinleşmesi ise mahkemenin taşınmazın idare adına tesciline karar vermesiyle gerçekleşir<sup>60</sup>. İdari aşamanın sonunda tarafların anlaşamaması sebebiyle idarenin Kamulaştırma Kanununun 10'uncu maddesine göre bedel tespiti ve tescil davası açması üzerine kamulaştırma bedeli mahkemede tarafların anlaşmasıyla, tarafların anlaşamaması halinde ise mahkemece belirlenir. Fakat her halükârda taşınmazın idare adına tesciline mahkeme tarafından karar verilir. İşte bu süreçte gerek taraflarca mahkemede anlaşılacak bedelin gerekse de tarafların anlaşamaması üzerine mahkemece belirlenecek bedelin yine mahkemece belirlenecek banka hesabına yatırıldığına/bloke edildiğine<sup>61</sup> dair makbuzun ibraz edilmesi için idareye on beş gün süre verilir. Gereken hallerde bu süre bir defaya mahsus olmak üzere mahkemece uzatılabilir. İdare kendisine verilen sürede bedeli yatırmayarak ve makbuzu ibraz etmeyerek kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçebilir. Makbuzun ibrazı halinde ise mahkemece taşınmaz malın idare adına tesciline karar verilir ve kamulaştırma kesinleşir. Kamulaştırma Kanununun 10'uncu maddesine göre tescil hükmü kesinlik arz etmekte olduğundan kamulaştırmanın amacı ve dolayısıyla kamulaştırma da kesin olarak gerçekleşmiş olur. Taşınmazın henüz tapuda idare adına tescil edilmemiş olmasının kamulaştırmanın kesinleşmesi bakımından önemi yoktur. Zira 4721 sayılı Medeni Kanunun 705'inci maddesi gereğince taşınmazın mülkiyetinin kazanılması tapuya yapılacak tescille olmakla birlikte kamulaştırma mülkiyetin bu tescilden önce kazanıldığı haller arasında yer almakta ve Kamulaştırma Kanununun 10'uncu maddesi gereğince kesinlik arz etmektedir.

<sup>58</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdare Hukuku, s. 658; Solmaz, s. 61.

<sup>59</sup> Akgüner, s. 911.

<sup>60</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdare Hukuku, s. 659; Tekeş, s. 46, 53.

<sup>61</sup> Kamulaştırma bu Kanununun 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre yapılmış ise, yani kamulaştırma bedelinin taksitle ödenmesinin mümkün olduğu bir hal söz konusu ise ilk taksitin peşin ve nakit olarak hak sahibi adına yatırıldığına dair makbuzun mahkemeye sunulması gerekir (Bkz. Kamulaştırma Kanunu m. 10/8).

## 2. Vazgeçme İradesinin Yetkili Mercilerce Usulüne Uygun Olarak Ortaya Konulması

Kamulaştırma Kanununun 21'inci maddesine göre kamulaştırmadan tek taraflı olarak kamulaştırma kararı veren ve bu kararı onaylayan yetkili merciin kararı ile vazgeçilebilir. Buna göre kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçme kanunla yetkilendirilmiş mercilerin sırasıyla irade açıklamasında bulunması suretiyle gerçekleştirilir. Önce kamulaştırma kararı alan merciin kamulaştırmadan vazgeçme kararı alması sonra da kamulaştırmaya onay veren merci tarafından bu kararın onaylanması gerekmektedir. Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta davacı idare vekilinin mahkemede davadan vazgeçme beyanına dayalı olarak karar verilmesini doğru bulmuş, “kamulaştırmadan usulüne uygun olarak vazgeçilip vazgeçilmediğinin tespiti” idarenin kamulaştırmadan vazgeçme kararının, vazgeçmenin onaylandığına dair karar gibi mahkemenin bilgisi dahilinde olması ve mahkemenin bu kararı göz önünde bulundurarak karar vermesi gerektiğini ortaya koymuştur. Yargıtay’a göre;

*“...2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 21. maddesine göre kamulaştırmayı yapan idare, kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırmadan tek taraflı olarak kısmen veya tamamen vazgeçebilecek ise de; **gelen yazı cevabında idarenin vazgeçme kararının olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda; dosyanın incelenmesinde her ne kadar, davacı idare vekilince 24.03.2015 tarihli celsede davadan vazgeçme beyanında bulunulmuş ise de; İl ... Müdürlüğü'nün 12.03.2015 tarih ve 1978 sayılı yazısı ile kamulaştırma olurunun iptal edilmesine ilişkin açıklamaları nazara alındığında kamulaştırma yapan idarece usulüne uygun vazgeçme olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru (değildir)”***<sup>62</sup>.

Kamu yararı kararı alacak ve bu kararı onaylayacak mercilere ilişkin olarak Kamulaştırma Kanununun 5 ve 6'ncı maddelerinde düzenleme bulunmakla birlikte idarenin kamulaştırmadan tek taraflı olarak vazgeçmesinin şartı olarak kararları alınması gereken “kamulaştırma kararı veren ve onaylayan yetkili mercilerin” hangi merciler olduğuna ilişkin bir düzenlemeye Kanunda yer verilmemiştir. Bununla birlikte kamulaştırma kararı alan ve bu kararı onaylayan mercilerden kamu yararı kararı alan ve bu kararı onaylayan mercileri anlamak her halde doğru olacaktır<sup>63</sup>. Bu konuda Bilgen, Kamulaştırma Kanununda kamu yararı kararı ile kamulaştırma kararının birbirine karıştırıldığının veya 5'inci maddeye göre kamu yararı kararı alan ve 6'ncı maddeye göre bu kararı onaylayan makam veya kurulların kamulaştırma kararını da almaya ve onaylamaya yetkili makam ve kurullar olarak görüldüğünün düşünülebileceğini ifade etmektedir. Bu tespiti üzerine

<sup>62</sup> Y. 5. HD, 04.04.2018, E. 2017/35818 K. 2018/6429, Legalbank. Ayrıca bkz. Y. 18. HD, 30.11.2015, E. 2015/3024 K. 2015/17360, Legalbank.

<sup>63</sup> Bkz. Kışla, s. 46; Başsorgun ve Kütahya, s. 916; Mehmet Ali Hayta, *Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Koyma Davaları*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 83.

Bilgen'e göre kamulaştırma kararı Kamulaştırma Kanununun 5'inci maddesinde sayılan makamlar tarafından kendi karar alma usullerine göre ve yazılı şekilde alınacak ve yine Kanunun 6'ncı maddesinde gösterilen makamlar tarafından onaylanacaktır<sup>64</sup>. Buna göre kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçme için Kamulaştırma Kanununda kamu yararı kararı almaya yetkili merci olarak gösterilen merci tarafından kamulaştırmadan vazgeçme kararı alınması ve kamulaştırmadan vazgeçme kararının Kamulaştırma Kanununda kamu yararı kararını onaylamaya yetkili merci olarak gösterilen merci tarafından onaylanması gerekecektir.

Kamulaştırma Kanununun 6'ncı maddesine göre Cumhurbaşkanı veya bakanlıklar tarafından verilen kamu yararı kararlarının ayrıca onaylanması gerekmediğinden usulde paralellik ilkesi gereğince kamulaştırmadan vazgeçilmesi için sadece Cumhurbaşkanı veya bakanlığın kamulaştırmadan vazgeçme kararı alması yeterli olup, kamulaştırmadan vazgeçme kararının onaylanması söz konusu olmayacaktır. Yine Kanunun 6'ncı maddesi kapsamında onaylı imar planına veya ilgili bakanlıklarca onaylı özel plan ve projesine göre yapılacak hizmetler için kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek bulunmayıp, yetkili icra organınca kamulaştırma işlemine başlanıldığını gösteren bir karar alınması yeterli olduğundan usulde paralellik ilkesi gereğince bu hizmetlere yönelik kamulaştırmalarda yetkili icra organınca kamulaştırmadan vazgeçildiğini gösteren bir karar alınması yeterli olacaktır.

## II. TARAFLARIN ANLAŞMASIYLA VAZGEÇME

### A. GENEL OLARAK

İdare ile eski malikin, eski malik ölmüşse mirasçılarının anlaşmasıyla kamulaştırmadan vazgeçilebilir. Kamulaştırmadan bu şekilde vazgeçmede vazgeçme teklifi idareden gelir. Karşı taraf da bu teklifi kabul eder ve kamulaştırma bedelini iade ederse kamulaştırmadan anlaşma yoluyla vazgeçilmiş olur. Tarafların anlaşması suretiyle vazgeçme Kamulaştırma Kanununun 22'nci maddesinde düzenlenmiştir. Anlaşarak vazgeçmeyi düzenleyen 22'nci madde şöyledir:

*“Kamulaştırmanın kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisli lüzumu kalmaması halinde, keyfiyet idarece mal sahibi veya mirasçılarna 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurulur. Bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçılara, kamulaştırma bedelini aldıkları gündünden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malı geri alabilir. İade işleminin kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşmesi hâlinde kamulaştırma bedelinin faizi alınmaz.*

<sup>64</sup> Bilgen, s. 82.

*Bu madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23'üncü maddede göre geri alma hakları da düşer.*

*Bu madde hükümleri, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmaz.*

*Ancak, kamulaştırılan taşınmaz mala kamulaştırmayı yapan idare dışında başka bir idare, kamulaştırma yoluyla gerçekleştirebileceği bir kamu hizmeti amacıyla istekli olduğu takdirde, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmayarak bu Kanunun 30'uncu veya 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanununun 23'üncü maddesine göre işlem yapılır.”*

Kamulaştırma idari bir işlem olmakla birlikte anlaşarak kamulaştırmadan vazgeçme ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda idari yargı değil adli yargı görevlidir. Kamulaştırma Kanununun 24'üncü maddesinde tarafların anlaşması suretiyle kamulaştırmadan vazgeçmelerinin düzenlendiği 22'nci maddenin uygulanmasından doğacak anlaşmazlıkların adli yargıda çözümleneceği öngörülmüştür. Dolayısıyla kamulaştırmadan tarafların anlaşması suretiyle vazgeçmeye ilişkin Yargıtay kararlarına çalışmanın hacmi el verdiği ölçüde yer ayrılmaya çalışılacaktır.

## **B. ANLAŞARAK VAZGEÇMENİN ŞARTLARI**

### **1. Kamulaştırmanın Kesinleşmiş Olması, Ancak Kesinleşmenin Üzerinden Beş Yıl veya Daha Uzun Bir Sürenin Geçmemiş Olması**

Kamulaştırma Kanununun 22'nci maddesi gereğince kamulaştırmadan tarafların anlaşması suretiyle vazgeçilmesi kamulaştırma kesinleştikten sonra başvurulabilen bir yoldur<sup>65</sup>. Zira kamulaştırma kesinleşmemişse idarenin malik veya mirasçılarla anlaşmasına gerek olmaksızın tek taraflı olarak kamulaştırmadan vazgeçmesi mümkündür.

Kamulaştırma idari veya adli aşamada kesinleşebilmektedir. Kamulaştırma idari aşamanın son halkasını oluşturan satın alma usulünün başarıyla sonuçlanmasıyla, yani tarafların anlaşması yoluyla kesinlik kazanabilmektedir. Tarafların anlaşması üzerine düzenlenen anlaşma tutanağının idarece tapu idaresine sunulması ve taşınmazın idare adına tesciliyle kamulaştırma kesinleşmektedir. İşte idari aşamada kesinleşme ihtimalinde tarafların anlaşarak kamulaştırmadan vazgeçebilmeleri için taşınmazın idare adına tescili tarihinden itibaren beş yıl geçmemiş olması gerekmektedir. Yani kesinleşmeden itibaren beş yıldan daha kısa bir süre içinde<sup>66</sup> idarenin kamulaştırmadan vazgeçmek istediğini eski malike,

<sup>65</sup> 22'nci maddede "... kamulaştırılan taşınmaza ihtiyacı kalmayan idarenin, **kamulaştırmadan sonraki davranışları düzenlenmiştir...**" (Y. 5. HD, 03.02.2020, E. 2019/11658 K. 2020/1381, Legalbank). Ayrıca bkz. Y. 5. HD, 17.02.2020, E. 2019/12590 K. 2020/2544, Legalbank.

<sup>66</sup> Kamulaştırma Kanununun 22'nci maddesinde anlaşmak suretiyle vazgeçme bakımından dikkate alınması gereken kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmemiş olmasından

o ölmüşse mirasçılara bildirmesi, eski malik veya mirasçılarının da bu teklifi kabul etmesi ve dolayısıyla tarafların anlaşması gerekmektedir.

Adli aşamada kesinleşme ise idarenin açtığı bedel tespiti ve tescil davası üzerine mahkemede tarafların üzerinde anlaşığı, bunun olmaması halinde mahkemenin belirlediği bedelin verilen süre içerisinde mahkemece belirlenen bankaya yatırılması ve bunu ortaya koyan makbuzun mahkemeye sunulması üzerine mahkemece taşınmazın idare adına tesciliyle gerçekleşmektedir. Tarafların anlaşmasıyla kamulaştırmadan vazgeçilebilmesi için taşınmazın idare adına tescilinden itibaren beş yıldan daha kısa bir süre içinde vazgeçme hususunda tarafların anlaşmaya varmaları gerekmektedir.

Kamulaştırmanın kesinleşme tarihinin üzerinden beş yıl veya daha uzun bir sürenin geçmesi halinde tarafların anlaşması suretiyle vazgeçme mümkün olmayacaktır. Böylece idare bakımından taşınmaz malın kamulaştırma amacı doğrultusunda veya kamu yararına yönelik başka bir ihtiyaç için kullanılması söz konusu olmasa da eski malik veya mirasçılara anlaşma teklifinde bulunma zorunluluğu ortadan kalkacaktır.

Anlaşarak vazgeçme için öngörülen beş yıllık süre hak düşürücü süredir<sup>67</sup>. Kutlu Gürsel'e göre bir taşınmazın artık kamulaştırma amacı ortadan kalkmışsa veya kamu yararı amacı ile kullanımı söz konusu değilse her halükârda, yani *süre sınırı olmaksızın* eski malik veya mirasçılara öncelikle bildirimde bulunulmalı, bunlar kamulaştırma bedelini faiziyle birlikte idareye iade etmezse idare taşınmazı üçüncü kişilere devredebilmelidir. Buna göre yazar idarenin bildirimde bulunma yükümlülüğünün beş yılla sınırlı tutulmasına karşı çıkmakta, bunun mülkiyet hakkı ihlallerine yol açabileceğini savunmaktadır<sup>68</sup>. Kanaatimizce idarenin taşınmazı kamulaştırdıktan bir süre sonra taşınmaz üzerinde eski malik veya mirasçılarını kaynaklı herhangi bir sınırlamayla karşı karşıya kalmaksızın tasarrufta bulunması mümkün olmalıdır. Zira taşınmazın "uzunca" bir süre sonra kamulaştırma veya kamu yararı amacı dışında üzerinde tasarrufta bulunulacak bir taşınmaz haline gelmesi olasıdır. Her ne kadar idarenin taşınmazı kamulaştırmadan önce kamulaştırma amacı dışında kalacağını öngörmesi beklenecek olsa da uzun süre içerisinde kamu hizmetlerinin geçirmiş olduğu değişim idareyi bu durumu öngörmekten alıkoyabilir. O yüzden idarece uzunca bir süre amaca uygun olarak kullanılan, fakat sonradan bu amaçla veya kamu yararına yönelik başka bir ihtiyacın temini için kullanılma durumu ortadan kalkan taşınmaz ba-

"beş yılın altındaki bir sürede" kamulaştırmadan anlaşarak vazgeçmenin mümkün olduğunu anlamak gerekmektedir. Beş yılın altındaki süreyle ilgili açıklamalarımızda her seferinde "beş yılın altındaki süre" ifadesini kullanmak kulağa hoş gelmeyen bir anlatıma sebebiyet vereceğinden, bahsi geçen süreyle ilgili açıklamalarımızda bu ifadeyi değil "beş yıllık süre" ifadesini kullanmaya çalışacağız.

<sup>67</sup> Kışla, s. 138; Y. 5. HD, 05.11.2014; E. 2014/14189, K. 2014/25072, Legalbank.

<sup>68</sup> Kutlu Gürsel, s. 443.

kımından idarenin kamulaştırmadan vazgeçmek için teklifte bulunması için bir süre öngörülmesi, fakat bu süre beş yıl olarak değil çok daha uzun bir süre olarak belirlenmelidir. Böyle bir durumda aradan geçen uzun zamandan sonra eski malikin veya mirasçılarının taşınmaz üzerinde halen bağlarının olacağını, kişisel yararının bulunduğunu savunmak güç olacaktır. O halde uzun olarak belirlenmesi gereken süre geçtikten sonra idarenin kamulaştırmadan vazgeçme hususunda anlaşma teklifinde bulunma zorunluluğu olmamalıdır. Açıklamalarımızla ilgisi olması itibarıyla Anayasa Mahkemesi Habibe Kalender ve Diğerleri başvurusunda vermiş olduğu kararda taşınmazın 1984 yılında lojman ihtiyacı nedeniyle kamulaştırıldıktan yaklaşık yirmi yıl (on dokuz yıl) sonra eski maliklerine teklifte bulunulmaksızın satılmasında amaç dışı kullanımla yüksek kazanç elde edilmesi sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasını içeren uyuşmazlıkla ilgili olarak kamulaştırılan bir taşınmazın daha sonra milletvekillerinin lojmanda ikametlerine son vermek, Hazineye gelir sağlamak, artan konut ihtiyacını gidermek gibi amaçlarla özel sektöre devredilmesinin kamu yararına olmadığını söyleyemeyeceğine, başvuruçuların, kamulaştırıldıktan sonra uzun bir süre kamu yararı amacıyla kullanılan ve değişen koşullar sonrasında idare tarafından üçüncü kişilere devredilen taşınmazın geri verilmesi veya taşınmazın kamulaştırma değeri ile idarece satış değeri arasındaki farkın kendilerine ödenmesi taleplerinin mevcut düzenlemelerle desteklenen bir beklenti olmadığına, bu yönde verilmiş yerleşik yargı içtihatları bulunmadığına, bahsedilen taleplerin Mahkeme önünde ispat edilemediğine, mülkiyet hakkı kapsamında meşru beklenti olarak nitelendirmeye yeterli somutluğa sahip bir beklenti olmadığına ve Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına ilişkin korumadan yararlandırılmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir<sup>69</sup>.

İdarenin anlaşarak vazgeçmek için bildirimde bulunma gereğinin beş yıllı sınırlı tutulması bir sürecin sonunda ortaya çıkmıştır. Önce Kamulaştırma Kanununun 22'nci maddesinde 14.02.2013 tarihli ve 6427 sayılı Kanunun 3'üncü maddesiyle yapılan değişiklikle kamulaştırılan taşınmaz malda, kamulaştırma amacına uygun bir işlem veya tesisat yapılmasından sonra idarenin anlaşmak suretiyle vazgeçme teklifinde bulunmasının söz konusu olmayacağı öngörülmüş, sonra 12.07.2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanunun 26'ncı maddesiyle bir değişikliğe daha gidilmiş, bu değişiklikle kamulaştırmayı yapan idarece kamulaştırma amacına uygun tesisat, yapı veya donatı yapıldıktan ve en az 5 yıl kullanıldıktan sonra bu ihtiyacın ortadan kalkması nedeniyle kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılamayan taşınmazların önceki mal sahibi veya mirasçılara iade

<sup>69</sup> A.Y.M Kararı, Habibe Kalender ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/3845, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. Söz konusu kararla ilgili olarak önemli bir hususun üzerinde durmak gerekmektedir. Karardan anlaşıldığı üzere söz konusu taşınmazların satışında 4969 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesi ve 4833 sayılı 2003 Yılı Mali Bütçe Kanununun 50'nci maddesiyle Maliye Bakanına yetki verilmiştir.

edilmeyeceği ve idarece bu taşınmazlar üzerinde kamulaştırma amacı dışında tasarruf edilmesi hâlinde, önceki mal sahibi veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı şeklinde bir düzenleme yapılmış ve son olarak 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanunun 100'üncü maddesiyle bu madde hükümlerinin, yani kamulaştırmanın kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması halinde keyfiyetin idarece mal sahibi veya mirasçılara 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurulacağına ilişkin hükmün kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Anlaşarak vazgeçmeyi ve idarenin bildirimde bulunma yükümlülüğünü beş yılla sınırlayan bu düzenleme halen yürürlüktedir.

İdarenin taşınmaza ihtiyaç duymaması halinde eski malik veya mirasçılara bildirimde bulunmasının kamulaştırmanın kesinleşme tarihinden itibaren beş yıllık süreyle sınırlı olmadığı dönemde Yargıtay'ın idarenin bildirimde bulunmaksızın devirde bulunması halinde mülkiyet hakkını ihlal etmiş olacağına ilişkin kararları bulunmaktadır<sup>70</sup>. İdarenin bildirim yükümlülüğünün kamulaştırmanın kesinleşmesinden itibaren beş yıl ile sınırlandırıldığı döneme ilişkin yargı karar/kararlarına ise ulaşılammıştır. Ancak Yargıtay'ın geçmiş döneme ilişkin kararlarından yola çıkarak söyleyebiliriz ki idarenin beş yıllık süre içerisinde kamulaştırılan taşınmazı devretmesi ve fakat eski malik veya mirasçılara durumu bildirmemesi ve konunun uyuşmazlık olarak önüne gitmesi halinde de yargı yerinin devir nedeniyle eski malik veya mirasçılar aleyhine bir durum meydana gelmiş ise bu durumu göz önünde bulundurması söz konusu olacaktır. Böylece taşınmazın son satışı ile elde edilen bedelin kamulaştırma bedelinden fazla olması, yani taşınmazda değer artışının gerçekleşmesi halinde eski malik veya mirasçılara artış miktarı kadar ödemede bulunması gerektiği söylenecektir. Yargıtay'ın beş yıllık süre zarfında bildirimde bulunma yükümlülüğünün olmadığı döneme ilişkin olan bir kararından yola çıkılarak bu hususa değinilebilir. Verilen karar beş yıllık süre içerisinde bildirimde bulunulmaması halinde de dikkate alınabilecek bir karardır. Söz konusu karar bildirimde bulunulmaksızın 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine göre üçüncü kişiye satılan bir taşınmaz ile ilgilidir. Karara göre;

*“... Taşınmaz, İhale Yasası hükümlerine göre satıldığına ve ihale de iptal edilmediğine göre muvazaadan da bahsedilemez. Bu nedenle taşınmazın mülkiyeti bedele dönüşmüştür. Kamulaştırma, yasaya uygun şekilde gerçekleştirilen bir işlem olduğuna göre taşınmazın son satışından sonra alınan bedelin kamulaştırma sebebiyle mal sahibine ödenen be-*

<sup>70</sup> Y. 5. HD, 01.10.2018, E. 2017/21968 K. 2018/15877, Legalbank; Y. 5. HD, 28.06.2018, E. 2017/27511 K. 2018/13339, Legalbank; Y. 5. HD, 20.12.2018, E. 2017/13781 K. 2018/25577, Legalbank.



*delden daha fazla olup olmadığına incelenmesi gerekir. Diğer bir anlatımla kamulaştırma nedeniyle taşınmazın bedeli kendisine ödendiğine göre aradan geçen zaman içinde taşınmazda **bu bedele nazaran yeni bir değer artışı** (geçen süre içinde taşınmazın niteliğinin değişip değişmediği "arazi-arsa" araştırılarak her iki niteliğine göre değeri belirlenmelidir) **meydana gelip gelmediği incelemeli, fark varsa bu fark ilgiliye ödenmelidir.** Bunun tespiti taşınmazın üçüncü şahsa satış bedeliyle mal sahibinin kendisine daha önce ödenen kamulaştırma bedelinin dava tarihine endekslenmesiyle bulunacak miktarın saptanıp karşılaştırılması ile mümkündür. Yasal faiz uygulamak suretiyle bedel tespiti yanıltıcı sonuçlara götürebilir. Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi kamulaştırma nedeniyle mal sahibine verilen bedele (bedel arttırım davası açılması halinde arttırılmasına hükmedilen miktarda dikkate alınarak) ödeme gününden itibaren; aynı şekilde taşınmazın üçüncü şahsa devri sonucu alınan bedele de bu tarihten itibaren dosya gününe kadar Türkiye İstatistik Kurumu fiyat artış endeksleri uygulanmak suretiyle ulaştıkları miktarlar saptanıp, bu iki bedel arasında davacı aleyhine bir durum meydana gelmiş ise bu bedele hükmetmek, mal sahibi aleyhine bir fark oluşmadığı takdirde de davanın reddine karar vermek gerekir..."<sup>71</sup>*

## **2. Taşınmaz Malın Kamulaştırma Amacına veya Kamu Yararına Yönelik Herhangi Bir İhtiyaca Tahsisi Lüzumu Kalmaması**

Kamulaştırma yapıldığı sırada kamulaştırma amacı olarak belirlenen amaç bir süre sonra ortadan kalkabilir. Yani idarenin kamulaştırma sürecine girerken taşınmazı kamulaştırmasında var olan kamu yararı bir süre sonra varlığını yitirebilir. İşte böyle bir durumla karşı karşıya kalınması idareyi kamulaştırmadan anlaşarak vazgeçmeye itebilir.

Taşınmaz malın kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması halinde anlaşarak vazgeçme gereğine ilişkin Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bir karara değinmenin faydalı olacağını düşünmekteyiz. Kararla ilgisi olması itibariyle söylemek gerektiği üzere Kamulaştırma Kanununun 8'inci maddesinin bir gereği olarak uygulanan satın alma usulünde tarafların anlaşması suretiyle kamulaştırmanın "kesin olarak gerçekleştirilmesi" şartların gerekli kılması üzerine daha sonra kamulaştırmadan yine tarafların anlaşması suretiyle vazgeçilmesine engel değildir. Önemli olan kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılmaması veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumunun kalmamasıdır. Bununla ilgili Nüsrat Külâh başvurusuna konu olayda başvurusunun taşınmazı

<sup>71</sup> Y. 18. HD, 04.11.2010, E. 2010/8288 K. 2010/14440, Legalbank. Aynı yönde kararlar için bkz. Y. 18. HD, 30.06.2011, E. 2011/6988 K. 2011/8016, Legalbank; Y. 18. HD, 26.06.2012, E. 2012/4482 K. 2012/8093, Legalbank.

imar planında spor alanı olarak düzenlenmiş ve spor alanı yapmak için kamulaştırılmıştır. Ancak kısa bir süre olarak kabul edilebileceği üzere kamulaştırmadan yaklaşık yedi ay sonra taşınmazın imar durumu ticari alan olarak değiştirilmiş ve böylece bir artı değer oluşturulmuştur. Söz konusu taşınmazın bir bölümü idarece üçüncü kişilere satılmış, ancak oluşan artı değerden başvuru yoksun bırakılmıştır. Bunun üzerine açılan davada asliye hukuk mahkemesi satın alma usulüne göre satın alınan veya trampa edilen taşınmazın sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılacağı ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi asliye hukuk mahkemesinin ret gerekçesinin somut olayda söz konusu olamayacağını göz önünde bulundurarak idarenin imar düzenlemeleri ve kamulaştırma işlemleriyle kamu yararına dayalı olarak mülkiyetini devraldığı taşınmaz bölümünü somut olarak kamu yararını gerçekleştirmeden ve başvuru meşru rızasını almadan devrederek sadece yararına gelir sağlayıcı bir mülkiyet transferine yol açtığını belirlemiştir. Mahkemeye göre başvuru taşınmazdaki payı üzerindeki mülkiyet hakkına kamulaştırmanın dayandığı kamu yararı amacı bulunmadan müdahale edilmiştir. Buna göre başvuru Anayasa'nın 35. maddesindeki güvencelere aykırı olarak mülkiyetten yoksun bırakılmıştır. Mülkiyet hakkına yapılan bu müdahale Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan meşru amaç unsurunu taşımamaktadır<sup>72</sup>.

<sup>72</sup> Anayasa Mahkemesinin bahsi geçen kararında yer aldığı üzere "...57. Başvurucunun taşınmazdaki payının kamu yararı amacıyla kamulaştırılmasına rağmen bu amaç doğrultusunda kullanılmaması nedeniyle Gaziantep 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı tazminat davası Mahkemece 31/5/2002 tarihinde 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca taşınmaz maliki ile varılan uzlaşma sonucu yapılan kamulaştırmalara karşı dava açılmayacağı gerekçesiyle reddedilmiş ... temiz üzerine hüküm Yargıtay 5. Hukuk Dairesince 27/1 2/2012 tarihinde onanmış, karar düzeltme istemi de aynı Dairenin 30/5/2013 tarihli ilamıyla reddedilmiştir...

**58. Somut olayda başvuru açtığı davanın reddine dair kararın gerekçesinde 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesinin yedinci fıkrasına dayanılmıştır.** Bu hükümde, anılan maddede düzenlenen satın alma usulüne göre satın alınan veya trampa edilen taşınmazın sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılacağı ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılmayacağı düzenlenmiştir... 61. Başvurucunun temel şikâyeti, yöntemine uygun olarak anlaşma suretiyle yapılan kamulaştırmanın kamu yararı amacıyla yapılmasına karşın sonradan bu amaç doğrultusunda taşınmazın kullanılmaması nedeniyle kamulaştırmanın dayanağının ortadan kalktığı ve taşınmazın üzerinden gelir elde edildiği, bu nedenle oluşturulan artı değerden kendisinin yoksun bırakıldığı iddiasına yöneliktir. Davanın reddedilmesinin dayanağı olan 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesinde ise anlaşma suretiyle kamulaştırılan taşınmazlar yönünden kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Somut olayda ise başvuru kamulaştırma işlemine veya bedeline yönelik bir itirazda bulunmamıştır... 68. Somut olayda kamu yararı kararında açıklanan amaç kamuya açık bir parkta spor alanı oluşturmak olup bu amaçla imar düzenlemesi ve kamulaştırma işlemi yapılmıştır. Kamulaştırma işlemi yapıldıktan sonra ise başvuru payının bulunduğu taşınmaz, bu kamu yararı amacının gerektirdiği şekilde spor alanına dönüştürülmemiş, kamulaştırma işleminin yapıldığı tarihten yaklaşık yedi ay gibi kısa sayılabilecek bir süre içerisinde ticari alana dönüştürülerek bu taşınmazın bir bölümü üçüncü kişilere satılmıştır. Diğer bir deyişle idare, kamulaştırılan taşınmaz yönünden kamu yararı kararında belirtilen amacı gerçekleştirmediği gibi esasında bu taşınmazı herhangi bir başka kamu yararı amacı doğrultusunda dahi kullanmamıştır. Üstelik Büyükşehir Belediyesi imar planında "spor

### 3. İdarece Eski Malik veya Mirasçılarına Taşınmaza İhtiyaç Kalmadığı Bildirilerek Anlaşma Teklifinde Bulunulması ve Tarafların Anlaşmaya Varmaları

İdarenin kamulaştırmadan vazgeçmek istediğini eski malike veya mirasçılarına bildirmesi gerekmektedir. İdare vazgeçme bildirimini kendiliğinden yapabileceği gibi taşınmazın kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsis edilmesi gereği kalmadığından haberdar olan eski malik veya mirasçılarının başvurusu üzerine de yapabilir. Kamulaştırma Kanununda eski malik veya mirasçılarının idareye başvuruda bulunmasına engel bir hükme rastlanılmamıştır. Buna göre eski malik veya mirasçıları da idareyi vazgeçme teklifinde bulunmak üzere harekete geçirebilirler. Ancak böyle bir başvuru üzerine kamulaştırmadan vazgeçme için anlaşma teklifinde bulunmak idarenin takdirindedir. İdare başvuru sırasında taşınmazı kamulaştırma amacı veya kamu yararı amacı doğrultusunda kullanmamakla birlikte gelecekte (beş yıl içerisinde) bahsi geçen amaçlar doğrultusunda kullanmayı planlamış olabilir. Buna göre taşınmazın halen amaca uygun şekilde kullanılma ihtimali bulunabilir. Böyle bir durumda idare kamulaştırmadan anlaşarak vazgeçme yoluna gitmek istemeyecektir<sup>73</sup>. Eski malik veya mirasçıları idareyi böyle bir teklifte bulunmaya zorlayamayacaktır<sup>74</sup>.

Birazdan üzerinde duracağımız üzere kamulaştırmadan anlaşarak vazgeçme idare ile eski malik veya mirasçılarının karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları üzerine mümkün olmakta, anlaşarak vazgeçmede taraflar arasında akdi bir ilişki kurulmaktadır. Anlaşarak vazgeçme ve bunu sağlamaya yönelik olarak idarenin yapacağı anlaşma teklifi idari işlem niteliğine sahip bulunmamaktadır. Kamulaştırma Kanununun 24'üncü maddesi gereğince anlaşarak vazgeçmenin düzenlendiği 22'nci maddenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda adli yargı görevlidir. Dolayısıyla eski malik veya mirasçılarının idarenin Kamulaştırma Kanununun

*alanı” olduğu gerekçesiyle kamulaştırdığı taşınmazın imar durumunu “ticari alan” olarak değiştirmiş, kamulaştırılan taşınmaz yönünden yaptığı bu değişiklikte bir artı değer oluşturmuş ancak bu artı değerden başvuruçuyu yoksun bırakarak taşınmazın bir bölümünü bu şekilde özel kişilere devretmiştir. Buna göre idare, kaynağını Anayasa ve yasalardan alan imar düzenlemeleri ve kamulaştırma işlemleriyle yönteminde kamu yararına dayalı olarak mülkiyetini devraldığı taşınmaz bölümünü, başvuruçuyu mülkiyetinden yoksun bırakmaya yol açan bu işlemlerin dayandığı kamu yararı amacını somut olarak gerçekleştirilmeden devretmek suretiyle başvuruçunun meşru bir rızası da olmadan sadece yararına gelir sağlayıcı bir mülkiyet transferine yol açmıştır. Dolayısıyla başvuruçunun taşınmazdaki payına ilişkin mülkiyet hakkına kamulaştırmanın dayandığı kamu yararı amacı bulunmadan müdahale edilerek Anayasa'nın 35. maddesindeki güvencelere aykırı olarak başvuruçuyu mülkiyetten yoksun bırakılmıştır. 69. Sonuç olarak kamulaştırma yoluyla yapılan müdahale bakımından kamu yararı amacının somut olarak gerçekleştirilmemesi nedeniyle başvuruçunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan meşru amaç unsurunu taşımadığı kanaatine varılmıştır...70. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir...” (A.Y.M Kararı, Nusrat Külâh Başvurusu, 21.04.2016, Başvuru No: 2013/6151, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).*

<sup>73</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Turan Yıldırım, “Kamulaştırmadan Vazgeçme”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 101-102, 2013, s. 14.

<sup>74</sup> Ayrıca bkz. Y. 5. HD, 17.10.1989, E. 1989/152 K. 1989/20241, Legalbank.

22'nci maddesine dayanarak kamulaştırmadan vazgeçme teklifinde bulunmasını sağlamak için idareye yapmış olduğu başvuruyu 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu kapsamında yapılan bir idari başvuru olarak görmemek gerekmektedir. İdare mülkiyeti kendisine geçen taşınmazdan (taşınmazın kamulaştırılmasından) tek taraflı olarak vazgeçebiliyor olsaydı yapılan başvuruyu İdari Yargılama Usulü Kanununun 11'inci maddesinin uygulanmasına yönelik olarak kamulaştırma işleminin geri alınması/kaldırılması talepli bir idari başvuru olarak değerlendirmek mümkün olabilirdi. Yapacağı başvuru İdari Yargılama Usulü Kanunu kapsamında idari başvuru sayılmayacak olan eski malik veya mirasçılarının idarenin anlaşmadan vazgeçme teklifinde bulunmasını sağlamak için 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 105'inci maddesi kapsamında idareye karşı eda davası açması bir çözüm yolu olarak düşünülebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre "eda davası yoluyla mahkmeden, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir" (m. 105).

Kamulaştırma Kanununun 21'inci maddesinde tek taraflı vazgeçmenin kısmen yapılabileceği öngörülmüş olmakla birlikte, anlaşarak vazgeçmenin düzenlendiği 22'nci maddede kısmen vazgeçmeden söz edilmemiştir. Ancak kanaatimizce buna engel de bulunmamaktadır. Şüphesiz idare kamulaştırmadan sonra taşınmazın bir kısmına ihtiyaç duymakla beraber bir kısmına artık ihtiyaç duymayabilir. Taşınmazın bir kısmı bakımından kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaç bulunmakla beraber bir kısmı bakımından bu ihtiyaç ortadan kalkmış olabilir. Bu durumda idare eski malik veya mirasçılara kamulaştırmadan kısmen vazgeçme teklifinde bulunabilir. Kısmen vazgeçme dışında kalan kısımda vazgeçme nedeniyle değer azalması meydana geliyorsa bunun kamulaştırma bedelinin iadesinde göz önünde bulundurulması, değer azalmasının idareye ödenecek bedelden düşülmesi eski malik veya mirasçıların yararına olacaktır. Aksi takdirde eski malik veya mirasçıların idarenin kısmen vazgeçme teklifini kabul etmesi beklenmeyecektir. Kısmen vazgeçme kısmen kamulaştırma sonucunu doğuracağından Kamulaştırma Kanununun kısmen kamulaştırmayı düzenlediği 12'nci maddesinden yararlanmak suretiyle tarafların bedelde anlaşmalarını sağlayacak bir çözüm yolu bulunabilecektir. 12'nci maddeye göre "kısmen kamulaştırılan taşınmaz malın değeri... kamulaştırma dışında kalan kısmın kıymetinde, kamulaştırma nedeniyle eksilme meydana geldiği takdirde; bu eksilen değer miktarı tespit edilerek... kamulaştırma bedeline eksilen değer eklenmesiyle bulunan miktardır" (m. 12/1-b). Bu esaslı kısmen kamulaştırmadan vazgeçmeye şu şekilde uyarılmanın mümkün olduğunu düşünmekteyiz: "Kısmen vazgeçilen taşınmazın değeri, vazgeçme kapsamı dışında kalan kısmın kıymetinde vazgeçme nedeniyle eksilme meydana geldiği takdirde eksilen değerın vazgeçilen kısmın değerinden düşülmesiyle belirlenen değerdir".

İdarenin eski malike veya mirasçılara yönelik kamulaştırmaktan anlaşarak vazgeçmeyi teklif eden bildiriminde kamulaştırdığı taşınmaza kamulaştırma

amacı veya kamu yararı amacı kapsamında ihtiyacının kalmadığını ve ödemiş olduğu kamulaştırma bedeli karşılığında taşınmazı geri alabileceği bilgisine yer vermesi gerekmektedir<sup>75</sup>. Eski malik veya mirasçılarını idare tarafından kendilerine yapılan teklifin içeriğini bilmelidirler.

Yapılan bildirim üzerine eski malik veya mirasçılar idareyle anlaşmak zorunda değildirler. İdarenin anlaşma teklifini reddedebilirler. İdarenin mülkiyeti kendisine geçmiş olan taşınmazla ilgili tek taraflı olarak kamulaştırmadan vazgeçme kararı alıp, bu kararın uygulanması kapsamında taşınmazın eski malike veya mirasçılara devrini sağlaması ve bunun karşılığında kamulaştırma bedelini geri alması mümkün değildir<sup>76</sup>. Kamulaştırmadan vazgeçilmesi ve bunun sonucunda eski malik veya mirasçıların taşınmazı geri alması ve kamulaştırma bedelinin idareye iadesi için tarafların anlaşmaları olmazsa olmaz koşuldur. Tarafların anlaşmaları, yani karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlık kazanması itibariyle vazgeçme akdi niteliktedir<sup>77</sup>.

Eski malik veya mirasçıların idarenin vazgeçme teklifini kabul etme zorunluluğu bulunmamakla birlikte idarenin vazgeçme şartlarının kesin olarak oluşması üzerine eski malik veya mirasçılara anlaşma teklifinde bulunması şarttır. İdarenin taşınmaza ihtiyacının kalmaması üzerine eski malik veya mirasçılara vazgeçme teklifini yapıp yapmama hususunda takdir yetkisi yoktur<sup>78</sup>. Vazgeçme teklifinde bulunmak idare için yükümlülük teşkil etmektedir<sup>79</sup>. Bununla birlikte ihtiyacın ortadan kalkmasından itibaren ne kadarlık süre içerisinde bu bildirim yapılması gerektiği Kanunda öngörülmemiştir<sup>80</sup>. Kanaatimizce idarenin kesin olarak kamulaştırma ve kamu yararı amacına kullanılmayacak bir taşınmazı mülkiyetinde bulundurmasında kamu yararı bulunmadığından ve eski malik veya mirasçıların kamulaştırılan taşınmazlarına bir an önce kavuşmalarında kişisel yararları olduğundan bu bildirim derhal yapılması gerekir.

Kamulaştırmadan anlaşarak vazgeçme koşullarının gerçekleşmiş olmasına rağmen idarenin eski malike veya mirasçılara taşınmazın devri konusunda anlaşma teklifinde bulunmaması ve taşınmazı üçüncü bir kişiye satması halinde eski malik veya mirasçılarını kamulaştırma bedeli dışında kalan bedeli idareden talep edebilirler<sup>81</sup>. Kamulaştırma bedeli dışında kalan bedelden taşınmazda kamulaştırma kesinleştikten sonra meydana gelen değer artışını anlamak gerekir.

<sup>75</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdare Hukuku, s. 659.

<sup>76</sup> Bununla birlikte bu teklif üzerine taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçıların Kamulaştırma Kanununun 23'üncü maddesine göre taşınmazı geri alma hakları düşer (m. 22/2).

<sup>77</sup> Düren, s. 203; Akgüner, s. 913.

<sup>78</sup> Yıldırım, Vazgeçme, s. 14; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdare Hukuku, s. 659.

<sup>79</sup> Kışla, s. 134; Ayrıca bkz. Y. 18. HD, 28.05.2015, E. 2014/15064 K. 2015/8977, Legalbank; Y. 18. HD, 28.05.2015, E. 2014/15138 K. 2015/8983, Legalbank.

<sup>80</sup> Solmaz, s. 64.

<sup>81</sup> Y. 18. HD, 28.05.2015, E. 2014/15064 K. 2015/8977, Legalbank; Y. 18. HD, 28.05.2015, E. 2014/15138 K. 2015/8983, Legalbank.

#### 4. Mal Sahibi veya Mirasçılarının Kamulaştırma Bedelini Aldıkları Günden İtibaren İşleyecek Kanuni Faiziyle Birlikte Üç Ay İçinde Ödemesi

Kamulaştırmadan tarafların anlaşmasıyla vazgeçme için idare ile eski malik veya mirasçılarının anlaşma yönünde iradelerinin uyuşması yeterli değildir. Bu anlaşma üzerine ayrıca eski malik veya mirasçılarının üzerlerine düşen bir yükümlülük olarak kamulaştırma bedelini, bu bedeli aldıkları günden itibaren işleyecek olan kanuni faiziyle birlikte üç ay içinde idareye ödemesi gerekmektedir.

Eski malikin veya mirasçılarının kamulaştırma bedeli ve kanuni faizini ödemesi için Kanunla belirlenen üç aylık süre hak düşürücü süre olup<sup>82</sup>, bu süre zarfında idareye ödemedede bulunmayan eski malik veya mirasçılarının anlaşma teklifini kabul etmediği varsayılacaktır<sup>83</sup>. Böylece tarafların anlaşmasıyla kamulaştırmadan vazgeçilmesi mümkün olmayacaktır.

Kamulaştırmadan anlaşarak vazgeçmede eski malik veya mirasçılarını kamulaştırma bedelini ve varsa kanuni faizini kısa olarak kabul edilebilecek bir süre olan üç ay içerisinde ödemekte zorlanabilir. Dolayısıyla bedeli ve varsa kanuni faizini ödemesi için eski malik veya mirasçılarının verilecek kanuni sürenin daha uzun bir süre olarak belirlenmesinde yarar vardır. Örneğin iade süresi her iki tarafın da menfaati gözetilerek altı ay olarak belirlenebilir. İade için makul bir sürenin belirlenmesi tarafların vazgeçme konusunda anlaşmalarını kolaylaştırır. Kanaatimizce altı ay olarak belirlenecek süre, iade bedelini temin etme bakımından kısa bir süre olmadığı gibi idarenin de eski malik veya mirasçılarınınca bedelin temininde beklemeye katlanabileceği bir süredir.

Doktrinde Kamulaştırma Kanununun 22'nci maddesinin uygulanması kapsamında idare ile eski malik veya mirasçılarının anlaşmalarında iade işleminin kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşmesi hâlinde “kamulaştırma bedelinin faizinin alınmayacağına ilişkin hükmün” uygulanmasına idare tarafından engel olunabileceği yönünde bir görüş bulunmaktadır. Buna göre idare anlaşma teklifinde bulunma şartı olduğu halde kamulaştırma bedelinin faizini de alabilmek için bir yıllık sürenin geçmesinden sonra anlaşma teklifinde bulunabilecek, bu durum hakkın kötüye kullanılması durumuyla karşı karşıya kalınmasına sebebiyet verebilecektir<sup>84</sup>. Kamulaştırmadan vazgeçmeyi kolaylaştırmak isteyen idarenin bu yolu tercih etmeyeceği muhakkak olmakla birlikte görüşte ortaya koyulduğu üzere idarenin böyle bir hareket tarzını tercih etmesi de karşı karşıya kalınabilecek bir durumdur. İdarenin böyle bir tutum ser-

<sup>82</sup> Kutlu Gürsel, s. 435; Kışla, s. 136.

<sup>83</sup> Tekeş, s. 59.

<sup>84</sup> Görüş ve detaylar için bkz. Murat Buğra Tahtalı, “Türk Hukukunda Kamulaştırılan Taşınmazın Geri Alınmasında İdarenin Sorumluluğunun Eski Malike Yükletilmesi Sorunu”, *TAAD*, Y: 12, S. 46, Nisan 2021, s. 511, 523-524. Tahtalı'nın faizin alınmaması bakımından dikkate alınması gereken kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden farklı bir anı başlangıç olarak kabul ettiği tespit edilmiştir (Bkz. Tahtalı, s. 524).

gilemesi halinde eski malik veya mirasçıları iade teklifinde bulunma gereği bir yıllık süre dolmadan önce ortaya çıktığı halde idarenin bu teklifi geciktirdiğini, dolayısıyla kamulaştırma bedelinin yanı sıra yasal faiz ödeme şartının oluşmadığını, Kamulaştırma Kanununun 24'üncü maddesinde 22'nci maddenin uygulamasından doğacak anlaşmazlıkların adli yargıda çözümleneceği öngörüldüğünden adli yargı yerinde açacakları davada ileri sürebilirler.

Kamulaştırılan taşınmaz üzerinde bina, sabit tesisler ve ekili dikili şeyler var olup, bunlar kamulaştırmadan sonra yıkılmışsa, sökülmüşse veya harap olmuşsa bu hususlar kamulaştırma bedelinin idareye iadesinde göz önünde bulundurulacaktır. Eski malik veya mirasçıları taşınmaz malın değerinde azalmaya sebep olan bu hususlar dikkate alınarak iade edeceği kamulaştırma bedelinden indirim yapılmasını isteyebilecektir. Zira Kamulaştırma Kanununun 24'üncü maddesinde böyle bir ihtimalde mal sahibi veya mirasçısının, kamulaştırma tarihindeki değerine göre farkının, ödeyeceği kamulaştırma bedelinden düşülmesini isteyebileceği öngörülmüştür<sup>85</sup>.

Taşınmazın eski malike veya mirasçılarına devri karşılığında idarenin ancak ödediği kamulaştırma bedelini ve şartları oluşmuşsa faizini istemesi mümkün olup, eski malik veya mirasçılarından kamulaştırma bedelinin çok üstünde bir bedel talep etmesi teklifinin Kamulaştırma Kanununun 22'nci maddesi kapsamında anlaşarak vazgeçme kapsamında kabulüne engel olabilecektir. Zira Yargıtay vermiş olduğu bir kararda bu hususu dile getirmiştir. Yargıtay'a göre;

*"... idare bedeli 1986 yılında kesinleşen taşınmazın iadesinin kesinleşen bu bedelle değil onun çok üzerinde önerdiği bedelle devredebileceğini bildirmiştir. O halde bu işlem Kamulaştırma Kanununun 22. Maddesi kapsamında olmayıp genel hükümlere tabi bir icaptan ibarettir. Davacı 22. maddeye dayanarak idarenin muvafakati olmadan hükmen taşınmazı bu şekilde geri alama(z)..."*<sup>86</sup>.

Kamulaştırma bedelinin iadesinde kanuni faiz kamulaştırma bedelinin eski malik veya mirasçıları tarafından alındığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağına göre bu bedelin ne zaman alındığını da tespit etmek gerekmektedir. Kamulaştırma bedelinin alınma zamanı kamulaştırmanın idari aşamada veya adli aşamada kesinleşmesine göre farklılık arz eder. İdari aşamada Kamulaştırma Kanununun 8'inci maddesine gereğince satın alma usulünün uygulanmasında tarafların (idare ile malik veya yetkili temsilcisinin) anlaşması üzerine, idare tarafından, üzerinde anlaşmaya varılan bedel süresi içinde hazır edilerek anlaşma tutanağının ve kamulaştırma öncesi taşınmaz üzerindeki tüm takyidat ve haklardan arındırmayı bildiren yazının

<sup>85</sup> Kamulaştırma Kanununa göre "21, 22 ve 23'üncü maddeler uyarınca kamulaştırılmasından vazgeçilen veya geri alınan taşınmaz mal üzerindeki bina, sabit tesisler ve ekili dikili şeyler yıkılmış, sökülmüş veya harap olmuş ise, taşınmaz malın geri alınmasında mal sahibi veya mirasçısı, kamulaştırma tarihindeki değerine göre farkının, ödeyeceği kamulaştırma bedelinden düşülmesini isteyebilir." (m. 24/1).

<sup>86</sup> Y. 18. HD, 23.05.1997, E. 1997/2992 K. 1997/5271, Legalbank.

teslimi üzerine idare adına tapuya resen tescil veya terkinden sonra kamulaştırma bedelinin ödeneceği öngörülmüş olup<sup>87</sup>, tescil veya terkin üzerine idarenin bu bedeli tesliminden/bankaya yatırmamasından sonra bedelin alındığı tarihten itibaren kanuni faiz işlemeye başlayacaktır. Kamulaştırmanın idari aşamada sonlandırılmaması halinde başlatılabilecek olan adli aşamada ise mahkeme tarafından taşınmaz malın idare adına tesciline ve kamulaştırma bedelinin hak sahibine ödenmesine karar verilmesi ve bu kararın tapu dairesine ve idarece kamulaştırma bedelinin yatırıldığı bankaya bildirilmesi<sup>88</sup> üzerine bankadan kamulaştırma bedelinin alındığı tarihten itibaren kanuni faizin işlemesi söz konusu olacaktır.

Tarafların anlaşması üzerine eski malik veya mirasçıları tarafından kamulaştırma bedelinin yanı sıra kanuni faizin de ödeneceği öngörülmekle birlikte Kamulaştırma Kanununda iade işleminin kamulaştırmanın ve bedelin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşmesi hâlinde kamulaştırma bedelinin faizinin alınmayacağı öngörülmüştür. Böylece anlaşarak vazgeçmenin kısa kabul edilebilecek bir süre olarak bir yıl içinde gerçekleştirilmesi halinde eski malik veya mirasçılarına ödeme kolaylığı tanınıp, tarafların anlaşma ihtimali artırılmaya çalışılmıştır. Ancak faizin alınmamasına başlangıç teşkil edecek olması itibarıyla Kanunda hem kamulaştırmanın hem de kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden söz edilmesi kafa karıştırıcı bir durumun ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Nitekim bu durum doktrinde de hukuki açıdan karmaşa yaratabilecek bir durum olarak değerlendirilmiştir<sup>89</sup>. Zira kamulaştırmanın kesinleşmesi ile kamulaştırmanın bedelinin kesinleşmesi her zaman aynı zamanda olmamaktadır. Faiz alınmamasına başlangıç teşkil edecek sürenin kamulaştırmanın kesinleşmesinden itibaren mi yoksa kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren mi başlayacağını tespit edilmesi gerekmektedir. Akgüner faizin işleyip işlememesinin kamulaştırma bedelinin malikin tasarrufuna girmesiyle ilgili olduğunu, faiz istenememesi bakımından bir yıllık sürenin başlangıcından kamulaştırma bedelinin malikin hesabına yatırıldığı tarihin anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>90</sup>. Bu hususta Kutlu Gürsel ise kamulaştırmada adli aşamaya geçilebileceği ihtimalinden hareket ederek kamulaştırma kesinleşse bile kamulaştırma bedelinin kesinleşmeyebile-

<sup>87</sup> Kamulaştırma Kanununa göre "İdarece, anlaşma tutanağının tanzim tarihinden itibaren en geç kırk beş gün içinde, tutanakta belirtilen bedel hazır edilerek, idarenin anlaşma tutanağı ve kamulaştırma öncesi taşınmaz üzerindeki tüm takyidat ve haklardan arındırıldığını bildiren yazıya istinaden idare adına tapuya resen tescil veya terkin edilir. Tapuya resen tescil veya terkinden sonra kamulaştırma bedeli kendilerine ödenir." (m. 8/6).

<sup>88</sup> Kamulaştırma Kanununa göre "... İdarece, kamulaştırma bedelinin hak sahibi adına yatırıldığına, hâkim tarafından kamulaştırma bedeli olarak tespit edilen bedelin veya hak sahibinin tespit edilemediği durumlarda ise ileride ortaya çıkacak hak sahibine verilmek üzere bloke edildiğine dair makbuzun ibrazı halinde mahkemece, taşınmaz malın idare adına tesciline ve kamulaştırma bedelinin hak sahibine ödenmesine karar verilir ve bu karar, tapu dairesine ve paranın yatırıldığı bankaya bildirilir..." (m. 10/8).

<sup>89</sup> Bkz. Kutlu Gürsel, s. 437.

<sup>90</sup> Akgüner, s. 912.



ceğini, bedel tespiti ve tescili davasında taşınmaz idare adına tescil edildiğinde bedelin kesinleşmesinin bu tescilden sonra olabileceğini ve sürenin başlangıcının kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmesi gerektiğini söylemiş, bir yıllık sürenin bedelin kesinleştiği tarihten itibaren başlaması gerektiğini dile getirmiştir<sup>91</sup>. Kanaatimizce de eski malik veya mirasçılarının lehine bir durum oluşturması ve tarafların anlaşmalarını kolaylaştıracak olması itibarıyla sürenin başlangıç tarihini kamulaştırma bedelinin kesinleşme tarihi olarak görmek gerekmektedir. Peki bir yıllık sürenin başlamasına esas teşkil etmesi itibarıyla bedel ne zaman kesinleşmiş olacaktır? Kamulaştırma Kanununun 10'uncu maddesinin sekizinci fıkrasında öngörüldüğü üzere tescil hükmü kesin olmakla beraber, tarafların bedele ilişkin istinaf veya temyiz hakları saklıdır. Adli aşamada bedel bu aşamada kanun yoluna başvurma süresinin/sürelerinin geçmesi veya bu yola başvurulması üzerine kanun yolu incelemesinin tamamlanması üzerine kesinleşecek olup, bedelin bu suretle kesinleşmesinden itibaren bir yıllık sürenin işlemeye başlayacağını kabul edilmesi gerekir. Kamulaştırma bedelinin idari aşamada kesinleşmesi ise kanaatimizce idare adına taşınmazın tescili ile gerçekleşecektir. Zira taşınmaz tapuda idare adına tescil edilene kadar anlaşmadan ve dolayısıyla anlaşmanın bir parçasını oluşturan bedelden de vazgeçmek mümkündür. Bu halde hem kamulaştırma hem de kamulaştırma bedeli aynı anda kesinleşecek, bu kesinleşme anından itibaren bir yıllık sürenin işlemeye başlayacağını kabul edilmesi gerekecektir.

### **5. Kamulaştırılan Taşınmaz Mala Kamulaştırmayı Yapan İdare Dışında Başka Bir İdarenin Kamulaştırma Yoluyla Gerçekleştirebileceği Bir Kamu Hizmeti Amacıyla İstekli Olmaması<sup>92</sup>**

İdare taşınmazı kamulaştırdıktan sonra kamulaştırılan taşınmaza başka bir idare kamu yararı amacına ulaşmada ihtiyaç duyabilir. Taşınmaza ihtiyaç duyan idarenin mutlaka taşınmazı kamulaştırma yoluyla elde eden idare ile aynı özel amaca ulaşmak istemesi gerekmemekte olup, kamunun yararına olan herhangi bir amaç için taşınmazı elde etmek istemesi mümkündür<sup>93</sup>. Kamulaştırma Kanununun 30'uncu maddesi gereğince kamu tüzelkişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mallar diğer bir kamu tüzelkişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılmayacağından böyle bir taşınmaz malın ancak yine Kamulaştırma Kanununun 30'uncu maddesi gereğince taşınmaza ihtiyaç duyan ve onu talep eden idareye devri söz konusu olabilir. Böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi, yani kamulaştırma yapan idare dışında başka bir idarenin kamulaştırma yoluyla gerçekleştirebileceği bir kamu hizmeti amacıyla istekli olması üzerine bu idarenin taşınmaza sahip olan idareye başvurması, bu başvuru üzerine iki idarenin devir

<sup>91</sup> Kutlu Gürsel, s. 437.

<sup>92</sup> Yayla, taşınmazı kamulaştıran idarenin taşınmazı başka bir idareye devretmesinin de bir anlamda kamulaştırmadan vazgeçme olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir (Yayla, s. 215).

<sup>93</sup> Ayrıca bkz. Kutlu Gürsel, s. 435.

konusunda uzlaşmaya varmaları veya Danıştayca taşınmazın devir isteğinde bulunan idareye devri yönünde karar alınması halinde anlaşarak vazgeçme mümkün olmayacaktır<sup>94</sup>. Ayrıca yine Kamulaştırma Kanununun 30'uncu maddesi kapsamında İçişleri Bakanlığının güvenlik gerekçesiyle ihtiyaç duyduğu bir taşınmazın Cumhurbaşkanı kararıyla resen Hazine adına tescil ve İçişleri Bakanlığına tahsis edilmesi halinde de tarafların anlaşması suretiyle kamulaştırmadan vazgeçme söz konusu olamayacaktır<sup>95</sup>.

Kamulaştırma Kanununun 30'uncu maddesi gereğince idareler arası devrin yanı sıra 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanununun 23'üncü maddesine göre işlem yapılacak olan hallerde de tarafların anlaşması suretiyle kamulaştırmadan vazgeçme mümkün olmayacaktır. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunuyla (m. 81) 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu yürürlükten kaldırılmış, ayrıca 5018 sayılı Kanunda (Geçici Madde 9) diğer kanunlarla 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanununa yapılan atıfların bu Kanuna yapılmış sayılacağı öngörülmüştür. Bununla ilgili olarak 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 45'inci maddesinde bir idarenin taşınmazını başka bir idareye bedelsiz devri, 47'nci maddesinde ise tahsisi düzenlenmiştir.

Bedelsiz devrin düzenlendiği 45'inci maddede<sup>96</sup> kamu idarelerinin görmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinde kullanılacağına ve amacına uygun kullanılmaması halinde geri alınacağına dair tapu kütüğüne şerh konulması kaydıyla taşınmazlarını diğer kamu idarelerine bedelsiz olarak devredebileceği öngörülmüştür. Tahsisin düzenlendiği 47'nci maddede<sup>97</sup> ise taşınmaz tahsisine yer verilmiş olup, bu

<sup>94</sup> Kamulaştırma Kanununun 30'uncu maddesinin ilgili kısmı şöyledir: "Kamu tüzelkişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakları diğer bir kamu tüzelkişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılmaz. Taşınmaz mala; kaynak veya irtifak hakkına ihtiyacı olan idare, 8'inci madde uyarınca bedelli tespit eder. Bu bedel esas alınarak ödeyeceği bedeli de belirterek mal sahibi idareye yazılı olarak başvurur. Mal sahibi idare devire muvafakat etmez veya almış gün içinde cevap vermez ise anlaşmazlık, alıcı idarenin başvurusu üzerine Danıştay ilgili idari dairesince incelenerek iki ay içinde kesin karara bağlanır..."

<sup>95</sup> Kamulaştırma Kanununun 30'uncu maddesinin ilgili kısmı şöyledir: "İçişleri Bakanlığının güvenlik gerekçesiyle ihtiyaç duyduğu, kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler ve il özel idareleri dâhil mahalli idareler ve diğer kamu tüzel kişilerine ait taşınmazlar, kaynak veya irtifak hakları, Cumhurbaşkanı kararıyla resen Hazine adına tescil ve İçişleri Bakanlığına tahsis edilir..."

<sup>96</sup> 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 45'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre "Kamu idareleri, ihtiyaç fazlası taşınmazları ile görmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinde kullanılacağına ve amacına uygun kullanılmaması halinde geri alınacağına dair tapu kütüğüne şerh konulması kaydıyla taşınmazlarını diğer kamu idarelerine bedelsiz olarak devredebilir..."

<sup>97</sup> 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 47'nci maddesine göre "Kamu idareleri, kanunlarında veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde belirtilen kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için mülkiyetlerindeki taşınmazlarla Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri, birbirlerine ve köy tüzel kişiliklerine bedelsiz olarak tahsis edebilirler. Tahsis edilen taşınmaz, amaç dışı kullanılmaz. Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlarla Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri tahsis etmeye, kamu ihtiyaçları için gerekli olmayanların tahsisini kaldırmaya Çevre ve Şehircilik Bakanlığı; diğer taşınmazları tahsis etmeye ve tahsisini kaldırmaya ise maliki kamu idaresi yetkilidir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir. Kanunlardaki özel hükümler saklıdır".

düzenlemeyle kamu idarelerinin, kanunlarında veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde belirtilen kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için mülkiyetlerindeki taşınmazlarla Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri, birbirlerine ve köy tüzel kişiliklerine bedelsiz olarak tahsis edebileceği hüküm altına alınmıştır.

Kamulaştırma Kanununun 30'uncu maddesinde düzenlenen idareler arası mal devrinden farklı olarak 5018 sayılı Kanunun 45'inci maddesi kapsamında yapılan devirde ve 47'nci maddesi kapsamındaki tahsiste bedel aranmayacak, ancak 45 ve 47'nci maddelerin uygulanmasında da devir ve tahsis konusu taşınmazın kamulaştırmadan anlaşarak vazgeçme yoluyla eski malikine veya mirasçılarına devri söz konusu olmayacaktır.

Kamulaştırma Kanununun 22'nci maddesi gereğince kamulaştırmadan anlaşma yoluyla vazgeçilmesine engel olarak bu Kanunun 30'uncu ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kontrol Kanununun 45'inci maddesinde düzenlenen devir ile Kamu Mali Yönetimi Kontrol Kanununun 47'nci maddesinde düzenlenen tahsisin dışında devir ve tahsise ilişkin olarak 5393 sayılı Belediye Kanununda yer alan düzenlemelere de değinmenin olacağı düşünülmektedir. Belediye Kanununun 15'inci maddesinde belediyelerin "taşınmaz tahsis etme" yetkileri düzenlenmiştir. Kanuna göre "mahallî müşterek nitelikteki hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla, belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde taşınmaz... tahsis etmek..." belediyenin yetki ve imtiyazları arasında yer almaktadır (m. 15/1-h). Kanuna göre "il sınırları içinde büyükşehir belediyeleri, belediye ve mücavir alan sınırları içinde il belediyeleri ile nüfusu 10.000'i geçen belediyeler, meclis kararıyla... sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere Çevre ve Şehircilik Bakanlığının onayı ile ücretsiz veya düşük bir bedelle amacı dışında kullanılmamak kaydıyla taşınmaz tahsis edebilir (ler)..." (m. 15/6). Belediye Kanununun 75'inci maddesine göre diğer kuruluşlarla ilişkileri kapsamında da belediyeler devir ve tahsis yoluna gidebilirler. Belediye Kanununa göre "belediye(ler), belediye meclisinin kararı üzerine yapacağı anlaşmaya uygun olarak görev ve sorumluluk alanlarına giren konularda... kendilerine ait taşınmazları, aslî görev ve hizmetlerinde kullanılmak üzere bedelli veya bedelsiz olarak mahallî idareler ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına devredebilir veya süresi yirmi beş yılı geçmemek üzere tahsis edebilir... Bu taşınmazların, tahsis amacı dışında kullanılması hâlinde, tahsis işlemi iptal edilir. Tahsis süresi sonunda, aynı esaslara göre yeniden tahsis mümkündür. Kamu kurum ve kuruluşlarına belediyeler, bağlı kuruluşları ve belediye şirketlerince devir veya tahsis edilen taşınmazlar, kamu konutu ve sosyal tesis olarak kullanılamaz" (m. 75/1-d).

## **6. Taşınmazın Baraj İnşası Kapsamında Mücavir Taşınmaz Mal Olması Sebebiyle Kamulaştırılmış Bir Taşınmaz Olmaması**

Baraj inşa etmek amacıyla yapılan kamulaştırmalar kamulaştırmaya tabi tutulan taşınmaz/taşınmazlara komşu diğer taşınmaz/taşınmazların da kamulaştırılması gereğini doğurabilir. Kamulaştırma Kanununun 12'nci maddesinin altıncı fıkrasının

da bu gerekliliğin doğabileceğine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre baraj inşası için yapılan kamulaştırmaların sonunda kamulaştırma sahasına mücavir taşınmazlar, kamulaştırma işleminin tamamlandığına ilişkin ilanın indirildiği tarihten itibaren bir yıl içinde sahiplerinin yazılı başvurusu üzerine çevrenin sosyal, ekonomik veya yerleşme düzeninin bozulup bozulmadığı, ekonomik veya sosyal yönden yararlanılmasının mümkün olup olmadığı yönlerinden ilgili valilikte kurulan komisyon tarafından incelemeye tabi tutulur. Komisyonun yaptığı inceleme sonucunda çevrenin sosyal, ekonomik veya yerleşme düzeninin bozulduğuna ve taşınmaz maldan yararlanılmasının mümkün olmadığına karar vermesi durumunda başvuruya konu taşınmaz mal da kamulaştırılır. Bu suretle kamulaştırılan mücavir taşınmazlar hakkında Kamulaştırma Kanununun 22'nci maddesi kapsamında anlaşarak vazgeçme yoluna gidilemez. Bu taşınmazlar üzerinde idare imar mevzuatı hükümlerini de göz önünde bulundurarak dilediği gibi tasarrufta bulunabilir ve gerektiğinde bunları Hazineye bedelsiz olarak devredebilir<sup>98</sup>.

## SONUÇ

Kamulaştırmadan vazgeçme gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunmayan bir kamulaştırmanın gerçekleştirilmemesini, kamulaştırma gerçekleştirilmişse kamulaştırma işleminin ortadan kaldırılmasını sağlayan bir hukuki yoldur. Kamulaştırmadan vazgeçmenin hem idare hem de taşınmazı kamulaştırılacak/kamulaştırılmış olan malik/eski malik veya mirasçıları için olumlu sonuçları bulunmaktadır. Ancak kamulaştırmadan vazgeçme birtakım sorunları da beraberinde getirebilmektedir. Sorunlar bazen idarenin tutumundan bazen de kamulaştırmadan vazgeçmenin Kamulaştırma Kanununda düzenleniş biçiminden kaynaklanmaktadır. Çalışmamızda kamulaştırmadan vazgeçmede uyulması gereken esasların ve kamulaştırmadan vazgeçmenin beraberinde getirdiği sorunların neler olduğu makale boyutuna uygun olarak ortaya konulmaya çalışılmıştır. Zira literatürde doğrudan kamulaştırmadan vazgeçmeyi ele alan tek bir makaleye rastlanılabilmektedir.

Kamulaştırmadan vazgeçmede uyulması gereken esaslar çalışmanın metin kısmında tüm ayrıntılarıyla ortaya konulmaya çalışıldığından burada ayrıca ele alınmaları bir bakıma çalışmanın buraya aynen aktarılması anlamına geldiğinden sonuç kısmından kamulaştırmadan vazgeçmeyle ortaya çıkan sorunlar ve çözüm önerileri ortaya konulacaktır.

Kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçmede kamulaştırma kararı veren idarenin kararının gereğinden söz edilmekte, fakat Kamulaştırma Kanununda kamulaştırma kararının kim tarafından verileceği gösterilmemektedir. Bu durum kafa karışıklığına sebebiyet verebilmektedir. Kanunda kamulaştırma kararı veren ile kamu yararı kararı alanın kastedildiği açıkça ortaya konulmalıdır.

<sup>98</sup> Bkz. Kamulaştırma Kanunu, m. 12/6.

Kamulaştırma Kanununa göre mahkemece Kamulaştırma Kanununun 10'uncu maddesine göre yapılan tebligat, davet veya ilan tebliği üzerine taşınmaz malın başkasına devir ve ferağ veya temlikinin yasak olması malik veya mirasçılarının taşınmazı bu kısıtlama nedeniyle zamanında elden çıkarmamasına ve zararına sebep olabilmektedir. Böyle bir zararın idare tarafından karşılanması gerekmektedir.

Kamulaştırmadan vazgeçmenin ayrı ayrı maddelerde düzenlenmesi kamulaştırmadan tek taraflı olarak vazgeçmenin kamulaştırma kesinleşinceye kadar yapılabileceği hususunun gözden kaçırılmasına sebep olabilmektedir. Dolayısıyla birbiriyle bağlantılı olan tek taraflı vazgeçme ile anlaşarak vazgeçmenin aynı maddede düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Anlaşarak vazgeçmede idarenin vazgeçme teklifinde bulunması üzerine eski malik veya mirasçılarının kamulaştırma bedelini iade etmesi gereken süre makul değildir. Kamulaştırma bedelinin ve varsa kanuni faizinin idareye iade edilerek taşınmazın eski malike veya mirasçılara devrini kolaylaştırmak için üç ay yerine altı aylık bir iade süresinin belirlenmesi yerinde olacaktır.

İdarenin anlaşarak vazgeçme teklifinde bulunması gereken süresinin beş yıl ile sınırlandırılması yerinde değildir. İdare bakımından bu sürenin çok daha uzun bir süre olarak belirlenmesi, bu yapılırken kamu hizmetlerinden yaşanan dönüşümün de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Kamulaştırmadan vazgeçmede idarenin takdir yetkisi geniş olup, vazgeçme ancak takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimi şeklinde yapılabilir. Yargı yeri kamulaştırmadan vazgeçmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık önüne gittiğinde Anayasada yer alan ve tüm yargı organları bakımından uyulması gereken esasları belirleyen “*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez*” hükmünü göz önünde bulundurmalıdır.

Kamulaştırmadan vazgeçme ile ilgili sorunların ortaya çıkmaması için idarenin kamu hizmetlerinin yürütülmesinde geleceğe yönelik planlarını kendisinden beklendiği ölçüde çok iyi yapması, kamulaştırmadan vazgeçmenin ortaya çıkan sonuçların önüne geçmesi gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

- Akgüner, Tayfun. *İdare Hukuku*. İstanbul: 9. Basım, Der Yayınları, 2021.
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: 13. Baskı, Savaş Yayınevi, Şubat 2021 (İdare Hukuku).
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ekim 2021 (İdari Yargı).
- Arcak, Ali. *Yeni Kamulaştırma Yasası, C. 2*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1984.
- Artukmaç, Sadık. *Kamulaştırma Hukuku*. Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1977.
- Başsorgun, Naci ve Kütahya, Gülsüm. *Kamulaştırma, Kamulaştırmaz El Atma ve İmar Mevzuatından Doğan Bedel Davaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Bilgen, Pertev. *İdare Hukuku Dersleri (Kamulaştırma-İstimval)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021 (İdare Hukuku).
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021 (İdari Yargı).
- Çoban Atik, Ayşegül. *Kamulaştırmada Yargısal Denetim*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Düren, Akın. *İdare Hukuku Dersler*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1979.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku, C. 1*. Bursa: 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Mayıs 2019 (C. 1)
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku, C. 2*. Bursa: 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Mayıs 2019 (C. 2).
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: 11. Baskı, İmaj Yayınevi, 2017.
- Hayta, Mehmet Ali. *Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Koyma Davaları, 2. Baskı*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Kalabalık, Halil. “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi”. *GÜHFD*. C. 1, S. 1, 1999, s. 172-211.
- Karagözoğlu, H. Fevzi. *Kamulaştırma-Açıklamalı-İçtihatlı İstimlak Kanunu Uygulaması ve Bundan Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. İstanbul: Arpaz Matbaacılık, 1983.
- Karatepe, Şükrü. “İdarenin Takdir Yetkisi”. *TİD*, Y. 63, S. 392, Eylül 1991, s. 63-119 (Takdir).
- Karatepe, Şükrü. *İdare Hukuku*. İzmir: 4. Baskı, Üniversite Kitapları, 1995.
- Kaya, Cemil. *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, İstanbul: 2 Baskı, On İki Levha Yayınevi, 2014.
- Kışla, Tuğba Güllü. *Kamulaştırma Sürecinde (Eski) Malikin Hakları* (Danışman: Doç. Dr. Gül Üstün). Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul: 2019.
- Koroğlu, Ömer. *Kamulaştırma*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995.
- Kutlu Gürsel, Meltem. *Kamulaştırma Hukuku*. 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Nalbandoğlu, Reşat. *İdare Hukuku*. İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi Matbaası, 1951.
- Onar, Siddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3*, İstanbul: 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Özay, İl Han. *Gümüşüğünde Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.

- Solmaz, Eren. *Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Mart 2016.
- Tahtalı, Murat Buğra. “Türk Hukukunda Kamulaştırılan Taşınmazın Geri Alınmasında İdarenin Sorumluluğunun Eski Malike Yükletilmesi Sorunu”. *TAAD*, Y. 12, S. 46, Nisan 2021, s. 499-527.
- Tekeş, Merve. *Kamulaştırmadan Vazgeçme ve Geri Alma* (Danışman: Doç. Dr. Lale Burcu Önüt). Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. İzmir: 2019.
- Tüzel, Sadık. *İdare Hukuku Dersleri*. Teknik Kitap ve Mecmua Basımevi, İzmir 1951.
- Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*. İstanbul: 1. Bası, Beta Basım Yayım, Eylül 2009.
- Yıldırım, Turan. “Kamulaştırmadan Vazgeçme”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*. C. 9, S. 101-102, 2013, s. 7-23 (“Vazgeçme”).
- Yıldırım, Turan. *İdari İşlemler*, Turan Yıldırım (Editör). İdare Hukuku. İstanbul: 6. Baskı, On İki Levha Yayınevi, 2016 (*İdari İşlemler*).
- Zabunoğlu, Yahya Kazım. *İdare Hukuku, C. 1*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.





# OSMANLI HUKUK UYGULAMASINDA KADININ ÇOCUĞU ÜZERİNDEKİ VELAYET VE VESAYET HAKKI<sup>(\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi **Saliha OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU<sup>(\*\*)</sup>**

## Öz

Velayet hakkı/sorumluluğu tarih boyunca önemli değişimler geçirmiştir. Antik dönemde özellikle babanın, çocukları ve eşi üzerindeki mutlak egemenliği olarak uygulama alanı bulan bu hak, kimi zaman aile babasına, sorumluluğu altında bulunan kişilerin yaşam haklarını ihlal edecek düzeyde bir yetki tanımıştır. Velayet kurumunun zamanla geçirdiği tarihi dönüşüm, hesap verilebilir ve denetlenebilir bir hak olarak günümüze kadar işlevini sürdürmüştür.

İslam hukukunun cari olduğu Osmanlı Devletinde velayetin nasıl işlediği, söz konusu hakkın genel teamüle göre babaya verileceği kuralının uygulamada ne ölçüde yer aldığı araştırılması gereken konular arasındadır. Özellikle İslam hukuk literatüründe, hukuk ekollerinde arasında bir takım görüş farklılıkları olmakla birlikte baskın bir şekilde ifade edilen kadınların çocuklarının yalnızca bakım ve terbiyesinden sorumlu olup (hidâne), velayet/vesayet haklarının bulunmadığı görüşü, Osmanlı uygulaması ile örtüşmekte midir?

Şüphesiz bu alanda elimizdeki zengin arşiv malzemesi, şer'iyeye sicil defterlerindeki bilgiler, dönemin uygulaması hakkında bizlere ışık tutacak mahiyettedir. Bu çalışmada kadınların çocukları üzerindeki velayet/vesayet hakkının varlığının, Osmanlı arşiv belgeleri ışığında bir değerlendirmesinin yapılması amaçlanmaktadır.

## Anahtar Kelimeler

Osmanlı Hukuku, Kadının Velayet Hakkı, Vesayet, Vasi, Hidane.

## WOMEN'S RIGHTS IN CHILD CUSTODY AND GUARDIANSHIP IN THE OTTOMAN LAW PRACTICE

## Abstract

The parental rights/liabilities of custody have undergone material changes throughout history. This right applied particularly as absolute domination of father on his children and wife in the ancient history has occasionally equipped the paterfamilias with vast authorizations to such extent even to breach the right to life of his dependents. Thanks to its historical transformation over time, the parental right of custody has survived and maintained its functions as an accountable and auditable right until today.

In the Ottoman State where the Islamic law was the governing law, how the parental right of custody was operated in law practice, and to which extent the rule of the grant of this parental right to father according to general custom and practice was applied are still among the proposed areas of research on the table. Although there are some variations of opinion across legal the schools of law, especially in the literature of Islamic law, does the statement that women are in charge of only care and bringing up of their children (hidhānah) and do not have any parental rights of custody and ward on them, as predominantly argued in the Islamic legal literature and jurisprudence, coincide with and correspond to the Ottoman law practice?

<sup>(\*)</sup> Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 28.02.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 20.05.2022,  
DOI No: 10.54704/akdhfd.1080296.

<sup>(\*\*)</sup> İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku / İstanbul-Türkiye.  
E-posta: saliha.ogumrukcuoglu@medeniyet.edu.tr; slhokurgmr@gmail.com,  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9950-7896>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

There is no doubt that rich archive materials and information given in court records in our possession now are shedding light on the general law practice of that era. This study aims to scrutinize and assess the general law practice regarding the parental rights of custody and wasi of women on their children in the light of the archive materials.

### Keywords

Ottoman Law, Women's Rights of Custody, Guardianship, Wasi, Hidanah.

### Extended Abstract

The parental rights / liabilities of custody have undergone material changes throughout history. This right applied particularly as absolute domination of father on his children and wife in the ancient history has occasionally equipped the paterfamilias with vast authorizations to such extent even to breach the right to life of his dependents. As a matter of fact, in the Roman law, paterfamilias has an almost unbounded and limitless power, named *patria potestas* (*paternal power*), on the household. This power is a very wide parental power equipping the father with almost all powers regarding physical integrity and right to life on his child. In the Roman life, parental power is not dependent on the age of child, but is a continuous right persisting until death of father. That is why in the Roman state, domination of paterfamilias was valid both on immaterial rights and on patrimony. Parental and guardianship rules in the Ancient Greece also show similarities to the Roman civilization. Father, as the ruler of family, holds an absolute authority thereon. Even the children reach the age of puberty, father has the right to sell them. For instance, a father is empowered to sell his daughter if her behaviours are disliked and disapproved. There is no doubt that with its historical transformation by time, the parental right of custody has survived and maintained its functions as an accountable and auditable right until today.

In the Islamic law, the parental right of custody finds two fields of application, namely "public guardianship" and "private guardianship". Public guardianship (*velayet-i âmme*) is the term used for the right of custody granted to government executives. In absence of private guardian, the right of custody passes to the public guardian, i.e. government executives, or in other words, the head of state. According to the Islamic law, as long as the conjugal community survives, both parents have responsibilities about the children. However, after expiration of conjugal community, the care, guarding and custody of children come out as one of the most important issues required to be resolved. According to the commonly believed opinion in the jurisprudence, the rights of care and guarding (*right of hidâne*) are granted to mother, while the rights of custody and ward covering the rights of disposition on immaterial rights and patrimony are granted to father. To put it in other words, financial liability is imposed on father, and care and guarding are seen as a part of responsibilities of mother.

In the Turkish law, the parental right of custody is dependent on paternity of the person. Parental relationship first starts with birth of child, and parental right is owned jointly by mother and father. Said parental relationship may also be established by adopting parents, because given that paternity can be created also by adoption, a parental relationship is built between adopting parents and foster child. The parental right of custody cannot be transferred to third parties, and parents are not allowed to waive from or be relieved of the liabilities imposed by this right. Differently from the Islamic Law, according to the Civil Law, the parental right of custody of a parentless child cannot be assigned to his or her grandfather. A guardian is appointed by the competent judge for a parentless child.

In the Ottoman State where the Islamic law was the governing law, how the parental right of custody was operated in law practice, and to which extent the rule of grant of this parental right to father according to general custom and practice was applied are still among the proposed areas of research on the table. Particularly, does the statement that women are in charge of only care and bringing up of their children (*hidâne*) and do not have any parental rights of custody and ward on them, as predominantly argued in the Islamic legal literature and jurisprudence, coincide with and correspond to the Ottoman law practice?

Just like all other systems of law, also in the Ottoman law, the person to be appointed as guardian is required to be not only adult and sane, but also a reliable person. The most important qualification sought for in a person to be appointed as guardian is that his acts of disposition on the properties of the person under tutelage are required to be fair and to increase the existing patrimony. However, due to the predominance of Hanafi doctrine in Ottoman legal practice, it is noted that the common opinion that the guardian must absolutely be a man has not come into effect and has not had its reflections in practice. As a matter of fact, where the father is not alive and has not appointed as a guardian in his place, it is established in the records that the courts mostly appointed mother as guardian or custodian.

Appointment of women as a guardian on adults, aside from their duty of guardianship on their own children, can be exemplified by appointment of a woman as guardian for another woman who does not have the opportunity to take care of her own properties, or by transfer of management of patrimony of an insane woman to her daughter. On the other hand, it is also attention-grabbing to note that women are appointed not only as a guardian, but also as a “supervisor” auditing the actions taken by other guardians. As understood from a legal file, a woman named Timurhan bt. Abdullah is entrusted with the task of supervising two male guardians.

As a conclusion, it is determined that in the Ottoman state, the parental rights of custody and guardianship of women on their children were valid in practice, and even represented more than half of all records in total in some regions of the Empire. This finding indicates to us as researchers that the Ottoman judges (*kadı's*) provided solution-oriented judgements in accordance with the circumstances of the period, based on the broad discretion given to them by Islamic law.

## GİRİŞ

Türk Medeni Kanununa göre evlilik birliğı içinde çocukların velayet hakkını ana ve baba müşterek olarak ifa eder (TMK, md. 336). Her iki taraf da çocukların sağlıklı bir ortamda bulunmasından ve gelişimden sorumludur. Söz konusu hak boşanma sonrası, çocuğun üstün yararı ilkesi gereğince, hâkimin vereceğı karara göre şekillenir. Ebeveynlerden hangisi çocuk üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirme konusunda uygun şartlara sahip ise, o taraf çocuğun velayetini almaya hak kazanır. Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayeti ise taraflar evli değilse babanın soybağına tanınması veya hâkim kararıyla soybağının kurulmasına rağmen, velayet anaya ait olur (TMK md. 337/f. 1).

Ebeveynin çocuklar üzerindeki velayeti, şahıs varlığının yanında çocukların mal varlıklarının korunması, yönetilmesi ve kullanılmasını da içerir (TMK md. 352/f. 1). Bu anlamda ana babadan çocuğun malları üzerindeki tasarrufu sebebiyle herhangi bir hesap ve güvence vermesi beklenmez. Çocuğun şahıs üzerindeki velayeti aynı zamanda malları üzerinde de tasarruf yetkisini kendinde barındırmaktadır. Başka bir ifadeyle, ana babanın çocuklar üzerindeki velayeti kaldırılmadıkça malları üzerinde işlem yapabilme yetkileri saklıdır (TMK md. 354).

İslam aile hukukunda evlilik birliğinin sona ermesi durumunda genel teâmüle göre velayet baba ya da dede, amca gibi babanın erkek akrabalarına tevdi edilir. Bununla birlikte 0-7 yaş arasında çocukların bakım ve gözetiminde çoğunlukla anneye olan ihtiyacı, söz konusu dönemde çocukların annenin yanında kalmasını zorunlu kılmaktadır. İslam hukukunda “hidâne” olarak isimlendirilen bu uygulamaya göre çocuk, hayattaysa anneye verilir. Annenin hayatta olmaması durumunda söz konusu bakım ve gözetim, annenin kadın akrabaları üzerinde bir yükümlülük olarak gözükmektedir. Ancak bu süre zarfında çocuğun bakım masrafları veya çocuğun mal varlığıyla ilgili yetki ve sorumluluk babaya aittir. Hidâne yükümlülüğü yalnızca bakım, gözetim ve terbiyeyi kapsamaktadır. Anne veya annenin yakın kadın akrabaları yanında hidâne süresini tamamlayan çocuğun velayeti babaya, baba hayatta değilse dedeye, daha sonra da babanın erkek

akrabalarına geçer.<sup>1</sup> Çocuğun mal varlığı ile ilgili işlemlerde ise babanın ölümünden sonra, şayet baba kendi yerine bir “vasi” belirlemişse, malların korunması ve yönetimi o vasi üzerinden devam eder. Ancak baba yerine bir “vasi” bırakmamışsa, mahkeme çocuğun mallarını koruma ve idare etme maksadıyla bir vasi görevlendirir.<sup>2</sup> Osmanlı uygulamasında babanın kendi yerine bir vasi tayin etmediği durumlarda mahkemenin çoğunlukla anneyi vasi olarak atadığı görülmektedir.

Bu çalışmada velayetin kavramsal çerçevesini belirledikten sonra, velayet kurumunun günümüze kadar geçirdiği tarihi dönüşüme kısaca yer verilmiştir. İkinci kısımda İslam hukuku ve Türk hukukundaki velayetin şartları, uygulanışı ve sonuçları hakkında bilgiler verilmiş, çalışmanın son bölümünde ise Osmanlı Devletinde kadınların çocukları üzerindeki velayet ve vesayet haklarının uygulamada yer alıp almadığı Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı (Osmanlı Arşivi) belgeleri ile İslam Araştırmaları Merkezi tarafından transkribe edilen 100 ciltlik İstanbul Kadı Sicillerindeki kayıtlar esas alınarak gün yüzüne çıkarılmaya çalışılmıştır.

## I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

### A. VELAYET

Arapça bir kelime olan “velayet” sözlükte; yardımcı olmak, sevmek, dostluk kurmak, yakınlık, himaye etmek, birinin işlerini üstlenmek ve akrabalık tesis etmek anlamlarına gelmektedir.<sup>3</sup> İslam hukuk terimi olarak, reşid bir kimsenin, ehliyeti eksik olan birinin şahsî ve malî işlerini yürütmede yetkili olmasıdır.<sup>4</sup> Başka bir ifadeyle, akıllı, hür, ergenlik çağına ulaşmış ehliyeti tam olan kişinin âciz, çocuk, akıl hastası gibi ehliyet yetersizliği içindeki kişilerin yerini tutmasıdır.<sup>5</sup> İslam hukukunda temel olarak üç çeşit velayetin söz konusu olduğu söylenebilir. Birincisi küçüğün bakım, gözetim ve terbiyesine yönelik olan “hidâne”, ikincisi şahsi hakların kullanımını içeren velayet, üçüncüsü ise küçüğün mallarını koruma ve idaresine yönelik velayet, ki velayetin bu çeşidi “vesayet” olarak da isimlendirilmektedir.<sup>6</sup> Dolayısıyla İslam hukukunda velayet kavramı bu üç başlığı da kapsayan daha üst bir kavramdır.

Velayet kavramı aynı zamanda hukuki bir temsili de ifade etmektedir. Söz konusu temsil şahsın kendi isteği ile oluyorsa “vekalet”, şahsın yetersizliği veya

<sup>1</sup> M. Akif Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, (İstanbul: Klasik Yayınları, 2020), 132-133.

<sup>2</sup> Celal Erbay, *İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi* (Göytürk Matbaası, 1995), 186 vd.

<sup>3</sup> Ebü'l-Fazl Muhammed b. Mükerrrem İbn Manzûr, *Lisanu 'l-Arab Cilt XV* (Beyrut Dâru Sadır, 1994), 406; Ebû Nasr İsmail b. Hammâd Cevherî, *Sihâh fi'l-lüğa*, Tahkik: Ahmed Abdulgafur Attâr, c. VI, (Beyrut: Dâru'l-İlm ilî-Melâyn, 1990), 2528.

<sup>4</sup> Mustafa Ahmed Ez-zerka, *İslam Hukuku: Çağdaş Yaklaşımlar c. II*, çev. Servet Armağan, (İstanbul: Timaş Yayınları, 1993), 577.

<sup>5</sup> Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013), 602.; Yunus Apaydın, “Velayet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA) c. XLIII* (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2013), 16.

<sup>6</sup> Erbay, *Küçüklerin Himayesi*, 163.

herhangi bir sorun sebebiyle oluyorsa “velayet ve vesayet” yetkileri devreye girmektedir. Velayet hakkına sahip olan kişiye de “veli” denmektedir.<sup>7</sup>

Türk hukukunda velayet ise “küçük ve bazen de kısıtlı ergin çocukların gerek şahıslarına (kendilerine), gerek mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanunun ana ve babaya yüklediği yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin iyi bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak üzere onlara tanıdığı hakların tümüdür.”<sup>8</sup> şeklinde tanımlanabilir.

Velayet kavramı Medeni Kanunda tanımlanmaz ancak Kanunun 335. maddesine göre kural olarak ergin olmamış çocukların ana-babalarının velayeti altında bulunması gerektiği ifade edilir. Ayrıca maddenin 2. bendinde çocuk ergin bir yaşa gelse de şayet kısıtlılık durumu varsa, hâkim çocuğun ana-babasının velayetinde kalmasına karar verebileceği belirtilir.<sup>9</sup> Medeni Kanunun 419/III maddesine göre ise 18 yaşını doldurmuş ancak kısıtlı olan çocukların velayet görevleri anne ve babalarına aittir. Hiç şüphesiz burada çocukların üstün yararını korumak amacıyla, vasi olarak üçüncü kişilerden ziyade anne babanın velayet hakkının devam ettirilmesi daha uygun gözükmektedir.<sup>10</sup>

## B. VESAYET

Vesayet sözlükte “birine vasiyet etmek, bir şey vermek ve vasî tayin etmek” anlamındadır.<sup>11</sup> İslam hukuk terimi olarak ise edâ ehliyeti tam olmayan ya da sonradan haklarında kısıtlılık kararı verilen kişilerin mallarını koruma ve o mallarla ilgili işlem yapabilme yetki ve sorumluluğunu ifade eder.<sup>12</sup> Bu yetkiye sahip kimse de “vasi” olarak adlandırılır. Vasinin veliden farkı ise, yetki ve sorumluluk alanının daha sınırlı olmasıdır. Veli temsil ettiği şahsın medeni hukuka ait evlilik, boşanma gibi başlıkların yanında eğitim, terbiye gibi şahsi işlerinden de sorumludur. Buna karşılık vasi, yalnızca mali ve hukuki işlere bakar.<sup>13</sup> Başka bir ifade ile vasi, velayet altında bulunmayan kısıtlıların menfaatlerini korumak amacıyla mahkeme tarafından tayin edilen kanuni temsilcidir.<sup>14</sup> Küçüğe ya da hacr altında bulunan kişilere kimlerin vasi olacağı konusunda Mecelle’nin ilgili maddesi, bu hakkın öncelikle babaya, babanın vefatından sonra ise babanın belirlediği kişiye geçeceğini ifade eder. O da vefat ederse dedeye, daha sonra ise kadıya (kanuni temsilci) geçmiş olur.<sup>15</sup>

<sup>7</sup> Erdoğan, *Fıkıh Sözlüğü*, 603.

<sup>8</sup> Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, (Turhan Kitabevi, 2004), 419.

<sup>9</sup> Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607, md. 335.

<sup>10</sup> Serap Helvacı, Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk*, (Legal, 2018), 141.

<sup>11</sup> Cevheri, *Sihahü'l-luga c. VI* (Dâru'l-İlmî'l-Melâyin, 1990), 2525.

<sup>12</sup> Ali Bardakoğlu, “Vesayet”, *DİA*, c. XLIII, (2013): 66.

<sup>13</sup> Hayreddin Karaman, *Ana Hatlarıyla İslam Hukuku, c. II*, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2014), 43.

<sup>14</sup> Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 2013, 598.

<sup>15</sup> Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, md. 974; Ahmed Cevdet Paşa, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye) 1312/1895* (yay. haz. Ali Himmet Berki) (Hikmet Yayınları, 1982), 422.

Türk hukukunda vesayet, velayet altında bulunmayan küçük çocukların ve istisnaî olarak, velayet altına alınmamış bazı erginlerin mallarının korunması amacıyla kabul edilen bir hukukî kurumdur. Söz konusu temsil vesayet makamı (sulh hukuk mahkemesi) ile denetim makamının (asliye hukuk mahkemesi) gözetiminde olan gerçek kişiler tarafından sağlanır.<sup>16</sup> Küçüğün velayeti devam ettiği sürece, velayete sahip olan tarafın aynı zamanda çocuğun mal varlığını da muhafaza etmesi ve yönetmesi gerekmektedir. Bu sebeple Medeni Kanunda mal varlığının korunması ve hakkaniyetle yönetiminin denetlenmesi için bazı düzenlemeler mevcuttur.<sup>17</sup> Velayete sahip olan kişinin, küçüğün malları üzerinde gerçekleştirdiği işlemleri gösteren bir kayıt vermekle yükümlüdür.<sup>18</sup>

Velayete sahip olan taraftan küçüğün mallarını yönetirken gerekli özeni göstermesi, mal varlığını hem koruması hem de artışını sağlayacak ticari işlemlerde bulunması beklenir. Kanun koyucu gerekli özeni göstermediği takdirde küçüğün mallarının korunması maksadıyla hâkimin ebeveynlere talimat verebileceğini, yapılan işlemler hakkında bilgi ya da hesap verilmesini ya da güvence isteyebileceğini vurgular (TMK. md. 360). Öte yandan madde 361 gereğince de, hâkim gerekli gördüğünde küçüğün malları üzerindeki vesayet yetkisini belli mallar üzerinde geçerli olacak şekilde sınırlandırması da mümkündür.<sup>19</sup>

### C. HİDÂNE

İslam hukukunda velayetin bir çeşidi olarak ifade edilen hidâne kelime olarak kuşun yumurtasını kanatları altına alması, kanatları altında tutması anlamına gelir.<sup>20</sup> Bir şeyi yanına almak, kucağına almak ve beslemek demektir.<sup>21</sup>

Terim olarak ise küçüğün veya bakıma muhtaç olan kişinin bakım ve gözetiminin sağlanması, eğitilmesi amacıyla kanun koyucu tarafından şahıslara tanınan hak, yetki ve sorumluluğu ifade eder. Evlilik birliğinin sona erdiği durumlarda söz konusu hakkın kural olarak anneye ait olduğunu söylemek mümkündür. Zira bebeklik döneminden temyiz yaşına kadar olan dönemde çocuğun anneye olan ihtiyacı kaçınılmazdır. Annenin olmadığı durumlarda ise bu hak ve dolayısıyla sorumluluk kadın akrabalara intikal eder.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> Nevzat Koç, "Türk Medenî Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, Özel Sayı, (2005): 99.

<sup>17</sup> Türk Medeni Kanunu, md. 353.

<sup>18</sup> Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku c. III* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015), 349.

<sup>19</sup> Cem Baygın, *Soybağı Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 436-437.

<sup>20</sup> Abdurrahman Adil Eren, *Hidâne*, Matbaa-i Vasil ve Şürekâsı, Galata, İstanbul, 1313, 13.

<sup>21</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kâmusu, c. II*, (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1968), 425.

<sup>22</sup> Ali Bardakoğlu, "Hidâne", *DİA c.XVII*, (2013), 467.

İslam hukuk literatüründeki eserlerde “hidâne” konusu aile hukuku bölümlerinde ve boşanma başlığından sonra ele alınmıştır. Evliliğin sona ermesinin ardından en önemli konu başlıklarından biri çocukların bakım ve gözetimi, velayeti ve mallarının idaresi konularıdır. Hidâne döneminde, bakım ve terbiye anaya ait olmakla birlikte, söz konusu dönemde çocuğun ihtiyaçlarının karşılanması babanın üzerinde bir borç olarak görülmüştür. Bu dönemde mahkemece takdir edilen günlük nafaka miktarı babanın sorumluluğundadır.<sup>23</sup>

Türk hukukunda böyle bir ayırım olmayıp, çocuğun bakım ve gözetimi de velayet başlığı altında değerlendirilmiştir.

## II. TARİHİ SÜREÇTE VELAYETİN DÖNÜŞÜMÜ

### A. ROMA-GERMEN HUKUKUNDA VELAYET

Hristiyanlık öncesi Roma ve Germen toplumunun ataerkil bir yapı olduğu bilinmektedir. Roma’da aile babasının, ev halkı üzerinde neredeyse sınırsız iktidarı *patria potestas* (baba egemenliği) vardır.<sup>24</sup> Bu egemenlik, babaya çocuğu üzerinde vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı ile ilgili tüm yetkileri veren çok geniş bir velayet ilişkisidir.<sup>25</sup> Roma’da aile babası, hiçbir fark gözetmeksizin bütün aile bireyleri için onlar adına karar verme yetkisine sahiptir.<sup>26</sup> Annenin çocukları üzerinde hiçbir velayet hakkı yoktur, anne de aile babasının velayeti altındadır.<sup>27</sup>

Roma ailesindeki aile babası egemenliğinin bugünkü anlamda bir velayet hakkına tekabül etmediğini söyleyebiliriz. Şüphesiz en temel farklılık ise aile babası egemenliği kavramının (*patria potestas*) yalnızca aile reisinin yararını ve

<sup>23</sup> Judith E. Tucker, *Women, Family and Gender in Islamic Law*, 157.; “... *Hâkim, Afife ve Âişe ibnetey Hasan Ağa nâm sagîreteynin nafaka, kisve ve sâir havâic-i zarûriyyeleri için, medîne-i mahmiye-i Kostantiniyye mahallâtından Mi’mâr Sinan mahallesinde sâkine olan Fâtıma bt. Abdi nâm anneleri ve hâdinelерinin talebiyle mezbûr babaları Hasan üzerine zeylde mezkûr târihden i’tibâren her birine onar akçe olmak üzere yevmi râyicü’l-vakt yirmi akçe farz ve takdir etti...*” *Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil*, c. XVII, 202/183 [24a-3, Arapça]. (H. 1077 / M. 1666- 1667); *Galata Mahkemesi 7 Numaralı Sicil*, c. XXXIII, 87/121[40-3, Arapça]. (H. 985 - 986 / M. 1577 - 1578). Hidâne konusunda daha geniş bilgi için bkz.; Mustafa Yıldırım, *İslam Hukukunda Hidâne (Çocuğun Bakımı, Eğitimi ve Korunması)*, (Manisa: Emek Matbaacılık, 1990); Samed Atasoy, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hidâne*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019); Canan Tatar, *İslam’da Boşanmanın Çocuklar Üzerindeki Hukuki Sonuçları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: 2016); İrem Karakoç, *Bir İslam Hukuku Müessesesi Olan Hidâne Hakkının ve Osmanlı Aile Hukukunda Uygulanışının İzmir Şer’iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XIX, (2015), (3), 151-206.

<sup>24</sup> Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku* (İstanbul: Turhan Kitabevi, 2014), 158; A. M. Pritchard, *Leage’s Roman Private Law* (St Martin’s Press, 1964), 98.

<sup>25</sup> Bülent Tahiroğlu, Belgin Erdoğmuş, *Roma Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Der Yayınları, 2012), 157.

<sup>26</sup> Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları* (İstanbul: Beta Yayınları, 2010), 170-172; Çelebican (n 21), 160-166.

<sup>27</sup> Cahit Oğuzoğlu, *Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti* (Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, 1940), 6.

hukukunu korumaya yönelik olmasıdır.<sup>28</sup> Roma’da egemenlik çocuğun yaşı ile ilgili olmayıp, baba ölene kadar süreklilik arz eden bir kurumdur.<sup>29</sup> Dolayısıyla Roma’da aile babasının egemenliği, hem şahıs varlığı, hem de malvarlığı üzerinde cereyan etmiştir. Bu egemenliğin sona ermesi ise ancak beş ayrı şekilde gerçekleşirdi. Babanın ölmesi, ehliyetinin düşmesi (*capitis deminutio*), babanın çocuk üzerindeki hâkimiyet hakkından isteyerek vazgeçmesi (*emancipatio*), çocuğun rahip veya rahibe olmayı seçmesi ve çocuğun ölümü.<sup>30</sup> Kadınların erkekler gibi hiçbir zaman *patria potestas* sahibi olamadıkları düşünülürse, aile babası öldüğünde dahi, söz konusu egemenlik yetkisi anneye geçmemektedir. Bu sebeple babası ölmüş on beş yaş altı çocuklara mutlaka bir erkek vasi tayin edilmiştir.<sup>31</sup>

Roma toplumunda kadınların konumuna gelince, kadınlar daha az yetenekli, çoğunlukla kusurlu ve hukuki uygulamalarda eşit haklara sahip olmayan insan türünün zayıf bir cinsi olarak görülmüştür.<sup>32</sup> Kadına yönelik algıların bu şekilde yerleştiği bir toplumda kadının velayet ya da vesayet hakkından bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Çünkü Romalı bir kadın, aile reisi yaşadıkça onun velayeti altındadır. Ancak bu durum Augustus döneminde üç çocuğu olan hür bir kadın veya dört çocuğu olan azatlı kadın için geçerli olmayıp, baba egemenliğinden muaf tutulmuştur. Bu şartlardaki kadınlara tanınan bu muafiyet (*ius liberorum*) zamanla geniş uygulama alanı bulmuştur. MS. 410 yılına gelindiğinde II. Theodosius’un emirnamesi<sup>33</sup> ile bu imtiyaz Roma’daki tüm kadınlara tanınmış oldu. Böylece her kadının vesayetten kurtulduğunu ve zamanla imparatorluk bünyesindeki kadınların kendi çocuklarına vasi olabilme hakkının tanındığını anlıyoruz.<sup>34</sup>

Germen Hukuku’nda da aile babasının, çocukların ve hatta torunların üzerinde geniş bir egemenlik hakkının olduğunu söyleyebiliriz. Munt sistemi olarak ifade edilen bu uygulama Roma hukukundaki *patria potestas* uygulaması ile benzerlik gösterir. Kadınlar daima erkek velayet veya vesayeti altında yaşarlar. Aile babası veya aile babası ölünce onun yerine geçen en büyük oğul, bu uygulamayı devam ettirir. Kızlar ve dullar babalarının veya vasilerinin, evli kadınlar

<sup>28</sup> Belgin Erdoğmuş, Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukuku Pratik Çalışmaları -Meseleleri-*, (İstanbul: Der Yayınları, 2014), 157.

<sup>29</sup> Erdoğmuş, Tahiroğlu, *Roma Hukuku Pratik Çalışmaları*, 157.

<sup>30</sup> “Justinianus döneminde, babasından kötü muamele gören çocuk üzerindeki *patria potestas*ın sona erebileceği kabul edilmiştir.” bkz. Çelebican, *Roma Hukuku*, 166, 167.

<sup>31</sup> Sevgi Kayak, “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8, (2018): 249, 278; Calixte Accarias, *Précis De Droit Romain, Contenant Avec L’Exposé Des Principes Généreux, Le Texte, La Traduction Et L’Explication Des Institutes De Justinien* (Paris: Librairie Cotillon, 1886) 183.

<sup>32</sup> Fulya İlçin Gönenç, *Roma Hukukunda Kadın* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010), 7.

<sup>33</sup> Cod. Theod. (The Codex Theodosianus) md. 8, 17.

<sup>34</sup> Gönenç, *Roma Hukukunda Kadın*, 28.



ise kocalarının vesayeti altında olurlar. Bir birlik üyesinin diğeri üstündeki bu hâkimiyetine “Munt” denirdi.<sup>35</sup>

Germen Hukukundaki uygulamada Roma Hukuku’ndan farklı olarak aile babasının aile fertleri üzerindeki yetki ve hâkimiyetinin yanında, sorumluluğu da söz konusudur. Velayeti altında bulunan kişilerin mallarını idare eden baba, aynı zamanda tasarruf ettiği mallara verdiği zarardan da sorumludur.<sup>36</sup> Germen hukuk sisteminde baba velayeti altında olan bir çocuk, ekonomik özgürlüğünü eline aldığıda babanın egemenliğinden çıkabilirdi. Annenin velayet hakkı ise, aile babasının ölümünden sonra mümkün olabilirdi.<sup>37</sup>

Ortaçağda yaşanan ekonomik gelişmeler neticesinde kız ve erkek çocuklar aileden ayrılarak kendi özel hayatlarını oluşturmuşlar, eski büyük aile anlayışı yerine çekirdek aile kavramı benimsenmeye başlamışlardır. Aile reisi olarak tanımlanan babanın nüfuzu ve hukuki muhtevası değişmiş, keyfi yetki kullanımı yerine kendisine tâbi olan şahısların menfaat ve himayesi anlayışı yavaş yavaş yer bulmaya başlamıştır.<sup>38</sup>

## B. ESKİ YUNANDA VELAYET

Antik Yunan’daki velayet uygulaması Roma uygarlığıyla benzerlik gösterir. Ailenin hâkimi olan babanın mutlak bir otoritesi mevcuttur. Çocuklar ergenlik yaşına gelse dahi babalarının onları satma hakkı mevcuttur. Örneğin bir baba, davranışlarını onaylamadığı kızını satma hakkına sahiptir.<sup>39</sup> Yunan şehir devletlerinin neredeyse tümünde babanın, yeni doğan bebeğini terk etmesi doğal karşılanırdı. Tapınakların girişleri, yol kenarları bu şekilde terk edilmiş bebeklerle sıkça rastlamak mümkündü. Ayrıca baba, insan ticareti yapan kişilere çocuğunu satma hakkına da sahipti. Zengin aileler bu şekilde mallarının bütünlüğünü korumaya çalışmışlardır.<sup>40</sup>

Bilindiği üzere antik medeniyetlerin pek çoğunda siyasi ve devlet yapısı, günümüzden farklı olarak şehir devleti düzenine dayanmaktadır. Her bir şehir devleti farklı kurallarla kendi halkını yönetirdi. Aynı bölgedeki farklı site devletlerinde uygulanan kuralların ve yasamanın da farklı olduğunu görmekteyiz.<sup>41</sup> Eski Yunanda da benzer şekilde site devletleri mevcuttu. Antik Yunan tarihine

<sup>35</sup> Coşkun Üçok, “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, (1950): 292, 295.

<sup>36</sup> Sevgi Usta, *Velayet Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016), 42.

<sup>37</sup> Oğuzoğlu, *Velayetin Ehemmiyeti*, 6, 26.

<sup>38</sup> Oğuzoğlu, *Velayetin Ehemmiyeti*, 4; Ali Naim İnan, *Çocuk Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, 1968), 124.

<sup>39</sup> André Bonnard, *Antik Yunan Uygarlığı Cilt II*, çev. Kerem Kurtgözü, (İstanbul: Evrensel Basım Yayın, 2004), 142.

<sup>40</sup> Bonnard, *Antik Yunan*, 18.

<sup>41</sup> Ayşen Sina, “Eski Yunan Yargı Sistemi: MÖ. IV. Yüzyılda Atina’da Yargıçlar ve Mahkemeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 123, (2016): 419.

baktığımızda tek bir devlet halinde siyasi bir birlik teşkil edemediklerini söyleyebiliriz. Polis devleti olarak ifade edilen birbirinden farklı ve bağımsız yönetim şekilleri, şahıs hukuku ve aile hukuku alanında da mevcuttur.<sup>42</sup> Site devletlerindeki bu farklılığa örnek olarak Isparta Site Devletini gösterebiliriz. Bu yönetim şeklinde baba çocukları üzerindeki geniş hâkimiyet hakkını kötüye kullanırsa, çocuğun kendi hakkının korunması için devletten yardım istemesi mümkündür. Bu anlamda Isparta Site Devletinde, devletin çocuk üzerinde önemli bir yetkisi vardır. Burada doğan her çocuk, anne babasının yaşadığı mahalle meclisine götürülüp, sağlık kontrolünden geçirilirdi. Şayet bebek sağlıklı doğmuşsa, aileye iade edilir, ancak 7 yaşında çocuğu devlete teslim etme zorunlulukları vardı. Devlet de bu çocukları asker olarak yetiştirir ve o kurumlarda istihdam ederdi.<sup>43</sup>

Atina'daki kadınlar ise hayatları boyunca bekârken baba ve erkek kardeş, evlendikten sonra koca ile en büyük oğlun velayeti altındadır. Kadınların kendi mülkü olan tek şey ise baba evinden getirdikleri çeyiz (drahoma) mallarıdır. Ancak bu mallar da kocanın denetiminde ve kullanımı kocanın iznine bağlıdır. Atina kültüründe evlenen kadının toplumdaki asıl sorumluluğu neslin devamı için çocuk sahibi olmak ve baba evinden getirdiği çeyizle aile ekonomisine katkı sağlamaktır.<sup>44</sup> Aile birliğinde kocanın, karısı ve çocukları üzerinde mutlak hâkimiyeti söz konusudur.<sup>45</sup> Kadınlar genellikle yaşlı bir kölenin eşliğinde dışarı çıkabilirler, kendi evleri (oikosları)<sup>46</sup> dışında tek başlarına sokakta dolaşmaları uygun görülmezdi. Kadınların ev ile ilgili sorumlulukları, çocuklara bakmak, hizmetçi ve köleleri denetlemek ve ev ile ilgili her türlü işi yapmaktı. Ancak toplumun zengin ve aristokrat kadınları, halktan kadınlara kıyasla daha özgürlerdi. Örneğin, iyi eğitim alabilme, herhangi bir sanat dalı ile meşgul olma, ayrıca kendi evlenecekleri erkeği seçme konusunda da hak sahibiydiler.<sup>47</sup>

Antik döneme ait pek çok uygulamada olduğu gibi Atina aile hukukunda da karısını boşayan kocanın, çocuklarını kendi himayesi altında tutmaya devam etme hakkı, ailede kocayı daha imtiyazlı bir duruma getirmiştir.<sup>48</sup> Öte yandan aile

<sup>42</sup> Özkan Tikveş, "Eski Yunan'da Devlet Anlayışı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 35, (1969): 164, 167.

<sup>43</sup> Şevket Topal, "Korumaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslâm Hukukunda Velayet ve Vesayet Yetkisi", *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, (2006): 250, 252.

<sup>44</sup> Ayşe Gül Akalın, "Eskiçağda Grek Kadının Toplumsal Yaşantısı", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, 22, 33, (2003): 27-29.

<sup>45</sup> Recai G. Okandan, "Kadim Yunan'da Hususi Hukuk, Ceza Hukuku Adli Teşkilat ve Muhakeme Usulü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17, (1951): 786, 789.

<sup>46</sup> "Antik Yunan'da genel anlamda ev "oikos" olarak adlandırılmıştır. Oikos günümüz ev ve aile manasından farklı olarak evi, evin arazisi, hane halkını, hayvanları ve evle ilgili tüm müştemilatı tanımlamaktadır." Bkz. Defne Yılmazcan "Antik Yunan'da Oikos ve Kadın", *Çankırı Karatekin Üniversitesi Karatekin Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 8, (2020): 272, 276; Nancy Demand, *Birth, Death, and Motherhood in Classical Greece, Baltimore and London*, (Maryland: Johns Hopkins University Press, 1994), 1-3.

<sup>47</sup> Akalın, *Grek Kadının Yaşantısı*, 33-36.

<sup>48</sup> Okandan, "Kadim Yunanda Hukuk", 794.

içinde anne, babaya nispetle daha az saygı gören bir konumdadır. Babadan sonra ailenin ikinci saygın kişisi büyük erkek evlattır. Babanın hayatta olmadığı bir ailede en büyük erkek evlat annenin vasisi duruma geçer.<sup>49</sup> Vatandaşlık hukuku açısından ise, Atina kültüründe erkekler bu hakkı doğduklarında elde etmelerine karşın, kadınlar söz konusu hakka ancak erkek varis dünyaya getirdiklerinde sahip olmaktadır. MÖ. 3. yüzyıla gelindiğinde ise, kadınlar evlenecekleri erkekleri artık kendileri seçilebilmektedir. Bu dönemde kadınların haklar konusunda daha geniş yetkilere sahip oldukları anlaşılmaktadır<sup>50</sup>.

### III. İSLAM VE TÜRK HUKUKUNDA VELAYET

#### A. İSLAM HUKUKUNDA VELAYET

İslam hukukunda velayet “genel velayet” ve “özel velayet” olarak iki uygulama alanı bulmaktadır. Genel velayet, (velayet-i âmme) yöneticinin sahip olduğu velayete verilen isimdir. Özel velinin bulunmadığı zamanlarda velayet hakkı umumi veliye yani, yöneticiye, devlet başkanına geçer. “Velisi olmayanın velisi Sultandır (devlet başkanıdır)”<sup>51</sup> hadisi bu velayete örnek olarak gösterilir. Özel velayet (velayet-i hâssa) ise, kişinin kendi yakınlarından birinin kendi şahsi tasarrufları hakkında hukuki olarak yetkiyi elinde bulundurmasıdır.<sup>52</sup> İslam hukukunda “özel velayet”, veya “dar anlamda velayet” çoğunlukla küçükler, ehliyetsizler ve eksik ehliyetsizlerle, kızların evlendirilmesi konusundaki velayeti ifade eder.<sup>53</sup> Ancak biz bu makalede evlendirme velayetine değinmeyeceğiz.

Velayeti şahıs ve mal üzerindeki tasarruf olarak iki başlıkta değerlendirebiliriz. Literatürde “**el- velayet ale'n-nefs**” olarak ifade edilen şahıs üzerindeki velayet, çocuğun şahsına bağlı olan haklarının kullanımına yönelik velayetle birlikte bakım, gözetim ve terbiyesini kapsamaktadır. Söz konusu bakım ve gözetim “**el-hidâne**” olarak isimlendirilir. Mal üzerindeki velayet (vesayet) “**el- velayet ale'l- mal**” olarak ifade edilir ve çocuğun mallarının korunması, idare edilmesini ifade eder.<sup>54</sup> Küçüğün veya kısıtlı olan şahsın evlilik, boşanma gibi şahsına bağlı olan haklarını idare eden kişi veli, mallarıyla ilgili tasarrufları hayata geçiren kişiye ise vasi denir.

#### 1. Şahıs Üzerindeki Velayet (Hidâne-Velayet)

İslam hukukunda evlilik birliği devam ederken anne ve babanın çocuklar üzerinde sorumlulukları mevcuttur. Evlilik birliğinin sona ermesinden sonra, ço-

<sup>49</sup> Bonnard, *Antik Yunan*, 165.

<sup>50</sup> Akalın, *Grek Kadının Yaşantısı*, 24, 32, 36.

<sup>51</sup> Buhari, *Nikah*, 39.

<sup>52</sup> Erdoğan, *Fıkıh Sözlüğü*, 602. Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. 1, (İstanbul: Kerem Matbaacılık 1996), 307-309.

<sup>53</sup> Halil Cin, Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, (Konya: Sayram Yayınları, 2010), 309.

<sup>54</sup> Erbay, *Küçüklerin Himayesi*, 163; Zekerriyya Ahmed Berrî *Ahkâmü'l- Evlad fi'l-İslâm* (Dârü'l-Kavmiyyetu't-Tibâati ve'n-neşr, 1964), 75, 81.

cukların bakım, gözetimi ve velayeti en önemli konuların başında gelir. Doktrin-deki genel kanaat bakım ve gözetim hakkı denilen hidâne hakkının anneye, şahıs ve mal varlığı üzerindeki tasarrufu ifade eden velayet ve vesayet hakkının babaya verilmesi hususudur. Başka bir ifadeyle mali yükümlülük babanın, bakım ve gözetim ise annenin sorumluluğunda görülmüştür. Burada velayet hakkının babaya tanınması, gerek ailenin ekonomik olarak bakım külfetinin babaya ait olması, gerekse o dönemde erkeğin mali konularda daha fazla tecrübe sahibi olması ile açıklanabilir. Başka bir ifadeyle velayet hakkının çoğunlukla babaya verilmesi, bizi çocuğun menfaatini koruma noktasında anneye daha az güvenildiği sonucuna götürmez. Nitekim çocuğun en fazla korunmaya ve güvene ihtiyacı olan bebeklik döneminde, bakım ve gözetim sorumluluğu (hidâne) anneye aittir.<sup>55</sup>

Evlilik birliğinin sona ermesinden sonra çocukların hangi ebeveynin gözetiminde olacağı meselesi Hz. Peygamber döneminde de konu olmuş ve eşler arasındaki anlaşmazlıklar zaman zaman Peygambere iletilmiştir. Kayıtlarda Hz. Peygambere gelen bir kadının şu ifadesi çarpıcıdır: “*Ey Allah'ın elçisi! Şu oğluma karnım yuva, göğsüm pınar, kucağım kundak olmuştur. Şimdi ise babası beni boşamıştır ve çocuğu benden çekip almak istemektedir.*” Bunun üzerine Peygamber, “*Sen evlenmedikçe daha çok hak sahibisin.*” cevabını vermiştir.<sup>56</sup> Buradaki hadiste kadının çocuğunun bakım ve gözetim hakkını almak için başka bir erkekle evlenmeme kaydı, fikhîçılar arasında farklı görüşlerin oluşmasına zemin hazırlamıştır. Bazı hukukçular, kadının çocuğunu alabilmesi yalnızca çocuğa mahrem olan biriyle (amca) evliliği ile mümkün olabileceği kanaatindedir. Aksi takdirde çocuğun bakımını üstlenemeyeceğini savunur.<sup>57</sup>

Diğer görüşte olan hukukçular ise, çocuğa mahrem olmayanla yapılacak evliliğin, çocuğun sorumluluğunu almaya mani olmayacağını, önemli olanın çocuğun hak ve menfaatinin korunmasına devam edilmesi olduğunu belirtmişlerdir. Nitekim İbn Hazm ve Hasan Basri kadının yabancı bir erkekle evlenmesinin söz konusu hakkı düşürmeyeceğini savunur.<sup>58</sup> Bu kanaati de peygamber dönemindeki iki uygulamaya dayandırır. Birincisi Ümmü Seleme'nin Hz. Peygamberle evlendiği sırada kendi çocuğunu da yanında getirmesi, diğeri ise yine sahabeden ve peygamberin yanında uzun süre hizmet etmiş Enes b. Malik'in, annesinin başka bir erkekle evli olma durumudur.<sup>59</sup> Dolayısıyla burada asl olan çocuğun menfaati ve üstün yararı ilkesidir. Şayet kadının yabancı bir erkekle evliliği, çocuğun

<sup>55</sup> Erbay, *Küçüklerin Himayesi*, 165.

<sup>56</sup> Ahmet b. Hanbel, *Müsned*, XI, 310-311; Ebû Dâvûd, “*Talâk*”, 35.

<sup>57</sup> Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi' fi tertibi's-Şerâi'*, Tahkik: Ali Muhammed Muavviz, Adil Ahmed Abdülmevcut, 10 c., (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlimiyye, 2005), V, 172; İbn Kudâme, *el-Muğni*, Tahkik: Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki ve Abdülfettah Muhammed el-Hulvi, 15 c. (Riyad, 1997), XI, 420.

<sup>58</sup> İbn Hazm, kadının evleneceği erkeğe güvenmesi durumunda çocuğu yanına alabileceğini savunmaktadır. Bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, Tahkik: Ahmed Muhammed Şakir, 11 c., (Kahire: Mektebetü'l Cumhuriyyetü'l Arabiyye, 1970), XI, 745.

<sup>59</sup> Muhammed b. İsmail San'ani, *Sübülü's-Selam*, III, 430 (I-IV, Beyrut 1988), İlgili hadis için bkz. Ebu Davud, *Talak* 35.

haklarını koruma konusunda bir takım zararlar meydana getirecekse, o durumda çocuk kadının bakım ve gözetimine terk edilemez. Öte yandan yalnızca kadının değil, erkeğin de yabancı bir kadınla evliliği sebebiyle çocuk üzerinde kötü muamele ve belli hak kayıplarına sebep oluyorsa hâkimin velayet hakkını babadan alması gerektiğini ifade eden hukukçular mevcuttur.<sup>60</sup>

Yine Hz. Peygamber dönemindeki benzer bir olayda çocuğun bakım ve gözetiminin annede olması gerektiği anlaşılmaktadır. Kayıtlara göre Hz. Ömer eşinden boşandığı zaman, oğulları Asım'ın kimde kalacağı konusunda eski eşiyile anlaşmazlık yaşamış ve durumu dönemin devlet başkanı Ebu Bekir'e götürmüştür. Ebu Bekir, tarafları dinledikten sonra çocuğun annesiyle kalmasına karar vermiştir.<sup>61</sup>

İslam hukukunda çocuğun bakım ve gözetimi ile ilgili yer alan farklı görüşler, Peygamber ve sahabe dönemindeki uygulamalara dayanmakla birlikte, şüphesiz müçtehit imamların kendi tercihlerini ve yaşadıkları toplumun ihtiyaçlarını ve tecrübe birikimini yansıtan yorumlara dayanmaktadır. Nitekim İslam hukuk literatürü söz konusu coğrafi farklılıkların, sosyal yapıdaki ihtiyaçların ve birbirinden farklı örflerin etkisiyle bu denli zengin bir çeşitliliğe ulaşmıştır.<sup>62</sup> Bu sebeple annenin hayatta olmadığı durumlarda, çocuğun kimin yanında kalacağı konusunda da farklı görüşler vardır. Şüphesiz fitrat olarak bir çocuğa en yakın ve muamele olarak da en fazla merhamet gösterecek olan onu hayata getiren annesidir. Ancak annesi olmayan çocukların bakım ve gözetiminin anne yakını olan kadın akrabaların sorumluluğunda olması gerektiği aşikardır. Şayet o kadın akrabalar da bu görevini üstlenecek vasıfta değilirse, bu hak baba yakını kadın akrabalara geçmektedir.

Anneden sonra kimin hidâne hak ve sorumluluğa sahip olduğu konusunda mezhepler arasında farklı görüşler olmakla birlikte hukukçuların büyük çoğunluğu bu hakkın anneden sonra öncelikle anneanneye ait olduğunu ifade eder. Hanefi ve Şafilere göre anneden sonra bu hak babaanneye geçer. Çünkü babaanne de anneanne gibi çocuğa yakınlığı açısından eşittir. Ondan sonra babanın babasının annesi, sonra dedenin babasının annesi, sırasıyla öz kız kardeşe, anne bir kız kardeşe, baba bir kız kardeşe, kız kardeş kızlarına, teyzelere ve en son halalara intikal eder. Hanbeli fıkıhçılar ise anne yoksa önce babayı daha sonra anneanneyi zikreder.<sup>63</sup> Hidâne hakkının anneden sonra teyzeye geçmesi gerektiğini savunanlar Hz. Peygamberin "Tezve anne yarısıdır" hadisini delil olarak gösterir.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Muhammed Hatip Şirbini, *Muğni'l-Muhtac İla Marifeti Meani'l Eلفazi'l-Minhac Cilt III* (I-IV, İstanbul, 1958) 455. Daha geniş bilgi için bkz. Sultan Aksakal, 'Boşanmadan Sonra Çocuğun Velayeti', *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1, (2003): 167-190.

<sup>61</sup> Bardakoğlu, "Hidâne", 467.

<sup>62</sup> Saliha Okur Gümrükçüoğlu, "Erken Dönem İslam Hukuk Tarihindeki Hukuk Ekollerinin Oluşumunda Coğrafya, Kültür ve Sosyal Şartların Etkisi", *Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 8, (2017): 205.

<sup>63</sup> Vehbe Zuhayli, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, 10 c, (İstanbul: Risale Yayınları, 1994), X, 49.

<sup>64</sup> Şevkâni, *Neylu'l-evtâr min esrâri Munteka'l-ahbâr*: nşr. Muhammed Subhi b. Hasen Hallâk, Üsâmeddin es-Sabâbeti, 8 c. (Kahire, 1993), V, 390; Buhari, Sulh, 6, Kitab'ul Megazi, 43; Tirmizi, Birr, 6; Ebu Davud, Talak 35.

Çocuğun ne kadar süreyle annenin gözetimi altında kalacağı konusu hukukçular arasında farklı görüşlerin serdedilmesine sebep olmuştur. Genel kanaat hidâne müddetinin çocuğun temyiz (7-8) yaşına kadar olan zaman süreyi kapsamasıdır.<sup>65</sup> Hanefi ekolü, çocuğun ahlaki olgunluğa erişmesi, bir meslek sahibi olabilmesi gerekçesiyle temyiz yaşından sonra çocuğun babanın velayetine verilmesi gerektiğini savunur.<sup>66</sup> Malikiler ise çocuğun annenin gözetiminde kalması gerektiği zaman dilimini ergen olma yaşına kadar uzatır.<sup>67</sup> Şafililer ise temyiz yaşına gelmiş bir çocuğun (7-8), ebeveynin her ikisi de çocuğun bakım ve gözetimi konusunda eşit şartlara sahip ise ve bu konuda aralarında bir anlaşmazlık varsa çocuğun görüşü alınır. Çocuk ebeveynden hangisinin yanında kalmak isterse hâkim ona göre karar verir.<sup>68</sup> İmam Şafii'nin bu kanaatini delillendirdiği hadis ise Ebu Hureyre'den nakledilen kayıttır. Rivayete göre peygamberin yanına gelen bir kadın, kocasının kendisine fayda sağlayan, kuyudan su getiren, ihtiyaçlarında yardım eden çocuğunu elinden almak istediğini söyler. Kocasını da "Çocuğum üzerinde kim hak sahibidir?" Peygamber de çocuğa bakarak, "Bu annen, bu babandır, istediğinin elinden tut." deyince, çocuk annesinin elinden tutar ve oradan ayrılır.<sup>69</sup> Çocuğun görüşüne ne zaman başvurulacağı konusunda farklı kanaatler mevcuttur. Bu sınırın temyiz yaşı (7-8) olduğunu ifade edenlerin yanında buluş yaşı (14-15) olması gerektiğini ifade edenler de vardır.<sup>70</sup> Şüphesiz burada hâkimin çocuğun bilişsel düzeyine bakıp karar vermesi gerekmektedir.

Mezheplerin çoğunluğu çocuğun anne veya baba yanında kalma sürelerinin ergin olma yaşına kadar olduğunu savunur. Buluşdan sonra çocuğun kız veya erkek oluşuna göre farklı hükümler bulunmaktadır. Hanefi ekolündeki genel kanaat, erkek çocuğun ergin olduktan sonra herhangi bir himayeye ihtiyacı olmadığı ve tek başına yaşayabileceği görüşüdür.<sup>71</sup> Zahiri ekolü ise kız-erkek ayrımı yapmaksızın ahlaki açıdan güvenilir olması durumunda tek başına yaşayabileceğini ifade etmiştir.<sup>72</sup> Kız çocuğun annenin yanında kalma süresi için ise Malikiler evlilik şartını koymuşlardır.<sup>73</sup>

Çocuğun bakım ve sorumluluğunu üstlenen kişi söz konusu sorumluluğu en uygun bir şekilde yerine getirmekle mükelleftir. Bu görevi gerekli özeni göstermeyen kişi veya kişilerden, hidâneye hakkı olsa dahi hâkim tarafından bu hak

<sup>65</sup> Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, V, 173; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 418.

<sup>66</sup> Serahsî, *el-Mebûsût*, 30 c., (Kahire: Matbaatü's-Saade, h.1324), V, 207.

<sup>67</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 749.

<sup>68</sup> Zuhayli, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, c. X, 67.

<sup>69</sup> Ebu Davud, *Talak*, 35; Tirmizi, *Ahkam*, 21.

<sup>70</sup> Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, V, 42-43.

<sup>71</sup> Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr hüve Şerhu Muhtasarı'l-Müzenî*, thk. Ali Muhammed Muavviz ve Adil Ahmed Abdülmevcûd, 19 c., Beyrut, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1994, XI, 510-511.

<sup>72</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 756.

<sup>73</sup> Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XI, 501.

kendilerinden alınıp, başka yakına verilebilir. Hâkimin burada çocuğun üstün menfaatini korumakla yükümlüdür ve geniş bir takdir yetkisi mevcuttur.<sup>74</sup>

Yukarıda doktrinde geçen farklı kanaatlerden de anlaşıldığı üzere kadının çocuk üzerindeki bakım ve gözetim süreleri hukuk ekollerine göre farklılık arz etmektedir. Kadının hidâne hak/sorumluluğunun sona ermesinden sonra, çocuğun annede mi yoksa babada mı kalacağı konusunda genel kanaat velayetin babaya verileceği hususudur. Bu konuda Şafii, Maliki ve Hanbeli hukukçular genel olarak veli olma şartlarında “erkek olma” vasfını aradıklarından, kadının çocuk üzerinde velayet hakkının bulunmadığı öne sürerler.<sup>75</sup> Buna karşılık Hanefi mezhebinde velayette erkek olması şartı yoktur.<sup>76</sup> Bu sebeple Hanefi ekolü, çocuğa veli olabilecek kişileri sıralarken öncelikle baba, dede (babanın babası), erkek kardeş ve amca olarak belirtmiştir. Yakın erkek akrabalarından kimse bulunmazsa velayet anneye geçer. Hakim de vesayet hakkını anneye tevdi edebilir. Maliki mezhebine göre ise sırasıyla baba, babanın vasiyet ettiği şahıs, kardeş, dede ve amcadır.<sup>77</sup>

## 2. Mal Üzerindeki Velayet (Vesayet)

İslâm hukuku, aile birliği içerisinde yer alan şahısların mülkiyet haklarını korumuş, ergin olmayan çocukları bu durumdan istisna etmemiştir. Çocukların mallarının nasıl yönetileceği konusunda da temel esaslar getirmiştir. Bu sebeple çocuklar belli bir mal varlığına sahip olsalar bile, bu malların adaletle yönetilmesi için yetişkin kişilerin yardımına ihtiyaç duyarlar.<sup>78</sup> Bu anlamda İslam Hukukunda velayet ile vesayet yetkilerinin iç içe geçmiş kavramlar olduğunu söylemek mümkündür. Ergen olmayan bir çocuğun velisi olan babası aynı zamanda onun mal varlığı üzerinde de tasarruf etme hakkına sahiptir.

Kadınların gerek veli gerekse vasi olması ile ilgili Hz. Ömer’den gelen rivayet dikkate değerdir. Kayıtlara göre Hz. Ömer, kızı Hafsa’yı kendisinden sonra hem veli hem vasi olarak tayin etmiştir. Ancak bu tayin erkek yakının olmaması sebebiyle değil, bizzat Halifenin seçimi ile olmuştur. Nitekim Hz. Hafsa erkek kardeşleri olduğu halde kız kardeşlerinin evlendirilmesi, ayrıca babasından kalan malların taksimi ve idaresi konusunda veli ve vasi olarak görevlendirilmiştir.<sup>79</sup> Konuyla ilgili doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Hanefi hukukçulardan İbn Abidin’e göre yakın akrabadan (asabeden) velayet görevini üstlenecek kimse

<sup>74</sup> Bardakoğlu, “Hidâne”, s. 470.

<sup>75</sup> Şafii ekolündeki genel kanaatin aksine Şafii hukukçu Hasan b. Ahmed el-İstahrî’ye göre baba veya dede yoksa velayet anneye verilir. Bk. Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, (Konya: Atlas Akademisi, 2017), 313.

<sup>76</sup> Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, c. IX, 156.

<sup>77</sup> Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, c. X, 70-71.

<sup>78</sup> Topal, *Korumaya Muhtaç Çocukların Bakımı*, 262.

<sup>79</sup> Ebu Bekr Abdurrezzak b Hemmam es-Sanânî, *el-Musannef*, Tahkik: Habiburrahman Azami, 11 c. (Beirut: el-Meclisü'l-İlmi 1983), VI, 200.

yoksa velayet hakkı anneye geçer.<sup>80</sup> Velayet ile vesayet arasındaki fark, babanın ve dedenin hayatta olmadığı durumlarda, velayet yakın akrabaya geçerken, vasilik görevi babanın tayin ettiği kişinin sorumluluğundadır. Hanefi hukukçulara göre şayet babanın böyle bir vasiyeti yoksa, bu tayin yetkisi dedeye, ondan sonra da hâkime geçer.<sup>81</sup> Maliki ve Hanbeli hukukçular da babadan sonra vasi olacak kişinin, babanın bizzat tayin ettiği kişi olacağını söyler. Ancak böyle bir tayin yoksa vesayet dedeye değil, doğrudan hâkime geçer.<sup>82</sup>

İslam hukukunda çocukların, kısıtlıların mal varlıkları üzerindeki tasarruf önemli bir yer tutar. Özellikle yetimler mevzu bahis olduğunda gerek hadislerde gerekse ayetlerde, onlara iyi muamele edilmesi, gözetip korunmaları, mallarının haksız yere yenmemesi konusunda emirler dikkati çeker. Konuyla ilgili ayette “*Yetimleri evlilik çağına gelinceye kadar deneyin, eğer onlarda akılcı bir olgunlama görürseniz hemen mallarını kendilerine verin.*” ifadesiyle kişinin reşit olunca üzerinden vesayetin kalktığı ve mallarının idaresinin kendisine teslim edilmesi gerektiğini anlıyoruz.<sup>83</sup>

Küçüklerin vesayet hakkını elinde bulunduran kişilerin belli evsafa olmaları gerekmektedir ki, bu durum tüm hukuk sistemleri için geçerlidir. İslam hukukunda ise gerek velayet gerekse vesayet yükümlüsü olanların akıl, hür ve Müslüman olması ilk şartlardır. Bu şartların dışındaki, erkek olma ve rüşde sahip olma konusunda doktrin de fikir birliği yoktur.<sup>84</sup> Bunun dışında çocuğun menfaatini koruma noktasında güvenilir olması, çocuğun malında haksız yere herhangi bir işlemde bulunmaması şartları zikredilebilir.

Vasinin küçüğün malları üzerinde yapacağı tasarruflar İslam hukukunda ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir. Bu ayrım üç başlık halinde değerlendirilir. Birincisi, küçüğün tamamen lehine, mal varlığını arttırıcı işlemlerdir. Hibe, lehine vasiyet, miras gibi konularda vasi bunları kabule yetkilidir. İkincisi, mal varlığını arttırıcı veya eksiltme ihtimali bulunan sözleşmelerdir. Vasinin bu işlemleri de yapmaya yetkisi vardır. Örneğin küçüğün malını kendi değerinde başkasına satması, kiraya vermesi, küçüğün malıyla uygun şartlarda ticaret yapması gibi. Bizzat vasinin, küçüğün malını satın alıp alamayacağı konusu ise hukukçular arasında tartışmalıdır. Ebu Hanife babanın tayin ettiği vasiye bu hakkı tanıırken, çoğunluk vasinin böyle bir hakkının olmadığını savunur. Özellikle Maliki mezhebindeki ağırlıklı görüşe göre, vasinin küçüğün malını satın almasının ancak hâkimin onayı ile mümkün olacağını söyler. Üçüncü bir durum ise, küçüğün ma-

<sup>80</sup> İbn Abidin *Reddül-Muhtar ala Şerhi'd-Dürri'l-Muhtar*, (Kahire, 1307), II, 295. (I-IV)

<sup>81</sup> Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku c. I* (İstanbul: Nesil Yayınları, 1996), 254. Ayrıca bkz. Mecelle md. 974.

<sup>82</sup> Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, c. X, 72.

<sup>83</sup> Nisa 4/6.

<sup>84</sup> Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, c. IX, 156.



lının tamamen aleyhine olacak işlemlerdir ki, vasinin bu tür işlemleri yapmaya yetkisi yoktur. Örneğin çocuğun malını hibe etmek, başkasına borç vermek gibi.<sup>85</sup> Görüldüğü üzere İslam hukukunda küçüğün malları üzerindeki tasarruflar ayrıntılı bir şekilde işlenmiş ve her bir işlemin hukuki gerekçesi fıkıh kitaplarında geniş bir şekilde yerini almıştır.

Vasilik görevinin son bulması, küçüğün rüşd çağına ulaşması<sup>86</sup>, kısıtlı olan şahısların kısıtlılık hallerinin ortadan kalkması ya da vasilik belli bir süreliğine tevdi edilmişse, sürenin dolması ile sona erer. Ayrıca vasi olan kişinin ölümü de söz konusu ilişkiyi sona erdirir. Öte yandan hâkimin ve vasiliğini üstlenen kişinin de söz konusu vesayeti sonlandırma hakkı mevcuttur. Nitekim hâkim, vasinin işlemlerinde hukuka aykırılık tespit ettiğinde vasinin azline hükmedip, yerine yeni vasi atama yoluna gider. İncelediğimiz arşiv belgelerinde hâkimin bu şekilde verdiği kararlar mevcuttur.<sup>87</sup>

## B. TÜRK HUKUKUNDA VELAYET

Türk Medeni kanununda velayetin açık tanımı yapılmamakla birlikte hükümleri “Velayet” ve “Çocuk Malları” başlıkları altında ayrıntılı bir şekilde işlenmiştir (md. 335-351). Çocuğun dünyaya gelmesiyle ana-babanın hak ve yükümlülüğünü ifade eden velayet hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Çocuğun menfaatine hâle geldiği durumlar hariç, hâkimin de bu hakka müdahalesi söz konusu olamaz. Literatürde velayetin farklı tanımları olmakla birlikte kısıtlı çocukların da dahil edildiği bu tanımı alabiliriz:

*“Velayet, ana ve(ya) babanın korunmaya muhtaç küçük ya da kısıtlı, evlilik içi ya da evlilik dışı çocukların kişisel bakımına, mallarının korunup değerlendirilmesine ve onların temsiline ilişkin hakların ve yükümlülüklerin toplamıdır.”<sup>88</sup>*

Türk hukukunda velayet ilişkisinin kurulabilmesi soybağına bağlıdır. Velayet ilişkisi ilk olarak çocuğun doğumuyla başlar ve velayet hakkı anne babaya ait bir haktır. Söz konusu velayet ilişkisi, evlat edinen kişiler için de mümkündür. Çünkü evlat edinmeyle de soybağının kurulduğu durumlarda evlat edinenle evlatlık arasında velayet ilişkisi kurulmuş olur. Velayet hakkı başkasına devredilemez ve ana-baba bu hakkı getirdiği yükümlülüklerden feragat edemez. İslam hukukundan farklı olarak Medeni hukuka göre ana babası vefat etmiş bir çocuğun velayeti dedesine bırakılmaz. Bu şekilde olan çocuğa hâkim tarafından vasi atanır.<sup>89</sup>

<sup>85</sup> Bardakoğlu, “Vesayet”, 68.

<sup>86</sup> Nisa 4/ 5-6.

<sup>87</sup> Zuhayli, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, c. X, 239.; Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA), Ali Emiri Tasnifi (AE.SMST.III), (H. 19.01.1173- M. 12.09.1759).

<sup>88</sup> Hüseyin Hatemi; Rona Serozan, *Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 341.

<sup>89</sup> Öztan, *Aile Hukuku*, 420.; Özmen, *Velayet Hukuku Davaları*, 28.

Medeni Kanuna göre velayet çocuğun kişiliğinin ve mallarının korunması üzerine tesis edilmiş hak ve sorumluluk içeren bir ilişkidir. Ana baba evlilik birliği içinde bu yetkiyi ortaklaşa kullanır. Çocuğun güvenliğinin sağlanması, ruhsal ve bedensel sağlığı, eğitimi, ahlaki gelişimi gibi pek çok başlık ebeveyn sorumluluğu altındadır. (TMK. md. 336). Hukuken boşanma veya ayrılık sonrasında söz konusu velayetin bölünüp bölünemeyeceği konusu tartışmalıdır. Bir kısım hukukçu velayetin ana ve baba arasında bölünmesinin, çocuğun psikolojik ve ruhsal sağlığını olumsuz etkileyebileceği ve velayetin tek bir kişide olması gerektiğini savunur. Bu kanaat sahiplerine göre çocuğun bakım ve terbiyesinin bir tarafa, mallarının korunması ve idaresinin diğer tarafa verilmesi mümkün değildir.<sup>90</sup> Alman Medeni Kanunu ise çocuğun menfaatine uygun olarak bu yetkinin bölünmesine izin vermektedir. Şayet çocuğun yüksek yararı gerektiriyorsa ebeveynlerden birine bakım, ve eğitim sorumluluğu, diğerine de mallara ilişkin olan sorumluluk velayeti tanınabilir.<sup>91</sup>

Türk Medeni Kanunun ilgili hükümlerine göre hâkim çocuğun menfaatini göz önüne alarak, kendisi için en uygun tarafa velayeti vermekle sorumludur. Burada hâkimin geniş bir takdir yetkisinin olduğunu söyleyebiliriz. Söz konusu yetkiyi kullanırken, çocuğun yaşı, çocuğa sağlanacak sosyal ve eğitim şartları, kardeşleri varsa onlarla birlikte bulunma imkânı ve çocuğun hangi ebeveynin yanında kalmak istediğini de göz önünde tutulmaktadır.<sup>92</sup> Ancak hâkimin kararı sonrasında ebeveyn çocukla sağlıklı bir ilişki tesis edemez ve menfaatini göz ardı ederse, velayetin değişebileceği ya da daha farklı önlemlerin alınabileceği hâkimin takdirindedir (TMK, md. 182, 346). Hâkim kararını vermeden çocuğun ebeveynlerden hangi tarafta olmasının kendisi için daha yararlı olacağı konusunda uzman görüşüne başvurabilir.<sup>93</sup> Ayrıca davanın seyrine göre tarafları daha iyi tanımak ve çocuğun menfaatine uygun karar verebilmek için, sosyal çalışmacı, psikiyatrist, pedagoğ gibi uzmanlardan da görüş alabilir.<sup>94</sup> Henüz doğmamış çocukların velayetinin tayini söz konusu değildir. Bu çocukların velayetleri dünyaya geldikten sonra dava konusu edilebilir.<sup>95</sup>

<sup>90</sup> Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku (Çocukların Hakları ve Korunması)*, (İstanbul: Pegem Yayınları, 2018), 224; Baygın, 278; Usta, 107; Ayrıca bkz. Yargıtay 2. HD. 2007/16702 E., 2007/17570 K. sayılı ve 17.12.2007 tarihli kararı.

<sup>91</sup> Akyüz, *Çocuğun Hukuku*, 224.

<sup>92</sup> Akyüz, *Çocuğun Hukuku*, 234; Ayşe Ziyen, *Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 38, TMK, md. 339/1.

<sup>93</sup> Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, Kanun Numarası: 4787, Kabul Tarihi: 9/1/2003, RG: 18/1/2003/24997 md. 5: "*Çocuğun yüksek menfaatinin tespiti için bilirkişilere başvurulması daha uygun olacaktır.*"

<sup>94</sup> 4787 Sayılı Kanun md. 5.: "*Mahkemece verilecek diğer görevleri yapmak, üzere tercihen; evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim yapmış olanlar arasından Adalet Bakanlığınca adliyelerde görevlendirilen psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacılardan yararlanır.*"

<sup>95</sup> Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku c. III* (İstanbul:

Evlilik birliğı içerisinde beraber yürütölen velayet ilişkisinde, ebeveyn den birinin ölü mü halinde sağ kalan taraf için velayet ilişkisi devam eder. Bununla birlikte böyle durumlarda hâkim in çocuğ a vasi atama yetkisi saklıdır. Ancak tek taraf in velayeti sahiplendiğı şartta, velayete atanan kişinin ö lmesi, kısıtlılığı veya gaipliğı durumunda, velayetin diğer ebeveyne kendiliğ inden geçmesi durumu doktrinde tartışmalı bir konudur. Bir kısım yazara göre bu hak, doğrudan diğer tarafa geçerken, bir kısım yazara göre böyle bir durumda velayet kendiliğ inden diğer ebeveyne geçmez, bu durum hâkim in takdir yetkisindedir. Gerekli görürse çocuğ a vasi tayin etmesi de mümkündür.<sup>96</sup>

Velayet altında bulunan çocuğ un hayatını ilgilendiren kararlarla ilgili görü şünün sorulması da doktrinde yer alan başlıklar arasındadır. Çocuğ un yaşı büyü yüp olgunlaştı kça şü phesiz karar verme yetisi de artmaktadır. Bu anlamda kü çü ğün velayet kapsamı ile kısıtlı ergin çocuğ un velayetinin kapsamı aynı değildir. Bu konudaki düzenleme Medeni Kanunun 339. maddesi ve Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinde çocuğ un hayatı ile önemli kararlarda onun görü şünün de alınması gerektiğıne vurgu yapılmıştır.<sup>97</sup>

Velayet hak ve yetkisini elinde bulunan ebeveyn in çocuğ un bakımı, gözetimi ve mallarının idaresi gibi menfaatinin öncelendiğı işlemleri yapmakla yükümlü dür. Özellikle Medeni Kanunun ilgili hükümleri çocuğ un mallarının yönetimi ile velayet kurumuy la arasında sıkı bir bağlantı kurulmuştur. Anne babanın velayet ilişkisi süresince, hâkim tarafından atanan vasilerin aksine kural olarak hesap vermeden ve hâkim in iznine ihtiyaç duymadan çocuğ un mallarını tasarruf etme imkânı tanınmaktadır. Vesayet makamının iznine tabi konular bu hak ve yetkinin dışında tutulmuştur.<sup>98</sup> Kü çü ğün mallarını birlikte yönetme hakkına sahip olan ebeveyn in kendi aralarında görev paylaşımı yapmaları mümkündür, ancak her iki taraf in da eşit düzeyde sorumlulukları devam eder.<sup>99</sup>

Ana baba ile çocuğ un menfaatinin çatıştığı durumlarda, çocuğ un menfaatinin korunması gerektiğı Kanunda açıkça ifade edilmiştir. Her durum ve şartta çocuğ un yararının gözetilmesi gerektiğı doktrinde “*Velayet hakkı kullanılırken, çocuğ a bağımsızlık kazandırılması, dolayısıyla güvenliğinin korunması ve gerç ekleştirilmesine yönelik bir hizmet görüldüğünden, velayet hakkı bunu kullananın değil çocuğ un yararına bir hak*” olarak ifade edilmiştir.<sup>100</sup>

Filiz Kitabevi, 2005), 141.

<sup>96</sup> Akyüz, *Çocuğ un Hukuku*, 226.

<sup>97</sup> Akyüz, *Çocuğ un Hukuku*, 227-228.

<sup>98</sup> TMK m. 342; TMK m. 352/1 kanunun bu hükmüne yapılan eleştirilerde, anne babanın her zaman çocuğ un menfaatinin gözetmeme ihtimaline karşın, bu alanda daha sıkı bir denetimin gerekli olduğunu savunan yazarlar mevcuttur. Bkz. Akyüz, *Çocuğ un Hukuku*, 254-255.

<sup>99</sup> Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Aile Hukuku Cilt II* (İstanbul: Beta Yayınları, 2020), 421; Akyüz, *Çocuğ un Hukuku*, 251; Usta (n 75) 299.

<sup>100</sup> Özmen, *Velayet Hukuku Davaları*, 89.

Ana babanın çocuğun malları üzerindeki vesayet hakkına bazı mallar özelinde belli sınırlamalar getirilmiştir. Bu mallar, ölüme bağlı tasarrufla çocuğun saklı payı (miras) (TMK md. 358/I), çocuk için yapılan karşılıksız kazanımlar (hibe) (TMK md. 357) ve kişisel kazançtır (TMK md. 359). Öte yandan Kanunun yasaklı işlemler başlığı altında tasnif ettiği, kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlamada bulunma işlemleri vasi tarafından yapılması hukuken mümkün olmayan işlemlerdir (TMK md. 449). Ebeveynin çocuğun mallarında yeterince özen göstermemesi ve malların tehlikeye düşmesi durumunda, malların bir vasinin denetimine verilmesi mümkündür. Ayrıca velayet süreli bir durumdur. Küçüğün ergin olması ile ana babanın çocuk üzerindeki velayeti sona erecektir. Küçüğün ergin sayılması, onsekiz yaşın tamamlanmasıyla, mahkeme kararıyla veya evlenme ile mümkün olabilir. Erginlikten sonra çocuğun tekrar yüksek yararı veya güvenliği sebebiyle tekrar kısıtlanması gerekirse, eski velayet rejimi devam eder.<sup>101</sup>

#### IV. OSMANLI HUKUK UYGULAMASINDA VELAYET

Bilindiği üzere Osmanlı hukuk sisteminde kadınlar hukuk önünde, sözleşmeler taraf olma, dava açma, haklarını mahkemede savunma noktasında erkeklerle eşit haklara sahiptir. Kadınların kendi mallarını idare ettikleri gibi, ürettikleri ürünlerin ticaretini yaparak iktisadi hayata katkı sundukları, borçlanıp, borç verdikleri, kendilerine ait gayrimenkullerin alım satımını gerçekleştirdiklerini biliyoruz. Ayrıca kadınların vakıf kurdukları, bazı kadınların ise müteveli olarak bizzat vakfı kendilerinin yönettiği anlaşılmaktadır.<sup>102</sup> Bu bilgileri teyit eden pek çok örnek mahkeme kayıtlarında mevcuttur. Bu anlamda Osmanlı Devleti'nde kadınlar ticari işlemlerini herhangi bir vesayet altında değil bizzat yapma hakkına sahiptir.<sup>103</sup>

Osmanlı hukukunda kadınların çocuklarına veli/vasi atanma durumuna gelince, Hanefi ekolünün yansıması olarak velayette ve vasi olarak atanmada erkek olma şartı yoktur. Erkek akrabalardan sonra velayet anaya geçer.<sup>104</sup> Vasilik görevini yerine getirecek olan kişinin akıl ve ergin olmasının yanı sıra, güvenilir bir

<sup>101</sup> Hatemi, Serozan, *Aile Hukuku*, 341; Akyüz, *Çocuğun Hukuku*, 251.

<sup>102</sup> Osmanlı döneminde Üsküdar ilçesinde kadınların kurdukları para vakıflarının oranı %20 ile %50 arasında değişmektedir. Bkz. Tahsin Özcan, *Osmanlı Para Vakıfları, Kanuni Dönemi Üsküdar Örneği* (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2003) 265.

<sup>103</sup> Suraiya Faroqi, "Krizler ve Değişim 1509-1699" Editörler: Halil İnalçık, Donalt Quartert *Osmanlı İmparatorluğu'nun Ekonomik ve Sosyal Tarihi Cilt II*, (İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2004): 718-721.; Sevgi Gül Akyılmaz, "Osmanlı Devleti'nde Mülkiyet Hakları ve Mülkiyet İlişkileri Çerçevesinde Kadının Hukuki Statüsü" Editör: Fethi Gedikli, *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri c. I* (2019): 221; Hayri Erten, *Osmanlı Aile Yapısı* (Konya: Çizgi Kitabevi, 2017) 101 vd.; Saliha Okur Gümrükçüoğlu, "Osmanlı Toplumunda Kadınlar (16. ve 17. Yüzyıllar)", Editör: H. Şule Albayrak, *Kadın Olmak İslam, Gelenek, Modernlik ve Ötesi*, (İstanbul: İz Yayıncılık, 2016): 293 vd. İslam-Osmanlı geleneğinin aksine Batıda kadınların mülk edinme veya kendi malları üzerinde tasarruf etme hakkı ancak son yüzyıllara kadar mümkün olmamıştır. Nitekim İngiltere geleneğinde erkeklerin eşlerinin malları üzerinde de tam bir yönetim hakkı olduğunu biliyoruz. bkz. Tucker, "Eksiksiz Sevgi" 137.

<sup>104</sup> M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2013), 227.

kimse olması da beklenir. Vasi olacak kişilerin en önemli vasıfları, vesayetini yürüttükleri şahısların malları üzerinde yaptıkları işlemlerin adalete uygun ve mevcut mal varlığını artırıcı yönde işlemler yapmalarının gerekliliğidir. Nitekim babanın hayatta olmadığı ve kendi yerine vasi atanmadığı durumlarda mahkemelerin çoğunlukla anneleri vasi ve veli olarak atadığı kayıtlarda sabittir.<sup>105</sup> Osmanlı Devleti'nde kadınların çocukları üzerinde veli/vasi atanmalarının yanı sıra makaleye konu etmediğimiz evlendirme velayeti konusunda da kendilerine izin verildiğine dair hükümler sicil kayıtlarında geçmektedir.<sup>106</sup>

Halep eyaletiyle ilgili yapılan bir çalışmada 492 kaydın 268 adedinin kadınların çocuklarına vasi olarak atandığını gösterir (%54). Halep eyaleti özelinde kadınların çocuklarına vasi olarak atanmaları erkeklerden fazladır.<sup>107</sup> Bununla birlikte gerek ailede gerekse toplumda güçlü bir figür olduğu anlaşılan Halep kadınının, çoğu zaman toplum içinde erkeklerin alması beklenen sorumlulukları da üstlendikleri ifade edilir. Çocukların vesayetinde de şayet anne hayatta değilse, bu görevi babaanne veya teyze alırdı.<sup>108</sup> Osmanlı'da da bu uygulamanın benzerlerini Şer'iyye sicillerinde görmekteyiz. Örneğin 18. yüzyılın ilk yarısında Konya Şer'iyye sicillerinde 80 kadının çocuklarının vasiliğine atandıkları kayıtlarda sabittir.<sup>109</sup> Öte yandan kocaların malları üzerinde tasarruf yetkisini bizzat karılarına verdiğine dair kayıtlar da mevcuttur. Bu kabilden olarak bir kayıta ilmiye sınıfına mensup olan Selanik kadısı Ahmet Efendi'nin ölümünden sonra malının üçte birlik kısmının tasarrufunu vasiye-i muhtar olarak eşini tayin etmiştir.<sup>110</sup>

<sup>105</sup> Judith E. Tucker, "Eksiksiz Sevgi: Osmanlı Suriyesi ve Filistin'de İslam Hukukuna Göre Annelik" Madeline C. Zilfi (ed), *Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları*, çev. Necmiye Alpay, (İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları 2000): 236. (222-240); Judith E. Tucker, *Women, Family and Gender in Islamic Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2008) 156.

<sup>106</sup> "... Mahmiye-i İslâmbol'da Koca Mustafa Paşa mahallesinde sâkine takrîben dokuz yaşında Rukiye bt. İsmail nâm sağirenin li-ebeveyn ammetesi ve velisi mu'arrefetü'z-zât işbu bâ'isetü'l-kitâb Havva bt. Mehmed nâm hatun meclis-i şer'de takrîr-i [kelâm] ve ifâde-i merâm edip sağire-i mezbûrenin ebeveyni fevt olup ve asabâtdan velisi ve zî-rahm dahi benden gayrı veliyy-i akrebi olmamağla sağire-i mezbûreyi mehr-i misliyle âhara tezvîce kibel-i şer'den bana izin verilmeğe matlubumdur..." *Davud Paşa Mahkemesi 1 Numaralı Sicil*, c. 79, 178/143 [21a-2]. (H. 1196-1197 / M. 1782-1783).

<sup>107</sup> Margaret L. Meriwether, "The Rights of Children and the Responsibilities of Women: Women as Wasis in Ottoman Aleppo, 1770-1840" Editör: Amira Sonbol, *Women, the Family, and Divorce Laws in Islamic History (Contemporary Issues in the Middle East)*, (Syracuse: Syracuse University Press, 1996) 228.

<sup>108</sup> Margaret L. Meriwether, *The Kin Who Count: Family and Society in Ottoman Aleppo (1170-1840)*, (Austin: The University of Texas Press, 1999), 150.

<sup>109</sup> Hayri Erten, *Osmanlı Aile Yapısı*, 114.

<sup>110</sup> Gül Akyılmaz, "Kanun Önünde Eşitlik İlkesi Açısından Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü", *XIV. Türk Tarih Kongresi: Ankara 9-13 Eylül 2002: Kongreye Sunulan Bildiriler*, (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2005): 842. Çocukların velayet hakkının eski Türklerde de babanın ölümünden sonra anneye verildiğini biliyoruz. Buna karşılık velayetin anneye tevdi Batıda ancak 1870'lerden sonra kabul görmüştür. Kadınların o tarihe kadar, kendi adlarına mal edinebilme ve bir sözleşmenin tarafı olma hakları yoktu. Geniş bilgi için bkz. Orhan Türkdoğan, "Türk Ailesinin Genel Yapısı" Hakkı Dursun Yıldız (Proje Yürütücüsü), *Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi c. I*, (Ankara: Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, 1992): 33; Şefika Kurnaz, *II. Meşrutiyet Döneminde Türk Kadını* (Ankara: MEB Yayınları, 1996), 15.

Bu çalışmada incelediğimiz fetva örneklerinde çoğunlukla annenin hidâne müdretiyle ilgili fetvalara rastladık. Fetvalarda annenin veli veya vasi olduğu kayıtlar azdır. Ancak sicil kayıtlarında kadınların vasilik göreviyle ilgili daha zengin bir malzeme mevcuttur. Söz konusu vasiliğin yalnızca kocaları ölen kadınların çocukları üzerindeki sorumluluğu değil, aynı zamanda kadınların başka yetişkin kadın-erkek kişilerin malları üzerinde de vasi olarak atandığını gösteren belgeler mevcuttur. Öte yandan annenin olmadığı veya vasilik görevini ifa edemeyeceği durumlarda bu görevin anneanneye, ablaya veya teyzeye de verildiğini tespit ettik. Çalışmanın bu bölümü Osmanlı fetvaları, arşiv belgeleri ile sicillerdeki kararların incelenmesine ayrılmıştır.

## **A. OSMANLI FETVALARINDAN ÖRNEKLER**

Osmanlı Devleti'nde halkın günlük pratiklerinde karşılaştıkları problemlere cevap alabilecekleri bir sistem olan fetva geleneği, yüzyıllar boyunca devam etmiş ve bu alanda önemli bir literatür oluşmuştur. Halkın anlaşmazlığa düştüğü konularda, gerek meselenin dini hükmünü öğrenmek, gerekse söz konusu anlaşmazlığı dava konusu yapacaksa, ilgili fetva mahkemede haklılığını teyit eden bir belge görevi görmesi bakımından önemlidir. İncelenen fetvalarda çoğunlukla “velayet-i terbiye” olarak isimlendirilen kadınların çocukları üzerindeki hidâne hakkı ile ilgili sorular tespit edilmiştir. Hidâne hakkının kimde olduğu, söz konusu sürenin ne zaman nihayete erdiği ve günlük nafaka takdiri soruların konu başlıkları arasındadır. Bununla birlikte vasi olarak atanan kişilerin sorumluluklarına dair fetvalar da mevcuttur.

Bilindiği üzere İslam hukukunda ana babası ayrılmış, hidâne müddetince annenin gözetimine verilmiş çocukların nafakası babanın sorumluluğu altındadır. Söz konusu meblağ mahkeme tarafından günlük olarak hesaplanır ve ödemesi için babaya tebliğ edilir. Kadın çocuk ile ilgili harcamaları ya mahkeme tarafından takdir edilen meblağdan ya da koca ölmüşse mirasa konu maldan yapar. Fetvalar arasında nafakayla ilgili sorulara da rastlanmaktadır. Konuyla ilgili fetvalardan bir kaç örnek inceleyebiliriz:

Şeyhülislam İbn Kemal'e sorulan bir sualde, yetim bir çocuğa amcasının nafakasız olarak bakabileceği mümkün iken, bakım hakkının, şayet hidâne hakkını düşüren bir durum yoksa, anada olması gerektiği vurgulanmıştır. Hidâne hakkını düşüren durumlar, çocuğun menfaatine aykırı davranışlarda bulunması ve çocuğa zarar verebilme ihtimalidir. Böyle bir durum mevzu bahis değil de, bu hakkın anada kalması gerektiği ifade edilmiştir.

*“Mesele: Bir yetimin anası, “Ben yetimi nafaka ile beslerim.” dese, amcası dahi “Ben nafakasız beslerim.” dese, şer'an hangisine emrolunur? El-cevap: Anasına emrolunur, hakkı hidâne sakat değilse.” (D.47a; C.1b; N.64b)<sup>111</sup>*

<sup>111</sup> Ahmet İnanır, *Şeyhülislam İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Kanuni Devrinde Osmanlı'da Hukuki Hayat: mes'eleler ve çözümleri (Fetava-yı İbn Kemal)* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011), 76. Şeyhülislam Feyzullah Efendinin fetvalarında benzer bir kayıt vardır: “Üç yaşında olan Hind-i sağırenin hakk-ı hidânesi Hind'in anasının li-ebeveyn kız karındaşı Zeyneb ile babası

İslam hukukundaki genel teamüle göre çocuklar temyiz yaşına ulaştıktan sonra hidâne süreleri sona erer ve babanın velayeti altında hayatlarına devam ederler. Ancak temyiz yaşının kız ve erkek çocukta farklı olduğunu daha önce ifade etmiştik. Nitekim Hanefi, Şafii ve Hanbeli hukukçular, hidâne süresinin erkekte yedi, kız için dokuz yaşını uygun görürler. Bununla birlikte Maliki hukukçulara göre kızlar evlenene kadar analarının gözetiminde kalabilirler. Şeyhülislam Fezzullah Efendi'ye sorulan soru da yedi yaşına ulaşmış bir kız çocuğu hakkındadır. Yedi yaşında olan kızın hidâne hakkının anada olduğu ifade edilmiştir:

*“Yedi yaşında olan Hind-i sağirenin hakk-ı hidânesi anasının anası Zeyneb ile babası Zeyd'den hangisininindir? El-cevab: Zeyneb'indir.” (107/586)<sup>112</sup>*

İslam dininde erkeklerin ehl-i kitap olarak vasıflandırılan Hristiyan ve Yahudi kadınlarla evlenmesinde bir sakınca görülmemiştir. Her ne kadar tarihi uygulamalarda toplumda Müslüman kadınların ehl-i kitaptan olan kadınlara kıyasla evlenmek için tercih sebebi olması gerektiği ifade edilse de<sup>113</sup> Osmanlı tarihi boyunca bu şekilde nikâhlar daima var olmuştur. Ancak erkeğin ölümünden veya bir ayrılık sürecinden sonra çocukların çoğunlukla Müslüman kadın akrabalara verildiği anlaşılmaktadır. Nitekim konu ile ilgili bir fetvada Hristiyan bir annenin çocuğu üzerindeki hidâne süresinin bitiminde, çocuğun İslam dinini seçmesi sebebiyle artık anada değil, Müslüman bir yakınında kalması gerektiği yönünde fetva verilmiştir:

*“Hind-i Nasraniyye zevci Zeyd-i müslimin-i müteveffadan olan oğlu Amr-i sağiri bi-hakki'l-hidâne imsâk üzere iken Amr taakkul-i din edip, Amr'ın müsliminden kimesnesi olmamakla hâkim Amr'ın terbiye için vasisi Bekir-i müslime verse Hind “Anası olmakla ben terbiyeye evlayım” deyu Amr'ı Bekir'den almağa kadire olur mu? el-Cevab: Olmaz.” (107/581)<sup>114</sup>*

İslam hukukunda boşanmadan sonra küçüğün bakımını üstlenen kişiye belli miktarda nafaka takdir edilmektedir. Söz konusu nafaka miktarı da baba tarafından karşılanmaktadır. Hidâne süresi boyunca mahkeme babanın bakılacak çocuk için nafaka ödemesine hükmeder. Konuyla ilgili bir fetvada, baba nafaka ödeme-yi reddederse, küçüğü anneden alıp, bakımı için yabancı birine verilip verilemeyeceği sorusuna Ebussuud Efendi tarafından verilen cevapta, babanın nafakayı bahane edip çocuğu anadan alamayacağını vurgulamaktadır:

*Zeyd'den hangisininindir? El-cevab: Zeynebindir.” (106/577) Şeyhülislam Fezzullah Efendi, Fetevâ-yı Fezziyye haz. Süleyman Kaya, (İstanbul: Klasik Yayınları 2009) 83.*

<sup>112</sup> Fezzullah Efendi, *Fetevâ-yı Fezziyye*, 85.

<sup>113</sup> Hz. Ömer, Bakara suresindeki “İman etmedikleri sürece Allah'a ortak koşan kadınlarla evlenmeyin. Şundan emin olun ki imanlı bir câriye, sizin hoşunuza gitse de müşrik bir hür kadından iyidir.” (2/221) ayetinden hareketle erkeklerin müslüman olmayan kadınlarla evlenmesinin mekruh olduğuna hükmetmiştir. Kurtubi, *Ahkâm'ül-Kur'an Cilt II* Tahkik: Ahmet Berduni ve İbrahim İtfiyiş, (Dâr'ul-Kütüb'ül Misriyye, 1964) 68. Detaylı bilgi için bkz. Halil İbrahim Acar, ‘Evlenme Engeli Olarak Din Farkı’ *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, (2002): 21-46.

<sup>114</sup> Fezzullah Efendi, *Fetevâ-yı Fezziyye*, 84.

*Mes'ele: Zeyd, zevcesi Hind'e talak verdikde "Sağirelerine takdir olunan nafakayı vermeğe kadar değilim" deyü sağirelerini ecnebiyeye iyaliğe vermek için Hind'den almağa kadar olur mu? El-Cevab: Olmaz. Ebussuud.*<sup>115</sup>

Şeyhülislam Ali Efendi'nin fetvalarında annenin hidâne hakkına dair bir kayıta, boşanmadan sonra çocuğun bakım ve gözetiminin annede olduğu, babanın çocuğu anaya vermeme hakkı olmadığına işaret eden bir fetva göze çarpmaktadır:

*Mes'ele: Zeyd zevcesi Hind'i tatlik ettikten sonra Hind Zeyd'den olup dört-beş yaşında olan sağir oğlu Amr'i bi hakk, 'l hidâne alıp terbiye etmek murad ettikde Zeyd "Ben misaka evlayım" deyu vermemeğe kadar olur mu? El-Cevab: Olmaz.*<sup>116</sup>

Hidâne dönemi çoğunlukla ana yanında geçirilirken, küçüğün mallarındaki tasarruf ve idare kısmı (vasilik) babanın sorumluluğundadır. Ancak fetvalarda küçüğün mallarının idaresinin analara verildiğine dair bilgiler de dikkati çekmektedir. Aşağıdaki fetvada çocuğuna vasi olarak tayin edilen gayrimüslim bir ananın ölümü durumunda yerine Müslüman bir vasi atamanın gerekliliğine işaret edilmiştir. Bu fetvadan gerek gayrimüslim bir kadının çocuklara vasi tayin edilebildiğini gerekse annenin ölümü durumunda gayrimüslim yerine Müslüman bir kişinin vasi olması gerekliliği anlaşılmaktadır.

*"Zeyd-i Müslimin evlad-ı siğarına zevcesi Hind-i nasraniyeyi vasi nasb ettikten sonra musırran fevt olsa hâkim üzerine Hind'in yerine müs-lim olan kimesneyi vasi nasb etmek lazım olur mu? El-Cevab: Olur." (550/2744)*<sup>117</sup>

İslam hukukuna göre vasinin, mallarını koruma ve idare etmekle mesul olan kişiye karşı bir takım sorumlulukları vardır. Bunlar arasında şayet borç varsa, borçların tahsili, malların iyi bir şekilde yönetilmesi, yapılan yatırımlarda ve sarf edilen mallarda azami itina göstermesidir. Malları arttırma ve korumakla mesul olan vasinin, söz konusu malları hibe veya vakıf gibi, malların miktarını azaltıcı tasarruflarda bulunamaz. Borçtan ibra da aynı kategoride değerlendirilir. Nitekim 17. yüzyılın ortalarında Şeyhülislam Zekeriya Yahya Efendiye sorulan bir soru bu sorunun cevabı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Eski vasi borcun bir kısmını tahsil edip, kalan kısmı ibra etse, bu ibra geçerli değildir. Yeni atanan vasi borcu tekrar tahsil edebilir.<sup>118</sup> Yine malların yönetilmesi ile ilgili bir sorumluluk anlamında,

<sup>115</sup> Ahmet Akgündüz, *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları (Fetevay-ı Ebussu'ud Efendi)*, (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2018), 229.

<sup>116</sup> Çatalcalı Ali Efendi, *Fetava-yı Ali Efendi c. 1* haz. Esra Kılavuz Eser (İstanbul: İsar Yayınları, 2021), 160.

<sup>117</sup> Feyzullah Efendi, *Fetevâ-yı Fevziyye*, 467.

<sup>118</sup> *Osmanlı Arşivinde Şeyhülislam Fetvaları*, Proje Yöneticisi Uğur Ünal (İstanbul: Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, 2016), 26. BOA, Meşihat. Fetvalar (MŞH.FTV) nr. 1/2.



Mehmet Said Efendiye sorulan bir soruda, şayet vasi malları yönetirken mahkemenin takdir ettiği miktardan daha fazla bir harcama yaparsa, fazladan yaptığı harcamayı tazmin etmekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir.<sup>119</sup>

## B. ARŞİV BELGELERİ VE SİCİL KAYITLARINDAN ÖRNEKLER

Kadınların çocuklarının üzerinde velayet/vesayet haklarını incelediğimiz bu çalışmada Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivinde incelediğimiz belgeler 17-19. yüzyıllarını kapsamaktadır. İstanbul Kadı Sicillerinin İslam Araştırmaları Merkezi tarafından transkribe edilen 100 cildinin tamamı taranmıştır. Bu başlık altında kadınların vasi olarak atandığı arşiv belgeleri ve sicil kayıtlarında söz konusu atamaların hukuki gerekçelerine bakarak bu alandaki uygulama örneklerini gün yüzüne çıkarmak amacındayız.

1. 18. yüzyıla ait Üsküdar mahkemesinde görülen bir yaralama davasında Mustafa isimli küçüğün annesi, velisi sıfatıyla mahkemeye başvurmuş yaralama suçunu işleyenlerden şikâyetçi olmuştur. Şikâyete konu olan kişinin Yahudi cemaatinden olduğu anlaşılan davada, taraflar anlaşmış ve dava sulh ile sonuçlanmıştır.<sup>120</sup>
2. 17. yüzyıla ait bir mahkeme kaydında babası vefat eden Vahide bt. Ali isimli çocuğa annesinin vasi olarak atandığı görülmektedir. Sicil kaydında annenin vasi olarak atanmasının gerekçesinin babadan kalan mirasa konu malın muhafazası olduğu anlaşılmaktadır. Annenin vasiliğinin büluğa kadar geçerli olduğu bildirilmiştir.<sup>121</sup> Yine aynı dönemde benzer bir hükümde vasilik görevini üstlenecek annenin, çocukları hem koruyup gözetme, hem de babalarından intikal eden malın muhafazası şeklinde kayıt düşülmüştür. Mahkeme kayıtlarında genellikle babanın vefatı sebebiyle anneye verilen vasilik görevi “... *nâm sagîreyne hıfz-ı ahvâl ve müteveffâ-i mezbûr babalarından irs-i şer'le intikâl eden emvâlin zabtı için ihtiyaclarına binâen rüşd ve bülûğlarına kadar vasî nasb etti...*” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>122</sup> Buna benzer pek çok kayıt sicil defterlerinde mevcuttur.

<sup>119</sup> MŞH.FTV nr. 1/83.

<sup>120</sup> “... Medîne-i Üsküdar'da Süleymanağa mahallesinde sâkin ber-vech-i âtfî başının sol yanından taş yarasıyla muvâzzahaten meşcûc idiği lede'l-keşf ve'l-mu'âyene zâhir olan es-Seyyid Mustafa b. Mehmed nâm sagîrin vâlidisi ve velîsi mu'arrefetü'z-zât Havva bt. Hüseyin nâm hatun medine-i mezbûrede mahfil-i bâbda meclis-i şer'-i hatîrde Enfiyeci İsak nâm Yahüdî tarafından ber-vech-i âtfî tasdîka vekil olan babası Yaşova v. İsak nâm Yahüdî muvâcehesinde müvekkil-i merkûm İsak Yahüdî târih-i ilâmdan bir gün mukaddem medîne-i mezbûrede Sebilkarşısı nâm mahâlde vakt-i mağribde oğlum mezbûrun başının sol yanına taş ile bi-gayrı hakkın amden darb ve muvâzzahaten şecc etmekle mücib-i şer'isini taleb ederim deyü...” *Üsküdar Mahkemesi 531 Numaralı Sicil*, c. 81, 256/259 [23a-2]. (H. 1204-1207 / M. 1790-1793). Ayrıca bkz. *Üsküdar Mahkemesi 531 Numaralı Sicil*, c. 81, 257/261 [23a-4].

<sup>121</sup> *Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil*, c. XVII, 588/728 [91b-5, Arapça]. (H. 1077 / M. 1666- 1667)

<sup>122</sup> *Galata Mahkemesi 37 Numaralı Sicil*, c. XXXVII, 101/92 [34a-1, Arapça]. (H. 1022 - 1024 / M. 1613 - 1615). Benzer hükümler için bkz. *Galata Mahkemesi 37 Numaralı Sicil*, c. XXXVII, 61/35 [13b-1, Arapça]. (H. 1022- 1024 / M. 1613- 1615). *Galata Mahkemesi 65 Numaralı Sicil*, c. XXXIX, 171/136 [40a-1, Arapça]; 333/286 [81b-2, Arapça]. (H. 1051- 1053 / M. 1641 - 1644); *Galata*

3. Annelerin çocuklarına vasi olarak atanma gerekçelerinde, ilk atanan vasinin söz konusu görevi yerine getirmede yeterli olmaması, görevi kötüye kullanması, tasarrufunda olan malları zarara uğratması başlıkları sayılabilir. Nitekim Sofya sakinlerinden Voynukan Çeribaşısı Ahmet Ağanın yetimleri Mehmet ve Mustafa'nın vasiliğini üstlenen kişinin hukuka aykırı işlemleri açığa çıkınca hâkim tarafından azl edilip, yerine anneleri Hatice hatun tayin edilmiştir. Ayrıca yetimlerin malının azl edilen vasiden tahsil edilmesi için mahkeme tarafından mübaşir görevlendirilmiştir.<sup>123</sup> İstanbul Bab mahkemesindeki bir kayıt da benzer içeriktedir. Manisa'da başkumandanlık görevinde iken vefat eden el-Hâc Ali Çavuş b. el-Hâc Hızır'ın küçük oğlu Mehmed'e vasi olarak Mehmed Çelebi b. Halil'in bu görevi yerine getirmekte yeterli olmadığı şahitler tarafından tespit edildikten sonra mahkeme ilk vasiyi görevinden azl edip, küçüğün annesi Rahime bt. Abdülvahab'ı vasi olarak tayin etmiştir.<sup>124</sup>
4. Sicillerde mahkeme tarafından çocuklarına vasi olarak atanan kadınların, bizzat kendilerinin bu görevi yerine getiremeyeceğini ifade edip, vasilik görevinin kendisinden alınmasını isteyen taleplere de rastlanmaktadır. 17. yüzyılın başlarında Galata mahkemesindeki bir kayda göre, babaları vefat eden Ahmet ve Ayşe isminde iki küçük çocuğa (anası dışında) kadın bir vasi atanmış, ancak atanan kadın söz konusu görevi ifa edemeyeceğini mahkemeye bildirmiştir. Vasinin görevden feragat talebinden sonra mahkeme iki küçüğe anayı vasi olarak atamıştır. Mahkeme kaydındaki bilgiler sınırlı olduğundan hangi gerekçe ile söz konusu görevin ilk olarak çocukların anasına tevdi edilmediği tespit edilememiştir.<sup>125</sup>
5. 17. yüzyıla ait bir sicilde vefat eden eşi tarafından ölmeden önce vasi olarak tayin edilen Saliha isimli kadının açtığı dava dikkati çekmektedir. Kayıttan anlaşıldığına göre, Saliha bt. Abdullah, Mustafa Çelebi b. Mehmed adlı kişinin mirasa konu mallara el koyduğunu mahkemede iddia etmiştir. Mustafa Çelebi'nin hakkındaki iddiaları reddetmesi üzerine, davacı tarafından getirilen mahalle sakinlerinden oluşan üç şahit, müteveffa kocanın onların huzu-

*Mahkemesi 65 Numaralı Sicil*, c. XXXIX, 266/266 (H. 1051 - 1053 / M. 1641 - 1644); *Galata Mahkemesi 65 Numaralı Sicil*, c. XXXIX, 39/146; *Galata Mahkemesi 114 Numaralı Sicil*, c. LIV, 169/84 (H. 1083-1085 / M. 1672-1674); *Ahi Çelebi Mahkemesi 1 Numaralı Sicil*, c. XLIX, 247/343 [50b-2]. (H. 1063-1064 / M. 1652-1653); *Ahi Çelebi Mahkemesi 1 Numaralı Sicil*, c. XLIX, 358/525 [78a-2]. (H. 1063-1064 / M. 1652-1653); *Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil*, c. LIII, 269/302 [58b-3, Arapça]. (H. 1081 / M. 1670-1671); *Bab Mahkemesi 46 Numaralı Sicil*, c. XIX, 445/525[86a-2]. (H. 1096- 1097 / M. 1685 - 1686); *Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 37 Numaralı Sicil*, c. XXV, 208/232[38b-1, Arapça]. (H. 1047 / M. 1637- 1638) vb.

<sup>123</sup> BOA, AE.SMST.III (H. 19.01.1173- M. 12.09.1759); Benzer kayıt için bkz. *Üsküdar Mahkemesi 14 Numaralı Sicil*, c. V, 154/253[36b-3]. (H.953-955/ M. 1546-1549).

<sup>124</sup> *Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil*, c. LIII, 98/50[11a-1]. (H. 1081 / M. 1670-1671). Benzer bir karar için bkz. *Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil*, c. LIII, 180/166 [34a-3]. (H. 1081 / M. 1670-1671).

<sup>125</sup> *Galata Mahkemesi 37 Numaralı Sicil*, c. XXXVII, 61/35[13b-1, Arapça]. (H. 1022 - 1024 / M. 1613 - 1615).

runda karısına vasilik görevi tevdi ettiğine şahadet etmiştir. Bunun üzerine mahkeme miras hisselerinin Mustafa isimli kişiden alınıp vasi olarak atanan Saliha bt. Abdullah'a verilmesine hükmetmiştir.<sup>126</sup>

6. Osmanlı'da kadınların yalnızca vasi olarak değil, vekil, kayyım<sup>127</sup> olarak atandığına dair kayıtlar da dikkati çekmektedir. 18. yüzyılın ortalarında İstanbul Bab mahkemesindeki bir kayda göre İbrahim Efendi isimli kişinin, karısı Emetullah bt. Abdullah'ı kendi işlerinin yönetimi ve denetlenmesi için vekil, çocuklarının mallarını rüşd yaşları gelene kadar korumak ve yönetmek için de vasi olarak tayin etmiştir.<sup>128</sup> Benzer bir karar Cumhuriyetin ilanına yakın bir tarihteki arşiv belgesinde de geçmektedir.<sup>129</sup>
7. Belgelerde Müslüman çocukların zımmi kadınların (annelerin) velayetine bırakılmasının uygun olmadığını ifade eden kararlar da tespit edilmiştir. Daha önce de ifade edildiği üzere İslam hukukunda erkeklerin ehl-i kitaptan olan kadınlarla evlenmelerine bir mani yoktur. Ancak evlilik birliği nihayete erdiğinde, çocuklar gayrimüslim annenin velayetine bırakılmaları uygun görülmemiştir. Şayet çocuk bebek ise hidâne döneminde anneye olan ihtiyacı sebebiyle bir müddet annenin bakım ve gözetiminde bırakıldıktan sonra, baba hayatta değilse başka bir vasi ataması yoluna gidilmiştir.<sup>130</sup> Şüphesiz bu uygulamada çocukların İslam dininden başka bir dine yakınlık duymalarını engelleme amacına matuftur. Nitekim benzer bir kayıta İşkodra Mutasarrıfına gönderilen bir hükümde evliyken Müslüman olan ancak boşandıktan sonra tekrar eski dinine dönen Zeynep'in yanında bulunan 9 yaşındaki kızının, kendisi tarafından Hristiyan yapılmak istemesi sonucu, (muhtemelen Müslüman olan) teyzesinin yanına verilmesi karara bağlanmıştır.<sup>131</sup>

<sup>126</sup> *Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil*, c. XVII, 320/362[49b-2]. (H. 1077 / M. 1666 - 1667).

<sup>127</sup> "İslam hukukunda ehliyetizlik veya eksik ehliyet sebebiyle kişinin kısıtlanması durumunda hukuki tasarrufları velî, vasî veya kayyım vasıtasıyla denetim altına alınır. Ayrıca vekil bırakmadan ortadan kaybolan ve hayatta olup olmadığı bilinmeyen kişinin hukuki işleri yahut vasî bırakmadan ölenin vasiyetlerini yerine getirmek için hâkim kayyım tayin eder." İsmail Özmel, "Kayyım", *DİA*, c. XXV, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2002): 107.

<sup>128</sup> *Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil*, c. LXV, 319/313[69b-1]. (H. 1143-1144 / M. 1730-1732)

<sup>129</sup> Manastır Emir Çelebi mahallesi sakinlerinden Mustafa b. Veli'nin vefatı sebebiyle geride kalan üç yetime annenin hem vasi hem kayyım olarak atandığı anlaşılmaktadır. On üç yaşında İsmail için kayyımlik görevi verilen annenin, altı yaşında Nusret ve dört yaşında Macid isimli çocuklar için de vasilik görevi olduğu ifade edilmiştir. BOA, Yabancı Arşiv Makedonya (YB.021) nr. 116/102 (R-08-05-1334) (M. 8-7-1918).

<sup>130</sup> BOA, Sadaret Mektubi Kalemi Nezaret ve Devair Evrakı (A.MKT.NZD) nr. 76/86, (H-07.07.1269-M-16.04.1853); "... Dimitraki ve şeref-i İslâm ile müşerref olduktan sonra Receb olup ba'dehû vefât eden kimesnenin sulbî sağır oğlu ve sulbiye sağire kızı olup bi hakkı'l-hidâne vâlideleri Hıristiya bt. () nâm nasrâniyyenin hacr ve terbiyesinde olan Mustafa ve Hatice'nin tesviye-i umûru için bir vasî lâzım olmağın ..." *İstanbul Mahkemesi, 12 Numaralı Sicil*, 197/160[13b-5]. (H. 1073 - 1074 / M. 1663 - 1664).

<sup>131</sup> "... Çâkerleri İşkodra Sancağı'nda Bar Kazası'nda olup mutallakam Zeyneb ile beynimizde mukaddemâ müfârat vukuuyla bir nefer sağire kerimesi ol vakit mezbûre Zeyneb anın için tarafı acizânemden nafaka mutâlebe etmemek şartıyla yanında alıkoyarak ol babda tarafı

8. Gayri müslimlerin vasilik taleplerinin de şer'îyye mahkemelerinde değerlendirildiğini söyleyebiliriz. Yine aynı yüzyılda İstanbul Eyüp mahkemesinde olan bir kayıta, Yanaki, Panayot, Yorgaki ve Asanine Mirhem isimli çocuklara anneleri Eşmine bt. Yani'nin vasi olarak tayin edildiği anlaşılmaktadır. Diğer kayıtlarda da dikkati çeken "... *mezbûr babalarından kendilerine irs-i şer'le intikâl eden malların zabtı için evânî-i rüşdlerine kadar vasi nasb etti...*" ifadesi bu sicilde de yer almaktadır.<sup>132</sup> Gayrimüslimlerle ilgili bir arşiv kaydında gayrimüslim olan annenin iki kızına vasi olarak atandığı, diğer kızın oğluna da nenelerinin vasi olarak atandığı ifade edilmiştir.<sup>133</sup> Öte yandan gayrimüslimlerin emlak ve arazi işlerinde vekil olarak tayin edildikleri de anlaşılmaktadır. Selanik'te bulunup, Sofya'ya giden Hibetullah hatunun vasiliğini üstlendiği çocukların mallarını yönetirken vekil İvan S. Voyodof'u vekil tayin etmiştir. Kayıta vekilin nerede olduğu tespit edilerek çocukların mallarında gerçekleştirdiği işlemlerle ilgili bilgi alınması istenmektedir.<sup>134</sup>
9. Yine gayrimüslim bir kadının vasi olduğu ve mahallinde çözüme kavuşturulamayan davanın, Meclis-i Vala'ya havale edilmesi dikkati çeken bir kayıttır. Beyoğlu'nda Rus Sefaretinin önünde işletilen meyhane sahibinden Mihal isimli şahsın yüz bin kuruş alacağı olduğu ancak vefat etmesi sebebiyle, bu borcun tahsilinin karısına kaldığı anlaşılmaktadır. Yetimlere vasi olarak atanan kadın alacağını tahsil edememiş ve bir süre sonra o da vefat etmiştir. Meyhanenin çevre halkına rahatsızlık vermesi sebebiyle kapatılması sonucu, söz konusu alacağın tahsilinin mümkün olmadığı görülmüştür. Belgeden Mihal'in büyük oğlunun meyhanenin tekrar açılmasına izin verilmesi veya Kasımpaşa'ya taşınmasının talebi de sonuç vermemiştir. Çözüme kavuşturulamayan davanın Meclis-i Vala'ya havale edildiği anlaşılmaktadır.<sup>135</sup>
10. Osmanlı'da kadınların vasilik taleplerini bizzat mahkemeye ilettiklerine dair belgeler de bulunmaktadır. Sultan Abdülaziz dönemindeki bir belgede Penbe

şer'den itâ kılınan hüccet-i şer'îyye dahi meclis-i kazâda görüldükden sonra kaza-yı mezbûr müdürü Mehmed Bey livâ-i mezbûre göndermiş ise de nasıl ise kazâen zâyi' olmuş ve merkûme Zeyneb taht-ı nikâhında bulunduğu vakit mühtediye olup tatlık ettiğimden sonra yine tanassur ederek halbuki şimdi kerîmem mezbûreyi dahi Hristiyan etmek emeline düşmüş olduğundan lütfen ve merhameten zikr olunan hüccet-i şer'îyyenin sicil-i mahkemeden kaydının ihrâciyle yed-i âcizâneme itâsı ve bir de mezbûre kerîmemem dokuz yaşında kadar olduğundan ba'demâ büyük hemşirem câriyeleri yanında bakılmak üzere..." BOA, Sadaret Mektubi Kalemi Devair Evrakı (A.MKT.DV.), nr. 156/94-2. (H-12.10.1276 - M 3.5.1860).

Ayrıca bkz. Çocukların velayetinin zimmi kadına bırakılmasının doğru olmadığına ve çocukların mübaşir vasıtasıyla alınmasına dair kayıt. BOA, A.MKT.NZD., nr. 76/86, (H-07.07. 1269-M-16.04.1853); Konuyla geniş bilgi için bkz. Halide Aslan, *Tanzimat Döneminde Din Değiştirme Hareketleri (1839-1876)*, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2010), 172 vd.

<sup>132</sup> *Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refîa) 37 Numaralı Sicil*, c. XXV, 243/287[46b-2, Arapça]. (H. 1047 / M. 1637 - 1638).

<sup>133</sup> BOA, Hariciye Nezareti Hukuk (HR.H) nr. 638/3-4. (H-10.07.1211 - M-17.01.1894).

<sup>134</sup> BOA, Hariciye Nezareti Sofya Sefareti (HR.SFR.04) nr. 518/21. (M-03.01.1898).

<sup>135</sup> BOA, Cevdet Maliye (C.ML) nr. 481/19648-1. (H-29.12.1267 - M 25.10.1851).

isimli bir kadının evi terk eden eşinin daha sonra vefat ettiği ve çocuklarına amcanın vasi olmak istediğı anlaşılmaktadır. Amcanın vasi olarak atanması durumunda, çocukların menfaatine zarar vereceğı, bu sebeple annenin bu vazifeyi ifa etmek için mahkemeye başvurduğu anlaşılmaktadır. Belgede çocukların vasiliğinin annelerine verilmesine hükmedilmiştir.<sup>136</sup>

11. Bir diğere belge, eski Musul valisinin yetimlerinin vasileri olduğu anlaşılan Esmâ ve Şemsfer hanımların, nazır Ethem Paşa'dan yetimlerin mallarındaki nemayı taleplerine dair arzuhaldir. Belgeden anlaşıldığına göre nazır Ethem Paşa yetimlerin mirasa konu bin dokuz yüz kese akçeyi dört sene emanette beklettiğini ifade etmiş, vasiler ise bu süre zarfında mezkûr malda 10,5 üzerinden oluşan faizi talep etmektedir.<sup>137</sup> Hükümde mirasa konu olan mallara bakan memur Osman beyin muhasebe kayıtlarına bakılıp, şayet Ethem Paşa'ya taalluk eden bir meblağ varsa, konuya ilişkin bir vekil tayin edilmesi ve meselenin hakkaniyetle çözülmesi gerektiğı ifade edilmiştir.<sup>138</sup>
12. Belgelerde nadir de olsa vasilik görevini kötüye kullanan kadınlara dair kayıtlara da rastlanmaktadır. Selanik Mahkemesine açılan bir davada, Selanik'te mukim İrfan beyin kızı Zehra, artık rüşd yaşına geldiğinden ninelerinin vesayetinin kaldırılmasını talep etmiştir. Ninenin kendilerine vasilik yaptığı dönemde kendilerine ait çiftliğin tamiri için yalnızca altıyüz lira masraf kâfi gelirken, söz konusu araziye gereksiz yere inşaat yapıp, tasarrufunda olan malda maddi zarara yol açmıştır. Bu sebeple vasilik görevinden azli talep edilmiştir.<sup>139</sup>
13. Sicillerde çocukların annelerinin yanında büyükanne ve teyzelerinin de vasi tayin edildiğı kararlara rastlanmaktadır. Örneğin Üsküdar mahkemesinde görülen bir davada Simone ve Rine isimli iki yetim gayrimüslim çocuğun vasileri görevini suistimal edince, mahkeme anneannelerine vasilik görevini tevdi etmiştir.<sup>140</sup>

<sup>136</sup> BOA, Maliye (MVL) nr. 539/61-1. (H. 4 /03/1284 - M. 6/7/1867).

<sup>137</sup> "Vâsiyeleri bulunduğumuz esbak Musul Valisi müteveffâ Mehmed Paşa'nın eytamlarının nazır bulunan devletli Hacı Ethem Paşa hazretleri hîn-i nezaretinde tereke-i müteveffâ-yı müşârun-ileyhin nukud-ı mevcudundan bin dokuz yüz kese akçeyi dört sene emanette durdurum diyerek hesap vermiş ise de sâir eytama olunan muamele misillü onu on buçukdan icab eden nemasını mutâlebe etmekte olduğumuzdan..." BOA, MVL nr. 112/7-2 (H. 21/04/1268 - M. 13/2/1852).

<sup>138</sup> "Musul Valisi esbak Müteveffâ Mehmed Paşa eytamının marifet-i behiyeleriyle devr ve tesviye olunan akçe ve sâireden dolayı olan muhasebelerinin rüyeti zımında taraf-ı vâlâlarından münasib birinin vekil tayin olunmasını müstedî vasiyyeleri Şemskamer ve Esmâ Hanımlar taraflarından takdim olunan arzuh Meclis-i Vâlâ'ya lede'l-itâ suret-i istidaya nazaran husus-ı mezkûr için taraf-ı vâlâlarından bâ-hüccet-i şer'iyye bir münasibinin vekil tayin olunması..." BOA, MVL nr. 112/7-1 (H. 21/04/1268 - M. 13/2/1852); MVL 112/7-3.

<sup>139</sup> "... sağîre-i mezburenin hukukunun kasden ziyâ'ına meydan vermiştir ki bu kabîl hatunun müsbet olan acziyyetine karşı vesayetde ibkâsı şer'an câiz olamayacağından vasi-i mezbure Sıdika Hanım'ın azliyle evsâf-ı matlûbeyi câmi' erbâb-ı iktidârdan birinin vesayete tayini talep ederim." BOA, Rumeli Müfettişliği Arzuhaller (TFR.I. ŞKT) nr. 108/10707-1 (H-24-01-1325/M 9-3-1907).

<sup>140</sup> *Üsküdar mahkemesi 14 Numaralı Sicil*, c. V, 154/253[36b-3]. (H.953-955/ M. 1546-1549).

14. Kadınların yetişkin kişilerin mal varlıkları üzerinde vasilik görevinde bulunmaları kimi zaman ölen kişinin vasiyeti üzerine vuku bulmuştur. İncelenen kayıтта terekesinden zengin bir kadın olduğu anlaşılan Havva isimli kadının vasiyetinde Arife isimli kadını vasi olarak tayin ettiği yazmaktadır. Belgede terekedeki kıymetli ziynet eşyaları tek tek sayılmış ve Havva isimli kadın söz konusu malların vasi tarafından isteği doğrultusunda işleme konulmasını talep etmiştir.<sup>141</sup>
15. 17. yüzyılda İstanbul Mahkeme kayıtlarında bir belge dikkati çekmektedir. İstanbul'un Çukur mahallesinde vefat eden Hacı Mustafa'nın küçük oğlu Mustafa üzerine bir vasi tayin etmek gerektiği ifade edilmiş. Ancak tayin edilecek vasilerin tasarruflarını denetlemek üzere ayrıca bir nazır atamak gerektiği de kayıтта geçmektedir. Belgeden nazırlık görevini üstlenecek kişinin küçüğün annesi Timurhan bt. Abdullah olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme bu görevi anneye tevdi etmiştir.<sup>142</sup> Belgeden de anlaşıldığına göre Osmanlı uygulamasında kadınlar yalnızca çocukları üzerinde vasi olarak atanmamış, çocuklar üzerindeki vesayet görevini denetleyen nazır konumunda da atanmışlardır. Buna karşılık yine aynı yüzyıldaki bir kayıтта küçüğün vefat eden annesinden kalan mirasın korunması için nenesi Canfeda hatunun vasi olarak atandığı, ancak muhtemelen yaşı sebebiyle yapılan işlemlerin bir nazır tarafından denetlenmesi hükme bağlanmıştır.<sup>143</sup>
16. Mahkeme tarafından annelere tevdi edilen bakım ve gözetim (Hidâne) görevine babaların müdahale etmemesi gerektiğini içeren uyarılar da belgelerde karşımıza çıkmaktadır. Edirne ilindeki bir kayda göre eşinden ayrılan Zeynep hanımın küçük kızının hidâne hakkının kendisinde olduğu, eski kocasının bu duruma müdahale etmemesi gerektiği vurgulanmıştır.<sup>144</sup> Bilindiği üzere İslam hukukunda çocukların temyiz yaşına kadar olan bakım ve gözetimi anaya, şayet ana hayatta değilse ana tarafından kadın akrabalara tevdi edilir.

<sup>141</sup> "... eşyâ-i terekemden yirmi beş miskâl altından masnû' bir çift Çine? işi bileziğim ve otuz kırat bir tek zümrüd küpem ve yeşim üzerine yirmi aded hurde yâkutla murassa' bir ön altın kuşağım semen-i misilleri ile bey' olunup mârrü'z-zikr ön kuşağın semeni iskât-ı salâtıma ve bilezik ve küpenin semenlerinden sünnet-i seniyye-i Nebeviyye üzerine techîz ve tekfînine kifâyet mikdârı harc olunup bâkîsi ile eyyâm-ı mu'tâdede zevcim için tabh-ı ta'âm olunup fukarâ-i Müslimîne it'âm oluna deyü vasiyet ve bu vasiyetimi tenfize müvekkile-i mezbûre Arife Hatun'u vasiyy-i muhtâr nasb u ihtiyâr edip..." *Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil*, c. LIII, 479/588 [107b-2]. (H. 1081 / M. 1670-1671).

<sup>142</sup> *İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil*, 445/468 [125b-1]. (H. 1086- 1087 / M. 1675- 1676).

<sup>143</sup> "... sağır-i mezbûrun ninesi olan Canfedâ Hâtun bt. Abdullah nâm hâtunu dahi sağır-i mezbûrun umûrundan nâzıra-i mezbûrenin ma'rifeti ve izni olmaksızın hiçbir şey yapmamak üzere onun üzerine nâzır kıldıkda ol dahi nezâret-i mezbûreyi kabûl ve umûrunu ikâme etmeyi iltizâm ettikde kabûl ve iltizâm-ı sahihain-ı şer'iyyeyn [kayd olundu]..." *Eyüp Mahkemesi 49 Numaralı Sicil*, 198/201[39a-2]. (H. 1054 - M. 1644).

<sup>144</sup> "... ba'de'l-mürâfa'a hakk-ı hidâne bunun olduğu şer'an sâbit ve zâhir ve sağîre-i mezbûreyi buna vermek üzere tenbih oldukda mütenebbih olmayıp inadında ısrar üzere olduğu ve bu babda davasına muvafık fetevâ-yı şerifesi olduğun bildirip fetevâ-yı şerifesi mucebince şer'le görülüp ..." BOA, AE.SMST.III, nr. 69/5138. (H-20/08/1181 - M.11/01/1768).

17. Gerek hidâne ile ilgili kararlarda gerekse annelerin veli/vasi olarak tayin edildiği kararlarda, nafaka babanın malından karşılanmaktadır. Mahkeme çocukların bakımı süresince çocuk sayısına göre günlük nafaka edip, bu meblağı koca ölmüşse mirasa konu malından, hayatta ise kadına koca adına borçlanma izni tanınmıştır. Sicillerde bu şekilde istidaneye imkân tanyan pek çok kayıt mevcuttur.<sup>145</sup>
18. İncelen kayıtlarda annenin çocuklara vasi olarak atanmasının gerekliliği açıklandıktan sonra, kendisine bu görev tevdi edilen kadınların (çoğunlukla anneler) söz konusu görevi kabul edip, sorumluluklarını yerine getirme konusunda mahkeme huzurunda söz verdikleri kayda geçmiştir.<sup>146</sup>
19. İslam hukuk literatüründe annenin çocuğa yabancı bir erkekle evliliğinin hidâne hakkını düşüreceği konusundaki görüş farklılıklarını daha önce ifade etmiştik.<sup>147</sup> 18. yüzyıla ait Üsküdar mahkemesindeki bir kayda göre Ayşe isimli kadının çocuğuna bakmakla sorumlu olduğu hidâne döneminde, yabancı bir erkekle yaptığı evlilik söz konusu hakkın düşmesine sebep olmuştur. Bunun üzerine Ayşe hanımın kayınpederi Abdullah Ağanın mahkemeye başvurup hidâne hakkını talep ettiği ve mahkemenin çocuğun bakım ve gözetimini dedeye tevdi ettiği anlaşılmaktadır.<sup>148</sup> Öte yandan çalışma dönemi-miz dışında tespit ettiğimiz benzer bir kayda dikkati çekmek istiyoruz. Velayetten farklı olarak vesayette, annenin yabancı bir erkekle yaptığı evliliğin çocuğun vasilik görevini üstlenmekte engel teşkil etmediği anlaşılmaktadır. Cumhuriyetin ilanına yakın 1920 tarihli belgeye göre, Manastır'ın Balıvoy-

<sup>145</sup> "... Ayşe ve Emine nâm sagireteyninin ve Mülâyim bt. Abdullah nâm câriyelerinin nafaka, kisve ve sâir havâic-i zarûriyeleri için, himâye ve terbiyesi altında bulundukları Hatice Hâtun bt. Mehmed nâm annelerinin talebiyle, müteveffâ-i mesfûr babalarından irs-i şer'le kendilerine intikâl eden mâllardan alınmak üzere, zeyilde mezkûr târihten i'tibâren yevmi râyicü'l-vakt on beş akçe farz ve takdîr etti. Hâkim, istidâne edip sonra sagireteyn-i mezkûreteyni nafakasız bırakıp yolculuğa çıkan vasîlerine rücû' etmesine mezbûre anneye izin verdi." *Rumeli Sadareti Mahkemesi 56 Numaralı Sicil*, c. XIV, 230/242 [47a-2, Arapça]. (H. 1042-1043/M. 1633). Ayrıca bkz. *Rumeli Sadareti Mahkemesi 56 Numaralı Sicil*, c. XIV, 111/87[17b-2, Arapça]. (H. 1042-1043/M. 1633); *Ahi Çelebi Mahkemesi 1 Numaralı Sicil*, c. XLIX, 280/397 [58b-2, Arapça]. (H. 1063-1064 / M. 1652-1653); *İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil*, c. XVI, 290/307 [26(2)a-4, Arapça]. (H. 1073-1074/M. 1663-1664); *Bab Mahkemesi 54 Numaralı Sicil*, c. XX, 291/343 [58b-2, Arapça]. (H. 1102 / M. 1691). *Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil*, c. XVII, 202/183 [24a-3, Arapça]. (H. 1077 / M. 1666 - 1667); *Galata Mahkemesi 7 Numaralı Sicil*, c. XXXIII, 87/121[40-3, Arapça]. (H. 985 - 986 / M. 1577 - 1578).

<sup>146</sup> "... bundan akdem vefât eden zevci Halil Reis'le müşterek kızı olan Râbia nâm sagireye zabt-ı ahvâli ve müteveffâ-yı mezbûr babasından irs-i şer'le kendisine intikâl eden malların muhâfazası için ihtiyâcına binâen annesi hâmiletü hâze'l-kitâb Selime bt. Ali'yi vasî nasb etti. Mezbûre Selime de vesayet-i merkûmeyi kabûl edip hizmet-i lâzimesini edâyı ta'ahhüd etti..." *Galata Mahkemesi 65 Numaralı Sicil*, c. XXXIX, 109/146[33b-3, Arapça]. (H. 1051 - 1053 / M. 1641 - 1644).

<sup>147</sup> Bu konudaki görüş farklılıkları bu çalışmanın "İslam Hukukunda Velayet" başlığında işlenmiştir.

<sup>148</sup> "... Ali nâm sagîr vâlidisi mezbûre Âişe Hatun'un bi-hakk'ı'l-hidâne hacr ve terbiyesinde iken mezbûre Âişe Hatun nefsinin sagîr-i mezbûra ecnebîye tezvîciyle hakk-ı hidânesine sâkîta ve sagîr-i mezbûr Ali'nin benden gayri vefîsi dahi olmamağla sagîr-i mezbûru bana teslimine mezbûre Âişe Hatun'a kıbel-i şer'den tenbîh olunmak.

voda mahallesinde oturan Bakiye isimli küçük kızın babası ölmüş ve kalan malların korunması ve yönetilmesi için kendisine vasi atanması gerekmektedir. Küçük kıza annesi Meyviş Hanım ile üvey babası Abdullah Ağa b. İslam vasi tayin edilmiştir.<sup>149</sup>

## SONUÇ

Tarihin farklı dönemlerinde ve farklı coğrafyalarda uygulama alanı bulan aile babasının çocuklar üzerindeki velayet hakkı, uzun dönem herhangi bir sorgulama ve denetimden uzak bir şekilde sürmüştür. Nitekim bu geniş yetki, aile bireylerini borç karşılığında alacaklıya satma, rehin bırakma ve aile babasına yapılan itaatsizlik sonucu ölüme kadar giden farklı cezalandırma şekillerini de kapsamaktadır. Örneğin Roma'da çocuk üzerindeki egemenlik hakkı, çocuğun yaşı ile sınırlı olmayıp, aile babasının ölümüne kadar devam eden bir durumdur. Çocuğun üzerindeki egemenlik hakkı, babanın ölmesi dışında, babanın bizzat bu haktan vazgeçmesi ile mümkündür. Bunun dışında babanın ehliyetinin yok olması, çocuğun rahip veya rahibe olmak istemesi yahut çocuğun ölmesi, söz konusu velayet hakkını düşürür. Roma toplumunda kadınların konumu çocuklardan farklı değildir. Kadın da çocukları gibi aile babasının velayeti altındadır. MS. 410 yılındaki II. Theodosius'un emirnamesinden sonra kadınlar üzerindeki bu vesayetin kaldırılmaya başladığını anlıyoruz. Bu tarihten sonra kadınların da kendi çocuklarına vasi olabilme haklarının tanındığını söyleyebiliriz.

Antik Yunan'daki uygulamada babanın çocukları üzerindeki egemenlik hakkı Roma'daki uygulamayla benzerlik arz eder. Çocuk ergenlik yaşına gelse dahi babanın çocuğu satma hakkı vardır. Babadan sonra ailenin ikinci saygın kişisi ise büyük erkek evlattır. Babanın öldüğü durumlarda velayet hakkı büyük oğula geçer, anne de diğer çocuklar gibi büyük erkek evladının hâkimiyeti altına girer. Atina'da kadınlar hayatları boyunca bekârken baba ve erkek kardeş, evlendikten sonra ise koca ve en büyük oğlun velayeti altındadır.

İslam hukukunda çocukların bakım, gözetim ve velayeti, çocuğun yaşına göre tanzim edilmiştir. Temyiz dönemi olarak adlandırılan 7 yaşına kadar olan sürede anneye olan ihtiyaç sebebiyle, çocuk annenin gözetimi altındadır. Temyiz yaşı konusunda hukukçular arasında kız çocuk için 9 erkek çocuk için 7 yaş

<sup>149</sup> "... her suretle emânet ve istikâmeti malum ve umur-ı vesayeti ifaya muktedir bulunan validesi Meyviş Hanım ile üvey pederi Abdullah Ağa b. İslam'ı sağıre-i mezbûrenin vakt-i rüşd ve sedâdına değin mahallemizce vasi ve tensib eylemiş olduğumuzdan muâmele-i şer'iyyenin icrasıyla muktezî hüccet-i şer'iyyenin itâsı zımında işbu şehâdetnâmemiz bi't-tanzim cânib-i şer'-i şerîfden takdîm kılındı." BOA, YB.021 116/641 (R. 08/07/1336 - M. 8/7/1920) Aynı yüzyılda dikkati çeken bir başka belgede mahkeme tarafından bir kadına tevdi edilen vasilik görevinin, bir başka kadının mallarının muhafazası için olduğu anlaşılmaktadır. BOA, YB.021 116/50 (R.14/09/1333 - M. 14/11/1917) Yine benzer bir kayıтта akli dengesini kaybeden anneye yetişkin kızının vasi olarak atıldığı örneği. (BOA), YB.021 nr. 116/605-1, (R. 20/07/1336 - M. 20/9/1920); YB.021 nr. 116/605-2, YB.021 116/605-3.



olmak üzere farklı görüşler vardır. Maliki ekolünde kızların evlilik yaşına kadar annenin gözetiminde kalmaları daha uygun bulunmuştur. Temyiz yaşına kadar anne veya kadın akrabalar tarafından sağlanan bakım ve gözetim tamamlandıktan sonra, çocuk babanın velayetine verilir. İmam Şafii ise, evlilik birliğinin sona ermesi durumunda, çocuk temyiz yaşını geçmişse ve ebeveynin her biri eşit sosyo-ekonomik şartlara sahip ise, çocuğun görüşüne başvurulması gerektiğini ifade eder. Çocuk hangi ebeveynin yanında kalmak isterse hâkim o yönde karar verir.

Kadının hidâne hak/sorumluluğunun sona ermesinden sonra, çocuğun anede mi yoksa babada mı kalacağı konusunda doktrinindeki genel kanaat velayetin babaya verileceği hususudur. Bu konuda Şafii, Maliki ve Hanbeli hukukçular genel olarak veli olma şartlarında “erkek olma” vasfını aradıklarından, kadının (hidane döneminden sonra) çocuk üzerinde velayet hakkının bulunmadığı öne sürerler. Buna karşılık Hanefi mezhebinde velayette erkek olma şartı bulunmadığından, yakın erkek akrabalarından kimse bulunmazsa velayet anneye geçer. Şüphesiz İslam hukuk literatüründeki görüş farklılıklarında Hz. Peygamberin yaşadığı dönemdeki farklı uygulamaların yanında, her müçtehit imamın kendi dönemindeki sosyal ihtiyaçlar, toplum yapısı kendi kişisel tecrübelerinin etkisi de yadsınamaz.

Türk Medeni Kanununa göre ise çocukların velayetini evlilik birliği içinde ana baba beraber yerine getirir. Taraflardan birinin ölümü durumunda hâkim diğer ebeveyne velayet sorumluluğunu tevdi eder. Ayrılık durumunda ise çocuğun üstün menfaati esas alınarak hâkim hangi tarafa çocuğu teslim edeceğine karar verir.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden Osmanlı hukuk uygulamasında kadınların çocukları üzerindeki velayet hakkı, 17-19. yüzyıllar arasındaki arşiv belgeleri ve İslam Araştırma Merkezinin 100 ciltlik olarak yayınladığı İstanbul Kadı Sicillerindeki kayıtlar doğrultusunda şekillenmiştir. Gerek İstanbul Kadı Sicilleri gerekse Osmanlı Arşivindeki farklı tasniflerde yaptığımız taramalar sonucu, Osmanlı Devleti’nde kadınların gerek çocuklarına gerekse başka yetişkinler üzerinde vasi olarak atandığını tespit ettik. Kadınların çocuklarına vasi olarak atanmaları çoğunlukla kocalarının ölümü, evi terk etmeleri veya kaybolmaları sonucu gerçekleşmiştir. Bu kayıtlar bize İslam hukukundaki ağırlıklı görüşe göre kadınların yalnızca çocuğun bakım, gözetim ve terbiye (hidâne) hakkının olduğu, velayet ve vesayetin yalnızca babada veya babadan sonra erkek akrabaların hakkı olduğu kuralıyla tam olarak örtüşmediğini kanıtlar. Nitekim diğer hukuk mezheplerinden farklı olarak Hanefi ekolündeki görüşe göre, çocuğa atanacak veli/vasi yoksa, hâkimin takdiriyle annenin de bu görevi ifa etmesi mümkündür. Nitekim Osmanlı mahkemelerindeki yürürlük kaynaklarının Hanefi ekolü çerçevesinde olması incelenen belgelerde kendini göstermiştir. Özellikle babanın ölümünden sonra mahkeme çoğunlukla anneye vasilik görevini tevdi etmiştir. Şüphesiz burada mahkeme kadılarının verdikleri kararlar, çocuğun âli menfaatleri doğrultusun-

da, hangi yakınının çocuğun malını iyi niyetle koruyacağı hususundaki birikim ve tecrübeye bağlı içtihadı dayanmaktadır. Zira incelenen bazı kayıtlarda, babanın ölümü sonrasında amca ve diğer erkek akrabaların özellikle miras konulu malda adalete uygun olmayan tasarrufları sebebiyle, hâkimlerin atanan vasileri azl edip, yerine çoğunlukla anneleri tayin ettiği tespit edilmiştir.

Bilindiği üzere çocukların bebeklik dönemlerini annelerinin yanında geçirmeleri, sağlıklı gelişimleri için elzemdir. Hidâne dönemi denilen bu süre zarfında çocuklar ya annelerine, anneleri hayatta değilse, anne tarafından kadın akrabaların gözetimine verilmiştir. Bunlar teyze, nine veya diğer kadın akrabaların olması mümkündür. Ancak incelediğimiz belgelerde çocuklar üzerindeki vasilik görevinin de teyze, abla ve nine gibi yakınlarla verildiği anlaşılmaktadır. Her bir olayı kendi şartlarında değerlendirmekle beraber, anne babası vefat eden çocuğun mallarının korunması ve en iyi şekilde yönetilmesi konusunda yanında güvenilir kim varsa mahkeme bu görevi o kişiye tevdi etmiştir. Osmanlı mahkemelerinde verilen kararlarda vasiinin erkek veya kadın olmasının herhangi bir farkının olmadığı anlaşılmıştır.

Kadınların çocukları üzerindeki vasilik görevi dışında yetişkin kişiler üzerinde vasi olarak atanmalarına örnek olarak, mallarıyla ilgilenmeye fırsatı olmayan bir kadına, başka bir kadının vasi atanması ve akli dengesi yerinde olmayan bir kadının mallarının yönetimin kendi kızına verilmesini gösterebiliriz. Öte yandan kadınların yalnızca vasi olarak değil, vasilerin yaptıkları işlemleri denetleyen “nazır” olarak da atandıkları örnek dikkat çekicidir. 17. yüzyıldaki kayda göre babası vefat eden küçük yaşta bir çocuğun mallarının idaresi için bir vasi atamanın zaruretini ifadeden sonra, atanan vasilerin denetlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Kayıttan anladığımızı göre, iki erkek vasiyi denetim görevi Timurhan bt. Abdullah isimli bir kadına tevdi edilmiştir.

Sonuç olarak Osmanlı Devleti’nde kadınların çocukları üzerindeki velayet/vesayet haklarının uygulamada olduğu, imparatorluğun bazı bölgelerinde ise yekûn olarak toplam kayıtların yarısından fazlasını teşkil ettiği tespit edilmiştir. Bu sonuç biz araştırmacılara, Osmanlı hukukunun uygulayıcıları olan kadıların İslam hukukunun kendilerine tanıdığı geniş takdir yetkisine dayanarak dönemin şartlarına uygun çözüm odaklı hükümler verdiğini kanıtlar.

## KAYNAKÇA

### Arşiv Belgeleri

- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA); BOA, Ali Emiri Tasnifi (AE.SMST.III), nr. 69/5138.
- BOA, Sadaret Mektubi Kalemi Nezaret ve Devair Evrakı (A. MKT. NZD.), nr. 76/86.
- BOA, Sadaret Mektubi Kalemi Devai Evrakı (A. MKT. DV.), nr. 156/94-2.
- BOA, Hariciye Nezareti Hukuk (HR.H), nr. 638/3-4.
- BOA, Hariciye Nezareti Sofya Sefareti (HR. SFR. 04), nr. 518/21.
- BOA, Cevdet Maliye (C.ML), nr. 481/14648-1.
- BOA, Maliye (MVL), nr. 539/61-1; 112/7-1-2-3.
- BOA, Rumeli Müfettişliği Arzuhaller (TFR.I. ŞKT), nr. 108/10707-1.
- BOA, Yabancı Arşiv Makedonya (YB.021), nr. 116/102; 116/641; 116/50; 116/605-1-3.
- Ahi Çelebi Mahkemesi 1 Numaralı Sicil*, (1063-1064/1652-1653), Proje Yönetmeni: M. Akif Aydın, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, 2019.
- Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil*, (1077/1666-1667), Rifat Günelan, İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil*, (1081/1670-1671), İstanbul: İSAM Yayınları, 2019.
- Bab Mahkemesi 46 Numaralı Sicil*, (1096-1097/1685-1686), Hazırlayanlar: Sabri Atay, Hüseyin Kılıç vd., İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- Bab Mahkemesi 54 Numaralı Sicil*, (1102/1691), Hazırlayanlar: Hüseyin Kılıç, Yılmaz Karaca vd., İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil*, (1143-1144/1730-1732), İstanbul: İSAM Yayınları, 2019.
- Davud Paşa Mahkemesi 1 Numaralı Sicil*, (1196-1197/1782-1783), İstanbul: İSAM Yayınları, 2019.
- Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 37 Numaralı Sicil*, (1047/1637-1638), Salih Kahrıman, Sabri Atay vd., İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- Eyüp Mahkemesi 49 Numaralı Sicil*, (1054/1644), Ayşe Seyyide Adıgüzel, Zeynep Trabzonlu, İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- Galata Mahkemesi 7 Numaralı Sicil*, (985-986/1577-1578), Mehmet Akman, Fethi Gedikli, İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- Galata Mahkemesi 37 Numaralı Sicil*, (1022-1024/1613-1615), Rasim Erol, Yılmaz Karaca, İstanbul: İSAM Yayınları, 2012.
- Galata Mahkemesi 65 Numaralı Sicil*, (1051-1053/1641-1644), Sabri Atay, Rasim Erol, İstanbul: İSAM Yayınları, 2012.
- Galata Mahkemesi 114 Numaralı Sicil*, İstanbul: İSAM Yayınları, 2019.
- İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil*, (1073-1074/1663-1664), Hazırlayanlar: Rasim Erol, Salih Kahrıman vd., İstanbul: İSAM Yayınları, 2010.

- İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil*, (1086-1087/1675-1676), Hazırlayanlar: Salih Kahrıman, Fuat Recep vd., İstanbul: İSAM Yayınları, 2010.
- Rumeli Sadareti Mahkemesi 56 Numaralı Sicil*, (1042-1043/1633), Fuat Recep, Sabri Atay, İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- Üsküdar Mahkemesi 14 Numaralı Sicil*, Nuray Güler, İstanbul: İSAM Yayınları, 2010.
- Üsküdar Mahkemesi 531 Numaralı Sicil*, (1204-1207/1790-1793), İstanbul: İSAM Yayınları, 2019.

### **Kanunlar**

- Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, Kanun Numarası: 4787, Kabul Tarihi: 9/1/2003, RG: 18/1/2003/24997.
- Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607, md. 335.
- Cod. Theod. (The Codex Theodosianus) md. 8, 17.

### **Kitaplar ve Makaleler**

- Acar, H. İ. “Evlenme Engeli Olarak Din Farkı”. *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 17, (2002): 21-46.
- Accarias C. *Précis De Droit Romain, Contenant Avec L'Exposé Des Principes Généreux, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes De Justinien*. Librairie Cotillon: 1886.
- Ahmed Cevdet Paşa. *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye) 1312/1895*. (Hazırlayan: Ali Himmet Berki). İstanbul: 1982.
- Akalın, A. G. “Eskiçağda Grek Kadının Toplumsal Yaşantısı”. *Tarih Araştırmaları Dergisi*, 22, 33, (2003): 17-47.
- Akgündüz, A. *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları (Fetevay-ı Ebussu'ud Efendi)*. İstanbul: 2018.
- Akıntürk, T. ve Ateş D. *Aile Hukuku, C. II*. İstanbul: Beta, 2020.
- Aksakal, S. “Boşanmadan Sonra Çocuğun Velayeti”. *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1, (2003): 167-190.
- Akyılmaz, S. G. “Kanun Önünde Eşitlik İlkesi Açısından Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü”. *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, XIV. Türk Tarih Kongresi. Ankara: Türk Tarih Kurumu 2005, s. 827-847.
- Akyılmaz, S. G. *Osmanlı Devleti'nde Mülkiyet Hakları ve Mülkiyet İlişkileri Çerçevesinde Kadının Hukuki Statüsü, C. I*. (Editör: Fethi Gedikli), 2019: s. 195-289.
- Akyüz, E. *Çocuk Hukuku (Çocukların Hakları ve Korunması)*. İstanbul: Pegem Yayınları, 2018.
- Apaydın, Y. “Velayet”. *TDV İslam Ansiklopedisi, C. XLIII*. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2013: s. 15-19.
- Aslan, H. *Tanzimat Döneminde Din Değiştirme Hareketleri (1839-1876)*. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2010.

- Atasoy, S. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hidâne*. Ankara: 2019.
- Avcı, M. *Türk Hukuk Tarihi*. Konya: Atlas Akademi, 2017.
- Aydın, M. A. *Osmanlı Aile Hukuku*. İstanbul: Klasik Yayınları, 2020.
- Aydın, M. A. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: 2013.
- Bardakoğlu, A. “Hidâne”, *TDV İslam Ansiklopedisi, C. XVII*. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2013: s. 467-471.
- Bardakoğlu, A. “Vesayet”, *TDV İslam Ansiklopedisi, C. XLIII*. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2013: s. 66-70.
- Baygın, C. *Soybağı Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Berrî, Z. A. *Ahkâmü'l- evlad fi'l-İslâm*. Dâru'l- Kavmiyyeli't-Tibaâtî ve'n-Neşr, 1964.
- Bilmen, Ö. N. *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilâhat-ı Fıkhiyye Kâmusu, C. 2*. Ravza Yayınları.
- Birth, N. D. *Death, and Motherhood in Classical Greece*. Baltimora and London: Johns Hopkins University Press, 1994.
- Bonnard, A. *Antik Yunan Uygarlığı, C. II*. (Çev. Kerem Kurtgözü). İstanbul: Evrensel Basım Yayın, 2004.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail. *Sahîhu'l-Buhârî*, thk. Mustafa Dîb el-Buga, 5 c., 2. bs., Dimaşk, Dâru'l-Ulûmi'l-İnsâniyye, 1993.
- Cevherî, İ. b. H. *Sihâhü'l-luga*. Tahkik: Ahmed Abdülgafur Attâr, 6. Baskı, 6 c. Beyrut: Dâru'l-İlmi li'l-Melâyîn, 1990.
- Cin, H. ve Akyılmaz, S. G., *Türk Hukuk Tarihi*. Konya: 2010.
- Çatalcalı Ali Efendi. *Fetava-yı Ali Efendi, C. I*. (Haz. Esra Kılavuz Eser). İstanbul: 2021.
- Çelebican, Ö. K. *Roma Hukuku*. Ankara: 2014.
- Dural, M.; Öğüz, T. ve Gümüş, M. A. *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*. İstanbul: 2015.
- Ebu Bekr Abdurrezzak b. Hemmam es-Sanânî. *el-Musannef*. Tahkik: Habiburrahman Azami, 11 c., Beyrut: el- Meclüsü'l-İlmi, 1983.
- Ebu Davud, Süleyman b. Eş'as b. İshak el-Ezdi es-Sicistani. *Sünenu Ebû Dâvud*, thk. Muhammed Avvame, Cidde, 4 c., Dârü'l-Kıble li's-Sekâfeti'l-İslâmiyye, 1998.
- Erbay, C. *İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi*. Göytürk Matbaası, 1995.
- Erdoğan, M. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013.
- Erdoğan, B. ve Tahiroğlu, B. *Roma Hukuku Pratik Çalışmaları -Meseleleri-*. İstanbul: Der Yayınları, 2014.
- Eren, A. A. *Hidâne*. Matbaa-i Vasil ve Şürekâsı, Galata. İstanbul: 1313.
- Erten, H. *Osmanlı Aile Yapısı*. Konya: 2017.
- Faroqhi, S. “Krizler ve Değişim 1509-1699”, *Osmanlı İmparatorluğu'nun Ekonomik ve Sosyal Tarihi c. II*, Editör: Halil İnalçık, Donalt Quartert, (2004): s. 543-757.
- Gönenç, F. İ. *Roma Hukukunda Kadın*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010.
- Hatemi, H. ve Serozan, R. *Aile Hukuku*. İstanbul: 1993.

- Helvacı S. ve Erlüle F. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Legal, 2018.
- İbn Abidin. *Reddü'l-Muhtar ala Şerhi'd-Dürri'l-Muhtar*, C. II. Kahire, 1307.
- İbn Hazm. *el-Muhallâ bi'l-âsâr fi şerhi'l-Mücellâ bi'l-ihisâr*. Tahkik: Ahmed Muhammed Şakir, 11 c., Kahire: Mektebetu'l Cumhuriyyetü'l Arabiyye, 1970.
- İbn Kudâme. *el-Muğni*, Tahkik: Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki vd., 15 C., Riyad: 3. Baskı, 1997.
- İbn Manzûr, M. b. M. *Lisanu 'l-Arab c. XV*. Beyrut: Dâru Sadır, 1994.
- İnan, A. N. *Çocuk Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, 1968.
- İnanır, A. *Şeyhülislam İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Kanuni Devrinde Osmanlı'da Hukukî Hayat: mes'eleler ve çözümleri (Fetava-yı İbn Kemal)*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011.
- İstanbul Kadı Sicilleri* (Proje Yönetmeni: Aydın M. A), İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, 2008-2012.
- Karakoç, İ. "Bir İslam Hukuku Müessesesi Olan Hidâne Hakkının ve Osmanlı Aile Hukukunda Uygulanışının İzmir Şer'iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, Sa. 3, (2015): 151-206.
- Karaman H. *Ana Hatlarıyla İslam Hukuku, C. II*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2014.
- Karaman H. *Mukayeseli İslam Hukuku, Cilt I*. İstanbul: Nesil Yayınları, 1996.
- Kâsânî, Bedaiü's-Sanai' *fi Tertibi's-Şerai'*, Tahkik: Ali Muhammed Muavviz, 10 c., Beyrut: Dar'ul-Kütüb'il-ilmiiyye, 1986.
- Kayak, S. "Roma Hukukunda Aile Kurumu". *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 8 (2018): 249-302.
- Koç N. "Türk Medenî Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, Özel Sayı, (2005): 99-120.
- Kurnaz Ş. *II. Meşrutiyet Döneminde Türk Kadını*. MEB yayınları, 1996.
- Kurtubi. *Ahkâm'ül-Kur'an, C. II* (tahkik Ahmet Berduni ve İbrahim İtfiyyiş). Dâr'ul-Kütüb'ül Mısriyye 1964).
- Mâverdî. *el-Hâvi'l-Kebîr hüve Şerhu Muhtasaru'l-Müzenî*, thk. Ali Muhammed Muavviz ve Adil Ahmed Abdülmevcûd, 19 c., Beyrut, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiiyye, 1994.
- Meriwether, M. L. "The Rights of Children and the Responsibilities of Women: Women as Wasis in Ottoman Aleppo, 1770-1840". Amira Sonbol (ed), *Women, the Family, and Divorce Laws in Islamic History (Contemporary Issues in the Middle East)*, Syracuse University Press.
- Meriwether, M. L. *The Kin Who Count: Family and Society in Ottoman Aleppo (1170-1840)*. Austin: The University of Texas Press, 1999.
- Oğuzman K. ve Dural M. *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1998.
- Oğuzoğlu C. *Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti*. Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, 1940.

- Okandan, R. G. “Kadim Yunan’da Hususi Hukuk, Ceza Hukuku Adli Teşkilat ve Muhakeme Usulü”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17, (1951): 786-815.
- Okur Gümrükçüoğlu, S. “Erken Dönem İslam Hukuk Tarihindeki Hukuk Ekollerinin Oluşumunda Coğrafya, Kültür ve Sosyal Şartların Etkisi”, *Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 8, 13, (2017): 205-221.
- Okur Gümrükçüoğlu, S. “Osmanlı Toplumunda Kadınlar (16. ve 17. Yüzyıllar)”, Editör: H. Şule Albayrak, *Kadın Olmak İslam, Gelenek, Modernlik ve Ötesi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2016: s. 275-302.
- Osmanlı Arşivinde Şeyhülislam Fetvaları* (Proje Yöneticisi: Uğur Ünal). Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, 2016.
- Özcan T. *Osmanlı Para Vakıfları, Kanuni Dönemi Üsküdar Örneği*. Türk Tarih Kurumu, 2003.
- Özmel, İ. “Kayyım”. *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. XXV. (2002): 107-108.
- Özmen İ. *Açıklamalı İctihatlı Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri*. Kartal Yayınevi, 2005.
- Öztan B. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi 2004.
- Prichard, A. M. *Leage’s Roman Private Law*. St Martin’s Press, 1964.
- San’ani, M. İ. B. *Sübülü’s-Selam, C. III*. Beyrut: 1988.
- Serahsi, Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl. *el-Mebcut*, 30 c., Kahire: Matbaatü’s-Saade, 1906-1907.
- Sina, A. “Eski Yunan Yargı Sistemi: MÖ.IV. Yüzyılda Atina’da Yargıçlar ve Mahkemeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 123, (2016): 419- 450.
- Şevkâni. *Neylu’l-evtâr min esrâri Munteka’l-ahbâr*. Hazırlayan: Muhammed Subhi b. Hasen Tellak vd., 8 c., Kahire, 1993.
- Şeyhülislam Feyzullah Efendi. *Fetevâ-yı Fevziyye*. (hz. Süleyman Kaya). İstanbul: 2009.
- Şirbini, M. H. *Muğni’l-Muhtac ila Marifeti Meani’l Elfazi’l-Minhac. Cilt III*. İstanbul: 1958.
- Tahiroğlu, B. ve Erdoğmuş B. *Roma Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları, 2012.
- Tatar, C. *İslam’da Boşanmanın Çocuklar Üzerindeki Hukuki Sonuçları*. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: 2016.
- Tikveş, Ö. “Eski Yunan’da Devlet Anlayışı”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 35, (1969): 164-207.
- Tirmizi, Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Sevre es-Sülemi: *Sünenü’l-Tirmizi*, thk. Beşşar Avvad Ma’ruf, 4 c., Beyrut, Dârü’l-Garbi’l-İslâmî, 1998.
- Topal, Ş. “Korumaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslâm Hukukunda Velayet ve Vesayet Yetkisi”. *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, 6, (2006): 250 - 273.
- Tucker, J. E. “Eksiksiz Sevgi: Osmanlı Suriyesi ve Filistin’de İslam Hukukuna Göre Annelik”. Madeline C. Zilfi (ed). *Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları*, çev. Necmiye Alpay, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, (2000): s. 222-240.

- Tucker, J. E. *Women, Family and Gender in Islamic Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Türkdoğan, O. “Türk Ailesinin Genel Yapısı”. *Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi Cilt I*, (Proje Yürütücüsü: Hakkı Dursun Yıldız). Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, (1992).
- Umur, Z. *Roma Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Beta Yayınları, 2010.
- Usta, S., *Velayet Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Üçok, C. “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, (1950): 232-321.
- Yıldırım, M. *İslam Hukukunda Hidâne (Çocuğun Bakımı, Eğitimi ve Korunması)*. Manisa: Emek Matbaacılık, 1990.
- Yılmazcan, D. “Antik Yunan’da Oikos ve Kadın”. *Çankırı Karatekin Üniversitesi Karatekin Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 8, (2020): 272 - 285.
- Zerka, M. A. *İslam Hukuku: Çağdaş Yaklaşımlar, C. II*. (Çev. Servet Armağan). İstanbul: 1993.
- Ziyan, A. *Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili*. İstanbul: 2020.
- Zuhayli, V. *İslam Fıkhı Ansiklopedisi C. 10*. İstanbul: Risale Yayınları, 1994.



## ADİL YARGILANMA HAKKI VE HUKUK DEVLETİ İŞİĞİNDA “ŞİDDETE UĞRAMIŞ KADIN SENDROMU” ÜZERİNE BİR İNCELEME<sup>(\*)</sup>

Arş. Gör. Dr. Deniz POLAT AKGÜN<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Şiddete uğramış kadın sendromu, kasıtlı ve tekrarlı bir şiddet döngüsüne maruz kalan kadının ruh hâlini, şiddetin ve bunun yol açtığı travmaların kadın üzerindeki psikolojik etkilerini ve şiddet gören kadının davranış kalıplarını açıklamak için geliştirilen psikolojik bir teoridir. Teori daha önce toplumsal cinsiyet ve ceza hukuku çalışmaları özelinde ele alınmış olsa da anayasa hukuku ve adil yargılanma hakkı bağlamında incelenmeyi de gerekli kılmaktadır. Çalışmanın çıkış noktası, kadının kendisine şiddet uygulayan partnerini öldürmesi nedeniyle yargılandığı hukuki uyuşmazlıklarda, maruz kalınan şiddet döngüsünün kadının karar alma mekanizmasını etkileyip etkilemediğinin değerlendirilmesinin ve buna ilişkin uzman görüşlerinin dikkate alınmasının adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu düşüncesidir. Bu çerçevede, şiddete uğramış kadın sendromunun bir savunma delili olarak dikkate alınıp alınamayacağı tartışmasının hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı özelinde ele alınması amaçlanmıştır. Toplumsal cinsiyet kavramı ve -özellikle ev-içi şiddete ilişkin normlar söz konusu olduğunda- hukukun toplumsal cinsiyet rollerini belirlemedeki gücü de bu kapsamda dikkate alınmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Adil Yargılanma Hakkı, Hukuk Devleti, Hak Arama Özgürlüğü, Şiddete Uğramış Kadın Sendromu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk Anayasa Mahkemesi.

## A REVIEW ON THE BATTERED WOMEN SYNDROME IN THE LIGHT OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL AND THE RULE OF LAW

### Abstract

The battered woman syndrome is a psychological theory developed to explain the mood of the woman who is exposed to a deliberate and repetitive cycle of violence, the psychological effects of violence and the traumas it causes, and the behavior patterns of the woman who is subjected to violence. Although the theory has been dealt with in the context of gender and criminal law studies before, it also makes it necessary to examine it in the context of constitutional law and the right to a fair trial. The starting point of the study is the idea that it is a requirement of the right to a fair trial to evaluate whether the cycle of violence experienced affects the decision-making mechanism of the woman in legal disputes in which a woman is prosecuted for killing her abusive partner, and to consider expert opinions on this matter. In this framework, it is aimed to address the discussion of whether the syndrome of the woman who has been subjected to violence can be taken into account as a defense evidence, in terms of the rule of law and the right to a fair trial. The concept of gender and the power of law in determining gender roles, especially in norms regarding domestic violence, were also taken into account in this context.

### Keywords

Right to a Fair Trial, Rule of Law, Right to Legal Remedies, Battered Woman Syndrome, European Court of Human Rights, Turkish Constitutional Court.

<sup>(\*)</sup> Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 19.01.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 27.05.2022,  
DOI No: 10.54704/akdhfd.1059882.

<sup>(\*\*)</sup> Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Elemanı / Ankara-Türkiye.  
E-posta: polat@law.ankara.edu.tr,  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8085-2032>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

## Extended Abstract

Many of the women who have been subjected to systematic and repeated physical and psychological violence from their partner fall into an impasse that they think they cannot escape from, due to the intense emotional, physical and psychological damage they have received. This cycle of violence and abuse causes the woman to become more passive and shy and unable to deal with the violence. As a result of this “learned helplessness” the woman reacts not at the time of violence, but at another time when she supposes that the abuser cannot do more harm to her. In this framework, the battered woman syndrome is a psychological theory developed to explain the mood of the woman who is exposed to a deliberate and repetitive cycle of violence, the psychological effects of violence and the traumas it causes, and the behavior patterns of the woman who is subjected to violence.

As a natural consequence of the gender-based understanding, domestic relations has been accepted as a “private” matter for many years. This approach has concealed and deepened the gender inequality and even made discrimination against women almost invisible. Domestic violence experienced by women is the result of some structural inequalities such as the patriarchal social texture based on the gender understanding. Other superstructures imposed by this understanding cause these inequalities to consolidate or perpetuate. Law is one of the most important structures among these. It has an active role in regulating the network of relations in society due to sanctions and can be effective in preventing or eliminating gender inequalities.

In order to protect fundamental rights and freedoms and to ensure justice as fairness, it is not sufficient to recognize the rule of law in the narrow sense. Therefore, functional legal instruments and methods that are fair in both form and material should be provided such as right to legal remedies and right to a fair trial. The right to a fair trial is of great importance for the effective use of the right to seek justice. The debate on whether the “battered woman syndrome” can be utilised as a reason for self-defense in cases of domestic violence and whether this syndrome can be considered as an evidence for the legitimacy of a woman’s action against the abuser should be addressed within this framework. Although the theory has been dealt with in the context of gender and criminal law studies before, this is why it is necessary to examine the syndrome in the context of constitutional law and the right to a fair trial.

The starting point of the study is the idea that it is a requirement of the right to a fair trial to evaluate whether the cycle of violence experienced affects the decision-making mechanism of the woman in legal disputes in which a woman is prosecuted for killing her abusive partner, and to consider expert opinions on this matter. Additionally, it is insufficient to focus only on the psychological reactions of women or their unresponsiveness during the period of violence. It should also be regarded that the woman committed the act of killing or injuring her abuser partner in order to prevent a permanent danger. In this framework, it is aimed to address the discussion of whether the battered woman syndrome can be considered as a self-defense evidence, in terms of the rule of law and the right to a fair trial. The concept of gender and the power of law in determining gender roles, especially in norms regarding domestic violence, will also taken into account in this context. Finally, a comparative method will be followed in the study and cases in Turkey regarding the domestic violence will also be discussed through this perspective.

## GİRİŞ

Sistematik olarak fiziksel ve psikolojik şiddete maruz kalan kadınların birçoğu, duygusal, fiziksel ve psikolojik açıdan aldıkları yoğun hasar nedeniyle, bu şiddet döngüsünden kurtulamayacaklarını düşündükleri bir çıkmaza düşerler. Bu durum, kadının gitgide daha çekingen ve edilgen kalmasına ve eşinden, hayat arkadaşından veya partnerinden gördüğü şiddetle mücadele edememesine neden olur. Şiddet gören kadının hissettiği bu “öğrenilmiş çaresizlik (*learned helplessness*)” durumu<sup>1</sup>, kadının çoğunlukla şiddet anında değil; şiddeti uygulayan kişinin

<sup>1</sup> “Öğrenilmiş çaresizlik” teorisi, kişinin, olumsuz bir durumdan kurtulmak için fırsatı olmasına karşın, geçmişteki deneyimlerine dayanarak söz konusu olumsuz durumdan kaçınmak için yapabileceği herhangi bir girişimin sonuçsuz kalacağını ve bir çaresinin olmadığını öğrenmesi hâlidir. “Çaresiz kalma hâli” ile karıştırılan bu teori, kişinin gerçekleştirdiği ya da gerçekleştireceği eylemin

ona daha fazla zarar veremeyeceğini düşündüğü başka bir zamanda tepki vermesine yol açar. “Şiddete uğramış kadın sendromu (*battered woman syndrome*)” da sistematik olarak uygulanan fiziksel ve psikolojik şiddeti, bu şiddetten kurtulma çabasının kadında oluşturduğu ruh hâlini, şiddetin ve bunun yol açtığı travmanın kadınlar üzerindeki psikolojik etkilerini ve şiddete maruz kalan kadınların davranış kalıplarını açıklamak için geliştirilen psikolojik bir teoridir<sup>2</sup>.

Şiddete uğramış kadın sendromu üç kereden fazla olmak şartıyla kasıtlı ve tekrarlı bir biçimde ve en azından küçük bir morarma şeklinde bile görülebilir bir incinmeyle sonuçlanan fiziksel semptomların ve bu şiddet döngüsünün yol açtığı psikolojik etkilerin bütünü olarak tanımlanabilir<sup>3</sup>. Bununla birlikte, fiziksel şiddetin herkesçe görülebilecek düzeye ulaşması ve ciddi fiziksel hasara yol açması gerekmez. Fiziksel şiddet gören kadının psikolojik olarak da şiddete maruz kaldığı açıktır. Psikolojik şiddetin etkileri ise çok daha uzun sürelidir ve kadında kalıcı etki bırakabilir. Tıpkı fiziksel şiddet gibi psikolojik şiddetin etkilerinin de mutlaka fark edilebilir olması gerekmez. Semptom bu nedenle hem fiziksel hem de psikolojik şiddetin bir karışımı olarak tanımlanır<sup>4</sup>.

Sendromun, ev-içi şiddete ve yakın partner şiddetine<sup>5</sup> ilişkin somut olaylarda bir meşru savunma nedeni ve bir savunma delilli olarak dikkate alınıp alınmayacağı 1970’li yılların sonlarından itibaren tartışılmaya başlanmıştır<sup>6</sup>. Ancak, uzun bir süre yargı organları tarafından bir meşru savunma nedeni olarak kabul edilmediğini söylemek mümkündür. Çalışmanın çıkış noktası da şiddet gören kadının şiddet uygulayan

belirli bir sonucu meydana getireceğini tahmin etme yeteneğini kaybetmesi veya bilimsel terimlerle yanıt ve sonuç arasındaki olumsuzluk kaybı olarak tanımlanır. Kişi, bu şartlanmayla hem başarının hem de başarısızlığın kendi tepkilerinden kaynaklanmayacağına yönelik bir yargıya sahip olur ve bu nedenle sürekli bir kaçınma eğilimi göstererek tepkisiz kalmayı seçer. Dolayısıyla, kişinin, yaşadığı birtakım travmatik olaylar sonucunda başına gelebilecek olayları kontrol edebilme yeterliğini algılayabilme yeteneğinin zarar görebileceğini ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Martin E. P. Seligman, *Helplessness: On Depression, Development and Death*, (San Francisco: W. H. Freeman and Company, 1975), 21-25, 38, 80-82, 106; Lenore E. A Walker, *The Battered Woman Syndrome*, (New York: Springer, 3rd ed., 2009), 9, 69-70 vd.

<sup>2</sup> Lauren Champaign, “The Battered Woman Syndrome”, *The Georgetown Journal of Gender and the Law* 11, No. 1, (2010): 59; Walker, *The Battered Woman Syndrome*, 91-96; Jacqueline Walus-Wigle and Reid J. Meloy, “Battered Women Syndrome as a Criminal Defense”, *The Journal of General Psychiatry&Law*, (Fall 1988): 391.

<sup>3</sup> Richard W. Swanson, “Battered Wife Syndrome”, *Canadian Medical Association Journal* 130, (1984): 709.

<sup>4</sup> Swanson, “*Battered Wife Syndrome*”, 709.

<sup>5</sup> Yakın partner şiddeti, devam eden ya da sona ermiş olan eş, erkek arkadaş/kız arkadaş, flört partneri veya cinsel partner tarafından uygulanan fiziksel şiddet, cinsel şiddet, ısrarlı takip, psikolojik saldırganlık veya her türlü zorlayıcı eylem olarak tanımlanır. Bkz. Matthew Breiding & K. C. Basile & S. G. Smith & M. C. Black & R. Mahendra, *Intimate Partner Violence Surveillance: Uniform Definitions and Recommended Data Elements*, Version 2.0, (Atlanta: National Center for Injury Prevention and Control, Centers for Disease Control and Prevention, 2015).

<sup>6</sup> Toplumsal cinsiyet kavramının da aynı yıllarda ortaya çıkması, elbette bir tesadüf değildir. Aksine, şiddet gören kadın sendromuna ilişkin söz konusu tartışmanın toplumsal cinsiyet yönünün varlığını ortaya koyar.

partnerini öldürmesi nedeniyle yargılandığı hukuki uyuşmazlıklarda, şiddete uğramış kadın sendromunun savunmaya ilişkin bir delil olarak kabul edilebilmesinin ve bunun için konuya ilişkin uzman görüşlerinin dikkate alınmasının adil yargılamanın bir gereği olduğu düşüncesidir. Bunu yaparken, toplumsal cinsiyet kavramından hareket edilerek, hukuk normlarının kadın-erkek eşitsizlikleri üzerinde nasıl bir etkisi olduğu incelenecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, aşağıda daha ayrıntılı olarak değinilecek olan toplumsal cinsiyet kavramı, günümüzde yalnızca kadın ve erkek arasındaki ilişkilere dayalı olarak üretilen hiyerarşiler, roller veya tahakküm biçimlerini değil; insan olmanın tüm görünümünü, başka bir deyişle tüm cinsel yönelimleri de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır<sup>7</sup>. Bununla birlikte, çalışmada kadına uygulanan şiddet ve ev-içi şiddete ilişkin hukuki uyuşmazlıklarda söz konusu sendromun nasıl yer bulabileceği üzerinde durmak amaçlanmıştır. Bu nedenle, bir yöntemsel tercih olarak, toplumsal cinsiyet kavramının yalnızca kadınlık ve erkeklik rollerini belirleme niteliğinden hareket edilmiştir. Çalışmada, şiddet gören kadın sendromunun yargılamalarda bir savunma delili olarak dikkate alınıp alınmayacağına ilişkin tartışma, hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı temelinde karşılaştırmalı dava örnekleriyle birlikte ele alınacak ve Türkiye'deki somut olaylar bu çerçevede değerlendirilecektir.

## I. TOPLUMSAL CİNSİYET PENCERESİNDEN “ŞİDDETE UĞRAMIŞ KADIN SENDROMU” VE HAKKANİYET OLARAK ADALET

Şiddete uğramış kadın sendromu, uzun süre yaşanan fiziksel ve psikolojik istismarın kadın üzerinde yarattığı psikolojik etkiyi temel alır<sup>8</sup>. Önceden tanı ko-

<sup>7</sup> Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir, “Giriş”, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* içinde (ed. Gülriz Uygur & Nadire Özdemir), (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 7; Glenda Tibe Bonifacio, “Introduction”, *Global Currents in Gender and Feminisms: Canadian and International Perspectives* içinde (ed. Glenda Tibe Bonifacio), (Bingley: Emerald Publishing, 2018), 5. Ayrıca bkz. Edward Stein, “What Role for ‘Women’, ‘Men’ and Transpeople/Intersex People in Gender Equality? A Commentary”, *Pace Law Review* 31, (2011): 821-823.

<sup>8</sup> Şiddete uğramış kadın sendromu çoğunlukla kadına uygulanan şiddeti temel aldığı ve yine şiddetin büyük oranda kadın-erkek ilişkilerinde görülebileceğine ilişkin bir anlayıştan yola çıktığı için aynı zamanda eleştirilmektedir. Eleştiri sahipleri, erkeklerin, homoseksüel ilişki taraflarının, transseksüellerin veya ikili olmayan (non-binary/genderqueer) cinsel yönelimdeki kişilerin de aynı şekilde şiddete maruz kalabileceğini; bu nedenle sendromun kısıtlı bir alana hitap ettiğini ileri sürmektedirler. Genel olarak bkz. Adam M. Messenger, *LGBTQ Intimate Partner Violence: Lessons for Policy, Practice, and Research*, (California: University of California Press, 2017); Denise Bricker, “Fatal Defense: An Analysis of Battered Woman’s Syndrome Expert Testimony for Gay Men and Lesbians Who Kill Abusive Partners”, *Brooklyn Law Review* 58, No. 4, (1993): 1379-1437; Janice L. Ristock (ed.), *Intimate Partner Violence in LGBTQ Lives*, (New York: Routledge, 2011). Bu nedenle, sendromun ileri sürdüğü modelin farklı cinsel yönelimdeki kişiler arasında görülen partner şiddetinde ya da erkeklerin gördüğü ev içi şiddet olaylarında da uygulanabileceği düşünülmektedir. Bkz. Catharine Simone, “Kill(er) Man Was a ‘Battered Wife’: The Application of Battered Woman Syndrome to Homosexual Defendants: The Queen v McEwen”, *Sydney Law Review* 19/2 (1997): 230-239; Susan Turell and La Vonne Cornell-Swanson, “Not All Alike: Within-Group Differences in Seeking Help for Same-Sex Relationship Abuses”, *Journal of Gay and Lesbian Social Services* 18/1, (2005): 71-88; Brenda Patzel, “What Blocked Heterosexual Women and Lesbians in Leaving Their Abusive Relationships”, *Journal of the American Psychiatric Nurses Association* 12/4, (2006): 208-215; Holly Maguigan, “It is Time to Move Beyond Battered Woman Syndrome”, *Criminal Justice Ethics* 17/1, (1998): 50-57; Gregory S.

yulabilen bir akıl hastalığı veya psikolojik bir rahatsızlık değildir<sup>9</sup>. Uzmanlar tarafından bu sendroma sahip olduğu saptanan kadınların yoğun korku hissettikleri ve süregelen bir yakın tehlike algısıyla yaşadıkları görülmektedir. Bu açıdan sendrom, ilişkilerinde sistematik olarak istemedikleri şekilde davranmaya zorlanan ve şiddet gören kadınların, buna neden “katlandıklarını” açıklamakta da kullanılmaktadır. Gerçekten de kadınlar, dışarıdan bakıldığında şiddet uygulayan partnerlerine bağlı gibi görünseler de bunu şiddetten kaçınmak ve şiddet uygulayan kişiyi mümkün olduğu kadar “sakin” tutmak için yaparlar<sup>10</sup>. Söz konusu çaresizlik ve korku nedeniyle çoğu somut olayda kadının, şiddetten veya şiddet tehlikesinden kaçabilecek bir fırsat bulmasına karşın, geçmiş tecrübelerinden yola çıkarak her türlü girişimin sonuçsuz kalacağını, şiddet döngüsünün tekrarlayacağını ve daha fazla şiddet görme tehlikesiyle karşı karşıya kalabileceğini düşünerek, şiddet uygulayanın kendisine daha fazla zarar veremeyeceğini düşündüğü bir anda -örneğin uykudayken veya sarhoşken- öldürdüğü görülmektedir. Bu tür somut olaylara ilişkin yargılamalarda da psikologlar ve psikiyatristler tarafından ileri sürülen görüş; sistematik şiddet mağduru olan kadındaki psikolojik tutulma ve çaresizlik hâline ilişkin zihinsel durumun, ilişkiyi sonlandırmanın sorunu çözemeyeceğine yönelik bir yargıya neden

---

Merrill and Valerie A. Wolfe, “Battered Gay Men: An Exploration of Abuse, Help Seeking, and Why They Stay”, *Journal of Homosexuality* 39/2, (2000): 1-30. Bununla birlikte, sendroma dayanarak oluşturulan teorilerin çıkış noktası, partnerlerden birinin diğerine uyguladığı sistematik şiddettir. Dolayısıyla, yalnızca kadın-erkek ilişkilerine değil, diğer ilişkilerdeki şiddet vakalarında da uygulanabileceğini ve hatta uygulanması gerektiğini söylemek mümkündür. Öyle ki, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (*Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence*), bilinen adıyla İstanbul Sözleşmesi'nin 2. maddesinde de aslında tüm şiddet mağdurlarının Sözleşme'nin güvencesinde olduğu, yalnızca toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin daha çok kadınları mağdur ettiği gerçeğinin göz önünde tutulduğu özellikle belirtilmiştir. Bkz. “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi”, madde 2/2: “*Tarafra bu Sözleşmeyi tüm aile içi şiddet mağdurları için uygulamaya teşvik edilir. Taraflar bu Sözleşmenin hükümlerinin uygulanmasında toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin kadın mağdurlarına özel olarak dikkat göstereceklerdir.*” Söz konusu Sözleşme'nin Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesine ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararı için bkz. RG. 20.03.2021, S. 31429. Konuya ilişkin tartışmalar için ayrıca bkz. Tolga Şirin, “*Uluslararası Sözleşmelerden Çekilme Usulü ve Başlıca Tartışmalar*”, Erişim Tarihi: Mart 24, 2021. <https://www.tolgasinir.com/post/uluslararasi-sozlesmelerden-cekilme-usulu>; Kemal Gözler, “*Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? (İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı Üzerine Eleştiriler)*”, Erişim Tarihi: Mart 20, 2021. <https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-feshi.htm>.

<sup>9</sup> Walus-Wigle and Meloy, 389. Uzman ifadesinin önemi burada da kendisini gösterir. Uzman, ‘sendrom’ veya ‘bozukluk’ gibi ifadelerin yanlış anlaşılma ihtimalini göz önünde bulundurarak, bu sendromun bir akıl hastalığı olmadığını; var olan ve güncel tehdit karşısında verilen duygusal, psikolojik ve fiziksel tepkilerin bir birleşimi olduğunu açıklayabilmektedir. Aksi hâlde, şiddet bir kere başladığında onu durdurma gücünden yoksun olduğu özellikle belirtilmelidir. Bkz. Victoria L. Lutz, “Domestic Violence Expert Witness Testimony: A Guide for the Judiciary”, *Court Review: The Journal of the American Judges Association* 53, No. 1, (2017): 30; M.A. Dutton & L.A. Godman, “Posttraumatic Stress Disorder Among Battered Women: Analysis of Legal Implications”, *Behavioral Sciences & The Law* 12, No. 3, (1994): 226, 229.

<sup>10</sup> Lenore E. A. Walker, “Battered Women Syndrome and Self Defense”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 6, (1992): 328.

olduğu ve bu yerleşik yargının ancak şiddet gören kadın sendromuna yol açan öğrenilmiş çaresizlik hâli ile açıklanabileceğidir<sup>11</sup>. Ancak hemen eklemek gerekir ki, yukarıda da ifade edildiği gibi, yargılama sırasında tek nedenin bu çaresizlik hâli olarak sunulması yeterli olmadığı gibi hatalı yorumlara da neden olabilir. Bunun yanında, var olan tehlike ve tehdidin gerçekliği ve yakınlığı da göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapmak gerekir<sup>12</sup>.

Sistematik olarak maruz kalınan bir şiddet ilişkisinde karakteristik olarak üç aşamalı bir döngü (*cycle of violence*) söz konusudur<sup>13</sup>. Buna göre, birinci aşama sözlü saldırının var olduğu, ancak fiziksel şiddetin çok az görüldüğü “gerilim inşası (*tension building*)” aşamasıdır. “Akut şiddet (*acute violence*)” aşaması olan ikinci aşama, şiddetin görmezden gelinemeyecek kadar arttığı ve alevlendiği aşamadır. Bu aşamada kadın, fiziksel yara almaktan veya ölümden korkar duruma gelir. Kontrol kaybı ve yıkıcılık özellikleri de bunu birinci aşamadan ayırır. Üçüncü aşama, “pişmanlık/balayı (*remorseful/honeymoon*)” veya “sevgi-pişmanlık (*loving-contrition*)” aşamasıdır. Bu aşamada şiddet uygulayan kişi kadına sevgiyle davranır, pişmanlığını dile getirir, değişeceğini söyler ve buna inanır. Kadını da buna inandırmak için çaba harcar. Örneğin, alkol kullanıyorsa bırakır veya inandırıcılığı arttırmak adına buna benzer davranışlarda bulunur. İşte bu üç aşamalı şiddet döngüsü kadın için bir tuzak niteliğindedir. Çünkü bu döngü, kadının her seferinde erkeğin değişeceğine inanması, ancak değişmediğini fark etmesi, ardından tekrar şiddet görmesi, tekrar her şeyin değişeceğine inanması ve tekrar şiddet görmesi şeklinde tekrarlanan süregelen bir kısır döngüden ibarettir. Bu kısır döngü, kadının öğrenilmiş bir çaresizlik geliştirmesine ve çoğunlukla özgüvenini kaybedip, mücadele edememesine yol açar<sup>14</sup>. Bir tarafı tâbi kılmak, onun üzerinde tahakküm kurmak için uygulanan şiddet, şiddet görenin öz saygısını ve öz-değer duygusunu azaltır ve gelecekte şiddet uygulayana itaat edilmesini sağlar<sup>15</sup>. Bunun bir nedeni de söz konusu şiddetin çok yakın bir ilişki içinde görülüyor olmasıdır. Yakın ilişki içinde güvenin

<sup>11</sup> Recep Doğan, “Hukuki Bir Kavram Olarak Şiddet Mağduru Kadınlarda Öğrenilmiş Çaresizlik Sendromu ve İngiliz Haksız Tahrik Hukuku Üzerindeki Etkileri”, *Ankara Barosu Dergisi* 2, (2015): 179.

<sup>12</sup> Kadının şiddet uygulanmadığı anda bir saldırıyla karşı karşıya olmadığına ve şiddetin bir mazeret nedeni olarak ele alınmasına ilişkin aksi yönde görüşler için bkz. Ozan E. Taşkın, “Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Reaksiyonu: Meşru Savunma mı, Mazeret Nedeni mi?”, *Ceza Hukuku Dergisi* 7, S. 20, (2012): 117; Cengiz Apaydın, “Kötü Muameleye (Şiddete) Maruz Kalan Kadın Reaksiyonunun Meşru Savunma Hukukundaki Yansımaları”, *Terazi Hukuk Dergisi* 12/125, (2017): 46. Dressler’e göre de; “Tüm bunların yanında, meşru müdafanın şartlarını, en basit tabiriyle şiddete uğramış kadınlar için genişletmek, insanın yaşam hakkına ilişkin etik değeri aşındıracak, hatta belki kötüye kullanımların yolunu açarak insan öldürerek intikam alınmasının hoş görülmesine neden olabilecektir”. Joshua Dressler, “Battered Women and Sleeping Abusers: Some Reflections”, *Ohio State Journal of Criminal Law* 3, (2006): 458, 463 vd.

<sup>13</sup> Walker, *The Battered Woman Syndrome*, 91-96.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 98.

<sup>15</sup> Jonathan Herring, (çev. Duygu Hatipoğlu Aydın): “Ev-İçi Şiddetin Tanımlanması: Saldırıdan Cebri Denetime”, *Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddet* içinde (ed. Funda Kaya, Nadire Özdemir, Gülriz Uygur), (Ankara: Savaş Yayınevi, 2014), 182.

istismarı çok daha özel ve ağır bir zarara yol açar ve kişinin benlik anlayışını zede-ler<sup>16</sup>. Öyle ki, şiddet gören kadınların büyük çoğunluğu yorgun, hiçbir şey yapmaya enerjisi olmayan, genellikle yaygın umutsuzluk ve hayal kırıklığı ile kendilerini yetersiz gören, değersiz ve özgüvensiz hisseden, şiddetin sorumluluğunu kendinde arayan ve bu nedenle de öğrenilmiş çaresizlik zincirinden kopamayan bir kişiliğe bürünür<sup>17</sup>. Korku, kadını harekete geçiremeyen kabul edilmiş tek etkidir; çünkü kadın susarak kendini bir sonraki şiddetten korur<sup>18</sup>. Şiddet döngüsünün gitgide daha edilgen hâle getirdiği kadın, bu defa ne ilişkiden ne de şiddet görmekten kurtulabi- lir<sup>19</sup>. Başka bir ifadeyle, bu tür bir ilişki içindeki bir kadın “... *cesaretini ve ruhunu kaybeder*”<sup>20</sup>. Bunun yanında, şiddet gören kadına ilişkin genel-geçer karakter özel-likleri belirlemek ve bu özellikleri taşımayan kadının bu sendroma sahip olmadı-ğını söylemek doğru olmadığı gibi aynı zamanda tehlikelidir<sup>21</sup>. Her somut olayın kendi içinde ayrı değerlendirilmeye alınmasının önemi de buradan kaynaklanır.

İnsanlık tarihinde cinsiyet ayrımının neredeyse daima kadınlar aleyhine işle- diği görülmektedir<sup>22</sup>. Öyle ki, bu yüzyıla kadar siyaset alanındaki çoğu kuramcı, kadınların aileyle sınırlanmasının ve yasal ve geleneksel olarak eşlerine bağlı olmalarının, “doğal bir yasaya (*a foundation in nature*)” dayandığını savunmuş- tur<sup>23</sup>. Çağdaş kuramcılar ise ileri bir adım atarak, kadınların doğal edilgenliğinden dem vuran bu yasayı terk etmişler ve kadınların da erkekler gibi kendi kaderlerini belirleyebilen, adalet duygusuna sahip olan, özgür ve eşit bireyler olarak görül- mesi gerektiğini kabul etmişlerdir<sup>24</sup>. Bu gelişmeyle birlikte, cinsiyet ayrımcılığını ve toplumsal cinsiyet temelli ayrımcılıkları önlemeye yönelik yasalar yapılmaya başlanmış; ancak, toplumların konuya bakış açısı bu düzenlemelerin verimli ola- rak uygulanmasını çoğu zaman engellemiştir.

Toplumsal kurumlara atfedilen roller, davranışlar, faaliyetler ve özelliklerle ilgili bir kavram olarak toplumsal cinsiyet, toplum tarafından kadınlık ve er-keklik rollerinin tanımlanması ve cinsiyetlere biçilen rollerle ilgilidir. Bu bakış açısı ise biyolojik ve cinsel yönelim farklılıklarını temel alan ayrımcılıklara yol

<sup>16</sup> Herring, 188.

<sup>17</sup> Swanson, 710.

<sup>18</sup> *Ibid*, 711.

<sup>19</sup> Rebecca D. Cornia, “Current Use of Battered Woman Syndrome: Institutionalization of Negative Stereotypes About Women”, *Ucla Women’s Law Journal* 8, (1997): 103; Walker, *The Battered Woman Syndrome*, s. 95-105; Joan M. Schroeder, “Using Battered Woman Syndrome Evidence in the Prosecution of a Batterer”, *Iowa Law Review* 76, (1991): 559.

<sup>20</sup> Susan Galspell, “A Jury of Her Peers”, *Every Week Magazine*, (1917) 271.

<sup>21</sup> Swanson, 710.

<sup>22</sup> Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003) 324.

<sup>23</sup> Susan Moller Okin, *Women in Western Political Thought*, (Princeton: Princeton University Press, 1979) 200.

<sup>24</sup> Will Kymlicka, (çev. Ebru Kılıç): *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniver- sitesi Yayınları, 2006), 523.

açmaktadır. Kadınlık ve erkeklik üzerinden atfedilen roller sonucu ortaya çıkan söz konusu ayrımcılık, en basit ifadeyle yararların ve konumların dağıtılmasında cinsiyetin keyfi ve akıldışı kullanımı olarak tanımlanmaktadır<sup>25</sup>.

Toplumsal cinsiyete dayalı anlayışın doğal bir sonucu olarak, uzun yıllar özel alan-kamusal alan ayrımı ve ev-içi ilişkilerin “mahrem” olduğuna dair anlayış kabul görmüş, bu durum cinsiyet eşitsizliğini desteklemiş ve kadına yönelik ayrımcılığı daha da gizlemiş, hatta görünmez kılmıştır. Aile kurumunun ve aile içi ilişkilerin “özel” kabul edilmesi, bu alana yönelik dış müdahalelerden kaçınılmasına ve böylece kadının geleneksel rolüne daha da bağımlı kılınmasına neden olmuştur. Başka bir ifadeyle aile, kültürel değersizleştirilmenin ve ekonomik bağımlılığın merkezine dönüşmüş ve kadın, ailenin içindeki konumuna göre tanımlanmıştır<sup>26</sup>. Bu yaklaşımın öngörülebilir sonucu birçok birliktelikte erkeklerin eşitsiz güce sahip olmasıdır<sup>27</sup>. Ardından gelen kuşaklara birikim aktarma işlevi dolayısıyla toplumsal cinsiyet kavramının kilit noktasını oluşturan aile kavramı, bu nedenle cinsiyet eşitsizliğine ilişkin ele alınması gereken en temel kurumdur<sup>28</sup>. Öyle ki, toplumsal hiyerarşi bilincinin en canlı ve görünür hali, cinsiyetler arası ilişkilerdir<sup>29</sup>. Ailede adalet sağlanmadıkça toplumun hiçbir alanında, özellikle kadınlar açısından eşitliğin gerçekleştirilemeyeceği vurgusu bu açıdan önemlidir<sup>30</sup>. Gerçekten de toplumdaki hiyerarşi ve toplumsal cinsiyet eşitsizliği, kadın-erkek ilişkilerindeki hiyerarşiye ve eşitsizliğe dönüşerek günlük hayatın bir parçası haline gelmektedir<sup>31</sup>. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komitesi'nin ev-içi şiddete ilişkin raporunda da özellikle belirttiği gibi;

*“Kadına yönelik şiddet bir iktidar, hükmetme ve denetleme ihtiyacı sorunudur. Bu, toplumun örgütlenmesinden kaynaklanır ve cinsiyetler arası eşitsizliğe dayanır. Bu şiddetin anlamı açıktır: Kadın-erkek arasındaki eşitsiz ilişkinin devamını sağlamak ve kadınların ikincil konumunu ebedileştirmek adına bir girişimdir.”*<sup>32</sup>

Kadının gördüğü ev-içi şiddet, toplumsal cinsiyet anlayışına dayanan ataerkil toplum yapısı gibi birtakım yapısal eşitsizliklerin sonucudur. Bu anlayışın dayattığı diğer üst yapılar ise bu eşitsizliklerin pekişmesine veya sürdürülmesine neden olur. Hukuk, bu yapıların başında gelir. İçerdiği yaptırımlar nedeniyle

<sup>25</sup> Bkz. Kymlicka, 524.

<sup>26</sup> Konuya ilişkin geniş kapsamlı bir çalışma için bkz. Nadire Özdemir, *İlişkisel Özerklik Bağlamında Evli Birey*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016).

<sup>27</sup> Susan Moller Okin, *Justice, Gender and the Family*, (New York: Basic Books, 1989), 128-130.

<sup>28</sup> Okin, *Justice, Gender and the Family*, 170. Ayrıca bkz. Carole Pateman, *The Disorder of Women*, (California: Stanford University Press, 1989), 118.

<sup>29</sup> Pierre Bourdieu (çev. Çağrı Eroğlu), *Bekarlar Balosu*, (Ankara: Dost Kitabevi, 2009), 41.

<sup>30</sup> Okin, *Justice, Gender and the Family*, 4.

<sup>31</sup> Özdemir, *İlişkisel Özerklik Bağlamında Evli Birey*, 180.

<sup>32</sup> European Council Parliamentary Assembly, Committee on Equal Opportunities for Women and Men, “Domestic Violence Report”, Doc. 9525, 17 July 2002, para. II/2.



toplumdaki ilişkiler ağının düzenlenmesinde etkin bir role sahip olan hukuk, toplumdaki cinsiyet eşitsizliklerini önlemede veya gidermede etkili olabilmektedir. Bununla birlikte, hukukun kendisi de başlı başına eşitsizliği yansıtabilir ve hatta pekiştirebilir. Hukukun toplumsal cinsiyet rollerini belirlemedeki gücünü özellikle aileyle ilgili veya ev-içi şiddete ilişkin konularda görmek mümkündür<sup>33</sup>. Öyle ki, uzun bir süre, bu konudaki genel eğilim, aile içi şiddet vakalarına müdahale etmemek yönünde olmuştur. Geleneksel ataerkil aile yapısının ve bu yapının getirdiği zihniyetin bir sonucu olarak aile içinde meydana gelen herhangi bir şiddet olayı, yine ailenin iç meselesi olarak görülmüştür. Söz konusu *tabu*, hukuk kurallarına da yansımış, ev-içi şiddete ‘karışmama’ yönündeki anlayış hukuk kuralları aracılığıyla meşru kılınmaya çalışılmıştır<sup>34</sup>. Feminist yazında karşımıza çıkan, hukukun adaletsiz olduğu şeklindeki slogan da özellikle tarihsel olarak hukukun toplumsal cinsiyetle ilgili bu eşitsiz tavrına işaret etmektedir<sup>35</sup>. Hukukun eril niteliği ve çoğunlukla erkek bakış açısıyla tasarlandığı dikkate alındığında, bu sloganın çok da yersiz olmadığı söylenebilir. Dolayısıyla, hukukta toplumsal cinsiyetle ilgili adalet sorunlarının aslında eşitlik sorunları olduğu ifade edilmelidir<sup>36</sup>.

Kadınların, erkeklerin tanımladığı roller içinde cinsiyete tarafsız olmayan kurullarla rekabet edebilmesi baştan eşitsiz bir durumdur. Şiddete uğramış kadın sendromunun bir meşru savunma nedeni veya bir savunma delili olarak kabul edilip edilmemesine ilişkin tartışmanın kökleri de buradadır. Erkeklerin, hukuk gibi toplumsal kurumları kendi bakış açılarına göre tanımlamalarına izin verilip, ardından bu kurumlar içindeki rolleri kimin dolduracağına karar verirken adayların cinsiyetlerinin görmezden gelinmesiyle eşitlik sağlanamayacaktır<sup>37</sup>. Öyle ki hukuk, bireyler arasında var olan ilişkileri olduğu gibi kabul ettiğinde, bu sosyal olguyu güvenceye alınmış bir hak haline getirir ve böylece, sosyal gerçeklikte zaten bir tür tahakküm ilişkisine uymak zorunda kalmış kişiler, bu ilişkiye hukuken de uymak zorunda kalırlar<sup>38</sup>. Dolayısıyla, toplumsal cinsiyet bakımından tarafsız olmak, eşitsizliklere kayıtsız kalmak demek değil; toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin farkında olan normların kaleme alınması demektir. Ancak bunun da korumacı (*paternalist*) bir tavra, başka bir deyişle, kadının geleneksel bakış açısıyla belirlenmiş rollerinin gözetilmesi amacına dönüştürülmemesi gerekir. Bunu yapabilmek öncelikle hukukta adaletsizliği görmeyi gerektirir. Bunun için de hukuk uygulayıcılarının -özellikle yargıçların- hesap veren ve sorumluluk taşıyan kişiler

<sup>33</sup> Uygur & Özdemir, 8.

<sup>34</sup> Walus-Wigle & Meloy, 390.

<sup>35</sup> Gülriiz Uygur, “Hukuk”, *Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi* içinde (ed. Yıldız Ecevit, Nadide Karkiner), (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2011) 155.

<sup>36</sup> Uygur, “Hukuk”, 155; Robin West, “Jurisprudence and Gender”, *The University of Chicago Law Review* 55, No. 1, (1988): 2, 58. Ayrıca bkz. Bonifacio, 5-6.

<sup>37</sup> Kymlicka, s. 525.

<sup>38</sup> John Stuart Mill, *The Subjection of Women*, (Pennsylvania State University, 1999 (1869), 3-4.

oldukları bilinciyle ve önyargılardan arınmış bir tarafsızlıkla, önlerindeki her tek durumla dikkatli bir şekilde ilgilenmesi gerekir<sup>39</sup>. Çünkü, görmek için ilgilenmek gerekir<sup>40</sup>. Bu anlamda, cinsiyet eşitsizliğinin farkında olmak ve bu eşitsizliği önleyebilmek adına hukuk kurallarını yorumlar ve uygulamalar, özen etiği (*care ethics*) ve kadının özerkliği öğretileri çerçevesinde hareket edilmesi, bir başka deyişle hukukta ilgilenerek görmek; hukuk devletinin, adil yargılanma ilkesinin, hakkaniyetin ve hakkaniyet olarak adaletin de bir gereğidir.

Kişinin her tek özel durumunu ‘görmeyi’ temel alan özen etiği yaklaşımı, empatiyi ve özen göstermeyi merkeze alır. İnsanın ilişkisel bir varlık oluşunu dikkate alarak, sorumluluklara ve ilişkilere dair bir anlayış çerçevesinde tanımlanır<sup>41</sup>. Sırf haklar ve ilkeler üzerine kuramlarını inşa eden adalet kuramcılarının öğretilerinde belirli evrensel ilkelere yer verilse de her durumun kendine özgü özelliği yaşamsal önemde görülmez. Bu nedenledir ki adalet ve hakkaniyet arasındaki fark dikkate alınarak, özen etiği hakkaniyete benzetilmektedir. Herkese belirli ilkeler çerçevesinde, sahip olduğu hakları vermenin ötesinde, somut durumun özelliklerini göz önünde bulundurarak, o duruma uygun karar vermeyi gerektiren hakkaniyet; bu açıdan özen etiği ile yakından ilişkilidir<sup>42</sup>. Özen göstererek, görmüş olduğumuz kişinin somut durumunu da anlamış oluruz. Gerçekten de “hangi durumda nasıl davranılırsa adil olunur?” sorusunun cevabını her zaman evrensel ilkeler vermeyebilir. Eğer, o evrensel ilkeyi somut duruma uyguladığımızda etkili sonuç yaratmıyorsa, adil davranılıp davranılmadığı da bilinemeyecektir. Bu nedenle, ilkeler ve adalet düşüncesi tek başına yeterli değildir. Tarafsızlığı, tutarlılığı ve doğruluğu beraberinde getiren adalet, özen olmadan bir anlam ifade etmeyeceğinden; her biri, öteki için gerekli bir şart niteliğinde düşünülmelidir<sup>43</sup>. Hakkaniyet de bu şartlardan biri olarak adaletin temelini oluşturur<sup>44</sup>.

Her tek durumun özelliğine göre hareket etmek şeklinde tanımlanabilecek olan özen etiği, kuşkusuz herkesin ve her somut olayın kendine özgü farklı bir niteliği ol-

<sup>39</sup> Gülriz Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2013), 27, 117, 120, 180, 210-211.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 141.

<sup>41</sup> Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, (Cambridge: Harvard University Press, 1982), 19; Christine Sypnowich, “Ütopya ve Hukuk Devleti” (çev. Ali Rıza Çoban), *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasal Bir İdeal* içinde (ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük), (Ankara: Adres Yayınları, 2008), 333.

<sup>42</sup> Bkz. Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, (Ankara: Siyasal Kitabevi, 17. b., 2016), 240-244. Hakkaniyet kavramının, özen göstererek hüküm verme ile doğrudan ilgili olduğuna yönelik bir çalışma için bkz. Eylem Ümit Atılğan, “The Concept of Equity and an Empirical Research on the Perception of Turkish Judges About Judicial Interpretation and Equity”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64, No. 2, (2015): 513-514.

<sup>43</sup> Robin West, “Justice and Care”, *St. John's Law Review* Vol. 70/1, (1996): 35-36; Owen Flanagan and Kathryn Jackson, “Justice, Care and the Gender: The Kohlberg-Gilligan Debate Revisited”, *Ethics* 97/3, (1987): s. 626, 636.

<sup>44</sup> John Rawls, “Justice as Fairness”, *The Journal of Philosophy* 54, No. 22, (1957): 658.

duğu anlayışına dayanır. Yalnızca yarar-zarar hesabı veya araçsal akılla somut durum çözümlenmeye çalışılırsa hem somut olayın hem de tarafların öznel niteliği ihmâl edilmiş olur. Başka bir ifadeyle, kişiye sadece hak sahibi bir birey olarak davranılması, insanın değerini gerçekleştirmekte yetersiz kalacağından, buna özen göstermenin de eklenmesi gerekir. Etiğin öngördüğü de en az değer harcıyıcı biçimde eylemde bulunmaktır ki bu da özen göstermekle yani her tek durumu görmekle gerçekleşir<sup>45</sup>.

## II. ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE ŞİDDETE UĞRAMIŞ KADIN SENDROMU

Hukukun üstünlüğüne ve bağlayıcılığına dayanan ve hukuki güvenliği esas alan hukuk devletinin temel amacı keyfi yönetim tehlikesini en aza indirmektir. Ancak, herhangi bir hukuk düzeninde bulunması gereken erdemlerden yalnızca biridir ve farklı ilkelerle dengelenmesi gerekir<sup>46</sup>. Dolayısıyla, hak ve özgürlüklerin korunabilmesi ve hakkaniyet olarak adaletin sağlanabilmesi için dar anlamda hukuk devleti ve kişilerin yalnızca hak özneleri olarak tanınması yeterli değildir. Bunların gerçekleştirilebilmesi ve hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilebilmesi için işlevsel hak arama araçları ile hem şekli hem de maddi açıdan adil olan yöntem ve içerikler sunulmalıdır. Başka bir ifadeyle, adil bir sonuç için hem maddi hem de şekli adalet gereklidir<sup>47</sup>. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi; hak arama özgürlüğü ve savunma hakkı ile adil yargılanma, çelişme, silahların eşitliği gibi birtakım ilkelerle bir bütün olarak ele alınmaktadır.

Hak arama özgürlüğünün etkili biçimde kullanılabilmesi için adil yargılanma hakkı büyük öneme sahiptir. Gerçekten de bir hakkın tanınmasını anlamlı kılan, onun aynı zamanda olası bir ihlale karşı yargısal bir güvenceye kavuşturulmuş olmasıdır<sup>48</sup>. Bu nedenle, hak arama özgürlüğü pozitif hukukta tanınan diğer hakların da ön şartı ve şekli güvencesi niteliğindedir<sup>49</sup>. İşlevsel hak arama araçlarının tanınıp gerçekleştirilebilmesi de ancak hukuk devletinin esaslı unsurlarından biri olan adil yargılanma hakkının tanınması ve güvenceye alınmasıyla mümkün olur<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Etik ve değer bilgisi hakkında ayrıntılı çalışma için bkz. Ioanna Kuçuradi, *Etik*, (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2006).

<sup>46</sup> Joseph Raz, “The Rule of Law and Its Virtue”, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* içinde, (Oxford: Oxford University Press, 1979), 211, 228.

<sup>47</sup> Michel Rosenfeld, “The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy”, *Southern California Law Review* 74, (2001): 1314; Gülriz Uygur, “Adalet ve Hukuk Devleti”, *AÜHFD* 53, S. 3, (2004): 30. Şekli adalet ve hukuk devleti ilişkisi için ayrıca bkz. John Rawls, *A Theory of Justice*, (Cambridge: Harvard University Press, 1994), 235.

<sup>48</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku I: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, (Ankara: İmge Kitabevi, 7. b., 2013), 127.

<sup>49</sup> Kaboğlu, 144. Türk Anayasa Mahkemesi’ne göre de hak arama özgürlüğü; hakka işlerlik ve önem kazandıran, insanlık yaşamında yadsınamaz bir yeri olan ve toplumsal barışı güçlendiren bir dayanaktır ve adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının da uygar bir yöntemidir. Bkz. AYMK, E. 1991/2, K. 1991/30, k.t. 19.9.1991, RG. 16.09.1992, S. 21347.

<sup>50</sup> Bkz. Tom Bingham, *The Rule of Law*, (London: Penguin Books, 2011), 90. Anayasa Mahkemesi’nin aynı yöndeki kararları için bkz. AYMK, E. 1992/8, K. 1992/39, k.t. 16.06.1992; E. 2004/25, K. 2008/42, k.t. 17.01.2008; *Nevruz Bozkurt Başvurusu*, No: 2013/664, 17.09.2013, para. 32.

Adil yargılanma hakkı, yargılama sürecinin tamamına ilişkin çeşitli yöntemsel ilkeleri belirleyerek, nesnel bir yargılama sonucunda adil bir karara varmayı güvence altına alır<sup>51</sup>. Ne var ki, adil yargılanma hakkı bakımından dikkate alınan şey varılan sonuçtan çok, yargılama sürecinin tamamıdır<sup>52</sup>. Bu nedenle, yargılama sürecinde karşılanması gereken tüm hakları ve yöntemsel gereklilikleri içeren “uzun bir liste (*laundry list*)” adil yargılanma kavramını oluşturur<sup>53</sup>. Dolayısıyla, adil yargılanma hakkı bakımından, içerik olarak adil bir karar verilirken verilmemiş değil, adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığı önem kazanır<sup>54</sup>. Buna karşılık, AİHM’ye göre açıkça hatalı bulgulara dayanan bir karara varan, taraflarca sunulmuş olan savları, delilleri ve mütalaaları önyargısız biçimde incelemeyen bir yargı organı, adil ve hakkaniyetli yargılama yapma yükümlülüğünü ihlal etmiş olur<sup>55</sup>. Bu nedenle, istisnai de olsa, yargı kararlarının içeriğinin de adil olup olmadığının denetlendiğini söylemek mümkündür.

Adil yargılanma hakkı, AİHS’nin 6. maddesinde<sup>56</sup> ve 1982 Anayasası’nın 36. maddesinde<sup>57</sup> güvenceye alınmıştır. Sözleşme’ye göre, yargılamanın kanunla ku-

<sup>51</sup> Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4*, (Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, 2018), 1.

<sup>52</sup> Karen Reid, *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, (Londra: Sweet & Maxwell, 1998), 50.

<sup>53</sup> Bkz. Jeremy Waldron, “The Rule of Law and the Importance of Procedure”, *Nomos 50: Getting the Rule of Law* (ed. James E. Fleming), (New York: New York University Press, 2011), 3-31; John Gardner, “The Supposed Formality of the Rule of Law”, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 195-221.

<sup>54</sup> İnceoğlu, s. 1.

<sup>55</sup> ECHR, *Kraska v. Switzerland*, No. 20398/92, 19.04.1993, para. 30; Reid, 50.

<sup>56</sup> AİHS madde 6: 1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esasında karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamasının niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.

<sup>57</sup> Adil yargılanma hakkı 2001 yılında yapılan değişikliklerle madde metnine eklenmiştir. 1982 Anayasası madde 36: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”

ruhan, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul sürede, açık/aleni ve hakkaniyete uygun<sup>58</sup> olarak yapılması gerekir. Sözleşme’de yer alan söz konusu açık teminatların yanında, AİHM, birtakım örtülü güvenceleri de adil yargılanma hakkı kapsamında dikkate almaktadır. “Çelişme ilkesi”, “silahların eşitliği ilkesi”, “mahkemeye başvurma hakkı”, “susma hakkı”, “kendini suçlayıcı delil sunmaya zorlanamama hakkı”, “gerekçeli karar hakkı”, “delil sunma hakkı”, “duruşmada hazır bulunma hakkı” ve “duruşmaya etkili katılma hakkı” bunlar arasında sayılabilir<sup>59</sup>.

Hakkaniyet olarak adaletin ve dolayısıyla adil yargılanma ilkesinin gerçekleştirilmesi için savunma hakkının tam, yeterli ve etkili olacak düzeyde kullanılması gerekir<sup>60</sup>. AİHM de adil yargılanma hakkını tanımlarken özellikle çelişme ve silahların eşitliği unsurlarını iki temel öge olarak kullanır<sup>61</sup>. Başka bir deyişle, bu iki temel ilkenin adil yargılanmanın özünü oluşturduğunu söylemek mümkündür<sup>62</sup>. Bu noktada, delil sunma ve duruşmaya etkili katılma haklarının da hem çelişme hem de silahların eşitliği ilkesi ile doğrudan bağlantılı olduğunu not etmek gerekir.

En bilinen tanımıyla düşüncelerin karşılıklı olarak ileri sürülmesi ve tartışılması yöntemi olan çelişme, tarafların hem kendi aralarında hem de yargı organıyla iletişim sağlamasının bir yoludur<sup>63</sup>. Yalnızca teknik bir seçim olmaktan çok bir uygarlık göstergesi ve tercihi olan çelişme yöntemi, bilgilenme (bilgi alma) ve tartışma (açıklamada bulunma) hakkını içerir<sup>64</sup>. AİHM’ye göre de çelişmeli yargılama ilkesi, dava sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil, mütalaa ve görüşlerin tamamı hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında

<sup>58</sup> AİHS’nin İngilizce resmi metninde yer alan “... everyone is entitled to a fair and public hearing...” ifadesi, kimi yazarlar tarafından “adil bir şekilde dinlenilme”, kimi yazarlar tarafından “hakkaniyete uygun dinlenilme” biçiminde çevrilmiştir. 1954 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Sözleşme’nin resmi çevirisinde de “hakkaniyete uygun yargılama” ifadesine rastlanır. Bkz. RG. 19.03.1954, S. 8662. Bununla birlikte, Sözleşme’nin Türkçe çeviri metninde ise “adil” veya “hakkaniyete uygun” şeklinde farklı metinlerde yer bulan ifadeye hiç yer verilmemiştir. Bkz. [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf), e.t. 14.12.2019. Çalışmanın konusu gereği, yalnızca adil kavramının değil, hakkaniyet kavramının da önemli olduğu dikkate alınarak, bu ifadeye çalışmada özellikle yer verilmiştir.

<sup>59</sup> İnceoğlu, 112; F. Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019) 46-47; Waldron, 5-6.

<sup>60</sup> ECHR, *Ludi vs. Switzerland*, No. 12433/86, 15.06.1992, para. 49-50; *Artico v. Italy*, No. 6694/74, 13.05.1980, para. 33; *İnsanov v. Azerbaycan*, No: 16133/08, 14.03.2013, para. 142, 160. AYMK, *Ali Kemal Tekin Başvurusu*, No: 2014/875, 02.02.2017, para. 40, 42. Aynı yönde bkz. ABD Federal Yüksek Mahkemesi’nin kararı için bkz. *Burns v. Oluo*, 360 U.S. 252, 257-58 (1959).

<sup>61</sup> Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, (Oxford: Oxford University Press, 2005), 85; İnceoğlu, 142.

<sup>62</sup> Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, 17.

<sup>63</sup> Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, 69; Hanağası, Emel: *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 105, 108; Kunter, Nurullah & Yenisey, Feridun: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, İstanbul, 1998, s. 41.

<sup>64</sup> Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, 70, 87-94.

yorum yapma olanağının taraflara tanınmasıdır<sup>65</sup>. Bu ilke, duyulma veya hukuki dinlenilme hakkıyla birlikte el alınmalıdır<sup>66</sup>. Öyle ki, çelişmenin etkili olabilmesi için dinlenilme hakkının mahkemelere yüklediği bir yükümlülük olarak, savunmaların dikkatle alınması zorunludur<sup>67</sup>.

Silahların eşitliği ilkesi ise taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengeyi sağlanmasını, yargılama sürecinde tüm tarafların eşit olanaklardan yararlandırılmasını amaçlar<sup>68</sup>. Bu ilke, taraflar arasında “adil bir dengeyi” varlığını gerektirir ve hem ceza hem de medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda geçerlidir<sup>69</sup>. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarından birini diğerine karşı dezavantajlı konuma getirmeyecek şekilde; her bir tarafın, deliller de dahil olmak üzere savunmasını ortaya koyabilmesi için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olması anlamına gelir<sup>70</sup>. Hemen not etmek gerekir ki, hakkaniyete uygun bir yargılama yapılabilmesi için delil gösterme, çalışma, silahların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakları, adil yargılanma ilkesinin diğer tüm örtülü güvenceleri gibi bir bütünü parçaları olarak bir arada uygulanmalıdır.

Görüldüğü üzere, tarafların savlarını desteklemek için delil gösterebilmesi ve bu delillerin yargılama makamınca önyargılardan bağımsız biçimde incelenmesini talep edebilmesi hem çelişmeli yargılama hem de silahların eşitliği ilkesinin bir gereğidir. Buna bağlı olarak, delil gösterebilme, savunma hakkının ve dolayısıyla adil yargılama hakkının gerçekleştirilebilmesi için de olmazsa olmazdır. Ev-İçi Şiddet olaylarına ilişkin yargılamalarda “şiddet gören kadın sendromu”nun bir meşru savunma nedeni olarak kullanılıp kullanılmayacağına ve bu sendromun, kadının şiddet uygulayana dönük eyleminin meşruluğuna yönelik bir delil niteliğinde kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışma da bu çerçevede ele alınmalıdır.

<sup>65</sup> ECHR, *Ruiz-Mateos v. Spain*, No. 12952/87, 23.06.1993, para 63.

<sup>66</sup> Duyulma hakkının adil yargılanma hakkının bir parçası olduğuna yönelik çalışma için bkz. Héctor A. Morales Zúñiga, “On the Moral Foundations of a Fair Trial”, *Law and Morals* (ed. André Ferreira Leite de Paula & Andrés Santacoloma Santacoloma), (Stuttgart: Nomos, 2019), 146, 172-174. Hukuki dinlenilme hakkı için bkz. Hakan Pekcanitez, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları) 2000, 753-791.

<sup>67</sup> Trechsel, 89.

<sup>68</sup> İncoğlu, 115; Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, 96-99. Anayasa Mahkemesi de aynı görüştedir. Mahkeme’ye göre, “Adil yargılanma hakkının unsurları arasında önemli bir yer tutan ‘silahların eşitliği’ ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj, diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını içermekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengeyi varlığını gerekli kılmaktadır.” Bkz. AYMK, E. 2012/69, K. 2012/149, k.t. 11.10.2012. Aynı yönde AİHM kararları için bkz. ECHR, *A.B. v. Slovakia*, No: 41784/98, 04.03.2003, para. 55; *Zagorodnikov v. Russia*, No: 66941/01, 07.06.2007, para. 30; *Loboda v. Ukraine*, No: 8865/06, 17.11.2016, para. 48; *Palchik v. Ukraine*, No: 16980/06, 02.03.2017, para. 31.

<sup>69</sup> *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 2019, s. 6-7, 15, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf), e.t. 08.01.2010.

<sup>70</sup> ECHR, *Dombo Beheer B. V. v. Netherlands*, No. 14448/88, 27.10.1993, para. 33. Ayrıca bkz. *A.B. v. Slovakia*, para. 55; *Marcello Viola v. Italy*, No: 45106/04, 05.10.2006, para. 51, 76.

Şiddet gören kadın sendromuna göre, bu sendroma sahip bir kadının, şiddet görmediği bir anda verdiği tepkinin özünde bir tür “kendini koruma” eylemi vardır. Kadının dava konusu eylemi işleminde, kendisini saldırıya uğradığı anda koruyamaması, devlet ya da başka bir kurumdan yardım alamaması veya ekonomik anlamda partnerine bağımlı olması gibi kanıtlanabilir unsurların etkisi büyüktür<sup>71</sup>.

Sistematik olarak şiddete uğrayan kadın süregelen bir tehlike hâli içinde yaşar. Kadının deneyimlediği bu durum ve sistematik şiddet nedeniyle içinde bulunduğu ruh hâli, şiddet uygulayana şiddet anında bir tepki verememesine yol açar. Bu nedenle, kadın, şiddet uygulayanın en zayıf olduğunu düşündüğü anda kendisini koruma yolunu seçebilmektedir<sup>72</sup>. Söz konusu eylemin meşru savunma kapsamında görülmesi gerektiği de öğretide bu gerekçeyle ileri sürülmektedir. Bununla birlikte, geleneksel meşru savunma ölçütleri çoğu hukuk sisteminde saldırı anında karşılık vermeyi kapsadığından; kadının şiddet anında değil, kendisine şiddet uygulanmadığı bir anda verdiği tepki uzun bir süre meşru savunma kapsamında görülmemiştir. Günümüzde de yaygın eğilim meşru savunma kapsamında kabul edilmemesi yönündedir. Ancak, özellikle Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelenda'daki bazı örnek davalarda bu sendromun bir savunma gerekçesi olarak dikkate alındığını ve yargılama sırasında konunun uzmanlarından sendroma ilişkin görüş alınmasının kabul edildiğini de not etmek gerekir<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Phyllis L. Crocker, “The Meaning of Equality for Battered Women Who Kill in Self-Defense”, *Harvard Women's Law Journal*, (1985): 133 vd; Elisabeth Ayyıldız, “When Battered Woman's Syndrome Does Not Go Far Enough: The Battered Woman as Vigilante”, *American University Journal of Gender & the Law* 4, No. 1, (1995): 143-147.

<sup>72</sup> Sendrom, ev-içi şiddete maruz kalan kadının sıklıkla karşılaştığı “neden şiddete şiddet ile karşılık verdiği” veya “evi terk edip ilişkiyi sonlandırmadığı” sorularına da cevap vermesi açısından önemlidir. Bkz. *State v. Kelly*, 478 A. 2d 364, N.J., 1984; *Tourlakis v. Morris*, 738 F. Supp. 1128 (S.D. Ohio 1990).

<sup>73</sup> Sendromun dikkate alındığı örnek yargı kararlarında, “şiddet gören kadının daimi korku içinde yaşadığı, kaçamayacağını ve bu nedenle en sonunda tek seçeneğinin ya intihar etmek ya da öldürmek olduğunu düşündüğü” ya da “sistematik olarak şiddet gören kadının ruhsal durumunu anlamak, davranışını ve dava konusu eylemini anlamlandırabilmek için yaşamsaldır” şeklinde ifadelerle rastlanmaktadır. Bkz. Bkz. *Tourlakis v. Morris*, 1990, s. 1134; *Thomas v. Arn*, 728 F. 2d (6th Cir.), 1984, s. 815. Başka bir davada da sendromun dikkate alınması gerektiğini düşünen karşı oy yazısında şu ifadelerle rastlanmaktadır: “Somut olayda kadın, partnerinin dokunulmaz olduğunu ve kendisini kanunların da koruyamadığını düşünerek öldürme fiilini gerçekleştirmişti ki bu düşüncesinin aksini gösterecek deliller de yoktur. Bu nedenle, Sendrom tek başına meşru savunma delili olarak kabul edilmelidir.” Bkz. *State v. Norman*, 378 S.E.2d at 18. (Martin, J., dissenting). ABD'nin farklı eyaletlerinde farklı yaklaşımlar da söz konusudur. Örneğin, New Jersey eyaleti, şiddete uğramış kadın sendromunu resmi olarak uzman ifadesi konusu kabul eden ve delil olarak ele alan ilk eyaletlerden biridir. Bkz. *State v. Kelly*, 478 A. 2d 364, N.J., 1984. Ayrıca bkz. *State v. Yusuf* 800 A.2d 590 (Conn. App. Ct. 2002); *The Validity and Use of Evidence Concerning Battering and Its Effects in Criminal Trials Report, Responding to Section 40507 of the Violence Against Women Act*, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, 1996. Tam bir meşru savunma nedeni olarak kabul edilmese de sendromun dikkate alındığı bir dava örneği için bkz. *Blair v. Blair*, 154 Vt. 201, 575 A.2d 191 (1990). Benzer dava örnekleri için bkz. Champaign, 61-70; Regina A. Schullert and Neil Vidmar, “Battered Woman Syndrome Evidence in the Courtroom: A Review of the Literature”, *Law and Human Behavior* 16, No. 3, (1992):

Sendromun, hukuk disiplini üzerinde büyük etki doğurduğu doğrudur. Bu çerçevede, şiddet ilişkisinin ve bunun yol açtığı sendromun kadınlar üzerindeki etkisini yargı organlarına aktarabilmede hem psikoloji hem de psikiyatri disiplinleri yardımcı olabilmektedir. Bununla birlikte, uygulamada, sendromun ve öğrenilmiş çaresizlik kavramının farklı yorumlandığını görmek de mümkündür<sup>74</sup>. Bu kapsamda, şiddet görmüş kadın sendromunu bir savunma nedeni olarak kullanmanın kadını adeta “sahibi tarafından istismar edilmiş evcil bir hayvana ya da şeye” dönüştürdüğü yönündeki eleştirilere değinmek gerekir<sup>75</sup>. Bunun yanında, kadında ortaya çıkan anormal algı sorununa, pasifliğe ve yardım arama eksikliğine odaklanan bir uzman ifadesinin (*expert testimony*) somut olaylarda sendroma dair yeterli delil oluşturacağını ve meşru savunma için gerekli olan yasal savın yalnızca öğrenilmiş çaresizlik teorisine dayandırılabilceğini varsayanlar da söz konusudur<sup>76</sup>. Hatta, somut olaylarda şiddete uğramış kadın sendromu bir delil olarak kullanılmamış olsa dahi öğrenilmiş çaresizlik teorisi -eleştiriye açık biçimde- adeta bir şemsiye kavram niteliğinde kullanılmıştır<sup>77</sup>. Oysaki -yukarıda da ifade edildiği üzere- çaresiz kalma hâli ile karıştırılmaması gereken ve psikolojide hukukta ifade ettiğiinden daha derin bir anlam içeren öğrenilmiş çaresizlik teorisinin tek hukuki argüman olarak ele alınması ve uzman ifadesine başvurmak için genel bir araç olarak düşünülmesi; konunun karmaşıklığının, alandaki bilginin genişliğinin ve değişkenliğinin gözden kaçırılmasına neden olmuştur<sup>78</sup>. Daha da önemlisi, bu yaklaşımla, sistematik olarak şiddete uğramış kadının sözünü ettiği tehlike ve tehdidin yakınlığı ve aciliyeti de göz önüne alınmamış olup kadının

273-291; Regina A. Schuller, Elisabeth Wells, Sara Rzepa ve Marc A. Klippenstine, “Rethinking Battered Woman Syndrome Evidence: The Impact of Alternative Forms of Expert Testimony on Mock Jurors’ Decisions”, *Canadian Journal of Behavioural Science*, (2004): 127-136; Brenda L. Russell, *The Battered Woman Syndrome as a Legal Defense: History, Effectiveness and Implications*, (Jefferson NC: McFarland&Co, 2010); Elizabeth A. Sheehy, *Defending Battered Women on Trial: Lessons from the Transcripts*, (Vancouver: UBC Press, 2014). Yakın tarihli başka bir dava örneği için bkz. *Cathryn Ann Linn v. State of Iowa*, No. 17-0007 (Iowa 2019).

<sup>74</sup> Söz konusu farklı yorumlar için bkz. Lee Bowker, “A Battered Woman’s Problems are Social, Not Psychological”, R.J. Gelles & D.R. Loeske (ed.), *Current Controversies on Family Violence* içinde, (Newbury Park, CA: Sage, 1993); E. W. Gondolf & E. R. Fisher, “Battered Women as Survivors: An Alternative to Treating Learned Helplessness”, (Boston, MA: Lexington, 1988). Kavrama dair eleştirilen yaklaşımların kapsamlı bir çözümlemesi için bkz. Walker, *The Battered Woman Syndrome*, 69 vd.

<sup>75</sup> Bkz. Anne M. Coughlin, “Excusing Women”, *California Law Review* 82, No. 1, (1994): 67.

<sup>76</sup> Genel olarak bkz. Joshua Dressler & Holly Maguigan, “Battered Women, Self-Defense, and the Law”, *Fordham Law Review* 79, No. 1, (2011); Jane Campbell Moriarty, “While Dangers Gather: The Bush Preemption Doctrine, Battered Women, Imminence, and Anticipatory Self-Defense”, *New York University Review of Law and Social Change* 30, No. 1, (2005). Ayrıca bkz. Martha Ruth Mahoney, “Misunderstanding Judy Norman: Theory as Cause and Consequence”, *Connecticut Law Review* 51, No. 3, (2019): 677.

<sup>77</sup> Mahoney, 677, 703.

<sup>78</sup> Mahoney, 677. Bu nedenledir ki, psikologlar uzun yıllardır uzman ifadelerinin konusunu “şiddet görme ve etkileri” veya “yakın partner şiddeti ve etkileri” olarak belirlemektedirler. Bkz. Mahoney, s. 677.



karşı karşıya olduğu tehlikenin ıskalandığı kusurlu bir hukuk teorisi üretilmiştir<sup>79</sup>. Buna ek olarak, sistematik şiddete uğrayan kadınların verdikleri tepkilerin bir çeşit “travma sonrası stres bozukluğu (*post traumatic stress disorder*)” sonucu olduğu iddia edilmiş ve şiddete uğramış kadın sendromu da bu stres bozukluğunun bir alt kategorisi olarak değerlendirilmiştir<sup>80</sup>. Oysaki, şiddete uğramış kadın sendromuna neden olan travmatik olaylar ve maruz kalınan tehdit ve tehlike bir kerelik değildir. Söz konusu şiddet sistematiktir, tekrarlayan bir zincir biçimindedir ve devamlılık arz eder. Bu tip vakalarda travma sonrası stres bozukluğu modelinin kullanılması da bu gerekçelerle eleştirilmektedir<sup>81</sup>.

Yine, bazı davalarda mahkemelerin, uzmanları sadece sendromun özelliklerini anlatmakla sınırlı tuttuğu, somut olayda sendromun var olup olmadığına ilişkin tartışmalara girilmesine ise izin vermediği de görülebilmektedir<sup>82</sup>. Bu yaklaşımın da konuya ilişkin etkili bir inceleme yapılmamış olacağı için adil yargılanma ilkesine aykırı olduğu belirtilmelidir. Son olarak, şiddete uğramış kadın sendromu teorisi aslında suç ve ceza siyasetinde bir değişimi amaçlar. Ancak, sendroma ilişkin bu dar ölçekli bakış açısının, söz konusu amacın ve hedeflenen değişimin de göz ardı edilmesine yol açtığını da not etmek gerekir<sup>83</sup>.

Ev-içi şiddetin konu olduğu davalarda sendromu ve kişilerde yarattığı ruhsal durumu dikkate almak adil yargılanmayı sağlar<sup>84</sup>. Dolayısıyla, kadının, söz konusu sendromu savunma hakkı kapsamında bir delil olarak sunabilmesi ve bu delilin en azından tartışılabilir olması, adil yargılanma hakkının ve hukuk devletinin bir gereğidir. Ancak, karşılaştırmalı dava örneklerine bakıldığında, istisnalar olmakla birlikte, çoğunlukla bu sendromun bir meşru savunma nedeni olarak kabul edilip edilmemesinden önce; böyle bir sendromun teorik olarak var olup olmadığının ve savunma hakkı çerçevesinde bir delil olarak sunulup sunulamayacağının dahi tartışma götürdüğü dikkati çekmektedir<sup>85</sup>. Yargılama sürecinde delillere ilişkin tercihler

<sup>79</sup> Mahoney, s. 678.

<sup>80</sup> Walker, *The Battered Woman Syndrome*, 42, 70.

<sup>81</sup> Walker, *The Battered Woman Syndrome*, 42, 43. Hemen eklemek gerekir ki, travmaya uğrayan herkes travma sonrası stres bozukluğu yaşamayabileceği gibi, yaşayanların maruz kaldığı etkiler de zamanla azalabilir ya da yok olabilir. Dolayısıyla, partner şiddetine ilişkin somut olaylarda yalnızca travma sonrası stres bozukluğu ögesinden hareket etmek hatalı bir muhakemeye neden olabilir. Bkz. Dutton and Goodman, 224-227; Hilal Düzenli, “Hukuk Pratiğinde Kadını Anlamak: Örselemlenmiş Kadın Sendromu”, *Kadın Yazıları* (ed. Türkan Yalçın), (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), 306.

<sup>82</sup> Champaign, 63. Bkz. J. A. Gruwell v. *The State of Wyoming*, No. S-10-0168, 2011; *State v. Myers*, 570 A.2d 1260, 1266-67 (N.J. 1990).

<sup>83</sup> Düzenli, 292.

<sup>84</sup> Walker, “*Battered Women Syndrome and Self Defense*”, 334; Erich D. Andersen and Anne Read-Andersen, “Constitutional Dimensions of the Battered Woman Syndrome”, *Ohio State Law Journal* 53, No. 2, (1992): 365. Sendroma ilişkin uzman görüşlerine dava sürecinde yer verilmesinin adil yargılama hakkını ihlal etmediğine yönelik aksi yönde bir mahkeme kararı için bkz. *Barefoot v. Estelle*, 463 U.S. 880, 903 (1983).

<sup>85</sup> Örneğin, Kanada Yüksek Mahkemesi’nin bir kararına göre; “eğer saldırı ile buna verilen tepki arasında önemli ölçüde bir zaman aralığı varsa, söz konusu eylem meşru savunmadan ziyade ölç

hakkaniyete uygun yargılama ilkesinin özü niteliğindedir. Her ne kadar yargılama makamı delillerin değerlendirilmesinde daha elverişli bir konumda olsa da delillere verilen ağırlığa ve delillerin değerlendirilmesine ilişkin verilen kararlarda keyfi, mantık dışı, makul olmayan ve hakkaniyetsiz bir tutum söz konusu olmamalıdır<sup>86</sup>. Örneğin, şiddete uğramış kadın sendromu gibi özel bir bilgi ve uzmanlık gerektiren bir konuda herhangi bir inceleme yapmadan ve konunun uzmanlarına danışmadan gerçekleştirilecek bir yargılama; keyfi, makul, hakkaniyete aykırı ve adil olmayan bir sonuca neden olacaktır<sup>87</sup>. Öyle ki, dikkate alınan deliller veya taraflarca dikkate alınması talep edilmesine karşın farklı gerekçelerle dikkate alınmayan deliller, davanın gidışatını ve dolayısıyla hakkaniyete uygun yargılama yapılıp yapılmamasını da doğrudan etkileme gücüne sahiptir.

Yargılama sırasında sorulan sorulardaki nesnellik de bu noktada büyük önem taşır. Örneğin kadına, mantıklı düşünebilen bir kişinin vermesi gereken tepkileri neden vermediği, ilişkiyi neden sonlandırmadığı ya da neden ısrarla yardım istemediği sorularak, aslında daha en başta şiddete uğramış kadının yaşadığı deneyimin beyin kimyasını da etkileyecek biçimde söz konusu sendroma yol açtığına ilişkin gerek tıbbi gerekse psikolojik görüşler göz önünde bulundurulmamış olur<sup>88</sup>. Daha da önemlisi, bu gibi sorular kadının şiddet uygulayan partnerini terk etmeye kalkışması ya da terk etmesi durumunda daha büyük bir tehlike ve tehdit altında kalacağına ilişkin açık kanıtların da gözden kaçırılması anlamına gelmektedir<sup>89</sup>. Gerçekten de yapılan araştırmalara ve istatistiklere göre ilişkiyi sonlandırmak tam da kadının korktuğu gibi şiddet düzeyini daha da artırabilmektedir. Buna göre, ayrılık sonrası veya ayrılma aşamasında kadınların şiddet uygulayan partnerleri tarafından öldürülme oranı, kadınların şiddet uygulayan partnerlerini öldürme oranından daha fazladır<sup>90</sup>. Özellikle ilişkiyi sonlandırdıktan sonraki iki

*alma olarak değerlendirilmelidir.* Bkz. *R. v. Lavallee*, 1 SCR 852, 1990, s. 115. Benzer ifadelerle yer veren ve şiddet gördüğü eşini öldürme fiilini gerçekleştiren kadınların suçlu bulunduğu dava örnekleri için bkz. *People v. Bush* 148 Cal. Rptr. 430 (1978); *State v. Norman* 378 S.E.2d 8(1989).

<sup>86</sup> ECHR, *Company X. v. Austria*, No. 7987/77, 13.12.1979; *Waldberg v. Turkey*, No. 22909/93, 06.09.1995; *Van Kück v. Germany*, No. 35968/97, 12.06.2003, para. 55-57. Ayrıca bkz. AYMK, E. 2012/69, K. 2012/149, k.t. 11.10.2012.

<sup>87</sup> Teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren konularda, bu inceleme yapılmadan ve konu açıklığa kavuşturulmadan sonuca varılmasının makul bir yaklaşım olmadığına ilişkin AIHM kararı için bkz. ECHR, *Van Kück v. Germany*, para. 55-57.

<sup>88</sup> Sendromun bu tür etkilere yol açtığı ilişkin araştırmalar için bkz. Walker, "Battered Women Syndrome and Self Defense", 327-328. Ayrıca bkz. Bessel A Van Der Kolk, "The Psychological Consequences of Overwhelming Life Experiences", *Psychological Trauma* (ed. Bessel A Van der Kolk), (Washington: American Psychiatric Publishing, 1987): 1-30.

<sup>89</sup> Angela Browne, *When Battered Women Kill*, (New York: The Free Press, 1987), 113.

<sup>90</sup> Bkz. Angela Browne and Kirk R. Williams, "Exploring the Effect of Resource Availability and the Likelihood of Female Perpetrated Homicides", *Law & Society Review* 23, No. 1, (1989): 75-94. Aynı yönde yakın tarihli başka bir araştırma için bkz. Joakim Petersson, Susanne Strand and Heidi Selenius, "Risk Factors for Intimate Partner Violence: A Comparison of Antisocial and Family-Only Perpetrators", *Journal of Interpersonal Violence* 34, No. 2, (2016): 219-239. Ayrıca bkz. Walker, *The Battered Woman Syndrome*, 15.

yıl en riskli dönemdir ve eğer çift çocuk sahibiyse ve bu nedenle iletişim kaçınılmazsa, bu risk daha da artmaktadır<sup>91</sup>.

Kadının gerçekleştirdiği eylemin mantığı ve meşru olup olmadığı ancak hayatında yer alan şiddet döngüsü dikkate alınarak anlaşılabilir<sup>92</sup>. Aksi hâlde, kadının, şiddet gören bir kadının yaşadığı deneyimler dikkate alınmadan hazırlanan birtakım ölçütlere göre yargılanması söz konusu olur<sup>93</sup>. Bu ise nesnel bir sonuca ulaşılmasını engelleyecek, hakkaniyete uygun yargılama yapma ilkesine de aykırılık oluşturacaktır. Somut olay, kendi gerçekliğinde değerlendirilmeli ve böylece sendromun bir meşru savunma nedeni veya kadının güncel ve süregelen bir tehlikede olduğuna dair algısının gerçekliğini ve akla uygunluğunu ispat etmek için kullanılan bir savunma delili olarak kabul edilip edilemeyeceğine karar verilmelidir<sup>94</sup>.

Meşru savunma kavramı, öğretide ileri sürülen “yasal” savunma ya da “haklı” savunma kavramlarından farklılık arz etmektedir. Laik bir hukuk düzeninde meşru savunmanın yasanın ve kamu vicdanının uygun bulduğu bir fiil olduğu söylenebilir<sup>95</sup>. Bununla birlikte, meşru kelimesi ile sözlük anlamlarının aynı olmasına rağmen “yasallık” kavramının ve “hakka uygun, doğru, yerinde olan” anlamındaki haklılık kavramının, kurumun sosyal yönünü ifade etmek bakımından yetersiz kaldıkları belirtilmelidir<sup>96</sup>. Dolayısıyla, meşru savunmanın pozitif dayacağının yasa olduğu ve yasanın kişilerin kendilerini korumalarını belirli sınırlar içerisinde meşru kabul ettiği bilinmekle birlikte; kurumun içerdiği sosyal değer nedeniyle hukukun verdiği sıradan bir yetkiden çok daha fazlasını ifade ettiği söylenebilir<sup>97</sup>.

Meşru savunmanın, kökleri eskiye dayanan sosyal bir gerçeklik oluşu, kurumun şartlarının uygulanışı bakımından da önem taşımaktadır. Meşru savunma

<sup>91</sup> Walker, “*Battered Women Syndrome and Self Defense*”, 333; Browne and Williams, 78-79.

<sup>92</sup> Crocker, 135 vd.

<sup>93</sup> Crocker, 130; Cynthia K. Gillespie, *Justifiable Homicide: Battered Women, Self-Defense, and the Law*, (Ohio: Ohio State University Press, 1989), 189-190. Öyle ki, meşru savunma kurumunun da bu anlamda eril deneyimlerden ve bakış açısından yola çıkılarak tasarlandığı ileri sürülür. Buna göre, yasaları kaleme alanlar, partnerini öldüren kadının düştüğü duruma belki hiçbir zaman düşmemiş olsalar da bu travmaları yaşayan insanlardan kendileri gibi davranmalarını beklerler. Bkz. Crocker, 123 vd.

<sup>94</sup> Bkz. *Pennsylvania v. Miller*, 634 A.2d 614, 622 (Pa. Super. Ct. 1993); Ayyıldız, 143.

<sup>95</sup> Gökçen Taner, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, *Ceza Hukuku Dergisi* 5, S. 12, (2010): 220.

<sup>96</sup> Taner, “*Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma*”, 220-221.

<sup>97</sup> *Ibid.*, 222. Yazar, ceza hukukunda biçimsel yasallık ilkesinin kabul edilmesi nedeniyle, tek kaynağının yasa olduğunun ve toplumun neyi meşru kabul ettiğinin bu açıdan önemsiz olduğunun ileri sürülebileceğini; ancak, meşru savunma için ileri sürülen “sosyal bir gerçeklik” olduğu yönündeki görüşlerin bu kuruma özgü olduğunu da not etmektedir. Bununla birlikte, benzer gerekçelerin zorunluluk hali için de ileri sürülebileceğini; fakat asla diğer ceza hukuku kurumları için genişletilemeyeceğini belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Taner, “*Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma*”, 221.

özünde, insanda var olan kendini koruma içgüdüsünün hukuken tanınmasından ibarettir<sup>98</sup>. Hukukumuzda göre, olayda meşru savunmanın var olabilmesi için gereken şartlar; kişinin haksız bir saldırıya uğramış olması, saldırının bir hakka yönelik olması, savunmanın zorunlu ve saldırıyla orantılı olmasıdır<sup>99</sup>. Bu noktada, henüz gerçekleşmemekle birlikte, gerçekleşmesine kesin gözüyle bakılan saldırıların ve yine sona ermiş olmasına rağmen tekrarına kesin gözüyle bakılan muhtemel saldırıların da meşru savunma nedeni olduğu belirtilmelidir<sup>100</sup>.

Sendromun, meşru savunma nedeni olarak kabul edildiği dava örnekleri olsa da<sup>101</sup>, kimi zaman haksız tahrik hükümleri çerçevesinde ele alındığını ve bir ceza indirim nedeni olarak kullanıldığını da görmek mümkündür<sup>102</sup>. Türkiye’de de ev-içi şiddete ilişkin her somut olayda şiddete uğramış kadın sendromunun tartışmasız biçimde dikkate alındığını söylemek güçtür. Buna karşın, meşru savunma iddiasının kabul edildiği kararlarda mağdurun davranışlarının “gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı” önlemek çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir<sup>103</sup>. Bu kapsamda, birkaç istisnai davada, sistematik şiddet gören kadının şiddet görmediği bir anda, ancak aradan çok kısa bir süre geçtikten sonra verdiği tepkinin makul kabul edildiğini ve eylemin meşru savunma kapsamında değerlendirildiğini de not etmek gerekir<sup>104</sup>. Söz konusu kararlara rağmen,

<sup>98</sup> Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku (Genel Kısım)*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 164; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (İstanbul: Beta, 10. b., 2017), 312; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 15. b., 2020), 295.

<sup>99</sup> Toroslu ve Toroslu, 164-171; Centel, Zafer ve Çakmut, 313-321; Demirbaş, 295-302.

<sup>100</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesine göre, “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yöneltilmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiilden dolayı faile ceza verilmez”. Dolayısıyla, yalnızca gerçekleşen değil, gerçekleşmesi veya tekrarı kesin olan haksız saldırılar da meşru savunma kapsamındadır.

<sup>101</sup> Y. 1. CD. E. 2011/1267, K. 2011/4491, k.t. 13.07.2011; İbn-Tamas v.US 407 A.2d 626, 1979; State v. Kelly, 97 N.J. 178, 1984. Ayrıca bkz. David L. Faigman, “The Battered Woman Syndrome and Self Defense: A Legal and Empirical Dissent”, *Virginia Law Review* 72, (1986): 619.

<sup>102</sup> Bkz. Y. 1.CD, E. 2010/7379, K. 2011/279, k.t. 31.01.2011; R v Ahluwalia (1992) 4 AER 889; R v Thornton (1996) 1 WLR 1174; R v Charlton (2003) EWCA 415.

<sup>103</sup> Y. 1. CD. E. 2011/1267, K. 2011/4491, k.t. 13.07.2011. Ayrıca bkz. N.K. Davası, Gaziantep 4. Ağır Ceza Mahkemesi, 27.09.2012, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/tecavuzcusunu-olduren-kadina-beraat-karari-verildi-1664818>, Erişim Tarihi: Mayıs 25, 2022. Konuya ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. Fulya Eroğlu ve Alev Özeroğlu, “Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Sendromunun Meşru Savunma Açısından Değerlendirilmesi”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/1, (2020): 1421.

<sup>104</sup> Bkz. Y. 1. CD. E. 2013/2895, K. 2014/6572, k.t. 24.12.2014. Karara konu olan ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararında şu ifadelere rastlanmaktadır: “Maktulün kendisine çok daha ağır şiddet uygulayabileceğini, hatta öldürebileceğini düşünerek yeniden maktulün boğazını sıkıp öldürmesi şeklinde sonuçlanan olayda sanığın meşru müdafaa şartları içinde öldürdüğü kabul edilmelidir. Olayın gerçekleşme örgüsü meşru müdafaa haline tam olarak uymakta olup hukuka uygunluk ve beraat sebebi oluşturmaktadır. Sanığın eylemi sonradan pişman olmak ve hayata yeniden döndürmek için bazı hareketlerde bulunmuş olmakla birlikte doğrudan maktulü öldürmeye yöneliktir. Sınırın aşılması söz konusu değildir. Yani sanık meşru müdafaa şartları içerisinde maktule yönelik etkili eylem uygularken amacı zaten onu öldürmektir. Hukuka uygunluk sebebinin varlığı nedeniyle sanığın beraatine

yakın tarihli bazı somut olaylara bakıldığında, meşru savunma ölçütlerinden olan olay anında karşılık vermek ve orantılı müdahalede bulunmak gerekliliklerinin, somut olayın özellikleri dikkate alınmadan, katı biçimde arandığı da dikkati çekmektedir<sup>105</sup>. Bu yaklaşımla, kadının söz konusu şiddeti bir kerelik yaşamadığı, dolayısıyla devamlılık arz eden ve tekrarına da kesin gözüyle bakılan bir tehdidin varlığı gözden kaçırılmaktadır.

Tüm bu içtihat birikimine rağmen, sendromun delil niteliğine yönelik eleştiriler varlığını sürdürmektedir. Örneğin, sendromun öne sürdüğü öğrenilmiş çaresizlik ve süregelen tehlike iddiasına karşılık, kadının akli dengesinin yerinde olmadığına ve bu nedenle makul davranmadığına ilişkin savlar da ileri sürülmektedir<sup>106</sup>. Öyle ki, bu gibi davalarda çoğunlukla kadınların “akli denge bozukluğu” yaşadığı veya “bir sinir krizi” geçirdiği iddia edilmekte; bu anlayış, söz konusu sendromun kalıcı etkilerinin göz ardı edilmesine yol açmaktadır<sup>107</sup>. Eleştiri sahiplerine göre kadın, yaşadığı şiddet süresince mücadele edememiş gibi görünse de mahkemeye çıktığında ve yaşadıklarını dile getirirken, fiziksel olarak olmasa da psikolojik olarak mücadele eden bir kadın görüntüsü çizebilmektedir. Psikolojik de olsa bu tür çaba emareleri, şiddet döngüsü içinde şiddet uygulayana karşı bir girişimde bulunabilme yetisine işaret etmektedir ki bu da şiddete uğramış kadın sendromu ile çelişir<sup>108</sup>.

Eleştirilere karşılık, ev-içi şiddetin yaygınlığı nedeniyle şiddete uğramış kadın sendromunun bir meşru savunma nedeni olarak kabul edilmesine yönelik

*karar verilmiştir.”* Bkz. Sakarya 1. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2011/326, K. 2012/107, k.t. 17/05/2012. Yargıtay, benzer başka bir davada da “*sanığın eylemini kendisine ve çocuklarına karşı yöneltilen şiddetin ve ölüm tehdidini oluşturan maktulün sözleriyle heyecan, korku ve telaştan kaynaklanan güdü ile savunma sınırını zorlayarak gerçekleştirdiği anlaşıldığından*” sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar veren ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Bkz. Y. 1. CD. E. 2018/644, K. 2018/1680, k.t. 10.04.2018. Eylemin, meşru savunma değil, ancak haksız tahrik kapsamında değerlendirildiği bir dava örneği için bkz. Y. 1.CD, E. 2010/7379, K. 2011/279, k.t. 31.01.2011.

<sup>105</sup> Bkz. N.Y. Davası, Y. 1. CD. E. 2019/324, K. 2019/2876, k.t. 21.05.2019; İstanbul BAM 1. CD. E. 2019/244, K. 2019/1090, k.t. 24.5.2019. Yine, Bakırköy 20. Ağır Ceza Mahkemesi’nde 11.02.2020 tarihinde görülen H. Ö. davası da bu bakış açısına örnek olarak verilebilir. Bkz. <https://www.milliyet.com.tr/gundem/gungorende-esini-olduren-kadina-15-yil-hapis-cezasi-verildi-6142697>, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2021. Benzer bir karar da 4 Temmuz 2017 tarihinde İstanbul Bakırköy 13. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilmiştir. Mahkeme, sanık Y.Ç.’nin meşru savunmada mazur görülebilecek heyecan, korku ve telaşa sınırı aşması sonucunda eylemi gerçekleştirdiğini kabul etmiş ve ceza verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Ancak karar, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi tarafından bozulmuş ve 09.04.2018 tarihinde sanığa 15 yıl hapis cezası verilmiştir. Bkz. <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/yasemin-cakala-15-yil-hapis-cezasi-956167>, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2021. Şiddet görmüş kadın sendromunun Türk hukukunda meşru savunma kapsamında uygulanabilirliği üzerine ayrıntılı bir çalışma için bkz. Efser Erden Tütüncü, “Örselenmiş Kadın Sendromu Argümanının Türk Hukukunda Meşru Savunma Kapsamında Uygulanabilirliği Üzerine Düşünceler”, *Fasikül Hukuk Dergisi* 11/111, (2019): 470.

<sup>106</sup> Champaign, 72.

<sup>107</sup> Russell, s. 116; Cara Cookson, “Confronting Our Fear: Legislating Beyond Battered Woman Syndrome and the Law of Self-Defense in Vermont”, *Vermont Law Review* 34, (2009): 420.

<sup>108</sup> Katharine K. Baker, “Gender and Emotion in Criminal Law”, *Harvard Journal of Law and Gender* 28, (2005): 460.

öneriler dile getirilmeye devam etmektedir<sup>109</sup>. Ancak günümüzde hâlâ, ev-içi şiddete yönelik normlar ilişkilerin duygusal olarak karmaşıklığını görmezden gelmektedir<sup>110</sup>. Başka bir ifadeyle hukuk, şiddet gören kadının şiddet döngüsü içinde tepki vermesinin kolay olduğunu veya en azından yapılabilir olduğunu varsaymaktadır<sup>111</sup>. Oysaki, kadında, şiddeti uygulayan partnerinden kaçamayacağına ilişkin oluşan inancın ve şiddetin devam edeceğine ilişkin duyduğu korkunun da değerlendirmeye alınması, bu tür davalar için yaşamsal önemdedir<sup>112</sup>. Dolayısıyla, kadınların sistematik şiddet gördüğü somut olaylarda, şiddetin devam ettiği ve tekrarlanmasının kuvvetle muhtemel olduğu özellikle dikkate alınmalıdır. Yukarıda örnekleri verilen Türk hukukundaki davalarda da bu bakış açısının önemini görmek mümkündür. Şiddetin uygulanması ile şiddet bittikten sonra kadın tarafından gerçekleştirilen eylem arasında makul bir süre olduğu, tehlikenin devam etmediği ve bu nedenle eylemin meşru savunma kapsamında kabul edilmemesi gerektiği yönündeki anlayış, her şeyden önce şiddete uğramış kadın sendromunun tanımıyla çatışmaktadır. Öyle ki, sendrom, halihazırda kadının neden saldırı anında karşılık veremediğini, süregelen tehlikenin gerçekliğini ve tekrarlanmasına kesin gözüyle bakılan saldırı tehdidinin varlığını anlatan bir teoridir. Bu nedenle, yargı kararlarında yalnızca savunmaya ilişkin şartların nesnel açıdan denetlenmesi ve makul bir insanın aynı saldırıyla karşı karşıya kalması halinde verebileceği tepkinin tespitine yer verilmesiyle yetinilmemeli; sistematik şiddet gören bir kadının o durumda nasıl davranabileceği özenle dikkate alınmalıdır<sup>113</sup>. Yöntemin ve buna dayanılarak varılacak sonucun adil ve hakkaniyete uygun olması için gereken, başka bir deyişle adil yargılanma hakkının gerektirdiği de budur.

<sup>109</sup> Şiddete uğramış kadın sendromunun Türk Ceza Kanununun "Sınırın Aşılması" başlıklı 27/2 maddesi bağlamında "meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez" hükmünün uygulama alanı bulabileceğine ilişkin görüş için bkz. Özgür Küçükaşdemir, "Ceza Hukukunda Örselenmiş Kadın Sendromu", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1, (2015): 579. Şiddete uğramış kadın sendromunun meşru savunma olarak kabul edilmesine yönelik eleştirilere cevap veren bir çalışma için bkz. Kit Kinports, "So Much Activity, So Little Change: A Reply to the Critics of Battered Women's Self Defense", *Saint Louis University Public Law Review* 23, (2004): 155-191.

<sup>110</sup> Champaign, 75.

<sup>111</sup> *Ibid.*, 76.

<sup>112</sup> Micheal Dowd, "Dispelling the Myths About the 'Battered Woman's Defense': Towards a New Understanding", *Fordham Urban Law Journal* 9, No. 3, (1992): 580.

<sup>113</sup> Bkz. Helen Baker, "Constructing Women Who Experience Male Violence: Criminal Legal Discourse and Individual Experiences", *Liverpool Law Review* 29, (2008): 123-142. Bir karşı oyda da isabelle belirtildiği gibi; "*Şiddete maruz kalan kadınlarda hiç kimsenin ve hatta kanunların da kendisini koruyamayacağı inancı hâkim hâle gelmektedir. Ne yazık ki, uygulamada gördüklerimiz bu inancı çok da yanlışlamaz. Kadının yirmi yıl boyunca kocasının fiziksel şiddetine mecbur kalmış olması, en sonunda onu öldürmesi ile sonuçlanmıştır. Bu ifade ve tespit, meşru savunmanın uygulanabilmesi için gerekli olan şartları tek başına sağlayacak bir delil niteliğindedir.*" Bkz. *State v. Norman*, 378 S.E.2d at 18, 1989. (Martin, J., dissenting).

## TARTIŞMA VE SONUÇ

Kişiye hak sahibi bir insan olarak davranılması önemli olmakla birlikte, insanın değerini gerçekleştirme için yetersizdir. Buna, özen göstermenin ve hukukta adaletsizliği görmeyen de eklenmesi gerekir. Sadece soyut haklar üzerinden yapılan tanımlara dayanarak gerçekleştirilen yargılamalar, tarafların içinde bulunduğu durumun tekliğini ve özneliği örseler. Dolayısıyla, önemli olan haklar teorisini özeni de içinde barındıran adil yargılanma ilkesiyle birleştirmektir.

Her durumun somut özelliklerini dikkate alarak karar verebilmek için tarafsız/nötr uygulamalar yeterli değildir. Yargıcın veya uygulayıcının tarafsız davranması ile somut olayı ilgilendirerek görmesi arasında fark vardır. Öyle ki, kuralların her somut olayda aynı şekilde ve nötr kalınarak uygulanması, ev-içi şiddet söz konusu olduğunda ataerkil kültürün ve bunun hukuk kültürüne yansımalarının meşru kılınması için yönetsel bir araca dönüşebilmektedir<sup>114</sup>. Kadınların maruz kaldığı ev-içi şiddet olaylarına ilişkin davalarda şiddet gören kadın sendromunun dikkate alınması ve buna ilişkin uzman görüşlerine yer verilmesi hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilebilmesi için gerekli olan hak arama araçlarının işlevsel olarak kullanılabilmesinin ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Bunun yanında, davalarda kadının yalnızca psikolojik tepkilerine ya da şiddet döngüsündeki tepkisizliğine odaklanmak da yeterli değildir. Kadının şiddet uygulayan partnerine karşı işlediği öldürme ya da yaralama filini aslında süregelen biçimde var olan bir tehlikeyi önlemek için gerçekleştirdiği de mutlaka dikkate alınmalıdır. Yine, vakalar bütünleşik biçimde ele alınmalı ve teorinin dinamikliğine de uygun biçimde kadının içinde bulunduğu sosyal koşullar ve sosyal gerçeklik de değerlendirmeye katılmalıdır<sup>115</sup>. Not etmek gerekir ki, kadının içinde bulunduğu sosyal gerçeklik ile psikolojik tepkiler birbirini dışlayan hususlar değildir<sup>116</sup>. Hatta çoğunlukla kadının içinde bulunduğu sosyal koşullar psikolojik tepkilerinin kaynağını oluşturur<sup>117</sup>.

Şiddet görmüş kadın, en az diğer meşru savunma iddiasında ve savunusunda bulunun kişiler kadar kendisini neden savunması gerektiğini, onu bu sonuca götüren olayların içeriğini ve detaylarını anlatma hakkına sahiptir<sup>118</sup>. Savunma

<sup>114</sup> Aynı yönde bkz. Fatma İrem Çağlar Gürgey, “Ev-içi Şiddet Davalarında Yargıcın Tarafsızlığı”, *Ankara Barosu Dergisi* 4, (2015): 62. Meşru savunma kurumuna ilişkin kuralların erilliği de bunun bir göstergesidir. Bkz. Baker, “Constructing Women Who Experience Male Violence: Criminal Legal Discourse and Individual Experiences”, 123-142.

<sup>115</sup> Kadının verdiği tepkinin yalnızca sosyal gerçeklik bağlamında ele alınması gerektiğini, böylece yapılan saptamaların hukuka uygunluk nedenleriyle daha uyumlu olacağını savunan görüş için bkz. Cheryl A. Terrance, Karyn M Plumm and Andre Kehn, “Battered Women Who Kill: Impact of Expert Testimony Type and Timing”, *Psychiatry, Psychology and Law* 21, No. 1, (2014): 3.

<sup>116</sup> Düzenli, 312.

<sup>117</sup> *Ibid*, 312.

<sup>118</sup> Gail D. Rodwan and Jeanice A. Dagher-Margosian, “The Battered Woman as Criminal Defendant”, *Michigan Business Law Journal* 73, (1994): 916. Ayrıca bkz. *People v. Wilson*, 194 Mich.

hakkının ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının gerektirdiği de budur<sup>119</sup>. Uygulamada ise çoğunlukla erkek bakış açısıyla sürdürülen yargılamalarda şiddet kelimesinin bir anlamda küçümsendiği, kadının özgül durumunu görmeyi kolaylaştıracak biçimde şiddetin detaylarına girilmediği görülmektedir. Oysaki yargılama sürecinde, eğer kadının onayı ve talebi varsa, maruz kalınan şiddetin örgüsü tüm detaylarıyla aktarılmalı, kadının yalnızca şiddet gördüğü şeklinde genel tanımlamalarla yetinilmemelidir. Ancak böylece, kadının yaşamış olduğu gerçek şiddet fark edilerek, söz konusu şiddet döngüsünün kadının karar alma mekanizmasını nasıl etkilediği göz önüne alınmış olur<sup>120</sup>.

---

App. 599, 604, 487 N.W.2d 822 (Mich. Ct. App. 1992).

<sup>119</sup> Bkz. *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14, 19, 1967.

<sup>120</sup> Aynı yönde bkz. Kathryn Abrams, "The Constitution of Women", *Alabama Law Review* 48, (1996): s. 864.



## KAYNAKÇA

### Kitaplar ve Makaleler

- Abrams, Kathryn. “The Constitution of Women”. *Alabama Law Review* 48, (1996): 861-884.
- Andersen, Erich D. and Read-Andersen, Anne. “Constitutional Dimensions of the Battered Woman Syndrome”. *Ohio State Law Journal* 53, No. 2, (1992): 363-411.
- Apaydın, Cengiz. “Kötü Muameleye (Şiddete) Maruz Kalan Kadın Reaksiyonunun Meşru Savunma Hukukundaki Yansımaları”. *Terazi Hukuk Dergisi* 12/125, (2017): 44-52.
- Ayyıldız, Elisabeth. “When Battered Woman’s Syndrome Does Not Go Far Enough: The Battered Woman as Vigilante”. *American University Journal of Gender & the Law* 4, No. 1, (1995): 141-166.
- Baker, Helen. “Constructing Women Who Experience Male Violence: Criminal Legal Discourse and Individual Experiences”. *Liverpool Law Review* 29, (2008): 123-142.
- Baker, Katharine K. “Gender and Emotion in Criminal Law”. *Harvard Journal of Law and Gender* 28, (2005): 447-466.
- Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London: Penguin Books, 2011.
- Bonifacio, Glenda Tibe. “Introduction”. *Global Current in Gender and Feminisms: Canadian and International Perspectives* içinde (ed. Glenda Tibe Bonifacio), Bingley: Emerald Publishing, 2018.
- Bourdieu, Pierre (çev. Çağrı Eroğlu). *Bekarlar Balosu*. Ankara: Dost Kitabevi, 2009.
- Bowker, Lee. “A Battered Woman’s Problems are Social, Not Psychological”, R.J. Gelles & D.R. Loeske (ed.). *Current Controversies on Family Violence* içinde, Newbury Park, CA: Sage, 1993.
- Breiding, Matthew; Basile, K. C.; Smith, S. G.; Black, M. C. and Mahendra, R. *Intimate Partner Violence Surveillance: Uniform Definitions and Recommended Data Elements*. Version 2.0, Atlanta: National Center for Injury Prevention and Control, Centers for Disease Control and Prevention, 2015.
- Bricker, Denise. “Fatal Defense: An Analysis of Battered Woman’s Syndrome Expert Testimony for Gay Men and Lesbians Who Kill Abusive Partners”. *Brooklyn Law Review* 58, No. 4, (1993): 1379-1437.
- Browne, Angela and Williams, Kirk R. “Exploring the Effect of Resource Availability and the Likelihood of Female Perpetrated Homicides”. *Law & Society Review* 23, No. 1, (1989): 75-94.
- Browne, Angela. *Angela Browne, When Battered Women Kill*. New York: The Free Press, 1987.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide ve Çakmut, Özlem. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta, 10. b., 2017.
- Champaign, Lauren. “The Battered Woman Syndrome”. *The Georgetown Journal of Gender and the Law* 11, No. 1, (2010): 59-76.

- Cookson, Cara. "Confronting Our Fear: Legislating Beyond Battered Woman Syndrome and the Law of Self-Defense in Vermont". *Vermont Law Review* 34, (2009): 415-446.
- Cornia, Rebecca D. "Current Use of Battered Woman Syndrome: Institutionalization of Negative Stereotypes About Women". *Ucla Women's Law Journal* 8, (1997): 99-123.
- Coughlin, Anne M. "Excusing Women". *California Law Review* 82, No. 1, 1994.
- Crocker, Phyllis L. "The Meaning of Equality for Battered Women Who Kill in Self-Defense". *Harvard Women's Law Journal*. (1985): 121-153.
- Çağlar Gürgey, Fatma İrem. "Ev-İçi Şiddet Davalarında Yargıcın Tarafsızlığı". *Ankara Barosu Dergisi* 4, (2015): 57-75.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 15. b., 2020.
- Dowd, Micheal. "Dispelling the Myths About the 'Battered Woman's Defense': Towards a New Understanding". *Fordham Urban Law Journal* 9, No. 3, (1992): 567-583.
- Dressler, Joshua and Maguigan, Holly. "Battered Women, Self-Defense, and the Law". *Fordham Law Review* 79, No. 1, 2011.
- Dressler, Joshua. "Battered Women and Sleeping Abusers: Some Reflections". *Ohio State Journal of Criminal Law* 3, (2006): 457-471.
- Dutton, M.A. and Goodman, L.A. "Posttraumatic Stress Disorder Among Battered Women: Analysis of Legal Implications". *Behavioral Sciences & The Law* 12, No. 3, (1994): 215-234.
- Düzenli, Hilal. "Hukuk Pratiğinde Kadını Anlamak: Örselenmiş Kadın Sendromu". *Kadın Yazıları* (ed. Türkan Yalçın), Ankara: Savaş Yayınevi, 2020, 291-333.
- Erden Tütüncü, Efser. "Örselenmiş Kadın Sendromu Argümanının Türk Hukukunda Meşru Savunma Kapsamında Uygulanabilirliği Üzerine Düşünceler". *Fasikül Hukuk Dergisi* 11/111, (2019): 469-482.
- Eroğlu, Fulya ve Özeroğlu, Alev. "Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Sendromunun Meşru Savunma Açısından Değerlendirilmesi". *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/1, (2020): 1405-1431.
- Faigman, David L. "The Battered Woman Syndrome and Self Defense: A Legal and Empirical Dissent". *Virginia Law Review* 72, (1986): 619-647.
- Flanagan, Owen and Jackson, Kathryn. "Justice, Care and the Gender: The Kohlberg-Gilligan Debate Revisited". *Ethics* 97/3, (1987): 622-637.
- Galspell Susan. "A Jury of Her Peers". *Every Week Magazine*, 1917.
- Gardner, John. "The Supposed Formality of the Rule of Law". *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford: Oxford University Press, 2012, 195-221.
- Gillespie, Cynthia K. *Justifiable Homicide: Battered Women, Self-Defense and the Law*. Ohio: Ohio State University Press, 1989.
- Gilligan, Carol. *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- Gondolf, E. W. and Fisher, E. R. *Battered Women as Survivors: An Alternative to Treating Learned Helplessness*. Boston, MA: Lexington, 1988.

- Gözler, Kemal. “Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? (İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı Üzerine Eleştiriler)”. Erişim Tarihi: Mart 20, 2021. <https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm>.
- Güriz, Adnan. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 17. b., 2016.
- Hanağası, Emel. *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Herring, Jonathan (çev. Duygu Hatipoğlu Aydın). “Ev-İçi Şiddetin Tanımlanması: Saldırıdan Cebri Denetime”. *Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddet* içinde (ed. Funda Kaya, Nadire Özdemir, Gülriz Uygur), Ankara: Savaş Yayınevi, 2014.
- İnceoğlu, Sibel. *Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4*. Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, 2018.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. *Özgürlükler Hukuku I: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*. Ankara: İmge Kitabevi, 7. b., 2013.
- Kinports, Kit. “So Much Activity, So Little Change: A Reply to the Critics of Battered Women’s Self Defense”. *Saint Louis University Public Law Review* 23, (2004): 155-191.
- Kuçuradi, Ioanna. *Etik*. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2006.
- Kunter, Nurullah and Yenisey, Feridun. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta, 1998.
- Küçüktaşdemir, Özgür. “Ceza Hukukunda Örselenmiş Kadın Sendromu”. *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 1, (2015): 547- 586.
- Kymlicka, Will (çev. Ebru Kılıç). *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Lutz, Victoria L. “Domestic Violence Expert Witness Testimony: A Guide for the Judiciary Judiciary”. *Court Review: The Journal of the American Judges Association* 53, No. 1, (2017) 22-34.
- Maguigan, Holly. “It is Time to Move Beyond Battered Woman Syndrome”. *Criminal Justice Ethics* 17/1, (1998): 50-57.
- Mahoney, Martha Ruth. “Misunderstanding Judy Norman: Theory as Cause and Consequence”. *Connecticut Law Review* 51, No. 3, (2019): 671-767.
- Merrill, Gregory S. and Wolfe, Valerie A. “Battered Gay Men: An Exploration of Abuse, Help Seeking, and Why They Stay”. *Journal of Homosexuality* 39/2, (2000): 1-30.
- Messinger, Adam M. *LGBTQ Intimate Partner Violence: Lessons for Policy, Practice, and Research*. California: University of California Press, 2017.
- Mill, John Stuart. *The Subjection of Women*. Pennsylvania State University, 1999 (1869).
- Morales Zúñiga, Héctor A. “On the Moral Foundations of a Fair Trial”. *Law and Morals* (ed. André Ferreira Leite de Paula & Andrés Santacoloma Santacoloma). Stuttgart: Nomos, 2019, 145-179.

- Moriarty, Jane Campbell. "While Dangers Gather: The Bush Preemption Doctrine, Battered Women, Imminence, and Anticipatory Self-Defense". *New York University Review of Law and Social Change* 30, No. 1, 2005.
- Okin, Susan Moller. *Justice, Gender and the Family*. New York: Basic Books, 1989.
- Okin, Susan Moller. *Women in Western Political Thought*. Princeton: Princeton University Press, 1979.
- Öden, Merih. *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Özdemir, Nadire. *İlişkisel Özerklik Bağlamında Evli Birey*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Pateman, Carole. *The Disorder of Women*. California: Stanford University Press, 1989.
- Patzel, Brenda. "What Blocked Heterosexual Women and Lesbians in Leaving Their Abusive Relationships". *Journal of the American Psychiatric Nurses Association* 12/4, (2006): 208-215.
- Pekcanitez, Hakan. "Hukuki Dinlenilme Hakkı", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000, 753-791.
- Peterson, Joakim; Strand, Susanne and Selenius, Heidi. "Risk Factors for Intimate Partner Violence: A Comparison of Antisocial and Family-Only Perpetrators". *Journal of Interpersonal Violence* 34, No. 2, (2016): 219-239.
- Rawls, John. "Justice as Fairness". *The Journal of Philosophy* 54, No. 22, (1957): 653-662.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- Raz, Joseph. "The Rule of Law and Its Virtue". *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- Reid, Karen. *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*. Londra: Sweet & Maxwell, 1998.
- Ristock, Janice L. (ed.). *Intimate Partner Violence in LGBTQ Lives*. New York: Routledge, 2011.
- Rodwan, Gail D. and A. Dagher-Margosian, Jeanice. "The Battered Woman as Criminal Defendant". *Michigan Business Law Journal* 73, (1994): 912-916.
- Rosenfeld, Michel. "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy". *Southern California Law Review* 74, (2001): 1307-1352.
- Russell, Brenda L. *The Battered Woman Syndrome as a Legal Defense: History, Effectiveness and Implications*. Jefferson NC: McFarland&Co, 2010.
- Schroeder, Joan M. "Using Battered Woman Syndrome Evidence in the Prosecution of a Batterer". *Iowa Law Review* 76, (1991): 553-577.
- Schuller, Regina A. Wells, Elisabeth; Rzepa, Sara and Klippenstine, Marc A. "Rethinking Battered Woman Syndrome Evidence: The Impact of Alternative Forms of Expert Testimony on Mock Jurors' Decisions". *Canadian Journal of Behavioural Science*, (2004): 127-136.

- Schullert, Regina A. and Vidmar, Neil. “Battered Woman Syndrome Evidence in the Courtroom: A Review of the Literature”. *Law and Human Behavior* 16, No. 3, (1992): 273-291.
- Sheehy, Elizabeth A. *Defending Battered Women on Trial: Lessons from the Transcripts*. Vancouver: UBC Press, 2014.
- Simone, Catharine. “Kill(er) Man Was a ‘Battered Wife’: The Application of Battered Woman Syndrome to Homosexual Defendants: The Queen v McEwen”. *Sydney Law Review* 19/2 (1997): 230-239.
- Sypnowich, Christine. “Ütopya ve Hukuk Devleti” (çev. Ali Rıza Çoban). *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* içinde (ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük). Ankara: Adres Yayınları, 2008, 325-345.
- Şirin, Tolga. “Uluslararası Sözleşmelerden Çekilme Usulü ve Başlıca Tartışmalar”. Erişim Tarihi: Mart 24, 2021. <https://www.tolgasirin.com/post/uluslararasi-sozlesmelerden-cekilme-usulu>.
- Taner, F. Gökçen. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Taner, Gökçen. “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”. *Ceza Hukuku Dergisi* 5, S. 12, (2010): 219-253.
- Taşkın, Ozan E. “Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Reaksiyonu: Meşru Savunma mı, Mazeret Nedeni mi?”. *Ceza Hukuku Dergisi* 7, S. 20, (2012): 103-118.
- Terrance, Cheryl A.; Plumm, Karyn M. and Kehn, Andre. “Battered Women Who Kill: Impact of Expert Testimony Type and Timing”. *Psychiatry, Psychology and Law* 21, No. 1, (2014): 1-15.
- Toroslu, Nevzat ve Toroslu, Haluk. *Ceza Hukuku (Genel Kısım)*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Trechsel, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Turell, Susan and Cornell-Swanson, La Vonne. “Not All Alike: Within-Group Differences in Seeking Help for Same-Sex Relationship Abuses”. *Journal of Gay and Lesbian Social Services* 18/1, (2005): 71-88.
- Uygur, Gülriz ve Özdemir, Nadire. “Giriş”. *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* içinde (ed. Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, 7-16.
- Uygur, Gülriz. “Adalet ve Hukuk Devleti”. *AÜHFD* 53, S. 3, (2004): 29-38.
- Uygur, Gülriz. “Hukuk”. *Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi* içinde (ed. Yıldız Ecevit & Nadide Karkıner), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Uygur, Gülriz. *Hukukta Adaletsizliği Görmek*. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2013.
- Van Der Kolk, Bessel A. “The Psychological Consequences of Overwhelming Life Experiences”. *Psychological Trauma* (ed. Bessel A Van der Kolk). Washington: American Psychiatric Publishing, 1987, 1-30.

- Waldron, Jeremy. "The Rule of Law and the Importance of Procedure". *Nomos 50: Getting the Rule of Law* (ed. James E. Fleming), New York: New York University Press, 2011, 3-31.
- Walker, Lenore E. A. "Battered Women Syndrome and Self Defense". *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 6, (1992): 321-334.
- Walker, Lenore E. A. *The Battered Woman Syndrome*. New York: Springer, 3rd ed., 2009.
- Walus-Wigle, Jacqueline and Meloy, J. Reid. "Battered Women Syndrome as a Criminal Defense". *The Journal of General Psychiatry & Law* (Fall 1988): 389-404.
- West, Robin. "Jurisprudence and Gender". *The University of Chicago Law Review* 55, No. 1, (1988): 1-72.
- West, Robin. "Justice and Care". *St. John's Law Review* 70/1, (1996): 31-43.

### **Mahkeme Kararları**

- AYMK, E. 1991/2, K. 1991/30, k.t. 19.9.1991.
- AYMK, E. 1992/8, K. 1992/39, k.t. 16.06.1992.
- AYMK, E. 2004/25, K. 2008/42, k.t. 17.01.2008.
- AYMK, E. 2012/69, K. 2012/149, k.t. 11.10.2012.
- AYMK, *Ali Kemal Tekin Başvurusu*, No: 2014/875, 02.02.2017.
- AYMK, *Nevruz Bozkurt Başvurusu*, No: 2013/664, 17.09.2013.
- ECHR, *A.B. v. Slovakia*, No: 41784/98, 04.03.2003.
- ECHR, *Artico v. Italy*, No. 6694/74, 13.05.1980.
- ECHR, *Company X. v. Austria*, No. 7987/77, 13.12.1979.
- ECHR, *Dombo Beheer B. V. v. Netherlands*, No. 14448/88, 27.10.1993.
- ECHR, *Insanov/Azerbaijan*, No: 16133/08, 14.03.2013.
- ECHR, *Kraska v. Switzerland*, No. 20398/92, 19.04.1993.
- ECHR, *Loboda v. Ukraine*, No: 8865/06, 17.11.2016.
- ECHR, *Ludi vs. Switzerland*, No. 12433/86, 15.06.1992.
- ECHR, *Marcello Viola v. Italy*, No: 45106/04, 05.10.2006.
- ECHR, *Palchik v. Ukraine*, No: 16980/06, 02.03.2017.
- ECHR, *Ruiz-Mateos v. Spain*, No. 12952/87, 23.06.1993.
- ECHR, *Van Kück v. Germany*, No. 35968/97, 12.06.2003.
- ECHR, *Waldberg v. Turkey*, No. 22909/93, 06.09.1995.
- ECHR, *Zagorodnikov v. Russia*, No: 66941/01, 07.06.2007.
- Barefoot v. Estelle*, 463 U.S. 880, 903 (1983).
- Blair v. Blair*, 154 Vt. 201, 575 A.2d 191 (1990).
- Burns v. Oluo*, 360 U.S. 252, 257-58 (1959).
- Cathryn Ann Linn v. State of Iowa*, No. 17-0007 (Iowa 2019).
- J. A. Gruwell v. The State of Wyoming*, Wyoming Supreme Court, No. S-10-0168, 2011.

- Pennsylvania v. Miller*, 634 A.2d 614, 622 (Pa. Super. Ct. 1993).  
*People v. Wilson*, 194 Mich. App. 599, 604, 487 N.W.2d 822 (Mich. Ct. App. 1992).  
*State v. Kelly*, 478 A. 2d 364, N.J., 1984.  
*State v. Myers*, 570 A.2d 1260, 1266-67 (N.J. 1990).  
*State v. Norman*, 378 S.E.2d at 18, 1989.  
*Tourlakis v. Morris*, 738 F.Supp. 1128 (S.D. Ohio 1990).  
*Washington v. Texas*, 388 U.S. 14, 19, 1967.  
İstanbul BAM 1. CD. E. 2019/244, K. 2019/1090, k.t. 24.5.2019.  
Y. 1.CD, E. 2010/7379, K. 2011/279, k.t. 31.01.2011.  
Y. 1. CD. E. 2011/1267, K. 2011/4491, k.t. 13.07.2011.  
Y. 1. CD. E. 2013/2895, K. 2014/6572, k.t. 24.12.2014.  
Y. 1. CD. E. 2019/324, K. 2019/2876, 21.05.2019.  
*Ibn-Tamas v. US* 407 A.2d 626, 1979.  
*State v. Kelly*, 97 N.J. 178, 1984.  
*R v Ahluwalia* (1992) 4 AER 889.  
*R v Thornton* (1996) 1 WLR 1174.  
*R v Charlton* (2003) EWCA 415.  
N.K. Davası, Gaziantep 4. Ağır Ceza Mahkemesi, 27.09.2012, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/tecavuzcusunu-olduren-kadina-beraat-karari-verildi-1664818>, Erişim Tarihi: Mayıs 25, 2022.

### **Diğer Kaynaklar**

- European Council Parliamentary Assembly, Committee on Equal Opportunities for Women and Men, “Domestic Violence Report”, Doc. 9525, 17 July 2002.  
RG. 19.03.1954, S. 8662.  
RG. 16.09.1992, S. 21347.  
RG. 20.03.2021, S. 31429.





# AIHS ÇERÇEVESİNDE İDARİ YARGIDA GEREKÇELİ KARAR HAKKI(\*)

Arş. Gör. **Burcu TURAN**(\*\*)

## Öz

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen "adil yargılanma hakkı" hukuk devleti olmanın bir gereği olarak AIHS'ne taraf devletlerin, yargılamaya ilişkin ilkelerini içermektedir. Hukukun üstünlüğüne dayanan devletler, yargılama usullerinde adil yargılanma hakkına yer vermişlerdir. İnsan haklarına dair sözleşme ve bildirimlerde bu hak her zaman yer almaktadır. Yargılanan kişiler için bir hak olduğu kadar akdi devlet mahkemeleri için yükümlülüktür. AIHM'ne en çok başvurulmuş ihlal iddiaları adil yargılanma hakkına ilişkindir. Adil yargılanma hakkının metin içeriğinde açıkça düzenlenmiş hakların yanında bir kısım haklar da zımnen yer almaktadır. Gerekçeli karar hakkı, açıkça düzenlenen hakkaniyete uygun yargılama hakkı içinde zımnen düzenlenen haklardandır. Gerekçeli karar hakkı, dava taraflarının haklarına verilen kararı *bilme isteğine* mahkemenin eksiksiz ve zamanında açıklama getirmesi anlamına gelmektedir. Hakimini yargılama faaliyetinin başından sonuna kadar zihninde gelişen tüm iddiaların, önermelerin neticesi gerekçedir.

1982 Anayasasının 141. maddesine göre "... bütün mahkemelerin her türlü kararı gerekçeli olarak yazılır." 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nda, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda kararda bulunması gereken unsurlardan bir tanesi olarak "*kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi*" düzenlenmiştir. Hukuk ve ceza yargılama usullerine ilişkin mevzuatta da adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkı yer almaktadır.

Gerekçeli karar hakkının idari yargıdaki önemi hukuk yargısı ve ceza yargısı alanlarından farklıdır. Davacıya ve hukuk öğretisine sağlayacağı yarardan başka iptal davaları sonucunda kararın gerekçeli olması, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak olan idare bakımından açıklayıcıdır. Dava sonucunda verilen kararın gerekçesiz olması, gerekçenin yetersiz ve yasaya dayanmayan şekilde olması, tarafların iddialarına gerekçede yer verilmemesi gerekçeli karar hakkının ihlalidir ve sözleşmeye aykırıdır. İdari yargı alanında gerekçeli karar ihlalleri AIHM ile paralel olarak Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından gözetilmektedir.

## Anahtar Kelimeler

AIHS, AIHM, Adil Yargılanma Hakkı, Gerekçe, Gerekçeli Karar Hakkı.

## REASONED DECISION RIGHT IN ADMINISTRATIVE JUSTICE WITHIN THE FRAMEWORK OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

### Abstract

Article 6 of the European Convention of Human Rights, it is arranged "right to a fair trial" which coordinates judicial policy of member states of European Convention on Human Rights as a need of being state of law. States that believe superiority of law, have included the right to a fair trial in their judicial procedures settle. Article 6 takes a part in contracts and declarations. It is a right for judges and obligations for judicial. Most of the applications to European

(\*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 05.02.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 05.04.2022,  
DOI No: 10.54704/akdhfd.1068789.

(\*\*) KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı / Konya-Türkiye.  
E-posta: burcu.turan@karatay.edu.tr,  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7358-1377>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Court of Human Rights are about article 6. Right to a fair trial includes many rights explicitly or implicitly. Reasoned judgement means a complete and timely explanation for litigants for a will to knowledge. All the allegations and resolutions that comes to judge's mind through trial result is reason.

In the 1982 Constitution, article 141, it's stipulated as "... *every judgements of courts must be reasoned*". Administrative Jurisdiction Council of State Act No: 2575, article 51, Prodcure of Administrative Justice Act No: 2577, article 24, one of the elements of the decisions is arranged as "reasons which decisions endures and justification." In reasoned judgement is arranged in right to a fair trial which is regulated judicial principles of the criminal courts and civil courts.

The importance of right to a reasoned judgment in administrative jurisdiction is different from civil or criminal jurisdiction. At the trial, apart from it's benefits for complainant and doctrine, reasoned decision is explanatory for administration which will eliminate the illegality. It is a violation of the right to a reasoned decision and is against the European Convention of Human Rights, when the decision given at the end of a trial is not reasoned or the given reasons are insufficient and unlawful, or the claims of the parties are not included in the justification. In administrative jurisdiction, right to a reasoned judgement violations are observed by Council of State and Constitutional Court correspondingly to European Court of Human Rights.

### Keywords

EHRC, HUDOC, Right to a Fair Trial, Reason, The Right to a Reasoned Judgement.

### Extended Abstract

The aim of the study is the application area of an implied right in the content of the right to a fair trial in Turkish Administrative Procedure. The study seeks answers to the following questions: Are the judicial decisions of administrative courts justified? Are these justifications sufficient? Does the justification of the decision satisfy the defendants? Are the decisions sufficient to appeal to a higher court? Even if the decision is justified, are the spelling rules considered? Basically, what does a rational decision include? The purpose of study is to criticize the viewpoint of the administrative law on the justified decision. In this review, domestic court decisions are compared in terms of whether they are compatible with the decisions of the European Court of Human Rights. The literature has been revised with the latest decisions of the ECHR. The field of study is based on the justified decisions of the ECHR and its application area in Turkey. The fact that trial with hearings is not compulsory in administrative law makes it difficult for the plaintiffs to participate in the decision-making process and to access the content and details of the case, so it becomes more difficult for them to influence the course of the case compared to private law cases. Making a justified decision as a result of administrative procedure is more important than private law. For the reasons generally considered, decisions should be clear and understandable. It is possible that the administration, which is obliged to present all information and documents to the court during the trial, hides the facts from the justice. The right to justified decision is an indicator of the independence and impartiality of the judiciary. It is the identity of Turkish justice. The independence and impartiality of the judicial system in the international arena can be understood from the justification. It constitutes the opinion that the judge has reached a decision of his/her own free will. In Administrative Procedure, as in other judicial procedures, the plaintiff bears the obligation to prove. An unjustified decision also weakens the individual, who is powerless in the face of the administration, which takes its power from the law and carries out the action, with a court decision. Violation of the right to a justified decision entails other violations of the right to a fair trial. The justified decision satisfies the parties and those who read the decision without any doubt. As a fundamentally impressive solution, it could be a progressive step to provide candidates with detailed training on the writing of justified decisions at the Justice Academy. Effective control of his/her decisions can save the judge from finding a cursory justification. Precedent decisions that minimize the violation of the right to make a justified decision are clear and advisory. Thesis and antithesis method should be used in the decision justification. Workload cannot be claimed as a reason for making an unjustified decision, as in violation of other fair trial rights.

## GİRİŞ

AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının içeriğinde düzenlenmiş olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, zımnen gerekçeli karar hakkını içermektedir.

Çalışmanın birinci bölümünde adil yargılanma hakkı ve içeriğindeki haklar genel olarak incelenmiştir. Çalışmanın özü zımni olarak düzenlenen gerekçeli karar hakkı olduğundan, diğer haklar genel olarak ele alınmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde gerekçeli karar hakkının Türk İdari Yargılama Hukuku'ndaki görünümü ve unsurları ele alınmıştır. Gerekçeli karar hakkının idari yargı kararları açısından incelenmesi, yalnızca iptal davası sonucu verilen kararlar bakımından yapılmıştır. Tam yargı davalarının özneliği gereği verilecek kararlar, çalışmanın kapsamını aşacak kadar yoğundur. İptal davalarının etkisi geneldir. İşlemin iptal edilmesi ile oluşan etki objektiftir ve ilgili herkesi ilgilendirir. Bu da sınırlı kapsamda kararın ortaya çıkmasını sağlar. Bu sebeple çalışmada idari yargı kararlarına ilişkin her başlık, iptal davası sonucu verilen kararları kapsamaktadır. Gerekçeli karar hakkının ihlali; kararın gerekçesiz oluşu, yetersiz ve yasaya dayanmayan gerekçede olması, tarafların taleplerine gerekçede yer verilmemesi başlıkları ile değerlendirilmiştir. Başlıklarda AİHM ve ona paralel kararları bulunan AYM ve Danıştay kararları incelenerek gerekçeli karar hakkının ihlali, davacı ve kararı uygulayanlar açısından sakıncaları anlatılmaya çalışılmıştır.

Gerekçeli karar ihlallerini en aza indirmek için verilen emsal kararlar açık ve yön göstericidir. Yapılması gereken iyi bir tez anti tez sentez yöntemidir. Adil yargılanma hakkını oluşturan haklardan birinin ihlal edilmesi, bu hak ile bağlantılı olan bir hakkın da ihlaline sebep olmaktadır. Gerekçeli karar, Türk Yargı Sistemi'nin kimliğidir.

## I. GENEL OLARAK ADİL YARGILANMA HAKKI

Birleşmiş Milletler, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bir kısım hakları güvence altına almak için 10.12.1948 tarihinde İnsan Hakları Evrensel Beyannamesini yayınlamıştır. Beyannamenin 10. maddesi, çalışmamızın konusu olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi olan adil yargılanma hakkına temel teşkil etmektedir.<sup>1</sup> Bir duyuru niteliğindeki bildirgenin sözleşmeye temel teşkil etmesi; BM'nin hakların güvencesini, ortak ve yerel değerler altında bir kuruluşun üstlenmesine gereksinim duyması ve "Avrupa Hareketi"ni teşvik etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu hareket neticesinde kurulan Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni oluşturmuştur. Sözleşme üye devletler tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmıştır. Ayrıca Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları

<sup>1</sup> Madde 10- Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır. (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1945).

Komisyonu'na, sözleşmede korunan hakların ihlali iddiası ile başvuru imkanı sağlayan bir denetim mekanizmasını da içermektedir. Daha önce Komisyon ve Mahkeme olan ikili yargılama sistemi, 1998 tarihli 11 no.lu ek protokol ile yalnızca Mahkeme olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (European Court of Human Rights) adını almıştır.

Türkiye, Sözleşmeyi 18 Mayıs 1954 tarihinde bir kısım çekincelerle onaylamıştır. Sözleşmenin imzalanması ile temeli insan haklarına dayanan birçok hak bakımından Türkiye, uyum yükümlülüğü altına girmiştir. Başta diğer sözleşmeciler gibi Türkiye'nin sözleşmeyi uygulaması bakımından denetimi, "devlet başvurusu" ile sınırlı iken; Türkiye, 1987 yılında bireysel başvuru yolunu, 1990 yılında mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir.

Mahkeme denetimi evrensel veya yerel her hak bakımından kabul edilmektedir. "19.03.2001 tarihli açıklama metnine" göre mahkeme, ancak sözleşme ve eklerinde yer alan hakların ihlali iddiasını değerlendirir. Aynı metne göre iç sözleşmede yer alan haklar, ancak bir kamu otoritesi tarafından ihlali halinde denetime tabidir.<sup>2</sup>

6. maddede yer alan adil yargılanma hakkına göre, Mahkeme, kararlarıyla sözleşmeciler devletin iç hukukuna müdahale etmez, yargılamanın nasıl yapıldığı ile ilgilenir. İç hukuk yolları tüketildikten ve nihai karar verildikten sonra 6 ay içinde Mahkemeye başvurulabilir.<sup>3</sup> Sözleşmede yalnızca kişi hakları yer almaktadır. Sosyal ve ekonomik haklar sözleşmede yer almamakta, bu haklar 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı ve 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda yer almaktadır.<sup>4</sup> Hakların niteliği belirlenirken ve başvuru kabul edilirken ihlal edilen hakkın iç hukuk tarafından hangi hak kategorisinde değerlendirildiği önemli değildir. Çünkü AİHM, hakları sözleşmeye göre özgün olarak yorumlar. Özerk yorum ilkesi olarak adlandırılan bu ilkeye göre haklar, iç hukuktaki nitelendirilmeden farklı subjektif bir değer alır.<sup>5</sup>

Adil yargılanma hakkı, AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen siyasal ve kamusal haklardandır.<sup>6</sup> Adil yargılanmaya hakim ilkeler 1. fıkrada düzenlenmiştir. 1. fıkra bu hakkın amacı ve özüdür.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Tekin Akıllıoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü Başvuru Bilgileri*, (Ankara: İmaj Kitabevi, 2002), 212.

<sup>3</sup> Tekin Akıllıoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü Başvuru Bilgileri*, 212.

<sup>4</sup> Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 369.

<sup>5</sup> İlyas Doğan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (Ankara: Astana Yayınları, 2019), 49.

<sup>6</sup> Ömer Madra, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı*, (Ankara: AÜSBF Yayınları No: 458, 1981), 27.

<sup>7</sup> Friderich-Christian Schroeder ve Feridun Yenisey, *Dürüst Yargılanma Hakkı*, (İstanbul: Alkım Yayınevi, 1997), 6.

Madde 6/1- Adil yargılanma hakkı:

*“1. Herkes medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin uyumsuzluklar söz konusu olduğunda ve hakkındaki suç isnadının karara bağlanmasında, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, kamuya açık ve hakkaniyete uygun olarak, makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir; ancak demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektiğinde veyahut aleniyetin adil yargulamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına veya dinleyicilere kapatılabilir.”<sup>8</sup>*

Maddenin 2. ve 3. fıkrası, yalnızca ceza yargılamasında uygulanan, 1. fıkranın özelleştirilmiş hali niteliğinde, sanık haklarını içermektedir.<sup>9</sup>

*“2. Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır. 3. Her sanık ezcümle: a) Şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek, b) Müdafasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak, c) Kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafii veya eğer bir müdafii tayin için mali imkânlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek, d) İddia şahitlerini sorguya çekmek, veya çekirtmek, müdafaa şahitlerinin de iddia şahitleriyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek, e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından meccanen faydalanmak, haklarına sahiptir.”<sup>10</sup>*

2. ve 3. fıkraların 1. fıkra ile arasında bulunan yargılama usulüne ilişkin farklılıklar, aralarında bağlantı bulunmadığı anlamına gelmemektedir. 2. ve 3. fıkranın ihlali 1. fıkranın da ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.<sup>11</sup> Çünkü esasında 1. fıkra, tüm maddenin ruhudur.

Adil yargılanma hakkı hukukun üstünlüğünden ileri gelir.<sup>12</sup> Adil yargılanma hakkı ile tüm yargılama usullerinde uygulanacak hukuk devletinin gereği olan

<sup>8</sup> Nuala Mole, Catharina Harby, *Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, (Ankara: TBB Yayınları, 2005), 5.

<sup>9</sup> Schroeder ve Yenisey, *Dürüst Yargılanma Hakkı*, 6.

<sup>10</sup> Mole, Harby, *Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, 5.

<sup>11</sup> Schroeder ve Yenisey, *Dürüst Yargılanma Hakkı*, 7.

<sup>12</sup> İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku 1*, (Ankara: İmge Yayınevi, 2013), 152.

ilkeler düzenlemektedir. Bu ilkeler; bağımsız ve tarafsız bir yargı yerinin bulunması, kamuya açık ve hakkaniyete uygun olarak yargılanma ve bu yargılanmanın makul sürede yapılmasıdır. Adil yargılanma hakkı, bir ülkede insan hakları bakımından yer alan tüm hakların dayanağıdır.<sup>13</sup> Diğer hakları da bünyesinde barındırması ve AİHM'e başvuruya çokça konu olması sebebiyle dar yorumlanamaz.<sup>14</sup>

## A. ADİL YARGILANMA HAKKININ UYGULANMA ALANI

Adil yargılanma hakkı ile düzenlenen ilkeler yargılamanın tüm aşamalarını kapsamaktadır.<sup>15</sup> Sözleşme, adil yargılanma hakkı ile sözleşmeci devletlere uyum yükümlülüğü getirmiştir.<sup>16</sup> İkelere uymak taraf devlet için bir zorunluluktur. Yargılama sistemlerini ve teşkilatlanmalarını adil yargılanmayı temin eden bir aşamaya getirme yükümlülükleri bulunmaktadır.<sup>17</sup> Sözleşmeci devlet vatandaşları ve devlet sınırları içindeki herkes bu haklardan faydalanmaktadır.<sup>18</sup> Sözleşmenin denetim mekanizmasının bir istinaf veya temyiz merci gibi hukuki hatanın düzeltilmesi görevi bulunmamaktadır.<sup>19</sup>

Adil yargılanma hakkının madde metninde belirtildiği gibi “... medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili nizalar ve cezai alanda yöneltile suçlamalar” şeklinde yalnızca medeni hukuk ve ceza hukukuna ilişkin ihtilaflar için sınırlı bir şekilde düzenlenmiş olduğu şekli bakımından söylenebilir de içtihatlar yolu ile kamu hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda uygulama kapsamı genişletilmiştir.<sup>20</sup>

Mahkeme, her ihtilafta medeni hak ve yükümlülükleri kendi şartları altında, sınırlı metinlerle kesin tanımlar koymadan olayın özelliklerine göre değerlendirmektedir.<sup>21</sup> Örneğin König-Almanya kararında “*Mahkeme, medeni haklar ve yükümlülükler kavramının özerk olduğu sonucuna vararak, ilgili devletin mevzuatının önemsiz olduğunu düşünmemektedir. Sözleşmedeki ifadesiyle hakkın medeni olarak kabul edilip edilmeyeceği ilgili sözleşmeci devletin iç hukukuna ve yasal sınıflandırmasına göre değil, hakkın içeriğine ve etkilerine atıfta bulunarak be-*

<sup>13</sup> Hüseyin Turan, “Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki Yeri ve Önemi”, *TBB Dergisi*, S. 84 (2009): 218.

<sup>14</sup> AİHM, Perez-Fransa Kararı, Başv No: 47287/99, 12.02.2004, para. 80, www.hudoc.com.tr, (Erişim tarihi: 19.05.2021); D.J. Harris, M.O. Boyle, E.P. Bates ve C. M. Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (Ankara: Avrupa Konseyi, 2013), 203.

<sup>15</sup> Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 307.

<sup>16</sup> Schoeder ve Yenisey, *Dürüst Yargılanma Hakkı*, 4.

<sup>17</sup> Feyyaz Gölcüklü, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Adil Yargılama”, *Ankara SBF Dergisi*, 49, S. 1 (1994): 201.

<sup>18</sup> AİHS Madde 1- Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.

<sup>19</sup> Sibel Inceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2013), 7.

<sup>20</sup> Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Adil Yargılama”*, 200.

<sup>21</sup> Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Adil Yargılama”*, 203.

*lirlenmelidir. Mahkeme işlevini yerine getirirken sözleşmenin amacını ve sözleşme devletlerin yargı sistemlerini dikkate almalıdır.*" ifadesine yer verilmiştir.<sup>22</sup>

Cezai alanda maddenin uygulanabilirliğine gelince; bir eylemin 6. madde kapsamında suç isnadı sayılabilmesi için eylemin niteliği, yaptırımın ağırlığı ve eylemin ceza hukukuna giren bir eylem olması önemlidir.<sup>23</sup> Disiplin suçu niteliğinde eylemlerin yaptırımı duruma göre ağır bir şekilde özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikte ise, bu yaptırımlar da cezai alana girer.<sup>24</sup> Bunun yanında idarenin kolluk yetkisi dahilindeki düzenleyici işlemlere uymayanlar için getirilen Kabahatler Kanunu'nun 33-43. maddeleri arasında düzenlenen idari yaptırımlar vardır. İdari para cezaları da bu kapsamda sayılabilir. Trafik cezaları, komşuluk hukukuna aykırı fiiller 6. madde korumasından yararlanabilecek nitelikte suç isnadı kavramı içinde değerlendirilebilir.<sup>25</sup> AİHM verdiği kararlar ile idari yaptırımları cezai alan içinde değerlendirmektedir.<sup>26</sup> Örneğin, Bendenoun- Fransa kararında bir bağımsız idari otorite olan Gelir İdaresi'nin uyguladığı vergi cezası, cezai alanda değerlendirilmesi gereken bir idari yaptırım olarak tanımlanmıştır<sup>27</sup>. İşçiyi SGK'ya bildirmeme neticesinde alınan para cezası da sözleşmeye göre cezai alanda değerlendirilen idari para cezalarındandır<sup>28</sup>.

Medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili idarenin kamu gücünü kullanarak kişilerin hukuki durumunu etkileyen işlem, eylem ve sözleşmeleri neticesinde ortaya çıkan hukuki sorunun özel hukuk kökenli olması, mahkeme tarafından yargılamaların 6. madde kapsamına alınması sonucunu doğurmuştur. 6. maddede açıkça ifade edilmese de içtihatlar yoluyla idari uyumsuzluklar da madde kapsamına alınmıştır.

Örneğin mahkeme, Ringeisen/Avusturya davasında tarım alanı satış sözleşmesinin geçerliliği için ilgili sözleşmenin idari makam tarafından onaylaması gerekirken onaylamaması ve ilgili satışın hükümsüz kalması üzerine başvuranın hakkını nitelendirirken medeni hak kavramını geniş şekilde yorumlamış ve idarenin işlemlerine de 6. maddenin uygulanmasına hükmetmiştir.<sup>29</sup>

<sup>22</sup> AİHM, König-Almanya Kararı, Başv. No: 6232/73, 28.06.1978, para. 89, www.hudoc.com.tr, (Erişim tarihi: 19.05.2021).

<sup>23</sup> Gölcüklü, Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 294.

<sup>24</sup> Osman Doğru, Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, (İstanbul: Legal Kitabevi, 2013), 616.

<sup>25</sup> Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 617.

<sup>26</sup> Turgut Tan, "İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Güvenceler" *Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), 323.

<sup>27</sup> AİHM, Bendenoun- Fransa Kararı, Başv. No: 12547/86, 24.02.1994, para. 44-45, www.hudoc.com.tr, (Erişim tarihi: 17.03.2022).

<sup>28</sup> AİHM, Hüseyin Turan- Türkiye Kararı, Başv. No: 11529/02, 04.03.2008, para. 20-21, www.hudoc.com.tr, (Erişim tarihi: 17.03.2022).

<sup>29</sup> Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde "Adil Yargılama"*, 204.

Madde yalnız yargılama usulleri ve yargılama makamlarının yapılması değil, kişilere tanınan aktif hakları da düzenlenmiştir.<sup>30</sup> Sözleşmede düzenlenen haklar mahkemeye karşı ileri sürülebilen ve kişilerin ihtilafsız sahip olduğu doğal haklardır.<sup>31</sup> Adil yargılanma hakkı içeriğindeki haklar, demokratik bir hukuk devletin vazgeçilmez yargılama usul ilkeleri ve kişi haklarıdır.

Gerekçeli karar hakkının da içinde bulunduğu hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının muadili olarak da uygulamada kullanılmaktadır. Bu kullanım biçimi İngilizce kaynaklarda adil yargılanma hakkı için geçen “fair trial” teriminin Türkçe karşılığının “hakkaniyetli yargılama” olmasından ileri gelmektedir.<sup>32</sup>

## **B. AİHS 6. MADDESİNDE YER ALAN HAKKANİYETE UYGUN YARGILANMA İÇERİĞİNDEKİ HAKLAR**

Soyut nitelikteki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının, adil yargılanma hakkı içeriğinde farklı nitelikli bir hak olduğu, içtihatlar yoluyla açık hale getirildiği görülmektedir. İçeriğinde; silahların eşitliği, yüz yüze yargılanma, mahkeme hakkı (dava hakkı), gerekçeli karar hakkı gibi zımni nitelikte haklar bulunmaktadır.<sup>33</sup> Bunun yanında; tercüman hakkı, duruşmada hazır bulunmak hakkı gibi başkaca zımni haklar da madde metninde geçerse de içtihatlar ile bu hakkın içeriğinde kabul edilmiştir.<sup>34</sup>

Silahların eşitliği, yargılamanın özelliğine göre her olayda ayrıca değerlendirilecek bir hak olarak delillerin ortaya koyulması, iddia ve savunma mekanizmasının eşit işlemesi, dosyanın incelenmesi gibi hakları içerir.<sup>35</sup> Bu hak, dava dosyasına toplanan bilgi ve deliller ile ilgili taraflara bilgi verilmesi ve savunmalarına imkan sağlayan “çelişmeli yargılama” hakkını da içermektedir.<sup>36</sup>

Sanın aleyhine delil oluşturacak şekilde konuşmak zorunda olmaması anlamına gelen susma hakkı da içtihatlar yoluyla kabul edilmiş bir haktır.<sup>37</sup> Ancak bu hakkın kapsamı sınırsız değildir. Murray-İngiltere davasında olduğu gibi sanığın açıklama yapmasının elzem olduğu, kesine yakın delillerde susma hakkının geçersiz olduğu kabul edilmiştir.<sup>38</sup>

<sup>30</sup> Gölcüklü, Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 283-284.

<sup>31</sup> Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 608.

<sup>32</sup> İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 2.

<sup>33</sup> Gölcüklü, Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 310-314.

<sup>34</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, (Ankara: Açık Cezaevi, 2004), 196.

<sup>35</sup> Gölcüklü, Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 310.

<sup>36</sup> Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, (Ankara: TODAİE, 2004), 212.

<sup>37</sup> Doğan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 194.

<sup>38</sup> AİHM, Murray-İngiltere Kararı, Başv. No: 18731/91, 08.02.1996, para. 45, www.hudoc.com.tr, (Erişim tarihi: 17.03.2022).



Adil yargılanma hakkı, yargılamanın neticesinin adaletli olmasının yanı sıra yargılama faaliyetinin de bağımsız ve tarafsız mahkemelerce adaletli yapılması anlamına gelen doğru yargılamadır.<sup>39</sup> Hukukun genel ilkelerine, mevzuata, usul kurallarına uygun yargılama anlamına gelen doğru yargılama ise kararda gerekçenin bulunması ve yargılamanın aleni olması ilkeleri ile birlikte düşünülmelidir.<sup>40</sup> İctihatlar ile kabul edilen gerekçeli karar hakkı dava taraflarının yasa yoluna başvurusu ve sonunda olumlu netice alabilmesi için kabul edilmiştir.<sup>41</sup> Bu hak, kararın keyfi verilmediğini gösteren, yargı denetiminin eksiksiz yapılmasını sağlayan bir haktır. Eksik, yürürlükteki mevzuata dayanmayan gerekçe keyfi olabileceği gibi hukuka aykırıdır. Tarafların adalete olan güvenini zedeleyebilir. Ayrıca başvuracakları hukuki yolları da göstermeyeceği için zaman ve emek kaybına neden olacaktır. Bu durum da makul sürede yargılama yapılmasına engeldir. Tek bir hakkın ihlali, adil yargılanma hakkını birçok yönden zedelenmektedir.

AİHM, gerekçeli kararın şüpheye yer vermeyen, kesin, iddia ve savunmaların tümünü ele alan bir yapıda olması gerektiğini karar altına almıştır.<sup>42</sup> AİHM'e göre gerekçeli karar hakkı, etkili savunmayı, karara karşı sanığın güvenini ve kararı sahiplenmesini sağladığı gibi yargıçların somut verilere dayalı karar tesis etmesini sağlar.<sup>43</sup> Kararın gerekçesinin niteliğine bağlı olarak değişiklik gösterebileceğini karar altına almıştır.<sup>44</sup>

## II. GEREKÇE KAVRAMI VE İDARİ YARGILAMADAKİ DÜZENLENME ALANI

### A. KAVRAM

Gerekçe, Türk Dil Kurumu sözlüğünde anlam olarak: “*gerekirici sebep, esbabımucibe, bir yasanın önerilmesi ve hazırlanmasında, yasa tasarısının hazırlanış ve maddelerin düzenleniş sebebi, mahkeme kararlarının dayandığı kanuni ve hukuki sebepler, bir önermenin kendiliğinden kıldığı gereklilik, lazıme*” olarak tanımlanmıştır.<sup>45</sup> Hukuk sözlüğüne göre gerekçe “*Yargıcın hükmünü dayandırdığı nedenler.*”dir.<sup>46</sup>

<sup>39</sup> Yahya Zabunoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi”, *Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı*, S. 10 (1998): 362.

<sup>40</sup> Zabunoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi”, 361-362.

<sup>41</sup> İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 252.

<sup>42</sup> AİHM, Ruiz Troja-İspanya Kararı, Başv. No: 18390/91, 09.12.1994, para. 19, <https://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim tarihi: 11.08.2021).

<sup>43</sup> AİHM, Taxquet-Belçika Kararı, Başv. No: 926/05, 16.11.2010, para. 91, <https://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim tarihi: 11.08.2021).

<sup>44</sup> AİHM, Taxquet-Belçika, Başv. No: 926/05, 16.11.2010, para. 91, <https://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim tarihi: 11.08.2021).

<sup>45</sup> TDK Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim tarihi: 11.08.2021).

<sup>46</sup> Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, (Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2006), 238.

Bilmek, insanoğlunun varoluş mücadelesine yardımcı veya Aristoteles'in "çıkar gütmeyen" eğilimine has olurken, insanlık tarihi kadar eski ve elzem bir arzu konusu olmaktadır.<sup>47</sup> İnsanoğlunun bilmek arzusu doğada var olan her şeye dairdir. Bu isteğin argümanı, nedeni veya gerekçeyi öğrenmektir. Bir düşüncenin sonucu olan "görüşlerin" arkasındaki nedenleri öğrenmek ve buna göre davranışsal bir tutum içine girmek insanoğlunun tabiatında vardır.<sup>48</sup> Hükmün bir mantığa dayanan sonucuna, sebep-sonuç ilişkisi ile nasıl varıldığını gerekçe açıklar.<sup>49</sup> Gerçekliğe dair bilginin temeli gerekçedir.<sup>50</sup> Hakimin, maddi vakialar ile tahkikat sonunda açıkladığı hüküm arasındaki hukuki sebeplerdir.<sup>51</sup> Gerekçe, kararın uygulanmasına kadarki olan süreçte vicdani, adaletili olmayı amaçlayan bir etkileşimi yansıtır.<sup>52</sup> Hakimin vermiş olduğu kararında hükme esas olan hukuki sebepleri belirten, hakimin öz denetimini ve üst mahkeme tarafından denetlenmesini sağlayan bir olgudur.<sup>53</sup> İnsanoğlunun bilme istencinin varlığından beri var olan gerekçe, 1789 Fransız ihtilali ile bir hak halinde ihtilalin neticesi olarak ortaya çıkmıştır.<sup>54</sup> Gerekçeli karar hakkı, yargılamanın başından sonuna kadar tarafların bilgi edinme konusunu görev edinen, AİHS'deki üstü kapalı haklardandır.<sup>55</sup> Bu tanımlardan gerekçenin, hakimin önüne gelen ihtilaf hakkındaki ilk izleniminden kanaatine kadar olan süreçte, değerlendirmelerini dayandırdığı temeller olarak yoğun bir zihin çalışması olduğunu söyleyebiliriz. Gerekçeli karar hakkı ise hukuk devletinin nüvesini oluşturan insan haklarının bir parçasıdır. Gerekçeli kararın nasıl oluşturduğu esasen öncüller ve yorum yöntemlerini inceleyen, Hukuk Metodolojisi Bilimi'ne aittir. Çalışma AİHS ve İdari Yargılama Hukuku temelli olduğu için bu elzem hukuk biliminin adı zikredilmekle yetinilmiştir.

Gerekçeli karar veren hakim; adaletili karar verdiği konusunda kendisine güvenir, içtihadı bir emsal geliştirir, toplumu adalet duygusunun gelişmesi konusunda tatmin eder, temyiz aşamasının hızlı ve basit geçirilmesini sağlar.<sup>56</sup> Hakimin hukuka uygun ve adaletili karar verip vermediği gerekçeden anlaşılır.<sup>57</sup> Gizli verilmiş bir karar,

<sup>47</sup> Ahmet Arslan, *Felsefeye Giriş*, (Ankara: Serbest Akademi, 2013), 47.

<sup>48</sup> Zuhale Aysun Sunay, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 20.

<sup>49</sup> Yusuf Karakoç, *Yargı Kararlarının Dili ve Gerekçesi*, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007), 277.

<sup>50</sup> İbrahim Akın, Tansu Akın, *Yargısal Kararlarda Gerekçe Bilgi Teorisi ve Mantık Yönünden Temelleri* (Ankara: Eryılmaz Ofset, 2001), 113.

<sup>51</sup> Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2017), 339.

<sup>52</sup> Hilmi Şeker, *Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekçe*, (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2010), 14.

<sup>53</sup> Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019), 479-480; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı 1*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020), 889.

<sup>54</sup> Çetin Aşçıoğlu, "Yargıda Gerekçe Sorunu", *TBB Dergisi*, S. 48 (2003): 109.

<sup>55</sup> Hilmi Şeker, "Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal, Makul Gerekçe Biçimleri", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2 (2007): 179.

<sup>56</sup> Karakoç, *Yargı Kararlarının Dili ve Gerekçesi*, 281.

<sup>57</sup> Müslüm Akıncı, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 261.

tarafalarda hakimın keyfi tutumda bulunduğuna dair bir şüphne oluşturacaktır.<sup>58</sup> Hakimın, kişisel yargıları, zaafıları olan bir beşer olduğu dūřınılırse, vereceği gerekçesiz kararlar, özel bir sūbjektiflikte olduğu kanısı ile güvensizliğe yol açacaktır. Gerekçe açıklama zorunluluğu olmadığı sürece, kararlar mantığı değil duyguları yansıtır.<sup>59</sup> Hakim önüne gelen uyuşmazlıkta yasayı zamanın, kişilerin, şartların ihtiyaçlarına uyarlarken; ön yargılı iç dünyasından sıyrılan, adil ve emsal nitelikte kararlar vermedir.<sup>60</sup> Gerekçe, kararı veren hakimi, hakkında karar verilenleri ve kararı inceleyenleri doğru karar verildiğine dair ikna eden bir gerekliliktir.<sup>61</sup> Hakimın gerekçeli karar yazma zorunluluğu yargının tarafsızlığı konusunda alınan bir tedbirdir.<sup>62</sup> Çünkü yargının bağımsızlığı mutlak olarak sağlansa da yargının tarafsızlığını sağlamanın güvencesi, adil yargılanma hakkının içinde de bulunan yargılama usullerinin uygulanmasıdır. Gerekçeli karar yazma zorunluluğu da bunlardan biridir.

## B. GEREKÇELİ KARAR HAKKININ İDARİ YARGILAMADA DÜZENLENME ALANI

Aydınlanma dönemi devamında insan haklarının önemli hale gelmesi ve hakların bildiri, sözleşme metni olarak düzenlenmesi, hukuk devletinın öneminin kavranması ile yargısal bir yükümlülük haline gelen gerekçeli kararın bizdeki görünümü; ilk olarak 1961 ve 1982 Anayasalarında “mahkeme kararlarının gerekçeli yazılması gereği” kuralı ile düzenlenmiştir.<sup>63</sup> Gerekçeli karar hakkı, AYM’ne yapılan bireysel başvurular sonucu verilen kararlara da konu olmuştur.<sup>64</sup> Anayasada emredici olarak düzenlenen bu kural, tüm yargılama usullerinde nor-

<sup>58</sup> Aşçıoğlu, “Yargıda Gerekçe Sorunu”, 111.

<sup>59</sup> Mustafa Tören Yücel, “Kararlarda Gerekçe ve Muhalefet şerhi”, *HfSA 8. Kitap*, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003), 162.

<sup>60</sup> Seyfullah Ediş, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, *AÜHFD* 30, S. 1 (1973): 178-179.

<sup>61</sup> Abdullah Diñkol, “Karar Verme Süreci İçinde Hükümün Oluşması ve Hakimın Fonksiyonu”, *Huku-ka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar V. Sempozyum*, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012), 177.

<sup>62</sup> Ender Ethem Atay, “Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi ve İdari Yargıda Uygulanması”, *Danış-tay Dergisi*, S. 147 (2018): 14-15.

<sup>63</sup> 61 Anayasası’nın 135. maddesinde düzenlenen gerekçeli karar yazma zorunluluğu hakkında Anayasa-nın madde gerekçesi şöyledir: “Bazı yargı mercilerinin kararlarının tamamen gerekçesiz ve çok zaman bir satırdan ibaret olması şeklindeki mahsurları önlemek maksadıyla maddenin son fıkrası sevk edilmiştir.” 82 Anayasası’nın 141. maddesinde düzenlenen gerekçeli karar zorunluluğu, Anayasa madde gerekçesinde bu kuralın getiriliş amacı şöyle ifade edilmiştir: “... Madde bütün kararların gerekçeli yazılmasını amir bulunmaktadır. Genellikle mahkeme kararlarına karşı kanun yolu açıktır. İliğinin bu kanun yoluna başvurabilmesi için hakkındaki kararın gerekçesini bilmesi ve kanun yolu merciinde savunmasını bu gerekçeye göre yapabilmesi, inceleme merciin incelenmesinde de gerekçenin göz önüne alınması için kararın gerekçeli yazılması lazımdır.” Özellikle 61 Anayasası gerekçesinde ifade edildiği şekilde, tek satırlı, formüleştirilmiş gerekçeler gerekçeli karar hakkına aykırıdır. Ayrıntılı inceleme için bkz., Mustafa Alp, “Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe”, *Prof. Dr. Mahmut Teyfik Birselle Armağan*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001), 436.

<sup>64</sup> 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandum ile kabul edilen 5982 sayılı Kanun’un, 82 Anayasa-sının 148. ve 149. maddelerinde yaptığı değişiklikler ile bireysel başvuru yolu, AİHS ve eki protokollerinde yer alan hakların ihlali iddiası ile yapılan başvuruları, AİHM ile paralel olarak yerel mahkeme kararlarının esasına girmeden, sözleşme hükümleri çerçevesinde değerlendirir.

matif olarak yerini bulmuştur. 1982 Anayasasının Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36. maddesi ile düzenlenen adil yargılanma hakkı da gerekçeli karar hakkının dayanağıdır. Madde içinde bulunan hak arama hürriyeti, gerekçeli karar hakkını da içermektedir. Anayasa Mahkemesi bir başvuruda 36. maddenin gerekçeli karar hakkını içerdiğini hüküm altına almıştır:<sup>65</sup>

*“Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan etkili güvencelerden birisidir. Bu bağlamda Anayasa’nın, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılmasını ifade eden 141. maddesinin de, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır.”*

Danıştay oluşturduğu içtihatlar ile AİHM ve AYM ile paralel olarak gerekçeli karar zorunluluğunu, bu hakkın ihlali halinde vurgulamıştır<sup>66</sup>. Danıştay İDDK verdiği kararda, yargılama makamının verdiği kararın gerekçesiz olmasını hukuka aykırı bulmuştur:<sup>67</sup>

*“... işlemin hukuka aykırı olup olmadığına dair yargısal denetim yapılması ve bu denetim sonucunda varılan kararın gerekçeli olarak ortaya konulması gerekmekte iken, daire kararında davacının iddia ve taleplerine yönelik olarak ilgili mevzuatın yorumu ve iptali istenen düzenlemelerin hukuka uygunluk denetimi yapılmaksızın yani uyumsuzlukla ilgili herhangi bir gerekçeye yer vermeksizin davanın reddine karar verilmiş olduğundan, temyiz isteminin kabulüne...”*

1982 Anayasası’nın 141/3 hükmü gereğince: *“Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.”* Yine 153/1’de: *“Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.”* hükmü düzenlenmiştir. 2575 sayılı Danıştay Yasası’nda 51. maddesinde: *“... kararların gerekçeleri kararda belirtilir...”* hükmü yer almaktadır. 2577 Sayılı İYUK’un *“Kararda bulunacak hususlar”* başlıklı 24. maddesinde kararın dayandığı *“... hukuki sebepler ve gerekçesinin”* kararda olması gereği düzenlenmiştir. Hakim verdiği kararda yalnızca hukuki sebepler ile hükmü belirtmesi yeterli olmayıp; hukuku nasıl uyguladığını açıklaması, taraf iddialarından çözüme etkili olan ve etkili ol-

<sup>65</sup> AYM, Başvuru No: 2013/307, 16.05.2013, para. 35, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim tarihi: 21.09.2021).

<sup>66</sup> Sunay, İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı, 127.

<sup>67</sup> Danıştay İDDK, 2019/2899 E., 2021/3 K., 13.01.2021, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), (Erişim tarihi: 17.03.2022); Aynı yönde Danıştay İDDK, 2018/447 E., 2020/732 K., 16.03.2020, 2018/1846 E., 2021/557 K., 22.03.2021, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), (Erişim tarihi: 17.03.2022).

mayanları sebepleri ile açıklaması beklenir.<sup>68</sup> Tarafların iddialarından hangisini kabul ve reddettiğini açıkça kararında vermelidir; kararda yalnızca olay özeti ve sonuca yer veren tercihin kısmen yer alması gerekçe oluşturmaz.<sup>69</sup> Gerekçe mantığını oluşturan hukuk, adalet, doğruluk, ölçülülük kavramlarından uzaklaşırsa yerini bireysel değerler alır, yalnızlaşır.<sup>70</sup> Gerekçe, pozitif hukuka dayanmasa bile hukukun diğer kaynaklarına mutlaka dayanmalıdır.<sup>71</sup>

İdari Yargılama Hukuku'nda gerekçe kavramı diğer hukuk yargılamalarından farklı bir yerdedir. İdare hukukuna hakim olan ilkelerin kamu gücünü barındırması ve ilkesel anlamda güçlü işlem ve eylemlerin icrai olması sebebiyle karşı tarafın iradesi, oluşan hukuki ilişkiye yansımamaktadır. İdareye nazaran güçsüz durumdaki bireyleri korumak idarenin yargısal denetimi ile mümkündür. İdari yargı kararlarının idare tarafından uygulanması kararın gerekçesi sayesinde olacaktır.<sup>72</sup> Özel hukukta iki taraf için önemli olan gerekçe, idari yargılamada idarenin bilgilendirilmesini ve hukuka aykırı tutumunu gidermesini sağlayan araçtır.<sup>73</sup> Mahkeme, ancak gerekçe sayesinde hukuka aykırı işlem veya eylemin aykırılık nedenlerini idareye izah eder.<sup>74</sup> İdare Hukuku, kodifiye edilmemiş çok sayıda yasanın uygulanmasının zor olduğu ve bu sebeple içtihatlar ile gelişen bir hukuk dalıdır. Geliştirilen içtihatlar; medeni hukuk temelinde oluşmuş “haklı beklentinin korunması” veya “idare önünde savunma hakkı” gibi kişi haklarını, “yetki ve usulde paralellik” ilkesi gibi idari faaliyetlere ilişkin olarak ilkeleri bu alana getirmiştir. İdare hukukuna dair bu sayılan örneklerdeki ilkeleri içtihatlar yolu ile geliştirme görevi yargıca aittir.<sup>75</sup> Kimi ilkelerin pozitif düzenlemelerde dayanağı bulursa da İdare hukukuna ait mevzuatta açıkça düzenlenmemektedir. Kimi ilkelerin somutlaştırılması ise karar gerekçelerinde yer alır. Bu sebeple yargılamanın her aşamasında doğru, adil, makul ölçüde gerekçeli karar verilmesi tüm yargılama sistemini etkileyecektir. Verilen karar bir iptal kararı ise kararda, işlemin neden iptal edildiği şüphe bırakmadan açıklanmalı, verilen karar bir tam yargı davası neticesinde verilmiş ise idarenin hangi sorumluluğuna dayalı olarak zarar oluştuğu kararda karşılanmalıdır. Pozitif hukuka, içtihatlara, hukukun genel ilkelerine dayanmayan bir idari işlemin mahkeme tarafından iptal edilmemesi ve idare tarafından kullanılan “hizmetin gerekleri”, “kamu düzeni gereği” şeklinde

<sup>68</sup> Turgut Candan, “Karara Her Yazılan Gerekçe Sayılır mı? Karar Nasıl Kaleme Alınırsa Gerekçeli Olur?”, <https://turgutcandan.com/>, (Erişim tarihi: 23.09.2021).

<sup>69</sup> Faruk Erem, *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, (Ankara: Işın Yayıncılık, 1986), 503.

<sup>70</sup> Şeker, *Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekçe*, 829.

<sup>71</sup> Atay, “Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi ve İdari Yargıda Uygulanması”, 132.

<sup>72</sup> Cemil Kaya, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay'ın Yaklaşımı*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013), 46.

<sup>73</sup> Yıldırım Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, (Ankara: AÜHF Yayınevi, 1970), 70.

<sup>74</sup> Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, 70.

<sup>75</sup> Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku 1*, 130.

soyut ve hazır ifadelerin mahkeme kararı ile onaylanması, gerekçeli karar hakkının ihlalidir.<sup>76</sup> İdari Yargılama Hukukunda gerekçeli karar zorunluluğu, münhasıran nihai karar hakkında getirilmemiştir; ara karar, nihai karar, tedbir kararı ayrımı yapılmadan gerekçeli olma zorunluluğu, Anayasa'nın 143. maddesinde “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olur.*” şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Bu aşamada söylenmesi gereken, yürütmenin durdurulması hakkında verilen kararların da gerekçeli olması zorunluluğudur. “İYUK 27. maddede yer alan koşulların bulunmaması sebebiyle red” kararı, gerekçeli karar hakkına aykırı bir karardır.<sup>77</sup> İYUK. 27/7’de mahkemenin verdiği yürütmenin durdurulması kararlarına karşı itiraz yolu düzenlenmiştir. Bu itirazın etkin kullanılabilmesi ve itirazın yapıldığı merciin isabetli karar verebilmesi de kararın gerekçeli olmasına bağlıdır. Hak arama özgürlüğüne dahil olan tüm ilkeler ve hakkaniyete uygun yargılanmaya dair zımnî unsurlarla aynı amacı hedefleyen gerekçeli karar hakkı, yürütmenin durdurulması talebi reddedilen ilgiliye red kararının da gerekçesini öğrenme hakkı tanımaktadır.<sup>78</sup>

Gerekçeli karar hakkında gerekçenin var olması kadar önemli olan unsurlar; gerekçenin tam ve yasal olması, tarafların taleplerine cevap vermesi ve bu gerekçenin bildirilmesidir.

### 1. İdari Yargıda Gerekçesiz Hükümler

Gerekçeden mahrum, “kötü” yazılmış hükümler, her iki tarafın da ihtiyaç olmadığı halde temyize gitmesine, gereksiz masraf yapmalarına ve nihayet tüm toplumu etkileyen adaletsiz sonuçlara sebep olabilir.<sup>79</sup> Karar doğru verilmiş de olsa gerekçesiz ise ilgilide, dosya hakkında yüzeysel bir inceleme yapıldığı düşüncesini uyandırır.<sup>80</sup>

Hadjianastassiou - Yunanistan davasında mahkeme, karar gerekçesini yazmamış olan yerel mahkeme kararının gerekçeli karar zorunluluğunu ihlal ettiğini; devletlerin, yargılama sistemlerini sözleşmeye uyumlu hale getirirken yapacakları konusunda takdir yetkilerini kullansalar da başvuranın temyiz hakkını faydalı bir şekilde kullanmasını sağlayan mahkeme kararlarının açık ve anlaşılabilir

<sup>76</sup> Sunay, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, 140-145.

<sup>77</sup> Oğuz Sancakdar, “Avrupa İnsan hakları Mahkemesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdari Yargı Hakiminin Vereceği Kararlara Etkisi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu*, (Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008), 267.

<sup>78</sup> Şeker, Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekçe, 789; Ayrıntılı bir inceleme yapılmadan yürütmenin durdurulması kararı hakkında gerekçesiz red kararı veren mahkemenin, 6. maddeyi ihlal ettiği ile ilgili bkz. AİHM, Jabarı-Türkiye Kararı, Başv.No: 40035/68, 11.07.2000, para., 49-50, <https://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim tarihi: 23.09.2021).

<sup>79</sup> S. I. Strong, “Writing Reasoned Decisions and Opinions: A Guide for Novice, Experienced, and Foreign Judges”, *Journal of Dispute Resolution*, 1 (2015): 94.

<sup>80</sup> Alp, “Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe”, *Prof. Dr. Mahmut Teyfik Birsnel'e Armağan*, 429.

olması gerektiğini belirtmiştir. Temyiz aşamasında karar gerekçesini bilmeyen başvuranın etkin bir savunma da yapamadığından hükmün aleyhe sonuçlandığı ve bu gerekçeyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir.<sup>81</sup>

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nda görülmekte olan yargılamada İdare Mahkemesi tarafından verilen gerekçesiz karar hakkında, kararların gerekçesiz olmasının mümkün olmadığı şu argümanlarla desteklenmiştir:<sup>82</sup>

*“... Mahkeme kararlarının hüküm fıkrası ve hükmün dayandığı gerekçe ile bir bütün olduğu, gerekçesiz karar verilmesinin mümkün olmadığı açık olduğuna göre, gerekçenin hem temyiz incelemesini yapan merci açısından, hem de kararı uygulayacak olan idare açısından yeterli açıklıkta olması gerektiğinde kuşku yoktur. Yargılama Hukukunda yargı (hüküm), uyuşmazlığı çözmekle görevli ve yetkili yargı yerinin yargılama sürecinin sonunda ulaştığı sonuçtur. Gerekçe, yargıcın çözümlmek durumunda olduğu uyuşmazlığa uygulanması gereken soyut hukuk kuralının saptanmasında, yorumlanmasında ve tüm ayrıntılarıyla ortaya konulup nitelendirilen maddi olaya uygulanmasında izlenmiş olduğu yöntemi gösteren ve bu özelliği sebebiyle yargılamanın nesneliliği ile varılan yargının doğruluğu konusunda davanın taraflarına güven, üst yargı yerine de denetleme imkanı veren açıklamadır. Sözü edilen ilke ile sağlanmak istenen amaç da budur. Anlaşılabilir bir gerekçeye dayanmayan mahkeme kararlarının gerekçeli bir karar olarak kabulüne imkan bulunmadığı gibi ilgili mercilerin karar gerekçesinin ne olması gerektiği ya da gerekçe olarak belirtilen ifadelerin ne anlama geldiği konusunda bir yorum ya da belirlemede bulunmaları beklenemez.”*

Anayasa Mahkemesi de idari yaptırım kararına yapılan itirazın gerekçesiz olarak reddedilmesi hakkında, daha önce aynı konuda verdiği ve sıkça doktrinde zikredilen kararlarına atıfta bulunarak, gerekçeli kararın ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.

*“... Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkı güvencesini de kapsadığının kabul edilmesi gerekir. (Abdullah Topçu, B. No: 2014/8868, 19.04.2017, prf. 74). Gerekçeli karar hakkı kişilerin adil bir şekilde yargılanmayı ve denetlemeyi sağlamaktadır. Bu hak tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun bir biçimde incelenip incelenmediğini bildikleri ve demokratik bir toplumda kendileri adına verilen yargı kararlarının sebeplerinin toplum adına öğrenilmesinin sağlanması için de gereklidir. (Sencer Başat ve diğerleri, (GK) B. No: 2013/7800, 18.06.2014, prf. 31, 34). Mahkemelerin anılan yükümlülüğü yargılamada ileri sürülen*

<sup>81</sup> AİHM, 16.12.1992, Başv. No: 12945/87, para. 33, <https://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 17.09.2021).

<sup>82</sup> DİDDK, 13.11.2019, 2018/3611 E., 2019/5552 K., <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi: 17.09.2021).

*her türlü iddia ve savunmaya karar gerekçesinde ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilir. Ancak derece mahkemeleri kendilerine sunulan tüm iddialara yanıt vermek zorunda değilse de (Yasemin Ekşi B. No: 2013/5486, 04.12.2013, prf. 56) davanın esas sorunlarının incelenmiş olduğu gerekçeli karardan anlaşılmalıdır. Kanun yolu incelemesi yapan merciin yargılamayı yapan mahkemeyle aynı sonuca ulaşması ve bunu aynı gerekçeyi kullanarak veya atıfla kararına yansıtması kararın gerekçelendirilmiş olması bakımından yeterlidir. (Yasemin Ekşi, prf. 57).”<sup>83</sup>*

Anayasa Mahkemesi, zikredilen başvuruda temyiz merciinin yerel mahkeme kararını onaması halinde aynı gerekçeyi kararında kullanabileceği yönünde karar vermiştir.

## **2. İdari Yargıda Gerekçede Tarafların Taleplerine Cevap Verilmemesi**

Mahkeme, karar gerekçesinde ileri sürülen tüm savları ayrıntılı cevaplamak zorunda değildir.<sup>84</sup> Sonuca etkili taleplerin kararda karşılanması gerekmektedir. Davanın sonucunu temelden etkileyecek bir dilekçe verilmişse, mahkeme kararında bunu mutlaka göz önünde bulundurmalıdır (Hiro Balandi- İspanya).<sup>85</sup> İdari bir dava olan Van De Hurk davasına ilişkin kararda da mahkeme, yerel mahkemelerin gerekçeli karar verme zorunluluğu yanında tüm soruların cevabını içeren karar verme zorunluluklarının bulunmadığına hükmetmiştir.<sup>86</sup> Aynı kararda tüm argümanların AİHM kararlarında dahi karşılanmadığı da belirtilmiştir. Tüm savların mahkeme tarafından değerlendirilmesini beklemek, olağan hayatın akışına aykırı olur. Makul sürede yargılama yapması beklenen mahkemelerin yalnızca karara etkili gerekçeyi sunması yeterli kabul edilmelidir. Ne var ki, taraflarda adaleti elde ettiklerine dair bir etki bırakmayan, kısa birkaç cümleli gerekçe, 6. madde şartını da yerine getirmemektedir.<sup>87</sup>

Buna göre sonucu etkileyici talepler ve savlar kararda karşılanmazsa 6. maddenin ihlal edildiği kabul edilmektedir. AİHM ile aynı yönde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, etkili gerekçenin “makul gerekçe” olduğunu şu kararında hüküm altına almıştır:<sup>88</sup>

<sup>83</sup> AYM, Mümtaz Bekçi, Başv. No: 2014/16269, 08.11.2017, para., 24-27, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim tarihi: 17.09.2021).

<sup>84</sup> İnceoğlu, *İnsan Hakları, Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 323.

<sup>85</sup> Güney Dinç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı*, İzmir: İzmir Barosu Yayınları, 2006), 116.

<sup>86</sup> AİHM, Van De Hur- Hollanda kararı, Başv. No: 16034/90, 16.04.1994, para. 61, (Erişim tarihi: 21.03.2022); Mole, Harby, *Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, 87.

<sup>87</sup> İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 323.

<sup>88</sup> DİDDGK, 06.02.2020, 2018/2316 E., 2020/278 K., <http://www.kazanci.com>, (Erişim tarihi: 21.09.2020).



“... mahkemelerin bu yükümlülüğü, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya karar gerekçesinde ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılabilir. (Anayasa Mahkemesi Kararı; B. No: 2013/1213, 04/12/2013, s. 26). Bu nedenle bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği, davanın niteliğine ve koşullarına bağlıdır. Bununla birlikte muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte olması halinde davayla doğrudan ilgili bulunan bu hususlara mahkemece makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekir.” Makul gerekçe, yine bu kavrama yer veren Anayasa Mahkemesi kararına göre olguların nasıl değerlendirildiğini, hukuki sebepleri ve hükümle olay arasındaki bağlantıyı ortaya koyan gerekçedir.<sup>89</sup>

Yine tüm iddia ve savların kararda mutlak bir şekilde karşılanması zaruretinin bulunmadığına dair Anayasa Mahkemesi:<sup>90</sup>

“Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olmakla beraber, bu hak yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılabilir. Bu nedenle, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte başvurucağının ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olacaktır. Bunun yanı sıra, kanun yolu mahkemelerince verilen karar gerekçelerinin ayrıntılı olmaması da bu hakkın ihlal edildiği şeklinde yorumlanmamalıdır.” ifadelerine kararında yer vermiştir. Danıştay, geliştirdiği içtihatlarında tarafların; yetki, görev, derdestlik, bilirkişi raporuna itiraz gibi usule ilişkin itirazlarının mahkeme tarafından gerekçeli karar ile değerlendirilmemesini gerekçeli karar hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.<sup>91</sup> Gerekçede, herkesçe bilinen gündelik hayata dair hususlar değil, hakim vicdani kanaatini oluşturan önemli olgular, basit ve dili herkesçe anlaşılabilir şekilde yer almalıdır.<sup>92</sup> Tarafların iddia ve savunmaları herkesçe bilinmemektedir. Bu sebeple gerekçede mutlaka yer almalıdır.

<sup>89</sup> “Makul gerekçe; davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olmalıdır. Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için ortada usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur.” İbrahim Ataş, Başvuru No: 2013/1235, 13.06.2013, para. 24, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (Erişim tarihi: 23.03.2022); Sunay, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, 135.

<sup>90</sup> AYM, Mehmet Yavuz, Başvuru No: 2013/2995, 20.02.2017, para. 51, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (Erişim tarihi: 23.09.2021).

<sup>91</sup> D. 13. D, 2007/515 E., 2008/3431 K., 31.03.2008, 2006/4554 E., 2008/1249 K. 20089139 E., 20087612 K., 13.12.2008, 2007/5193 E., 2011/2992 K., 21.06.2011, Sunay, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, 169, 170.

<sup>92</sup> İlter Aksoylu, “İdari Yargı Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, S. 21 (2006): 34.

### 3. İdari Yargıda Yetersiz ve Yasaya Dayanmayan Gerekçe

Gerekçeli kararın, tüm yargılama sujelerini aydınlatan açıklıkta; çelişkisiz, kararın dayandığı bilgi, belgelerin ve delillerin ele alınması, yorumların kuşku-ya yer vermeyecek nitelikte olması gerekmektedir.<sup>93</sup> Mahkeme 6. maddenin ihlal edilip edilmediği iddiasını araştırırken, kararın uzunluğunu değil, niteliğini esas almaktadır. Garcia Ruiz -İspanya<sup>94</sup> kararına atıfta bulunduğu Urat- Türkiye davasında, başvurana devlet memurluğundan çıkarılmayı gerektiren disiplin suçu cezasını veren Diyarbakır İdare Mahkemesi kararının “kısa ve az gerekçeli olduğu” şeklindeki başvuran iddiasına karşı Mahkeme:<sup>95</sup>

*“Mahkeme, adaletin doğru şekilde tecelli ettirilmesi ile bağıntılı bir ilkeyi yansıtan yerleşik içtihadı uyarınca, mahkeme kararlarının dayandıkları gerekçeleri yeterli düzeyde belirtmesi gerektiğini yinelemektedir. Gerekçe verme yükümlülüğünün ne derece uygulanması gerektiği, kararın niteliğine göre değişebilmektedir ve davanın koşulları kapsamında belirlenmelidir (bk., Garcia Ruiz/İspanya [BD], no. 30544/96, § 26, AİHM 1999-I). Ek olarak, diğerleri arasında, bir davacının mahkeme önünde verebileceği beyanların çeşitliliğini ve Sözleşmeciler Devletler arasında yasal hükümler, teamül hukuku, hukuki fikir ve kararların hazırlanması ile sunumu arasında bulunan farklılıkları göz önünde bulundurmak gereklilik arz etmektedir. Bu nedenle, bir mahkemenin Sözleşme'nin 6. maddesinden kaynaklanan gerekçe sunma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği ancak davanın koşulları çerçevesinde belirlenebilir (bk., Ruiz Torija/İspanya, 9 Aralık 1994, § 29, A Serisi no. 303-A) ...*

*... Somut davada, idare mahkemesinin kararının çok kısa olmakla eleştirilebilmesine rağmen, bunun tamamen gerekçelerden yoksun olduğu söylenemez. Bu nedenle, Mahkeme'nin belirleyeceği husus, yerel mahkemenin ileri sürdüğü gerekçelerin açık maddi veya hukuki bir hataya dayanıp dayanmadığıdır. -Mahkeme, bu hususu belirlerken, hukuk yargılamalarına ait bir delil standardı olan olasılıklar dengesi prensibinin söz konusu idari yargılamalara uygulanabilir olduğunu göz önünde bulundurmalıdır. Bu durum, etkili bir şekilde, yargılamayı yürüten mahkemenin, taraflarca sağlanan delillere dayanarak, talebi destekleyen maddi iddianın daha olası olup olmadığını belirlemek zorunda kaldığı anlamına gelmiştir.”*

Karar uzunluğunun bir standart olarak belirlenmesi mümkün değildir. Gerekçeli karar hakkı, karardaki cümlelerin sayısı ile değil kararın tarafları tatmin

<sup>93</sup> Adem Çelik, *Adil Yargılanma Hakkı*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2007), 100.

<sup>94</sup> Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 846.

<sup>95</sup> AİHM, 27.11.2018, Başvuru No: 53561/09 ve 13952/11, para. 67, 68, 70. <https://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 17.09.2021).

etmesi ve başvurulması halinde üst mahkemeyi aydınlatması ile ilgilidir. Gerekçeli karar olabilmesi için tüm savların kararda irdelenmesi ne kadar aranmaması ise kısa olarak nitelenebilecek birkaç cümlelik karar da tek başına bu hakkın ihlali değildir. Kararın niteliğinde önemli olan, hakim in adaleti sağlama fiilinin olgunluğuna kanaat getiren bir öz olarak gerekçenin zuhur etmesidir.

Karar gerekçesinin uzunluğu veya kısalığı adaletli karar verilir verilmemesine dair bir kanı oluşturmamalıdır. Önemli olan gerekçenin talep sonuçlarını karşılaması ve hakkaniyeti sağlayacak yoğunluğa erişmesidir. Yetersiz gerekçede, anayasal veya yasal açıdan bir gerekçe vardır. Fakat bu gerekçe genelde birkaç satırdan ibaret veya normların zikredilmesi şeklinde olup, adaletin gerçekleştiğine dair bir tatmin duygusu bulundurmaması sebebiyle gerekçeli karar hakkının ihlali niteliğindedir. Yetersiz gerekçelendirme, soyut kavramların ve yasa maddelerinin üstünkörü ele alındığı gerekçelendirme değildir.<sup>96</sup>

Yerel mahkemeler için getirilen ayrıntılı gerekçe zorunluluğu temyiz sonucu verilen kararlar için bulunmamaktadır.<sup>97</sup> AİHM, onama sonucu verilen kararlarda gerekçe zorunluluğunun bulunmadığına karar vermiştir.<sup>98</sup> Üst yargı bakımından gerekçe gösterme zorunluluğunun olmaması, temyiz mahkemesinin vereceği bozma kararlarına ve ilk derece mahkemesi kararını esas açıdan denetleyen istinaf mahkemesi kararlarına ilişkin değildir.<sup>99</sup> Yerel mahkeme kararının üst mahkeme tarafından onama halinde aynen benimsenmesi, AİHM içtihatlarına göre gerekçeli karar hakkının ihlali olmasa da emsal karar oluşturma egemenliğinin ilk derece mahkemesine bahşedilmesi ve üst derece gözüyle ayrı bir görüş ortaya koyulması gerekirken, temyiz edende yargıcın onay makamı olarak algılanmasına sebep olur.<sup>100</sup> Önemli olan bozma halinde verilecek gerekçe olsa da, onamanın da tek satırlık hazır ifadelerle verilmesi başvuruda adaletli karar olgusunu oluşturmayacaktır.<sup>101</sup> Yine verilen kararın yasaya dayanan bir gerekçede olması adil yargılanma hakkı açısından zorunluluktur. AİHS 7 no.lu protokolün'nün 2. maddesi ile ceza yargılaması neticesinde hukuka aykırı karar verildiğini düşünen taraf için üst mahkeme yolu düzenlenmiştir. Bunun dışında sözleşme, ilgili içtihatları aracılığı ile de, sözleşen devletlere iki dereceli bir yargılama sistemi kurmaları konusunda bir zorunluluk öngörmemektedir.<sup>102</sup> Gerekçeli karar zorunluluğunun bu sebeple temyiz kararları hakkında yumuşatıldığı söylenebilir.

<sup>96</sup> Sunay, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, 133.

<sup>97</sup> İnceoğlu, *İnsan Hakları, Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 252; D.J. Harris, M.O. Boyle, E.P. Bates ve C. M. Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 271.

<sup>98</sup> AİHM Kararı, 19.12.1997, Başv. No: 157/1996/776/977, prf. 49-61, <https://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 29.09.2021).

<sup>99</sup> Sunay, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, 177.

<sup>100</sup> Şeker, *Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekçe*, 88-91.

<sup>101</sup> Akıncı, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, 262-263.

<sup>102</sup> Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde "Adil Yargılama", 65.

Mahkeme kararının tarafları şüphelendiren, herkesçe anlaşılmayan ifadeleri de gerekçe hakkının ihlalidir. AİHM, Danıştay'ın verdiği bir kararda yalnızca ilgili yasa maddesinin zikredilmesini gerekçeli karar hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir:<sup>103</sup>

*“Mahkeme, yukarıda belirtilenlerin altını çizerek, somut olayda Danıştay'ın, başvuranın, usulsüz şekilde işten çıkarılmasına itiraz etmek için gerektiği şekilde ileri sürdüğü tek karar düzeltme yolunun neden -mevcut durumda olduğu gibi- yalnızca hileli, dolayısıyla yasa dışı belgelere dayanılarak verilen kararları cezalandıran İYUK'un 54. maddesinin 1. fıkrasının d) bendinde öngörülen amaca aykırı olduğunu açıklamaksızın, genel bir kabul edilemezlik tespitinin arkasına sığınmakla yetinmesinin kabul edilemez olduğuna hükmetmektedir.”*

Kararda birden fazla ayrı düşüncenin belirtilmesi de gerekçeli karar hakkının ihlali niteliğinde görülmüştür. Hükümün yalnızca gerekçesiz olması değil, gerekçesi ile çelişmesi de temyiz sebebidir.<sup>104</sup> Danıştay 12. Dairesi'nce yapılan temyiz incelemesinde İdare Mahkemesi tarafından verilen çelişkili kararlara ilişkin olarak sağlıklı gerekçeli karar tesisinin şu şartlar dahilinde mümkün olduğuna karar vermiştir:

*“Mahkemeler kararlarının yapısı ve içeriği açısından takdir yetkisine sahiptir. Ancak kararlarının dayanağını yeterli açıklıkta belirtmek zorundadırlar. Gerekçenin olayla ilgili bulunmayan hususlardan hareketle oluşturulması adil olmayan bir sonuca varılmasını sağlayacaktır. Gerekçede birbiri ile çelişen anlatımlara yer verilmesi, maddi olayla ilgisi olmayan saptamaların yapılması durumunda sağlıklı bir çözümlemenin yapılmış olmayacağı kesindir. Bu nedenle yargı yerleri hükme varırken kullandıkları gerekçe tutarlı olmalı. Hakkaniyete uygun bir yargılama yapıldığı kanaatini uyandıracak ifadeler kullanılmalıdır.”<sup>105</sup>*

Gerekçede çelişkili ifadeler, taraf iddialarının birbirine zıt olmasından kaynaklanabilir. Fakat bunların düzenli ifadelerle ve normlara dayanan şekilde makul olarak ele alınmaması yeterli incelemenin yapılmadığı izlenimini verecektir. Uyuşmazlıkla ilgili olmayan iddia ve savunmalara ve bunlara ilişkin hukuki tahlillere gerekçede yer verilmemelidir.<sup>106</sup> Gerekçenin somut verilere dayanması, çelişkili olmaması, hakkaniyeti gözetmesi, iyi bir inceleme ürünü olduğu konusunda kesin kanı oluşturması, yeterli bir gerekçe olduğunu gösterir.<sup>107</sup>

<sup>103</sup> AİHM Kararı, 17.10.2017, Başvuru No: 36785/03, paragraf 75, <https://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 17.09.2021).

<sup>104</sup> Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 1990.

<sup>105</sup> D. 12. D., 13.01.2005, 2002/1760 E., 2005/20 K., <http://www.idarehukuku.net>, (Erişim tarihi: 21.09.2021).

<sup>106</sup> Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 397.

<sup>107</sup> Sunay, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, 157.

Gerekçede anlamı açık olmayan normlara, hukuka değil tecrübeye dayanan ifadelere yer verilmesi de tarafları adalet duygusundan mahrum bırakır.<sup>108</sup>

Gerekçede, maddi vakıaya ilişkin delillerin değerlendirilmesi neticesinde olaya ilişkin tüm iddia ve savunmanın özü sentez olarak, anlaşılır bir dille ortaya koyulmalıdır.

Gerekçeli karar hakkı ulusal hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da korunan ve ihlal edilmesi halinde yaptırıma bağlanan adil yargılanma haklarından. İdari Yargıda ilk derece mahkemesi tarafından verilen gerekçesiz karar, mutlak temyiz sebebi olup, İYUK 49/2 gereğince Danıştay, “*Kararı hukuka uygun bulursa onar. Kararın sonucu hukuka uygun olmakla birlikte gösterilen gerekçeyi doğru bulmaz veya eksik bulursa, kararı, gerekçesini değiştirerek onar.*” Gerekçesiz karar hukuka aykırı karardır ve bozma sebebidir.<sup>109</sup> Gerekçenin temyiz mercii tarafından değiştirilmesi imkanı, 6545 Sayılı Yasa’yla gelmiştir. Değiştirerek onama, Danıştay’ın yalnız karar sonucuna katılması fakat gerekçesini değiştirmesi olarak algılanmalıdır. Kısmi bozma algısını veren bu durum, farklı gerekçe ile tarafların karşı karşıya kalmasına, gerekçenin ilk derece mahkemesi hakiminin yargılama faaliyetinin özünü ve neticesini yansıtmaması ve yeni bir karar gibi görünen gerekçeye karşı başvuru yolu olmaması sebebiyle adalet duygusunu tatmin etmeyebilir.

AİHM yargılaması sonucu verilen karar yargılamanın yenilenmesi veya başvurucuya tazminat ödenmesi şeklinde olabilir. Tüm adil yargılanma haklarının ihlali halinde getirilen bir koruma müessesesi olan “yargılanmanın yenilenmesi” de İYUK 53. maddesinde düzenlenen olağanüstü kanun yoludur. Madde hükmüne göre “*Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya hüküm aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi*” yargılanmanın yenilenmesi sebebidir. Gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini düşünen taraf, AİHM tarafından verilen kesinleşmiş hüküm ile ilk kararı veren asıl mahkemeye başvurur. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru yoluna ilişkin verdiği kararlar ile yargılanmanın yenilenmesine hükmedebilir, yerel mahkeme bu karara uymak zorundadır.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> Akıncı, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, 263.

<sup>109</sup> Aksoylu, “İdari Yargı Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı”, 33.; D. 7. D., 25.11.1999, 1998/1345 E., 1999/3900 K., <http://www.kazanci.com>, (Erişim tarihi: 21.09.2021).

<sup>110</sup> AYM Kararı, 25.10.2018, Başvuru No: 2015/941; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, (Bursa: Ekin Yayınları, 2019), 528.

## SONUÇ

Gerekçeli karar hakkı hukukun genel ilkelerini benimsemiş, hukukun üstünlüğüne inanan tüm devletlerin yalnızca taraf oldukları uluslararası antlaşmalarda değil, ulusal mevzuatında açık veya zımni düzenlenen bir adil yargılanma hakkıdır. Türk idari yargılama hukuku alanında ilke olarak Anayasanın 141. maddesinde, İYUK 24. maddesi ve Danıştay Yasası'nın 51. maddesinde yer almaktadır. Ayrıca AİHM içtihatlarına paralel içtihatlar geliştirilmiştir. Kararın yalnızca gerekçesiz olması değil, eksik ve yasaya dayanmayan gerekçe içermesi, tarafların taleplerine dayanmayan gerekçe içermesi bu hakkın ihlali niteliğindedir. Hüküm ve onunla çelişen gerekçe, birbiriyle çelişen gerekçeler yine bu hakkın ihlalidir. Gerekçenin tereddüde yol açması, verilen kararın doğru ve hukuki olmadığını gösterir. Gerekçenin kararda tam ve eksiksiz, herkesçe anlaşılır ifadelerle yer alması asıldır. İddia ve savunmanın, dosyadaki delillerin hakim zihninde oluşturduğu imgesel sonuçlar, yürürlükteki mevzuata ve hukukun genel ilkelerine uygun, doğru, akılcı, şeffaf, anlaşılabilir olmalıdır. Ancak bu şekilde emsal olabilir ve hukuk alemine bir katkıda bulunabilir. Ayrıca kolay denetlenebilir ve diğer adil yargılanma hakları olan makul sürede yargılanma hakkı, mahkemeye erişim hakkı gibi hakları olumlu yönde etkiler. Bu sebeple tarafların taleplerine cevap vermesi ve taraflara doğru vasıtalarla bildirilmesi gerekmektedir. Gerekçeli karar hakkı, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının bir göstergesidir. Türk adaletinin kimliğidir. Uluslararası alanda yargı sisteminin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ancak gerekçeden anlaşılır. Hakim çevresel bir etkide kalmadan hür vicdanı ile karara ulaştığı kanısını oluşturur. Aynı zamanda iç dünyasının beşeri eksikliklerinden arınmış, olması gereken hukuka uygun karar verildiğinin teminatı gerekçedir.

İdari işlem ve eylemler, karşı tarafın iradesini gözetmeksizin icra edilirler. Kamu gücünü kullanan idareye karşı güçsüz durumdaki bireyi korumanın bir yolu da idareyi denetleyen yargılamanın doğru yapılmasıdır. Bu doğru yargılamanın bir argümanı da gerekçeli karar vermesidir. Gerekçeli karar sayesinde idare, hukuka aykırı işlem ve eylemleri hakkında doğru tasarrufta bulunabilir. Karar anlaşılabilir olduğu takdirde bu, kararın yerine getirilmemesi keyfiyetine yol açar ve başka bir hakkın ihlali olarak bireye döner. Kuşkusuz hiçbir durum, idareye bu keyfiyeti vermez fakat yargılamanın gerekçesiz, eksik gerekçeli olması, ikinci kez hukuka aykırılık oluşturur. Kaldı ki hukuk devletin aracı olan idare hukuku, bireyi idare karşısında korumakla yükümlüdür.<sup>111</sup>

İdari yargıda duruşma yapılmasına karar verilmedikçe geçerli olan dosya üzerinde inceleme ve karar verme süreci, tarafların karar aşamasına müdahalede bulunmasını ve dosya içeriğinden haberdar olmasını hukuk yargılamalarına nazaran zor kılmaktadır. Tüm bu sebeplerle kararların saydam ve açık olması elzem

<sup>111</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 6.

dir. İdari yargılama neticesinde gerekçeli karar verilmesi, hukuk yargılamasına nazaran daha önemlidir. Yargılama esnasında her tür bilgi ve belgeyi mahkemeye vermekle yükümlü olan idarenin bu belgeleri saklama ihtimali, yargılamanın re'sen tahkikat yöntemini uygulamaması ve ispat külfetini davacıya bırakması neticesinde elinde iddia argümanı zaten az olan davacının savunma cephesine çekilmesi, adil yargılanma hakkının ihlal aşamalarıdır. Gerekçesiz karar ise işlem ve eylemi yasallıktan güç alarak icra eden idare karşısında güçsüz duruma düşen bireyi, açılan iptal davası sonucu verilen mahkeme kararı ile daha da güçsüzleştirir.

Gerekçeli karar ihlali diğer adil yargılanma haklarının ihlalini de beraberinde getirecektir. Temelden etkileyici bir çözüm olarak Adalet Akademisinde gerekçeli karar yazımı ile ilgili ayrıntılı bir eğitimin hakim adaylarına verilmesi ilerleyici bir aşama olabilir. Maktu cümleler ile geçirilen kararların denetiminde gerekçesiz olduklarını nitelendirmek, hakimi üstünkörü gerekçe gösterme anlayışından kurtarabilir.

**KAYNAKÇA**

- Akıllıoğlu, Tekin. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç tüzüğü Başvuru Bilgileri*. Ankara: İmaj Kitabevi, 2002.
- Akıllıoğlu, Tekin. *İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019.
- Akın, İbrahim ve Akın, Tansu. *Yargısal Kararlarda Gerekçe Bilgi Teorisi ve Mantık Yönünden Temelleri*. Ankara: Eryılmaz Ofset, 2001.
- Akıncı, Müslüm. *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- Aksoylu, İlter. “İdari Yargı Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı”. *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, S. 21 (2006): 23-44.
- Akyılmaz Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Alp, Mustafa. “Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe”. *Prof. Dr. Mahmut Teyfik Birsal’e Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001.
- Arslan, Ahmet. *Felsefeye Giriş*. Ankara: Serbest Akademi, 2013.
- Arslan, Ramazan; Ejder, Yılmaz; Ayvaz Taşpınar, Sema ve Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019.
- Aşçıoğlu, Çetin. “Yargıda Gerekçe Sorunu”. *TBB Dergisi*, S. 48, (2003): 109-116.
- Atay, Ender Ethem. “Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi ve İdari Yargıda Uygulanması”. *Danıştay Dergisi*, S. 147, (2018): 7-32.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Çelik, Adem. *Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.
- Dinç, Güney. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Adil Yargılanma Hakkı*. İzmir: İzmir Barosu Yayınları, 2006.
- Doğan, İlyas. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. Ankara: Astana Yayınları, 2019.
- Doğru, Osman ve Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*. İstanbul: Legal Kitabevi, 2013.
- Dinçkol, Abdullah. “Karar Verme Süreci İçinde Hükümün Oluşması ve Hakim’in Fonksiyonu”. *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar V. Sempozyum*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012.
- Ediş, Seyfullah, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”. *AÜHFĐ* 30, S. 1 (1973): 169-196.
- Erem, Faruk. *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*. Ankara: Işın Yayıncılık, 1986.
- Gölcüklü, Feyyaz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Adil Yargılama”. *Ankara SBF Dergisi*, S. 1 (1994): 199-202.
- Gölcüklü, Feyyaz ve Gözübüyük, Şeref. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.



- Harris, D. J.; Boyle, M. O.; Bates, E. P. and Buckley, C. M. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. Ankara: Avrupa Konseyi, 2013.
- İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2013.
- Kaboğlu, İbrahim. *Özgürlükler Hukuku 1*. Ankara: İmge Yayınevi, 2013.
- Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınları, 2019.
- Karakoç, Yusuf. *Yargı Kararlarının Dili ve Gerekçesi*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007.
- Kaya, Cemil. *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay'ın Yaklaşımı*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.
- Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2017.
- Kuru, Baki. *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt 1*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
- Madra, Ömer. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı*. Ankara: Ankara Üniversitesi SBF Yayınları. 1981.
- Mole, Nuala and Harby, Catharina. *Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*. Ankara: TBB Yayınları, 2005.
- Özdek, Yasemin. *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*. Ankara: TODAİE, 2004.
- Pekcanitez, Hakan. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Sancakdar, Oğuz. "Avrupa İnsan hakları Mahkemesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdari Yargı Hakiminin Vereceği Kararlara Etkisi". *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu*. Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008.
- Schroeder, Friderich-Christian ve Yenisey, Feridun. *Dürüst Yargılanma Hakkı*. İstanbul: Alkım Yayınevi, 1997.
- Strong, S. I. "Writing Reasoned Decisions and Opinions: A Guide for Novice, Experienced, and Foreign Judges". *Journal of Dispute Resolution*, 1 (2015): 92-128.
- Sunay, Zuhul Aysun. *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Şeker, Hilmi. "Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal, Makul Gerekçe Biçimleri". *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2 (2007): 179-200.
- Şeker, Hilmi. *Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekçe*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2010.
- Tan, Turgut. "İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Güvenceler". *Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan ve Sancakdar, Oğuz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*. Ankara: Açık Cezaevi, 2004.
- Turan, Hüseyin. "Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi". *TBB Dergisi*, S. 84 (2009): 213-230.

- Uler, Yıldırım. *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*. Ankara: AÜHF Yayınevi, 1970.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2006.
- Yücel, Mustafa Tören, “Kararlarda Gerekçe ve Muhalefet Şerhi”. *HFSA 8. Kitap*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, (2003): 162-170.
- Zabunoğlu, Yahya. “Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi”. *Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı*, S. 10 (1998): 358-366.

### **İnternet Kaynakları**

- <https://hudoc.echr.coe.int/tur>.
- <https://www.lexpera.com.tr>.
- <http://www.idarehukuku.net>.
- <https://sozluk.gov.tr/>.
- <http://www.kazanci.com/>.
- <https://turgutcandan.com>.

# AVRUPA VE ORTA DOĞU UYGULAMALARI PERSPEKTİFİNDEN ÇİFT MECLİS SİSTEMİNİN TÜRKİYE AÇISINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ<sup>(\*)</sup>

Arş. Gör. **Sezgin BAŞ<sup>(\*\*)</sup>**  
**Nisa ÖZCAN<sup>(\*\*\*)</sup>**

## Öz

Çift meclisli bir parlamento yapılandırılması, dünyanın birçok ülkesinde uygulanan bir sistemdir. Çift meclisin varlık sebepleri olarak; federalizm, geleneksel veya tarihi sebepler, mesleki, kültürel ve yerel grupların veya yapıların temsili, meclis çoğunluğunun denge ve denetlenmesi ve kaliteli bir kanun yapımı belirtilebilir. Çift meclis sisteminin bütün siyasal sistemlerde uygulanan tek bir modeli bulunmaz. İkinci meclisin oluşumu, iki meclis arasındaki görev ve yetki dağılımı, meclislerin görev süreleri, üyelerin seçilmesi usulü ve son olarak meclislerin üye sayıları ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Bütün bu durumlar, ülkenin çift meclis sistemiyle elde etmek istediği amaçlar ve ihtiyaçlar dikkate alınarak düzenlenmelidir.

Türkiye, 1876 Kanun-i Esasi ve 1961 Anayasası'nda çift meclis pratiğini tecrübe etmiştir. 1982 Anayasası'nda tek meclisli bir parlamento tercih edilmesine rağmen bazı yazar ve siyasiler, Türkiye'nin çift meclisli bir parlamento pratiğine geçmesinin faydalı olacağı kanaatindedirler. 1982 Anayasası yerine yeni bir anayasa yapımı sürecine teşebbüs edildiği şu günlerde, yasama organının nasıl yapılandırılması gerektiği tartışması, çift meclise ilişkin bu çalışmayı daha da anlamlı kılmaktadır. İşte bu çalışma, Türkiye'de çift meclis sisteminin uygulanıp uygulanamayacağı tartışmasını, diğer ülke pratik ve eğilimleri de dikkate alınarak yürütmeyi amaçlamaktadır.

Türkiye'de 1961 Anayasası'nın çift meclis tercihinin altında, 1924 Anayasası dönemindeki meclis çoğunluğunun tahakkümüne karşı bir denge ve denetleme işlevi göreceği düşüncesi yatmaktaydı. Ancak, 1961 Anayasası döneminde Senato, çoğunlukla alt meclis ile aynı görüşte olmuş, anayasaya aykırı kanunların engellenmesinde önemli bir rol oynayamamış ve kaliteli bir kanun yapımı sürecini ortaya koyamamıştır. Bunun neticesinde, 1982 Anayasası'nda parlamento tek meclisli bir yapıda düzenlenmiştir. Son olarak, bu çalışma, bir ikinci meclis yerine, ikinci meclise alternatif olarak alt meclislerin kurulabileceğini veya halkın vetosu gibi araçların tanınabileceğini, geniş bir temsiliyetin ise seçim sistemi ile ayarlanabileceğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce, Türkiye, ikinci bir meclise ihtiyaç duymamaktadır; bunun yerine, tek meclisli yapının reforme edilmesi üzerine düşünülmelidir.

## Anahtar Kelimeler

Yasama Organı, Parlamento, Çift Meclis, Tek Meclis, 1876 Kanun-i Esasi, 1961 Anayasası, 1982 Anayasası.

<sup>(\*)</sup> Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 12.02.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 11.05.2022,  
DOI No: 10.54704/akdhfd.1072426.

<sup>(\*\*)</sup> Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku / Adana-Türkiye.  
E-posta: szgnbas@gmail.com,  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-6368-7263>.

<sup>(\*\*\*)</sup> Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi / Ankara-Türkiye.  
E-posta: gnisaozcan@gmail.com,  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-2890-5111>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

## APPLICABILITY OF THE BICAMERAL SYSTEM IN TURKEY FROM THE PERSPECTIVE OF EUROPE AND MIDDLE EAST APPLICATIONS

### Abstract

The structuring of a bicameral parliament is a system implemented in many countries of the world. As the reasons for the existence of the bicameral are expressed federalism, traditional or historical causes, representation of professional, cultural and local groups or structures, balance and control of the parliamentary majority, and quality lawmaking. There is no single model of the bicameral system applied in all political systems. The formation of the second assembly, the distribution of duties and powers between the two chambers, the terms of office, the determination of the members, the number of members differ from country to country. All these situations should be regulated by taking into account the aims and needs that the country wishes to achieve with the bicameral system.

Turkey experienced the practice of bicameralism in the 1876 Kanun-i Esasi and the 1961 Constitution. Although a unicameral parliament was preferred in the 1982 Constitution, some writers and politicians are of the opinion that it would be beneficial for Turkey to adopt a bicameral parliamentary practice. Nowadays, when a new constitution-making process is attempted instead of the 1982 Constitution, the debate on how the legislative body should be structured makes this work on the bicameral even more meaningful. This study aims to conduct the debate on whether the bicameral system can be implemented in Turkey, taking into account the practices and trends of other countries.

Underlying the bicameral preference of the 1961 Constitution in Turkey was the idea that it would serve as a balance and control function against the domination of the parliamentary majority in the 1924 Constitution period. However, during the 1961 Constitution, the Senate mostly agreed with the lower house, did not play an important role in preventing unconstitutional laws, and failed to demonstrate a quality law-making process. Therefore, the parliament was organized in a unicameral structure in the 1982 Constitution. Finally, this study states that instead of a second house, lower houses can be established as an alternative to the second house, or the popular veto tool can be recognized, and a wide representation can be arranged through the electoral system. In our opinion, Turkey does not need a second parliament; instead, it should think about reforming the unicameral structure.

### Keywords

Legislative Branch, Parliament, Bicameral, Unicameral, 1876 Kanun-i Esasi, 1961 Constitution, 1982 Constitution.

### Extended Abstract

Turkey experienced the practice of bicameralism in the 1876 Kanun-i Esasi and the 1961 Constitution. In the doctrine, some writers and politicians are of the opinion that it would be beneficial for Turkey to adopt a bicameral parliamentary practice. Nowadays, when a new constitution-making process is attempted instead of the 1982 Constitution, the debate on how the legislative body should be structured makes this work on the bicameral even more meaningful. Therefore, this study aims to conduct the debate on whether the bicameral system can be implemented in Turkey, taking into account the practices and trends of other countries.

The structuring of a bicameral parliament is a system implemented in many countries of the world. As the reasons for the existence of the bicameral are expressed federalism, traditional or historical causes, representation of professional, cultural and local groups or structures, balance and control of the parliamentary majority, and quality lawmaking. There is no single model of the bicameral system applied in all political systems. The formation of the second assembly, the distribution of duties and powers between the two chambers, the terms of office, the determination of the members, the number of members differ from country to country. All these situations should be regulated by taking into account the aims and needs that the country wishes to achieve with the bicameral system. When we look at the regulations regarding the bicameralism, it is generally seen that the first assembly has the main say in the distribution of authority between the first assembly and the second assembly, the term periods of the first and the second chambers are different, the second assembly is subject to partial renewal, and the second assembly is indirectly elected.

In Europe, bicameralism is a widespread system with the encouragement of decentralization and the preference for a parliamentary system. Especially in most of the post-communist Central European countries, the choice

of bicameral parliament is striking. However, it should be emphasized that many countries such as Norway, Sweden and Denmark have abandoned the bicameral system. Today, although it is stated that the bicameral system fulfills important functions in some countries such as France, it is seen that there are significant criticisms of the bicameral system in countries such as Italy, Ireland and Polonya. In the Middle East regimes, the practice of bicameralism was built with authoritarian intentions in most countries. The President and Monarchs' appointing powers to the second house contribute to the emergence of the upper house as a guided assembly. Besides, the second chamber was conceived for the purposes of dividing, slowing down and dysfunctioning the legislature instead of a quality democracy.

Underlying the bicameral preference of the 1961 Constitution in Turkey was the idea that it would serve as a balance and control function against the domination of the parliamentary majority in the 1924 Constitution period. However, during the 1961 Constitution period, the Senate mostly agreed with the lower house, did not play an important role in preventing unconstitutional laws, and failed to demonstrate a quality law-making process. On the contrary, criticisms were shared that the Senate slowed down the legislative process and hindered the will of the National Assembly, the main representatives of the people. As a result of these criticisms, the parliament was organized in a unicameral structure in the 1982 Constitution. It is possible that the legislative body will be organized in a unicameral structure in any civil constitution making process that is planned to be made. Finally, this study argues that instead of a second house, lower houses can be established as an alternative to the second house, or the popular veto tool can be recognized, and a wide representation can be arranged through the electoral system. In our opinion, Turkey does not need a second parliament; instead, it should think about reforming the unicameral structure.

## GİRİŞ

Türkiye, 1876 Kanuni Esasi ve 1961 Anayasası döneminde çift meclis sistemini tecrübe ettikten sonra 1982 Anayasası ile tek meclisli bir parlamento yapısını tercih etmiştir. 40 yıllık tek meclis uygulamasında dönem dönem bazı yazar ve siyasetçiler, yeni anayasa yapımı tartışmaları ile bağlantılı olarak, Türkiye'de çift meclis sisteminin yaşama geçirilmesini önermişlerdir. İşte bu çalışma, Türkiye özelinde çift meclis sisteminin uygulanabilir olup olmadığı tartışmasını yürütmeyi amaçlamaktadır. Parlamentonun çift meclisli inşası, salt bir kurumsal, şekli veya usulî düzenleme değildir, siyasal sistemin işleyişi açısından birçok sonucu barındırmaktadır.

Bu çalışmanın birinci bölümünde; çift meclis sisteminin varlık sebepleri, meclislerin oluşumu, aralarındaki görev ve yetki paylaşımı, görev süreleri ve üyelerinin belirlenmesi yöntemleri konu edinilerek çift meclis sistemi etraflı bir şekilde teorik boyutta açıklanmıştır. İkinci bölümde, bazı Avrupa ve Orta Doğu rejimlerinde çift meclis uygulaması, genel bir bakış açısıyla ülke örneklenmeleri verilerek ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümde, Türkiye'de çift meclis sistemi 1876 Kanun-i Esasi ve 1961 Anayasaları dönemleri incelenerek değerlendirilmiştir. Dördüncü bölümde ise Türkiye'de çift meclis sisteminin uygulanabilir olup olmadığı tartışılmıştır. Nihayetinde, bu çalışma, çift meclis sisteminin varlık sebepleri veya tercih edilme nedenleri dikkate alındığında Türkiye'de bu sisteme ihtiyaç bulunmadığını, çift meclisin verebileceği iddia edilen faydaların başka alternatif araçlarla veya tek meclis reforme edilerek sağlanabileceğini ileri sürmektedir.

## I. TEORİK AÇIDAN ÇİFT MECLİS

Modern devlet örgütlenmesi içinde yasama işlevi yasama organı tarafından yerine getirilir. Yasama organının veya sıklıkla ifade edilen parlamentonun birçok işlevi yerine getirdiği doktrinde belirtilmektedir. Parlamentonun genel olarak kanun yapımı, müzakere, yürütme organını kontrol ve denetleme, halkın temsili ve bütçe üzerinde kontrol işlevlerine sahip olduğu ifade edilir.<sup>1</sup> Bu işlevler, her bir siyasal rejimde, sistemin işleyişine bağlı olarak farklı güç ve etkiye sahip olacaktır.<sup>2</sup> Örneğin, parlamenter sistemde hükümet, yasama organı içinden çıkar ve onun güvenine dayanırken başkanlık sisteminde hükümetin ne oluşumu ne kaynağı parlamentodur. Parlamentonun tek bir meclisten oluşması halinde tek meclislilik, iki meclisten oluşması halinde çift meclislilik sistemi ortaya çıkar. Bu bölümde çift meclisin tercih edilme nedenlerine değinildikten sonra çift meclisli bir parlamentoda meclislerin oluşumu, yetki dağılımı ve görev süreleri belirtilecektir. Devamında çift meclis lehine ve aleyhine ileri sürülen görüşler ortaya konulacaktır.

### A. ÇİFT MECLİSİN VARLIK SEBEPLERİ VEYA TERCİH EDİLME GEREKÇELERİ

Parlamentonun meclis sayısı açısından yapılandırılması tek, çift ve çoklu şekilde gerçekleştirilebilir. Günümüzde çoklu yasama organı pratiği bulunmamaktadır. Dolayısıyla artık meclis sayısı açısından tartışma, parlamentoların tek veya çift olup olmaması gerekliliğine odaklanmıştır. Yasama organının tek veya çift meclis şeklinde yapılandırılması tercihinin de siyasal sistem açısından önemli sonuçlar doğurduğu açıktır. *Inter Parliamentary Union* verilerine göre 193 ülkenin 79'u çift meclisli, 113'ü ise tek meclislidir.<sup>3</sup> İki meclisli 79 ülkenin 21'i federal devlet örgütlenmesine sahiptir.<sup>4</sup> Ancak, federal devlet yapısına sahip olmasına rağmen tek meclisli bir parlamentoyu seçen 6 ülke bulunmaktadır.<sup>5</sup> Federasyon tipi devlet örgütlenmesine sahip ülkelerde federal yasama organlarının oluşumunda federe devletlerin federal devletlerin yasama organına devlet olarak katılımı ilkesi söz konusudur.<sup>6</sup> Federe devletlerin devlet olarak yönetime katılması iki meclisli bir parlamentonun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. 6 federal devlette

<sup>1</sup> Bülent Yücel, *Temsilli Demokratik Sistemde Yasama Erki ve Kural Koyma Faaliyetinin Belirleyicileri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 56; Parlamentonun işlevleri ülkelere ve zamana göre farklılık gösterebilir. Bkz. Abbas Kılıç, *Türkiye'de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 28.

<sup>2</sup> Sezgin Baş, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 7.

<sup>3</sup> <https://www.ipu.org/national-parliaments> (erişim tarihi: 19.01.2022).

<sup>4</sup> Süheyl Batur, Didem Yılmaz ve Serkan Köybaşı, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 194.

<sup>5</sup> Bu ülkeler, Comore Adaları, Birleşik Arap Emirliği, Irak, Mikronezya Federe Devletleri, Saint-Kitts ve Nevis Federasyonu ve son olarak Venezuela'dır. Batur, Yılmaz ve Köybaşı, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, 194.

<sup>6</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt 1, (Bursa: Ekin Kitabevi, 2011), 500-501.

istisnai olarak parlamentonun tek meclisli dizayn edilmesi hiç şüphesiz federe devletlerin federal devletlerin yönetimine katılma ilkesine bir aykırılık teşkil edecektir. Federe devletlerin ise yasama organlarının çift meclisli olmasına gerek yoktur; nitekim Kanada, Almanya gibi birçok federal devlette federe devletlerin parlamentoları tek meclislidir.<sup>7</sup> Dünyada genel olarak çift meclis-tek meclis seçimi hareketliliğine bakıldığında İsveç, Danimarka, İzlanda, Norveç, Finlandiya, Hırvatistan, Kırgızistan ve Senegal gibi ülkeler çift meclis sistemini terk etmiştir.<sup>8</sup> Son dönemde Polonya, Romanya, Çekya, Slovenya, Güney Afrika gibi ülkeler ise çift meclis sistemini tercih etmiştir.<sup>9</sup>

Görüldüğü üzere, çift meclis sistemine sahip ülkelerin çoğunluğu, federal devlet değil bir üniter devlettir. Bu durum, çift meclis tercihinin federal bir zorunluluğa dayanmadığını, fakat, daha ziyade, üniter devletlerin anayasal tercihi-ne dayandığını göstermektedir. Bu tercih, federal devlet örgütlenmesindeki gibi bir zorunluluğa dayanmıyorsa hangi saikler veya sebepler çift meclis sisteminin tercih edilmesine yol açmıştır. Diğer bir deyişle, çift meclis sisteminin varlık sebepleri nelerdir?

Çift meclisin varlık sebepleri arasında geleneksel, tarihi, siyasi veya sosyo-ekonomik sebepler belirtilebilir. En başta, siyasal bir tercih olarak federal devlet örgütlenmesi gelmektedir. Federal devletlerde, federe devletlerin federal düzeyde temsil edilmesi ve kararlara katılması ihtiyacı, çift meclisin varlığını zorunlu kılmıştır.<sup>10</sup> Ancak, sadece federal devlet örgütlenmelerinde değil, üniter ve bölgesel devlet örgütlenmelerinde de çift meclis sisteminin uygulandığına az önce değinmiştik.

Tarihi veya geleneksel sebepler ise uzun yıllardır devam eden bir geleneğin korunmasına dayanır. Buna ilişkin en meşhur örnek, Britanya'daki Lordlar ve Avam kamarası ayırımının günümüze değin taşınmasıdır.<sup>11</sup> Aslında, federal örnekler dışında çift meclis sisteminin uygulandığı birçok ülkede ikinci meclis uygulaması geleneksel veya tarihi nedenlerle devam ettirilmektedir.

Sosyo-ekonomik sebepler, daha çok toplumdaki değişik sosyal, mesleki, dini ve kültürel grupların temsilini sağlama düşüncesi ile irtibatlıdır.<sup>12</sup> Örneğin,

<sup>7</sup> Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 510.

<sup>8</sup> Venice Commission, "Report on Second Chambers in Europe", 2006: 2. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL\(2006\)059-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL(2006)059-e) (erişim tarihi: 26.01.2022); Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*, 4. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 658.

<sup>9</sup> Finlandiya 1906'da, Danimarka 1953'te, İsveç 1969'da, İzlanda 1991'de ve Norveç ise 2008'de çift meclis sistemini terk ederek tek meclisli bir yasama organını tercih etmiştir. Fathi Zerari, "The justifications of the Second Parliamentary Chambers in the North African region: A comparative Study of Algeria, Egypt, Morocco and Tunisia", *Misión Jurídica* 11, no. 14, (2018): 34.

<sup>10</sup> Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 621.

<sup>11</sup> Batum, Yılmaz ve Köybaşı, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, 190.

<sup>12</sup> Akif Tögel, *Başkanlık Sisteminde Parlamentolar*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 31.

Slovenya Ulusal Konseyi üyeleri, çeşitli sosyal ve ekonomik grupların üyeleri tarafından belirlenir.<sup>13</sup> Bazı ülkelerde, ikinci meclislerde komünal temsil de söz konusu olabilmektedir. Bu örneklerden biri, kısmen dilsel topluluklardan oluşan üyelere ait kotalar bulunmasına rağmen Belçika Senatosudur.<sup>14</sup> Diğeri ise Boşnak, Sırp ve Hırvat eşit üyelere sahip Bosna Hersek Halk Meclisidir.<sup>15</sup> 1960 Kıbrıs Anayasası'nda yasama organının (temsilciler meclisi) %70'inin Rum, %30'unun Türk'lerden oluşması öngörülmüştü<sup>16</sup>. Bu Temsilciler meclisi dışında, ayrı olarak oluşturulan iki topluluk meclisine de belirli konularda karar alma yetkisi verilmişti<sup>17</sup>. Çoğulcu toplum yapısını ikinci mecliste özel olarak yansıtma düşüncesinin yanında nüfus büyüklüğü de çift meclise yol açan sebeplerden birisi olarak gösterilebilir<sup>18</sup>. Nüfusu kalabalık ülkelerin parlamentolarının çift yapıda, nüfusu az ülkelerin parlamentolarının ise tek yapıda olduğu genel bir eğilim olarak ifade edilebilir<sup>19</sup>.

Çift meclisin diğer bir varlık sebebi, parlamento çoğunluğunun dengelenmesi ve denetlenmesi anlayışıdır. Azınlığın, muhalefet olarak bir varlık ortaya koymadığı ve çoğunluğun parlamento tahakküm altına aldığı durumlarda ikinci meclis, bu çoğunluğu frenleyecek veya dengeleyecek bir mekanizma olarak tasarlanmış olabilir. Bu fren ve dengeleme işlevi, iktidarın sınırlandırılmasına, dolayısıyla temel hak ve hürriyetlerin korunmasına katkı yapacaktır.<sup>20</sup>

Çift meclis inşasının başka bir gerekçesi, bu sistemin kanun teklifleri üzerinde daha uzun ve detaylı inceleme ve müzakere imkanı sunmasıdır. Bunun da ötesinde, daha geniş bir temsiliyet sağlayarak demokrasi kalitesinin artırılması düşüncesini ortaya koyar.<sup>21</sup>

<sup>13</sup> Slovenya Ulusal Meclisinin 4 üyesi işverenleri temsilen ticaret birlikleri tarafından, 4 üyesi işçileri temsilen işçi sendikaları, ticari olmayan sektörleri temsilen 1 üye üniversiteler tarafından, 1 üye öğretmenler tarafından, 1 üye araştırma dernekleri, 1 üye kültür ve spor ile ilgilenen kişiler, 1 üye tıbbi uzmanlar ve 1 üye sosyal hizmetle ilgilenen kişiler tarafından, yerel temsilcileri temsilen 22 üye yerel konseyler tarafından seçilir. International IDEA, "Bicameralism", ed. Elliot Bulmer, 2. Edisyon, Stockholm: International IDEA, (2017): 16. <https://www.idea.int/publications/catalogue/bicameralism> (erişim tarihi: 23.01.2022).

<sup>14</sup> International IDEA, "Bicameralism", 17.

<sup>15</sup> International IDEA, "Bicameralism", 17.

<sup>16</sup> Vasfiye Çelik ve İlker Çelebi, "1960'da Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kuruluşundan 2004 Annan Planı'na Kadar Olan Süreçte Kıbrıs Meselesi", *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi* (JEBPIR) 6, no. 2, (2020), 175.

<sup>17</sup> Soyalp Tamçelik, "Kıbrıs'ta Kurulması Düşünülen Federal Sistemde Toplum (Cemaat) Meclisleri ve Özellikleri", *Doğuş Üniversitesi Dergisi* 11, no. 2, (2010), 269-285.

<sup>18</sup> Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 760.

<sup>19</sup> Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 760.

<sup>20</sup> Peri Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), 26.

<sup>21</sup> Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 27; Batum, Yılmaz ve Köybaşı, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, 193.



## B. ÇİFT MECLİSLİ PARLAMENTOLARIN OLUŞUMU VE ARALARINDAKİ YETKİ PAYLAŞIMI

Birinci (alt) ve ikinci (üst) meclis üyelerinin belirlenmesi, bu meclislerin yetkileri ve görev süreleri kendi aralarında farklılık gösterdiği gibi ülkeden ülkeye de farklılık göstermektedir. İkinci meclisin yetkileri, şüphesiz, elde edilmek istenen amaçlar ve ihtiyaçlar ile uyumlu olmalıdır.<sup>22</sup>

Öncelikle, ikinci meclis üyelerinin belirlenmesi farklı usullerde yapılabilmektedir. Ürdün ve Umman'da Kral veya Emir ikinci meclisin üyelerinin tamamını atama usulüyle kendisi seçmektedir. Fas ve Bahreyn'de ise Kral, ikinci meclisin üyelerinin 1/3'ünü atama yapmak suretiyle belirlerken, diğer 2/3'lük kısım ise seçmenler tarafından seçimlerle belirlenmektedir. İngiliz Lordlar Kamarasında ise üyelerin bir kısmını teşkil eden lordlar ve psikoposlar seçim dışı yollarla (ırsi veya dini sıfatı temsilen) belirlenmektedir.<sup>23</sup> İrlanda'da ise Anayasa'ya göre Senatonun 11 üyesi Başbakan, 6 üyesi üniversiteler ve 43 üyesi ise çeşitli meslek grupları arasından seçilmektedir.<sup>24</sup> İtalya'da parlamentoyu oluşturan iki meclis eşit yetkilidir ve doğrudan genel oyla halk tarafından seçilir ve hükûmetin devam edebilmesi her iki meclisin çoğunluğunun onayına bağlıdır.<sup>25</sup> İkinci meclis üyelerinin seçimi, Avrupa ülkelerinin çoğunda dolaylı şekilde yapılmaktadır. Venedik Komisyonu, ikinci meclislerin zorunlu olarak doğrudan seçilmemesi gerekliliğini belirtir; çünkü, dolaylı seçim, birinci meclise kanun yapımında ve hükûmeti devirmede asıl yetkili olmayı sağlamaktadır.<sup>26</sup> Venedik Komisyonu, ikinci meclisin hizmet edeceği amaç neyse, seçim metodunun da bu amaç doğrultusunda düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>27</sup> Örneğin, ikinci meclisin amacı, yerel otoritelerin temsili ise bu otoritelerin kendi temsilcilerini seçecek olması en makul olanıdır.<sup>28</sup>

İkinci meclisin görev süreleri, birçok anayasal sistemde birinci meclise nazaran farklı olabilmektedir ve ikinci meclisin üyeleri kısmi yenilemeye tabi tutulabilmektedir. Örneğin, Amerika'da Senato'nun görev süresi 6 yıl olup iki yılda bir üyelerinin 1/3'ü değişmektedir. Avustralya'da ise ikinci meclisin görev süresi 6 yıl olup her üç yılda bir üyelerinin yarısı değişmektedir.<sup>29</sup> Diğer taraftan, Avrupa Birliği'ne üye 12 devlette meclislerin görev süreleri eşitken, diğer birçok ülkede ikinci meclislerin görev süreleri birinci meclise nazaran daha uzun olabilmekte-

<sup>22</sup> International IDEA, "Bicameralism", 10.

<sup>23</sup> Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 622.

<sup>24</sup> Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 623.

<sup>25</sup> Andrea Pedrazzani ve Francesco Zucchini, "Useless Approvals. Italian bicameralism and its decisional capacity", *The Journal of Legislative Studies* 26, no. 4, (2018): 580.

<sup>26</sup> Venice Commission, "Report on Second Chambers in Europe", 11.

<sup>27</sup> Venice Commission, "Report on Second Chambers in Europe", 10.

<sup>28</sup> Venice Commission, "Report on Second Chambers in Europe", 10.

<sup>29</sup> Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 622.

dir. Örneğin, Fransa’da ve Çekya’da ikinci meclisin görev süresi 6 yıl iken birinci meclisin görev süresi sırasıyla 5 ve 4 yıldır.<sup>30</sup> Daha ötesi, ikinci meclis, birinci meclise nazaran genellikle daha az sayıda üyeden oluşmaktadır.<sup>31</sup> Avusturya’da birinci meclis 183, ikinci meclis 62 üyeye sahiptir. Belçika’da birinci meclis 150, ikinci meclis 71 üyeden teşkil etmektedir. İkinci meclislerin üye sayılarının az olmasının sebebi olarak, bu meclislerin federal veya bölgesel devletleri ya da belirli sınıf ve elitleri temsil etmesi ve birinci meclis üzerinde denge ve denetim işlevi yerine getirecek olması düşünülebilir.<sup>32</sup>

Önemle belirtmek gerekir ki; birinci meclis ve ikinci meclisin yetkileri arasında çoğunlukla farklılık bulunmaktadır.<sup>33</sup> İki meclis arasında yetkilerin eşitliği genellikle federal devletlerde rastlanmaktadır.<sup>34</sup> Örneğin, Kanada’da atanmışlardan oluşan üst meclis ile alt meclisin yetkileri neredeyse eşit düzeydedir. Bunun en önemli nedenleri arasında federe devletlerin çıkarlarının korunması bulunmaktadır.<sup>35</sup> Üniter devletlerde alt meclisin, üst meclise karşı yetkilerinin daha fazla olmasıyla sıklıkla karşılaşmaktadır.<sup>36</sup> Bunun en önemli sebebi, birinci meclisin doğrudan halk tarafından seçilmiş olması nedeniyle demokratik meşruiyetinin daha fazla bulunmasıdır.<sup>37</sup> Ayrıca, sorumlunun tespit edilmesinin gerekli olduğu bazı durumlarda daha yetkili veya esas yetkili olan alt meclis nihai kararı vereceğinden sorumlu kolaylıkla tespit edilebilmektedir. Meclislerin eşit olmadığı durumda ikinci meclis, sınırlı bütçe yetkilerine sahiptir veya İrlanda, Çek Cumhuriyeti ve İngiliz Lordlar Kamarasında olduğu gibi herhangi bir bütçe yetkisine sahip değildir.<sup>38</sup> Hatta, Hollanda gibi bazı örneklerde ise üst meclisin kanun teklif etme yetkisi yoktur.<sup>39</sup> Dolayısıyla, meclislerin eşit olmadığı durumlarda son sözü çoğunlukla birinci meclis söyler veya anlaşmazlık durumunda yahut bazı konular hakkında ortak oturumda karar verilmektedir. Bazı özel yasama faaliyetlerinde ise her iki meclisin eşit yetkilere sahip olduğu örnekler bulunmaktadır. Örneğin, İrlanda’da anayasa değişiklikleri, uluslararası ilişkiler ve Cumhurbaşkanının durumu ile ilgili yasama faaliyetlerinde meclisler eşit yetkilidir.<sup>40</sup> Hollanda’da ise meclisler, monarşinin durumu, savaş hali ve olağanüstü hal gibi konularda eşit yetkilidir.<sup>41</sup>

<sup>30</sup> Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 622.

<sup>31</sup> Şeref İba, *Parlamento Hukuku*, 7. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 40.

<sup>32</sup> Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 622.

<sup>33</sup> İba, *Parlamento Hukuku*, 40.

<sup>34</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*, 658.

<sup>35</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*, 658.

<sup>36</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*, 658.

<sup>37</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*, 658.

<sup>38</sup> Venice Commission, “Report on Second Chambers in Europe”, 6.

<sup>39</sup> Venice Commission, “Report on Second Chambers in Europe”, 7.

<sup>40</sup> Venice Commission, “Report on Second Chambers in Europe”, 8.

<sup>41</sup> Venice Commission, “Report on Second Chambers in Europe”, 8.

### C. ÇİFT MECLİS HAKKINDA LEHE VE ALEYHE GÖRÜŞLER

Çift meclisin tercih edilme sebeplerini ortaya koyduktan sonra, çift meclis sistemi lehine ve aleyhine ileri sürülen görüşleri kısaca belirtmekte fayda vardır. Öncelikle çift meclis lehine ileri sürülen görüşlere değinelim.

Çift meclis savunucularının birinci gerekçesi, ikinci meclisin iktidarın sınırlandırılması anlayışı çerçevesinde bir denge ve denetim unsuru olabileceği, böylelikle temel hak ve hürriyetlerin daha iyi bir şekilde korunabileceği düşüncesidir.<sup>42</sup> İkinci meclis, tek bir mecliste var olabilecek aşırı yetki ve güç oluşumunu azaltıcı ve yetki zorlamalarını dengeleyici bir işlev üstlenebilir.<sup>43</sup> Bunun da ötesinde, birinci meclisin istediği kararı çıkarma arayışı çerçevesinde çoğulculuk ve uzlaşma kültürünü geliştirici bir etkisi olabilir.<sup>44</sup> Sonuç olarak, ikinci meclis, birinci meclisteki çoğunluğa karşı kurumsal bir muhalefet gösterebilir.<sup>45</sup>

Diğer bir gerekçe, ikinci meclisle birlikte yasama ve denetim işlevlerinin kalitesinin artacağı düşüncesidir. İkinci meclisin varlığı, yıllar boyunca uygulanacak kanunların etraflı bir şekilde görüşülmesini ve tartışılmasını sağlayabilir.<sup>46</sup> Ayrıca, ikinci meclis, birinci meclisin teklifini gerek anayasal açıdan gerek kamu yararı açısından inceleyerek kanun yapımında daha olumlu sonuçlar ortaya koyabilir.<sup>47</sup> Ancak, kanunların etraflıca ve detaylı bir şekilde görüşülmesi tek meclis sisteminde de belirli içtüzük düzenlemeleri ile sağlanabilecek bir durumdur. Dolayısıyla bu fayda, sadece çift meclis sistemine atfedilemez. Çünkü, doktrinde bazı yazarların da önerdiği gibi, parlamento üyelerinin sağlıklı bir şekilde karar verebilmesi amacıyla bazı temel kanun düzenlemelerinde iki defa görüşülme şartı getirilebilir.<sup>48</sup> Ömer Anayurt'un ifade ettiği üzere, yasama faaliyetlerinde önemli olan, hızlı bir şekilde kanun çıkarılması değil; fakat, kanunların kamu yararını gözetmesi ve meşruiyete sahip olmasıdır.<sup>49</sup> Tabii ki, yasama sürecinde yaşanan gecikmelerin, kanunların yıllar boyunca uygulanacak olması ve anayasal amaçlara uygun olması gerekliliği karşısında tolere edilebilmesi mümkündür. Tolere edilemeyecek olan, yasama faaliyetinin uzun bir süre boyunca gecikmesine veya tıkanmasına yol açacak hususlardır. Özellikle disiplinli partilerin var olduğu ve siyasal kutuplaşmanın yoğun olduğu siyasal sistemlerde çift meclis sistemi; mevcut anlaşmazlık, kutuplaşma ve çıkmazları artırmaktan başka bir etkiye sahip olmayacaktır.

<sup>42</sup> İba, *Parlamento Hukuku*, 38; Uran Murphy, 2008, s. 30; Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*, 661.

<sup>43</sup> İba, *Parlamento Hukuku*, 38.

<sup>44</sup> İba, *Parlamento Hukuku*, 38.

<sup>45</sup> Didem Yılmaz, *Bir Denge Unsuru Olarak Anayasal Muhalefetin Parlamento İçindeki İktidarı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 96.

<sup>46</sup> Tögel, *Başkanlık Sisteminde Parlamentolar*, 30.

<sup>47</sup> Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 31.

<sup>48</sup> Tögel, *Başkanlık Sisteminde Parlamentolar*, 31; İba, *Parlamento Hukuku*, 42.

<sup>49</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*, 663.

Çift meclis savucularının diğer bir savunması, halkın temsilinin genişleyeceği iddiasıdır. İkinci meclisin varlığıyla birlikte, toplumun daha geniş ve farklı kesimlerinin temsil edilebileceği düşünülmektedir. Ayrıca, çift meclis, yasama sürecinde ortaya çıkan siyasal tartışmaları halkın bilgisine sunarak onların da görüş sahibi olmasını sağlayabilmektedir.<sup>50</sup> Ancak, temsilde adaleti anlamlı kılacak bir seçim sistemi düzenlemesiyle tek meclis sisteminde de pekala toplumun bütün katmanlarının temsili sağlanabilir. Bu doğrultuda alınacak en temel tedbir, seçim barajının tamamen kaldırılması veya düşük bir düzeyde tutulmasıdır.

Diğer bir savunma gerekçesi, yasama ile yürütme arasındaki uyumsuzluklarda meclislerden birinin, diğer meclis ile yürütme arasında bir hakem rolü üstlenerek uzlaşma sağlayabileceği, böylece sistem içi çatışmaları azaltabileceğidir.<sup>51</sup> Pratikte bu iddianın gerçekleşmesi, özellikle uzlaşma kültürünün zayıf olduğu sistemlerde mümkün gözükmemektedir. Bu koşullar altında ikinci meclis, ya parlamentonun ya da yürütmenin tarafına geçeceğinden çatışmayı daha da pekiştirebileceği ihtimal dahilindedir. Türkiye açısından; ikinci meclisin tecrübe, saygınlık ve olgunluğuyla siyasal arabuluculuk ve yatıştırma işlevini yerine getirebilmesi olası gözükmemektedir. Politik kimliklere sahip ve o ülkenin çatışmacı ve kamplaştırıcı kültüründen beslenen bir ikinci meclisin, sorunun çözümüne katkı sunmaktan ziyade sorunun bir parçası olacağı aşıkardır.

Başka bir lehe savunma, çift meclisin, çoğunluğun parlamentoya hakim olduğu ve muhalefetin çoğunluğa uymak zorunda kaldığı bir konjonktürde, nispi temsil veya çoğunluk sisteminden kaynaklı seçim adaletsizliklerinin giderilmesinde rol oynayabileceğidir.<sup>52</sup>

Çift meclis sisteminin lehine ortaya konulan görüşleri belirttikten sonra aleyhine ileri sürülen görüşlere geçebiliriz. Öncelikle çift meclis sistemi hakkındaki temel eleştiri, yasama faaliyetlerini yavaşlattığı, geciktirdiği ve hatta bazı durumlarda bloke ettiği iddiasıdır.<sup>53</sup> Bu aleyhe görüş, özellikle parlamentoların işlevlerini yerine getiremediği, hantallaştığı ve salt bir müzakere organına dönüştüğü iddiaları karşısında daha çok anlam ve önem kazanmaktadır. Özellikle acil gereksinim duyulan hukuki ve siyasal reformların yapılması fazlasıyla gecikebilmektedir.<sup>54</sup>

Diğer bir aleyhe görüş, yasama faaliyetleri sırasında meclislerin siyasal sorumluluğu birbirlerinin üzerine atmak istemeleri nedeniyle parlamentonun so-

<sup>50</sup> Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, s. 33.

<sup>51</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 17. Bası, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014), 446; Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 31-32.

<sup>52</sup> Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 32.

<sup>53</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*, 660.

<sup>54</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*, 660.

rumlu tutulacak kanadının halkın nezdinde belirli olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu durum, meşruiyet ve hesap verilebilirlik açısından yeni sorunlara yol açabilmektedir.<sup>55</sup>

Başka eleştiri olarak şunlar ileri sürülmüştür: Siyasal sisteme dahil edilecek ikinci meclisin, birinci meclis ile farklı yetkilere sahip olması veya birinci meclisin kanun yapımı üzerinde son sözü söyleyecek makam olması durumunda, kanun tekliflerinin yasalaşmasını sadece bir süre geciktirmekten başka bir işe yaramayacaktır.<sup>56</sup> Aksi durumda, eğer ikinci meclis, birinci meclis ile aynı yetkilere sahip olarsa o halde iki meclis arasında seçim sistemi ve seçim tarihleri açısından bir farklılığın bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. Her iki meclisin yetkilerinin aynı olduğu durumda, seçimler aynı zamanda ve aynı seçim sistemine göre yapılırsa ikinci meclisin dağılımı, büyük ölçüde birinci meclise benzeyeceğinden ikinci bir meclise gerek olmadığı ve etkin bir denetim sağlayamayacağı ileri sürülmektedir.<sup>57</sup> Seçim sisteminin veya seçim tarihlerinin farklı dönemlere denk getirilmesi halinde ise çift meclis sisteminin denetim ve frenleme gibi birçok işlevi yerine getirebileceği düşünülse de yasama faaliyetlerinin geciktirilmesine ve kilitlenmesine neden olabilecek durumlar meydana getirme tehlikesi söz konusu olabileceği düşüncesi ortaya konulmaktadır.<sup>58</sup> Çünkü ikinci meclis, her zaman bir kanun teklifini anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmeyecektir. Hatta çoğu durumda, ikinci meclis, birinci meclisin siyasal iradesi ile çeliştiği gerekçesiyle kanun teklifini reddederek kilitlenmelere yol açabilecektir.<sup>59</sup> Ancak bu eleştiri, mevcut anayasalarda uyuşmazlık konusu kanun teklifi hakkında nihai karar verebilmek için her iki meclisin birlikte toplandığı ortak oturum yapılması öngörülerek çözülebilmektedir. Dolayısıyla bu kilitlenme, ortak bir toplantı yapılarak ve meclislerin üye sayılarının farklı düzenlenmesi suretiyle bertaraf edilebilmektedir.

Son bir eleştiri ise ikinci meclisin maliyeti hakkındadır. İkinci bir meclisin yaşama geçirilmesi, daha fazla politikacı, idari görevli, maaş, yolluk ve diğer harcamalar gibi masraf kalemlerini de beraberinde getirmektedir.<sup>60</sup> Gelişmiş ülkelerde bu harcamanın daha önemli başka yerler için (eğitim gibi) kullanılması yönünde yoğun bir talep söz konusu olabilmektedir.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> International IDEA, "Bicameralism", 6; Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 34-35.

<sup>56</sup> Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 33.

<sup>57</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*, 659; Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 34.

<sup>58</sup> Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 34.

<sup>59</sup> Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 34.

<sup>60</sup> International IDEA, "Bicameralism", 7.

<sup>61</sup> International IDEA, "Bicameralism", 7.

## II. AVRUPA VE ORTA DOĞU ÜLKELERİNDE ÇİFT MECLİS UYGULAMALARI

Bu bölümde Avrupa'daki bazı üniter devletlerde çift meclis uygulaması genel hatlarıyla ifade edildikten sonra sıklıkla otoriter rejim veya ara rejim olarak nitelendirilen Orta Doğu rejimlerinde çift meclis uygulaması incelenecektir. Bu çalışmada bazı Orta Doğu ülkelerinin örnek ülke olarak incelenmesinin sebebi; çift meclis üzerine yapılan çalışmaların genellikle Avrupa ülkelerini kapsamaması ve dolayısıyla diğer bölgelerdeki çift meclis uygulamalarını dışlamasıdır. Böyle bir inceleme eksikliği, Türkiye ile yakın bağları olan söz konusu coğrafyadaki anayasal durum hakkında bilgi sahibi olunmasına imkan vermemekteydi. İkinci olarak çoğu Orta Doğu ülkesinde çift meclis sisteminin siyasal yaşam üzerinde olumsuz sonuçlar ortaya koyması, Türkiye'de çift meclis sistemi tartışmalarında bu durumun dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır.

### A. AVRUPA ÜLKELERİNDE ÇİFT MECLİS UYGULAMALARI

Avrupa'da çift meclis sisteminin uygulandığı bazı devletler federal devlet örgütlenmesine sahipken bazıları ise üniter devlet örgütlenmesine sahiptir. Bu kısımda Avrupa'da bazı üniter devlet devletlerdeki çift meclis uygulamasına değinilecektir. Böylelikle çift meclis sisteminin ihtiyari seçimi, devam ettirilmesi ve sonuçları hakkında daha çok bilgi sahibi olabiliriz. Şimdi, örnek ülke olarak Fransa, İtalya, Çekya, İrlanda, Polonya ülkelerinin uygulamalarını incelemeye geçebiliriz.

Fransa, üniter bir devlet olarak çift meclis sistemini tercih eden bir anayasal demokrasidir. Fransa'da Senato, alt meclise nazaran daha farklı bir perspektiften ulusal egemenliği temsil etmektedir.<sup>62</sup> 1958 Fransa Anayasası m. 24/4'e göre Fransa Senatosu, Cumhuriyetin yerel topluluklarının temsilini sağlar.<sup>63</sup> Bu temsil, yerel toplulukların ayrı bir hukuki yapı olarak temsilini değil, bir bütün olarak temsilini ifade eder ve Fransa'da Senato'nun ontolojik meşruiyetini söz konusu yerel kolektivitelerin temsili düşüncesi sağlamıştır.<sup>64</sup> Fransa'da hükümetin siyasi sorumluluğu üst meclise (Senato) karşı değil, alt meclise (Millet Meclisi) karşıdır.

Fransa 5. Cumhuriyet Dönemi Senatosu, eşitlikçi çift meclis ile aşırı derecede eşitlikçi olmayan çift meclis sistemi arasında bir ara yerde konumlanmaktadır.<sup>65</sup> Ulusal Meclis doğrudan seçilirken, Senato dolaylı olarak seçmenler kurulu tarafından seçilmektedir.<sup>66</sup> Senato, hükümet ve Ulusal Meclis gibi kanun yapımı girişimini başlatabilir veya değişiklik önerebilir. Ayrıca, Anayasa ve Senato ile ilgili düzenle-

<sup>62</sup> Zerari, "The justifications of the Second Parliamentary Chambers in the North African region", 34.

<sup>63</sup> 1958 Fransa Anayasası'nın İngilizce metni için bkz. [https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/anglais/constiution\\_anglais\\_oct2009.pdf](https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constiution_anglais_oct2009.pdf) (erişim tarihi: 22.01.2022).

<sup>64</sup> Zerari, "The justifications of the Second Parliamentary Chambers in the North African region", 35.

<sup>65</sup> Hélène Ponceau, "France", *Second Chambers: Bicameralism*, Ed. R. C. Tripathi, (Rajya Sabha Secretariat: New Delhi, 2002), 92.

<sup>66</sup> Betty Drexhage, *Bicameral Legislatures: An International Comparison*, (The Hague: Ministry of the Interior and Kingdom Relations Directorate of Constitutional Affairs and Legislation, 2015), 39.

meler, Senato'ya bazı araştırma ve kontrol araçlarını vermektedir.<sup>67</sup> Diğer taraftan, Fransa Anayasası'nın 98'inci maddesi uyarınca Senato, tali kurucu iktidar rolünü Millet Meclisi ile paylaşmaktadır.<sup>68</sup> Yasama faaliyetlerinde iki meclis büyük ölçüde uyuşur; uyuşmazlık durumunda ise nihai sözü hükümet ve Ulusal Meclis söyler.<sup>69</sup> Fransız kurumsal alanında Senatonun, üyelerinin yapısı dikkate alındığında, vatandaşları günlük yaşamlarında etkileyen sorunlar üzerine derinlemesine ve uzun vadeli düşünmeye yönlendirmede iyi bir konuma sahip olduğu ifade edilmektedir.<sup>70</sup>

Federal bir devlet yapılanmasına sahip olmayan İtalya'da meclisin yetkileri simetrik olarak düzenlenmiştir ve her iki meclis de doğrudan halk tarafından seçilir ve çift meclis sistemine önemli eleştiriler getirilmektedir. Kanunların parlamentoda kabul edilebilmesi ancak her iki meclisin de iradesi ile söz konusu olabilmektedir. Yani, meclislerden birisinin kararı diğeri tarafından ortadan kaldırılamamaktadır.<sup>71</sup> Meclisler arasındaki uyuşmazlığı ortadan kaldıracabilecek bir ortak oturumun düzenlenmesi İtalya Anayasası'nda öngörülmemiştir. Ayrıca, İtalya'da hükümet, sadece Temsilciler Meclisine karşı değil aynı zamanda Senato'ya karşı da sorumludur.<sup>72</sup> Andrea Pedrazzani ve Francesco Zucchini, 1979 ila 2018 arası İtalya parlamentosunun kanun yapımı analizlerini inceledikleri araştırmasında bazı sonuçlara ulaşmışlardır. Onlara göre iki meclis arasında parti kompozisyonundaki herhangi bir farklılık, özellikle milletvekilleri tarafından getirilen kanun tekliflerinin onaylanması ihtimalini düşürmektedir.<sup>73</sup> İkinci olarak, iki meclis uyumsuzluğu, hükümet ile karşılaştırıldığında parlamentonun düşüşüne katkıda bulunabilmektedir.<sup>74</sup> Üçüncü olarak, İtalyan siyasal sisteminin geniş yasal reformlar ile karşılaştığı zorluklar ile ilgili olarak çift meclisli bir parlamento yapısı tamamen masum değildir; çünkü, İtalyan parlamentosunda kompleks yasaların başarısız olması ihtimali çok daha yüksektir.<sup>75</sup> 2018 yılındaki seçimlerde yeni seçim sisteminin uygulanması uyumlu yasama meclisleri oluşturmasına rağmen iki meclisin seçim sistemindeki devam eden bazı farklılıkların uyumsuz bir çift meclis sistemini doğurması halen olası gözükmektedir.<sup>76</sup> Dolayısıyla İtalya'da Senato üzerindeki eleştiriler varlığını sürdürmektedir.

<sup>67</sup> Ponceau, "France", 96.

<sup>68</sup> Ponceau, "France", 100.

<sup>69</sup> Drexhage, *Bicameral Legislatures: An International Comparison*, 39.

<sup>70</sup> Ponceau, "France", 100.

<sup>71</sup> Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 129.

<sup>72</sup> Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 131.

<sup>73</sup> Pedrazzani ve Zucchini, "'Useless Approvals'. Italian bicameralism and its decisional capacity", 599.

<sup>74</sup> Pedrazzani ve Zucchini, "'Useless Approvals'. Italian bicameralism and its decisional capacity", 599.

<sup>75</sup> Pedrazzani ve Zucchini, "'Useless Approvals'. Italian bicameralism and its decisional capacity", 599-600.

<sup>76</sup> Pedrazzani ve Zucchini, "'Useless Approvals'. Italian bicameralism and its decisional capacity", 600.

Çekya, çift meclis sistemine sahip diğer bir üniter devlettir. Çek Cumhuriyeti, komünizm sonrası yeni bir anayasal inşa sürecinde çift meclis sistemini tercih etmiştir. 1993 tarihli Çekya Anayasası m. 16'ya göre Temsilciler Meclisi 200 üyeden oluşur ve 4 yıllık bir dönem için seçilmektedir. Senato ise 6 yıllık bir dönem için seçilir ve iki yılda bir üyelerin 1/3'ü değişmektedir. Anayasa m. 18'e göre Temsilciler Meclisi üyeleri nispi seçim sistemine göre doğrudan seçilirken Senato üyeleri doğrudan çoğunluk sistemine göre seçilmektedir. Anayasa m. 46, Senato'nun önüne gelen kanun tekliflerini onaylayabileceğini, reddedebileceğini veya değiştirerek Temsilciler Meclisine geri gönderebileceğini veya konu ile ilgilenmeme niyetini ilan edebileceğini düzenlemektedir. Anayasa m. 47'ye göre eğer Senato kanun teklifini reddederse teklif Temsilciler Meclisine geri döner ve kanun teklifinin yasallaşabilmesi Temsilciler Meclisinin üye tamsayısının salt çoğunluğu tarafından kabul edilmesine bağlıdır. Senato, kanun teklifini değiştirerek Temsilciler Meclisine geri gönderirse değiştirilen kanun teklifi Temsilciler Meclisinde toplantıya katılanların salt çoğunluğu tarafından kabul edilebilir. Eğer Temsilciler Meclisi, değiştirilen kanun teklifini kabul etmezse Senato'ya sunduğu ilk metni oylamaya sunabilir. Bu ilk taslağın yasallaşması, Temsilciler Meclisinin üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararına bağlıdır. Sonuç olarak, Senatonun yasa yapımı sürecinde zorlaştırıcı bir yetkisi vardır. Nihai karar yetkisi birinci meclise aittir. Anayasa'nın 49'uncu maddesine göre bazı uluslararası anlaşmaların onaylanması her iki meclisin de kabulüne bağlıdır. Çekya Senatosuna halk tarafından rağbet gösterilmez. Nitekim, Senato seçimlerine katılım oldukça düşüktür.<sup>77</sup>

İrlanda'da Senato 1937 Anayasası ile ihdas edilmiştir. 60 üyeden oluşan Senatonun 43 üyesi dolaylı bir şekilde yani kurullar tarafından belirli meslekleri temsil etmek amacıyla seçilmektedir. 3 üye İrlanda Ulusal Üniversitesinden, 3 üye de Dublin Üniversitesinden seçilir. 11 üye ise genellikle Başbakanın partisinden olmak üzere Başbakan tarafından atanmaktadır.<sup>78</sup> Çeşitli mesleki grup organizasyonlarının sadece koltuklar oranında aday göstermekle ilgili rolleri vardır. Politik parti ile irtibatlı olmayan neredeyse hiçbir aday bulunmadığı için Senato, alt meclisin bir yansımısını ortaya koymaktadır.<sup>79</sup> Hükümet, İrlanda Senatosuna karşı değil, alt meclise karşı sorumludur. Senatonun işlevi, yasa yapımı ile sınırlıdır.<sup>80</sup> İrlanda'da 1937'den beri Senatonun reform edilmesi hakkında tartışma vardı; ancak, bu tartışma 2009 itibarıyla Senato'nun ortadan kaldırılması gerekip gerekmediği meselesine dönüşmüştür.<sup>81</sup> Bunun en büyük sebebi olarak, İrlanda Senatosunun Temsilciler Meclisi karşısında aşırı yetkisiz ve oluşumunun kor-

<sup>77</sup> Drexhage, *Bicameral Legislatures: An International Comparison*, 49.

<sup>78</sup> Drexhage, *Bicameral Legislatures: An International Comparison*, 50.

<sup>79</sup> Drexhage, *Bicameral Legislatures: An International Comparison*, 50.

<sup>80</sup> Drexhage, *Bicameral Legislatures: An International Comparison*, 50.

<sup>81</sup> Drexhage, *Bicameral Legislatures: An International Comparison*, 50.



poratif nitelikte olması ileri sürülmektedir<sup>82</sup>. 2011 seçimlerinde büyük partiler, siyasi sistemin boyutu ve maliyetini azaltmayı hedefleyen geniş reformun bir parçası olarak Senato'nun kapatılmasını desteklemişlerdir.<sup>83</sup> Bununla birlikte, Ekim 2013'te Senato'nun kaldırılması teklifi, toplam seçmenin %40'ının katıldığı bir halkoylamasında %51.8 hayır oyu ile az bir farkla reddedilmiştir.<sup>84</sup>

Polonya Senatosu, 1989'da demokrasiye geçiş sürecinde yuvarlak masa görüşmeleri neticesinde oluşturulmuştur. Senato 100 üyeden oluşurken alt meclis *Sejm* 460 üyeden oluşmaktadır. Her iki meclis doğrudan halk tarafından 4 yıllık bir dönem için seçilmektedir. 1997 Anayasası m. 114 uyarınca her iki meclis bazı durumlarda Ulusal Meclisi oluşturarak ilgili konu hakkında iradesini ortaya koymaktadır. Senato, yasa yapımı açısından zorlaştırıcı veto yetkisine sahiptir. Anayasa m. 121 uyarınca Senato, *Sejm*'in kabul ettiği bir kanun teklifini reddeder veya değiştirirse *Sejm*'in Senatonun kararına muhalif olarak kendi iradesini kabul ettirebilmesi için üyelerinin en az yarısının bulunduğu bir oturumda çoğunluğun ret kararı vermesi gerekir. Polonya siyasal gündeminde Senato'nun oluşumu ve işlevi üzerinde hayli ciddi eleştiri ve tartışmalar bulunmaktadır. En önemli sebep olarak Polonya Senatosunun aşırı asimetrik bir meclis olarak öngörülmesi, yani Senatonun *Sejm* karşısında sınırlı yetkilere sahip olması nedeniyle işlevsiz bir görüntü çizmiş olması gösterilmektedir<sup>85</sup>. Bu tartışmaları 2011 yılında seçim sisteminde yapılan değişiklikler neticesinde tek adaylı seçim çevreleri oluşturulması da sona erdirememiştir.<sup>86</sup> Önemli bir oy oranına sahip olan *Platforma Obywatelska*'nın (Sivil Platform) seçim vaatleri arasında Senatonun kaldırılması yer almaktadır.<sup>87</sup>

Avrupa devletlerinde tek veya iki meclis sistemi tercihinde eğilimin tek meclis yönünde olduğu açıktır.<sup>88</sup> Birçok Avrupa ülkesi çift meclis sisteminden tek meclis sistemine geçmiştir.<sup>89</sup> Daha doğrusu, tek meclis sisteminden iki meclis sistemine geçen ülkelerin, aksine göre daha az olduğunu ifade edebiliriz<sup>90</sup>. Bu eğilim nedeniyle ikinci meclislerin meşruluğu, birinci meclislere nazaran daha azdır. Avrupa'da

<sup>82</sup> Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 109.

<sup>83</sup> Drexhage, *Bicameral Legislatures: An International Comparison*, 50.

<sup>84</sup> Drexhage, *Bicameral Legislatures: An International Comparison*, 50.

<sup>85</sup> Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 81.

<sup>86</sup> Drexhage, *Bicameral Legislatures: An International Comparison*, 46.

<sup>87</sup> Drexhage, *Bicameral Legislatures: An International Comparison*, 46.

<sup>88</sup> Arend Lijpart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, çev. Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1996), 83; Paolo Passaglia, "Unicameralism, Bicameralism, Multicameralism: Evolution and Trends in Europe", *Perspectives on Federalism* 10, no. 2, (2018): 24.

<sup>89</sup> John Uhr, "Bicameralism", *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Ed. Sarah A. Binder, R. A. W. Rhodes, and Bert A. Rockman, (Oxford, Oxford University Press, 2008), 477.

<sup>90</sup> Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 765.

diğer bir eğilim, ikinci mecliste yerel (*territorial*) temsilin baskınlığıdır.<sup>91</sup> Slovenya dışında diğer ülkelerde yerelin temsili dışında diğer durumların cazibesi azalmıştır. Çevresel menfaat veya sorunların yakından ve derinden irdelenmesi, devletlerin tek meclis veya çift meclis tercihlerinde önemli bir faktör haline gelmiştir.<sup>92</sup> Eskiden çift meclisin avantajları arasında öncelikle çoğunluğun sınırlandırılması, sonrasında ise tartışılan metnin daha detaylı ve derinlemesine görüşülmesi yer almaktaydı.<sup>93</sup> Birinci avantajın modası hukuk devletinin, hesap verilebilirlik mekanizmalarının ve anayasa yargısının gelişmesi nedeniyle geçmiştir. Sonraki avantaj ise modern toplumların sorunları karşısında parlamentonun hızlı bir şekilde karar alması kaygısı nedeniyle dikkate alınmaz hale gelmiştir. Nitekim acil düzenleme yapma veya karar alma yahut teknik düzenlemeler yapma ihtiyacı, yürütme organına kanuni nitelikte düzenleme yapma yetkisi verilmesiyle neticelenerek yürütmenin yasama karşısında güçlenmesine yol açmıştır. Bu çerçevede çift meclisin var olduğu başta İtalya gibi bazı ülkelerde ikinci meclisin reforme edilmesi veya kaldırılması yönünde eleştiriler artmış ve bu çerçevede birçok reformlar gerçekleştirilmiştir. Örneğin, Belçika’da zamanla üst meclisin bütçeye ilişkin yetkileri sınırlandırılmış ve hükûmete güven verme yetkisi ortadan kaldırılmıştır.<sup>94</sup> Almanya’da, *Bundestag*’ın nihai kararı vermesini kolaylaştırmak için *Bundesrat*’ın yetkilerini azaltan bir anayasal reform 2006 yılında yapılmıştır.<sup>95</sup> Dolayısıyla son zamanlarda, hızlı karar alımı ve temsili dengeleme düşüncesi anayasal yapıyı etkilemiştir.

## B. ORTA DOĞU ÜLKELERİNDE ÇİFT MECLİS UYGULAMALARI

Siyasal rejim türü olarak sıklıkla otoriter rejim veya ara rejim olarak nitelenen Orta Doğu ülkelerinde çift meclis uygulamaları, Avrupa’da çift meclisin tercih edilme saiklerinden ve pratiklerinden farklılık arz etmektedir. Orta Doğu rejimlerinde çift meclis uygulaması, çift meclis sisteminden yerine getirmesi beklenen işlevleri ortaya koymak yerine otoriter amaçlar çerçevesinde kullanılmıştır. 1970’lerde liberalleşme hareketleri neticesinde tek parti sistemini terkeden Orta Doğu rejimleri, çok partili siyasal yaşama geçmiştir. Ancak, bu siyasal hayata geçiş demokratik açıdan sınırlı şekilde gerçekleşmiştir. Seçim hileleri, manipülasyonlar ve seçim sisteminin rejim partisi lehine düzenlenmesi, muhalefetin gelişmesini engellemiştir. Diğer taraftan, çift meclis sistemini, otoriter liderlerin yürütme organının yanı sıra yasama organını da kontrol etme çabalarının bir ürünü olarak değerlendirmek, sistemin işleyişi dikkate alındığında önemlidir. Tunus, Ürdün, Mısır, Fas, Cezayir ve Yemen gibi ülkelerde ikinci bir meclisin ortaya çıkarılmasının amacı, parlamentoya karşı bir ağırlık oluşturmak veya rejimin gözünde yoldan çıkmış bir parlamentonun

<sup>91</sup> Passaglia, “Unicameralism, Bicameralism, Multicameralism: Evolution and Trends in Europe”, 24.

<sup>92</sup> Passaglia, “Unicameralism, Bicameralism, Multicameralism: Evolution and Trends in Europe”, 24.

<sup>93</sup> Passaglia, “Unicameralism, Bicameralism, Multicameralism: Evolution and Trends in Europe”, 25.

<sup>94</sup> Uhr, “Bicameralism”, 477; Drexhage, *Bicameral Legislatures: An International Comparison*, 57.

<sup>95</sup> Passaglia, “Unicameralism, Bicameralism, Multicameralism: Evolution and Trends in Europe”, 25.

etkisini sınırlamaktı.<sup>96</sup> İkinci meclis aracılığıyla bu amaçların yerine getirilmesi, öncelikle Cumhurbaşkanının veya Kralın istediği kişileri seçme yetkisi kullanılarak sağlanmaktadır. Bu doğrultuda, anayasalarda Cumhurbaşkanının veya Kralın, üst meclisin üye sayısının 1/3'ünü veya tamamını seçme yetkisi düzenlenmiştir. Bunun yanında, siyasal katılım önündeki engeller, seçim hile ve manipülasyonları, temel hak ve hürriyet kullanımının sınırlandırılması veya engellenmesi de rejimin kendi çıkarlarına uygun bir parlamento oluşturmasında önemli bir rol oynamıştır. Şimdi, örnek ülke olarak Tunus, Mısır, Cezayir, Bahreyn, Umman, Ürdün ve Fas çift meclis sistemlerinin uygulamalarını incelemeye geçebiliriz.

Tunus'ta ikinci meclis (üst meclis) Mülga 1959 Anayasası'nda yapılan 2002 değişiklikleri ile kurulmuştu. 1959 Anayasası'nın 19'uncu maddesi, Danışman Meclisinin danışmanlardan oluştuğunu ve üye sayısının Temsilciler Meclisinin 2/3'ünü geçemeyeceğini düzenlemişti. Mülga Anayasaya'ya göre yerel otoritelerin seçili üyeleri arasından, nüfusa göre her bir yönetim bölgesinden bir veya iki üye seçilmesi öngörülmüştü. Danışman Meclisinin 1/3'ünün yerel otoritelerin seçili üyeleri tarafından ulusal düzeyde işveren, çiftçi ve işçiler arasından; Danışman Meclisinin 2/3'ünün ise Cumhurbaşkanı tarafından tanınmış figür ve milli liyakate ehil kişiler arasından seçilmesi düzenlenmişti. Anayasa'nın 22'nci maddesine göre Temsilciler Meclisi 5 yıllık bir dönem için seçilirken Danışma Meclisi 6 yıllığına seçilirdi ve her 3 yılda bir Danışma Meclisinin yarısı yenilenirdi. Danışma Meclisi, sadece yerelin veya sektörün çıkarlarını değil ulusun çıkarlarını gözetirdi ve her bir üye Millet'in tamamını temsil ederdi. Parlamen-tonun her iki kanadı organik kanunları üye tam sayılarının salt çoğunluğuyla, normal kanunları ise toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile kabul ederdi. Diğer bir deyişle, kanun teklifinin yasalaşması, Danışma Meclisi tarafından kabul edilmesine bağlanmıştı. Anayasa'nın 33'üncü maddesi gereğince iki meclis arasında bir uyuşmazlık çıkması halinde bu uyuşmazlık ortak bir oturum yapılarak karara bağlanması öngörülmüştü. Her ne kadar Danışma Meclisinin üye sayısı az ise de rejimin partisinin Temsilciler Meclisinde de oy oranına sahip olduğu düşünüldüğünde rejim muhaliflerinin iradelerini parlamentodan geçirmeleri mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla Tunus ikinci meclisinin rejimin çoğunluğuna karşı bir denge ve denetleme işlevini yerine getirmesi, atama yetkileri ve diğer otoriter uygulamalar nedeniyle mümkün değildi. Bu ikinci meclis, Arap Baharı olarak adlandırılan halk ayaklanmaları neticesinde yapılan 2014 Tunus Anayasası ile ortadan kaldırılmıştır. İkinci meclisin Tunus'ta kaldırılma sebebi olarak, yüksek maliyeti ve zayıflatıcı rolü ve Tunus'un coğrafik ve demografik küçüklüğü ileri sürülmüştür.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> Nathan J. Brown, "Regimes Reinventing Themselves: Constitutional Development in the Arab World", *Constitutionalism and Political Reconstruction*, Ed. Saïd Amir Arjomand, (Leiden: Brill, 2007), 61.

<sup>97</sup> Zerari, "The justifications of the Second Parliamentary Chambers in the North African region", 35.

Mısır'da çift meclis sistemi Millet Meclisine, Şura Meclisi eklenmek suretiyle 1980 değişiklikleri ile getirilmişti. Şura Meclisi, 1971 Anayasası m. 194 uyarınca ulusal birliği ve sosyal barışı, toplumun temel kurumlarını, hak ve özgürlükleri ve kamusal görevleri korumak için zorunlu gördüğü önerileri sunardı. Şura Meclisi, belirli konulardaki kanun tekliflerini ve anayasa değişikliklerini onaylamaktaydı. Anayasa'da belirtilen konularda ve Millet Meclisi ile Danışma Meclisi arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda uyuşmazlık konusu hakkında bir teklif sunmak için Millet Meclisi Başkanının başkanlığında her iki meclisten 7 üyeden oluşan bir ortak komite toplanırdı. Ortak komite tarafından hazırlanan nihai metin her iki meclisin incelemesine sunulurdu. Nihai metnin her iki meclis tarafından kabul edilmesi halinde teklif yasalardı. Nihai metnin meclisler tarafından onaylanmaması halinde Millet Meclisi ve Şura Meclisi ortak bir oturumda buluşarak karar verirdi. Ayrıca, Anayasa m. 195'te bazı durumlarda Şura Meclisine danışılması gerekliliği düzenlenmiştir. Şura Meclisinin üye sayısı kanun ile belirlenir; ancak, bu sayı 132'den aşağı olamazdı. Bu meclisin üyelerinin 2/3'ü doğrudan gizli oyla seçilmesi ve bu üyelerin en az yarısının işçi ve çiftçi olması öngörülmüştür. Cumhurbaşkanı ise geriye kalan 1/3'lük kısmı doğrudan kendisi seçmiştir. Şura Meclisi 6 yıllık bir dönem için seçilirdi ve üyelerinin yarısı her 3 yılda bir yenilenmekteydi. Millet Meclisi ise en az 350 kişiden ve üyelerinin yarısı doğrudan seçilen işçi ve çiftçilerden meydana gelmek zorundaydı. Ayrıca, Cumhurbaşkanı 10 kişiyi geçmeyecek şekilde Millet Meclisine üye seçebilirdi. Anayasa m. 201, Hükümet, Başbakan ve Bakanların Şura Meclisine karşı sorumlu olmadığını düzenleyerek Şura Meclisi karşısında Millet Meclisinin üstünlüğünü vurgulamıştır. Nitekim Anayasa m. 86 uyarınca da yürütmenin Anayasa'ya uygun şekilde çalışmasını kontrol etme görevi Millet Meclisine verilmiştir. Görüldüğü üzere, Arap Baharı öncesinde Mısır'da ikinci meclis bazı konularda danışma işlevini yerine getirirken, bazı hususlarda ise karar alımında Millet Meclisi ile eşit bir konumda bulunmuştur. Millet Meclisinde çoğunluğun rejimin partisinin kontrolünde olması halinde Şura Meclisinin karşı koyma ihtimali yoktur. Millet Meclisinde çoğunluğun muhalif partide olması halinde ise Şura Meclisinin 1/3'ünü atama yetkisi, rejimin parlamentoyu kontrolünde işe yarayacak bir imkan olmuştur.

Mısır'da ikinci meclis, Arap Baharı sonrasında yapılan 2012 Anayasası'nda da Şura Meclisi olarak kendisini korumuştur. Ancak, Mursi'ye karşı yapılan ordu darbesi neticesinde 15 Ocak 2014 Anayasası ile çift meclis sistemi, 50 kişilik komitede (anayasa tasarısı hakkında nihai kararı verecek komite) 23'e karşı 19 oyla birlikte kaldırılmıştır.<sup>98</sup> Bu ise çift meclisin artı ve eksileri arasındaki farkın etkileyici olmadığını göstermektedir.<sup>99</sup> Eski üst meclisin oluşumu, onun güçsüzleştiğini ortaya koymaktadır. İkinci meclis üyelerinin 2/3'ü, alt meclis ile bir

<sup>98</sup> Zerari, "The justifications of the Second Parliamentary Chambers in the North African region", s. 36.

<sup>99</sup> Zerari, "The justifications of the Second Parliamentary Chambers in the North African region", s. 36.

farklılığı belirtmezken, 1/3 ise demokratik temsile ve kuvvetler ayrılığına aykırılık teşkil etmekteydi.<sup>100</sup> Dolayısıyla Mısır üst meclisi, Mısır halkının temsili-nin yeni bir formunu ortaya koyamamış, fakat otoriter rejimi konsolide etmede bir araç olarak kullanılmıştır.<sup>101</sup> Ayrıca, bir anlaşmazlık durumunda alt meclisin iradesi geçerli olduğu için üst meclisin rolü sınırlıydı. Bazıları tarafından, üst meclisin seçim yoluyla meclise giremeyen rejim sempatanlarının Cumhurbaşkanlığı tarafından ödüllendirilmesi amacıyla oluşturulduğu yorumları yapılmıştır. Mısır üst meclisi, ne meşruluk kaynağını ne rolünü geliştirmeyi başaramamış; böylece iki meclisliliğin hatalı bir pratiğini ortaya koymuştur.<sup>102</sup> 2014 Anayasası ile ortadan kaldırılan çift meclis sistemi, Mısır Cumhurbaşkanı Abdulfettah Sisi'nin çıkar ve planlarına göre hazırlatılan 2019 Anayasa değişiklikleri ile yeniden getirilmiştir<sup>103</sup>. Eski adı Şura Meclisi olan ikinci meclis artık Senato olarak adlandırılmaktadır. Mısır Senatosunun, eski sistemde olduğu gibi, 2/3'ünün halk tarafından seçimler aracılığıyla doğrudan belirlenirken, 1/3'nün ise Cumhurbaşkanı tarafından atanacağı belirtilmektedir<sup>104</sup>.

Cezayir'de çift meclisin inşa edilme gerekçeleri, resmi ve doktriner kaynaklara göre, devletin sürekliliğini korumak, yürütme organının istikrarını sürdürmek, alt mecliste olası uzman eksikliğini telafi etmek ve temsili artırmaktır.<sup>105</sup> Üst meclisin 2/3'ü yerel kolektiviteler tarafından kendi müzakere organları arasından, 1/3'ü ise Cumhurbaşkanı tarafından sosyo-ekonomik alanlardaki ulusal uzmanlar arasından seçilir.<sup>106</sup> 2016 Anayasa değişiklikleri öncesinde üst meclisin sadece alt meclis tarafından onaylanan kanun teklifleri hakkında onaylama veya reddetme yetkisi vardı. Söz konusu değişiklikler ile üst meclise, hükûmet ve alt meclis üyeleri gibi yerel organizasyonlar, yerel planlama ve yerel bölünme ile ilgili konularda kanun tekliflerinde bulunma yetkisi verilmiştir.<sup>107</sup> Bunun da ötesinde, hükûmet tarafından başlatılan kanun tasarıları, bu konular ile ilgili olması halinde öncelikle alt meclise değil, üst meclise gönderilir.<sup>108</sup> İkinci meclis üyeleri, hükûmeti kontrol etmek için Hükûmet üyelerine yazılı ve sözlü soru sorabilirler.

<sup>100</sup> Zerari, "The justifications of the Second Parliamentary Chambers in the North African region", s. 36.

<sup>101</sup> Zerari, "The justifications of the Second Parliamentary Chambers in the North African region", s. 36.

<sup>102</sup> Zerari, "The justifications of the Second Parliamentary Chambers in the North African region", s. 36.

<sup>103</sup> Amnesty International Public Statement, "Egypt: Parliament Should Reject Proposed Constitutional amendments", 08.04.2019. <https://www.amnesty.org/en/documents/mde12/0147/2019/en/> (erişim tarihi 05.05.2022).

<sup>104</sup> Ahmed Morsy, "Egypt's Elections and Parliament: Old Habits Never Die", The Tahrir Institute for Middle East Policy, 26.03.2021. <https://timep.org/commentary/analysis/egypts-elections-and-parliament-old-habits-never-die/> (erişim tarihi 05.05.2022).

<sup>105</sup> Zerari, "The justifications of the Second Parliamentary Chambers in the North African region", s. 37.

<sup>106</sup> Zerari, "The justifications of the Second Parliamentary Chambers in the North African region", s. 37.

<sup>107</sup> Zerari, "The justifications of the Second Parliamentary Chambers in the North African region", s. 38.

<sup>108</sup> 2003 yılında Fransa'da Senato'ya verilen benzeri bir yetkiden etkilenerek 2016'da bu değişiklik yapılmıştır.

Görüldüğü gibi 2016 değişiklikleri ile ikinci meclisin yetkileri güçlendirilmiştir. Cezayir, sonrasında yeni bir anayasa yapımına girişerek 2020 Anayasası'nı yürürlüğe koymuştur. Cezayir, 2020 Anayasası'nda çift meclis sistemini korumuştur.<sup>109</sup>

Bahreyn Krallığı'nda yasama yetkisi Ulusal Meclise aittir. Ulusal Meclis ise Temsilciler Meclisi ve Danışma Meclisinden oluşur. Bahreyn 2002 Anayasası'na göre Danışma Meclisi ve Temsilciler Meclisi 40 üyeden oluşur. Danışma Meclisi, Kral tarafından atanırken Temsilciler Meclisi genel oyla seçilir. 2002 Anayasası'nın yasama bölümünü düzenleyen hükümleri incelendiğinde bir kanun teklifinin yasalaşması, parlamentonun her iki kanadı tarafından kabul edilmesine bağlıdır. Bir kanun teklifi hakkında meclisler arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda çözüm, Anayasa'nın 85'inci maddesi uyarınca her iki meclisin birlikte toplanacağı Ulusal Meclisin karar vermesi olarak öngörülmüştür. Halk tarafından referandumda onaylanan ve 2002 Anayasa'nın temeli kabul edilen Ulusal Eylem Şartı'nda,<sup>110</sup> parlamento iki meclisli bir yapı olarak öngörülmüş ve alt meclisin kanun yapımıyla, üst meclis ise danışma işleviyle görevlendirilmişti. Buna rağmen, Bahreyn 2002 Anayasası, yasama organının iki kanadına yasama faaliyetlerinde eşit yetki vermiştir.<sup>111</sup> Bu durumda, tamamı Kralın insiyatifi ve takdir yetkisiyle atanan Danışma Meclisi haliyle Krala bağlı olduğundan Kralın istemediği bir kanunun parlamentodan geçmesi oldukça zordur.

Umman'da yasama organı iki meclisten oluşur. Arap Baharı öncesi Umman Temel Yasası'nın 58'inci maddesi, parlamentonun Şura Konseyi ve Devlet Konseyi olmak üzere iki meclisten oluştuğunu ve bu meclislerin yetkileri, görev süreleri ve üyelerinin seçiminin Kral tarafından çıkarılacak bir Yasa ile belirleneceğini düzenlemişti. Bunun dışında, Umman Meclisi ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. 2011 öncesinde, Umman Meclisi Kanunu'na<sup>112</sup> göre Umman Meclisinin görevi, kendisine sunulan işleri incelemek ve görüş bildirmektir. Daha ötesi, Umman Meclisi Kanunu'nun 3'üncü maddesi her iki meclisin üyelerinin de Krala bağlılıklarına dair yemin edeceğini düzenlemişti. Umman Meclisinin alt

<sup>109</sup> 2020 Anayasası'na göre alt meclis olan Halk Ulusal Meclisi, 5 yıllığına genel oy ile seçilirken, üst meclis olan Halk Konseyi ise 6 yıllığına seçilir. 2020 Anayasası m. 127'ye göre Halk Konseyi, her üç yılda bir meclisin yarısının yenileneceğini düzenlemektedir. 2020 Anayasası m. 126'ya göre Halk Konseyinin 2/3'ü dolaylı bir şekilde, her vilayetten (vilaya) iki kişi olmak üzere Halkın Komünal Meclis ile Halkın Vilayet Meclis üyeleri arasından seçilirler. Halk Konseyinin 1/3'ü ise Cumhurbaşkanı tarafından bilimsel, meslekî, ekonomik ve sosyal alanlardan ulusal kişilik ve nitelikli uzmanları atar.

<sup>110</sup> Ulusal Eylem Şartı metnine ulaşmak için bkz. <https://www.peaceagreements.org/viewmasterdocument/1437> (erişim tarihi 24.01.2022).

<sup>111</sup> Amina El Messaoudi, "Constitutional Reform in the Arab World", *Arab Reform Initiative*, Research Paper, 2010: 10-11. Constitutional Reforms in the Arab World - Arab Reform Initiative (arab-reform.net) (E.T. 29.02.2021), Bahreyn 2002 Anayasası'nın 70 ve 81'inci maddeleri parlamento meclislerinin her ikisinin de yasama yetkisine eşit düzeyde sahip olduğunu açıkça göstermektedir.

<sup>112</sup> Umman Meclisi Kanunu için bkz. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/83508/92277/F2092950230/OMN83508.pdf> (erişim tarihi 24.01.2022).

ve üst meclisinin denetim ve dengeleme gibi bir işlevi yerine getirmesi bir yana, parlamentoların temel işlevi olan kanun yapma yetkisine dahi sahip olmadığı, sadece istişari bir organ olarak düşünüldüğü ortadadır.<sup>113</sup>

Umman'da Arap Baharı sürecinde halk protestolarının başlaması sonrasında rejim, 2011 yılında bir anayasal reform gerçekleştirmiştir. 2011 Anayasa değişiklikleri neticesinde yasama organı, 58bis ila m. 53bis 44 maddeleri arasında düzenlenerek anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Temel Yasa'nın 58bis 1 maddesi uyarınca ikinci (üst) meclis olan Devlet Konseyi maddede belirtilen kişiler arasından Kral tarafından seçilecektir. Madde 58bis 8 gereğince birinci Meclis olan Şura Meclisi ise Umman Sultanlığı'nın bütün vilayetlerini temsilen halk tarafından seçilecektir. Madde 58bis 20, eski kanuni düzenlemede olduğu gibi meclis üyelerinin Kral'a bağlılığını da içeren bir yeminle göreve başlayacaklarını düzenlemektedir. Temel Yasa m. 58bis 34, Şura Meclisinin fesh edilmesi halinde Devlet Meclisinin de feshedileceğini belirtmektedir. Ayrıca, her iki meclisin görev süreleri de 4 yıldır. Madde 58bis 35, hükümet tarafından hazırlanan kanun tasarılarının her iki meclis (Umman Meclisi) tarafından kabul edildikten sonra Krala sunulacağını ifade etmektedir. Burada alt meclis ile üst meclis açısından bir farklılık söz konusu değildir. Madde 58bis 36, Umman Meclisine kanun teklifinde bulunabileceği yetkisini vermiştir. Ancak, bu kanun teklifi, doğrudan parlamentoya değil, öncelikle inceleme için hükümete havale edilecektir. Hükümetin incelemesi sonrasında kanun teklifi Meclise sunulacak ve Meclisin kabul, ret veya değişiklik kararları ile ilgili olarak m. 58bis 35 uygulanacaktır. Her iki meclisin kanun teklifi hakkında anlaşamadığı durumlarda ise ilgili uyuşmazlık ortak bir toplantı yapılarak karara bağlanacaktır.

Ürdün de Umman ve Bahreyn gibi çift meclis sistemine sahip bir monarşidir. Ürdün 1952 Anayasası'nın 65'inci maddesine göre üst meclis olan Senato üyelerinin tamamı Kral tarafından 4 yıllığına atanmaktadır. Alt meclis olan Temsilciler Meclisi ise genel oyla 4 yıllığına doğrudan halk tarafından seçilmektedir. Ürdün Anayasası'na göre bir kanun teklifinin parlamentodan geçebilmesi için Senato ve Temsilciler Meclisinin çoğunluğu tarafından kabul edilmesi gerekir. Umman'da olduğu gibi Ürdün yasama organının üyeleri Kral'a bağlılığı da içeren bir yeminle göreve başlamaktadır. Ürdün Anayasası m. 91'e göre bir kanun teklifi veya tasarısı, Senato ve Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilmedikçe ve Kral tarafından onaylanmadıkça yürürlüğe girmez. Anayasa'nın 92'nci maddesinde ise Meclislerden biri herhangi bir kanun taslağını iki kez reddeder ve diğer Meclis bunu değiştirilmiş veya değiştirilmemiş olarak kabul ederse her iki Meclis de uyuşmazlık konusu maddeleri görüşmek üzere Senato Başkanının başkanlığında

<sup>113</sup> Nikolaus A. Siegfried, "Legislation and Legitimation in Oman: The Basic Law", *Islamic Law and Society* 7, no. 3, (2000): 376-377; Basmah Al-Kiyumi, *The Omani Constitution: A Critical Analysis*, (Yüksek Lisans Tezi), (Manchester: University of Manchester, 2011), 152.

ortak bir oturumda toplanacaktır. Kanun taslağını kabul edilmesi, sadece ortak oturumdaki mevcut üyelerin üçte iki çoğunluğu ile mümkündür. Ürdün Senatosunun üye sayısının Temsilciler Meclisi üye sayısının yarısını geçemeyeceği kuralı dikkate alındığında anlaşmazlık halindeki kanun tasarısı üzerinde halkın oylarıyla seçtiği Temsilciler Meclisinin iradesinin hakim olacağı belirtilebilir. Ancak, Temsilciler Meclisi de pratikte Kral'ın veya hükûmetin güdümünde bir meclis olarak damgalanmaktadır. Ürdün'de çift meclis sisteminin etkililiği, Bahreyn ve Umman'a göre daha fazladır. Hiç değilse Temsilciler Meclisinin, Kral'ın atadığı Senatonun iradesini bertaraf etme olasılığı hukuken mümkündür.

Fas ise 1962 Anayasası ile inşa ettiği çift meclis sistemini 1970 Anayasası'nda terk etmiş ve 1972 ve 1992 Anayasalarında tek meclisli parlamento yapısını korumuştur. Kral II. Hasan, 1992 Anayasası'ndan büyük bir farklılığı ifade etmeyen 1996 Anayasası'nı hazırlatmış ve bu metin halk oylaması<sup>114</sup> neticesinde yürürlüğe girmiştir.<sup>115</sup> Metnin en önemli değişikliği, Temsilciler Meclisi ve Danışmanlar Meclisinden oluşan bir çift meclis sistemini yeniden ihdas etmesiydi. 325 kişiden oluşan Temsilciler Meclisi üyeleri, 5 yıllık bir dönem için halk tarafından genel oyla seçilirdi. 270 kişiden oluşan Danışma Meclisi ise 9 yıllık dönem için seçilirdi. Danışma Meclisinin 162 üyesi, yerel ve bölgesel konsey üyeleri tarafından seçilirdi. 108 üye ise endüstri, tarım ve ticaret birlikleri temsilcileri tarafından seçilir. Danışma Meclisi üyelerinden 90 kişi, her 3 yılda bir yenilenirdi. Arap Baharı sonrası, Kral VI. Muhammed'in tasarısını hazırlatmasından sonra halk oylamasıyla yürürlüğe giren 2011 Anayasası, çift meclis sistemini korumuştur. 2011 Anayasası'na göre Temsilciler Meclisi 5 yıllığına genel oyla seçilmektedir. Danışma Meclisi ise 6 yıllığına dolaylı olarak seçilmektedir ve üye sayısı minimum 90, maksimum 120'dir. Danışma Meclisinin 3/5'i yerel kolektiviteler tarafından seçilirken, 2/5'i ise meslek odaları, işveren birlikleri ve işçi sendikaları tarafından seçilen seçim kurulları tarafından her bir bölgede seçilmektedir. Fas'ta alt meclisin üstünlüğüne rağmen, üst meclisin siyasal sistemi bozmaktan daha uzak olduğu söylenebilir.<sup>116</sup> Fas Danışman Meclisinin, Tunus ve Mısır üst meclisleri ile karşılaştırıldığında daha önemli yetkiler kullanmaktadır. Bunun da ötesinde, Fas Danışman Meclisi, hükûmet hakkında gensoru verebilen üç üst meclisten biridir.<sup>117</sup>

Avrupa ve Orta Doğu'nun bazı ülkelerindeki çift meclis uygulamalarının sağladığı perspektif ortaya koyulduktan sonra bir sonraki bölümde Türkiye örneği incelenecek ve Türkiye'de çift meclis sisteminin benimsenmesi gerekip gerekmediği tartışması yürütülecektir.

<sup>114</sup> İç İşleri Bakanı'nın açıklamasına göre anayasa tasarısı halk oylamasına katılan geçerli oyların %99,6'sı ile kabul edilmiştir. Gregory White, "The Advent of Electoral Democracy in Morocco? The Referendum of 1996", *Middle East Journal* 51, no. 3 (1997), 389.

<sup>115</sup> Nathan J. Brown, *Constitutions in a Nonconstitutional World: Arab Basic Laws and the Prospects for Accountable Government*, (Albany: State University of New York Press, 2002), 53.

<sup>116</sup> Zerari, "The justifications of the Second Parliamentary Chambers in the North African region", s. 37.

<sup>117</sup> Zerari, "The justifications of the Second Parliamentary Chambers in the North African region", s. 37.



### III. TÜRKİYE'DE ÇİFT MECLİS SİSTEMİ

Osmanlı-Türk anayasal gelişmelerine bakıldığında, azımsanmayacak bir süre ile çift meclis sisteminin uygulandığı görülür. Bu bakımdan sistemin Türkiye’de uygulanabilirliğine yönelik bir değerlendirmeye geçmeden Türkiye pratiğini incelemek gerekmektedir.

Çift meclis sistemi, ilk kez, birinci meşrutiyet döneminde 1876 Anayasası ile tecrübe edilmiştir. Meclis-i Umumi adını taşıyan yasama organı Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan olmak üzere iki meclisten oluşmuştur (1876 Anayasası m. 42). Meclis-i Mebusanda, her elli bin erkek nüfusa bir temsilci olmak üzere, dört yıl için, seçim yoluyla gelen üyeler yer almıştır (m. 65, 66, 69). Meclis-i Ayan üyeleri ise Meclis-i Mebusan üye tamsayısının üçte birini aşmamak üzere, Padişah tarafından, 40 yaşını geçmiş ve çeşitli memuriyetlerde bulunan ve ehil olduğu düşünülen kişiler arasından ömür boyu görevde kalmak üzere atanmıştır (m. 60-62)<sup>118</sup>. Böylelikle her iki meclisin oluşumu birbirinden farklı gelişmiştir. 28 Ekim 1876 tarihinde yürürlüğe koyulan “Talimat-ı Muvakkate” adı verilen hükümlerle de seçimlerin iki dereceli basit çoğunluk sistemine dayanacağı öngörülmüştür<sup>119</sup>.

Anayasa’da her iki meclisin çalışabilmeleri ve çalışma süreleri Padişah’ın takdirine bırakılmıştır.<sup>120</sup> Kanun teklif etme yetkisi Heyet-i Vükela ile her iki meclise tanınmıştır (m. 53). Heyet-i Vükelanın her konuda, meclislerin ise kendi görev alanlarına giren konularda kanun teklif etmeleri kabul edilmiştir.<sup>121</sup> Ayrıca, yasama sürecinin başlaması meclislerden gelen yasa önerilerinin Padişah’a iletilmesi ve Padişah’tan izin alınmasına bağlı kılınmıştır. Padişah’tan alınan izin neticesinde, yasa önerileri, öncelikle, Şurayı Devlete gönderilmiş burada tasarılaşan öneriler, Meclis-i Mebusanda görüşüldükten sonra Meclis-i Ayan önüne getirilmiştir (m. 53, 54). Meclis-i Ayanın başlıca görevi, Mebusan Meclisinden gelen yasa ve bütçe tasarısını Kanun-ı Esasi hükümlerine, Padişah hukukuna (hükümlerlik haklarına), devletin iç ve dış güvenliğine, genel ahlaka uygunlukları açısından incelemek olmuştur (m. 64). Meclis-i Ayana tasarıları kabul, gerekçeli kesin ret ya da değişiklik istemi ile birlikte Meclis-i Mebusan’a geri gönderme yetkisi de verilmiştir (m. 64). Meclis-i Ayandan geçen tasarının yasalaşması ise padişahın onayına bağlı kılınmıştır. Padişahın kabul edip onaylamadığı bir tasarı yasalaşamamıştır.<sup>122</sup> Yasama ve yürütme ilişkilerine bakıldığında Padişah ön plandadır. Hükümet üyeleri padişah tarafından seçilip atanmıştır. Hükümetin

<sup>118</sup> Fahri Bakırcı, Ömer Faruk Gençkaya, Ozan Ergül, Abbas Kılıç, Gündüz Alp Aslan, Salim Işık ve İsmail Yüksel, *Parlamento Hukukuna Giriş*, (Ankara: Lykeion Yayınları, 2020), 9.

<sup>119</sup> Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, (Bursa: Ekin Kitabevi, 2019), 49-50.

<sup>120</sup> Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*, 24. Baskı, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2019), 139.

<sup>121</sup> İlhan Arsel, “Birinci ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinde Çift Meclis Sistemi Tecrübesi”, *AÜHF* 10, no. 1-4, (1953): 196.

<sup>122</sup> Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*, 140.

göreve başlayabilmesi veya görevde kalabilmesi, meclislerin güvenoyuna bağlı olmayıp hükûmet padişah karşısında sorumlu tutulmuştur.<sup>123</sup>

İkinci Meşrutiyet'in ilanıyla yapılan 1909 Anayasa değişiklikleri neticesinde sistemin anayasallaşmasıyla meclislerin yasama yetkisi üzerindeki sınırlandırmalar kaldırılmıştır.<sup>124</sup> Yasama organı ve yürütme organı ilişkisinde hükûmet yalnızca Meclis-i Mebusan karşısında sorumlu tutulmuştur. Buna karşılık, hükûmet ile Meclis-i Mebusan arasında bir ihtilaf ortaya çıkması halinde Padişah'ın hükûmeti değiştirme veya Meclis-i Mebusanı feshetme yetkisi, Meclis-i Ayandan muvafakat almasına bağlanmıştır. Böylelikle, ikinci meclis olarak Meclis-i Ayan, Meclis-i Mebusanın fesihe muvafakat verebilmesi suretiyle Meclis-i Mebusan ve yürütme organı arasında bir rol üstlenmiştir.<sup>125</sup> Meclis-i Ayanın birbiriyle zıt nedenlere dayanan 1911 ve 1912 Meclis-i Mebusan fesihlerine kolaylıkla muvafakat vermiştir.<sup>126</sup>

Çift meclis sistemi 1876 Anayasası'nın kabul edilme sürecinde dönemin bazı anayasalarından yararlanılması neticesinde hukuk sistemimize dâhil olmuştur.<sup>127</sup> 1876 Anayasası, meşrutî unsurları dışlayacak ve padişahın yasama üzerinde mutlak hâkimiyeti devam edecek biçimde kabul edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın ilk şekliyle meclislerin gerçekte yasama yetkisine sahip olduğu söylenemez. Özellikle Meclis-i Mebusanın yasama sürecindeki rolü azdır. Meclis-i Ayana ise yasama sürecinde siyasal denetim görevi verilmiştir.<sup>128</sup> Meclis-i Ayan'ın uygun görmediği bir metnin yasalaşması söz konusu değildir. Meclis-i Ayan bu anlamıyla hem kanun denetleyicisi işlevi görmüş hem bir tür mutlak veto yetkisi kullanmıştır. Ayrıca, Meclis-i Ayana gerekli hallerde Anayasa'yı yorumlama yetkisi verilmiştir. İlhan Arsel, uygulamada Meclis-i Ayan'ın Anayasa'yı yorumlama yetkisinin yürütme organının lehine kullanıldığını belirtmiş ve bu konuda 1912 tarihli Meclis-i Mebusan feshini örnek vermiştir.<sup>129</sup>

Belirtildiği üzere ikinci meclis olarak Meclis-i Ayan, Meclis-i Mebusan karşısında üstün bir konuma sahiptir. Meclis-i Ayan üyelerinin tamamının padişah tarafından atanması, Padişaha sadakat konusunda üyelerin yemin etmesi, Meclis padişah hukukuna uygunluk denetimi yapması ve böylelikle padişahın hüküm-

<sup>123</sup> Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*, 142.

<sup>124</sup> Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019), 25.

<sup>125</sup> Arsel, "Birinci ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinde Çift Meclis Sistemi Tecrübesi", 204.

<sup>126</sup> 1914 Anayasa değişikliği çerçevesinde meclisi fesih yetkisi sadece padişaha verilmiş ve Ayan Meclisi'nin fesih hakkı kaldırılmıştır. Tuncay Özgüşi, "Mütareke Döneminde Ayan Meclisi'nin Çalışmaları", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi* 5, no. 22, (2012): 312.

<sup>127</sup> Yücel Özdemir, "Türk Parlamento Tarihinde Çift Meclisli Yasama Sistemi Bakımından Meclis-i Ayan", *Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2, (2017): 64.

<sup>128</sup> Seda Örsten Esirgen, "Osmanlı Parlamentosunda Anayasaya Aykırılık Tartışmaları", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2, (2020): 426.

<sup>129</sup> Arsel, "Birinci ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinde Çift Meclis Sistemi Tecrübesi", 197.

darlık haklarını koruma görevi dikkate alındığında, Meclis-i Ayan, padişahın iradesini temsil etme ve tarihsel süreçten gelen mutlak otoriteyi sürdürme geleneğinin bir parçası olmuştur. 1909 Anayasa değişiklikleriyle her ne kadar Padişah'ın yetkileri sınırlandırılmış olsa da Meclis-i Ayan üzerinde padişah vesayeti kaldırılmadığından, ikinci meclisin varlığı bir başka işleve dönüşmemiştir.

Çift meclis sistemi ile ilgili diğer önemli tecrübe, 1961 Anayasası'nda kabul edilen 1961-1980 yılları arasında yürürlükteki Cumhuriyet Senatosu olmuştur. Anayasacılık tarihine bakıldığında temel hak ve özgürlüklerin yalnızca yürütme organı değil, meclis çoğunluğuna karşı korunması gerektiği anlayışı<sup>130</sup> Türkiye'de ancak 1950'li yıllarda savunulmaya başlanmıştır.<sup>131</sup> Söz konusu durum, dönemin meclis çoğunluğunun temel hak ve özgürlükler konusunda sergilediği iradeden ve bu iradeyi dengeleyecek ve denetleyecek kurumların olmamasına yönelik eleştirilerden kaynaklanmış ve meclis içinde bu işlevi yerine getirecek ikinci bir meclisin gerekliliği gündeme getirilmiştir.<sup>132</sup> Bu doğrultuda gerek siyasi parti tüzük, beyanname ve programlarında gerek basında, akademide, İstanbul ve Ankara Komisyonlarınca hazırlanan ön tasarımlarda bu konu üzerinde durulmuştur. 1961 Anayasası'nın hazırlanması esnasında yapılan komisyon ve meclis görüşmelerinde de çift meclis sisteminin neden benimsenmesi gerektiği hususunda görüşler ileri sürülmüştür.<sup>133</sup> Tüm bu görüşler, ikinci bir meclisin çoğunluğun denetimini sağlayacağı ve yasa yapma kalitesini arttıracacağı yönünde olmuştur.<sup>134</sup> Netice itibarıyla ikinci meclis, meclis çoğunluğunun iradesini dengeleyeceği ve sınırlandıracağı, ikinci bir göz olarak yasaların gerek yerindelik gerek anayasaya uygunluk sağlayacağı düşünceleriyle kabul edilmiştir.<sup>135</sup> Böylelikle 1961 Anayasası ile ikinci meclise 1876 Anayasası döneminden farklı bir işlev yüklenmiştir.

<sup>130</sup> Ergun Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015), 4-5; Şeref İba ve Abbas Kılıç, *Anayasa Yargısı Dersleri*, 3. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 9.

<sup>131</sup> 1950 'den 1960'a kadar uygulanan çoğunluk sistemi mecliste seçmenin oyu ile partilerin temsil oranı arasında büyük bir dengesizlik yaratmıştır ve Demokrat Partinin aşkın temsiline sağlamıştır. Bkz. İlater Turan, "Türkiye'de Parlamento ve Seçimler", iç. *Türkiye'de Siyasal Yaşam: Dün, Bugün, Yarın*, ed. Mehmet Kabasakal, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016), 114-115.

<sup>132</sup> Tuncay Özgişi, "Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosunun Yeri", *Türkiyat Mecmuası* 21, no. 2, (2011): 295; Demokrat Parti'nin antidemokratik uygulamalarından ikinci bir meclise yer vermeyen 1924 Anayasası sorumlu tutulmuştur. Bkz. Uran Murphy, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 25; Aslında 1924 Anayasası meclis görüşmelerinde çift meclis sistemi ile ilgili öneriler yapılmış ancak kabul görmemiştir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Yavuz ve Mahmut Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 1, (2012): 227; Meclis dışında ise kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi konusunu gündeme getirmiş; 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesinin kurulması neticesini doğurmuştur. Bkz. Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 1095.

<sup>133</sup> Uran Murphy, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 201-221.

<sup>134</sup> Yavuz ve Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye", 232.

<sup>135</sup> İba, *Parlamento Hukuku*, 39; Özgişi, "Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosunun Yeri", 298.

Anayasa'da yasama organı, Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu olmak üzere iki ayrı meclis olarak düzenlenmiştir (m. 63). Millet Meclisi genel oy ile dört yıl için seçilen 30 yaşını doldurmuş 450 üyeden oluşmuştur (m. 67-69). Cumhuriyet Senatosunda genel oy ile altı yıl için seçilen, üçte biri her iki yılda bir yenilenen 150 üye yer almıştır (m. 70). Her iki meclis için nispi seçim sistemi öngörülmüştür.<sup>136</sup> Ayrıca, Senato'da seçimle gelmeyen üyelere yer verilmiştir. Bunlar, yükseköğrenim diploması olan ve 40 yaşını bitiren adaylar arasından, altı yıl için üçte biri iki yılda bir yenilenen, Cumhurbaşkanıca atanan 15 üye, eski cumhurbaşkanları ve Milli Birlik Komitesi Başkan ve üyelerinden oluşan görev süresi ömür boyu olan tabii üye olarak adlandırılan üyelerdir (m. 70-73). Böylelikle, daha olgun ve okumuş bir meclis oluşturmaya çalışılmıştır.<sup>137</sup> Ancak, genel oyla gelmeyen üyelerin yasama yetkisine ortak edilmesi, Cumhuriyet Senatosunun demokratik meşruluk açısından eleştirilmesine neden olmuştur.<sup>138</sup>

Anayasa, her iki meclisi yasa teklif etme konusunda yetkili kılmakla birlikte, yasa teklif ve tasarılarının öncelikle Millet Meclisinde görüşüleceği düzenlenmiştir (m. 91, 92/1). Millet Meclisinde kabul, değiştirilerek kabul veya reddedilen tasarı ve teklifler Cumhuriyet Senatosuna gönderilmiştir (m. 92/2). Millet Meclisinde kabul edilen metin, Cumhuriyet Senatosunda değişiklik yapılmadan kabul edilmesi halinde yasalasmıştır (m. 92/3). Metnin Cumhuriyet Senatosunda değiştirilerek kabul edilmesi halinde yasalasması için Millet Meclisinin bu değişikliği benimsemesi gerekmiştir (m. 92/3). Söz konusu durum, Millet Meclisince benimsenmezse her iki meclisin ilgili komisyonlarından seçilecek eşit sayıdaki üyeyle oluşan Karma Komisyonun hazırladığı metnin Millet Meclisine sunulacağı düzenlenmiştir. Bu aşamada, Millet Meclisinin iradesini kabul ettirebilmesi birtakım şartlara bağlanmıştır. Cumhuriyet Senatosunda üye tam sayısının salt çoğunluğu ile kabul edilmiş olan madde değişikliklerinde Millet Meclisinin kendi ilk metnini benimsemesi için aynı karar yetersayısı ile kabul etmesi gereklidir; bu şartın gerçekleşmemesi halinde ise Millet Meclisi, Cumhuriyet Senatosu'nun veya kurulan Karma Komisyonu'nun kararlarını kabul etmek zorunda kalmıştır (m. 92/4). Yine Cumhuriyet Senatosunun üye tam sayısının salt çoğunluğu ile tümü reddedilen bir metnin Millet Meclisi tarafından kabulü için üye tam sayısının salt çoğunluğu (m. 92/6); üçte iki çoğunluğu ile tümü reddedilen bir metnin Millet Meclisi tarafından kabulü için üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu aranmıştır (m. 92/7). Görüldüğü üzere yasama sürecinde son söz esas olarak Millet Meclisi'ne ait olsa da Cumhuriyet Senatosu önemli bir role sahiptir<sup>139</sup>.

<sup>136</sup> Cumhuriyet Senatosunun ilk seçimleri basit çoğunluk usulüne göre yapılmıştır. 1964 yılında her iki meclisin seçim sistemleri aynı olmuştur. Yavuz ve Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye", 229.

<sup>137</sup> Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 10. Baskı, (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1993), 61.

<sup>138</sup> Uran Murphy, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 342.

<sup>139</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 109.

Cumhuriyet Senatosu gensoru hariç, soru, yazılı soru, genel görüşme ve meclis araştırması konularında Millet Meclisi ile eşit yetkilere sahip olmuş ve bu yetkilerini tek başına kullanabilmiştir (m. 88-90).<sup>140</sup> Ancak, Millet Meclisine tanınan güvensizlik oyuyla hükümeti düşürme yetkisi Cumhuriyet Senatosuna tanınmamıştır (m. 103). Bununla birlikte, Anayasanın değiştirilmesi konusunda her iki meclis eşit yetkiye sahip olmuştur (m. 155). Ayrıca, yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı güvenceleri açısından da Millet Meclisi üyeleri ve Cumhuriyet Senatosu üyeleri arasında bir ayırım yapılmamıştır (m. 79). Bütçe görüşmeleri ise öncelikle 15 Cumhuriyet Senatosu üyesi ile 35 Millet Meclisi üyesinden oluşan Bütçe Karma Komisyonu'nda, sonrasında Cumhuriyet Senatosunda, tekrar Bütçe Karma Komisyonunda ve en son olarak Millet Meclisi'nde görüşülüp karara bağlanmıştır. Böylelikle bütçe tasarısının kabul edilmesi sürecinde son sözü söyleme yetkisi Millet Meclisi'ne aittir (m. 94).

1961 Anayasası döneminde çift meclis sistemi, esas olarak, meclis çoğunluğunun dengelenmesi ve denetlenmesi ve daha yerinde ve olgun yasaların çıkarılması düşünceleriyle kabul edilmiştir. Kanaatimizce bu dönemde Millet Meclisinin yetkileri genellikle ağır basmış olsa da<sup>141</sup> özellikle yasama sürecinde Senatonun siyasal sistemde kayda değer bir yetkisi vardır. Bu konuda öncelikle Millet Meclisi'nin iradesini kabul ettirebilmesi belli şartlara bağlanmıştır. Millet Meclisi şartları yerine getiremediği takdirde Cumhuriyet Senatosunun kararını benimsemek zorunda kalmıştır. Anayasa değişiklikleri yapım sürecinde de her iki meclis eşit yetkiye sahip olmuştur. Ancak, yasa teklif etme yetkisi de dahil olmak üzere<sup>142</sup> Cumhuriyet Senatosu yetkilerini tam anlamıyla kullanamamış ve bir irade gösterememiştir.<sup>143</sup>

1961-1980 arası döneme bakıldığında Senato ile Millet Meclisi seçim sonuçları bir başka ifadeyle meclislerdeki sandalye dağılımı paralel seyretmiş olup yerince farklılaşamamıştır. Bu konuda Bülent Yavuz ve Mahmut Bülbül'ün aktardığına göre Millet Meclisinden gelen 2467 tasarı ve öneriden 2117'si aynen kabul edilmiştir.<sup>144</sup> Bu veri Senatonun yalnızca usuli bir inceleme yaptığı, dönemin Adalet Partisi'nin her iki mecliste çoğunluğu sağlamasıyla Millet Meclisinden gelen metinlerin olduğu gibi geçtiğine yönelik eleştirileri doğrular niteliktedir.<sup>145</sup> Aynı doğrultuda örneğin, Tunca Özgişi 1971 Anayasa değişikliklerinin sadece on dört gün içinde aynen geçerek yasalastığını ifade etmiştir.<sup>146</sup> Netice itibarıyla bu

<sup>140</sup> Özgişi, "Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosunun Yeri", 304-305.

<sup>141</sup> Gözler, "Türk Anayasa Hukuku", 109.

<sup>142</sup> Özgişi, "Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosunun Yeri", 307.

<sup>143</sup> Uran Murphy, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 298.

<sup>144</sup> Yavuz ve Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye", 243.

<sup>145</sup> Yavuz ve Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye", 244.

<sup>146</sup> Özgişi, "Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosunun Yeri", 308.

dönemde çeşitli nedenlerle ikinci meclisin oluşumu farklı kılınmamıştır.<sup>147</sup> Ayrıca, daha yerinde ve olgun yasaların çıkmasında yaş, öğrenim ve tecrübesinden yararlanmak istenilen üyeler çoğunlukta olduğundan<sup>148</sup> birinci meclisle birlikte hareket etmiş; ayrıca, tabii üyeler de toplum çıkarlarını gözetmekten ziyade, birer parti üyesi gibi hareket etmiştir.<sup>149</sup>

#### IV. TÜRKİYE'DE ÇİFT MECLİSİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Federal bir devlet örgütlenmesi, genellikle çift meclis sistemini gerekli kılmaktadır. Türkiye'nin üniter bir devlet olması nedeniyle çift meclisli bir parlamentonun zorunlu olmadığını ve konunun tamamen tercihe bağlı olduğunu belirtmek gerekmektedir. 1961 Anayasası'nda Türkiye'de çift meclis sistemi; gelecekte, tarihi veya sosyo-ekonomik bir sebepten değil, tamamen siyasi sebeplerle tercih edilmiştir. 1950'lilerde çoğunluk partisinin hak ve özgürlüklere karşı tutumu ve antidemokratik uygulamaları neticesinde meclis çoğunluğunu denetleme ve dengeleme ihtiyacı çift meclis sistemini gündeme getirmiş, ikinci meclis, bu çoğunluğu frenleyecek veya dengeleyecek bir mekanizma olarak görülmüştür. Ayrıca yaş, tecrübe ve öğrenim durumu itibarıyla ikinci meclisin daha yerinde ve olgun yasaları ortaya çıkaracak bir yapı olduğu düşünülmüştür.

Çift meclisi sistemi 1982 Anayasası'nın hazırlık sürecinde ve meclis görüşmelerinde gündeme getirilmiştir. 1961-1980 uygulamasının kendisinden beklenen yararı karşılamadığı ve özellikle yasama sürecinde zaman kaybına neden olduğu düşünceleriyle yasama organı tek meclisli olarak kabul edilmiştir.<sup>150</sup> Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra da zaman zaman çeşitli kesimlerce çift meclis sisteminin yeniden benimsenmesine yönelik görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerde dönemin siyasi karışıklığının ve bazı eksikliklerin tek sorumlusunun çift meclis sistemi olarak gösterilmesi eleştirilmiş; özellikle ikinci bir meclisin filtre işlevi göreceği üzerinde durularak Cumhurbaşkanının veto yetkisinin daha az kullanılmasını sağlayacağı, Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruları azaltacağı ve böylelikle yargının yükünü hafifleterek mahkemenin daha rahat bir çalışma ortamı bulabileceği vurgulanmıştır.<sup>151</sup>

Bilindiği üzere siyasi bir tercih olarak 1961 Anayasası devlet iktidarını (aslında halkın iktidarını) her açıdan sınırlandırma anlayışı üzerine kurulmuştur. Bu

<sup>147</sup> Yavuz/Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye", 239.

<sup>148</sup> Özgişi, "Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosunun Yeri", 319.

<sup>149</sup> Uran Murphy, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 297.

<sup>150</sup> Söz konusu değerlendirmeler için bkz. Uran Murphy, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 294-303; Yavuz ve Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye", 244-245; İba, *Parlamento Hukuku*, 41.

<sup>151</sup> Oğuz Kaan Doğan, *Yasa Yapımında Bir Alternatif: Çift Meclis Sistemi*, *TBB Dergisi* 94, (2011): 386, 387-388; Aksi yönde görüşler için bkz. Yavuz ve Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye", 244-245; İba, *Parlamento Hukuku*, 41.

doğrultuda Anayasa, yasama, yürütme ve yargı organları arasında kurulan denge ve denetim sistemini, yasama organının kendi içinde de oluşturmak istemiştir. 1971 Anayasa değişiklikleriyle bu anlayıştan uzaklaşarak yürütme organı güçlendirilmiştir. 1982 Anayasası da böyle bir anlayış üzerine kurulmuştur. 2017 Anayasa değişikliğiyle de Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi bu anlayışı devam ettirecek nitelikte bir yapı kurmuştur. Sistemin genel fotoğrafı çekildiğinde denge ve denetim sistemini sağlayacak mekanizmalara ihtiyacın olduğu görülmektedir. Bu sistemde özellikle meclis çoğunluklarının aynı olması ve Cumhurbaşkanının da çoğunluk partisinin başkanı olacağı varsayıldığında, parlamenter sistemden daha etkin biçimde meclis çoğunluğunu sınırlandırma ihtiyacı söz konusudur. Bu hususta, Türkiye için çift meclis bir alternatif görülebilir. Ancak, bu meclisin bu sorunu çözecek biçimde oluşturulması gerekmektedir. Meclis çoğunluklarının farklılaşmadığı bir ortamda, ikinci bir meclis, iradesini gösterecek kayda değer bir yetkiye sahip olsa bile, kendisinden beklenen yararı karşılayamayacaktır. Nitekim, 1961-1980 arası çift meclis tecrübesinde bu konuların iyi hesaplanmadığı görülmüştür. Ayrıca, ikinci meclisin Anayasa Mahkemesinin iş yükünü azaltacağı yönündeki düşünceler tam tersi bir durum meydana getirebilir. Bu ise mevcut hükümet sisteminde her iki meclisi farklı kılmayı sağlayacak seçim sistemi, baraj tercihi, parti disiplini gibi konularda daha dikkatli olmayı gerektirir. Aksi halde, söz konusu durum, yasama sürecini sadece geciktirme etkisi gösterecektir. Bu ise başkanın kararname çıkarma konusundaki yetkisini daha sık kullanmasına neden olabilir.

Meclis çoğunluklarının birbirinden farklı olması veya Cumhurbaşkanının meclislerde kendisine karşı bir çoğunlukla çalışmak zorunda kalması halinde ise yasama sürecindeki olası kilitlenmeyi önleyecek tedbirler alınmalıdır. Örneğin, ortaya çıkacak yasama ve yürütme arasındaki çatışmalarda, ikinci meclisin, birinci meclis ile yürütme arasında siyasi hakem rolü üstlenmesi mümkün olabilirse de Türkiye'nin siyasi kültürü göz önünde bulundurulduğunda sorunun çözümüne katkı sunmaktan ziyade sorunu derinleştirebilir.

Kanaatimizce Türkiye'de toplumun siyasi, sosyo-ekonomik şartları da dikkate alındığında tek meclisli sistemde yeni alternatifler arayarak sorunu kendi içinde çözmeye çalışmak daha pratik bir yöntem olarak görünmektedir. Bu konuda Erdal Onar da sistemi değiştirmenin Türkiye şartlarında zor olacağı, tek meclisli bir sistemde çoğunluğun yetkisinin kötüye kullanılmasını önlemek veya zayıflatmak için toplumun bütün katmanlarının görüşünü adaletli bir şekilde yansıtan bir seçim sisteminin tercih edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>152</sup> Böylelikle temsilde adaleti anlamlı kılacak bir seçim sistemi düzenlemesiyle hem denge ve denetim sistemi kurulabilir hem çift meclisin halkın temsiliyetini arttıracığı düşüncesi karşılanabilir. Bu doğrultuda alınacak en temel tedbir, seçim barajının

<sup>152</sup> İba, *Parlamento Hukuku*, 42.

tamamen kaldırılması veya düşük bir düzeyde tutulmasıdır.<sup>153</sup> Ayrıca, halk vetosu kurumu da çoğunluğun sayısal üstünlüğüne dayanarak istediği yasaları çıkarmasını engelleme imkanını sunabilir. Daha ötesi, azınlığa tanınan veto yetkisi olarak da ifade edilen meclis içinde karar alımında nitelikli karar yetersayısı belirleme, önemli bir tedbir olarak düşünülebilir. Bazı temel yasalara ilişkin olarak karar yeter sayısını nitelikli hale getirerek ikinci meclisin yerine getirebileceği işlev tek mecliste bu yolla elde edilebilir. Nitekim bu yöntem anayasa değişiklikleri için tercih edilmiştir.

Ayrıca yasaların çıkarılmasında kamu yararını, toplumsal ihtiyacı daha iyi gözetebileceği düşünülen belirli bir tecrübeye sahip üyelerden oluşan bir ikinci meclis gerekli görülmeyebilir. Tek meclisli bir parlamentolu yaşamda, zaten uzman komisyonlar bu görevi yerine getirmenin yanında karar alımında yardımcı olacak bilimsel kurullar tesis edilebilir.<sup>154</sup> Yasaların yerindeliliğini sağlayabilmek açısından doktrinde bazı yazarların da önerdiği gibi, parlamento üyelerinin sağlıklı bir şekilde karar verebilmesi amacıyla bazı kanun düzenlemelerinde iki kez görüşülme şartı getirilebilir. Böylelikle denetimin yanında yasama çalışmalarının kalitesi de artırılabilir.

## SONUÇ

Parlamentonun iki meclisli bir yapıdan oluşan haliyle işlemesi çift meclis sistemi olarak adlandırılmaktadır. Çift meclis sistemi, basit bir şekil veya usul kuralı olmayıp yasa yapımı ve organlar arası ilişkiler bakımından önemli sonuçları ihtiva etmektedir. Çift meclis sistemi, federal devlet dışındaki örgütlenmelerde siyasi bir tercih olarak kabul edilmektedir. Bu tercih yapılırken ülkenin çift meclis sistemini hayata geçirmesine neden olacak önemli bir ihtiyacın bulunması gerekir. Günümüzde, desentralizasyonun demokrasinin önemli bir unsuru kabul edilmesi fikri çerçevesinde Avrupa ülkelerinde karar alımında yerel kolektiflerin temsili ihtiyacı ön plana çıkmaktadır. Ayrıca, çift meclis sisteminin altında yatan önemli gerekçelerden birisi de kaliteli bir kanun yapımı ve meclis çoğunluğunun denge ve denetlenmesidir. Hiç şüphesiz bu, Türkiye’de 1961 Anayasası ile çift meclis sisteminin benimsenmesinin altında yatan en önemli düşünceydi. Ancak, 1961 Anayasası döneminde çift meclisten beklenen faydanın görülememesi çift meclisin 1982 Anayasası’nda terkedilmesine yol açmıştır. Çift meclis sistemi Avrupa’daki üniter devletlerin bazılarında (örneğin, Fransa) yerleşik hale gelir-

<sup>153</sup> 6 Nisan 2022 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 7393 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla seçimlerde yüzde 10 olarak uygulanan ülke seçim barajı yüzde 7’ye indirilmiş olsa da, yüzde 7 barajı da yüksek olup siyasi partileri seçim ittifakı yapmaya zorlamaya devam etmektedir. Seçim ittifakı yönteminin gerçekte temsiliyeti ne derece arttırdığı ise tartışmaya açık olup, bir başka çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

<sup>154</sup> 2020 yılında ortaya çıkan Covid 19 virüsünün başladığı ve devam ettiği dönemde Türkiye’de Koronavirüs Bilim Kurulu oluşturulmuştur.



ken bazı ülkelerde (örneğin, İtalya, Polonya, Çek Cumhuriyeti) ise önemli eleştirilere maruz kalmaktadır. Çift meclis, Orta Doğu cumhuriyet ve monarşilerinde de sıklıkla karşımıza çıkan bir uygulamadır. Ancak, ne yazık ki, bu rejimlerin çift meclis sistemini benimsemelerinin altında yatan asıl neden, yukarıda bahsedilen sebepler yerine otoriter güdüler içinde yürütmenin (rejimin) yasama organını bölmesi ve kontrol etmesi, dolayısıyla etkinliğini zayıflatmasıdır.

Türkiye'nin çift meclis sistemini benimsemesi gerekir gerekmediği ise doktrinde tartışmalıdır. Çift meclis sistemini savunan yazarlar dahi Türkiye'de çift meclis sisteminin uygulanabilmesini birçok şartın gerçekleşmesine bağlamaktadırlar. Kanaatimizce, Türkiye'nin politik bağlamı dikkate alındığında, tek meclisli bir parlamento ile yoluna devam etmesi daha yerindedir. Siyasal kutuplaşmanın yoğun olduğu, disiplinli partilerin var olduğu, yasama organının yürütme karşısındaki gücünün, etkisinin ve meşruiyetinin her geçen gün daha çok zayıfladığı bir konjunktürde çift meclisin varlığı yarardan çok zarar getirebilir. Çift meclis yoluyla iddia edilen faydaların veya işlevlerin elde edilmesi yerine tek meclisli parlamento yapısının reforme edilmesini öneriyoruz. Daha açık bir anlatımla, halk vetosu, bazı kanunların yapımında nitelikli karar yeter sayısının aranması ve en önemlisi seçim sisteminin ve parti sisteminin doğru bir şekilde dizayn edilmesi ile çift meclisin verebileceği iddia edilen faydaların sağlanabileceği düşüncesindeyiz.

## KAYNAKÇA

- Al-Kiyumi, Basmah. *The Omani Constitution: A Critical Analysis*. (Yüksek Lisans Tezi), Manchester: University of Manchester, 2011.
- Amnesty International Public Statement. “Egypt: Parliament Should Reject Proposed Constitutional amendments”. 08.04.2019. Erişim Tarihi: 05.05.2022. <https://www.amnesty.org/en/documents/mde12/0147/2019/en/>.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*. Ankara: 4. Baskı, Seçkin Yayınları, 2021.
- Arsel, İlhan. “Birinci ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinde Çift Meclis Sistemi Tecrübesi”. *AÜHF Dergisi* 10, no. 1-4, (1953): 194-221.
- Bakırcı, Fahri; Gençkaya, Ömer Faruk; Ergül, Ozan; Kılıç, Abbas; Aslan, Gündüz Alp; Işık, Salim ve Yüksel, İsmail. *Parlamento Hukukuna Giriş*. Ankara: Lykeion Yayınları, 2020.
- Baş, Sezgin. *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Batum, Süheyl; Yılmaz, Didem ve Köybaşı, Serkan. *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Brown, Nathan J. *Constitutions in a Nonconstitutional World: Arab Basic Laws and the Prospects for Accountable Government*. Albany: State University of New York Press, 2002.
- Brown, Nathan J. “Regimes Reinventing Themselves: Constitutional Development in the Arab World”. *Constitutionalism and Political Reconstruction*. Ed. Saïd Amir Arjomand, Leiden: Brill, 2007.
- Çelik Vasfiye ve Çelebi İlker. “1960’da Kıbrıs Cumhuriyeti’nin Kuruluşundan 2004 Annan Planı’na Kadar Olan Süreçte Kıbrıs Meselesi”. *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi (JEBPIR)* 6, no. 2, (2020), 168-193.
- Doğan, Oğuz Kaan. “Yasa Yapımında Bir Alternatif: Çift Meclis Sistemi”. *TBB Dergisi* 94, (2011): 375-392.
- Drexhage, Betty. *Bicameral Legislatures: An International Comparison*. The Hague: Ministry of the Interior and Kingdom Relations Directorate of Constitutional Affairs and Legislation, 2015.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. Ankara: 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. Ankara: 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: 3. Baskı, Ekin Kitabevi, 2019.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. Bursa: 22. Baskı, Ekin Kitabevi, 2018.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt 1*. Bursa: Ekin Kitabevi, 2011.
- International IDEA, “Bicameralism”. (Yazar: Elliot Bulmer). Stockholm: 2. Edisyon, 2017. <https://www.idea.int/publications/catalogue/bicameralism> (erişim tarihi: 23.01.2022).
- İba, Şeref. *Parlamento Hukuku*. Ankara: 7. Baskı, Seçkin Yayınları, 2020.
- İba, Şeref ve Kılıç, Abbas. *Anayasa Yargısı Dersleri*. Ankara: 3. Baskı, Turhan Kitabevi, 2019.

- Kılıç, Abbas. *Türkiye’de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Lijpart, Arend. *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*. çev. Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Messaoudi, Amina El. “Constitutional Reform in the Arab World”. Arab Reform Initiative, Research Paper, 2010, Constitutional Reforms in the Arab World - Arab Reform Initiative (Erişim Tarihi: 29.02.2021. arab-reform.net).
- Morsy, Ahmed. “Egypt’s Elections and Parliament: Old Habits Never Die”. The Tahrir Institute for Middle East Policy, 26.03.2021. Erişim Tarihi: 05.05.2022. <https://timep.org/commentary/analysis/egypts-elections-and-parliament-old-habits-never-die/>.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Özbudun, Ergun. *Anayasacılık ve Demokrasi*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Örsten Esirgen, Seda. “Osmanlı Parlamentosunda Anayasaya Aykırılık Tartışmaları”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2, (2020): 422-435.
- Özdemir, Yücel. “Türk Parlamento Tarihinde Çift Meclisli Yasama Sistemi Bakımından Meclis-i Ayan”. *Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2, (2017): 57-78.
- Özgişi, Tuncay. “Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosunun Yeri”. *Türkiyat Mecmuası* 21, no. 2, (2011): 291-323.
- Özgişi, Tuncay. “Mütareke Döneminde Ayan Meclisi’nin Çalışmaları”. *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi* 5, no. 22, (2012): 311-318.
- Passaglia, Paolo. “Unicameralism, Bicameralism, Multicameralism: Evolution and Trends in Europe”, *Perspectives on Federalism* 10, no. 2, (2018): 1-29.
- Ponceau, Hélène. “France”. *Second Chambers: Bicameralism*. Ed. R. C. Tripathi, New Delhi: Rajya Sabha Secretariat, 2002, 91-104.
- Siegfried, Nikolaus A. “Legislation and Legitimation in Oman: The Basic Law”. *Islamic Law and Society* 7, no. 3, (2000): 359-397.
- Soysal, Mümtaz. *100 Soruda Anayasanın Anlamı*. İstanbul: 10. Baskı, Gerçek Yayınevi, 1993.
- Tamçelik, Soyalp. “Kıbrıs’ta Kurulması Düşünülen Federal Sistemde Toplum (Cemaat) Meclisleri ve Özellikleri”. *Doğuş Üniversitesi Dergisi* 11, no. 2, (2010), 269-285.
- Tanör, Bülent. *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*. 24. Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2019.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*. İstanbul: 17. Bası, Beta Yayınevi, 2014.
- Turan, İlter. “Türkiye’de Parlamento ve Seçimler”, iç. *Türkiye’de Siyasal Yaşam: Dün, Bugün, Yarın*. ed. Mehmet Kabasakal, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, 99-125.
- Uran Murphy, Peri. *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.

- Venice Commission. "Report on Second Chambers in Europe". 2006. Erişim Tarihi: 26.01.2022. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL\(2006\)059-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL(2006)059-e).
- White, Gregory. "The Advent of Electoral Democracy in Morocco? The Referendum of 1996". *Middle East Journal* 51, no. 3, (1997): 388-404.
- Yavuz, Bülent ve Bülbül, Mahmut. "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 1, (2012): 217-260.
- Yılmaz, Didem. *Bir Denge Unsuru Olarak Anayasal Muhalefetin Parlamento İçindeki İktidarı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Yücel, Bülent. *Temsili Demokratik Sistemde Yasama Erki ve Kural Koyma Faaliyetinin Belirleyicileri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Zerari, Fathi. "The justifications of the Second Parliamentary Chambers in the North African region: A comparative Study of Algeria, Egypt, Morocco and Tunisia". *Misión Jurídica* 11, no. 14, (2018), 27-42.

### İnternet Kaynakları

- <https://www.ipu.org/national-parliaments> (Erişim Tarihi: 19.01.2022).
- [https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/anglais/constitution\\_anglais\\_oct2009.pdf](https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constitution_anglais_oct2009.pdf) (Erişim Tarihi: 22.01.2022).
- <https://www.peaceagreements.org/viewmasterdocument/1437> (Erişim Tarihi: 24.01.2022).
- <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/83508/92277/F2092950230/OMN83508.pdf> (Erişim Tarihi: 24.01.2022).

**ÖZEL HUKUK**

PRIVATE LAW



# ANAYASA VE ÖZEL HUKUK İLİŞKİLERİ BAĞLAMINDA TİCARİ NİTELİKLİ MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI<sup>(\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi **Altan Fahri GÜLERCİ<sup>(\*\*)</sup>**

## Öz

Liberal ekonominin benimsendiği ülkelerde mülkiyet hakkı, ticaretin ve ticaret hukukunun en temel kavramıdır. Türkiye’de mülkiyet hakkına ilişkin temel düzenlemeler 1982 Anayasası ve Türk Medeni Kanunu’nda yer almaktadır. Türk Ticaret Kanunu’nda mülkiyet kavramına ilişkin bazı düzenlemeler bulunsa da kavrama temel felsefesini veren kurallar ifadesini Türk Medeni Kanunu’nda bulmuştur. Medeni hukukun mülkiyet anlayışı ise dar kapsamlıdır. Buna karşın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol 1/1 hükümlerinde düzenlenen mülkiyet hakkı AİHM uygulamasında malvarlığı haklarını içerecek şekilde anlaşılmaktadır. Bu uygulama 1982 Anayasası md. 35 kapsamında Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Mülkiyet hakkının böylelikle anayasal bir korumaya sahip olması ise bazı sorunların çözülmesini gerektirmiştir. Çalışmada ilk olarak mülkiyet hakkının anayasada yer bulması nedeniyle anayasa hukukunun özel hukuk ilişkileri üzerindeki etkisi ele alınmıştır. Özel hukuk uygulamasında anayasa normunun rolü tartışılmıştır. Bu kapsamda anayasanın üstünlüğü ilkesinin özel hukuka yansımalarının nasıl olacağı konusundaki tartışmalar ve bunların sonuçları incelenmiştir. Anayasal uygulamayla bağlantı tesis edebilmek amacıyla ticaret hukukunun konusunu teşkil eden mülkiyet olarak “ticari nitelikli mülkiyet” ifadesi kullanılmıştır. Böylece kapsam olarak Türk Medeni Kanunu’nun mülkiyet anlayışı değil, mülkiyet hakkını malvarlığı şeklinde geniş olarak anlayan, 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin hükümleri esas alınmıştır. Makalenin ikinci kısmında ise Anayasa Mahkemesi’nin ticaret hukuku ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkına ilişkin kararları hakkında bilgi verilmiştir. Bireysel başvuru yolu ile birlikte Anayasa Mahkemesi’nin mülkiyet hakkı ile ilgili hükme bağladığı pek çok karar ortaya çıkmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi’nin mülkiyet hakkına aykırılık taşıdığı gerekçesiyle ticaret hukukunu doğrudan ilgilendiren iptal kararlarına da değinilmiştir. Makalede Anayasa Mahkemesi’nin bu kararlarının ticaret hukukunu nasıl şekillendirebileceği ve bu kararların olası etkileri irdelenmiştir.

## Anahtar Kelimeler

Ticaret Hukuku, Mülkiyet Hakkı, Ticari Nitelikli Mülkiyet, Özel Hukuk, Anayasa Mahkemesi, Malvarlığı.

## PROTECTION OF COMMERCIAL QUALIFIED PROPERTY RIGHT IN THE CONTEXT OF CONSTITUTION AND PRIVATE LAW RELATIONS

## Abstract

In countries where a liberal economy is adopted, property right is the most basic concept of trade and commercial law. The basic regulations regarding the right to property in Turkey are contained in the 1982 Constitution and the Turkish Civil Code. Although there are some regulations regarding the concept of property in the Turkish Commercial Code, the rules that give the basic philosophy of the concept have found their expression in the Turkish Civil Code. On the other hand, the property right is regulated in the provisions of Additional Protocol 1/1 of the European Convention on Human Rights, is understood to include also possessions assets in the practice of the ECHR. In this

<sup>(\*)</sup> Makalenin Dergiye Gönderme Tarihi: 28.03.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 23.05.2022,  
DOI No: 10.54704/akdhfd.1094249.

<sup>(\*\*)</sup> Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı / Afyon-Türkiye.  
E-posta: afguler@aku.edu.tr,  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8731-4181>.



“This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)”

study, the term “commercial property” is used as the property that constitutes the subject of commercial law in order to establish a connection with the constitutional practice. Thus, on the contrary of the Turkish Civil Code’s property perspective, this study is based on the provisions of the 1982 Constitution and the European Convention on Human Rights, which broadly understand the right to property as possessions assets. In the second part of the article, information is given about the decisions of the Constitutional Court on the right to property, which is directly related to commercial law. In addition, the annulment decisions given by the Constitutional Court on the grounds that they are in violation of the property right related to the laws that directly concern the commercial law are also mentioned. In the article, finally how these decisions of the Constitutional Court can shape commercial law and the possible effects of these decisions are examined.

### Keywords

Commercial Law, Property Right, Commercial Qualified Property, Private Law, Constitutional Law, Assets.

### Extended Abstract

This study aimed to analyze the concept of commercial qualified property and to determine the approach of the Turkish Constitutional Court regarding the protection of commercial qualified property rights. In terms of constitutional law and human rights law, the right to property coincides with the concept of possessions assets in terms of scope. But in this respect, it conflicts with the understanding of property rights in civil law. In this study, the property right, which is the subject of commercial law, is called “commercial qualified property”.

In addition, based on the provisions of article 11/3 and article 127 of the TCC, it has been concluded that the concept of commercial property can be understood as possessions assets in terms of scope, just like in constitutional law and human rights law. Thus, the connection between the constitution and commercial law will have been established.

When the decisions of the Constitutional Court on the violation of commercial property rights on individual applications are examined, it is seen that in many of the court’s decisions, the court has established provisions that the right to property is not violated. On the other hand, very few decisions of the court are that the right to property is violated. In its decisions on individual applications, the Constitutional Court approaches the case based on the positive obligations of the state when it is concerned with commercial disputes between individuals.

In individual applications, The Constitutional Court has been discussing the issue in terms of whether legal opportunities are provided to individuals in private law, and if it provided, whether individuals use these opportunities. If the private law opportunities are not used by persons, the Court adjudges that there is no violation regarding the application in question. Again, although private law rules offer various alternatives, if these alternatives are not used, the same result is reached and the Constitutional Court adjudges the same. In many of its decisions, the Constitutional Court has interpreted, if the existence of the applicants’ private law possibilities such as subrogation and recording their receivables at the bankruptcy desk, as there is no violation in terms of individual application requests. In addition, the Constitutional Court does not find it appropriate to ignore this practice if there is established case law regarding the subject of the application.

It is also seen that, the Constitutional Court refrains from explanations on the merits of the events in its decisions. The court otherwise refrains from making in-depth explanations about the basic concepts of commercial law and private law. However, in some decisions, it is seen that the court can get into the essence of the matter and act as a court of the first instance.

Another conclusion we have drawn from the individual application decisions is that the Constitutional Court has approached the issue more authoritatively in cases where a party is a public legal entity or a state legal entity in claims of violation of the right to commercial property.

On the other hand, it should be underlined that the decisions of the Constitutional Court regarding the violation of the right to property concentrate, on the claims of violation of the property right arising from the performance of the contract. An example of this is the bankruptcy of a company due to its inability to collect its receivables although final court order and decisions about additional damage. In these decisions, the Constitutional Court, also benefited from the relevant judicial jurisprudence.



We have reached the conclusion, that the Constitutional Court adopts a very strict attitude in individual applications regarding the claims of violation of commercial property rights and has decided that there is no violation of rights in individual applications to a large extent.

In addition, the Constitutional Court does not hesitate to make use of commercial legislation and judicial jurisprudence in individual application decisions regarding claims of violation of commercial property rights. The Court also interprets commercial law institutions, in outline without interfering with and contradicting the unique interpretation style of commercial law.

As for the cancellation decisions; It is seen that the Constitutional Court found two main codes contrary to the right to property and canceled it. It is seen that these decisions also may set a precedent for the provision of Article 62 of the Banking Act, which stipulates that the time-barred deposits will be transferred to the treasury.

As a result, it has been seen that the developments in the fields of constitutional law and human rights law in recent years have affected commercial law as well as in all other fields of law. And that the constitutional and human rights norms have indirect, if not direct, effects on legal problems arising from the commercial property right. Again, it has been concluded that many individual applications have been made to the Constitutional Court regarding the protection of the right to commercial property, but the Court has followed a strict attitude on this issue. As for the annulment of the provisions of the law that are in violation of the right to commercial property, the Court has annulled both laws that have come before it in recent years, by heavily using the principle of proportionality in its decisions.

## I. TEMEL BİR HAK OLARAK MÜLKİYET HAKKININ TİCARET HUKUKU İLE İLİŞKİSİ VE TİCARİ NİTELİKLİ MÜLKİYET OLGUSU

### A. KAVRAM

Bir terim olarak mülkiyet, Arapça “m-l-k” kökenli olup<sup>1</sup>, özü itibarıyla iktisadi bir kavramdır. Zira mülkiyet ve bundan mütevellit sorunlar iktisadi düşünce- nin oluşumunun temel dayanağını teşkil etmektedir. Nitekim kıt kaynakların bölüşümünün ne surette gerçekleşeceği sorunu ve çözümüne odaklanan iktisat doktrin- nin de ayırım noktası hep mülkiyet olagelmıştır<sup>2</sup>. Mülkiyetin iktisadi bir kavram olarak doğması ve bu alandaki tartışmalar, kuşkusuz en büyük etkisini hukuk alanında göstermiştir<sup>3</sup>. Zira mülkiyete ilişkin her tercih, hukuk politikasının da

<sup>1</sup> Veysel Başpınar, *Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 85.

<sup>2</sup> Zeynel Dinler, *İktisada Giriş* (Bursa: Ekin Yayınları, 2011), 7.

<sup>3</sup> İktisadi anlamda mülkiyet konusundaki tartışmaların hukuk alanına yansımalarının tipik örneğini liberal ve sosyalist iktisat teorilerinin birbirine taban tabana zıt hukuki sonuçlarında görüyoruz. Fikir babalığını Adam Smith’in üstlendiği liberal iktisat teorileri mülkiyet hakkının şahsiliği esasını benimsemekle kalmaz, aynı zamanda bu hakkın kullanımı noktasında şahıslara sınırsız bir yetki tanırlar; Karl Marx ise kapitalist sistemin bir gün mutlaka son bulacağını öne sürmüş ve gelir dağılımındaki adaletsizliğin, ancak mülkiyetin kamuya ait olduğu bir düzende ortadan kalkacağını ileri sürmüştür; bkz. Dinler, *İktisada Giriş*, 34-37; Funda Telatar, *Politik İktisat Politikası* (Ankara: İmaj Yayınevi, 2004), 19-43. Liberal iktisatçılar açısından mülkiyet, “kaçınılmaz olarak var olması gereken” bir haktır; bkz. Atilla Yayla, *Liberalizm* (Ankara: Liberte Yayınları, 2002), 184. Yine liberal düşünceye göre özel mülkiyet aynı zamanda bir ülkede fikir özgürlüğünün bulunduğu da göstergesi niteliğindedir. Gerçekten de Hayek’e göre mülkiyet hakkının bir diğer özelliği de köprü vazifesi görmesidir ki, bu da çeşitli hakların kullanılabilmesinin başta gelen şartının mülkiyet hakkının var olması şeklinde ifade edilebilir. Mülkiyet hakkının sair haklarla bağlantısını sağlayan olgu ise ranttır; bkz. aynı yazar, 199-200. Komünist sistemde ise özel mülkiyet kesin bir şekilde reddedilmekle kalmaz, özel mülkiyetin ortadan kaldırılması bu sistemin yegâne amacını teşkil eder. Nitekim bu durum sistemin fikir babaları Marx/Engels tarafından “O yüzden, Komünistlerin

bu tercihe göre şekillenmesini gerektirmektedir<sup>4</sup>. Bu nedenle iktisadi anlamda mülkiyetin, hukuki anlamda mülkiyet ile eş zamanlı ortaya çıkıp geliştiği ve çoğu zaman iktisadi etkilerin hukuki sonuçları zorladığı söylenebilir<sup>5</sup>. Örneğin tek bir çiftçinin arazisini nadasa bırakması mülkiyet hakkının bünyesinde barındırdığı hakların basit bir kullanımı şeklinde anlaşılabilirken; büyük bir otomotiv üreticisinin üretimde daralmaya gitmesinin iktisadi sonuçları oldukça farklı olacak, dolayısıyla hukuken mülkiyet hakkının bünyesinde barındırdığı usus, fructus ve abusus yetkileri, iktisadi sonuçların zorlamasıyla akamete uğrayabilecektir<sup>6</sup>. Ayrıca bir malın mülkiyet hakkı ile ilişkilendirilebilir hukukilik vasfı kazanabilmesi için de o malın iktisadi açıdan bir değerinin bulunması gerekmektedir<sup>7</sup>.

Önemle belirtelim ki, modern iktisat teorisi, iktisadi anlamda mülkiyetin açıklığa kavuşturulmasını hukuk ve iktisat sahasındaki görüşleriyle Nobel iktisat ödülü kazanan Ronald Coase'a borçludur. Coase teorisine göre, mülkiyet hakkı bünyesinde münferit birtakım hakları da barındırmakta ve tüm bu hakların da kullanımının bir sınırı bulunmaktadır<sup>8</sup>. Yazar bu yönüyle mülkiyet hakkını bir

---

kuramı tek bir tümede özetlenebilir: özel mülkiyetin ortadan kaldırılması" şeklinde net olarak ifade edilmiştir; bkz. Karl Marx ve Friedrich Engels, *Komünist Manifesto*, Çev. Celal Üster- Nur Deriş (İstanbul: Can Yayınları, 2015), 66.

<sup>4</sup> İktisadi anlamda mülkiyet hakları, kişilerin nihai olarak elde etmeyi amaçladığı bir haklar bütünü nü ifade etmekte; hukuk ise bunu sağlayabilecek bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca mülkiyet hakkı ile sahiplik birbirinden farklılık arz etmektedir; bkz. Fuat Oğuz, *Mülkiyet Hakları -Bir Ekonomik Analiz-* (Ankara: Roma Yayınları, 2003), 17.

<sup>5</sup> Ancak bu durumun endüstri devrimi öncesi mülkiyet anlayışı için geçerli olduğu görülüyor. Gerçekten de endüstri devrimi öncesindeki klasik mülkiyet anlayışı açısından hukuki ve iktisadi mülkiyet birbiri ile çelişmemektedir. Ne zaman ki, mülkiyet artık bir kapital olmuştur, o zaman iktisadi mülkiyet ile hukuki mülkiyet çelişmeye başlamıştır. Bu ayrım hukuki maliki, bir mala ekonomik malik adına sahip olan kişiye dönüştürmüştür. Hukuki mülkiyetin modern organizasyonları açıklamakta yetersiz kalmasıyla iktisadi anlamda mülkiyet devreye girmiş ve ticaret hukuku, fikri mülkiyet hukuku gibi tamamlayıcı hukuk kurumlarının da desteği ile iktisadi mülkiyet etkisini giderek daha çok hissettirmiştir. Bkz. Adnan Güriz, *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969), 325 vd.

<sup>6</sup> Avusturyalı hukuk insanı Renner'in konu hakkındaki görüşleri için bkz. Güriz, *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu*, 332.

<sup>7</sup> Suad Bertan, *Aynı Haklar Cilt 1*, (Ankara: Balkan Basım ve Ciltevi, 1976), 45.

<sup>8</sup> Yazar bu konuda "mülkiyet hakkına (örneğin bir araziye) sahip olan kişinin gerçekte sahip olduğu husus sınırlı bir faaliyetler listesinden ibarettir. Mülkiyet hakkı sahibinin yapabilecekleri sınırsız değildir. Sınırları vardır. Örneğin araziyi bir yerden başka bir yere taşınması, madencilik için kullanması mümkün değildir. Bazı kişileri arazisini kullanmaktan men edebilirse de bazılarında söz gelimi geçit hakkı tanımak zorundadır. Arazisinin üzerine istediği yapıyı yapamayacağı gibi istediği bitkiyi dikemeyebilir de" ifadelerini kullanmıştır; bkz. R. H. Coase, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics*, Vol: III, October (1960): 44. Coase mülkiyet hakkının kapsamının ne olduğu konusunda işlem maliyetleri yaklaşımı ile eğilmiş ve bundan mütevellit sorunların çözüm yeri olarak da hukuki bir kavram olan sözleşme kavramını göstermiştir. Yazara göre mülkiyet hakkının kapsamına bununla ilgili her türlü tasarrufta bulunmanın girip girmediğinin belirlenmesi ancak işlem maliyetlerine göre meselenin irdelenmesi ile çözülebilecektir. Örneğin bir gölün etrafında biri sanayi üretimi yapan diğeri turistik tesis işleten iki işletme, havaalanı ile havaalanı yakınında bulunan evler, taş ocağı ile yanında bulunan plaj işletmesi arasındaki ilişkilerde hukuki düzenlemeler ancak bir tarafın meseleyi daha düşük maliyetle çözmesine imkân tanıdığı oranda

haklar demeti (bundle of rights) olarak kabul etmektedir<sup>9</sup>. Sonuç olarak mülkiyet hakkının iktisadi cephesinde yürütülen tartışmaların son tahlilde hep hukuk ilmiyle de bağlantısı kurulmak suretiyle yürütüldüğü anlaşılmaktadır<sup>10</sup>. Bununla birlikte iktisatçıların mülkiyet haklarına bakış açısının bilhassa da özel hukukun mülkiyet hakkı anlayışı ile bağdaşmadığını özellikle belirtmek gerekir<sup>11</sup>.

Hukuki anlamda mülkiyet hakkına gelince; bakış açılarındaki bazı farklılıklardan ötürü mülkiyet hakkının kamu hukuku ve özel hukuk açısından ayrı ayrı ele alınması zaruret arz etmektedir.

Özel hukukta mülkiyet hakkı öncelikle bir aynı hak niteliği taşır. Dolayısıyla özel hukukun konusunu teşkil edebilmesi mülkiyet hakkının eşya ile ilişkilendirilmesini zorunlu kılar<sup>12</sup>. Hatta bu durum mülkiyet hakkının şahsi haklardan ayırt edilmesini sağlayan ve ona mutlak hak niteliğini kazandıran en önemli özelliğidir. Dolayısıyla bir alacak hakkının mülkiyet hakkı kapsamında mütalaa edilmesi söz konusu olamaz. Özel hukukta mülkiyet hakkını açıklamaya çalışan görüşleri mülkiyeti, bünyesinde münhasıran yetkiler ihtiva eden bir hak olarak telakki eden klasik görüş ile mülkiyet hakkının sosyal fonksiyonunun da bulunduğunu kabul ederek onu ödevleri de bünyesinde barındıran bir hak olarak kabul eden modern görüş olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür<sup>13</sup>. Klasik görüş mülkiyet hakkını

---

etkili olabilecektir. Hukuki düzenlemeler neyi öngörürse öngörsün akla en yakın yol tarafların anlaşmasıdır. Ancak bunun için de etkin bir hukuk sisteminin varlığı şarttır. Örneğin sözleşmenin feshi durumunda karşı tarafı koruyucu mekanizmaların zayıflığı ya da trafik suçlarında hükmedilecek tazminatların düşüklüğü işlem maliyetlerini azaltacağından tarafların anlaşmalarına engel olacaktır; Coase'in görüşleri hakkında ayrıntılı analizler için bkz. Oğuz, *Mülkiyet Hakları -Bir Ekonomik Analiz-*, 49-58.

<sup>9</sup> Coase, 1960 yılında kaleme aldığı makalesinden çok sonraları 1988 yılında yayınladığı eserinde "bundle of rights" ifadesini kullanmıştır; bkz. R. H. Coase, *The Firm the Market and the Law* (Chicago: The University of Chicago Press, 1988), 11.

<sup>10</sup> Özellikle de Coase'in mülkiyet hakkı konusundaki görüşleri hukuk alanını derinden etkilemiş, hukukun ekonomik analizi yaklaşımının gelişiminde önemli sonuçlar meydana getirmiştir; bkz. Ahmet Emrah Tayyar, "Hukuk ve İktisat Yaklaşımında Bir İktisatçı: Ronald H. Coase", *Yönetim ve Ekonomi* 27, S. 2 (2020), 210 vd.

<sup>11</sup> Örneğin iktisatçılara göre otomobilin satılması ile mülkiyet hakkının külliye satın alana geçmesi söz konusu olmaz. Çünkü satılan otomobilin garanti süresinin sona ermesine kadar, garanti kapsamındaki parçalar üzerinde üreticinin de mülkiyet hakkından kaynaklı belirli bazı hakları bulunmaktadır. Dolayısıyla satış işlemi, mülkiyet hakkının tam anlamıyla alıcıya geçmesine sebebiyet vermez. Keza satın alınan otomobil üzerinde devletin dahi mülkiyet haklarından kaynaklı (ruhsat, aracın ehliyetle kullanılması, trafik kurallarına uyulması gibi) birtakım talepleri olabilir. Kuşkusuz bu görüşler özel hukukun mülkiyet teorisi bakımından ciddi eleştirilere açıktır; iktisadi anlamda mülkiyet hakkı konusunda bkz. Oğuz, *Mülkiyet Hakları -Bir Ekonomik Analiz-*, 34 vd.

<sup>12</sup> Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 245; Hıfız Veldet Velidedeoğlu ve Galip Esmer, *Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı* (İstanbul: İstanbul Matbaacılık, 1956), 26; F. H. Saymen ve H. K. Elbir, *Türk Eşya Hukuku Dersleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1963), 211; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), 66.

<sup>13</sup> Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229 vd.; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 172; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 65; Bertan, *Aynı Haklar*, 51.

kişinin eşya üzerindeki mutlak hakimiyeti şeklinde anlaması<sup>14</sup> ve bu nedenle de mülkiyet hakkının sosyal yönünü göz ardı etmesi nedeniyle eleştirilmiş ve günümüzde yerini modern görüşe bırakmıştır<sup>15</sup>. Nitekim pozitif hukukta özel hukuk bakımından mülkiyet hakkına ilişkin temel hüküm niteliğinde olan TMK md. 683 hükmü, sadece mülkiyet hakkının sahibine bahşettiği kullanma (usus), semerelelerinden istifade etme (fructus) ve tasarruf edebilme (abusus) yetkilerini, hakkına tecavüz edilmesi halinde malikin imkanlarını düzenlemekle kalmamış, mülkiyet hakkının sınırlarını da çizmiştir<sup>16</sup>. Mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin olarak medeni hukukta TMK md. 683/II hükmünde ifadesini bulan istihkak davası (rei vindicatio) ve tecavüzün önlenmesi (actio negatoria) davalarını burada öncelikle zikretmek gerekir.

Kamu hukukunda mülkiyet hakkına ilişkin ulusalüstü bir düzenleme olarak AİHS'nin 1 numaralı Ek Protokol md. 1 hükmü mutlaka zikredilmelidir. İç hukukta ise mülkiyet hakkı, 1982 Anayasası md. 35 hükmünde, "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmın, "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünde, bir temel hak olarak hükme bağlamıştır. Mülkiyet hakkı bakımından dikkate almamız gereken bir diğer düzenleme ise 1982 Anayasası md. 13 hükmüdür. Mülkiyet hakkının gerek AİHS ve gerekse 1982 Anayasası tarafından düzenlenmiş olmasının doğal sonucu ise, bu hakkın hem sözleşme ve hem de anayasanın koruması altında bulunmasıdır. Nitekim her iki metinde de bu metinlerde yer alan hakların ihlal edilmesi durumunda sahip olunan imkanlar ayrıca hükme bağlanmıştır. Bu imkanlardan ilki 1982 AY md. 148 ile 30 Mart 2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun md. 45 hükümlerinde düzenlenmiş olan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkânıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesi uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne tanınan bireysel başvuru imkânı ise ulusalüstü insan hakları koruması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıdaki düzenlemeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesi'nin mülkiyet hakkının sınırlanması konusunda birtakım temel ilkeler belirlediğini görmekteyiz. Bu ilkeler mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamanın kamu yararına dayanılarak; anayasanın sözüne, ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve laiklik ilkesine uygun bir şekilde ölçülülük ilkesi gözetilmek suretiyle kanunla yapılması ve tüm bunlar yapılırken mülkiyet hakkının özüne de dokunulmaması şek-

<sup>14</sup> Mecelle md. 1192'de yer alan "Herkes mülkünde keyfe mâyeşa tasarruf eder" hükmünün klasik görüşün tipik bir yansıması olduğu yönünde bkz. Saymen ve Elbir, *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, 208.

<sup>15</sup> Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 172.

<sup>16</sup> Bununla birlikte TMK md. 683 hükmünde yer alan "hukuk düzeninin sınırları içinde" ifadesi ile mülkiyet hakkının, hak vasfı ortadan kalkmamış ve bu ifade onu bir görev ya da fonksiyon niteliğine de sokmamıştır. Hakkın, görev olarak kabul edilmesi halinde mülkiyetin (4753 sayılı mülga Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu'nda olduğu gibi) kamunun yararlanmasına sunulması söz konusu olur. Gerek 1961 ve gerekse 1982 Anayasası mülkiyete böyle bir rol atfetmemiştir; bkz. Saymen ve Elbir, *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, 209.

linde özetlenebilir<sup>17</sup>. Yine mülkiyet hakkının Anayasa Mahkemesi'nce tanımının da yapıldığı burada belirtilmelidir. Mahkeme mülkiyet hakkını, "Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hatta yok etme) olanağı veren bir haktır" şeklinde tanımlamak suretiyle özel hukukun mülkiyet hakkı anlayışına uygun bir yorum yapmıştır<sup>18</sup>.

Bu noktada mülkiyet hakkı konusunda AİHM tarafından benimsenmiş ve AYM tarafından da kabul gören üç kural prensibinden de bahsetmek gerekir. Bu prensibin pratik faydası, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin hangi tür bir müdahale olduğunun tespitine imkân sağlamasıdır<sup>19</sup>. Üç kural prensibinde öncelikle ikinci ve üçüncü kuralların, en son birinci kuralın dikkate alınması gerekmektedir<sup>20</sup>. Buna göre birinci kural mal ve mülkün dokunulmazlığı ilkesi olarak Ek Protokol 1/1'in birinci paragrafının ilk cümlesini (1982 AY. md. 35/I), ikinci kural mülkten mahrum bırakma şeklinde Ek Protokol 1/1'in birinci paragrafının ikinci cümlesini (1982 AY. md. 35/II) ve üçüncü kural da kullanımın kontrol edilmesi olarak Ek Protokol 1/1'in ikinci paragrafını (1982 AY. md. 35/III) altlamaktadır<sup>21</sup>. İkinci kural kişilerin mülkiyet haklarının hangi şartlarda sınırlanabileceğini ve kişilerin mülkünden mahrum bırakılabileceğini halleri hükme bağlamaktadır<sup>22</sup>. Üçüncü kural ise AİHS ile 1982 Anayasası md. 35 hükmünü ayırtırmaktadır. Zira 1982 Anayasası sınırlamanın kanuna dayanmasını ve kamu yararı amacını gütmesini şart koşarken, AİHM üçüncü kuralı içtihadı ilkelerin de hukukilik şartını sağlayabileceğini şeklinde yorumlamaktadır<sup>23</sup>. Sonuçta üçüncü kuralın mülkiyet hakkının kontrolü ile ilgili düzenlemeler yapılması noktasında devlete yetki verdiği görülmektedir<sup>24</sup>. Birinci kural ise genel nitelikte olup herkesin mülkiyet

<sup>17</sup> Kürşat Akça, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı 6, 3 (2015), 567- 578; Mehmet Akif Eteğü, *Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009), 171-188.

<sup>18</sup> AYM Kararı, Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/817, 19.12.2013, §32. Benzer olarak AYM Kararı, Necmiye Çiftçi ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/1301, 30.12.2014, §44; AYM Kararı, E. 1988/34, K. 1989/26, 21/6/1989; AYM Kararı, E. 2011/58, K. 2012/70, 17/5/2012.

<sup>19</sup> İsmail Emrah Perdecioğlu, *Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 139.

<sup>20</sup> Monica Carss-Frisk, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No.lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz* (Ankara: Avrupa Konseyi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005), 21.

<sup>21</sup> Carss-Frisk, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No.lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, 21.

<sup>22</sup> Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, §45.

<sup>23</sup> Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, §31.

<sup>24</sup> Necmiye Çiftçi ve Diğerleri Başvurusu, §48.

hakkına sahip olmasını ve bu hakka saygı duyulması gereğini ifade etmektedir. Birinci kural diğer iki kuralı tamamlayıcı bir fonksiyona sahip olması nedeniyle diğer iki kuralın kapsamına sokulamayan hallerde müdahalenin var olup olmadığının tespitine imkân tanımaktadır<sup>25</sup>.

## B. AİHS VE 1982 ANAYASASI'NIN MÜLKİYET ANLAYIŞININ ÖZEL HUKUK ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Kamu hukuku ve özel hukukun mülkiyet hakkına ilişkin yaklaşımlarını pozitif hukuk bağlamında temel olarak ortaya koyduktan sonra asıl önemli mesele, bu ikisi arasındaki bağlantının ne şekilde tesis edilmesi gerektiği noktasında toplanmaktadır. Temel sorun AİHS ve 1982 Anayasa'nın benimsediği mülkiyet hakkı anlayışının, medeni hukukun mülkiyet anlayışı ile kapsam itibarıyla uyumsuzluğundan kaynaklanmaktadır. Elbette mülkiyet hakkına ilişkin bu farklılığın özel hukuk anlamında ciddi sonuçlarının bulunacağı açıktır. Zira bu ayırım mülkiyet hakkının kapsamının genişletilmesi haricinde, AİHS ve 1982 Anayasası'nda ifadesini bulan özel hukuk kavramlarının yorumlanması ile de doğrudan ilgilidir. Bir başka ifadeyle mesele AİHS ve 1982 Anayasası'nda mülkiyet hakkının kapsam itibarıyla özel hukuktan çok daha geniş anlaşılması şeklinde değil, aynı zamanda mülkiyet hakkı gibi temel bir özel hukuk müessesesinin kamu hukuku bakış açısının etkisi altına girmesi ile de ilgilidir.

Burada ilk olarak anayasa hükümlerinin özel hukukta uygulama kabiliyetinin nasıl olacağı sorununun çözülmesi gerekmektedir. Sorunun temelinde anayasada düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin sadece devletle kişiler arasındaki ilişkilere değil (dikey etki), aynı zamanda kişiler arasındaki ilişkilere de (yatay etki) uygulama kabiliyetinin bulunup bulunmadığı meselesi yatmaktadır. Hemen belirtelim ki, mukayeseli hukuktaki farklı çözümlere karşın<sup>26</sup>, 1982 Anayasası bu sorunu md. 11 hükmü ile benimsemiş olduğu anayasanın üstünlüğü ya da bağlayıcılığı olarak ifade edilen ilke yoluyla çözmüş bulunmaktadır<sup>27</sup>. Bu düzenlemeyi

<sup>25</sup> Perdecioğlu, *Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, 124.

<sup>26</sup> Bu konuda kapsamlı bir mukayeseli hukuk etüdü için bkz. Zafer Gören, "Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi", *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar I, 11 Mayıs 2001* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2001), 5-22.

<sup>27</sup> Söz konusu hükmün dayanağını teşkil eden 1961 Anayasası md. 8'in gerekçesinde "Bu suretle Anayasa kaidelerinin sadece yasama organına hitap ettiği gibi yersiz iddialar önlenmekte, Anayasa hükümlerinin kurallar hiyerarşisindeki mevkiine işaret edilmektedir" ifadelerine yer verilmiştir; bkz. <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1961/1961-ilkhali/1961-sirasayisi.pdf>, 11, Erişim Tarihi: Mart 14, 2022. 1982 Anayasası'nın 11. Maddesinin gerekçesi ise "Anayasa sadece devlet iktidarını değil kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri Anayasaya uymak zorundadır ve yargı kuvveti gerektiğinde Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabilecekler" ifadeleri ile anayasa normlarının özel hukukta doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip olduğunun altı çizilmiştir; bkz. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gereğçeli*, (Ankara: TBMM, 2008, s. 15, <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Erişim Tarihi: Mart 14, 2022.

1982 Anayasası md. 138/I hükmü ile birlikte değerlendirdiğimizde ilk izlenim olarak anayasanın özel hukuk ilişkilerinde uygulama kabiliyetinin bulunduğu ve hatta hâkimin de bu hususu re'sen dikkate almakla yükümlü kıldığı sonucuna ulaşmaktayız. Hal böyle olmakla birlikte mezkûr hükmün uygulanma yöntemi ve doktrinde “anayasanın özel hukuka etkisi” olarak ifade edilen durumun tezahür biçimleri hususunda farklı görüşlerin bulunduğu görülmektedir.

Gören, anayasada düzenlenmiş pek çok temel hakkın başta TMK olmak üzere kanunlarda somutlaştırıldığını dolayısıyla özellikle de kanunlarla somutlaştırılmış mülkiyet hakkı ve sözleşme özgürlüğü gibi temel haklara ilişkin anayasa hükümlerinin özel hukukta uygulanmasının uygulamada sorunlara yol açmaya-cağı kanısındadır<sup>28</sup>. Yazara göre normlar hiyerarşisi içerisinde anayasanın diğer mevzuat hükümlerine mutlak üstünlüğü bulunduğundan, bir kanun hükmünün anayasa ile bağdaşmamasının onu batıl hale getireceği kuşkusuzdur<sup>29</sup>. Böyle bir durumda yapılan hukuki işlemin de mutlak ya da kısmi butlana tabi olması gerekecektir. Yine yazara göre bir sözleşmenin anayasaya aykırı olması durumunda o sözleşme TBK md. 27 hükmüne başvurmadan doğrudan doğruya 1982 AY. md. 11 hükmüne göre geçersiz olacaktır. Ayrıca her ne kadar TMK, TTK gibi kanunların temel haklara ilişkin öngördükleri hükümler anayasa hükümleri ile mutabık olsa da münferit bir normun yorumlanması bağlamında herhangi bir tereddüt halinde anayasanın mutlak üstünlüğünü kabul etmek gerekir<sup>30</sup>.

Tanör/Yüzbaşıoğlu'na göre anayasanın münhasıran dikey ilişkilerde değil, yatay ilişkilerde de uygulanması, özel hukuka ilişkin kanunlar üzerinde etkisinin olması kaçınılmaz olup, bunun üç temel yolu bulunur<sup>31</sup>. Bunlardan ilki anayasa-da hükme bağlanan temel hak ve özgürlüklerin; özel hukuka ilişkin kanunlarda (mülkiyet ve miras gibi hakların TMK'da, sözleşme özgürlüğü gibi hakların da TBK ve TTK'da hükme bağlanması gibi) somutlaşmasıdır<sup>32</sup>. İkincisi anayasa hükümlerinin özel hukuk işlemlerine doğrudan doğruya uygulanabilmesidir ki yazarlar buna da 1961 Anayasası'nda hükme bağlanan grev hakkının kanunen düzenlenmemesine rağmen hizmet akitlerinin feshi imkanını ortadan kaldırmasını örnek göstermişlerdir. Üçüncü yol ise dolaylı etki ya da anayasaya uygun yorum ilkesi olarak da adlandırılmakta ve özel hukuk kurallarının yorumlanmasında ve özellikle de kanun boşluklarının doldurulmasında anayasaya uygunluğun bir ölçüt olarak kabul edilmesidir<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi”, 30 vd.

<sup>29</sup> Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi”, 31.

<sup>30</sup> Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi”, 32.

<sup>31</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2018), 133.

<sup>32</sup> Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, 133.

<sup>33</sup> Yazarlar bu konuda Yargıtay'ın 18.11.1964 ve 2/4 sayılı içtihadı birleştirme kararını örnek göstermektedir; bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, 134, dn. 133.

Hatemi, özel hukukçuların anayasadan istifade konusunda temkinli olmalarının nedeninin İsviçre hukukunda geçerli olan temel hakların yatay olarak uygulanamayacağı konusundaki klasik özel hukuk görüşünden kaynaklandığı ancak 1961 AY md. 8 (1982 AY md. 11) hükmü karşısında kişiler arası hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyumsuzluklarda da anayasanın bağlayıcılığının dikkate alınması gerektiği kanaatinde<sup>34</sup>. Yazara göre Anayasa md. 11 hükmünün en önemli özelliği hâkimi anayasaya uygun yorum yapmakla yükümlü kılmasıdır<sup>35</sup>. Bu anlamda hâkim MK md. 1 uyarınca hukuk yaratırken anayasaya aykırı hareket edemeyeceği gibi MK md. 4 uyarınca takdir yetkisini kullanırken de anayasaya uygun hareket etmek zorundadır<sup>36</sup>.

Buna karşılık Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı'nın birlikte kaleme aldığı daha yeni tarihli bir başka eserde oldukça farklı görüşlere yer verilmiştir<sup>37</sup>. Bu eserde yazarlar anayasanın özel hukukta doğrudan doğruya değil dolaylı olarak uygulanabileceğini savunmuşlardır. Yazarlara göre hâkim, özel hukukta yer alan dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağı, ahlaka aykırılık gibi birtakım çerçeve normları yorumlarken anayasanın temel hak ve özgürlükler penceresinden olaya yaklaşabilir<sup>38</sup>. Yazarlar bu konuda ölçülülük ilkesinin hakkaniyete uygun çözümler için önemli bir araç olabileceği kanaatinde<sup>39</sup>. Yazarlar, İsviçre Federal Mahkemesi'nin anayasanın temel hak ve hürriyetlerle ilgili hükümlerinin özel hukuka ilişkin tasarruflarda bulunmaya elverişli olamayabileceği ve aynı zamanda özel hukuk ilişkilerinin de anayasa normları olmadan da hukuki sonuç doğurabileceği şeklindeki görüşünün altını çizmişlerdir<sup>40</sup>.

Hirsch ise konuyla ilgili olarak kaleme aldığı makalesinde anayasanın özel hukuk ilişkilerine doğrudan doğruya uygulanması düşüncesinin klasik kamu hukuku öğretisine aykırılığı gerçeği karşısında, 1961 Anayasası md. 8 (1982 Anayasası md. 11) hükmü ile kabul edilen anayasanın üstünlüğü ilkesinin dünya anayasaları arasında müstesna bir örnek teşkil ettiğinin altını çizmiştir<sup>41</sup>. Yazara göre bu hüküm karşısında sadece özel hukuka ilişkin kanunların değil, örf ve âdet hükümlerinin de anayasaya aykırı oldukları oranda TBK md. 27 hükmüne tabi olmaları gerekir<sup>42</sup>. Aynı durum hâkimin TMK md. 1 uyarınca kanun boşluklarını

<sup>34</sup> Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976), 48 vd.

<sup>35</sup> Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, 49, dn. 20.

<sup>36</sup> Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, 50, dn. 20.

<sup>37</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 503 vd.

<sup>38</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*, 504.

<sup>39</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*, 504, dn. 4.

<sup>40</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*, 504, dn. 4.

<sup>41</sup> Hirsch, "Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri", *Birinci Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğler* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1972), 6.

<sup>42</sup> Hirsch, "Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri", 7.



doldurması esnasında da cari olmalıdır. Anayasanın üstünlüğü ilkesi aynı zamanda akdi münasebetlerinin de anayasaya aykırı olamaması sonucunu doğurur<sup>43</sup>. Yazar bu konuda “anayasa ile bağdaşmayan her hukuk kuralı, her özel hukuk işlemi batıldır” şeklinde düşüncesini ortaya koymuştur<sup>44</sup>.

Kaneti<sup>45</sup>, özel hukukun üzerinde anayasanın; özel hukuk kurallarının anayasaya uygun bir surette yorumlanması<sup>46</sup>, özel hukuktaki boşlukların anayasaya uygun bir şekilde doldurulması<sup>47</sup>, anayasaya aykırı özel hukuk kurallarının iptal edilmesi<sup>48</sup> ve anayasa normlarının doğrudan doğruya özel hukuka uygulanması şeklinde temelde dört etkisinin olabileceğini savunmuştur. Kaneti özel hukukta temel hak ve hürriyetlerle ilgili düzenlemelerin anayasa hükümleriyle zaten uyumlu olması nedeniyle anayasa normlarının özel hukukta doğrudan doğruya uygulanmasına ilişkin tartışmanın teorik düzeyde kaldığını ancak aksi hallerin varlığı durumunda dahi her halükârda anayasanın doğrudan doğruya özel hukuka uygulanabileceğini savunmuştur<sup>49</sup>.

<sup>43</sup> Hirsch, “Anayasa’nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”, 12.

<sup>44</sup> Hirsch, “Anayasa’nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”, 13. Atar, bu tip durumlarda TBK md. 27 (818 Sayılı BK md. 19-20) hükümlerinin uygulanmasını eleştirmiştir. Yazara göre, mahiyeti gereği yatay ilişkilere (özel hukuk ilişkilerine) uygulanması imkân dahilinde olan anayasa normları objektif norm hüviyetinde olup, doğrudan doğruya uygulanabilirler. Bir başka ifadeyle TBK md. 27 gibi vasıtalara ihtiyaçları bulunmaz; Yavuz Atar, “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa md. 11)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, S: 2 (1989), 208.

<sup>45</sup> Selim Kaneti, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi* 6, (1989), 20.

<sup>46</sup> Örnek olarak Anayasa Mahkemesi’nin şu kararlarına bakılabilir: AYM Kararı, 67/22, 28.4.1970; AYM Kararı, 174/115, 20.5.1963; AYM Kararı, 82/3, 6.5.1982; AYM Kararı, 38/34, 12.6.1969; AYM Kararı, E. 2000/17, K. 2002/46, 7.5.2002; AYM Kararı, 8/10, 20.9.1984; AYM Kararı, E. 11988/63, K. 1989/47, 28.11.1989. Bu kararların tetkiki için bkz. Kaneti, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, 21-24; Oya Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 159-167; Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi”, 24.

<sup>47</sup> Kaneti bu duruma 18.11.1964 tarihli ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nı örnek göstermiştir; bkz. Kaneti, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, 33. Bu karar 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un madde 2 ve 3 hükümlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptaline ilişkin 31.5.1963 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan, 26.3.1963 tarihli 3/67 sayılı kararından sonra oluşan boşluğun doldurulması hususunda verilmiştir. Söz konusu Yargıtay kararında yer alan “Böyle bir görüş, Anayasaya aykırılığı, Anayasa Mahkemesince kabul edilmiş bir hukuki durumu devam ettirmek sonucunu doğurur ki, bu hal Anayasaya aykırı düşer” ifadesi kanun boşluğunun anayasa uygun şekilde doldurulmanın gereğini net olarak ortaya koymuştur; bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ictihatlaribirlestirme-hgk-e-1964-2-k-1964-4-t-18-11-1964>, Erişim Tarihi: Mart 20, 2022.

<sup>48</sup> Anayasa Mahkemesi’nin özel hukuka ilişkin olarak gerçekleştirdiği norm denetimi sonucunda verdiği bazı iptal ve red kararları için bkz. Kaneti, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, 24-31; Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, 140-159; Ahmet Battal, “Anayasa Mahkemesi’nin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar I*, 11 Mayıs 2001 (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2001), 57-86.

<sup>49</sup> Kaneti, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, 34 vd.

Anayasanın özel hukuk ilişkilerine doğrudan doğruya uygulanmasına konusu- na henüz kanuni bir düzenleme bulunmamasına rağmen, 1961 Anayasası'nda grev hakkının hükme bağlanması nedeniyle grev nedeniyle iş akdinin feshi imkanının bulunmadığına dair yorum örnek gösterilmektedir<sup>50</sup>. Ancak anayasanın mutlak etki etmesi olarak ifade edebileceğimiz anayasanın özel hukukta doğrudan uygulan- ması meselesine doktrinde bazı yazarlar ihtiyatla yaklaşmaktadır. Gerçekten de Gözler'e göre her ne kadar, anayasanın bağlayıcılığı ilkesi onun doğrudan doğruya uygulanmasını gerektirse de eğer uygulanacak anayasa hükmü ile kanun hükmü birbiri ile çatışıyor ise, Türk hukuk sisteminde kanunların anayasaya uygunluk denetiminin Anayasa Mahkemesi eliyle gerçekleştirilebiliyor olması gerçeği kar- şısında hâkimin, anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü kanun hakkında Anaya- sa Mahkemesi'ne başvurmaktan başka yolu bulunmaz<sup>51</sup>. Yazara göre, bir hâkimin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmedikçe bir kanunu uygulamama gibi bir yetkisi yoktur<sup>52</sup>. Yine Boyar, böyle bir durumun özel hukukun temel kavramlarının anayasal değerlerle doldurulması sonucunu doğurup özel hukukun özerkliğinin de bundan etkileneceğini ifade etmiştir<sup>53</sup>. Burada hukuk hakiminin yapması gereken anayasanın değerler anlayışını özel hukukun felsefesiyle kaynaştırmaktır<sup>54</sup>. Yazara göre önüne gelen uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk kuralının anayasaya aykırı ol- duğunu düşünen hâkimin yapması gereken, bu meseleyi Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirmektir<sup>55</sup>. Boyar ayrıca, anayasanın özel hukuka doğrudan uygulanma- sının bir başka yolu olan bireysel başvuru yolunun da Anayasa Mahkemesi'ni fiili temyiz mahkemesi haline getirebileceğini savunmaktadır. Ancak yazar Anayasa Mahkemesi'nin bu fiili durumu kabul ettiğinin de altını çizmiştir<sup>56</sup>. Bir başka ana- yasa hukukçusu Gören ise, genel mahkemelerin somut olayın özel bir kanunla dü- zenlenmemesi ya da anayasanın konuyu ayrıntılı olarak hükme bağladığı normuna aykırı olan bir kanun mevzu bahis olduğunda anayasayı doğrudan uygulaması, bu- nun haricinde Anayasa Mahkemesi'ne başvurması gerektiğini savunmuştur<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, 134; Gören, "Temel Hak- ların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi", 27; Kemal Göz- ler, *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2018), 257.

<sup>51</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 256.

<sup>52</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 256.

<sup>53</sup> Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, 88.

<sup>54</sup> Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, 88.

<sup>55</sup> Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, 89.

<sup>56</sup> Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, 168. Yazar bu görüşüne dayanak olarak Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye Emekliler Derneği bireysel başvurusuna ilişkin olarak verdiği 17.7.2014 tarihli ve 2012/1035 sayılı başvurudaki "ulusal mahkemelerin de iç hukuku yorumlarken AİHM'nin yorum- ladığı şekliyle Sözleşmeye en uygun yorumu tercih etmeleri gerektiği" ve "bireylerin mülkiyet hakkının korunması için etkili iç hukuk yolları ihdas ederek yapılan müdahalelere karşı özellikle mahkemelere başvurmak suretiyle koruma talep edebilmelerini sağlaması ve yapılacak yargıla- malarda özel kişilerin çatışan hakları arasında tercih yaparken mahkemelerde anayasal yorumla temel hakların korunması gerekmektedir" şeklindeki ifadelerini örnek göstermiştir.

<sup>57</sup> Gören, "Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi", 32.

Kanaatimizce anayasanın doğrudan uygulanmasında hukuk hakimine atfedilen rolün anayasaya aykırı uygulamaları meşrulaştırmak amacıyla yorumlanmaması gerekir. Gerçekten de her şeyden önce hukuk kurallarının hukuk hâkimi tarafından TBK md. 27 hükmü uyarınca batıl addedilmesi gerektiği şeklindeki görüş hukuk hakiminin, Anayasa Mahkemesi hakimine dönüşmesine sebebiyet verir ki, böyle bir durum 1982 Anayasası md. 148 hükmü karşısında kabul edilemez. Ayrıca özel hukukta yer alan temel haklara ilişkin hükümler esasen anayasanın öngördüğü temel hak ve özgürlükler düzenine aykırı olmadığı gibi, aksine onu destekleyici ve somutlaştırıcı niteliktedir. Yine TBK md. 27 hükmünü de anayasaya aykırı kanunun değil; içinde anayasa ve kanunların bulunduğu normlar düzenine aykırılığın batıl addedilmesi şeklinde anlamak gerekir. Nitekim 1982 Anayasası md. 11 hükmünün kaynağını teşkil eden 1961 Anayasası md. 8'in Temsilciler Meclisi tasarısında yer alan "doğrudan doğruya uygulanması gereken temel hukuk kurallarıdır" ibaresi, sonradan metinden çıkarılmış ve anayasal bir nitelik kazanamamıştır<sup>58</sup>. Bu nedenle hukuk hâkimi, önüne gelen olayda uygulanacak hukuk kuralının anayasaya aykırı olduğu kanaatinde ise, yapması gereken 1982 AY. md. 152 hükmü doğrultusunda hareket etmekten ibarettir. Yoksa söz konusu kanun hükmünün anayasaya aykırı olması nedeniyle batıl olduğuna karar vermek ya da uygulamaktan imtina etmek gibi bir durum mevzu bahis olamaz.

Buna karşılık bireysel başvuru yolunda anayasanın özel hukukta doğrudan doğruya uygulanması söz konusu olabilir. Hatta bireysel başvuru yolunun en önemli özelliği kanaatimizce anayasanın özel hukuk ilişkilerine doğrudan doğruya uygulanmasına olanak vermesidir. Bu yönüyle bireysel başvuru yolunu anayasa ile özel hukuk arasında köprü vazifesi gördüğü de söylenebilir. Ayrıca bireysel başvuruların bizzat Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanması nedeniyle, 1982 AY. md. 148 hükmüne aykırı olduğu da iddia edilemeyecektir<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Ömer İzgi ve Zafer Gören, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Yorumu, Cilt: 1* (Ankara: TBMM Yayını, 2002), 161.

<sup>59</sup> Peki acaba bireysel başvuruya konu bir hususu incelediği esnada Anayasa Mahkemesi, olaya uygulanan kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğu kanısına varırsa, kendisi bu kanunu, iptal davasına konu edip, bireysel başvuruyu iptal davası sonuçlanana kadar bekletici mesele yapabilir mi? Kanaatimizce bu husus bireysel başvurunun hukuki niteliği ile doğrudan ilgilidir. Zira 1982 AY. md. 152 uyarınca anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmek için öncelikle ortada bir mahkeme daha sonra da bir dava bulunması şarttır. Gözler, *Anayasa Mahkemesi'nin, siyasi parti kapatma davaları ile mahkemenin yüce divan sıfatıyla gördüğü işlerde kendisini bir mahkeme olarak kabul ettiğini ifade etmiştir*; bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2013), 429. Bu durumda mahkemenin, bireysel başvuru yolu söz konusu olduğunda kendisini mahkeme olarak görüp görmediği öncelikli sorun olacaktır. Bu kabul edilirse, ikinci mesele karşımıza çıkar ki, bu da bireysel başvurunun bir dava olup olmadığı sorunun çözümünü gerektirir. Ancak bireysel başvurunun bir dava olup olmadığı da tartışmalıdır; bu konudaki tartışmalar için bkz. Süleyman Burak Gündoğdu, *Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 14-33. Doktrinde genel kabul gören görüş bireysel başvurunun bir dava olmadığı şeklindedir; bkz. Hakan Pekcanitez, "Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Medenî Yargıya Etkisi", *Anayasa Yargısı* 35, (2018), 75-76; Cansu Korkmaz, "Anayasa

Buraya kadar anayasanın özel hukuk ilişkilerine uygulanması hususunda cereyan eden tartışmalara değinilmiştir. Anayasanın mülkiyet hakkı üzerindeki etkisi konusunda ikinci aşamada karşımıza çıkan bir başka sorun daha bulunmaktadır. Sorun mülkiyet hakkının kapsam olarak 1982 Anayasası ve AİHS tarafından oldukça farklı düzenlenmiş bulunması nedeniyle anayasada ifadesini bulan özel hukuk kavramlarının Anayasa Mahkemesi tarafından nasıl yorumlanacağı ve özellikle de bu kavramların muhteva ve kapsamı itibarıyla özel hukuktaki hükümlerle bağlantısının nasıl tesis edileceği noktasında toplanmaktadır.

Battal, Anayasa Mahkemesi'nin sözleşme özgürlüğünün sınırlanması konusundaki kararlarını incelediği çalışmasında, sözleşme özgürlüğü özelinde mahkemenin özel hukuk kurumlarına bakış açısına dair birtakım tespitlerde bulunmuştur<sup>60</sup>. Yazarın tespitlerine göre Anayasa Mahkemesi, sözleşme özgürlüğü konusundaki kararlarında kavramı irdelemektense kısaca bahsetme yolunu seçmiştir. Yine Battal'a göre Anayasa Mahkemesi, konuyla ilgili kararlarında sözleşme özgürlüğünü kamu hukuku açısından ele almış, kavramı kamu hukuku kavramlarının penceresinden değerlendirmiş ve özel hukuk alanındaki temel ilkelerden pek az istifade etmiştir. Nitekim yazarın bu tespitlerde bulunduğu sempozyumda, Anayasa Mahkemesi'nin özel hukuk kavramlarına bakış açısı ile ilgili olarak bir dönem Anayasa Mahkemesi üyeliği yapmış olan Fulya Kantarcıoğlu da "Anayasa Mahkemesi'nin uğraşı alanı zaten kamu hukuku, yani Anayasa Mahkemesi bir olaya elbetteki kamu hukuku bakış açısıyla bakacak özel hukukla bakması zaten mümkün değil; ama bunun için söylüyorum. Anayasa yargısını ilgilendirdiği ölçüde özel hukuk kurallarını da Anayasa Mahkemesi kullanmakta" şeklinde bir düşünce ortaya koymuştur<sup>61</sup>. Anayasa hukukçusu Boyar ise özel hukuk kavramlarının tarihinin anayasa hukukuna nazaran çok daha köklü olması nedeniyle anayasanın özel hukuktan etkilenmemesinin mümkün olamayacağını ancak bu etkinin kavramın aynen iktibas ya da anayasanın mahiyetine uygun yorumlanmak suretiyle dönüşüme uğratarak uygulanması şeklinde zuhur edebileceği ka-

---

Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Sonucunda Verdiği Kararların Medeni Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 3 (2017), 220-223. Aydın ise bireysel başvuru yolunu olağanüstü bir hukuki çare olmakla beraber, bir dava türü olarak da nitelendirmiştir; bkz. Öykü Didem Aydın, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XV, 4 (2011), 125. Şu durumda eğer bireysel başvuru yolu bir dava olarak kabul edilirse, bireysel başvurunun görülmesi aşamasında bir kanunun anayasaya aykırı olduğu kanısına varan Anayasa Mahkemesi'nin meseleyi somut norm denetimi konusu yapması gerekecek; yok eğer bireysel başvuru yolu sui generis bir hukuki çare olarak kabul edilirse, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru ile önüne gelen olayda bir kanunun anayasaya aykırı olduğunu görse bile hareketsiz kalacak ve bireysel başvuruya ilişkin kararında bu duruma da işaret edecektir. Ancak bu ikinci durumun işin doğasına aykırı olduğu da açıktır.

<sup>60</sup> Battal, "Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları", 87.

<sup>61</sup> Bkz. *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar I*, 11 Mayıs 2001 (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2001), 90-91.

naatindedir<sup>62</sup>. Yazara göre anayasaya uygunluk denetiminde bulunurken Anayasa Mahkemesinin kamu hukuku- özel hukuk ayrımını göz ardı etmesi gerekir<sup>63</sup>. Zira böyle bir ayrımın anayasa hukukunda etki göstermesi, hukukun siyasi anlamda bölünmesine sebebiyet verebilecektir<sup>64</sup>. Boyar'a göre bir anayasa mahkemesi hakiminin özel hukuk kurumlarının denetimi, anayasanın çizdiği sınırlamalara uyulup uyulmadığı noktasında olmalıdır<sup>65</sup>. Kaboğlu ise, anayasanın sadece kamu hukuku değil, özel hukuk ilişkileri üzerinde de derin etkileri olabileceğini ve bunun da sadece anayasada yer alan hükümler yoluyla değil, aynı zamanda Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı yorumlarla özel hukuku "yönlendirmesi, şekillendirmesi ve dönüşüme uğratması" şeklinde de gerçekleşebileceği düşüncesindedir<sup>66</sup>.

Tüm bu meseleleri mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirdiğimizde çözmemiz gereken temel sorunun mülkiyet hakkına ilişkin anayasa hükümleri ile kanun hükümleri arasındaki bağlantının nasıl tesis edileceği noktasında toplandığı anlaşılmaktadır. Bu hususta Başpınar kesin surette özel hukuk hükümlerinin esas alınması gerektiğini açık yüreklilikle savunmuştur. Gerçekten Başpınar "anayasa hukuku anlamında mülkiyet- özel hukuk anlamında mülkiyet" ayrımı ve bu ayrımı savunanlarca ileri sürülen anayasa hukuku anlamında mülkiyet hakkının, özel hukuktaki mülkiyet hakkından kapsam olarak daha geniş olması nedeniyle, mülkiyet hakkının korunma sahasının bu yeni sistemde daha etkili olduğu şeklindeki düşünceleri kabul etmemekte ve şiddetle eleştirmektedir<sup>67</sup>. Yazara göre böyle bir ayrım hukuk sisteminin bütünlüğü ilkesine tamamen aykırı olduğu gibi, mülkiyet hakkı da zaten tarihi perspektiften bakıldığında bir özel hukuk kurumudur. Bu hakkın birden fazla hukuk alanını ilgilendiriyor olmasının, onun köklerinden koparılabileceği ve temel ilkelerinin yozlaştırılabileceği anlamına gelmemesi gerekir. Başpınar, bu hakkı kendisi yapan bütün özelliklerin özel hukuk alanında mevcut bulunmasına rağmen, anayasa hukuku anlamında yeni bir mülkiyet anlayışı tesis edilmesine çalışılmasının ardında; mülkiyet hakkının bünyesinde barındırdığı yetkilerin yanına pek çok ödevi de dahil etme çabasının yattığı kanaatindedir. Başpınar ayrıca, anayasa hukukunda mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamaların bir sınırı olduğu (1982 AY. md. 2, 13) ve bu sınırlamaların hakkın özel hukuka ait olma niteliğini değiştiremeyeceği gerçeği karşısında, söz konusu düşüncelerin aynı zamanda mülkiyet hakkının asliliğine de aykırılık arz edeceğinin altını çizmiştir. Yazara göre malikin kanunun çizdiği sınırlar dahilinde mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini dilediği gibi kullanma hakkına engel olunamamalıdır.

<sup>62</sup> Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, 97.

<sup>63</sup> Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, 129.

<sup>64</sup> Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, 130.

<sup>65</sup> Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, 135.

<sup>66</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (İstanbul: Legal Yayınevi, 2011), 45.

<sup>67</sup> Yazarın bu konudaki eleştirileri için bkz. Başpınar, *Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler*, 102.

Bu noktada Sirmen'in de birtakım tespitlerde bulunduğunu görüyoruz<sup>68</sup>. Gerçekten de Sirmen'e göre her ne kadar 1982 Anayasası mülkiyet hakkını yer itibarıyla kişinin hak ve ödevleri kısmında düzenlense de özü itibarıyla ona sosyal bir fonksiyon da addetmiştir. Bu haliyle mülkiyet hakkı bulunduğu yer bakımından şahsi bir karakter arz etse de malikini birtakım ödevlerle yükümlü kıldığı için sosyal bir hak vasfını da haizdir. Anayasanın böyle bir durumunu medeni kanunun gözetmemesi ve ona aykırı bir düzenlemede bulunması düşünülemez. Nitekim kanun koyucu da, TMK md. 683 hükmünde yer alan "hukuk düzeninin sınırları içinde" ifadesi ile kanunun anayasa ile bağlantısını tesis etmiştir. Yazar ayrıca medeni kanundaki mülkiyet kavramının, anayasanın kabul ettiği modern mülkiyet anlayışı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinin de altını çizmiştir. Bu nedenle yazara göre mülkiyet hakkına ilişkin medeni kanundaki hükümlerin, klasik görüşe göre değerlendirilmesi halinde bir anayasa aykırılık sorunu ile karşı karşıya kalılabilecektir (1982 AY. md. 11/II)<sup>69</sup>. Mülkiyet hakkının kapsamı bakımından yaptığı değerlendirmede ise yazar AİHS bağlamında sorunu irdelemiş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkı anlayışının ulusal hukuklardan çok önemli farklılıklarının bulunduğunu, mahkemenin kararlarının Yargıtay'ı da etkilediğini ve Yargıtay'ın pek çok kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkına ilişkin kararlarına atıfta bulunduğunu ifade etmiştir<sup>70</sup>. Yine yazara göre Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu da AİHS'ni destekler mahiyettedir<sup>71</sup>.

Sorunu farklı bir boyuttan ele alan Serozan Türk, İsviçre ve Alman hukuklarının mülkiyet anlayışının erken kapitalizm evresine ait dar kalıplı bir mülkiyet anlayışının ürünü olduğunu belirtmiştir<sup>72</sup>. Yazar toplumsal yapıdaki gelişmelere paralel olarak bu anlayışın değişebileceği ve hatta nisbi alacak haklarının da mülkiyet kapsamında ele alınabileceğini savunmuştur<sup>73</sup>. Yazarın 1982 yılında kaleme aldığı makalesinde bugünleri gördüğü söylenebilir. Bertan da mülkiyet hakkını geniş ve dar anlamda olmak üzere ikiye ayırmıştır<sup>74</sup>. Yazara göre mülkiyet hakkının anayasada düzenlenmesi sosyal rolünden kaynaklanmakta olup anayasal anlamda mülkiyet bu nedenle geniş anlamda mülkiyet olarak ifade edilebilir. Mameleki bir boyutunun olması nedeniyle onun diğer haklardan ayırt edilebilmesi ise dar anlamda mülkiyet olarak medeni kanunda yer almasını gerektirir.

Son olarak Hirsch'in bizimde katıldığımız görüşlerine gelince; aslında yazarın "bütün mevzuata Anayasa rengi ile boyanmış bir gözlükle bakılmalıdır" şeklinde-

<sup>68</sup> Yazarın görüşleri için bkz. Sirmen, s. 230.

<sup>69</sup> Sirmen, *Eşya Hukuku*, 230.

<sup>70</sup> Sirmen, *Eşya Hukuku*, 233 vd.

<sup>71</sup> Sirmen, *Eşya Hukuku*, 236.

<sup>72</sup> Rona Serozan, "Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları", *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan I*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982), 246.

<sup>73</sup> Serozan, "Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları", 247.

<sup>74</sup> Bertan, *Aynı Haklar*, 46.

ki ifadeleri görüşünü de açıkça ihtiva etmektedir<sup>75</sup>. Bu minvalde yazar, anayasanın mutlak üstünlüğü ilkesi karşısında özel hukuk alanındaki mevzuatın ve hukuki işlemlerin anayasa izin verdiği derecede hukuki sonuçlarının olabileceği kanısındadır. Dolayısıyla TMK'nın başlangıç hükümleri de dahil olmak üzere özel hukukla ilgili tüm kurallarının ve hukuk terimlerinin anayasaya uygun yorumlanması şarttır. Yazar bu konuda mülkiyet hakkını örnek göstermiş ve mülkiyet hakkına ilişkin bir tanımın sosyal devlet ilkesini mutlaka uhdesinde barındırması gerektiğini savunmuştur<sup>76</sup>.

### C. AİHS VE 1982 ANAYASASI'NIN MÜLK ANLAYIŞI BAĞLAMINDA TİCARİ NİTELİKLİ MÜLKİYET KAVRAMI VE TİCARİ NİTELİKLİ MÜLKİYET HAKKININ KAPSAMI

Mülk olarak kabul edilebilecek değerler konusunda Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımlarının özdeş olduğu görülmektedir<sup>77</sup>. Zira gerek anayasal bakımdan ve gerekse AİHS bakımından mülkiyet hakkının kapsamı, medeni hukukun mülkiyet kavramında ifade olunan kapsamından çok daha geniş bir alanı içermekte ve söz konusu alan neredeyse malvarlığı/mamelek kavramı ile uyuşmaktadır<sup>78</sup>. Bu nedenle AİHS VE 1982 Anayasası'nın mülk kavramının özerk bir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir<sup>79</sup>. Buna göre her şeyden evvel bir şeyin AİHS ek protokol 1/1 ve 1982 AY. md. 35 uyarınca mülk olarak kabul edilebilmesi için iktisadi anlamda kendisine bir değer atfedilebilmesi bir başka söyleyişle parayla ölçülebilir olması ve bunun da çok az olmayıp, belli bir miktarın üzerinde bulunması şarttır<sup>80</sup>. Keza o şeyin özel mülkiyete konu edilebiliyor olması da gerekmektedir<sup>81</sup>. Yine özel mülkiyete konu edilebilen bu iktisadi kıymetin halen

<sup>75</sup> Hirsch, "Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri", 13.

<sup>76</sup> Hirsch, "Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri", 13.

<sup>77</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi Emiroğlu kararında "Sahip olunan şey kavramı, AİHS ve Anayasadaki düzenlenmeler açısından özerk bir kavram olarak ele alınıp değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bu konudaki değerlendirmeler gerek AİHM ve gerekse Anayasa Mahkemesi tarafından mevzuattan bağımsız olarak değerlendirilmektedir" ifadelerine yer vermek suretiyle bu hususu teyit etmiştir; bkz. AYM Kararı, Selçuk Emiroğlu Başvurusu, Başvuru No: 2013/5660, 20.03.2014, §27. Bu karara ilişkin kısa bir değerlendirme için bkz. Akça, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı", 581.

<sup>78</sup> H. Burak Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6* (Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, 2018), 34.

<sup>79</sup> David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates ve Carla Buckley, Carla, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev.: Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan (Ankara: Oxford University Press, Avrupa Konseyi, 2013), 678; Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt (Ankara: Avrupa Konseyi, Yargıtay, 2013), 652; A. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), 418.

<sup>80</sup> H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı* (İstanbul: Beta Yayınları, 2009), 179 -195; Gani Kamışlı, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Uyuşmazlıkları* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 116-117; Sibel İnceoğlu, editör, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, (Ankara: Avrupa Konseyi 2013), 499.

<sup>81</sup> Kamışlı, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Uyuşmazlıkları*, 120- 122 ve orada zikredilen AİHM kararları.

güncel bir menfaat olması da lazımdır<sup>82</sup>. Buna karşılık meşru beklentilerin mülk olarak kabul edilebilmesi için kanuni bir düzenleme, mahkeme kararı ya da hukuki işleme dayanması bir başka ifadeyle somutlaşabilmesi gibi bazı şartların mevcudiyetine bakılır<sup>83</sup>. AİHS ek protokol 1 md. 1 anlamında mülkiyet hakkının kapsamına giren değerleri maddi, gayri maddi değerler ile miras hakkı şeklinde üç temel başlık altında sınıflandırmak mümkündür<sup>84</sup>. Buna göre taşınmaz mallar ile taşınır mallar mülkiyet hakkının kapsamında kabul edilen maddi değerleri ifade etmektedir. Taşınır mallar arasına giren değerlere para ve diğer sikkeler ile mücevherat; motorlu araç, gemi ve uçak gibi özel sicile kayıtlı taşınırlar; hisse senedi, menkul kıymet ve kıymetli evrak; hayvanlar ve hukukun özel mülkiyete imkân tanınması halinde enerji ve doğal güçler örnek olarak gösterilebilir<sup>85</sup>. Gayri maddi değerler olarak ise eser sahibinin hakları, patent, marka, siber mülkiyet (sanal mülkiyet) mülkiyet hakkının kapsamında görülmektedir<sup>86</sup>. Hemen belirtelim ki, AİHS ek protokol 1/1 kapsamına giren bazı gayri maddi değerler ticaret hukuku açısından oldukça önem taşımaktadır. Bunların başında ticari itibar ve müşteri çevresi gelmektedir. Keza mesleki unvan ve benzeri nitelikte ayrıcalıklı statüler de mülkiyet hakkı kapsamında mütalaa edilmektedir<sup>87</sup>. Bu noktada kamu hizmeti görülüp görülmediğine de bakılmaksızın mesleki ve ticari itibarın mülkiyet hakkı kapsamında olduğunu ve bunun bir ticari işletme ile bağlantısı olmasının gerekli olmadığını da belirtmek gerekir<sup>88</sup>. Ruhsat ve izinler ise ancak bir ticari işletmenin işletilmesi ile ilgili olduğu oranda goodwill olarak kabul edilip mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir<sup>89</sup>. Ayrıca bir ticari işletmenin davasız ve aralıksız olarak yürüttüğü faaliyetler bakımından müşteri çevresinin de mülkiyet hakkı kapsamında kabul edilmesi mümkündür<sup>90</sup>. Kendisine iktisadi bir değer atfedilebilmesinden ötürü know-how (teknik

<sup>82</sup> Harris, O'Boyle, Bates ve Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 677; Kamişlı, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Uyuşmazlıkları*, 77; Gözübüyük ve Gölçüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 418.

<sup>83</sup> Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 655.

<sup>84</sup> Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 230.

<sup>85</sup> Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 242- 285; Kamişlı, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Uyuşmazlıkları*, 125- 143.

<sup>86</sup> Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 286- 347; Kamişlı, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Uyuşmazlıkları*, 143- 153.

<sup>87</sup> Kamişlı, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Uyuşmazlıkları*, 157- 165 ve orada zikredilen AİHM kararları.

<sup>88</sup> Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 357 vd.

<sup>89</sup> Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 362. Bu konuda ruhsat ve izinlerin iptal edilmesi halinde ticari faaliyetlerin sona erebileceği ve işletmenin kapanabileceği hususu önem taşımaktadır. Alkollü içki satma ruhsatı, maden işletme ruhsatı, sürücü kursu ruhsatı, gümrüksüz satış mağazası ve barı açma ve işletme izni, bankacılık ruhsatı, dolmuş hattı işletme ruhsatı konusunda AİHM kararları için bkz. Kamişlı, s. 175- 178; İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, 501; Carss-Frisk, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No.lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, 15; Etgü, *Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı*, 211.

<sup>90</sup> Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 368; Carss-Frisk, s. 14; Etgü, s. 208.



bilgi) da mülkiyet hakkı kapsamında telakki edilebilse de aynı durum ticari sınırlar bakımından kabul edilmemekte olup, bunlar AİHS md. 8 hükmünde ifadesini bulan özel hayata saygı kapsamında incelenmektedir<sup>91</sup>. Gayri maddi değerler kapsamında kabul edilen bir diğer grup ise özel hukuk haklarıdır. Bunlar da mevcut, icrası kabil olması ve şarta bağlı bulunmaması koşuluyla alacak hakları; devir ve intikal kabiliyetinin mevcut olup olmadığına bakılmaksızın irtifak hakları ve kiracılık hakları olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>92</sup>. Son olarak miras hakkı da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken bir malvarlığı hakkı olarak kabul edilmektedir. Tüm bu açıklamalarımızdan da anlaşıldığı üzere 1982 Anayasası md. 35 ve AİHS Ek Protokol 1/1 tarafından öngörülen mülk kavramı, özel hukukun klasik mülkiyet anlayışının benimsediği kapsamın oldukça ötesindedir. Bu nedenle Dinç, kapsama alanı böylesine geniş bir konuyu “mülkiyet hakkı” kavramı ile altlamanın mümkün olmadığını belirterek, “malvarlığı hakları” ifadesinin kullanılmasını önermiştir<sup>93</sup>.

AİHS Ek Protokol 1/1’de ifadesini bulan mülkiyet hakkının kapsamının AİHM tarafından doldurulduğunu, bu kapsamın Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsendiğini ve mülkiyet hakkının kapsam olarak mamelek/malvarlığı<sup>94</sup> ile özdeş bir şekilde anlaşıldığını yukarıda belirtmiştik. Önce mamelek kavramı ile neyin ifade edilmek istendiği hususu ile meseleye başlanmalıdır. Türk Hukuk Lügati’ne göre mamelek, “bir şahsın hukuki bir bütünlük teşkil eylemek üzere sahip veya mükellef olabileceği, para ile ölçülebilen mal, hak ve borçlarının tamamını”, mamelek hakları da “umumiyetle iktisadi mahiyeti haiz bulunan sübjektif haklardır ki, mülkiyet ve mülkiyetin gayri ayni haklar, gayri maddi haklara müteallik haklar, alacak hakları gibi hakları” ifade etmektedir<sup>95</sup>. Malvarlığının ise, “Bir kişinin hukuki bütünlük oluşturmak üzere sahip ve yükümlü tutulacağı, para ile ölçülebilen hak ve borçları-

<sup>91</sup> Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 374.

<sup>92</sup> Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 390- 398. Bu sayılanlar harcinde tahkim anlaşması kapsamında gidilen tahkim yolu neticesinde hükmedilen alacak (hakem kararları), mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan mal, hak elde edilmiş ve talep edilebilir bir alacağa dayandığı müddetçe müstakbel kazanç, tazminat talepleri, kamulaştırma bedelinin ödenmesinde gecikmesinden mütevellit zarar, dulluk yardımı, işsizlik sigortası, acil durum ödeneği, sosyal güvenlik ödenekleri de mülk kapsamında telakki edilmektedir; bkz. İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, 499-504; Güney Dinç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007), 26-28.

<sup>93</sup> Dinç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, 12.

<sup>94</sup> Malvarlığı kavramı, günümüz hukukunda mamelek kavramının yerine kullanılmaktadır. Ancak bu kullanım yanlıştır. Zira malvarlığında varlık, maldan oluşur. Oysa mamelek kavramı uhdesinde hakları da barındırır; bkz. Nüşin Ayiter, *Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968), 3, dn. 1. Buna karşılık Acemoğlu bu görüşe katılmamakta ve hukuki kavramların muhtevasının ona atfedilen anlama göre belirleneceğini savunmaktadır; bkz. Kevork Acemoğlu, *Borçlar Kanunu’nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971), 9. Biz bu çalışmada konuyla ilgili kavramsal tartışmaya girmeden aynı zamanda kanuni bir kavram da olan malvarlığı kavramını mamelek kavramı ile aynı anlama gelmek üzere kullanmaktayız.

<sup>95</sup> *Türk Hukuk Lügati* (Ankara: Türk Hukuk Kurumu- Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Başbakanlık Basımevi, 1991), 218.

nın tamamı, mamelek” şeklinde tanımlandığını görmekteyiz<sup>96</sup>. Mamelek haklarının en önemli unsuru iktisadi bir değer taşıması ve intikal kabiliyetinin bulunmasıdır<sup>97</sup>. Mamelek kavramı kendi içerisinde mutlak mamelek hakları (mülkiyet, sınırlı ayni haklar, fikri mülkiyet hakları, miras hakkı vs.), nisbi mamelek hakları (evleviyetle borç ilişkisinden kaynaklanan haklar), tali mamelek hakları (mameleki boyutu olan yenilik doğuran haklar) ve karma nitelikli mamelek hakları (eşyaya bağlı borçlar) olmak üzere temelde dörde ayrılmaktadır<sup>98</sup>. Görüldüğü gibi mamelek ya da malvarlığı kavramı kapsam itibarıyla AİHS ve 1982 Anayasası’nın mülkiyet anlayışı ile uyumludur. Ancak yine de AİHS ve 1982 Anayasası tarafından kullanılan “mülkiyet hakkı” ifadesinin “malvarlığı hakları” şeklinde anlaşılması görüşü kanaatimizce hatalıdır. AİHS ve 1982 Anayasası bakımından mülkiyet hakkı, sadece kapsam itibarıyla malvarlığı kavramı ile özdeş olabilir. Bunun nedeni de hakkın koruma kapsamının geniş yorumlanmak suretiyle kişi hak ve özgürlüklerinin gelişimine imkân tanınmasıdır. Bir başka söyleyişle hakkın koruma kapsamının bu şekilde klasik medeni hukuk yaklaşımını oldukça aşar şekilde geniş yorumlanması ve anayasal mülkiyetin, kapsam olarak mamelek kavramı şeklinde anlaşılması kişilerin lehinedir. Ancak mameleki tüm hakların 1982 Anayasası ve AİHS şemsiyesi altına girmesi özellikle de Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru imkanının da tanınması nedeniyle bu hakların aynileşmesine sebebiyet verebilir. Mameleki tüm hakların anayasadan aldıkları güçle aynileşmesi ise medeni hukukun klasik yaklaşımını derinden etkileyebilecektir. Zira alacak hakkının da taşınmaz mülkiyetinin de aynı hükümlere tabi olması sonucunu doğurabilecektir. Bu nedenle “malvarlığı” kavramının salt korunacak alanın kapsamını tespit bakımından dikkate alınması, ama kavramın “mülkiyet” olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>99</sup>. Ayrıca AİHS ek protokol 1/1’ in kenar başlığının 11 numaralı protokol ile “Mülkiyetin korunması” olarak düzenlendiğini ve yine 1982 Anayasası md. 35 hükmünün başlığının da “Mülkiyet hakkı” olduğu unutulmamalıdır.

Anayasa hukuku ve AİHS bağlamında mülkiyet hakkının kapsamını ana hatlarıyla ortaya koyduktan sonra çalışmamızda kullandığımız “ticari nitelikli mülkiyet” ifadesi ile neyi kastettiğimizi ve bu ifadenin kapsama alanını açıklayabiliriz. Öncelikle bu çalışmada kullandığımız “ticari nitelikli mülkiyet” ifadesinin pozitif hukukta karşılığı olan bir kavram olmadığını belirtmek gerekir. Zira medeni hukukun klasik yaklaşımı açısından mülkiyetin “ticari nitelikli mülkiyet” şeklinde bir ayrımı bulunmaz. Esasen mülkiyet hakkı kapsamındaki hemen tüm değerlerin ticari nitelikli mülkiyet kapsamında mütalaa edilmesi mümkündür. Nitekim TTK’nın

<sup>96</sup> Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1996), 516.

<sup>97</sup> Ayiter, *Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme*, 97- 102; Acemoğlu, *Borçlar Kanunu’nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri*, 12.

<sup>98</sup> Ayiter, *Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme*, 103- 125; Acemoğlu, *Borçlar Kanunu’nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri*, 14.

<sup>99</sup> Benzer düşünce için bkz. Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 10.

pek çok maddesinde mülkiyet ve malik kelimelerine yer verilmiş olmasına rağmen, TTK bu kavramın içeriği konusunda ayrıca bir hüküm sevk etmemiştir. Kavram temel felsefesini 4721 sayılı TMK hükümlerinden almaktadır. Esasen çalışmamızda kullanılan ticari nitelikli mülkiyet ibaresi ile kastettiğimiz ticari nitelik arz etmesi nedeniyle, aynı zamanda ticaret hukukunun da konusunu teşkil edebilecek mülkiyet haklarıdır. Bu ifadeyi kullanmakla ilk olarak sınırları oldukça girift olan konunun, çerçevesinin sınırlandırılması amaçlanmıştır. Bu ifadeyi kullanmamızın bir diğer nedeni ise anayasal anlamda ve AİHS anlamında mülkiyet hakları ile ticaret hukukunu ilgilendiren mülkiyet hakları arasında bağlantı tesis edebilmektir. Bu sayede mülkiyet hakkının AİHS ve 1982 Anayasası tarafından çizilen geniş kapsamı ile bağlantısı daha kolay kurulabilecektir. İşte “ticari nitelikli mülkiyet” ifadesi de örneğini burada kendini göstermektedir. Zira her ne kadar AİHS ve 1982 Anayasası’nın mülkiyet hakkı anlayışı, kapsam olarak medeni hukuktan oldukça farklı ise de aynı durum ticaret hukuku için geçerli değildir. Hatta ticaret hukukunun kapsam olarak mülkiyet hakkına atfettiği rolün, AİHS ve 1982 Anayasası’nın mülkiyet hakkı anlayışı ile (kapsam olarak) uyumlu olduğu dahi söylenebilir. Ayrıca başta TTK olmak üzere, ticari mevzuatın kapsam itibarıyla mülkiyet hakkına atfettiği anlam, medeni hukuktaki kapsamın çok daha ötesinde olarak; mülkiyet hakkının AİHS ve 1982 Anayasası’nda ifadesini bulan kapsamıyla büyük benzerlikler taşımaktadır. Gerçekten de ticari mevzuatta öyle birtakım düzenlemeler bulunmaktadır ki, bir bütün olarak değerlendirdiğimizde bu hükümler bizi TTK’nın bazı noktalarda bakış açısı olarak Medeni Kanun’dan ziyade 1982 Anayasası ve AİHS’ne yaklaştığı sonucuna ulaştırmaktadır. Bu hükümlerden ilki TTK md. 11/3 hükmüdür<sup>100</sup>. Hükmün madde gerekçesinde bu hükümle ticari işletmenin malvarlığının işletmeye daimî surette özgülenmiş unsurları da içerecek şekilde bir bütün olarak düzenlendiği ve fıkrada belirtilen her bir malvarlığı unsurunun da bütünün parçaları olduğu ifade edilmiştir<sup>101</sup>. Bunun haricinde ticaret şirketlerine sermaye olarak konulabilecek değerlerin düzenlendiği TTK md. 127 hükmü de zikredilmelidir. Bir başka hüküm ise 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu md. 5 hükmüdür. Bütün bu hükümleri birlikte değerlendirdiğimizde TTK ve TİTRK’nın 1982 AY md. 35 ve AİHS Ek Protokol 1/1 ile kapsam olarak büyük oranda özdeş olduğunun altı çizilmelidir. Bu nedenle ticari nitelikli mülkiyet ifadesinin mülkiyet hakkı bağlamında anayasa hukuku ile ticaret hukuku arasındaki bağlantının tesis edilmesinde kilit rol oynayabileceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

<sup>100</sup> Kendigelen malvarlığının kapsamına madde metninde belirtilmiş olmasa da ekonomik değer taşıyan tüm değerlerin örneğin işletmenin nakit parası da dahil olmak üzere, alacak ve rehin haklarının da dahil olduğunu ifade etmiştir; bkz. Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan, Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 180.

<sup>101</sup> Ticari işletme bir bütün olsa da, işletme bünyesinde yer alan her bir unsur hukuken bağımsız olarak işlem görebilir; bkz. Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku Dersleri I. Giriş- Ticari İşletme*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1960), 108.

Görüldüğü gibi ticari nitelikli mülkiyet hakkı, kapsam olarak TMK'dan ziyade AİHS ve 1982 Anayasası ile uyumludur. Bu nedenle anayasanın özel hukuk ilişkilerine etkisi ile ilgili olarak yukarıda bahsedilen tartışmalar ticari nitelikli mülkiyet hakkını doğrudan ilgilendirmekle kalmayıp, aynı zamanda bu konudaki belirlemeler, ticari nitelikli mülkiyet hakkı açısından da özellikle önem taşımaktadır. Zira ticari nitelikli mülkiyet hakkı kapsam olarak medeni hukuktan farklı ve geniş anlaşıl- sa da sonuçta bu hakkın konusu kural olarak her zaman için özel hukuka ilişkin bir haktır. Dolayısıyla ticari nitelikli mülkiyet hakkının kapsam olarak AİHS ve 1982 Anayasası ile uyumlu olması ona uygulanacak hükümlerin tespitini de daha önemli ve çetrefil bir hale getirmektedir. Çünkü ticari nitelikli mülkiyet hakkı özel hukuka ilişkin bir hak olduğu için, kavram temel felsefesini mülkiyet hakkına ilişkin TMK hükümlerinde bulacaktır. Ancak bu defa da kapsam itibarıyla TMK hükümlerinden geniş bir alanı uhdesinde barındırdığı için söz konusu geniş alana TMK hükümlerinin ne surette uygulanacağı ve daha da önemlisi böyle bir uygulamada anayasanın rolünün ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Tüm bunlar da ticari nitelikli mülkiyet hakkı ve bu hakka uygulanacak hükümlerin tespiti bakımından anayasanın özel hukuk ilişkilerine etkisi ve anayasa ile özel hukuk arasındaki bağlantının net olarak ortaya konulmasını gerekli kılmaktadır.

Çalışmamızın buraya kadar olan kısmında AİHS ve 1982 Anayasası'nın benimsediği mülkiyet anlayışının özel hukuk ve ticaret hukuku bakımından ne anlam ifade ettiğini, bu konuda doktrinde yer alan tartışmalara da değinmek suretiyle ortaya koymaya gayret ettik. Bundan sonraki kısımlarda ise Anayasa Mahkemesi'nin mülkiyet hakkı konusunda ticaret hukukunu ilgilendiren birtakım kararlarını incelemek suretiyle mahkemenin, ticari nitelikli mülkiyet hakkının korunması mevzuuna nasıl yaklaştığını tespitte çalışacağız.

## **II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURULARDA TİCARİ NİTELİKTEKİ MÜLKİYET HAKKI İHLAL İDDİALARINA YAKLAŞIMI**

Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası ile yapılan bireysel başvurularla ilgili esasa dair yaptığı incelemelerde, öncelikle ortada 1982 AY. md. 35 anlamında bir mülkün olup olmadığı daha sonra da somut olayda mülkiyet hakkına yönelik bir müdahalenin bulunup bulunmadığı açısından olayı ele almaktadır. Mahkeme müdahalenin bulunduğu kanısına varırsa bu defa üç kural prensibi açısından olayı irdelemekte ve daha sonra da müdahalenin niteliğini tespitte yönelmektedir. Bu bağlamda somut başvuruyu kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük ilkeleri açısından tartışmaktadır. Bu noktada müdahalenin kanuna dayalı olup olmadığı, kamu yararının gözetilip gözetilmediği ve ölçülülük ilkesinin alt görünümleri olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uyulup uyulmadığı noktasından mesele ele alınmaktadır. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin, müdahale ile arzu edilen amacın sağlanmasına uygun olması elverişlilik ilkesini, bu amaca erişim için

mezkûr müdahalenin zaruret arz etmesi bir başka ifadeyle başka türlü ve daha az etkili bir müdahale imkanının bulunmaması gereklilik ilkesini ifade etmektedir<sup>102</sup>. Mülkiyet hakkına yönelik müdahale ile amaç arasında bulunması gereken ideal denge ise orantılılık olarak ifade edilmekte ve müdahalenin bireye olağanın üzerinde bir külfet yüklememesini gerekli kılmaktadır<sup>103</sup>.

Mahkeme önüne gelen olaylarda, olayın devletin yükümlülüğünün negatif ve pozitif olmasına göre değerlendirmektedir. Özellikle de özel kişiler arasındaki uyumsuzluklarda mülkiyet hakkı bakımından devletin pozitif yükümlülükleri büyük önem taşımaktadır. Mülkiyet hakkını etkileyecek önemli konularda bilgilendirme yapılması, etkili tazmin mekanizmaları tesis etme, mülkiyet hakkına yapılan müdahalelere karşı itiraz imkanlarının tanınması ve kişilerin kendilerini ifade edebildiği, iddia ve savunmalarını ortaya koyabildiği, bunların adil bir şekilde ele alınıp değerlendirilebildiği bir yargı sistemi ile alınan kararların hak sahibini tatmin edebildiği bir icra sisteminin mevcudiyetinin sağlanması devletin pozitif yükümlülükleri olarak belirtilebilir<sup>104</sup>.

Mahkemenin Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı ile ilgili kararları, mülkiyet hakkının ihlal edildiği ya da ihlal edilmediğine ilişkin olmak üzere iki şekilde tesis edilmektedir. Eğer mahkeme 1982 Anayasası md. 35 hükmünde düzenlenen mülkiyet hakkının ihlal edildiği kanaatine varmışsa "mülkiyet hakkının ihlal edildiğine", aksi kanaate varmışsa da "mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine" karar verecektir<sup>105</sup>. Bu kısımda Anayasa Mahkemesi'nin mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda verdiği, ticaret hukuku ile bağlantılı kararlarından inceleme konumuz bakımından önemli gördüklerimiz hakkında bilgi verilecek ve mahkemenin tutumu tespit edilmeye çalışılacaktır.

## **A. BİR ŞİRKETE ORTAK OLMANIN NİMETLERDEN YARARLANMANIN YANINDA KÜLFETLERE KATLANMAYI DA GEREKLİ KILDIĞINA DAİR KARARLAR**

Anayasa Mahkemesi anonim şirkette pay sahipliği sıfatının anlamını tartıştığı birtakım kararlarda bir şirkete ortak olmanın nimetleri olduğu kadar külfetleri bulunduğunun da altını çizmiş ve mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Bu kararlarda Anayasa Mahkemesi'nin işin esası hakkında yorum yapmaktan çekinmediğini görüyoruz.

<sup>102</sup> AYM, Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/ 817, 19.12.2013.

<sup>103</sup> AYM, Hesna Funda Baltalı ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2014/ 17196, 25.10.2018.

<sup>104</sup> Perdecioğlu, *Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, 158-180.

<sup>105</sup> Bunun haricinde bir de mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla mahkemeye yapılan başvurulardan mahkeme tarafından yapılan kabul edilebilirlik incelemesi neticesinde başvurunun kabul edilebilir ya da kabul edilemez olduğuna hükmedilmesi de söz konusudur. Bu makalede çalışmanın boyutlarını genişletmemek adına sadece Anayasa Mahkemesi tarafından başvurunun kabul edilebilir bulunduğu kararlar incelemeye tabi tutulmuştur.

### 1. Şirketin Yönetimine El Konulmasının Akabinde Malvarlığının Satışından Elde Edilen Gelirden Hissedarlara Pay Verilmemesi Hususunda Adalet Kayalibay Başvurusuna İlişkin Karar<sup>106</sup>

Başvuru konusu olayda başvuru pay senetleri (%46,17 oranında) borsada işlem gören Metaş şirketinin halka açık hisselerinin %2,86'lık kısmının malikidir. Bu şirkette %41,98 oranında pay sahibi olan Rumeli A.Ş. ise aynı zamanda İmar Bankası'nın da ortağıdır. İmar Bankası'nın TMSF'ye devrinin akabinde Metaş'ın yönetimi de 5411 sayılı BanK md. 134 hükmüne göre TMSF'ye geçmiş, TMSF ise şirketi iktisadi ve ticari bütünlük şeklinde satmış ancak şirketin hisseleri iktisadi ve ticari bütünlüğe intikal ettirilmemiştir. Satıştan elde edilen hasıllardan ise borçların ödenmesi sonrasında herhangi bir bedelin kalmadığı belirtilmiştir. Başvuru ise Metaş üzerindeki Rumeli A.Ş. hissesinin %41,98 olmasına rağmen; bu hisse ile sınırlı olmaksızın şirketin tüm malvarlığına el konulmasının, sermaye piyasası mevzuatına güvenerek yatırımını borsada gerçekleştiren ve İmar Bankası zararı ile hiçbir ilgisi olmayan, bu zararda katkı ve kusuru bulunmayan şahsi yatırımcıların zarara uğratılmasına göz yumulması anlamına geldiğini ve böylelikle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi ilk olarak, payın belgelendirilmesi amacını güden ve kıymetli evrak niteliğinde bulunan, sahibine üzerinde belirtildiği nispette mülkiyet hakkı tanıyan hisse senetlerinin, mülk kapsamında olduğunun altını çizmiştir. Mahkemeye göre, her ne kadar sahibine hâkim ortakmışçasına şirket yönetiminde söz sahibi olma imkânı sunmasa da bu hisse senetlerinin satışından gelir elde edilmesi, temettü alma gibi sınırlı konularda menfaat elde edilebilmesi nedenleriyle, iktisadi açıdan değerleri bulunmakta ve ortada mülkiyet hakkı kapsamında olan korunması gerekli bir menfaat çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi somut olayda hisse senetlerine doğrudan doğruya el konulmamış olunması nedeniyle; olayın, mülkten yoksun bırakma veya kamu yararı ile mülkiyetin kontrolü bakımından değil, mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına müdahale kapsamında irdelenmesi gerektiği kanısına varmıştır. Mahkeme bu bağlamda somut olayı kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük ilkeleri bağlamında ele almıştır.

Anayasa Mahkemesi, Metaş'ın İmar Bankası borçlarından sorumlu tutulmasının nedeninin hâkim ortağının Rumeli A.Ş. olması değil, Uzan Grubu şirketlerinden biri olmasından kaynaklandığını; bu nedenle hisse oranında takibat yapılmadığının ve şirket ortaklarının da şahsi sorumluluklarına gidilmediğinin altını çizmiştir. Mahkeme bir şirkete ortak olmanın sadece nimetlerden yararlanmayı değil, risk ve külfetlere katlanmayı da beraberinde getirdiğini; buradaki risk ve külfetin de sadece şirketin yürüttüğü ticari faaliyetlerden mütevellit zarara değil, şirketin hukuka aykırı davranmasından mütevellit zarara da katlanmak anlamına geldiğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi somut olayda açık bir şekilde terazinin toplum lehine ağır bastığı kanaatini ortaya koymuştur. Gerçekten de bir şirketin hukuka aykırı faaliyetlerinden ortaya

<sup>106</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2014/11382, 10.05.2017.

çıkan zararın, kusuru ve katkısı bulunmasa dahi, şirketin nimetlerinden yararlanmasını bilen pay sahibine (payı oranında) yüklenmesi, toplumun korunmasındaki kamu yararı karşısında tercihe şayan olmalıdır. Zira mahkemeye göre, toplum yararı şahsi yararın her zaman üstündedir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, İmar Bankası'nın topluma verdiği zarar karşısında, bağlı şirketlerin tüm malvarlıkları ile sorumlu tutulmalarının ve bu bağlamda Metaş pay sahiplerine yükletilen külfetin orantılı olduğu belirtilerek, mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

## **2. Pay Sahibi Olunan Bankanın TMSF'ye Devri Hususunda C.K. vd. Başvurusu<sup>107</sup> ile Yine Aynı Hususta Kenan Işık Başvurusuna<sup>108</sup> İlişkin Kararlar**

Anayasa Mahkemesi kararına konu her iki kararda da başvuru pay senetleri borsada işlem gören Asya Katılım Bankası A.Ş. pay sahipleridir. Her iki başvuru da bankanın TMSF'ye devrine ilişkin BDDK kararının gerekli şartlar oluşmadan tesis edildiğini ve hukuka aykırı olduğunu iddia ederek iptal davası açmışlar, davalar reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, BDDK'nın 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamında bankadan birtakım önlemlerin alınmasını talep ettiğini, TMSF'ye devir kararının da söz konusu önlemlerin alınmaması ve kısıtlayıcı önlemlere rağmen mali yapısının bozulmaya devam etmesinden kaynaklandığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre başvuru tüm bu sürece rağmen, bankada pay sahibi olarak kalmaya devam etmişlerdir. Dolayısıyla, nasıl ki normal şartlar altında bir şirkette pay sahibi olarak kalmak birtakım haklardan faydalanma imkânı sağlıyorsa, ticaret hayatının sonucu olarak önemli riskleri de beraberinde getirmesi de normal karşılanmalıdır. Bir başka ifadeyle başvuru ticaret hayatı çerçevesinde aldıkları ticari riskin sonuçlarını öngörebilmeleri gerekir. Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre başvuru hakkında iflas kararı verilen banka ile ilgili olarak oluşturulacak sıra cetvelinde alacaklı sıfatıyla yer alabilmek amacıyla talepte bulunmaları ve tasfiye bakiyesinden faydalanma imkanları da mevcut bulunmaktadır. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi bu gerekçelerle, mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile kamu yararı mukayesesinde müdahalenin ölçülü olduğu ve mülkiyet hakkının ihlal edilmediği kanaatine varmıştır.

## **B. ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN KAMU BORÇLARINDAN SORUMLULUKLARINA İLİŞKİN KARARLAR**

### **1. Bir Anonim Şirketin Temsil Yetkisini Haiz Olmayan Yönetim Kurulu Üyesinin Şirketin Kamu Borçlarından Sorumluluğuna Gidilmesi Hususunda Erol Kesgin Başvurusuna İlişkin Karar<sup>109</sup>**

Başvuruya konu olayda başvuru, bir anonim şirketin 2009-2011 yılları arasında yönetim kurulu üyeliğinde bulunmuştur. Şirketin yüz payından birinin maliki

<sup>107</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2017/23077, 27.11.2019.

<sup>108</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2017/26291, 17.7.2019.

<sup>109</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2015/11192, 30.05.2019.

olup şirketi temsil ve ilzam yetkisi de bulunmamaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından, şirketin malvarlığından tahsil imkânı bulunmasına rağmen, başvuru da dahil şirketin diğer yönetim kurulu üyelerine prim borcu nedeniyle ödeme emri gönderilmiştir. Başvurucu yönetim kurulu üyesi tarafından açılan davalar 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu md. 88/20 hükmüne göre şirketin yönetim kurulu üyeleri, üst düzey yönetici ve yetkililerinin sigorta prim borçları nedeniyle işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları gerekçesi ile reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu olayda müdahaleyi 1982 AY md. 35/III hükmünde ifade edilen mülkiyetin kullanılmasının kontrolü ve düzenlenmesi bağlamında değerlendirmiş ve başvuruyu kanunilik, meşru amaç, ölçülülük ilkeleri açısından irdelemiştir. Anayasa Mahkemesi sosyal güvenlik alacaklarının tahsilinde temel amacın kamu yararı olması nedeniyle müteselsil sorumluluk esasının benimsenmesinin, kişilere normalin dışında bir külfet yükletildiği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Ancak mahkemeye göre şirket yöneticilerine sahip oldukları kudretin ötesinde bir sorumluluk da yükletilmemeli; örneğin yönetici müdahale etme, engelleme, hakimiyet kurma imkanının bulunmasına rağmen, kamu alacağından sorumlu tutulmamalıdır. Zira böyle bir durumda yükletilen külfet orantısız olacaktır. Anayasa Mahkemesi ayrıca TTK md. 375/1-e bendi uyarınca yönetim kurulunun üst gözetim sorumluluğunun altını çizmiştir<sup>110</sup>. Anayasa Mahkemesi bu olayda meseleyi başvurusunun gönderilen ödeme emrine karşı sahip olduğu hakları etkin olarak ortaya koyma imkanının kendisine tanınıp tanınmadığı açısından irdelemiş ve başvurusunun tüm hukuki yolları etkin bir şekilde kullanabildiği sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre başvurusunun yönetim kurulu üyesi sıfatıyla prim borçlarının ödenmesini temin amacıyla müdahale imkânı bulunmaktadır. Keza başvurusunun ödediği prim borcu için, külli halefiyet ilkesi doğrultusunda diğer pay sahiplerine ve şirket tüzel kişiliğine rücu imkânı da bulunmaktadır. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi kamu alacağından dolayı başvurusunun sorumluluğu nedeniyle kendisine normalin dışında bir külfet yüklenmediği ve hakkın korunması ile kamu yararı arasındaki dengenin bozulmadığı gerekçeleri ile mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Mahkemenin bu kararına verilen karşı oyların gerekçelerine de burada değinmek gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu karşı oy gerekçelerinde anonim şirketlerde sınırlı sorumluluk ilkesinin esas olduğu, şahsi sorumluluğuna ancak istisnai hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle gidilebileceği belirtilmiş; somut olayda şirketin malvarlığının alacağın tahsili açısından yeterli bulunmasına rağmen, şirkette bir paya sahip olan ve kanuni temsilci de olmayan pay sahibine gidilmesinin başvuru açısından aşırı bir külfetin oluşması sonucunu doğurduğu, bunun da mülkiyet hakkı ile ona yapılan müdahale arasındaki dengeyi bozduğu ifade edilmiştir.

<sup>110</sup> Mahkeme bu konuda AYM, E. 2016/191, K. 2017/131, 26/7/2017 sayılı karara atıfta bulunmuştur.



## 2. Yönetim Kurulu Üyesinin Anonim Şirketin Sigorta Prim Borçlarından Sorumlu Tutulması Hususunda Alptekin Düven Başvurusuna İlişkin Karar<sup>111</sup>

Başvuruya konu olayda başvurucu her biri 1 TL değerinde elli bin paya ayrılmış 50.000 TL sermayeli bir anonim şirkette 28.000 adet paya sahiptir. Aynı zamanda yönetim kurulunun imza yetkisini haiz başkanı olan başvurucunun yönetim kurulu üyeliği 2007 yılında sona ermiştir. Buna karşılık şirket 2007 ve 2008 yıllarında olağan genel kurul toplantısını gerçekleştirmediği gibi, başvurucunun yönetim kurulundan ayrılmasına ilişkin 2007 tarihli yönetim kurulu kararı da 2009 yılında yapılan genel kurul toplantısında onaylanmış, toplantı tutanağı noterde onaylanmış ve 2010 yılında ticaret sicil gazetesinde ilan edilmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu 2015 yılında başvurucuya 2008-2010 yılları arası prim borçlar için ödeme emri tebliğ etmiştir. Başvurucu yönetim kurulu üyesinin istifa etmesi durumunda bu durumu tescil ve ilan yükümlülüğünün yeni yönetim kuruluna ait olduğunu, 2007 yılından sonraki borçlar için sorumlu olmadığını iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, ticaret şirketinin yönetim ve temsilinden sorumlu olan kanuni temsilcilerin diğer yükümlülüklerine ek olarak, ayrıca şirketin kamu hukukundan kaynaklanan ödevlerini ifa yükümlülüğü de bulunmaktadır. Zira kamu alacağının doğmasından sona ermesine kadar geçen süreçte en yetkili kişi şirketin kanuni temsilcisidir. Dolayısıyla kanuni temsilcilerin, şirketten tahsil imkânı bulunmayan kamu alacakları bakımından müteselsil sorumluluk esasına göre sorumlu kılınması, onlara aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği şeklinde anlaşılmamalıdır. Burada amaç şirketin özenli yönetilmesi ile kamusal yükümlülüklerin zamanında ifasının sağlanmasıdır. Anayasa Mahkemesi meseleyi başvurucunun yönetim kurulu üyeliğinden istifa tarihi bakımından da incelemiştir. Mahkeme 2007 tarihli istifa kararının, şirketin olağan genel kurulunun onayına sunulmadığını, sadece 2009 tarihli bir noter onayının bulunduğunu ve şirketin her hesap dönemi sonundan itibaren gerçekleştirmesi gereken genel kurullarını gerçekleştirmediği, oysa Sosyal Güvenlik Kurumu'nun prim borçlusunu tespit ederken sadece ticaret sicili ve ticaret sicil gazetesi kayıtlarını esas alması gerektiğinin altını çizmiştir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi genel kurulun süresinde toplanmaması ve tescilin gecikmiş olarak gerçekleşmesi nedeniyle şirket yöneticilerine dava açma imkanının mevcut olduğu hususunu da gözeterek yapılan müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal etmediğine hükmetmiştir.

## 3. Bir Bankadan Kullanılan Kredilerin Bankanın Daha Sonra TMSF'ye Devredilmesi ve Alacağın Kamu Alacağına Dönüşmesine Rağmen Ödenmemesi Üzerine AATUHK md. 35 Hükmü Uyarınca Kanuni Temsilcinin Sorumluluğuna Gidilmesi Hususunda Ahmet Uğur Balkaner Başvurusuna İlişkin Karar<sup>112</sup>

Karara konu olayda başvurucunun yönetim kurulu üyesi olduğu şirket, bir bankadan kredi kullanmış, kredi borçları ifa edilmemiş, banka 1999 yılında

<sup>111</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2017/21885, 22.7.2020.

<sup>112</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2014/15237, 25.07.2017.

TMSF'ye devredilmiş, kredi alacağına ilişkin hesap ise 2000 yılında kat edilmiştir. Başvurucu kredilerin kullanıldığı değil, kredi borcunun ifa edilmediği tarihte şirketin yönetim kurulu üyesidir. Anayasa Mahkemesi'ne göre şirketin kanuni temsilcisinin şirket malvarlığından şirketin borçlarının ifa edilmesi noktasında kanuni bir ödevi bulunmaktadır. Mahkemeye göre bu ödevin yerine getirilmemesi durumunda, borçtan sorumlu tutulması başvurucuya aşırı bir külfet yükletildiği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

### **C. TİCARİ MEVZUATTA ÖNGÖRÜLMÜŞ KURALLARIN AMACININ TARTIŞILDIĞI KARARLAR**

Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarda bireysel başvurulara konu olayları ticari mevzuatta öngörülmuş düzenlemelerin öngörülmesine yönelik amaç bakımından tartışmış ve bu amaç doğrultusunda kişilerin mülkiyet haklarına yönelik müdahalelerin makul olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu kararlardan ilki deniz ticaret hukuku, ikincisi de sermaye piyasası hukuku ile ilgilidir.

#### **1. Konişmento ve Deniz Ticaret Mevzuatı Hususunda İntermetal Sanayi ve Ticaret Ştd. Şti. Kararları<sup>113</sup>**

Başvuru konusu olayda başvurucu şirket akreditif yolu ile yurt dışından mal satın almıştır. Ancak liman işletme müdürlüğü, antrepoda bulunan malları, konişmento alıcı nüshaları ve gerekli belgeler ibraz edilmesine rağmen teslim etmemiştir. Liman idaresi malların neden teslim edilmediği konusunda, işletme kayıtlarında konişmentoda belirtilen gemilerin yer almadığı ve eşyalara ait konteyner numaralarının konişmento ile uyuşmadığı hususlarını gerekçe olarak sunmuştur. Başvurucu şirket ise malların bedelinin ödendiğini, faturalarının mevcut olduğunu, gümrük müdürlüğü tarafından da meşru hak sahipliği konusunda gerekli tesvil işleminin gerçekleştirildiğini kısacası malın mülkiyetinin ihtilafsız olduğunu ileri sürmüş, gemilerin işletme kayıtlarında bulunmamasının önem taşımadığını iddia etmiştir.

İlk derece mahkemesi, gemilerden tahliyesi yapılmış ancak alıcısına teslim edilmemiş mallarla ilgili tasarruf hakkının taşıyanda olduğunu ve liman idarelerine konişmento ibraz etmek suretiyle malların teslim edilmesinin talep edilemeyeceğini, liman idaresinin hukuken ifa yardımcısı olduğunu ve taşıyanların iradesi hilafına malları teslim edemeyeceğini, aksi takdirde taşıyana karşı hukuki ve cezai sorumluluğunun söz konusu olacağını belirtmiştir. İlk derece mahkemesine göre taşıyanın alacağına ifa edilmemesi halinde hapis hakkını kullanabilmesi için malların taşıyanın talimatıyla teslim edilmesi şart olup, bu bakımdan başvurucu şirketin davasını liman idaresine değil, taşıyana açması gerekir.

<sup>113</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2015/13518, 03/07/2018; AYM Kararı, Başvuru No: 2015/13547, 09.10.2019.

Anayasa Mahkemesi meseleyi öncelikle mülkün varlığı açısından incelemiş ve depoda tutulan malların mülk olduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme daha sonra somut olayda mülkiyet hakkına bir müdahalenin olup olmadığı hususunu tartışmıştır. 1982 AY md. 35/1 hükmünde mülkten barışçıl yararlanma hakkı olarak ifade edilen herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu hususu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre dava konusu olayda başvuruca, ithal ettiği malları taşıyanın talimatının bulunmaması nedeniyle teslim edilmemiş ve başvuruca mallardan yararlanma ve mallar üzerinde tasarrufta bulunma imkânı kalmamıştır. Dolayısıyla somut olayda müdahale mülkiyetten barışçıl yararlanma ilkesine aykırılığa dayanmaktadır. Elbette ortada bir müdahale olmakla beraber, bu müdahalenin ihlal niteliği taşıyıp taşımadığının da belirlenmesi gerekmektedir. Bu noktada Anayasa Mahkemesi 1982 AY md. 13 bağlamında meselenin müdahalenin kanunilik, kamu yararı ve ölçülülük ilkesi bakımından analizini yapmıştır. Mahkeme, başvuruca şirketin mallarını teslim alamamasının kendisi açısından bir külfet olmakla birlikte, deniz ticareti mevzuatının katı hükümler içermesinin deniz ticaretinin güvenli bir şekilde akması açısından zaruri olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca liman idaresi, başvuruca şirketten gerekli düzeltmeleri yapmasını ve özellikle de alt özet beyanları vermesini talep ettiği halde başvuruca 4458 sayılı Gümrük Kanunu md. 165/d hükmünde tanınan düzeltme imkanlarını kullanmadığını belirtmiş ve bu imkânın varlığının da somut olaydaki müdahaleyi ölçülü hale getirdiğinin altını çizmiştir. Yine somut olayda başvuruca şirketin taşıyanın talimatının alınmasına yönelik (ordino kesilmesi) olarak da bir girişiminin de bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Mahkeme başvuruca elinde birtakım hukuki imkanların bulunması, malların halen tasfiye edilmemiş olması nedeniyle başvuruca şirkete aşırı bir külfet yüklenmediğini belirtmiş ve hakkın korunması ile kamu yararı arasındaki dengenin ölçülü olduğu kanaatine varmıştır.

## **2. Sermaye Piyasası Mevzuatı Uyarınca Özel Durum Açıklamasının Yapılmaması Hususunda Mars Sinema Turizm ve Sportif Tesisler İşletmeciliği A.Ş. Başvurusuna İlişkin Karar<sup>114</sup>**

Başvuru konusu olayda Rekabet Kurumu'ndan da izin alınmak suretiyle gerçekleştirilen birleşme işlemleri ve bu süreçte gerçekleşen çeşitli hukuki ihtilafların ve birleşmeye engel olabilecek hususların, Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Tebliği gereğince açıklanmaması nedeniyle Sermaye Piyasası Kurulu tarafından verilen idari para cezasının mülkiyet hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi idari para cezasının sermaye piyasalarının regülasyonu ve kontrolü kapsamında verildiğini ve bu yönüyle 1982 AY. md. 35/

<sup>114</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2017/23849, 10.10.2018.

III anlamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Müdahalenin ihlal teşkil edip etmediği bakımından ise 1982 AY md. 13 anlamında kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük ilkeleri bakımından incelemiştir. Somut olayda başvuru, idari para cezası verilmesine ilişkin mevzuatın belirli ve öngörülebilir olmadığı iddiasında bulunmuştur. Kanunilik ilkesi bağlamında yaptığı değerlendirmede Anayasa Mahkemesi, sermaye piyasalarının dinamikliği karşısında, bu alandaki her durumun mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlenmesinin mümkün olmayacağını ve idareye takdir yetkisi tanınmasının kaçınılmaz olduğunun altını çizmiş; konuyla ilgili tebliğler vasıtasıyla kamuya açıklanacak bilgilerin neler olabileceği hususunda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olduğunu ifade etmiştir. Yine mahkemeye göre sermaye piyasalarına ilişkin regülasyonların etkinliğinin sağlanması ancak bu konudaki yaptırımların caydırıcılığı ile sağlanabilir. Bu nedenle mahkeme, kamunun aydınlatılmasına ilişkin olarak ortaya konulan sistemin varlığının meşru nitelikte bir araç taşıdığı ve bunda da kamu yararı bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. Sonuç olarak mahkeme, kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün sermaye piyasalarında şeffaflığın sağlanması ve yatırımcı için güvenli bir ortamın oluşturulması açısından zaruret arz ettiği, idari para cezaları konusunda idareye geniş takdir yetkisi tanındığını ve özellikle de başvuru konusunu da belirtmek suretiyle, mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

#### **D. ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN UYGULANMASINDAN KAYNAKLANAN SORUNLARLA İLGİLİ KARARLAR**

##### **1. CMR Konvansiyonu Hükümlerinin Hatalı Uygulanıp Uygulanmadığı Hususunda Nobel İlaç Pazarlama ve Sanayi Ltd. Şti. Başvurusuna İlişkin Karar<sup>115</sup>**

Başvuru konusu olay Eşyaların Karayolunda Uluslararası Nakliyatı için Mukavele Sözleşmesi'nin (CMR) yanlış uygulanması iddiasına ilişkindir. Karara konu olayda başvuru şirket tarafından ithal edilen ilaçlar taşıma esnasında ısı kaybına maruz kalarak kullanılamaz hale gelmiştir. Ayrıca zararın sigorta poliçesi kapsamında bulunmadığı anlaşılmıştır. Başvuru şirketi ile taşıyıcı şirket arasında imzalanan taşıma sözleşmesi uyarınca, nakliye sırasında malın zarara uğraması halinde tarafların sorumluluğu Eşyaların Kara Yolunda Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (CMR Konvansiyonu) hükümlerine göre belirlenecektir. Açılan davada dosya iki farklı bilirkişi heyeti tarafından incelenmiştir. İlk derece mahkemesi ortada ağır kusur ya da bilerek zararına hareket etme durumu bulunmadığını, CMR Konvansiyonunda ifadesini bulan kasta eşdeğer davranışın dar yorumlanması gerektiğini ve bu nedenle taşıyıcı şirketin CMR Konvansiyonu md. 29 hükmü uyarınca sınırlı sorumlu olabileceğini belirterek, davanın kısmen kabulüne hükmetmiştir. Ancak ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararında il-

<sup>115</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2016/4887, 3.7.2019.

ginç ifadelerle yer verildiği görülmektedir. Gerçekten de gerekçeye göre uluslararası taşımalarda ziya halinde taşıyıcının sorumluluğu kural olarak sınırlı olup, bunun aksi bir düşüncenin kabul edilmesi uluslararası taşımacılığın gelişmesine engel olacak, maliyetleri artıracak ve rekabet unsuruna zarar verecektir. Gerekçeye göre mahkeme başvuru şirketin zararının büyüklüğünü kabul etmekle beraber, sınırsız sorumluluk halinin geniş bir şekilde yorumlanması durumunda uluslararası ticaretin maruz kalacağı zarar çok daha büyük olacağından, az zararın çok zarara feda edilmesi elzemdir.

Anayasa Mahkemesi ise öncelikle başvuru şirketin uğradığı zararın Anayasa md. 35 anlamında “mülk” niteliğinin altını çizmiş ve kamu makamlarının doğrudan müdahalesinin bulunmadığı, özel kişiler arasında bir uyuşmazlığın mevcut olduğunu bu nedenle olayın devletin pozitif yükümlülükleri bakımından incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Mahkemeye göre çatışan mülkiyet haklarının varlığı durumunda bunlardan hangisine üstünlük tanınacağı hususu, taraf menfaatlerinin dengelenmesi ve bir taraf aleyhine ölçsüzlüğe mahal verilmemesi kaydıyla derece mahkemelerinin takdirindedir. Somut olayda mahkeme ise taşıyıcı şirket lehine karar vererek, başvuru aleyhine önemli bir külfet yüklemiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre, anayasal güvenceler bakımından mülkiyet hakkının korunmasında zararın telafi edilmesine yönelik mekanizmaların var olup olmadığına bakılması gerekir. Bu anlamda Mahkeme, kanun koyucunun uluslararası taşımacılığın geliştirilmesi gibi birtakım düzenlemelerle taşıyıcı şirketin sınırlı sorumluluk esasını benimsemesi gibi takdire bağlı yöntemlerin, mülkiyet hakkı bağlamında tek başına pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiği anlamına gelmeyeceği kanaatinde. Dolayısıyla burada önemli olan Anayasa Mahkemesi’ne göre, başvuru şirketin zararının azaltılmasına yönelik mekanizmaların var olup olmadığıdır. Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi esas itibarıyla ortada iki kişi arasındaki bir özel hukuk uyuşmazlığı bulunduğu, ilk derece mahkemesinin takdir hakkına yönelik ya da taşıyıcı şirketin sorumluluğunun tespiti noktasında bir yetkisinin bulunmadığı ifadelerine yer vermiştir. Zira bireysel başvurunun ikincilliği ilkesi gereği Anayasa Mahkemesi’nin hukuk kurallarının yorumu ve delillerin değerlendirilmesi konusunda kural olarak yetkilerinin sınırlı olduğu yine kararda ifade edilmiştir. Bununla birlikte mahkemenin esasa ilişkin değerlendirmeler yapmaktan da çekinmediği görülmektedir.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesi’ne göre başvuru şirketin, böylesine riskli bir taşımada, taşıma sözleşmesine, taşıma işine başvuru sahibi şirketin kendi personelinin de nezaret etmesine ilişkin bir kayıt derç edilebilmesi mümkündür<sup>116</sup>. Zira sıradan bir taşıma işinden farklı olarak burada daha fazla özen gerektiren bu işte, mahkeme, özen yükümlülüğünün başvuru şirketine ait olduğunu, onun işin mahi-

<sup>116</sup> §78-81.

yetine uygun bir sözleşme akdetmek suretiyle işle ilgili alınması elzem tedbirleri alma imkanına sahip olduğunu ifade etmiştir. Yine mahkemeye göre gerçekleşen zarar, bozulma riskini ihtiva eden eşyaları taşınması bakımından öngörülebilir niteliktedir. Riski göze alarak taşıma sözleşmesi akdeden başvuru taşıyıcının ağır kusurunu ispat edememiş ve ilk derece mahkemesi de sözleşme ilişkisi ve CMR Konvansiyonu hükümleri uyarınca değerlendirme yapmak suretiyle ihtilafı çözmüştür. Esasa ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi ayrıca, uluslararası taşımacılıktan kaynaklanabilecek külfetin azaltılması amacıyla, hasar teminatının poliçeyle belirlenen kapsamının genişletilmesi ya da ek ücret vermek suretiyle sorumluluk hadlerinin artırılması, sorumluluk kapsamına yeni menfaatler eklenmesi gibi CMR Konvansiyonu md. 24 ve 26 hükümlerinden istifade edilebileceğinin de altını çizmiştir.

Anayasa Mahkemesi esasa ilişkin bu tespitlerinden sonra somut olayda kanun hükümlerinin belirli, yargı uygulamasının yerleşik olduğu, başvuru sahibinin iddialarını ifade edebilecek imkanlara sahip ve bu hukuki imkanlarını etkin bir şekilde kullanabildiği, takdir yetkisinin de aşkın kullanılmadığı gerekçesi ile mülkiyet hakkı bağlamında devlete ait olan pozitif yükümlülüklerin ifa edildiği kanısına varmıştır. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, bu olayda 1982 AY. md. 35 anlamında ifadesini bulan mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiş bulunmaktadır.

## 2. Patentin Hükümsüzlüğü Hususunda Novartis AG Başvurusuna İlişkin Karar<sup>117</sup>

Karara konu olayda Grivec isimli ilaçla ilgili Avrupa Patent Ofisi'ne yapılan başvuru, Ofis (EPO) tarafından kabul edilmiş ve Avrupa Patent Bülteni'nde ilan edilmiş ve Avrupa patenti Tirk Patent ve Marka Kurumu tarafından da tescil edilmiştir. Buna karşılık başka bir şirket tarafından, başvuru şirkete aleyhine patentin hükümsüzlüğü ve sicilden terkin edilmesi talebiyle İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi nezdinde dava açılmıştır. Bu davada patente konu madde ile bu maddenin hastalara uygulanmasının daha önce de bilinip uygulandığı, bu nedenle yeni ve tekniğin bilinen durumunu aşan bir hususun bulunmadığı ileri sürülmüştür. Yapılan bilirkişi incelemesinde de patente konu madde ile bunun uygulanış şeklinin yenilik ve buluş olarak kabul edilemeyeceği zira tekniğin bilinen durumunu aşmadığı tespitinde bulunulmuştur. Mahkeme bilirkişi raporunu hükme esas almış ve patentin hükümsüzlüğü ve sicilden terkin edilmesine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi meseleyi öncelikle mülkiyetin varlığı yönünden incelemiş ve kendi tabiri ile “mülkün varlığına” hükmetmiştir. Mahkeme daha sonra uyuşmazlığın kamu makamlarının doğrudan müdahalesinden değil, özel kişiler arasında gerçekleşmesi nedeniyle meselenin incelenmesini devletin pozitif yü-

<sup>117</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2015/11867, 14.11.2018.

kümlülükleri bakımından yapmıştır. Mahkemeye göre bu tip durumlarda mülk sahibinin, müdahaleye karşı kendini ifade edebilecek araçların ve bu araçları kullanabilme imkanının var olup olmadığı önem taşımaktadır. Böyle bir durum ise, kuşkusuz etkin hukuki mekanizmaların varlığını gerektirmektedir. Mahkemeye göre mülkiyet hakkının ihlali anlamında mahkemelerin takdir yetkisinin sınırlarını aşmış olduğunun tespiti şarttır. Bu düşünceden hareketle Anayasa Mahkemesi, başvuru konusu olayda dosyanın bilirkişi incelemesine tabi tutulması, bilirkişilerden ek rapor alınması, başvuru şirketin kendisini vekil ile temsil ettirmesi vs. gibi tüm hususların değerlendirmesi ile mahkemenin ulaştığı sonuçta bu sınırın aşılmadığı sonucuna ulaşmıştır. Yine Anayasa Mahkemesi, başvuru şirketin Avrupa ülkelerinde geçerli olan söz konusu patentin Türkiye’de geçersizliğine hükmedilmesinin kabul edilebilir olmadığı iddiasına karşı ise, patentin tescil ve ilan edilmesinden sonra ulusal patentlerin hükümlerine tabi olacağı dolayısıyla hükümsüzlüğüne yönelik taleplerin de mümkün olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi bu kararında da kanun hükümlerinin belirli, yargı uygulamasının yerleşik olduğu, başvuru şirketinin iddialarını ifade edebilecek imkanlara sahip ve bu hukuki imkanlarını etkin bir şekilde kullanabildiği, takdir yetkisinin de aşkın kullanılmadığı gerekçesi ile mülkiyet hakkı bağlamında devlete ait olan pozitif yükümlülüklerin ifa edildiği kanısına varmış ve 1982 AY. md. 35 hükmünde teminat altına alınmış mülkiyet hakkının ihlal edilmediği kanaatine ulaşmıştır.

## E. TİCARİ SÖZLEŞMELERİN HÜKÜMLERİ VE TİCARİ ALACAKLAR KONUSUNDAKİ KARARLAR

### 1. En Önemli Alacağı Kesinleşmesine Rağmen Tahsil Edemeyen Bir Şirketin Bu Nedenle İflasına Karar Verilmesi Hususu ile İlgili Tasfiye Halinde Cemtur Seyahat ve Turizm Ltd. Şti. Başvurusuna İlişkin Karar<sup>118</sup>

Anayasa Mahkemesi’nin mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmettiği kararlar arasında gerekçesi bakımından en dikkat çekici olan Tasfiye Halinde Cemtur Seyahat ve Turizm Ltd. Şti. başvurusunda verdiği karara konu olayda, sözleşme ilişkisi içinde bulunan şirketin sonradan TMSF’ye intikal etmesi ve alacaklı şirketin yargı kararı ile kesinlik kazanmış alacaklarını bu şirketten tahsil edilememesi, ve bu nedenle en önemli alacağını alamayan alacaklı şirketin iflasına karar verilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Bu kararda Anayasa Mahkemesi, başvuru şirketin takip hukukuna dayanarak alacağını tahsil edebilme imkanının TMSF’nin sahip olduğu olağanüstü yetkiler nedeniyle fiilen imkânsız hale geldiğini, bunun da mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, başvuru şirketin borçlu şirket ile olan ilişkisinin bankacılık faaliyetleriyle veya banka kaynaklarının kul-

<sup>118</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2013/865, 01.06.2016.

lanılması ile ilgili olmayıp hizmet akdinden kaynaklanan ticari nitelikte bir ilişki olduğu bu nedenle de iyi niyetli üçüncü kişi olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindedir. Anayasa Mahkemesi, başvuru şirketin yapmış olduğu icra takipleri ile açmış bulunduğu davaların lehine sonuçlandığı, ancak alacaklarını tahsil imkanından TMSF müdahalesi nedeniyle yoksun kaldığı tespitinde de bulunmuştur. Mahkemeye göre başvuru henüz İmar Bankasına el konmadan sözleşme ilişkisini feshederek icra takibine başladığı gerçeği de gözetildiğinde; bankanın mali yapısının kötüye gittiği, sonradan kanun değişikliklerine gidilerek TMSF'ye birtakım yetkiler verileceği ve takiplerin durdurulabileceği gibi hususları, öngörmesini kendisinden beklemek mümkün değildir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi başvuru şirketin, borçlu şirketten tahsilat aşamasına geldiği alacaklarını tahsil etme imkanının ortadan kaldırıldığı, böylelikle bir hukuki belirsizliğe maruz bırakılarak kendisinden zarara katlanmasının beklendiği, oysa bankaların denetim ve gözetiminden bizzat devletin sorumlu olduğu kanaatine varmıştır. Bu nedenle mülkiyet hakkına müdahale ile kamu yararı arasında bulunması beklenen denge bozulduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

## 2. Munzam Zarar Hususunda Verilen Alois Harrer ve diğeri Başvurusu<sup>119</sup> ile Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusuna<sup>120</sup> İlişkin Kararlar

Anayasa Mahkemesi'nin munzam zarar konusundaki iki kararına gelince; bunlardan ilki Alois Harrer ve diğeri başvurusuna ilişkin olarak verilen ve aynı zamanda pay sahipliği ile ilgili bulunan mülkiyet hakkının ihlali kararıdır. Başvuru konusu olayda TMSF'ye intikal eden ve daha sonra 3. kişiye satılan banka ile ilgili olarak, bu işlemlerin mahkeme kararı ile iptal edilmesine karar verilmiştir. Buna müteakip, bankanın TMSF'ye intikal etmesinden önceki pay sahipleri tarafından açılan tazminat davasında tazminata hükmedilmiştir. Mahkeme başvuru şirketin hükmedilen tazminatın enflasyon karşısında değer kaybına uğradığı iddialarını yerinde bularak mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu kararda hisse senedinin mülk olarak telakki edilmesi gerektiği ifade edilmiş ve hisse senetlerinin hukuka aykırı bir şekilde devrinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği belirtilmiştir. Başvuru konusu olayda açılan tazminat davasında ilk derece mahkemesi bankaya el konulmasından bir gün önceki rayiç değeri esas alıp tazminata hükmetmiş ve buna kanuni faiz işletmiştir. Anayasa Mahkemesi bunu doğru bulmadığını “Ancak başvuru şirketin bu alacağının tespit edilmiş olması tek başına mağdur sıfatını ortadan kaldırmamaktadır. Başvuru şirketin mağdur sıfatının ortadan kaldırılabilmesi için ileri sürülen ihlalin hem zaman hem de mağdurun bu hakkı kullanmadığı süre göz önüne alınarak telafi yoluna gidilmesi gerekmektedir” ifadeleriyle dile getirmiştir. Anayasa Mahkemesine göre “Ödenen tazminat veya diğer alacak tutarlarının enflasyonun etkilerinden arındırılarak güncelleştire-

<sup>119</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2017/26283, 15.1.2020.

<sup>120</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2014/2267, 21.12.2017.



rilmesi yani alacağa hak kazanıldığı tarih ile ödeme tarihi arasında geçen süredeki hissedilir değer kaybını telafi edecek biçimde faiz uygulanması, mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağın enflasyon karşısında değer kaybetmesini önleyebilecek bir araçtır”. Son olarak mahkeme “adil tazmin” olarak adlandırdığı tazmin şeklinin ancak “hükmedilen tazminat tutarlarının değer kaybına uğratılmadan makul bir sürede ödenmesi” ile gerçekleşebileceğini belirtmiştir. Mahkeme “Bu durumda somut olayda alacaklarının değer kaybına uğratılması başvuru sahiplerine şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediğinden söz konusu müdahalenin kamunun yararı ile başvuru sahiplerinin mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengeyi başvuru sahipleri aleyhine bozduğu sonucuna varılmıştır” gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Mahkemenin munzam zararlar ile ilgili olarak verdiği bir diğer karar ise baraj inşaatı yapım sözleşmesinden kaynaklanan alacağın değer kaybına uğradığı iddiasını haklı bularak mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmettiği Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti. başvurusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu olayda başvuru sahiplerinin daha önce AİHM’ne de başvurduğu ancak AİHM’nin “başvuru sahiplerinin gecikme dolayısıyla ödenen faizi aşan zararlarının 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun 105. maddesinde öngörülen iç hukuk yolunu kullanabileceği” şeklindeki gerekçe ile iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvuruyu kabul edilemez bulduğu görülmektedir. Başvuru sahibi bunun üzerine munzam zararın tazmini için dava açmıştır<sup>121</sup>. Başvuru sahibi daha sonra Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Hemen belirtelim ki Anayasa Mahkemesi bu kararda Alois Harrer vd. başvurusunda verdiği karardan farklı birtakım hususlara değinmiş ve ayrıca munzam zararın ispatı konusunda ilk derece mahkemelerinde aranan şartlara da atıf yapmıştır. Mahkeme ilk olarak “ödenen faiz tutarına rağmen aynı dönemde enflasyonun yaklaşık kümülatif olarak %13.254 oranında arttığı, diğer bir deyişle başvuru sahiplerinin alacağı %1’inden bile daha az bir miktara düştükten sonra enflasyon karşısında bu alacağın önemli ölçüde değer kaybına uğratarak ödendiği görülmektedir” tespitinde bulunmuştur. Mahkeme bu duru-

<sup>121</sup> Dava sonunda ilk derece mahkemesi şöyle bir hüküm sevk etmiştir: “... Dava, munzam zarara ilişkin olup, uyulan bozma ilamında belirtildiği üzere davacının yaptığı baraj inşaatının tasfiyesine ilişkin olarak düzenlenen 09.06.1988 tarihli tutanakta tasfiye nedeniyle davacı şirkete masraf ve hiç bir tazminat ödenmeyeceğinin ifade edilmiş olmasına göre 8/505 sayılı kararname hükümleri doğrultusunda munzam zarar hesap ve talebinin mümkün bulunmadığı anlaşılmalı birlikte davacının alınan bilirkişi raporlarına göre kendi hükmi şahsiyeti nedeniyle davacı şirket aleyhine yapılan icra takipleri nedeniyle davacı şirketin defterlerinin ve temlikleri ile takip dosyalarına göre davacı şirketin aynı iş döneminde yüklendiği diğer işlerinin akıbeti de araştırılarak uğradığı zarara etkisinin bulunup bulunmadığı yönünde alınan bilirkişi raporlarına göre davacının yaptığı iş nedeniyle davacıya ödenen temerrüt faizlerinden fazla munzam zararının ispatlanmadığı anlaşılmalı, alınan rapor ve ek raporların kapsamına göre de davacıya ödenen faizlerden fazla munzam zarar hesaplanmasına esas alınabilecek faizin yani zararın tespit edilememesine nazaran mahkemenin 1999/22 Esas sayılı dosyasında evvelce hükmedilen 500 TL’lik munzam zararında bulunmadığı sonucuna varıldığından esas davanın ve birleşen dosyadaki munzam zarara dair kalemleri ihtiva eden davanın reddine karar vermenin doğru olacağı sonuç ve kanısına varılmıştır...”

mun mülkiyet hakkını ihlal ettiğine ise “Sonuç olarak başvuru hakkının mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödendiği anlaşıldığından başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklendiği kanaatine varılmıştır. Bu tespite rağmen derece mahkemelerinin başvuru hakkının zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamunun yararı ile başvuru hakkının mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengeyi bozduğu değerlendirilmiştir” ifadeleriyle hükmetmiştir.

### **3. TMSF’ye Devredilen Banka ile Grup Şirketleri Arasında Akdedilen Protokolün Temerrüde İlişkin Hükümlerinin İşletilmesi Nedeniyle Mülkiyet Hakkının İhlal Edilmiş Olmayacağı Hususunda Erol Aksoy Başvurusuna İlişkin Karar<sup>122</sup>**

Başvuruya konu olayda TMSF ile başvuru grup şirketleri arasında borç tasfiyesine ilişkin bir protokol düzenlenmiştir. Ancak daha sonra bazı yükümlülüklerin yerine getirilmediği gerekçesiyle TMSF tarafından protokolün temerrüde ilişkin hükümlerinin uygulanmasına karar verilmiştir. Başvuru, TMSF’nin alacaklı temerrüdüne düştüğünü, protokol kapsamındaki borçların ifası için şirketlerin kendisine devrinin gerektiğini, bu sayede şirketin iktisadi değerinin artırılabilirliğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi, protokol kapsamında bazı taksitlerin ifa edilmemesi nedeniyle temerrüde ilişkin hükümlerin işletildiğini belirtmiştir. Ancak başvuru şirketlerin kendisine devri gerektiğine ilişkin iddiasının kararda tartışılmadığı görülmektedir. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi bu konuda sadece şirketlerin başvuru devri konusunda protokole idareye yönelik açık bir yükümlülüğün bulunmadığını belirtmiştir.

## **F. BİR TİCARİ FAALİYETİN YÜRÜTÜLMESİNE DAİR VERİLEN İZİN VE RUHSATLARIN İPTALİ HAKKINDA KARARLAR**

### **1. İkrazatçılık Faaliyet İzininin Kaldırılması Hususunda Ohannes Tomarcı Başvurusuna İlişkin Karar<sup>123</sup>**

Ohannes Tomarcı başvurusuna konu karara konu olayda başvuru, mülga 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında KHK kapsamında ikrazatçı olarak faaliyet göstermektedir. Ancak 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte 90 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmış ve 6361 sayılı kanunun geçici 5. maddesi ile faaliyetlerine mezkûr kanunda belirtilen şirketlerden biri olarak devam etmedikleri takdirde ikrazatçılık faaliyet izninin de kendiliğinden sona ereceği hükme bağlanmıştır. Hazine müsteşarlığı başvuru hakkının faaliyet iznine son vermiştir. Başvuru hakkının açtığı davalar ise reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru Anayasa Mahkemesi’ne

<sup>122</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2015/13350, 17.4.2019.

<sup>123</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2015/18992, 28.6.2018.

başvurarak, söz konusu düzenlemenin kendisini ve çalışanlarını büyük bir maddi zarara uğrattığını, müşteri çevresini kaybettiğini ve ikrazatçılık faaliyetine alternatif olarak sunulan imkanların sınırlı olduğunu ileri sürerek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi ilk olarak ikrazatçılık faaliyetinin mülk niteliğini tartışarak, bu faaliyetin “bir müşteri çevresi ve mesleki itibar sağladığı, bunun ise başvuru açısından şahsi bir hak ve ekonomik bir mal varlığı değeri ifade ettiği” kanaatine varmış ve ortada 1982 AY md. 35 hükmü anlamında bir mülk olduğu sonucun ulaştığıdır. Anayasa Mahkemesi’ne göre somut olayda müdahale, 1982 AY md. 35/3 hükmü bağlamında devlet tarafından mülkiyetin kamu yararına kullanılıp düzenlenmesi kapsamında finans piyasalarındaki gerçekleştirilen düzenlemeler ile gerçekleşmiştir. Mahkeme bu müdahalenin bir ihlal oluşturup oluşturmadığını kanunilik, kamu yararı ve ölçülülük ilkeleri kapsamında irdelemiştir. Anayasa Mahkemesi zamanın şartları doğrultusunda belirli bir alanda köklü bir değişiklik yapılması gerekliliği karşısında başvurucuya normal dışı bir külfet yüklenmediği, uzmanlık alanıyla ilgili sair faaliyetlerde bulunmasına engel olunmadığı gerekçesiyle, müdahalenin ölçülü olduğu kanaatine varmış ve mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

## 2. Sigorta Prodüktörlüğü Belgesi Hususunda Sertaç Malik Eskişehirli Başvurusuna İlişkin Karar<sup>124</sup>

Sertaç Malik Eskişehirli başvurusuna konu olay ise sigorta prodüktörlüğü belgesinin yenilenmesine ilişkin talebin, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nda sigorta prodüktörleri konusunda bir hüküm öngörülmemiş bulunması gerekçesiyle Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği tarafından reddedilmesinin, mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir. Meseleyi öncelikle mülkiyetin varlığı noktasında inceleyen Anayasa Mahkemesi; müşteri çevresi oluşumuna imkân tanınması, mesleki açıdan bir itibar sağlanması ve şahsi nitelikte bir hakkın var olmasına sebebiyet vererek, iktisadi bir malvarlığı değeri olarak ifade edilebileceği nedenleriyle sigorta prodüktörlüğü belgesini mülk kapsamında kabul etmiştir. Mahkemeye göre yapılan müdahale etkin bir sigortacılık sektörünün oluşumunun sağlanması amacıyla gerçekleştirilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının kamu yararı güdülerek kontrol ve regüle edilebilmesine ilişkin 1982 AY md. 35/III hükmü kapsamında değerlendirilmelidir. Mahkeme söz konusu müdahalenin başvuru yönünden ağır bir müdahale olmakla birlikte, şahsi (birel) bir işlemin de bulunmadığının, müdahalenin kanun değişikliği ile gerçekleştiğinin altını çizmiştir. Mahkemeye göre sigortacılık sektörünün regülasyonu konusunda kamu otoritelerinin ve kanun koyucunun geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Nitekim kanun koyucu da temel vazifesi sigorta sözleşme akdet-

<sup>124</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2014/5659, 20.7.2017.

mek isteyenlere bilgi vermek şeklinde özetlenebilecek sigorta prodüktörlüğü unvanına ihtiyaç kalmaması nedeniyle 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda yer vermemiştir. Yine mahkemeye göre başvurunun uzmanlık alanını dahilinde sigorta acentesi, sigorta eksperisi, sigorta hakemi, broker gibi unvanlar için başvuruda bulunması da mümkündür. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, başvurucuya yükletilen külfetin müdahalenin meşru amacı ile kıyaslanamayacağı, kamu yararı-mülkiyet hakkının korunması dengesinin sarsılmadığı, başvuruca aşırı bir külfet yüklenilmediği gerekçeleriyle mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

## G. KAYYIMLIKTAN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUNLARLA İLGİLİ KARARLAR

### 1. Terör Suçları Nedeniyle Şirketlere Kayyım Atanması Hususunda Hamdi Akın İpek Başvurusuna İlişkin Karar<sup>125</sup>

Başvuru konusu olayda Koza İpek Holding şirketleri yönetimine terörizmin finansmanı gerekçesi ile CMK md. 133/4 hükmü doğrultusunda kayyım atanmış daha sonra kayyımların yetkileri TMSF'ye intikal etmiş ve şirketler TMSF tarafından atanan yönetim kurulu tarafından idare edilmiştir. Açılan davalarda mezkûr malvarlığının müsaderesi talep edilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin hüküm tarihi itibarıyla yargılama devam etmektedir. Anayasa mahkemesi meseleye ilk olarak taraf ehliyeti açısından yaklaşmış ve söz konusu şirket tüzel kişiliğinin fiilen Anayasa Mahkemesi'ne başvurma imkanının hukuki anlamda ortadan kalkması nedeniyle, şirketin hâkim ortağı ve yöneticisi olan kişinin başvurusunun, ortada güncel bir mağduriyet bulunması nedeniyle mümkün olduğunu belirtmiştir. Yine mahkemeye göre bir sermaye şirketinin idare edilmesi mülkiyet hakkı üzerinde tasarrufta bulunmak anlamına geleceğinden, şirket yönetimine kayyım atanması da tasarruf yetkisi kısıtlaması niteliğinde kabul edilmelidir. Mahkeme, her ne kadar suçtan elde edilen gelirden fazlasına el konulmaması ve müsadere edilmemesi esas olsa da somut olayda, şirket bilançolarının karmaşıklığı nedeniyle neticeye ulaşmanın belli bir zaman alacağına altını çizmiş ve zaten somut olayda asıl amacın terörizmin finansmanının önlenmesi olduğunu belirterek, kayyım atama kararının orantısızlık ihtiva etmediği sonucuna ulaşmıştır. Yine mahkemeye göre kayyımın iş ve işlemlerine karşı hukuki yollara gitme imkânı ve davanın sonunda tazminat davası açma imkânı da mevcuttur. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi örgütlü suçlarda idarenin geniş bir takdir hakkına sahip bulunduğu, bu nedenle söz konusu tedbirin başvuruca olağanın dışında bir külfet yüklediği ve kamu yararı ile mülkiyet hakkının korunması arasındaki dengenin bozulmadığını belirterek mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

<sup>125</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2015/17763, 24.5.2018.

## 2. Şirkete Kayyım Atanması İçin Gerekli Şartların Oluşup Oluşmadığı Hususunda Garaj Doğa Sporları ... Ltd. Şti. ve Silah Dünyası Savunma Sanayi ... Ltd. Şti. Başvurusuna İlişkin Karar<sup>126</sup>

Başvuruya konu olayda, başvuru şirketlerin bazı ortak ve yöneticilerinin tutuklanması üzerine, başvuru şirketler, şirketlerin yönetimine kayyım atanması talebiyle mahkemeye başvurmuş ancak, tutuklu ortak ve yöneticilerin serbest bıraktığı ve kayyım atanması için gerekli şartların oluşmadığı gerekçesiyle bu talep reddedilmiştir. Başvuru şirketler ayrıca kayyım atanmaması nedeniyle şirketin yönetilememesi, acze düşmesi nedeniyle oluşan zararın giderilmesi için de tazminat davası açmışlarsa da bu talepleri de kabul görmemiştir. Anayasa Mahkemesi, öncelikle sermaye şirketlerindeki ortaklık paylarının mülk kapsamında olduğu tespitinde bulunmuş ve şirkete kayyım atanmaması yakınmasını, devletin mülkiyet hakkına negatif nitelikli bir müdahalesi olarak değil, mülkiyet hakkının korunmasına yönelik devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında değerlendirmiştir. Mahkemeye göre kayyım atanması muhakeme süreci sonunda olası bir müsaderecinin gerçekleştirilmesi amacıyla kabul edilmiş bir ceza muhakemesi tedbiri olup, özel hukuk amaçları için kullanılması doğasına aykırıdır. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi şirketlerdeki geçici yönetim boşluklarına karşı gerekli hukuki mekanizmaların yokluğunun, devletin pozitif yükümlülüğünün ihlali anlamına geleceğinin de altını çizmiştir. Mahkemeye göre gerek medeni hukukta ve ticaret hukukunda bu tip durumlar için kabul edilmiş vekalet ve temsil gibi birtakım yollar bulunmakta, böylelikle kayyımın ifa edeceği görevin bu kurumlar eliyle yerine getirilmesinde hukuki bir sıkıntı bulunmamaktadır. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi özel hukuk araçlarıyla şirketteki yönetim boşluğunun önlenmesi mümkün olduğundan, mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

## H. USÛLİ MESELELERLE İLGİLİ KARARLAR

Anayasa Mahkemesi'nin ticari nitelikteki mülkiyet hakkını ilgilendiren birtakım kararları usûli meselelerle doğrudan ilgilidir.

### 1. Limited Şirkete Ait Tek Taşınmazın Ortaklar Kurulu Kararı Olmadan Satışı Hususundaki Kamil Darmaz ve GMO Yapı Grup End. San. Tic. Ltd. Şti. Başvurusuna İlişkin Karar<sup>127</sup>

6762 Sayılı TTK'nın yürürlükte olduğu dönemde her bir ortağın münferiden temsil yetkisinin bulunduğu bir limited şirkette, şirkete ait tek taşınmazın ortaklar kurulu kararı olmadan (değerinin çok altında bir bedelle) satışı hususunda verdiği kararında Anayasa Mahkemesi, başvuru şirketlerin ortaklar kurulu kararı olmadan yapılan şirkete ait tek taşınmazın satış işlemi yönünden, ortada 6762 sayılı TTK'nın ilgili hükümleri ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarının bulunduğunu belirt-

<sup>126</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2015/4638, 28.5.2019.

<sup>127</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2015/12563, 24.05.2018.

miş, bilirkişi raporunda da başvuru sahiplerinin iddiaları doğrultusunda açıklamalar bulunduğu ifade edilmiş ve mahkeme kararının yeterli değerlendirme ve gerekçe içermemesi ve ortada yolsuz bir tescilin var olup olmadığına araştırılmamış olması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında yargılamanın sonucu bakımından son derece önem taşıyan bir konuda ikna edici açıklama yapılmamasının altını önemle çizmiştir.

## 2. Uzun Süren İhtiyati Tedbirler, Çek Kanunu'ndaki Yaptırımların Uygulanması ve Mahkeme Kararına Aykırı Hareket Edilmesi Hususu ile İlgili Kararlar

Usûli meselelerle ilgili olmakla beraber ticari davalar bakımından önem taşıması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin uzun süren ihtiyati tedbirler konusundaki temel yaklaşımının bireylerin lehine olduğu görülmektedir<sup>128</sup>. Bir diğer karar da Çek Kanunu'nda belirtilen yaptırımların uygulanmasından mütevellit sorunlar konusunda olup, özü itibarıyla usûlsüz tebligat konusundadır<sup>129</sup>. Karar, karşılıksız çek keşidesine ilişkin mahkeme kararının usulüne uygun tebliğ edilmemesine rağmen, çıkarılan yakalama emri nedeniyle adli para cezasının ödenmesi; karar henüz kesinleşmeden ilgili kanun hükmünün değişmesi ile karşılıksız çek keşide etme fiilinin idari yaptırıma tabi tutulması ve daha önceden ödenen adli para cezasının iade edilmemesi nedeniyle, mülkiyet hakkının ihlal edildiği hususuna ilişkindir. Anayasa Mahkemesi bu kararında Anayasa'ya uygun addedilebilecek bir mülkiyet hakkı müdahalesinin kanuni olma, kamu yararı amacını sağlama<sup>130</sup> ve ölçülülük ilkeleri açısından değerlendirilmesinin yapılması gerektiğinin altını çizmiştir. Mahkemeye göre mülkiyet hakkına müdahale edilen kişiye bu müdahaleye yönelik itirazlarını sürebilmesine imkân tanımak, buna ilişkin yollar öngörmek gerekir. Somut olayda her şeyden önce bir fiilin suç olmaktan çıkarılması söz konusudur. Her ne kadar kamu makamları çek konusunda geniş bir takdir yetkisiyle donatılmış olsa da tebliğin usulüne göre yapılmaması nedeniyle itiraz etme imkânı ortadan kaldırıldığı için mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

<sup>128</sup> 2014/8403 numaralı Muhammet Ali Yılmaz ve Diğerleri başvurusuna ilişkin 10.10.2019 tarihli kararda Numaralı kararda Anayasa Mahkemesi, anonim şirket çalışanlarının malvarlıkları üzerinde konulan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uzun süre devam etmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlaline hükmetmiştir. Mahkeme bu kararında geçici hukuki koruma tedbirleri bakımından devletlerin geniş bir takdir yetkisini haiz olduğunun altını çizmiştir. Ancak mülkiyet hakkının ihlal edilmemesi için, devletin bu konudaki pozitif yükümlülükleri çerçevesinde malike aşırı bir külfet yüklememesi ve orantısız olmaması gerektiğini belirtmiştir. 2016/8346 numaralı Şükrü Karahasanoğlu başvurusuna ilişkin 18.06.2020 tarihli kararda ise yönetimi ve denetiminin TMSF'ye intikal ettiği bir bankanın eski yönetim kurulu üyesinin malvarlığı üzerine konulan ihtiyati tedbirin 18 yıl sürmesi nedeniyle benzer gerekçelerle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

<sup>129</sup> AYM Kararı, Zülüye Öztürk Başvurusu, Başvuru No: 2014/1734, 14.09.2017.

<sup>130</sup> Kararda çeki ilişkin olarak kanun koyucunun öngördüğü müeyyidelerin kamu yararına dayalı olduğu, "Kambiyo senetlerinden olan çekin güvenilir bir ödeme aracı olmasının ticaret hayatı ve ekonomi sistemi bakımından önemli dikkate alındığında kambiyo taahhüdüne uyulmamasının cezalandırılmasını amaçlayan başvuruya konu müdahalenin kamu yararına dayalı meşru bir amacı içerdiği değerlendirilmiştir" ifadeleriyle özellikle belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi iktisadi ve ticari bütünlüğün satış ihalesinin mahkeme tarafından iptal edilmesine rağmen, yine de ilgili kurumca satış işleminin gerçekleştirilmesi hususunda da mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin hüküm tesis etmiştir<sup>131</sup>.

### III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TİCARİ NİTELİKLİ MÜLKİYET HAKKININ İHLALİ İDDİALARINA KARŞI, AÇILAN İPTAL DAVALARINDAKİ TUTUMU

Anayasa Mahkemesi'nin ticari nitelikli mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiaları karşısında iki önemli iptal kararı bulunmaktadır.

#### A. 12.06.1933 TARİHLİ 2308 SAYILI ŞİRKETLERİN MÜRURU ZAMANA UĞRAYAN KUPON TAHVİLÂT VE HİSSE SENEDİ BEDELLERİNİN HAZİNEYE İNTİKALİ HAKKINDA KANUN MD. 1-4 HÜKÜMLERİNE İLİŞKİN OLARAK VERİLEN KARARLAR

Söz konusu kanun ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin biri 1961 Anayasası döneminde verilen ve söz konusu kanunun anayasaya aykırı olmadığına hükmedilen 18.02.1965 tarihli 1964/47 E. ve 1965/8 K. sayılı kararı ile 1982 Anayasası döneminde verilen ve aynı kanunun bu defa mülkiyet hakkına aykırı görülerek iptaline hükmedildiği 10.04.2019 Tarihli, 2018/136 E. ve 2019/21 K. sayılı kararı olmak üzere iki farklı kararı bulunmaktadır.

2308 Sayılı kanunun birinci maddesi anonim ve limited şirket hisseleri ile paylı komandit şirkette komandit ortaklara ait payların, bu üç şirketin tahvillerinin kanuni mazeret bulunmaksızın beş senelik zamanaşımına uğramış faiz, temettü, ikramiye gibi menfaatlerinin ve ayrıca bu hisse ve tahvillerden nakde dönüşmüş olanlarının on yıllık zamanaşımına uğrayanların bedellerinin devlete intikal edeceği hususunu hükme bağlamıştır.

Önce bu kanunla ilgili olarak 1961 Anayasası döneminde verilen 18.02.1965 tarihli 1964/47 E. ve 1965/8 K. sayılı karardan bahsedelim. Anayasa Mahkemesi 2308 sayılı kanunun birinci maddesinin düşürücü zamanaşımı ile ilgili olduğunu ve düşürücü zamanaşımında alacaklıların dava haklarının düştüğünü ve normal şartlarda menfaatlerin borçluda kalması gerekirken, kanunun burada ayrık bir düzenleme yaparak, menfaatlerin devletin uhdesinde kalmasını uygun gördüğünü belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi mezkûr kanuni düzenlemede bir yasama tasar-

<sup>131</sup> Başvuruya konu olayda değeri değerlendirme raporunda 50.000.000 ABD Doları olarak belirlenmiş olan Cine 5 iktisadi ve ticari bütünlüğü TMSF tarafından 40.000.000 ABD Doları bedelle ihale edilerek satılmıştır. Başvurucunun, ihalenin iptali için açtığı davalar kabul edilmiş ise de iptale ilişkin mahkeme kararı TMSF tarafından hukuki ve fiili imkânsızlık gerekçesi ile uygulanmamıştır. Zira söz konusu iktisadi ve ticari bütünlük ihale alıcısına devredilmiştir. Anayasa Mahkemesi satış işleminin gerçekleştirilmiş olmasının, satışın iptaline ilişkin mahkeme kararının hukuki ve fiili imkânsızlık nedeniyle uygulanamayacağı hususunda yeterli bir gerekçe teşkil etmeyeceğine ve başvurucu için en ideal alternatif çözümü eski hale getirme (restitutio in integrum) ilkesine göre mahsup, takas gibi çözümleri önermesi gerektiğini belirtmiş ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir; bkz. AYM Kararı, Erol Aksoy Başvurusu, Başvuru No: 2016/11026, 12.12.2019.

rufu bulunduğunu, zaten şirketin zimmetinde bulunan söz konusu miktarlar üzerinde mülkiyet hakkının da bulunmadığını ve zamanaşımı süresinin dolmasıyla bu bedellerin kendiliğinden devlete intikal etmesi nedeniyle ortada kazanılmış hak müessesesini zedeleyen bir durumun mevzu bahis olamayacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca kanunun kapsamının sadece sermaye şirketi olarak belirlenmesinin de bu şirketlerin halktan toplanan büyük paralarla teşekkül etmeleri nedeniyle eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmediği kanısına varmıştır. Sonuç olarak mahkeme, 2308 sayılı kanunun anayasaya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

2308 Sayılı kanun 1982 Anayasası döneminde tekrar dava konusu edilmiş ve bu defa Anayasa Mahkemesi'nin 10.04.2019 Tarihli, 2018/136 E. ve 2019/21 K. sayılı kararı ile mülkiyet hakkına aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kanunun burada düşürücü zamanaşımına ilişkin bir hükmün öngörmele birlikte bu zamanaşımı türünün mülkiyet hakkında bir değişikliğe sebebiyet vermeyip, borcu eksik borç haline getirdiğini ve borçlunun zamanaşımı def'i ileri sürmek suretiyle ifadan kurtulabileceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre söz konusu hükümle zamanaşımına uğramış bu kıymetler üzerinde devlete bir alacak hakkı tanınmıştır. Her ne kadar bu alacak hakkı bir kamu alacağı niteliğinde olmasa da kanuna dayanması, zamanaşımına tabi tutulmaması, yaptırımının kanunda belirtilmesi nedenleriyle özel hukuk alacaklarından da farklılık arz etmektedir. Bu hükmün gerekçesinde o dönemde dünyada gerçekleşen iktisadi krizin de etkisiyle kamu bütçesine kaynak sağlamak amacıyla mezkûr hükmün öngörüldüğü görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemenin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini, burada şirketlerin mülkiyet haklarının zamanaşımı gerçekleştikten sonra dahi devletin alacak hakkına nazaran öncelik arz ettiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, bu kıymetler zamanaşımı gerçekleşmeden evvel şirket malvarlığında yer almakta iken; zamanaşımına uğramakla artık şirketin serbestçe tasarruf edebileceği bir özkaynak hüviyetine bürünmektedir. Anayasa Mahkemesi, 2308 sayılı kanunun birinci maddesinin mülkiyet hakkına etkisi konusunda birtakım önemli açıklamalarda bulunmuştur. Mahkemeye göre söz konusu düzenleme bir yönüyle şirketin mezkûr borçları ifa etme olanağını elinden alırken, diğer yönüyle de şirketin mahiyeti itibarıyla zamanaşımına uğramış borç hüviyetinde olan bu menfaatler üzerinde sahip olabileceği mülkiyet hakkını mutlak bir şekilde sonlandırmaktadır. Dolayısıyla maddede adı geçen menfaat ve bedellerin devlete intikali hem şirket malvarlığının azalması nedeniyle doğrudan doğruya ve hem de pay sahiplerinin paylarının değerinde kayba maruz kalmaları nedeniyle dolaylı olarak mülkiyet hakkına tesir etmektedir. Üstelik bu etki tahvil ve intifa senedi sahipleri için de geçerlidir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmü 1982 AY md. 13 anlamında sınırlamanın kanuna dayalı olması, kamu yararı ve ölçülülük ilkeleri gözetilerek ger-



çekleştirilmesi kıstasları açısından da ayrıca irdelemiştir. Bu anlamda Mahkeme, devletin iktisadi anlamda bütçeye gelir kazandırmak amacıyla böyle bir hüküm tesis etmesinde kamu yararı bulunduğu kanaatindedir. Meselenin ölçülülük ilkesinin alt unsurları olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık açısından irdelenmesi ise Anayasa Mahkemesi'ni kamu yararı bakımından daha farklı bir sonuca yöneltmiş ve mahkeme müdahalenin ölçülülük ilkesine aykırılığını kanısına varmıştır. Mahkemeye göre diğer tüm kişiler gibi sermaye şirketlerinin de zamanışımına uğramış borçlarından mütevellit malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri gerekir. Ancak bu değerlerin devlete intikal etmesi gerektiğini hükme bağlayan dava konusu kural, sermaye şirketlerinin bu hakkını elinden almakta ve bu şirketlere normalin ötesinde bir külfet yüklemektedir. Kanunun kabul edildiği dönemde devletin ihtiyaçları için öngörülen ve o zamanın şartları için yadırganamayacak bu hüküm ile ulaşılmak istenen amaca, günümüzde daha hafif (daha az müdahaleci) yollarla ulaşılabileceği her zaman için imkân dahilindedir. Nitekim devletin aynı amaca vergi ve sair yollarla ulaşması mümkündür. Bu yapılmayarak 2308 sayılı kanun hükümlerine başvurulmasının ölçülülük ilkesine uygun olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi yukarıdaki mülahazalarla 2308 sayılı kanun md. 1 hükmü ile sermaye şirketlerinin zamanışımına uğramış kıymetlerinin devlete intikalini öngören hükmünün, bu şirketlerin mülkiyet hakkını ölçsüz bir şekilde sınırlandırdığı gerekçesiyle 1982 AY md. 35'te ifadesini bulan mülkiyet hakkına aykırılık teşkil ettiği kanısına vararak iptaline hükmetmiştir.

## **B. 6362 SAYILI SERMAYE PİYASASI KANUNU MD. 13/4 HÜKMÜNE İLİŞKİN OLARAK VERİLEN 22.10.2015 TARİHLİ, 2015/29 E./2015/95 K. SAYILI KARAR**

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun md. 13/4 hükmü kayden izlenmeye başlanan sermaye piyasası araçlarının, bu tarihten itibaren yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmemeleri durumunda Yatırımcı Tazmin Merkezi'ne intikal edeceğini, üzerlerindeki sınırlı aynı hakların kendiliğinden sona ereceğini ve YTM hesabına geçmesinden itibaren üç ay içinde satılacağını hükme bağlamıştır. Anayasa Mahkemesi menkul kıymetlerin, bir sermaye piyasası aracı olarak alacak hakkı niteliğinde ve mülkiyet hakkı kapsamında olduğunu ve bunlara yönelik düzenlemelerin mülkiyet hakkının kapsamındaki yetkileri doğrudan ilgilendirdiğinden, mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığını belirtmiştir. Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre kaydileştirmeye ilişkin düzenlemelerin de birtakım meşru nedenleri bulunsa da bu meşru nedenler ile müdahale arasında bir orantı bulunması şarttır. Mahkeme, bu yönüyle kamu yararını gözetmek ve ölçülülük ilkesine de uymak suretiyle kanun koyucunun kaydileştirmeye ilişkin düzenlemeler yapma konusunda bir takdir yetkisi bulunduğunun altını çizmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre iptal davasına konu olan kural sermaye piyasalarının müstakbel yatırımcılarının yatırımlarını güvenle yapmalarına, kişilerin

mülkiyet hakkına sahip oldukları menkul kıymetleri üzerinde emin bir şekilde tasarruf edebilme imkanlarına engel olmakta ve aynı zamanda kişilerin bu menkul kıymetler üzerinde mülkiyet haklarını mutlak surette ve süresiz şekilde ortadan kaldırmaktadır. Mahkeme mezkûr kuralın aracı kuruluşlar için bir tazmin yolu öngörmesine rağmen, sermaye piyasası yatırımcısı kişiler için telafi edici bir tazmin yolu öngörmemiş olduğunun da altını çizmiştir. Bu yönüyle kişi hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasındaki denge kişilerin aleyhine bozulmuş ve ölçülülük ilkesi ihlal edilmiş bulunmaktadır. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmün şahısların mülkiyet hakları ile kamu yararı arasında bulunması gereken adil ve makul dengeyi gözetmediğine karar veren mahkeme, mezkûr hükmün mülkiyet hakkına aykırılık taşıdığına hükmetmiştir.

#### **IV. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TİCARİ NİTELİKLİ MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASINA İLİŞKİN YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Anayasa Mahkemesi bireysel başvurulara ilişkin kararlarında kişiler arasındaki ticari uyumsuzluklar bakımından devletin pozitif yükümlülükleri açısından olaya yaklaşmaktadır. Yukarıdaki kararlarda da görüldüğü üzere Mahkeme, kişilere hukuki imkanların tanınıp tanınmadığı ve eğer tanınmış ise kişilerin bu imkanları kullanıp kullanmadığı noktasında meseleyi irdelemiştir. Ancak devletin hukuki imkanlar tesis etmesi yeterli olmamakta, ayrıca bunun somut olarak işlevsel ve uygulanabiliyor olması da gerekmektedir<sup>132</sup>. Kişilerin sahip olduğu hukuki imkanları kullanmaması halinde ise Mahkeme, söz konusu başvuruya ilişkin olarak, ihlalin bulunmadığını öngörmektedir. Yine özel hukuk kurallarının çeşitli alternatifler sunmasına rağmen, bunların kullanılmayıp Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması halinde de aynı sonuca ulaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında başvuru sahiplerinin halefiyet, rücu, alacağını iflas masasına yazdırma gibi imkanların varlığını bireysel başvuru talepleri bakımından ihlalin bulunmadığı şeklinde yorumlamıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi başvuru konusu olayla ilgili yerleşik yargı uygulaması mevcut ise, bu uygulamanın gözardı edilmesini de doğru bulmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında olayların esasına ilişkin açıklamalardan imtina ettiği de görülmektedir. Mahkeme ticaret hukukunun ve özel hukukun temel kavramları konusunda da derinlemesine açıklamalarda bulunmaktan kaçınmaktadır. Bununla birlikte bazı kararlarda ise mahkemenin işin esasına girebildiği ve ilk derece mahkemesi gibi hareket ettiği de görülmektedir. Bu kararlar içerisinde Nobel İlaç Pazarlama ve Sanayii Ltd. Şti. başvurusuna ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin açıklamaları büyük önem taşımaktadır. Zira mezkûr kararda mahkeme, hukuk kurallarının yorumu ve bireysel başvurunun ikincilliği ilkesinin altını çizmek suretiyle, hukuk kurallarının yorumu ve delillerin değerlendirilmesi

<sup>132</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2018/3296, 30.06.2021. §59.

dirilmesi konusunda yetkilerinin sınırlı olduğunu ifade etmiş olmasına rağmen, bunu bizzat gerçekleştirmiştir.

Bireysel başvuru kararlarından çıkarttığımız bir diğer sonuç da ticari nitelikli mülkiyet hakkının ihlal iddialarında, bir tarafın kamu tüzel kişiliği ya da devlet tüzel kişiliği olması durumunda Anayasa Mahkemesi'nin meseleye daha otoriter yaklaşmış olmasıdır. Böylelikle ticari nitelikli mülkiyet hakkı ihlal iddiaları bakımından, her ne kadar köklü değişikliklere maruz kalsa da, 1982 Anayasası'nın otorite hürriyet dengesinde otoriteye ağırlık veren ilk felsefesine yakın bir yaklaşım ortaya koyduğu söylenebilir. Örneğin anonim şirkette yüzde bir pay sahibi olan ve şirketi temsil ve ilzam yetkisi de olmayan yönetim kurulu üyesinin, şirketten tahsil imkânı bulunmasına rağmen, kamu borcunu ifa ile yükümlü kılınmasına ilişkin Erol Kesgin başvurusunda, mahkemenin, TTK md. 375/1-e bendi uyarınca yönetim kurulunun üst gözetim sorumluluğunun altını çizmesi, bu tutumu net olarak ifade etmektedir. Oysa söz konusu olayda oldukça düşük bir miktarın, şirketin malvarlığından tahsil etme imkânı da mevcut olduğu halde, temsil yetkisi dahi olmayan yönetim kurulu üyesinden tahsil edilmesi söz konusu idi. Bu haliyle Anayasa Mahkemesi'nin TTK md. 375/1-e bendine atıfta bulunmasının hatalı olmasının yanı sıra, aynı zamanda somut olayda ölçülülük ilkesine de bariz bir aykırılık bulunmaktadır. Keza Anayasa Mahkemesi söz konusu kararda şirketlerde kamu borçlarından sorumluluk konusundaki kanun hükümlerinin anayasaya aykırı olmadığını ifade ederek, bu düzenlemeler içerisinde yer alan ölçülülük ilkesine ve hakkaniyete aykırı hükümlerin anayasa aykırılık teşkil edebileceğini kabul etmemiştir.

Anayasa Mahkemesi bir tarafın TMSF olduğu davalarda da büyük oranda meseleyi toplum menfaatinin bireysel menfaatten üstün gelmesi açısından ele alıp incelemiştir. Esasen mahkemenin TMSF ile ilgili kararlarında genel olarak hukuki gerekçelendirmelerini kamu yararı kavramı üzerinden gerçekleştirdiğini görmekteyiz. Örneğin TMSF'ye intikal eden ve hisse senetlerinin borsada işlem gördüğü şirketlerde, TMSF'ye intikal nedenleriyle ilgisi bulunmayan borsa yatırımcılarının uğradıkları zararın, mülkiyet hakkına aykırı teşkil etmediğini, bir şirkete ortak olmanın nimetleri kadar külfetlerinin de bulunduğu şeklinde, kanaatimizce doğru bir şekilde gerekçelendirmişken; hemen akabinde bu kişilerin uğradıkları zararın toplumun maruz kaldığı zarar karşısında kendilerine aşırı bir külfet yüklediği ifadesini kullanmıştır. Kanaatimizce bu durum ticaret hukukunun temel mantığını net olarak ifade eden ilk gerekçenin hukukilik vasfına zarar vermiştir. Oysa Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarında da belirtildiği gibi, ticaret hayatında yatırım yapmanın kazançları olduğu kadar kayıpları da olabilir. Bu anlamda bir şirketin ticari hayatta zarar etmesi ile yöneticilerin hukuka aykırı hareket etmesi nedeniyle zarar etmesi aynı anlama gelecektir. Mahkemenin ticaret hukukunun temel mantığını ortaya koyan bu tespitlerinden sonra kamu yararına ilişkin diğer tespitlerine yer vermemesi gerekirdi.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi'nin mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararlarının sözleşmenin ifasından kaynaklanan mülkiyet hakkı ihlal iddialarında yoğunlaştığının da altını çizmek gerekmektedir. Özellikle de munzam zarar konusunda tesis edilen Alois Harrer başvurusu ile Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti. başvurularında tesis ettiği ihlal kararlarını tekrar zikretme gereği duymaktayız. Bu kararlarında Anayasa Mahkemesi konu ile ilgili yargı içtihatlarından da istifade etmiştir.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin ticari nitelikli mülkiyet haklarının ihlal iddialarına ilişkin bireysel başvurularda oldukça katı bir tutum takındığı ve büyük bir oranda bireysel başvurularda hak ihlalinin bulunmadığı şeklinde kararlar tesis ettiği kanaatine ulaşmış bulunmaktayız. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi ticari nitelikli mülkiyet hakkının ihlal iddialarıyla ilgili bireysel başvuru kararlarında, ticari mevzuattan ve yargı içtihatlarından yararlanmaktan çekinmemekte ve ticaret hukuku kurumlarını, ticaret hukukunun kendine özgü yorum tarzına müdahale etmeden ve ona aykırılık teşkil etmeden ana hatlarıyla yorumlamaktadır.

Mahkemenin iptal davalarında verdiği kararlara gelince; yukarıda Anayasa Mahkemesi'nin 2308 sayılı kanun ile 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu md. 13/4 hükmünü mülkiyet hakkına aykırı bularak iptal ettiğini, bu kararlar hakkında bilgi vermek suretiyle açıklamıştık. Burada özellikle de 2308 sayılı kanunun ilgili maddelerinin iptaline ilişkin kararın, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu md. 62 hükmü açısından ne anlam ifade ettiği üzerinde duracağız. Gerçekten de adı geçen kanunun md. 62 hükmü mahiyet itibarıyla büyük oranda 2308 sayılı kanun ile benzeşmektedir. Bozkurt, Anayasa Mahkemesi'nin 2308 sayılı kanun hakkında iptal kararı vermeden kısa bir süre önce kaleme aldığı makalesinde, konuyu enine boyuna tartışmış ve md. 62 hükmünün 1982 Anayasası md. 35 hükmüne aykırılık teşkil ettiği kanaatine varmış ve kanun değişikliği yapılması ya da Yargıtay 11. HD'nin meseleyi bir uyuşmazlık bağlamında Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirmesi önerisinde bulunmuştu<sup>133</sup>. Özellikle de 2308 sayılı kanuna ilişkin iptal kararı ile birlikte yazarın görüşlerinde haklılık payı olduğu ve meselenin Anayasa Mahkeme'sinin önüne getirilmesi halinde mülkiyet hakkına ilişkin 1982 Anayasası md. 35 hükmüne aykırı görülerek iptal edilebileceği kanaatini biz de paylaşmaktayız. Ayrıca kanaatimizce BankK md. 62 hükmüne benzer bir düzenleme olarak, bankaların iradi tasfiyesi ile ilgili 5411 sayılı BankK md. 20 hükmü de mülkiyet hakkına aykırılık teşkil etmektedir. Bu hüküm bankaların iradi tasfiyesi halinde, tasfiye halindeki bankaya müracaat edilmemesi nedeniyle TMSF'ye intikal eden değerlerin on yıllık süre sonunda yapılan son ilanın üzerinden altı

<sup>133</sup> Tamer Bozkurt, "Bankacılık Kanunu'nun 62. Maddesinin Hukuki Niteliği, Uygulama Alanı ve Mülkiyet ve Miras Hakkı Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 3, 1 (2017), 43.

ay geçmesine rağmen hak sahibi tarafından talep edilmemesi halinde TMSF'ye gelir kaydedileceğini hükme bağlamaktadır. Hükümün mevcut haliyle mülkiyet hakkına açıkça aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

Bunun haricinde Anayasa Mahkemesi'nin ticari nitelikli mülkiyet hakkı ihlal iddiaları hakkında verdiği iptal kararları incelendiğinde ölçülülük ilkesine büyük bir önem atfedildiği de belirtilmelidir.

Sonuç olarak anayasa hukuku alanında son yıllarda yaşanan gelişmelerin diğer tüm hukuk alanlarını olduğu gibi, ticaret hukukunu da etkilediği, anayasa ve insan hakları normlarının ticari nitelikli mülkiyet hakkından kaynaklı hukuki sorunlara doğrudan doğruya olmasa da dolaylı olarak etkilerinin bulunduğu görülmüştür. Yine ticari nitelikli mülkiyet hakkının korunması konusunda Anayasa Mahkemesi'ne pek çok bireysel başvuruda bulunulduğu ancak Mahkemenin bu konuda katı bir tutum izlediği kanaatine varılmıştır. Ticari nitelikli mülkiyet hakkına aykırılık teşkil eden kanun hükümlerinin iptali konusunda ise Mahkeme, son yıllarda önüne gelen iki kanunu da ölçülülük ilkesini de kararlarında yoğun bir şekilde kullanmak suretiyle iptal etmiştir.

## SONUÇ

Bu çalışma ticari nitelikli mülkiyet olgusuna kavramsal bir temel kazandırmayı ve anayasa- özel hukuk ilişkileri ekseninde ticari nitelikli mülkiyet hakkının ne şekilde korunduğunu belirlemeyi amaçlamıştır. Ancak böyle bir çalışma her şeyden önce anayasa ile özel hukuk arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiğine ilişkin bir tespit içermeliydi. Oldukça tartışmalı olan bu konudaki kanaatimiz anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine doğrudan doğruya uygulanamayacağı ancak ticari mevzuatın uygulanması esnasında her aşamada göz önünde tutulmasının da şart olduğu şeklindedir. Hirsch'in tabiriyle "bütün mevzuata Anayasa rengi ile boyanmış bir gözlükle bakılmalı" ve ticari mevzuatın yorumlanması, hukuk boşluklarının doldurulması gibi konularda anayasaya uygun hareket edilmelidir. Ancak hukuk hakiminin anayasa aykırı gördüğü bir kanunu uygulamaması söz konusu olamaz. Anayasaya aykırı olduğu düşünülen kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi gerekir.

Bu çalışmada ticaret hukukunun konusunu teşkil eden mülkiyet hakkı "ticari nitelikli mülkiyet" olarak adlandırılmıştır. Bu ifadenin pozitif hukukta karşılığı bulunmamakla birlikte önemli dayanakları vardır. Her şeyden önce AİHS ve 1982 Anayasası anlamında mülkiyet hakkı kapsam itibarıyla malvarlığı kavramı ile örtüşmektedir. Bu yönüyle medeni hukukun mülkiyet hakkı anlayışı ile çatışmaktadır. Oysa ticaret hukukunun konusunu oluşturan ticari nitelikli mülkiyet hakkı, AİHS ve 1982 Anayasa'sı ile özdeştir. Nitekim TTK md. 11/3 ve md. 127 hükümlerinden yola çıkarak ticari nitelikli mülkiyet kavramının da tıpkı AİHS ve 1982 Anayasası'nda olduğu gibi kapsam olarak malvarlığı şeklinde anlaşıl-

labileceği sonucuna ulaşılmıştır. Böylelikle anayasa ile ticaret kanunu arasında bağlantı da tesis edilmiştir. Mülkiyet hakkının kapsamı bakımından yaptığımız bu tespit, aynı zamanda ticaret hukukunun bağımsız bir alan olarak özerkliğini de tescil eder mahiyettedir.

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin ticari nitelikli mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin yaklaşımı da tespit edilmeye çalışılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular üzerine ticari nitelikteki mülkiyet haklarının ihlali iddialarını hükme bağladığı kararlar incelendiğinde, mahkemenin pek çok kararında mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine ilişkin hüküm tesis ettiği, pek az kararın ihlal ile neticelendiği görülmektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi bir tarafın kamu tüzel kişiliği olduğu başvurularda çoğu kez, ticari nitelikli mülkiyet hakkının korunması hususunda devletçi bir yaklaşım sergilemekte, özellikle de kamu yararı kıstasını geniş bir şekilde yorumlamak suretiyle bireysel menfaatlere ihlal iddialarını kabul etmemektedir. Buna karşılık iptal davalarında ise ticari nitelikli mülkiyet hakkına ilişkin kanun hükümlerini ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirmekte ve bireysel başvurulardaki katı tutumunu iptal davalarında sürdürmemektedir. Yine ticari nitelikli mülkiyet hakkının ihlal iddialarına karşı Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde kamu menfaatlerini öncelediği, ancak 1982 Anayasası döneminde ise ticari nitelikli mülkiyet hakkını ihlal ettiği ileri sürülen kanun hükümlerine karşı açılan iptal davalarında, ölçülülük ilkesini de kullanmak suretiyle liberal bir yaklaşım benimsediğini de belirtmek gerekir.

## KAYNAKÇA

- Acemoğlu, Kevork. *Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971.
- Akça, Kürşat. "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6, 3 (2015): 543-596.
- Atar, Yavuz. "Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa md. 11)". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, 2 (1989), 181-209.
- Aydın, Öykü Didem. "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XV, 4 (2011): 121-170.
- Başpınar, Veysel. *Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdâhaleler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Battal, Ahmet. "Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları", *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar I, 11 Mayıs 2001*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2001: 43-88.
- Bertan, Suad. *Aynı Haklar Cilt 1*. Ankara: Balkan Basım ve Ciltevi, 1976.
- Boyar, Oya. *Anayasa ve Özel Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Bozkurt, Tamer. "Bankacılık Kanunu'nun 62. Maddesinin Hukuki Niteliği, Uygulama Alanı ve Mülkiyet ve Miras Hakkı Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu". *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 3, 1 (2017): 23-46.
- Carss-Frisk, Monica. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No.lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*. Ankara: Avrupa Konseyi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005.
- Coase, R. H. "The Problem of Social Cost". *The Journal of Law & Economics*, III (1960): 1-44.
- Coase, R. H. *The Firm the Market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.
- Diñç, Güney. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007.
- Dinler, Zeynel. *İktisada Giriş*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2011.
- Doğru, Osman ve Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt*. Ankara: Avrupa Konseyi; Yargıtay, 2013.
- Esener, Turhan ve Güven, Kudret. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Etgü, Mehmet Akif. *Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009.
- Gemalmaz, H. Burak. *Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 6*. Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, 2018.
- Gemalmaz, H. Burak. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*. İstanbul: Beta Yayınları, 2009.

- Gören, Zafer, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi”. *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar I, 11 Mayıs 2001*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2001: 1-33.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2018.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2013.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Gölcüklü, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Gündoğdu, Süleyman Burak. *Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi’nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Güriz, Adnan. *Teorik Açından Mülkiyet Sorunu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969.
- Harris, David; O’Boyle, Michael; Bates, Ed ve Buckley, Carla. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. Ankara: Oxford University Press; Avrupa Konseyi, 2013.
- Hirsch, E. E. “Anayasa’nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”. *Birinci Türk Hukuk Kongresi’ne Sunulan Tebliğler*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1972.
- Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona ve Arpacı, Abdülkadir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Hatemi, Hüseyin. *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*. İstanbul: Sulhi Garra Matbaası, 1976.
- İnceoğlu, Sibel, editör. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*. Ankara: Avrupa Konseyi, 2013.
- İzgi, Ömer ve Gören, Zafer, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Yorumu, Cilt: 1*. Ankara: TBMM Yayını, 2002.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*. İstanbul: Legal Yayınevi, 2011.
- Kamışlı, Gani. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Uyuşmazlıkları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku Dersleri I.Giriş- Ticari İşletme*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1960.
- Kaneti, Selim. “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi* 6, (1989), 19-35.
- Kocayusufpaşaoğlu; Hatemi; Serozan ve Arpacı. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Korkmaz, Cansu. “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Sonucunda Verdiği Kararların Medeni Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 3 (2017), 215-276.
- Marx, Karl ve Engels, Friedrich. *Komünist Manifesto*. Çev. Celal Üster; Nur Deriş, İstanbul: Can Yayınları, 2015.



- Oğuz, Fuat, *Mülkiyet Hakları -Bir Ekonomik Analiz-*. Ankara: Roma Yayınları, 2003.
- Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar I, 11 Mayıs 2001*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2001.
- Pekcanitez, Hakan. “Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Medeni Yargıya Etkisi”, *Anayasa Yargısı* 35, (2018): 73-104.
- Perdecioğlu, İsmail Emrah. *Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Saymen, F. H. ve Elbir, H. K. *Türk Eşya Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1963.
- Serozan, Rona. “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”. *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan I*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982: 239- 254.
- Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2018.
- Tayyar, Ahmet Emrah. “Hukuk ve İktisat Yaklaşımında Bir İktisatçı: Ronald H. Coase”, *Yönetim ve Ekonomi* 27, 2 (2020): 199-217.
- Telatar, Funda. *Politik İktisat Politikası*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2004.
- Türk Hukuk Kurumu. *Türk Hukuk Lügati*. Ankara: Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Başbakanlık Basımevi, 1991.
- Ülgen, Hüseyin; Helvacı, Mehmet; Kendigelen, Abuzer; Kaya, Arslan ve Nomer Ertan, Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet ve Esmir, Galip, *Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı*. İstanbul: İstanbul Matbaacılık, 1956.
- Yayla, Atilla. *Liberalizm*. Ankara: Liberte Yayınları, 2002.

### İnternet Kaynakları

- <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 14.03.2022)
- <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1961/1961-ilkhali/1961-sirasayisi.pdf>, s. 11 (Erişim Tarihi: 14.03.2022).
- <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ictihatleri-birlestirme-hgk-e-1964-2-k-1964-4-t-18-11-1964> (Erişim Tarihi: 20.03.2022).



# ANONİM ŞİRKETLERE GETİRİLEBİLECEK BİR AYNI SERMAYE UNSURU OLARAK ÖZEL MÜLKİYETE TABİ TAŞINIR KÜLTÜR VARLIKLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ<sup>(\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi **Semih Sırrı ÖZDEMİR<sup>(\*\*)</sup>**  
Arş. Gör. **Mehmet Mert ÖZYILDIRIM<sup>(\*\*\*)</sup>**

## Öz

Anonim şirket kuruluşunda, nakdi sermayenin yanı sıra aynı sermaye de getirilebilmektedir. Koleksiyon değeri taşıyan taşınır varlıkların, şirket sermayesinin çeşitlendirilmesini sağlamaları ve değer kaybına karşı korunmaları gibi sebeplerle, aynı sermaye olarak getirilmeleri ile uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Ancak anılan eserlerin aynı zamanda taşınır kültür varlığı olarak değerlendirilebilme ihtimali, ilgili mevzuat çerçevesinde bunlara yönelik devir sınırlamalarının ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu açısından bu varlıkların anonim şirketlere aynı sermaye olarak getirilmelerine ilişkin usulün ayrıca ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

Taşınır kültür varlıkları; tarih öncesi ya da tarihi devirlerde insanlar tarafından oluşturulan ve belirli bir ulus ya da topluluk açısından önem arz eden taşınabilir nadide eserlerdir. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, taşınır kültür varlıkları üzerinde özel mülkiyet kurulabilmesine belirli hallerde imkân sağlamaktadır. Bu bağlamda özellikle müzayede şirketleri, kültür varlığı tacirleri, ruhsatlı koleksiyonerler ve özel müzeler aracılığıyla bunların ticari işlemlere konu edilebilmesine de izin verilmiştir. Fakat 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli nitelikte olan kültür varlıkları bakımından maliklere çeşitli yükümlülükler getirilmiştir.

Korunması gerekli taşınır kültür varlıkları açısından malikler, ilgili kültür varlığını, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bağlı bir müze müdürlüğüne getirip tescil ettirmek, koruma ve muhafazası ile bizzat ilgilenmek ve gerekli durumlarda devlet müzelerine bildirimde bulunmakla yükümlü kılınmıştır. Belirtilen sınırlamalar, söz konusu taşınır varlıkların anonim şirketlere aynı sermaye olarak getirilmesi sürecinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve alana ilişkin mevzuat açısından incelenmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda çalışmanın amacı; taşınır kültür varlığı kavramının ve bu yöndeki tasnifin açıklanması, bunların anonim şirkete sermaye olarak getirilmesine ilişkin temel esasların değerlendirilmesi ve anılan varlıkların devrine ilişkin sınırlamaların bu sürece etkisinin irdelenmesidir.

## Anahtar Kelimeler

Aynı Sermaye Getirilmesi, Anonim Şirketlerin Kuruluşu, Taşınır Kültür Varlığı, Nakden Değerlendirilebilen ve Devredilebilen Değerler, Özel Sicile Şerh, Güvenilir Kişiye Tevdi.

<sup>(\*)</sup> Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 22.03.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 12.05.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1090612.

<sup>(\*\*)</sup> Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuk Anabilim Dalı / Ankara-Türkiye.  
E-posta: semihozdemir@hacettepe.edu.tr,  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-0467-1517>.

<sup>(\*\*\*)</sup> Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı / Ankara-Türkiye.  
E-posta: mertozyildirim@hacettepe.edu.tr,  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7663-6599>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

## EVALUATION OF THE MOVABLE CULTURAL PROPERTIES SUBJECT TO PRIVATE OWNERSHIP AS CAPITAL IN KIND THAT COULD BE CONTRIBUTED TO THE JOINT STOCK COMPANIES

### Abstract

During the establishment of a joint stock company, apart from the cash capital, the capital in kind could also be contributed. In this context, it is frequently encountered in practice that movable collectibles are committed as capital in kind, essentially for the reasons of preserving their value over time and ensuring the diversification of the company's capital. However, since the aforementioned assets are also likely to be considered as movable cultural properties, the issue should be discussed independently in terms of the transfer restrictions over these assets within the framework of the relevant legislation and the procedure for contributing them to the joint stock companies as capital in kind, regarding to the Turkish Commercial Code numbered 6102.

Movable cultural properties are portable rare artifacts that have been made by humans in prehistoric or historical times and that are important for a particular nation or community. With the Law on the Conservation of Cultural and Natural Property numbered 2863, it is provided that private ownership could be established on the cultural properties if certain conditions are met. It is also allowed to conduct commercial transactions in a controlled manner especially through auction companies, cultural property traders, licensed collectors and private museums. However, for the cultural properties to be protected within the scope of Law No. 2863, various duties have been imposed on the owners.

Owners of the movable cultural property to be protected are under obligations including, bringing the property to the museums affiliated with the Ministry of Culture and Tourism and registering it, noticing of its preservation and protection personally, and notifying the state museums when necessary. Such various limitations necessitate an independent approach for the process of bringing in-kind capital to the joint stock companies in terms of the Turkish Commercial Code numbered 6102 and the relevant legislation. In this scope, the aim of the study is to explain the concept of movable cultural property and its classification, to discuss the basic principles of bringing them as capital to a joint stock company, and to examine the effects of the restrictions on the transfer of the mentioned assets to the capital commitment process.

### Keywords

Capital Contribution in Kind, Establishment of Joint Stock Companies, Movable Cultural Property, Transferable and Appraisable Assets, Annotation to the Relevant Registry, Deposition to the Trustee.

### Extended Abstract

Capital in kind, refers to the assets that the shareholders undertake to commit, other than money, during the establishment of a trading company or capital increase process. In this context, the values that can be contributed to the trading companies as capital in kind are listed by way of example in Article 127/1 of the Turkish Commercial Code (TCC) numbered 6102. However, in terms of the capital of that kind which can be contributed to the joint stock companies, special conditions to be met are required under Article 342 of TCC. It is stated in the aforementioned article that only the assets that are not restricted with limited rights (*rights in rem*) or any attachments and measures could be contributed as capital in kind to the joint stock companies. Apart from these conditions, the asset to be committed must be transferable and appraisable according to the relevant law and unlike other types of corporations, it is prohibited to invest service, personal effort, commercial reputation and undue claims as capital in kind. Since these values are incompatible with the principle of preservation of capital, such limitations have been imposed by the legislator.

In practice, it is seen that various collectibles, especially valuable works of art, are contributed to the joint stock companies as capital in kind. But, in cases where these artifacts could also be considered as movable cultural properties, a different assessment must be made within the scope of the conditions stipulated in Article 342 of TCC and the relevant law about cultural property. According to Article 63 of the Turkish Constitution, the duty of protecting cultural and natural properties has been imposed on the State and it has been stated by the Law on the Conservation of Cultural and Natural Property (LCNP) numbered 2863 that a significant part of the movable cultural assets is under state ownership. However, in Turkish law, the possibility of private ownership is not completely excluded, and the establishment of private ownership on certain cultural properties is allowed.

Movable cultural properties are divided into two categories as those required to be protected within the scope of Article 23 of LCNP and those that do not need to be protected in terms of the aforementioned Law. First of all, cultural properties could be expressly excluded from the scope of the relevant Law by any legal arrangement. For instance, cultural properties of ethnographic quality that are not at least 100 years old from the present day and coins pertaining to the period of the Ottoman Sultans; Abdülmecid, Abdülaziz, V. Murad, II. Abdülhamid, V. Mehmed Reşad and VI. Mehmed Vahideddin are expressly excluded from the scope of protection of LCNP by regulations. Movable cultural properties of this nature can be subject to commercial transactions without any restrictions. On the other hand, it is also possible to freely dispose of those that are identified as cultural properties not to be protected within the scope of LCNP by the museum directorates affiliated to the Ministry of Culture and Tourism.

As to the cultural properties that need to be protected under the Law no. 2863, only certain assets could be subject to private ownership. In this regard, it is possible to establish private ownership on ethnographic artifacts and fine artworks. Regarding archaeological findings that are known to exist or will be discovered in the future, state ownership is accepted as a rule, (LCNP Article 5). However, two exceptions have been made to this rule and individual ownership was allowed to be established on those which were acquired prior to 1906 and those which were lawfully obtained in a foreign country. Yet, the right of disposition for the titleholders of cultural properties to be protected is limited and various obligations have been envisaged by the Law no. 2863. Within this frame, it is important to determine whether the cultural properties on private ownership can be contributed to joint stock companies as capital in kind with regard to Article 342 of TCC.

## GİRİŞ

Ayni sermaye, bir şirketin kuruluşunda ortakların getirmeyi taahhüt ettikleri, gayrinakdi malvarlığı unsurlarını ifade etmektedir. Bu kapsamda ticaret şirketlerine ayni sermaye olarak getirilebilecek değerler, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 127/1. maddesinde örnekleme yoluyla belirtilmiştir. Anonim şirketler açısından ise, yalnızca üzerinde sınırlı bir ayni hak, haciz ya da tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilir ve devri mümkün malvarlığı unsurlarının sermaye olarak taahhüt edilebileceği ifade edilmiştir. Bu bağlamda, özel mülkiyete tabi ve taşınır vasfında olmalarına rağmen, muhafazaları ile devir esaslarına dair özel hükümler öngörülen taşınır kültür varlıklarının, ayni sermaye olarak getirilmesine ilişkin esasların incelenmesi amaçlanmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde taşınır kültür varlığı kavramına ve hukuki niteliğine yer verilmiş; bu kapsamda 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu çerçevesinde korunması gerekli görülen taşınır kültür varlıkları ile korunmasına gerek görülmeyen taşınır kültür varlıkları arasındaki fark ele alınmıştır. Ayrıca, Türk hukuku açısından taşınır kültür varlıklarının sınıflandırılmasında kullanılan bir diğer kıstas olan arkeolojik, etnografik ve güzel sanat eseri niteliklerinin tanımı ve bu niteliklerdeki kültür varlıklarının tabi oldukları esaslar ayrı ayrı incelenmiştir. İkinci bölümde, anonim şirketlere sermaye getirilmesine dair genel esaslar ele alınmış ve bu bağlamda, taşınır kültür varlıkları ile benzer şekilde, koleksiyon değeri taşıyan varlıkların bir sermaye unsuru olarak öne çıkan nitelikleri açıklanmıştır. Ek olarak, taşınır kültür varlıklarına, bilirkişiler tarafından yapılacak değer takdirinde dikkat edilmesi gereken hususlar incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise, özel mülkiyete tabi taşınır kültür varlıklarının TTK m. 342'de öngörülen koşullar çerçevesinde ayni sermaye yeterliliği ele alınarak; söz konusu varlıkların, anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesine dair esaslar değerlendirilmiştir.

## I. TAŞINIR KÜLTÜR VARLIĞI KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. TANIMI

Kültür varlıkları; tarihi, sanatsal, arkeolojik, bilimsel ya da kültürel açıdan ait oldukları dönem veya toplumun tanımlanabilmesi ve anlaşılabilmesinde rol oynayan nadide eserlerdir.<sup>1</sup> 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda (KTVKK) bu kavram, “*tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklar*” şeklinde tanımlanmaktadır, (m. 3). Bu kapsamda, insanlığın teknolojik ya da sanatsal açıdan ilerleyişini, sosyal ve kültürel yaşamını, inanç ya da ibadet faaliyetlerini yansıtan taşınır ve taşınmaz eserlerin tümü kültür varlığı olarak kabul edilmektedir.<sup>2</sup>

Anılan Kanun'da kültür varlıkları, taşınır ve taşınmaz kültür varlıkları olmak üzere iki ayrı başlık altında düzenlenmiştir.<sup>3</sup> Taşınmaz kültür varlıkları; “*tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan, o eseri meydana getiren toplumun toplumsal, kültürel, ekonomik, siyasal, bilimsel ya da estetik niteliklerinin belgesi olan yer üstünde, yer altında veya su altındaki taşınmaz varlıkları*” ifade etmektedir.<sup>4</sup> Bu varlıklardan muhafaza, bakım, onarım ve/veya restorasyon işlemleri konusunda belirli bir uzmanlık isteyen eserlere “*korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı*” adı verilmektedir (KTVKK m. 3/4). Bu bağlamda, 1899 yılı ve öncesinde inşa edilen taşınmazlar başka herhangi bir işleme gerek olmaksızın “*korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı*” olarak kabul edilmekteyken; bu tarihten sonra yapılanlar, ancak yukarıda belirtilen koşulları taşıması halinde ve Bakanlık kararıyla bu kapsam dâhilinde ele alınabilecektir.<sup>5</sup> Taşınır kültür varlıkları ise günümüze kadar ulaşmış, insanlar tarafından emek verilerek belirli amaçlarla oluşturulan ve bir ulus ya da topluluk açısından önem

<sup>1</sup> Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması*, (İstanbul: Alkim Yayınları, 1998), 24; Patty Gerstenblith, “Identity and Cultural Property: The Protection of Cultural Property in the United States”, *Boston University Law Review* 75 (1995): 569; Jeanne-Marie Panayotopoulos, “L'émergence de l'intérêt général à la protection du patrimoine culturel en Droit international”, (Thèse de Doctorat, L'Institut Universitaire Européen de Florence, 2015), 81-84.

<sup>2</sup> Nusret İlker Çolak, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 25.

<sup>3</sup> Taşınır kültür varlıklarının, genellikle kolayca taşınabilir nitelikte olmalarından dolayı, izinsiz şekilde yerlerinden çıkarılmaları veya yasa dışı ticarete konu edilmeleri taşınmaz kültür varlıklarına nazaran daha muhtemeldir. Kanun koyucu, bu tür risklerin önlenmesi ve özel koruma tedbirlerinin belirlenebilmesi amacıyla, taşınmaz ve taşınır kültür varlıklarının tabi olacakları hukuki statüyü ayrı ayrı düzenleme gereği duymuştur. Bu yönde bkz. Ali Yağcı; Rabia Taş ve Tuğçe Kılıç, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (Açıklamalı-İçtihatlı)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 114.

<sup>4</sup> Tanım için bkz. Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sıtillerin Tespit ve Tescilli Hakkında Yönetmelik, m. 3/1-m, (RG. 13.03.2012 No. 28232).

<sup>5</sup> Sibel Özel, “Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, S. 1 (2018): 218.

arz eden taşınabilir eserlerdir.<sup>6</sup> Bu eserlerden de muhafaza, bakım, onarım ve/veya restorasyona ihtiyaç duyanlar “*korunması gerekli taşınır kültür varlıkları*” olarak adlandırılmaktadır (KTVKK m. 3/4). Kanun bunları, “*dönemin sosyal, kültürel, teknik veya ilmi özelliklerini yansıtan ve belge değeri taşıyan eserler*” olarak tanımlamakta (m. 23) ve hangi taşınırın bu kapsamda olduğu örnekleme yoluyla belirtilmektedir.<sup>7</sup> Bu noktada taşınırın, korunması gerekli nitelikte olduğuna karar verilmesi; muhafaza, bakım, onarım veya restorasyona ihtiyaç duyması, ait olduğu dönemin özelliklerini yansıtmaması ve herhangi bir bilim dalı açısından belge değeri taşıyor olmasına bağlıdır.<sup>8</sup> Yeni keşfedilen veya üçüncü bir kişiden devralınan taşınır kültür varlıklarının, anılan Kanun kapsamında öngörülen koruma tedbirlerine tabi olup olmadıklarının değerlendirilmesi için<sup>9</sup> belirtilen nitelikleri taşıyıp taşımadıklarının tespit edilmesi gerekmektedir.<sup>10</sup>

## B. KORUNMASI GEREKLİ TAŞINIR KÜLTÜR VARLIĞI NİTELİĞİNİN TESPİTİNE DAİR SÜREÇ VE UYGULANAN KISTASLAR

Kanun koyucu, bir varlığın korunması gerekli kültür varlığı olup olmadığının belirlenebilmesi amacıyla taşınır kültür varlıkların, bilimsel esaslara göre tasnif ve tescile tabi tutulacağını kararlaştırmış ve bu konudaki kistas, usul ve esasların bir yönetmelikle düzenleneceğini belirtmiştir (KTVKK m. 25). Bu amaçla, Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelerle Alınmaları Hakkında Yönetmelik (KGTTY) yayımlanmıştır.<sup>11</sup> Taşınır kültür varlıklarının, korunması gerekli nitelikte olup olmadıklarının tespit edilebilmesi için öncelikle Kültür ve Turizm Bakanlığı’na bağlı müze müdürlüklerince bilimsel esaslara göre kurulan değerlendirme komisyonları tarafından tasnif edilmeleri şarttır (KGTTY m. 5/1).<sup>12</sup> Değerlendirme komisyonunun yaptığı tasnif sonucunda söz konusu varlığın, 2863 sayılı Kanun’un 23. maddesi kapsa-

<sup>6</sup> Mert Ülgen, *Kültür ve Tabiat Varlıklarının Ticareti ve Yurtdışına Çıkarılması Suçları*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 19. Kültür varlıklarını, tabiat varlıklarından ayıran en temel husus; kültür varlıklarının insanlar tarafından bir dış müdahale sonucu oluşturulmuş veya geliştirilmiş olmasıdır. Bkz. Ahmet Gündel, *Açıklamalı-İçtihatlı Eski Eserler Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1996), 138.

<sup>7</sup> Özel, *Kültür Varlıklarının Korunması*, 10.

<sup>8</sup> Mehmet Nihat Kanbur, “Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılma Yasağına Muhalefet Suçu (KvTVKK m. 32 ve m. 68)”, (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2007), 51.

<sup>9</sup> Koruma tedbirleri, yalnızca korunması gerekli olduğu tespit edilen taşınır kültür varlıkları için uygulanmaktadır. Bkz. Yağcı, Taş ve Kılıç, *Kültür Varlıklarını Koruma*, 123.

<sup>10</sup> Oğuz Sancakdar; Pınar Yağcı; Şükür Taşyıldız ve Ezgi Çırak, *Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 865-866; Sabih Kanadoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007), 195.

<sup>11</sup> RG. 20.04.2009 No. 27206.

<sup>12</sup> Tasnif amacıyla müze müdürlüklerine getirilen varlıklar, ilk olarak müze idaresince emanete alınmakta ve söz konusu varlıkları getirenlere idare tarafından “taşınır geçici alındı” belgesi verilmektedir, (KGTTY m. 4/1). Müzeye teslim edilen varlıkların, korunması gerekli kültür varlığı olup olmadığının tespiti amacıyla, müze müdürlüğünce üç kişiden az olmamak üzere ihtisas elemanlarından oluşan bir değerlendirme komisyonu kurulur, (KGTTY m. 5).

mında korunması gerekli taşınır kültür varlığı olduğuna karar verilmesi halinde ise tescil aşamasına geçilmektedir.<sup>13</sup>

Taşınır kültür varlıkları açısından tescil; “*korunması gerekli taşınır kültür varlıklarından, müzelere alınanların müze envanter defterine kaydı ile müzelere alınmalarının belge ve envanter listelerinin birer nüshasının müze dosyalarında muhafaza edilmesini*” ifade etmektedir (KGTYY, m. 3/1-h). Ancak bu işlem, her taşınır kültür varlığı için değil; yalnızca değerlendirme komisyonu tarafından korunması gerekli olduğuna karar verilen taşınır kültür varlıkları için söz konusudur.<sup>14</sup> Dolayısıyla tescil işleminin gerçekleştirilmesi, ilgili varlığın 2863 sayılı Kanun’un 23. maddesinde belirtilen nitelikleri taşıdığı ve korunması gerekli taşınır kültür varlığı olarak kabul edildiğinin tespiti niteliğindedir. Korunması gerekli olduğu tespit edilen taşınır kültür varlığının malikleri, 2863 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatta belirtilen koruma tedbirlerine uymak zorundadır. Gerekliğinde müze müdürlüğüne eserlerin durumuyla ilgili bildirimde bulunulması, bakım ve onarımın uzman kişilere müdürlüğün gözetiminde yapılması, denetim için Bakanlık tarafından gönderilecek personele kolaylık sağlanması gibi yükümlülükler bunlar arasındadır.<sup>15</sup> Ayrıca, genel bir ilke olarak, ilgili kültür varlıklarının yurtdışına çıkarılması da yasaklanmıştır.<sup>16</sup>

Değerlendirme komisyonu tarafından yapılan tasnif sonucunda verilebilecek bir diğer karar ise, kültür varlığının envanter bilgilerinin müze tarafından kayıt altına alınmasına gerek görülmemesi ve tescil dışı bırakılmasıdır.<sup>17</sup> Tescil dışı olduğu tespit edilip, sahiplerine iade edilen; bir diğer ifadeyle, korunmasına gerek görülmemeyen kültür varlıkları, 2863 sayılı Kanun’un koruma kapsamı dışındadır.<sup>18</sup> Bu varlıklar üzerinde, herhangi bir koruma tedbirine tabi olmadan, diğer taşınır mallarda olduğu gibi eşya hukukunun genel kuralları çerçevesinde, istenildiği şekilde tasarruf edilebilmesi mümkündür.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> Yağcı, Taş ve Kılıç, *Kültür Varlıklarını Koruma*, 127.

<sup>14</sup> Sancakdar, Yağcı, Taşyıldız ve Çıracak, *Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku*, 867; Yağcı, Taş ve Kılıç, *Kültür Varlıklarını Koruma*, 127.

<sup>15</sup> KGTYY, EK-2, Uyulması Gereken Koşullar, m. 1/b, 1/c, 1/d.

<sup>16</sup> KTVKK, m. 32. Bu ilkeye ilişkin istisnalar hakkında bkz. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılması ve Yurda Sokulması Hakkında Yönetmelik, (RG. 16/02/1984 No. 18314).

<sup>17</sup> Tescil dışı olduğuna karar verilen kültür varlıklarının, “Tescil Dışı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi” düzenlenerek iade edilmesi gerekmektedir, (KGTYY m. 9/1).

<sup>18</sup> “... Bu itibarla; bir taşınır kültür varlığının hem tescil dışı olması hem de müzelerde korunması gerekli değer taşınması mümkün değildir. Zira tescil dışı bırakılan varlıklar korunması gerekmeyen ve bu nedenle 2863 sayılı Yasa kapsamı dışında kalan kültür varlıklarıdır...” Y. 11. CD, 04.04.2002, E. 2002/2059, K. 2002/2907. Aynı yönde bkz. Y. 7. CD, 23.11.2006, E. 2005/14011, K. 2006/17785; Y. 7. CD, 17.01.2011, E. 2009/377, K. 2011/1526; Y. 7. CD, 21.09.2010, E. 2008/19582, K. 2010/12958, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: Ocak 8, 2022).

<sup>19</sup> “Tasnif ve tescil dışı bırakılan ve müzelere alınması gerekli görülmeyenler, sahiplerine bir belge ile iade olunurlar. Belge ile iade olunan kültür varlıkları üzerinde, sahipleri her türlü tasarrufta bulunabilirler”, (KTVKK m. 25). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kanadoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma*, 195; Kanbur, “Kültür Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılma Yasağına Muhalefet”, 106, dn. 301; Yağcı, Taş ve Kılıç, *Kültür Varlıklarını Koruma*, 127.



Değerlendirme komisyonunun tescil konusundaki takdir yetkisi, ilgili varlıkların belge değeri taşıyıp taşımadığı, müze koleksiyonlarını tamamlayıcı nitelikte bulunup bulunmadığı ve döneminin özelliklerini yansıtıp yansıtmadığı hususları çerçevesinde kullanılmalıdır. Koruma kapsamı dışında bırakıldığı ilgili mevzuatta açıkça ifade edilen, son dönem Osmanlı padişahlarına ait sikkeler<sup>20</sup> ile günümüzden en çok yüz yıl öncesi bir döneme ait etnografik kültür varlıkları<sup>21</sup> ise, bu takdir yetkisine istisna teşkil etmektedir, (KGGTY, m. 3/1-1).<sup>22</sup> Buna göre, Türk halı sanatının karakteristik özelliklerini yansıtan 90 yıllık kıymetli bir halı veya 75 yıllık gümüş bir buhurdan, her ne kadar etnografik nitelikte bir taşınır kültür varlığı olsa da; 2863 sayılı Kanun kapsamında “korunması gerekli taşınır kültür varlığı” niteliği taşımayacaktır.

## C. TAŞINIR KÜLTÜR VARLIKLARININ SINIFLANDIRILMASI

### 1. Arkeolojik Nitelikteki Kültür Varlıkları

KGGTY’de taşınır kültür varlıkları, nitelikleri bakımından arkeolojik eserler, etnografik eserler ve güzel sanat eserleri olmak üzere üç ana başlık altında ele alınmıştır, (m. 3).<sup>23</sup> Bunlardan ilki olan arkeolojik nitelikteki kültür varlık-

<sup>20</sup> “Osmanlı Padişahlarından Abdülmecit, Abdülaziz, V. Murat, II. Abdülhamit, V. Mehmet Reşat ve Vahidettin ve aynı çağdaki sikkeler, bu Kanuna göre tescile tabi olmaksızın yurt içinde alınıp satılabilirler. Bu madde kapsamına girmeyen sikkeler bu Kanun’un genel hükümlerine tabidir”, (KTVKK m. 23/1-a). Aynı husus, Etnografik Nitelikteki Taşınır Kültür Varlıkları Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde de şu şekilde belirtilmiştir. “Müze koleksiyonlarını tamamlayıcı nitelikte olmayan ve belge değeri taşımayan etnografik nitelikteki kültür varlıkları ile Abdülmecit, Abdülaziz, V. Murat, II. Abdülhamit, V. Mehmet Reşat ve Vahidettin’e ait ve aynı çağdaki sikkelerin yurtiçinde alımı, satımı ve devri serbest olup ayrıca tescile tabi değildirler.” Bu çerçevede, Sultan Abdülmecit’in 1839 yılındaki tahta çıkışından Osmanlı Devleti’nin sona ermesine kadar darp edilmiş sikkelerin, tescile tabi olmadığı sonucuna ulaşılabilmektedir.

<sup>21</sup> Etnografik nitelikteki kültür varlıkları; “halkın sosyal hayatını yansıtan insan yapısı araç ve gereçler dâhil bilim, din ve mihaniki sanatlarla ilgili taşınır varlıklarını” ifade etmektedir. Bkz. Etnografik Nitelikteki Taşınır Kültür Varlıkları Hakkında Yönetmelik (ETKVY), m. 2/b, (RG. 26.1.1981 No. 17232).

<sup>22</sup> Milli Mücadele’ye, Türkiye Cumhuriyeti tarihine ve Atatürk’e ait eserler ise; 100 yıl ilkesine bağlanan sonuçlara tabi değildir. Bkz. Özel, “Kültür Varlıklarının Mülkiyeti”, 231, dn. 77.

<sup>23</sup> Söz konusu Yönetmelik m. 3/1-c’de “etütlük eser” adı altında bir kültür varlığı çeşidi daha sayılarak bu varlıkların; “2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamına giren, ancak Eser Envanter Deferine kayıt edilecek nitelikte olmayıp bilimsel amaçla kullanılacak korunması gerekli eserler” olduğu belirtilmiştir. Bu kültür varlıkları aslında, müze müdürlüğü tarafından tutulan Eser Envanter Deferine kaydı gerekli görülmemeyen kırık seramik parçası veya korozyona uğramış sikkeler gibi teşhir kabiliyetlerini kaybetmiş ve düşük kondisyonda bulunan, ancak bilimsel araştırmalarda faydalı olması muhtemel arkeolojik eserlerdir, (Bkz. Bilge Umar ve Altan Çilingiroğlu, *Eski Eserler Hukuku*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1990), 203; Özel, “Kültür Varlıklarının Mülkiyeti”, 230). Bu eserlerden, kültür varlığının bütünü hakkında bilgi edinmeye imkân vermeyecek veya onarım/yeniden kurgu gibi çalışmalarda kullanılamayacak olanların, 2863 sayılı Kanun kapsamında olmadığı tespit edilerek, tescil dışı bırakılması gerekir. Bu varlıklardan bilimsel araştırmalarda fayda sağlayabilecek olanlar ise, korunması gerekli arkeolojik kültür varlıklarıyla aynı hukuki rejime tabidir, (Bkz. Yağcı, Taş ve Kılıç, *Kültür Varlıklarını Koruma*, 119; Umar ve Çilingiroğlu, *Eski Eserler Hukuku*, 203-204). Dolayısıyla her ne kadar Yönetmelik’te “etütlük eser” adı altında ayrı bir başlıklandırma yapılsa da; bu eserlerin, mülkiyet kuralları da dâhil olmak üzere arkeolojik eserler ile aynı hukuki rejime tabi olması sebebiyle, çalışmamızda “etütlük eser” adı altında ayrı bir başlığa yer verilmesine gerek görülmemiştir.

ları; tarih öncesi veya tarihi devirlerde yaşamış olan eski topluluklar tarafından üretilmiş, geliştirilmiş veya kullanılmış, ait oldukları dönemin özelliklerini yansıtan, tümüyle veya kısmen toprak ya da su altında kalmış eserlerdir.<sup>24</sup> İlgili Yönetmelik'te bu varlıkların tanımı, "arkeolojik eser" kavramı altında yapılmaktadır. Arkeolojik eser; "jeolojik, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait, jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji ve sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan genellikle kazı ve benzeri çalışmalarla bulunan kültür varlıklarını" ifade etmektedir, (KGGTY, m. 3/1-a).<sup>25</sup>

KTVKK'nın 5. maddesinde, varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının devlet malı niteliğinde olduğu belirtilmiştir.<sup>26</sup> Maddede kast edilen ve üzerinde zilyetlik kurulmasına dahi gerek olmaksızın doğrudan doğruya devletin mülkiyetinde olan bu varlıklar, arkeolojik nitelikteki kültür varlıklarıdır. Bu eserlerin, kural olarak Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bağlı müzelerde bulundurulması ve bu şekilde muhafaza edilmesi gerekmektedir.<sup>27</sup> Türk hukukunda arkeolojik nitelikteki kültür varlıklarının, özel mülkiyetin dışında tutulması olgusu yeni değildir. Nitekim, 1906 yılında çıkarılan ve Osmanlı topraklarının dışına kaçak şekilde kültür varlığı çıkarılmasını engelleme amacı güden Asar-ı Atika Nizamnamesi'nde, Osmanlı Devleti topraklarında bulunan ve eski uygarlıklardan kalan tüm taşınır ve taşınmaz kültür varlıkları, istisnasız olarak devlete ait sayılmıştır<sup>28</sup>. Bu Nizamname, Cumhuriyet Dönemi'nde de dönemin şartlarına uygun hale getirilip, dili sadeleştirilerek uygulanmaya devam etmiş ve 1973 yılındaki Eski Eserler Kanunu kabul edilene

<sup>24</sup> Gül Asatekin, *Kültür ve Doğa Varlıklarımız, Neyi Niçin Korumalıyız?*, (Ankara: Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü Yayınları, 2004), 25.

<sup>25</sup> Alman hukukunda arkeolojik nitelikteki kültür varlıkları (*archäologisches Kulturgut*), insanlar tarafından üretilmiş veya işlenmiş olan ya da eski zamanlardaki insan hayatı hakkında bilgi veren; hâlihazırda toprak veya su altında bulunan ya da bir zamanlar bulunmuş olan taşınır eser ve eserler topluluğunu ifade etmektedir, (Kulturgutschutzgesetz §2/1-1). Amerikan hukukunda ise arkeolojik eser (*archaeological resource*); geçmiş insan yaşamı veya faaliyetlerine dair bilgi veren ve günümüzden en az 100 yıl öncesine ait maddi kalıntılar şeklinde tanımlanmıştır, (Archaeological Resources Protection Act Art. 3/1). Fransız hukukuna göre ise, insanlık tarihinin gelişimi ve insanların çevreyle olan etkileşimlerine dair izler barındıran kazı ve benzeri yollar ile bulunmuş tüm kalıntılar, arkeolojik eser (*patrimoine archéologique*) olarak nitelendirilmiştir, (Le code du patrimoine L510-1).

<sup>26</sup> "Devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir", (KTVKK m. 5).

<sup>27</sup> Kanadoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma*, 90.

<sup>28</sup> Özel, "Kültür Varlıklarının Mülkiyeti", 227, dn. 62-63. Osmanlı Devleti, 1906 itibarıyla eski uygarlıklardan kalan eserlerin devlet malı olduğunu kabul eden ilk ülkelerden biri olmuştur. 1929 yılında Peru, 1939 yılında ise İtalya'da aynı prensip kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kimberly Alderman, "The Human Right to Cultural Property", *Michigan Journal of International Law* 32, No. 1 (2011): 71.

kadar yürürlükte kalmıştır.<sup>29</sup> 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu'nda da Asar-ı Atika Nizamnamesi'nde benimsenen eski eserlerin devlet malı olduğu prensibi aynen devam ettirilmiştir.<sup>30</sup> Dolayısıyla kural olarak, 1906 yılından itibaren Osmanlı-Türkiye sınırları içerisinde bulunmuş olan, varlığı bilinen veya ileride ortaya çıkacak eski uygarlıklardan kalma tüm arkeolojik eserler, eserin bulunuş şekline bağlı olarak devlete aittir.

1906 yılından önce bulunan ve üzerinde özel mülkiyet kurulmuş olanlar ile yurtdışında hukuka uygun bir şekilde edinilen ve kaynak ülkesi Osmanlı-Türkiye olmayan arkeolojik nitelikteki kültür varlıkları ise arkeolojik eserlerin devlete ait olduğu kuralının istisnalarını teşkil etmektedir.<sup>31</sup> Ayrıca devlet mülkiyetine ait olup müze müdürlüklerince yapılan tasnif sonucu, korunması gerekli görülerek iade edilen arkeolojik nitelikteki kültür varlıkları üzerinde de özel mülkiyet kurulabileceği belirtilmelidir. Bu ihtimalde, müze müdürlüklerince kurulan değerlendirme komisyonları tarafından yapılan tasnif işlemi sonucu, ilgili arkeolojik varlığın tesciline gerek olmadığına karar verilip eserin, "Tescil Dışı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi" düzenlenerek iadesi gerçekleştirilir. Bu şekilde iadesi yapılan arkeolojik eserler, 2863 sayılı Kanun'un koruma kapsamında değildir. Dolayısıyla burada devlet, söz konusu belgeyi düzenleyip buluntuyu iade etmekle, Kanun gereği kendisine ait olan mülkiyet hakkını idari bir tasarrufla geri çekmekte ve kültür varlığını getiren kişinin eser üzerinde özel mülkiyet kurmasına imkân sağlamaktadır.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Ülgen, *Kültür Varlıklarının Yurtdışına Çıkarılması Suçları*, 34.

<sup>30</sup> "Devlete ait arazi ve emlak ile, özel ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan emlak ve arazide, varlığı bilinen veyahut ileride meydana çıkacak olan her çeşit anıtlar, bütün taşınır ve taşınmaz eski eserler Devletin malıdır", (1710 sayılı Eski Eserler Kanunu m. 3).

<sup>31</sup> Özel, "Kültür Varlıklarının Mülkiyeti", 227-232. Kanaatimizce, özel mülkiyete tabi olan bu arkeolojik eserlerin de tasnif ve tescil işlemleri için müze müdürlüklerine getirilmesi zorunludur. Her ne kadar KTVKK'da bu konuda açıkça bir düzenleme yer almasa da Yargıtay, özel mülkiyet konusu olan kültür varlıklarının da tasnif ve tescil işlemlerinin yapılabilmesi amacıyla müze müdürlüklerine getirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bu şekilde eser, özel mülkiyet altında bulunsa da belgelendirme işlemleri yapılarak yasadışı kültür varlığı ticaretinin engellenmesi amaçlanmaktadır. "... kolluk kuvvetlerince sanık ve ailesinin kullanımındaki evde bulunan kültür varlıklarının, 1800'lü yılların sonlarından beri, başka bir deyişle, 23/04/1906 tarihli Asar-ı Atika Nizamnamesi'nin yürürlüğe girmesinden önce mevcut olduğunun kabulü gerektiği, kültür varlıkları ile ilgili olarak "bulma" olgusu söz konusu olmadığından haber verme sorumluluğuna aykırılık; varlıkların elde bulundurulması hukuka aykırı nitelik taşımadığından kültür ve tabiat varlıklarını bulundurma suçlarının unsurlarının oluşmadığı anlaşılmalı; mahkemece sanığın beraatine dair hüküm tesisinde isabetsizlik görülmemiş olup, tebliğnamedeki bozma görüşüne iştirak edilmemiştir... Dosya içerisinde mevcut 29/03/2012 tarihli bilirkişi raporu ile 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli kültür varlığı olduğu belirlenen suçta konu eserlerin tamamının, tasnif ve tescil işlemlerine tabi tutularak, sanığa iadesi ya da müzede muhafazası yönünde değerlendirme yapılmak üzere aynı Kanunun 75. maddesi uyarınca Müze Müdürlüğü'ne teslimine..." Y. 12. CD, 12.3.2015, E. 2014/4972, K. 2015/4609, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: Ocak 15, 2022).

<sup>32</sup> Ümit Ceylan, "Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Kaçakçılığı Suçu (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 32, 68)", (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2008), 121; Özel, "Kültür Varlıklarının Mülkiyeti", 229, dn. 70; Kanadoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma*, 198.

## 2. Etnografik Nitelikteki Kültür Varlıkları

Türk hukukunda etnografik nitelikteki kültür varlıkları; halkın hayat tarzını, dönemin sosyal, teknik ve ilmi özellikleri ile kültürünü yansıtan bilim, din ve mihaniki sanatlarla<sup>33</sup> ilgili taşınır varlıklar şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>34</sup> Türk hukuku açısından anılan kültür varlıklarının, arkeolojik eserlerde olduğu gibi *ipso iure* (kanun gereği) devlet malı olduğu kabul edilmemiştir.<sup>35</sup> Nitekim KTVKK m. 5 ile öngörülen devlet mülkiyeti, bütün kültür varlıkları için değil; kural olarak yalnızca, arkeolojik eserler için söz konusudur.<sup>36</sup> Dolayısıyla devletin, etnografik eserler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olabilmesi için satış veya bağış gibi yollar ile eserin mülkiyetini ayrıca elde etmesi gerekmektedir.<sup>37</sup> Arkeolojik eserlerden farklı olarak, etnografik nitelikteki bir kültür varlığının korunması gerekli taşınır kültür varlığı olduğu tespit edilerek müzeye alınmasının uygun görülmesi halinde dahi kişinin, elinde bulundurduğu etnografik kültür varlığını müzeye devretme yükümlülüğü bulunmamaktadır.<sup>38</sup> Söz konusu eserlerde devlete doğrudan doğruya bir mülkiyet hakkı tanınmadığı için müzelere alınması uygun görülen etnografik eserler, yalnızca malikin kıymet takdir komisyonunun belirlediği değer üzerinden satışa razı olması halinde elde edilebilir. Bu bağlamda malikin değeri kabul etmeye ve malını satmaya zorlanması da mümkün değildir.<sup>39</sup>

Etnografik nitelikteki kültür varlıklarının üzerinde özel mülkiyet kurulabilmesi, bu eserlerin doğrudan doğruya 2863 sayılı Kanun kapsamındaki koruma tedbirlerine tabi olmadığı anlamına gelmemektedir. Özel mülkiyet altında bulunan etnografik nitelikteki kültür varlıklarının da, diğer taşınır kültür varlıkları gibi korunmalarının gerekli olup olmadığının belirlenebilmesi amacıyla tasnife tabi tutul-

<sup>33</sup> "Mihaniği sanatlar" kavramı; marangozluk, demircilik, dokumacılık ve dülgelik gibi el ve aletler kullanılarak icra edilen sanatları ifade etmektedir, (Esra Atalay, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukukî Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, S. 1 (2004): 46).

<sup>34</sup> Türk hukukunda etnografik nitelikteki kültür varlıklarının tanımı, üç farklı düzenlemede ayrı ayrı yapılmış olmasına rağmen bu tanımlar tamamen birbiriyle benzerlik göstermektedir. Bkz. ETKVY m. 2/b; KTVKK m. 23/1-a; KGTTY m. 3/1-ı. Bu kapsamda; Selçuklu ve Osmanlı dönemlerinde Anadolu coğrafyasında yaşayan halkların gelenek ve göreneklerine, dini inançlarına veya sosyal hayatlarına dair izler barındıran giysiler, mutfak eşyaları, ziynet eşyaları, hamam takımları, tespihler, el yazması Kuran-ı Kerim'ler, buhurdanlar, şamdanlar, kahve ve sigara takımları, silahlar, çini porselenler, seramik eserler, halı, kilim ve benzeri dokumalar ile cam ve el işlemleri etnografik nitelikteki kültür varlıklarının yaygın örneklerini oluşturmaktadır. Bu konuda bkz. "İzmir Etnografya Müzesi Envanteri", Kültür ve Turizm Bakanlığı, Erişim Tarihi: Ocak 22, 2022, <https://izmir.ktb.gov.tr/Eklenti/9644,etnografya-sayfalarpdf.pdf?0>; "Ankara- Etnografya Müzesi", Kültür ve Turizm Bakanlığı, Erişim Tarihi: Ocak 22, 2022, <https://www.ktb.gov.tr/TR-96354/ankara-etnografyamuzesi.html>; "Konya Etnografya Müzesi - Konya", Türkiye Kültür Portalı, Erişim Tarihi: Ocak 22, 2022, <https://www.kulturportali.gov.tr/turkiye/konya/gezilecekler/etnografya-muzesi640096>.

<sup>35</sup> Sancakdar, Yağcı, Taşyıldız ve Çıracak, *Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku*, 873.

<sup>36</sup> Özel, "Kültür Varlıklarının Mülkiyeti", 235.

<sup>37</sup> Ibid, 225.

<sup>38</sup> ETKVY m. 3/b.

<sup>39</sup> Kanadoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma*, 195.

ması gereklidir.<sup>40</sup> Müzeye değerlendirilmek üzere teslim edilen etnografik kültür varlığının, ilgili komisyonlar tarafından yapılan tasnif sonucu korunması gerekli görülmeyerek tescil edilmemesi halinde, “Tescil Dışı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi” düzenlenerek iadesi gerçekleştirilir. Bu şekilde, 2863 sayılı Kanun’un kapsamı dışında oldukları belge ile tespit edilen etnografik kültür varlıkları üzerinde, herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadan tasarruf gerçekleştirilmesi mümkündür.<sup>41</sup>

Tasnif sonucunda eserin, korunması gerekli olduğu tespit edilip envanter bilgilerinin müze tarafından kayıt altına alınmasına karar verilmesi halinde ise, varlığın tescil işlemi gerçekleştirilir.<sup>42</sup> Bu noktada iki farklı ihtimal karşımıza çıkmaktadır. İlk ihtimal, tescil işlemiyle korunması gerekli olduğu tespit edilen etnografik nitelikteki kültür varlığının müze envanterine alınmasına gerek görülmemesidir. Bu durumdaki etnografik eserlerin, korunması gerekli arkeolojik eserlerden farklı olarak, tescil işleminden sonra sahiplerine “Tescile Tabi Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi” düzenlenerek iade edileceği öngörülmüştür, (KGGTY m. 10/1).<sup>43</sup> İkinci ihtimal ise, etnografik nitelikteki kültür varlıklarının müze envanterine alınmasının uygun görülmesidir. Bu durumda dahi, anılan varlıklar üzerinde re’sen devlet mülkiyeti tesis edilememekte; kıymet takdiri neticesinde teklif edilen bedelin, malik tarafından kabulü ve satış işleminin gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Malik teklif edilen bedeli kabul etmezse, müze müdürlüğü, eseri tescil belgesi düzenleyerek iade etmek zorundadır.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Yağcı, Taş ve Kılıç, *Kültür Varlıklarını Koruma*, 116; Ceylan, “Taşınır Kültür Varlıkları Kaçakçılığı Suçu”, 116.

<sup>41</sup> Ülgen, *Kültür Varlıklarının Yurtdışına Çıkarılması Suçları*, 107; Sancakdar, Yağcı, Taşyıldız ve Çırak, *Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku*, 867.

<sup>42</sup> KGGTY m. 3/1-ı. Yargıtay kararlarında, etnografik nitelikteki kültür varlıkları her ne kadar özel mülkiyete tabi olsa da, tescile tabi olan bir varlığı belgelendirmeden elde bulundurmanın hukuka aykırı olduğu belirtilmektedir. “... suçta konu eserin etnografik nitelikte kültür varlığı olmasının, bu varlığın serbestçe bulundurulabileceği anlamına gelmediği, somut durumda, suçta konu eserin 2863 sayılı Kanunun 23/a maddesi uyarınca tasnif ve tescile tabi, etnografik nitelikte bulunması ve sanıkların tescile tabi taşınır kültür ve tabiat varlığı belgeleri olduğuna dair bir savunmalarının da mevcut olmaması karşısında; bu eserin sanıkların aracında ele geçirilmesinin 2863 sayılı Kanun’un 70. maddesinde düzenlenen suç oluşturacağı...”, Y. 12. CD, 10.12.2014, E. 2014/1722, K. 2014/25192. Ayrıca bkz. Y. 12. CD, 23.12.2015, E. 2014/10535, K. 2015/19491; Y. 12. CD, 17.11.2014, E. 2013/26129, K. 2014/22932, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: Şubat 01, 2022). İlgili kararlardan anlaşıldığı üzere, mülkiyet hakkının içeriğinde bulunan eşyayı bizzat elde bulundurabilme yetkisi (*ius possidendi*) dahi, tescile tabi etnografik kültür varlığının müzelerle getirilerek belgeleneceği şartına bağlanmıştır.

<sup>43</sup> Buradaki tescil kavramı, “korunması gerekli olduğu tespit edilen etnografik nitelikteki kültür varlığının, belge ve envanter listelerinin birer nüshasının müzede muhafaza edilmek üzere dosyalandırılması” ifade etmektedir. Bkz. KGGTY m. 3/1-h. Tescil edilen etnografik varlığın sahibine iade edilmesi, söz konusu eserin korunması gerekli kültür varlığı olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bu durumda koruma, devlet müzeleri vasıtasıyla değil; kültür varlığını belgelendirerek iade alan gerçek veya tüzel kişi tarafından yapılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kanbur, “Kültür Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılma Yasağına Muhalefet”, 240; Çolak, *Kültür Varlıklarını Koruma Hukuku*, 798.

<sup>44</sup> Ceylan, “Taşınır Kültür Varlıkları Kaçakçılığı Suçu”, 129. Bu durumda da tescil, tipki korunması gerekli olduğuna karar verilip, müzelere alınmasına gerek görülmeyen etnografik eserlerde olduğu gibi, belge ve envanter listelerinin birer nüshasının müzede muhafaza edilmek üzere dosya-

### 3. Güzel Sanat Eserleri

Kültür ve tabiat varlıkları hukuku kapsamında güzel sanat eserleri, “*bedii vasfı haiz olan; yağlı ve sulu boya tablolar, resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma kakma eserler, heykeller, kabartmalar, mimarlık eserleri, elişleri ve küçük sanat eserleri ve fotoğraf eserlerini*” ifade etmektedir, (KGTYY, m. 3/d).<sup>45</sup> İlgili maddeden anlaşılacağı üzere, bir güzel sanat eserinin kültür varlığı olarak ele alınabilmesi için, öncelikle bediî vasfı haiz olması gerekmektedir.<sup>46</sup> Ayrıca bu noktada güzel sanat eseri niteliğindeki kültür varlığı kavramından, sanat eserinin mutlaka çok eski olması gerektiği anlaşılmamalıdır. Zira taşıdığı önem sebebiyle gelecek kuşaklara aktarılmasında lüzum görülen çağdaş sanat eserlerinin de ilgili kapsamda ele alınması imkân dâhilindedir.<sup>47</sup>

Türk hukuku açısından etnografik nitelikteki kültür varlıklarından farklı olarak, güzel sanat eseri niteliğindeki kültür varlıklarının kayıt ve tescil şartları ile alım satım koşullarını detaylı şekilde belirleyen bir düzenleme yapılmamıştır.<sup>48</sup> Kanaatimizce, bu kapsamda yalnızca kendi dönemindeki benzer eserlerden

lanmasıyla birlikte gerçekleşir, (KGTYY, m. 3/1-h). Türk hukuk sisteminde, taşınmazların kamulaştırılmasına benzer bir usule taşınırılar yönünden yer verilmemesi, bu uygulamanın gerekçeleri arasında gösterilmektedir. Bkz. Kanadoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma*, 195.

<sup>45</sup> Anılan Yönetmelik'te yer verilen kültür varlıkları kapsamındaki güzel sanat eserlerinin tanımı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilen güzel sanat eserleri kavramıyla bazı benzerlikler göstermektedir. FSEK'e göre güzel sanat eserleri; “*estetik değere sahip olan; 1. Yağlı ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafi, 2. Heykeller, kabartmalar ve oymalar, 3. Mimarlık eserleri, 4. El işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları, 5. Fotoğrafik eserler ve slaytlar, 6. Grafik eserler, 7. Karikatür eserleri, 8. Her türlü tipleridir.*” Bu noktada FSEK'te sayılmak suretiyle güzel sanat eserleri kavramına dâhil edilen; tekstil moda eserleri, slaytlar, grafikler, karikatür eserleri ve tiplereler; KGTYY'de, kültür varlığı niteliğindeki güzel sanat eserleri arasında sayılmamıştır.

<sup>46</sup> Kelime itibariyle “estetik” anlamına gelen “bediî” sözcüğünün; örneği bulunmayan, nadide, güzellik ölçülerine uyan, beğenilen gibi anlamları bulunmaktadır, (İsa Eliri, “Güzel Sanat Eserlerinde Fikri Mülkiyet Hakları ve Uygulamaları”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 23 (2010): 65).

<sup>47</sup> Kanadoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma*, 54; Umar ve Çilingiroğlu, *Eski Eserler Hukuku*, 41-42; Oğuz Aydos, “Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler”, *Ankara Barosu Dergisi* 66, Y. 4 (2008): 66; Vildan Peksöz, “Spor Kulüplerinin Özel Müzelerinde Yer Alan Kültür Varlığı Niteliğindeki Mallarının Haczi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, S. 3 (2020): 959.

<sup>48</sup> 2863 sayılı Kanun'un taslak aşamasında, güzel sanat eseri niteliğindeki kültür varlıkları hakkında ayrı bir yönetmelik çıkarılması öngörülmüş; ancak, yürürlüğe giren kanun metninde yalnızca etnografik nitelikteki kültür varlıklarına ilişkin bir yönetmelik hazırlanacağı belirtilerek, güzel sanat eserleri konusunda bir ifadeye yer verilmemiştir. Kanun taslağının konuyla ilgili 26. maddesi şu şekildedir: “*Gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan 19. yüzyıl sonuna kadarki döneme ait jeolojik ve arkeolojik eserler kapsamına girmeyen etnografik ile güzel sanat eserlerinden korunması gerekli olanlar, Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.*” Yürürlüğe giren KTVKK metninin 24. maddesinde ise, yalnızca “*alımı, satımı serbest bırakılacak etnografik eserlerin hangi devirlere ait olacağı ve diğer nitelikleri ile kayıt ve tescil şartları bir yönetmelikle belirlenir*” ifadeleri mevcuttur.

farklılık gösteren, özgün bir nitelik taşıyan, gelecek kuşaklara aktarılması önem arz eden ve Türkiye'nin kültürel mirasını tamamlayıcı özellikleri haiz olan güzel sanat eserlerinin<sup>49</sup> tescile tabi (korunması gerekli) nitelikte olduğu kabul edilmiştir.<sup>50</sup> Bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmadığı için, bir güzel sanat eserinin kültür varlığı olarak tasnif ve tescil edilip edilmeyeceği hususu, Kültür ve Turizm Bakanlığı nezdindeki müze müdürlüklerince oluşturulan değerlendirme komisyonları veya mahkemeler tarafından oluşturulan bilirkişi heyetlerinin takdirine bırakılmıştır.<sup>51</sup>

Güzel sanat eseri niteliğindeki kültür varlıkları da, etnografik nitelikteki kültür varlıklarına benzer şekilde, *ipso iure* (kanun gereği) devlet malı olarak kabul edilmemiştir.<sup>52</sup> Dolayısıyla, bu varlıklar üzerinde de hukuken geçerli bir biçimde özel mülkiyet kurulabilmesi mümkündür. Bu bağlamda, bir güzel sanat eserinin değerlendirilmek üzere müze müdürlüklerine teslim edilmesi ve yapılan inceleme sonucu söz konusu varlığın tescil edilerek müzeye alınmasının uygun görülmesi halinde dahi; ilgili esere, sahibi tarafından satılmak istenmemesi durumunda, el konularak müzelere alınması mümkün değildir. Bu halde, korunması gerekli güzel sanat eserinin malikine aynen iade edilmesi gerekmektedir.

<sup>49</sup> Aynı yönde bkz. Monika Jadzinska, "Think of Culture, Care for Art. Preservation of Contemporary Heritage in Modern Society", Erişim Tarihi: Şubat 02, 2022, <https://www.researchgate.net/publication/286623189>; Iwona Szmelter, "Contemporary Conservation Theory in the Context of the Valuation of Cultural Heritage", Erişim Tarihi: Şubat 02, 2022, <https://www.researchgate.net/publication/343722765>.

<sup>50</sup> Güzel sanat eserlerinin hangi koşullarda taşınır kültür varlığı niteliği taşıyabileceği konusunda, ulusal hukuk sistemlerinde farklı düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, İtalyan hukukuna göre bir güzel sanat eserinin, sahibinin hayatta olması ya da günümüzden en az 50 yıl öncesi bir dönemde oluşturulmaması halinde taşınır kültür varlığı olarak ele alınabilmesi mümkün değildir. Bkz. Giuseppe Calabi, "The Art Law Review: Italy", Erişim Tarihi: Şubat 02, 2022, <https://thelawreviews.co.uk/title/the-art-law-review/italy>. Belçika'da ise sanat eserlerinin, kültür varlığı olarak kabul edilebilmesi için günümüzden en az 50 yıl öncesine ait olması ve tablolar açısından 500.000 Euro, diğer eserler açısından ise 100.000 Euro piyasa değerinin üzerinde olması şartı aranmaktadır. İspanya ve Kanada'da da, eser sahibinin hayatta olması halinde eserin, kültür varlıkları için öngörülen kısıtlamalara tabi tutulması mümkün değildir. Bkz. "Art Law: Restrictions on the Export of Cultural Property and Artwork", IBA Art, Cultural Institutions and Heritage Law Committee, Erişim Tarihi: Şubat 02, 2022, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=d67cb566-b6d4-4ea4-94e5-04d0ac6c7681>.

<sup>51</sup> Yargıtay da, güzel sanat eserlerinin 2863 sayılı Kanun kapsamında olup olmadıklarının tespitini ve bu durumun gerekçesinin belirlenmesini bilirkişi kuruluna bırakmıştır. "*Mimar Sinan Üniversitesi İstanbul Resim ve Heykel Müzesi'ne muhafaza edilmek üzere teslim edilen F. Bauman (100x77 cm) ve J.B. Fontenay'a (165x102 cm) ait iki adet yağlı boya tablo üzerinde üniversitelerin arkeoloji ve sanat tarihi kürsülerine mensup öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılarak hâlihazır durumları itibarıyla bilim, kültür, din veya güzel sanatlarla ilgileri ve 2863 sayılı Yasa kapsamında korunması gerekli olup olmadıklarının, kapsamda ise hangi özelliklerinden dolayı bu sıfatın verildiğinin tespit edilmesi, sonucuna göre tasnif ve tescile tabi taşınır kültür varlıklarından olduklarının kabulü halinde tabloların Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescilli ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik hükümleri uyarınca işlem yapılması üzere müzeye tevdi...*" Y. 11. CD, 30.01.2006, E. 2004/7933, K. 2006/369. Karar için bkz. Kanaoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma*, 454.

<sup>52</sup> Özel, "Kültür Varlıklarının Mülkiyeti", 231-232.

## II. ANONİM ŞİRKETLERE SERMAYE GETİRİLMESİNE İLİŞKİN ANA ESASLAR

### A. TEMEL İLKELER

Bir şirketin öngörülen ortak amaca erişebilmesi için, şirket sermayesinin buna uygun ölçekte olması gerekir.<sup>53</sup> Sermayenin büyüklüğü, şirket tarafından yürütülebilecek faaliyetin boyutunun genişletilmesine katkı sunar.<sup>54</sup> Malvarlığı kavramından farklı olsa ve karşılığı her zaman şirkette hazır bulunmasa da esas sermaye, kendisini karşılayan veya aşan miktarda şirket öz kaynağının mevcudiyeti halinde, şirket alacaklıları açısından bir güvence niteliği de taşımaktadır.<sup>55</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 127’de, ticaret şirketlerine getirilebilecek nakdi ve aynı sermaye unsurları sıralanmıştır. 6762 sayılı Kanun’dan farklı olarak, devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler de sermaye unsurları arasına dâhil edilmiştir.<sup>56</sup> Yeni gelişen ticari değerlerin şirkete sermaye olarak getirilmesini sağlayan bu düzenleme, günümüzün ekonomik gereksinimlerini karşılamak açısından yerindedir.<sup>57</sup> Kripto para<sup>58</sup>, gemi<sup>59</sup>, fikri mülkiyet hakları<sup>60</sup> gibi varlıkların sermaye olarak getirilmesine ilişkin öğretideki değerlendirmeler de, bu yöndeki ilginin bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.

Anonim şirketlere getirilebilecek sermaye unsurları yönünden, iki temel istisna öngörülmüştür (TTK m. 342). Bunlardan ilki, üzerinde sınırlı aynı hak<sup>61</sup>, haciz veya

<sup>53</sup> Feyzan Hayal Şehirli Çelik; (İsmail Kırca ve Çağlar Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013), 58-59.

<sup>54</sup> Hikmet Sami Türk, “Anonim Ortaklıkların Sermaye Yapısı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 23, S. 1-2 (2003): 769.

<sup>55</sup> Kırca, (Şehirli Çelik ve Çağlar), *Anonim Şirketler Hukuku*, 308-311. Sermaye ve malvarlığı kavramları için bkz. Celal Göle, *Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfade Temerrütü*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1976): 9-12.

<sup>56</sup> Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 185; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 63; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 341. Ayrıca bkz. 6102 Sayılı Kanun Gereği, m. 127.

<sup>57</sup> Mehmet Özdamar, “Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Taşınmazların Taahhüt Edilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, S. 1-2 (2006): 97.

<sup>58</sup> Kavram ve sermaye olarak getirilmesine ilişkin değerlendirmeler hakkında bkz. Fatih Bilgili ve Fatih Cengil, “Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, S. 3 (2019): 3 vd.; Raphaël Soubeiran, “Qualifizierte Gründung, Sacheinlage in Kryptowährung”, *TREX*, No. 1 (2022): 40.

<sup>59</sup> Fevzi Gözüyeşil, “Sicile Kayıtlı (Müscel) Gemilerin Anonim Şirketlere Sermaye Olarak Getirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 24, S. 3 (2020): 163 vd.

<sup>60</sup> Seniha Dal, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 342’ye Göre Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirkete Aynı Sermaye Olarak Konulması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, S. 2 (2012): 371 vd.

<sup>61</sup> Üzerinde sınırlı aynı hak bulunan varlıkların, sermaye olarak getirilememesi ilkesine yönelik eleştiriler hakkında bkz. Mehmet Bahtiyar, “Anonim ve Limited Şirketlere Konulacak Aynı Sermaye Unsurları Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Bulunmaması Şartına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, S. 2 (2021): 520-521. Ayrıca bkz. “Dava konusu taşınmaz üzerinde aynı sermaye olarak kabul edilmesini önleyecek herhangi bir takyidat olmadığı getirilen tapu kayıtlarından saptanmıştır”, Bakırköy 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, 03.07.2020, E. 2020/147, K. 2020/355, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: Ocak 12, 2022).



tedbir bulunan ya da nakden değerlendirilemeyen veya devrolunamayan<sup>62</sup> varlıklardır.<sup>63</sup> Sınırlamada amaç, bunların sermaye olarak getirilmesinin, sermayenin korunması ilkesiyle örtüşmemesi ve anonim şirketin, sermaye değerine sorunsuz bir şekilde ve mutlak olarak ulaşmasının sağlanmasıdır.<sup>64</sup> İkincisi ise, kişisel emek,<sup>65</sup> ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklardır.<sup>66</sup> Getirilecek sermaye unsurunun ekonomik değerinin ölçülebilir olması gerekliliği, bunların kapsam dışı tutulma nedenleri arasında sayılabilir.<sup>67</sup> Özellikle şirketin ilk dönemlerinde, şirket faaliyetlerine yönelik sunduğu katkılardan dolayı şahıs şirketlerinde önemli bir yeri olan emek sermayesi; sermaye şirketlerinin yapısıyla örtüşmemesi nedeniyle, anonim şirketlere getirilebilecek unsurlar arasında sayılmamıştır.<sup>68</sup> Vadesi gelmemiş alacaklara yönelik sınırlama ise, sermayenin ifasında karşılaşılabilecek gecikme<sup>69</sup> ve tahsil edilememe ihtimalinin önüne geçilmesini amaçlamaktadır.<sup>70</sup>

## B. KOLEKSİYON DEĞERİ TAŞIYAN VARLIKLARIN SERMAYE OLARAK GETİRİLMESİ

Türk Ticaret Kanunu m. 127’de, şirkete ayni sermaye olarak getirilebilecek unsurlar arasında, taşınırlara bir ana başlık olarak yer verilmiştir. Koleksiyon<sup>71</sup>

<sup>62</sup> Sermaye unsurlarının devredilebilirliği hakkında bkz. Andreas Pentz, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, (München: C.H. Beck, 2019) içinde AktG § 27 Rn. 21.

<sup>63</sup> Şaban Kayıhan, *Şirketler Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 87; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 223; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 184.

<sup>64</sup> Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 319. Ayrıca bkz. 6102 Sayılı Kanun Gereği, m. 342. Sermayenin korunması ilkesi hakkında bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 80; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 214-215; Mehmet Mülazımoğlu, *Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 106-107; Harun Eryiğit, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 5-13; Sinan Yüksel, “Norma ve Uygulamaya Yansımaları ile Sermayenin Korunması İlkesi”, *Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu (Temmuz/2020)* içinde, editörler Havva Karagöz; Beril Özcanlı ve Seda Palanduz, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 123 vd.

<sup>65</sup> Emek sermayesi hakkında bkz. Akar Öçal, “Sermaye Olarak «Şahsi Emek»”, *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi* 4, S. 1 (1968): 232-237.

<sup>66</sup> Kayıhan, *Şirketler Hukuku*, 87; Hakan Çebi, *Şirketler Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 117. Sermayenin korunması amacı doğrultusunda, bunun yerinde bir tercih olduğu yönünde bkz. Mehmet Özdamar, “6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar”, *TFM* S. 1 (2015): 146-147.

<sup>67</sup> Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 20-21; Olaf Müller-Michaels, (Wolfgang Hölters/Markus Weber), *Aktiengesetz*, (München: Vachlen, 2022) içinde Rn. 51-55.

<sup>68</sup> Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 61; Mustafa Çeker, “Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Yeniden Yapılandırılmaları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, S. 3-4 (2012): 109; Kayıhan, *Şirketler Hukuku*, 92.

<sup>69</sup> Özlem Karaman Coşgun, “Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Ayni Sermaye Değerinin Belirlenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, S. 2 (2012): 335.

<sup>70</sup> Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 60.

<sup>71</sup> Bu başlık altında ifade edilen “koleksiyon” kavramıyla, Kültür ve Turizm Bakanlığı’ndan resmi bir şekilde ruhsat almak suretiyle gerçekleştirilen “korunması gerekli taşınır kültür varlığı koleksiyonerliğine işaret edilmemektedir. Çalışma kapsamında ilgili kavram ile yabancı pullar, saatler,

değeri taşıyan sanat eseri ve hobi ürünleri gibi varlıklar da bu kapsamda değerlendirilebilir. Şirket kurucularının, kendi koleksiyonlarında bulunan ve belirli bir değere sahip bu varlıkları, şirkete sermaye olarak getirmeleri mümkündür. Bu tercih, kurucuların malvarlığı yapısına dayanabileceği gibi, şirketin faaliyet konusunun açık arttırma veya sanat eseri ticaretini içermesinden de kaynaklanabilir.

Koleksiyon değeri olan varlıkların, taşıdıkları estetik değerini yanı sıra, iktisadi bir işleve de sahip oldukları vurgulanmalıdır. Tablo ve heykel gibi akla ilk gelen örneklerin yanı sıra, basılı eserler, filmler, videolar ve sporcu/oyun kartları<sup>72</sup> gibi varlıklar da bu kapsama dâhil edilebilir.<sup>73</sup> Bir yatırım ve değer saklama aracı olarak bu varlıklara olan ilgi giderek artmaktadır.<sup>74</sup> Ülke sınırları içinde ve dışında bankacılık sistemine gerek kalmaksızın kolayca yer değiştirmeleri, saklandıkları süre içinde genellikle yatırım araçlarına benzer yıllık getiri sağlamaları,<sup>75</sup> paranın taşıdığı emisyon dışı kalma veya devalüasyon ihtimallerini içermemeleri<sup>76</sup> bu varlıkların öne çıkan nitelikleri arasında sıralanabilir. Bu nedenle, anılan eserler toplamda önemli bir ekonomik değere ulaşmakta ve bir yatırım aracı olarak kabul görmektedir.<sup>77</sup> Sanat eserlerine yatırım üzerine temellendirilen fonlar<sup>78</sup> ve borçlanma araçları<sup>79</sup> ile bunların menkul kıymetleştirilmesine dayanan araçlar da<sup>80</sup> bunun bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

oyuncaklar, kartpostallar, filmler oyun kartları, modern tablo ve heykeller gibi taşınır kültür varlığı niteliğinde olmayan ancak özel bir alıcı kitlesine sahip, belirli bir değeri haiz ve genellikle nadir nitelikteki eserler kast edilmektedir.

<sup>72</sup> Koleksiyon değeri bulunan ve belirli bir sporcuya ya da hayali bir oyun karakterine özgülünen bu kartların satış fiyatı, nadirlik durumuna göre 500.000 USD'ye kadar ulaşabilmektedir. Konu hakkında bkz. "State of Trading Cards, Report Spotlights Collecting Trends and Industry Predictions", eBay, Erişim Tarihi: Ocak 16, 2022, <https://www.ebayinc.com/stories/news/ebays-2021-state-of-trading-cards-report-spotlights-collecting-trends-and-industry-predictions/>.

<sup>73</sup> Bu konuda bkz. Clare Mcandrew, "An Art Basel & UBS Report 2021", Erişim Tarihi: Ocak 16, 2022, [https://d2u3kfw92fzu7.cloudfront.net/The-Art-Market\\_2021.pdf](https://d2u3kfw92fzu7.cloudfront.net/The-Art-Market_2021.pdf).

<sup>74</sup> Bu doğrultudaki verilere örnek olarak bkz. "Art & Finance Report 2021", Deloitte, Erişim Tarihi: Ocak 15, 2022, <https://www2.deloitte.com/lu/en/pages/art-finance/articles/art-finance-report.html>; "Art Market Update: Fall 2021", Bank of America Private Bank, Erişim Tarihi: Ocak 15, 2022, <https://www.privatebank.bankofamerica.com/articles/art-market-update-fall-2021.html>.

<sup>75</sup> Bu konuda bkz. Adriano Torcello, "Why Should Art be Considered as an Asset Class", Erişim Tarihi: Ocak 15, 2022, <https://www2.deloitte.com/lu/en/pages/art-finance/articles/art-as-investment.html>. Aksi yöndeki bir değerlendirme için bkz. Arthur Kortoweg; Roman Kraussl and Patrick Verwijmeren, "Does it Pay to Invest in Art: A Selection-Corrected Returns Perspective", *Review of Financial Studies* 29 No. 4 (2016): 1007 vd.

<sup>76</sup> Sanat eserleri özelinde, bu varlıkların taşıdığı yatırım değeri hakkında bkz. Alice Xiang, "Unlocking the Potential of Art Investment Vehicles", *The Yale Law Journal* 127, No. 6 (2018): 1699-1702.

<sup>77</sup> Raya Mamarbachi; Marc Day and Giampiero Favato, "Art as an Alternative Investment Asset", Erişim Tarihi: Ocak 14, 2022, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1112630](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1112630).

<sup>78</sup> Bu fonlar hakkında bkz. Brian Frye, "New Art for the People: Art Funds & Financial Technology", *Chicago-Kent Law Review* 93, No. 1 (2018): 113 vd.

<sup>79</sup> Bu konuda uygulamadaki örnekler hakkında bkz. Harriet Habergham, "Fine Art Lending Thrives Thanks to Yield-Hungry Hedge Funds", Erişim Tarihi: Mart 18, 2022, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-08-12/fine-art-lending-thrives-thanks-to-yield-hungry-hedge-funds>.

<sup>80</sup> Bir uygulama örneği olarak bkz. "The Art Market", Masterworks, Erişim Tarihi: Mart 18, 2022, <https://www.masterworks.io/>.

Şirkete sermaye olarak getirilen bu varlıkların, şirketin kuruluş tarihinden sonra kazandığı değer üzerinden satılarak nakde dönüştürülmesi veya şirketin, bunların sergilenmesi ya da fikri mülkiyet haklarına ilişkin lisanslar dolayısıyla düzenli getiri elde etmesi mümkündür. Anılan varlıkların taşıdığı olumlu niteliklerin, şirkete sermaye olarak getirilmelerine, diğer kurucuların rıza göstermeleri ihtimalini arttırabileceği öngörülebilir. Bu durum, şirketlerin sermaye unsurlarının çeşitlendirilmesine ve sermayenin değer kaybetme riskine karşı korunmasına katkı sağlayabilecek; ayrıca, atıl durumdaki bu varlıkların değerinin de, şirket sermayesi olarak ticari faaliyete dâhil edilmesine fırsat tanıyacaktır. Bununla birlikte, anılan varlıkların piyasa değerinde zaman içinde aşağı veya yukarı yönlü hızlı değişimlerin gözlenebileceği<sup>81</sup> ve bu ihtimalin, şirket malvarlığı toplamını da etkileyeceği vurgulanmalıdır. Belirtilen nedenle, bunların sermaye unsuru olarak getirilmesi sürecinde, kurucuların şirket üzerine yüklenen mali riski hesaba katmaları yerinde olacaktır.

### C. BİLİRKİŞİ TARAFINDAN YÜRÜTÜLECEK İNCELEME

Ayni olarak taahhüt edilen unsurların değerine karşılık pay miktarının esas sözleşmeye yazılabilmesi için öncelikle sermayeye, mahkemece atanacak bilirkişiler tarafından değer takdir edileceği hükme bağlanmıştır (TTK m. 343/1).<sup>82</sup> Mahkeme tarafından belirlenen bilirkişi yerine özel bilirkişiden rapor alınmasının yeterli görülmesi, ayni sermayeye değer biçilmesine dair kurucuların sorumluluğunu doğuran nedenler arasında sayılmaktadır.<sup>83</sup> Bu hükmün, ayni sermaye getirilmesi sürecine ilişkin şeffaflığı temin etme<sup>84</sup>, varlığın ekonomik değerini ölçme<sup>85</sup> ve kurucuların ilgili varlığın değeri hakkında yanılmasının önüne geçme<sup>86</sup> amacı taşıdığı anlaşılmaktadır. Taşınır kültür varlığı olarak nitelendirilemeyen ancak koleksiyon değeri olan varlıklarının şirkete sermaye olarak getirilmesinde ise, bunların nadir yapısı ve değerlemenin çoğunlukla özel bir uzmanlık gerektirmesi nedeniyle yaşanabilecek belirsizliğin önüne, ihtisas sahibi bilirkişilerce değer biçilmesi zarureti sayesinde geçilebilecektir. Değerleme raporu, şirket merke-

<sup>81</sup> Bu konuda bkz. "Offering Circular Supplement", Otis Gallery LLC, Erişim Tarihi: Mart 18, 2022, [https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1767876/000121390020001245/f253g1011720\\_otis-gallery.htm](https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1767876/000121390020001245/f253g1011720_otis-gallery.htm).

<sup>82</sup> Bilirkişilerce takdir edilen değer esas sözleşmeye geçirilmeden, esas sözleşmenin hazırlanması tamamlanamayacaktır. Bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 340.

<sup>83</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekeşi, (m. 551). Bilirkişiyi seçme yetkisinin pay sahipleri yerine mahkemeye tanınması, bilirkişinin tarafsızlığını garanti altına alabilmek ve değerlemede yapılabilecek yolsuzlukları önleyebilmek açısından isabetlidir. Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, 320.

<sup>84</sup> Ayni sermaye getirilmesi sürecine ilişkin şeffaflık hakkında bkz. Hans Caspar von der Crone, *Aktienrecht*, (Bern: Stämpfli, 2020), 124-125.

<sup>85</sup> Soubeiran, "Qualifizierte Gründung, Sacheinlage in Kryptowährung", 40.

<sup>86</sup> Ayni sermaye unsurunun tetkiki gerekçeleri bağlamında bkz. Manuel Meyer, *Die Sacheinlage im Aktienrecht Unter Berücksichtigung der aktuellen Aktienrechtsrevision*, (Zurich: Dike, 2015), 324-325.

zinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişi tarafından hazırlanacaktır.<sup>87</sup> Mahkemenin kendiliğinden değer tespitinde bulunması yerinde değildir.<sup>88</sup>

Bilirkişi, raporunda iki temel hususa dair gerekçelerini belirtecektir. Bunlar, kendisi tarafından seçilen değerlendirme yönteminin “*herkes için en adil ve uygun seçim*” olma niteliğini sağlaması ve varlığın Türk lirası karşılığının nasıl belirlendiğidir (TTK m. 343/1). Seçilen yöntem, varlığın niteliğine ve nadirliğine göre değişebilir. Bu hususta “herkes” ile işaret edilen grubun içine, bilirkişi incelemesine konu edilen aynı sermayeyi getiren kurucu ile birlikte; bunlarla sınırlı olmaksızın, kurulacak şirketin ve diğer kurucuların da dâhil olduğu açıktır. Bilirkişinin değerlemesi, varlığın satışının gerçekleştirilebileceği piyasalar, iç ve dış piyasada satış ihtimali, yurtdışında satışa ilişkin fiziki veya yasal sınırlamalar, orijinalliğinin teyit edilebilirliği ve varlığın fiziki kondisyonu gibi hususlar dikkate alınarak gerçekleştirilebilir. Bu süreçte, varlığın değerini olumlu ve olumsuz etkileyen unsurların ayrı ayrı tespit edilmesi,<sup>89</sup> günün ekonomik koşullarının<sup>90</sup> ve satışa açılan benzeri varlıkların durumu ile karşılaştırarak, mevcut satış kabiliyetinin<sup>91</sup> dikkate alınması yerinde olacaktır. İlanda bulunan benzeri varlıklardan, aşırı yüksek ya da düşük şekilde değerlendirilmiş olanların fiyatları, bilirkişilerce şüpheli bulunarak hesaba katılmayabilir.<sup>92</sup>

<sup>87</sup> Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 185-186; Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, 320; Çebi, *Şirketler Hukuku*, 117; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 340.

<sup>88</sup> “Ancak yasada aynı sermaye değerinin mahkemenin vereceği bir hükümlle belirlenmesi öngörülmediğinden; mahkemenin muayyen bir değer tespitine ilişkin hüküm kurması gerekli bulunmadığı gibi uygun da değildir”, İstanbul Anadolu 8. Asliye Ticaret Mahkemesi, 01.10.2020, E. 2020/247, K. 2020/372, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: Şubat 04, 2022).

<sup>89</sup> “olumlu ve olumsuz yönde tesir eden diğer tüm unsurlar da ayrı ayrı irdelenerek emsal karşılaştırma yöntemi ile güncel rayiç değerlerinin...”, İstanbul Anadolu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, 06.01.2022, E. 2021/832, K. 2022/9, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: Şubat 04, 2022).

<sup>90</sup> “değerine tesir edecek tüm etkenler ile günün ekonomik koşulları da nazara alındığında, hak ve nefaset kurallarına göre hâlihazır durumu göz önüne alındığında”, Ankara Batı 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, 07.07.2021, E. 2021/302, K. 2021/302, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: Şubat 04, 2022).

<sup>91</sup> “dolayısıyla arz, talep dengesi düşünüldüğünde konut imarlı imar parsellerinin her zaman satış kabiliyetinin en yüksek taşınmazlar olduğunu..., ayrıca internet sitesi üzerinden istenen değerlerin rayiç değerlerin çok üzerinde olduğunu, emsal olarak belirlenen taşınmazın fiyatı ek rapor tarihi itibarıyla yüksek olduğundan halen satılmadığını, ilanın Kasım ayından itibaren halen aktif olduğunu, davacı tarafca sunulan diğer emsallerin de yine üzerinde 112,20 m<sup>2</sup>’lik 20 adet 2+1 daire olan natamam bina olduğunu, bu ilanda da taşınmazın birim değeri 6.528,00 TL/m<sup>2</sup> iken 27/01/2021 tarihinde birim değerinin 6.111,00 TL/m<sup>2</sup>’ye düşürüldüğünün görüldüğünü, bu ilanın da rayiç değerinin üzerinde olup bu değer üzerinden satılmasının mümkün olmadığını, Kasım 2020 tarihinden beri satılmadığını bu nedenle de söz konusu her iki emsalin dikkate alınmadığını”, İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, 28.05.2021, E. 2020/406, K. 2021/453, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: Şubat 04, 2022).

<sup>92</sup> “birim fiyatlarının 2.088 TL ile 68.103 TL gibi çok geniş bir aralıkta seyrettiği, en az olan 2.088 TL ile 68.103 TL’nin arsa değerinin belirlenmesinde dikkate alınmadığı”, İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi, 10.09.2020, E. 2019/590, K. 2020/363, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: Şubat 04, 2022).

Koleksiyon niteliği bulunan eserlerin değer takdirinin, her zaman için emsalleri ile kıyaslanarak gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Varlığın aynısının ya da muadilinin bulunmaması veya bulunsa dahi, bunun satışa açık olmaması gibi ihtimaller, başlıca sebepler arasındadır. Ayrıca, varlığın kıymetini etkileyen birçok değişken bulunmakla birlikte; eserin orijinal olması, bunların en önemlileri arasında yer almaktadır. Nitekim varlığın orijinal olmaması, varlığın satış değerinin aşırı düzeyde düşmesine sebebiyet verecektir. Bu konuda karşımıza çıkan soru, mahkeme tarafından görevlendirilen bilirkişinin, üzerinde incelemede bulunduğu koleksiyon varlığının orijinalliğini incelemek yükümlülüğünün bulunup bulunmadığıdır. 6102 sayılı Kanun'da bu husus ayrıca düzenlenmemiş ve bilirkişi açısından anılan yönde açık bir yükümlülük öngörülmemiştir. Kanaatimizce, bu hususta mahkemece özel bir inceleme yapılması açıkça talep edilmedikçe,<sup>93</sup> değerlemeyi yürüten bilirkişiden eserin orijinallığına ilişkin kapsamlı ve detaylı bir inceleme yapması beklenmemelidir. Bununla birlikte, mahkemece bilirkişinin görevlendirilmesinde seçimin, somut olayın gerektirdiği uzmanlığı taşıyan kişiler arasında yapılması gereği ve bu kişinin ayrıntılı bir rapor düzenlemesi gerekliliği dikkate alındığında,<sup>94</sup> değer tespiti için gereken ortalama inceleme sürecinde anlaşılması mümkün olan orijinal olmama vasfının tespiti, bilirkişiden beklenebilir. Mahkemenin bu yönde özel bir inceleme yapılmasını talep etmesi durumunda, bilirkişi bunu gerçekleştirecek; eğer bu konuda gereken uzmanlığa sahip değilse, bunu mahkemeye bildirecektir.

Bilirkişi raporuna kurucu ve diğer menfaat sahiplerinin itiraz etmeleri mümkündür (TTK m. 343/1).<sup>95</sup> İtiraz, belirlenen bedelin, gerçek değerden yüksek olmasına dayana-

<sup>93</sup> Mahkemenin bilirkişi tarafından yanıtlanması gereken soruları belirlemesi gerekliliği hakkında bkz. Ömer Ulukapı, "Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 3-4 (2001): 195. Bilirkişinin, vakianın incelenerek sonuç çıkarılması ve vakia tespiti için görevlendirilmesi arasında, bilirkişinin görev ve yükümlülükleri açısından ortaya çıkan farklar hakkında bkz. Barış Toraman, "Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi", (Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi, 2012), 204-214.

<sup>94</sup> Türk Ticaret Kanunu Gereği, m. 343. Bilirkişinin, vakianın incelenerek sonuç çıkarılması ve vakia tespiti için görevlendirilmesi arasında, bilirkişinin görev ve yükümlülükleri açısından ortaya çıkan farklar hakkında bkz. Barış Toraman, "Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi", 204-214.

<sup>95</sup> Anılan maddede itirazın süresine ilişkin herhangi bir hükmün öngörülmemesi sebebiyle, konuya dair bir belirsizlik bulunmaktadır. Bu noktada Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 281/1'de belirtildiği üzere, tebliğ tarihinden itibaren uygulanacak 2 haftalık sürenin, bu hususta da uygulanabileceği kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz. Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, 312; Mustafa Halil Çonkar, "Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye", (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2015), 334; Afra Kaya, "Anonim Şirkete Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcun Yerine Getirilmemesinin Hukuki Sonuçları", (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2021), 99. Bilirkişi raporuna, esas sözleşmenin tescil ve ilanına kadar itiraz edilebileceği yönünde ayrıca bkz. Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), *Anonim Şirketler Hukuku*, 353; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 186. Konu hakkında ayrıca bkz. "Maddede düzenlenen mahkeme kararının kesin olması hali, rapora kurucular ve menfaat sahiplerinin itiraz haklarının kullanılmasından sonra söz konusudur... Somut uyuşmazlıkta, 27.11.2015 günlü bilirkişiler kurul raporu davacıya tebliğ edilmediğinden yasa da öngörüldüğü şekilde davacı taraf itiraz hakkını kullanamamıştır... Davacı tarafın rapora itiraz hakkının kısıtlanması, bilirkişi raporunun bağlayıcılığına ve kesin olmasına engel teşkil etmektedir.", (Y. 11. HD, 29.05.2017, E. 2016/7274, K. 2017/3110, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: Nisan 26, 2022).

bileceği<sup>96</sup> gibi düşük olmasından da kaynaklanabilir. Ayrıca, eserin vasıflandırılmasına, raporda esere ilişkin sunulan bilgilere, yürütülen araştırma aşamasında bilirkişi tarafından dayanılan kaynaklara, varlığın koleksiyon değeri taşıyıp taşımadığı hususundaki değerlendirmelere ve varlığın kondisyonuna ilişkin tespitlere de itiraz edilmesi mümkündür. 6102 sayılı Kanun'da, rapora ilişkin itiraz yalnızca tespit edilen değerle sınırlanmadığından; kanaatimizce, sayılan hususlara ilişkin itirazın ileri sürülebilmesi için, bunların varlığın değeri üzerinde etkili olmaları şart değildir. Bilirkişi raporunda, hatalı veya eksik tespitlere yer verilmesi, itiraz için tek başına yeterli görülmelidir.

### III. ÖZEL MÜLKİYETE TABİ TAŞINIR KÜLTÜR VARLIKLARININ ANONİM ŞİRKETLERE SERMAYE OLARAK GETİRİLMESİNDE UYGULANILACAK ESASLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. AYNİ SERMAYE VASFI TAŞIYIP TAŞIMADIĞI YÖNÜNDEN

Türk Ticaret Kanunu m. 342'de anonim şirkete getirilebilecek aynı sermaye unsurlarının bir malvarlığı değeri taşıması, nakden değerlendirilebilir<sup>97</sup> ve devrolunabilir olması ve üzerinde sınırlı bir aynı hak, haciz ya da tedbir bulunmaması gerektiği belirtilmektedir.<sup>98</sup> Konu, özel mülkiyete tabi taşınır kültür varlıkları açısından değerlendirildiğinde; ilk olarak, bunların malvarlığı değeri taşıdıkları tespit edilmektedir. Anılan varlıklar tarihi, kültürel, bilimsel veya estetik bir değere sahip olmalarının yanı sıra; bir ekonomik değer de taşımaktadır.<sup>99</sup> Dolayısıyla hukuki işlemlere konu edilebilen bu varlıkların, nakden değerlendirilebilir nitelikte olduğu açıktır. Alıcı piyasasının kısıtlı olması ya da parasal değerinin zor tespit edilmesi, bu varlıkların aynı sermaye olarak getirilmesine doğrudan bir engel teşkil etmemektedir.<sup>100</sup> Bununla birlikte, değer tespiti yapılabilecek düzeyde dahi emsali bulunmayan, değer taşıma işlevi şüpheli olan ya da alıcı piyasası hiç mevcut olmayan varlıklar açısından, bunların anılan şartı karşılamadıkları sonucuna ulaşılması mümkün olabilir. Bu hususta, mahkemece yaptırılacak bilirkişi incelemesi belirleyici olacaktır.<sup>101</sup>

<sup>96</sup> Kaya, "Anonim Şirkete Sermaye Koyma Borcu", 96.

<sup>97</sup> Para ile ölçülebilir nitelikte olmayan ve nakden değerlendirilemeyen unsurlar, malvarlığı değeri taşıyabilir dahi, anonim şirketlere aynı sermaye olarak konulamazlar. Bkz. Mehmet Aslan, "Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Olarak Getirilmesi", (Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, 2015), 78.

<sup>98</sup> Kaya, "Anonim Şirkete Sermaye Koyma Borcu", 19; Çonkar, "Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye", 39; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri*, (Adana: Dora Yayıncılık, 2015), 49; Aslan, "Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Olarak Getirilmesi", 75-76.

<sup>99</sup> Neil Brodie, "The Antiquities Market: It's All in a Price", *Heritage&Society* 7, No. 1 (2014): 32-33; Sancakdar, Yağcı, Taşyıldız ve Çırak, *Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku*, 61. Ayrıca bkz. "taşınır kültür varlıklarının belirli koşullar dâhilinde değiştirilebilmesi veya satılabilmesi mümkün olduğu gibi intikali de mümkündür. Bu durumda ekonomik bir değer ifade ettiği anlaşılan..." AYM Kararı, Başvuru No: 2015/3742, 10.01.2019, §56.

<sup>100</sup> Fülürya Yusufoglu, *Anonim Şirketlerde Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 39.

<sup>101</sup> Özel mülkiyete tabi taşınır kültür varlıklarına, koleksiyon değeri bulunan eserlere benzer şekilde, alanında ihtisas sahibi bilirkişilerce değer biçilmesi gerekmektedir. Somut olayın gereklerine göre

Aranan üçüncü koşul, varlığın şirkete devredilebilir nitelikte olmasıdır. Özel mülkiyete tabi taşınır kültür varlıkları, devri mümkün olmadığı için hukuki işlemlere elverişli olmayan mallar (*res extra commercium*)<sup>102</sup> arasında değildir.<sup>103</sup> Tasnif ve tescil işlemleri tamamlanarak belgelendirilen, özel mülkiyete tabi taşınır kültür varlıklarının üçüncü kişilere devredilebilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır.<sup>104</sup> 2863 sayılı Kanun'da ve ilgili mevzuatta, söz konusu taşınırın devri açısından istisnai bir hükme yer verilmediği için, zilyetliğin devri, mülkiyetin kazanılması yönünden yeterlidir.<sup>105</sup> Tescile tabi tutulan kültür varlıklarının hukuka uygun bir biçimde elde bulundurulması için, müze müdürleri tarafından eseri devralan şirkete ait bilgilerin tescil belgesi üzerine işlenmesi<sup>106</sup> ve tescil belgesinin şirket temsilcisine teslim edilmesi gerektiği vurgulanmalıdır.<sup>107</sup> Kanaatimizce bu işlem, varlığın mülkiyetinin kime ait olduğunun kamu makamları tarafından takip edilebilmesine yönelik ve mülkiyetin devri açısından kurucu nitelik taşımayan bir yükümlülük olarak değerlendirilmelidir. Bu varlıkların, şirket alacaklıları tarafından haczedilebilmelerinin önünde de herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.<sup>108</sup> Örneğin, spor kulübü işletmek üzere kurulan bir anonim şirketin müzesinde yer alan ve taşınır kültür varlığı olarak değerlendirilebilecek kupa ya da bayrakların haczi mümkündür.<sup>109</sup> Benzer şekilde, taşınır kültür varlığı

bu kişilere, uzman arkeolog, tarihçi, sanat tarihçi veya etnologlar örnek olarak verilebilir. Bu konuda bkz. "Davacıya ait özel müzede yer alan ve satışı talep edilen eserlerin gerçek değerinin tespiti için, konusunda uzman bilirkişilerce eser üzerine bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra bir karar verilmesi gerektiğinden, davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir", D. 14. D. 10.2.2016, E. 2014/8983 K. 2016/803; "25.02.2014 tarihli sanat tarihçi ve arkeolog bilirkişilerden oluşan heyet raporunda, eserlerin 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli, taşınır kültür varlıkları olduğunun tespit edildiği..." Y. 12. CD, 25.5.2016, E. 2015/4722, K. 2016/8761, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: Ocak 12, 2022).

<sup>102</sup> "Res extra commercium" kavramı hakkında bkz. Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügati*, (İstanbul: Fa-külteler Matbaası, 1975), 180.

<sup>103</sup> Umar ve Çilingiroğlu, *Eski Eserler Hukuku*, 237-238.

<sup>104</sup> Özel mülkiyete tabi taşınır kültür varlıklarının bir satış sözleşmesi kapsamında devrine karar verilmesi halinde, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na da haber verilmelidir. İlgili bildirim, yalnızca varlığın bir bedel karşılığında satışı halinde zorunludur. Bu noktada, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na, malik tarafından yapılacak bildirim üzerine kullanılabilir bir tür kanuni ön alım hakkı tanınmıştır, (KTVKK m. 30). Bakanlığın bu hakkını kullanmak istemesi halinde, kuracağı kıymet takdir komisyonunun belirleyeceği bedel üzerinden eseri satın almak istediğini malike bildirmesi gerekmektedir. Ancak malikin, ilgili komisyon tarafından belirlenen satış bedeli üzerinden varlığı satışa zorlanması mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Umar ve Çilingiroğlu, *Eski Eserler Hukuku*, 237-238; Gündel, *Eski Eserler Hukuku*, 152; Kanadoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma*, 207.

<sup>105</sup> Serap Akipek, *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Kültür Malları*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 1999), 39-40 vd.

<sup>106</sup> Bu konuda bkz. KGTTY, EK-2, Uyuşması Gereken Koşullar m. 2.

<sup>107</sup> Bu idari işlemin, belgeyi veren müze müdürlüğü dışında, mahalline en yakın müze müdürlüklerinde yapılabilmesi de mümkündür. Bu halde, belgeyi veren müzeye yazılı bir şekilde bilgi verilmektedir. Bkz. KGTTY, EK-2, Uyuşması Gereken Koşullar m. 1/ç.

<sup>108</sup> Peksöz, "Spor Kulüplerinin Özel Müzelerinde Yer Alan Kültür Varlığı Niteliğindeki Mallarının Haczi", 961.

<sup>109</sup> Ibid, 959-960.

ticareti yapan bir anonim şirketin, satış amacıyla ticarethanesinde bulundurduğu güzel sanat eseri veya etnografik eserlerin haczedilmesi de imkân dâhilindedir.<sup>110</sup>

Aranan dördüncü koşul, varlık üzerinde sınırlı bir ayni hak, haciz ya da tedbirin bulunmamasıdır. Korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının malikleri, gerektiğinde müze müdürlüğüne eserlerin durumuyla ilgili bildirimde bulunmak, bakım ve onarımı müdürlüğün gözetiminde uzman kişilere yaptırmak ve denetim yapılması halinde Bakanlık tarafından gönderilecek personele kolaylık sağlamak gibi yükümlülükler altındadır.<sup>111</sup> Ayrıca, anılan varlıkların yurtdışına çıkarılmasında da bazı kısıtlamalar bulunmaktadır.<sup>112</sup> Ancak belirtilen yükümlülükler, bir sınırlı ayni hak, tedbir veya haciz olarak değerlendirilmemeli; anılan varlıkların geneline yönelik, kamu tarafından varlık sahiplerine yüklenen sorumluluklar olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle, ilgili varlıkların dördüncü koşulu da karşıladıkları anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak, özel mülkiyete tabi taşınır kültür varlıkları, anonim şirkete ayni sermaye getirilmesine ilişkin koşulları sağlamaktadır. Söz konusu varlıkların niteliklerine yönelik, kamu hukuku kaynaklı yükümlülükler, bu yönde bir engel teşkil etmemektedir. Bununla birlikte, elbette ki somut olayda, varlığın üzerinde haciz bulunması ya da nakden değerlendirilebilir nitelik taşımaması söz konusu olabilir. Bu nedenle, her bir somut olayda ilgili varlıkların, anılan ihtimaller yönünden ayrıca tetkik edilmesi gerekmektedir.

## B. SERMAYENİN TAAHHÜT EDİLMESİNDE UYULMASI GEREKEN ESASLAR YÖNÜNDE

Anonim şirketlerin kuruluşunda geçerli bir sermaye taahhüdünde bulunabilmesi için esas sözleşmenin usulüne uygun olarak düzenlenmesi ve imza edilmesi gerekmektedir (TTK m. 128/I, 335). Ancak ayni sermaye taahhüdünün tamamlanabilmesi ve geçerli bir hukuki işlem olarak sonuç doğurabilmesi için, TTK m. 128/2'de öngörülen tamamlayıcı işlemlerin de yapılması zorunludur.<sup>113</sup> Özel

<sup>110</sup> Türk hukuku açısından devlet malı niteliğinde olan ve ruhsatlı bir şekilde korunması gerekli kültür varlığı koleksiyonları ya da özel müzelerce zilyetlik altında bulunduran arkeolojik eserlerin dahi haczi mümkündür. Bkz. "*Koleksiyoncu adına envanter defterine kayıtlı olup da koleksiyoncunun borcu nedeniyle haczedilen taşınır kültür ve tabiat varlıkları, icra müdürlüğünün satış kararı üzerine ilgili müze müdürlüğüne haber vermek şartıyla ve önceliği Bakanlığa ait olmak üzere başka koleksiyonculara ve özel müzelerle satılabilir*", (Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik m. 10/3). Ayrıca bkz. "... borçlu R. Ç. adına kayıtlı bulunan taşınır kültür varlıklarının, tarihi eserlerin kaydına haciz konulmasına", Y. 12. HD, 17.01.2008, E. 2007/22288, K. 2008/386, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: Şubat 18, 2022).

<sup>111</sup> KGGTY, EK-2, Uyulması Gereken Koşullar, m. 1/b, 1/c, 1/d.

<sup>112</sup> Bu konuda bkz. KTVKK, m. 32; ETKVY m. 4.

<sup>113</sup> Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Şirketler Hukuku Cilt 1*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 188; İsmail Cem Soykan, "Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı", (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2018), 489.



mülkiyete tabi taşınır kültür varlıkları, yukarıda belirtildiği üzere,<sup>114</sup> 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli olan ve korunmasına gerek olmayan varlıklar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım, ilgili varlıkların anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesinde uyulması gereken esasların belirlenmesi açısından da önem arz etmektedir.

### 1. Korunması Gerekli Görülmeyen ve Tescil Dışı Bırakılan Kültür Varlıkları Açısından

Şirkete ayni sermaye olarak getirilen taşınmazların tapuya şerh verilmesi, fikri mülkiyet hakları ile diğer değerlerin, varsa özel sicillerine kaydedilmesi ve taşınırın güvenilir kişiye tevdi edilmesi gerekmektedir (TTK m. 128/2).<sup>115</sup> Düzenleme, ayni sermayenin taahhüdü ile tasarruf işlemlerinin yapılması arasındaki zaman aralığında sermayenin korunması ve iyiniyetli üçüncü kişilerin hak iktisaplarının engellenmesini amaçlamaktadır.<sup>116</sup>

Müze müdürlüklerince yapılan tasnif işlemi sonucunda korunması gerekli görülerek “Tescil Dışı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi” ile iade edilen her çeşit taşınır kültür varlığı, 2863 sayılı Kanun’un koruma kapsamı dışındadır.<sup>117</sup> Dolayısıyla, bu nitelikteki kültür varlıkları üzerinde herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın, eşya hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde tasarruf edilebilir. Diğer taşınır gibi, anılan varlıkların sermaye olarak taahhüt edilebilmesi için de güvenilir bir kişiye<sup>118</sup> tevdi edilmeleri gerekmektedir.<sup>119</sup> Ayni sermaye getirilmesi taahhüdünün geçerli bir biçimde yerine getirilmesinden sonraki aşama, sermaye unsurunun şirket tüzel kişiliğinin malvarlığına geçirilmesidir.<sup>120</sup> Söz konusu varlıklar açısından da bu işlem, diğer taşınır varlıklara benzer şekilde gerçekleştirilecektir.

<sup>114</sup> Bkz. ilgili çalışma, Bölüm I/B.

<sup>115</sup> Sicil müdürü, taşınırın güvenilir kişiye tevdi edildiğine ilişkin belgenin ticaret sicil müdürlüğüne sunulup sunulmadığını re’sen inceler. Kayıhan, *Şirketler Hukuku*, 91; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 184; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 64.

<sup>116</sup> Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku Cilt I*, 189; Çonkar, “Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye”, 353; Kaya, “Anonim Şirkete Sermaye Koyma Borcu”, 87. Ayrıca bkz. “*Hüküm sermaye olarak konulan para dışındaki değerleri korumak, şirketin kuruluş aşamasında sorunlarla karşılaşmamasını sağlamak amacıyla öngörülmüştür*”, (6102 Sayılı Kanun, m. 128 Gereğesi).

<sup>117</sup> Kanadoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma*, 195; Kanbur, “Kültür Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılma Yasağına Muhalefet”, 106, dn. 301; Yağcı, Taş ve Kılıç, *Kültür Varlıklarını Koruma*, 127.

<sup>118</sup> TTK m. 128/2’de belirtilen “güvenilir kişi” kavramıyla ifade edilmek istenen husus açık değildir. Bu kapsamda hem TTK m. 128/2’de hem de güvenilir kişiye bırakma sözleşmesini düzenleyen TBK m. 569’da, güvenilir kişinin kim olması gerektiğine dair bir belirleme yapılmadığı için bu hususu kurucuların takdirine bırakmak yerinde olacaktır. Bu yönde bkz. Çonkar, “Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye”, 365-367.

<sup>119</sup> Kaya, “Anonim Şirkete Sermaye Koyma Borcu”, 86; Soykan, “Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı”, 488-489.

<sup>120</sup> Kayıhan, *Şirketler Hukuku*, 90; Aslan, “Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Olarak Getirilmesi”, 129.

## 2. Korunması Gerekli Görülen ve Tescile Tabi Tutulan Kültür Varlıkları Açısından

### a. Etnografik Eserler

KTVKK m. 23/a kapsamında bulunan korunması gerekli etnografik nitelikteki kültür varlıkları kural olarak özel mülkiyete tabidir.<sup>121</sup> Ancak söz konusu varlıkların maliklerine, korunması gerekli nitelikte bir kültür varlığını elde bulundurmaları sebebiyle çeşitli yükümlülükler getirilmiştir. Bu kapsamda; öncelikle maliklerin ilgili varlıkları, tescil ettirmek üzere Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bağlı müze müdürlüklerine getirmeleri gerekmektedir. Müze müdürlükleri tarafından kurulan komisyonların incelemesi sonucunda tescil edilmesi uygun görülen varlıkların, fiziki özellikleri ve sahibine ilişkin bilgiler belgelenecek kayıt altına alınmakta ve söz konusu eserler maliklerine Tescile Tabi Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi düzenlenerek iade edilmektedir.<sup>122</sup> Benzer şekilde ilgili belgeyle birlikte iade edilen eserlerin maliklerinin değişmesi durumunda da, varlığa ait tescil belgesi ve müze kayıtlarında devralan adına gerekli değişikliklerin yapılması zorunludur.<sup>123</sup> Bu noktada amaç; korunması gerekli nitelikteki varlıkların çalıntı ya da sahte olma risklerinin ortadan kaldırılması ve devir işlemlerinin Bakanlık denetimi altında gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır.<sup>124</sup> Yükümlülüğün ihlali halinde devralan, ilgili kültür varlığını hukuka aykırı olarak elinde bulundurmuş olacaktır, (KTVKK m. 70).

Özel mülkiyete tabi korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının sermaye olarak taahhüt edilmesi kapsamında incelenmesi gereken en önemli husus, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bağlı müze müdürlükleri tarafından tutulan bu kayıtların, TTK m. 128/2 çerçevesinde özel sicil vasfında olup olmadığıdır. Nitekim bu kayıtların, Kanun kapsamında özel bir sicil olduğunun kabulü halinde, aynı sermaye olarak getirilebilmeleri için ayrıca ilgili sicile şerh düşülmesi aranacaktır. Kanaatimizce, anılan kayıtlar, TTK m. 128/2 çerçevesinde bir sicil olma vasfını taşımamaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nda özel sicile düşülen kaydın iyiniyeti ortadan kaldıracağı belirtilmektedir (TTK m. 128/2). Bu sonuç, anılan sicilin aleni nitelikte olması ile doğrudan bağlantılıdır.<sup>125</sup> Kültür

<sup>121</sup> Özel, "Kültür Varlıklarının Mülkiyeti", 231-232.

<sup>122</sup> KGGTY m. 10/1. Korunması gerekli nitelikteki bir etnografik kültür varlığının tescil edilmemesi halinde, KTVKK m. 70'te öngörülen yaptırımlar gündeme gelecektir. Bu yönde bkz. Y. 12. CD, 10.12.2014, E. 2014/1722, K. 2014/25192; Y. 12. CD, 23.12.2015, E. 2014/10535, K. 2015/19491; Y. 12. CD, 17.11.2014, E. 2013/26129, K. 2014/22932, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: Şubat 20, 2022).

<sup>123</sup> Hüseyin Karaduman, "Kültür Varlığı Ticaretinde Belgelendirmenin Gerekliliği", *İdol Arkeologlar Derneği Dergisi*, 7, S. 25 (2005): 27.

<sup>124</sup> Ibid, 27.

<sup>125</sup> Gözüyeşil, "Sicile Kayıtlı (Müseccel) Gemilerin Anonim Şirketlere Sermaye Olarak Getirilmesi", 175; Aslan, "Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Olarak Getirilmesi", 115-116; Kaya, "Anonim Şirkete Sermaye Koyma Borcu", 91. Aksi görüş için bkz. Necla Akdağ Güney ve Mustafa Alper Gümüş, "Taşınırın Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi", *Regesta* 3, S. 3 (2013): 7.

ve Turizm Bakanlığı'na bağlı müze müdürlükleri tarafından tutulan kayıtların aleni nitelik taşıdığına ve üçüncü kişiler nezdinde iyiniyeti kaldıracağına dair ise, ilgili mevzuatta herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.<sup>126</sup> Benzer şekilde, sicili aleni olmayan motorlu kara taşıtlarının da sermaye olarak taahhüt edilebilmesi için şerh verilmesi şart değildir.<sup>127</sup> Araçların Satış, Devir ve Tescil Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik<sup>128</sup> m. 8/1'de, araç sicili ve bu sicilin tutulmasına dayanak teşkil eden belgelerin aleni olmadıkları ve bunların yalnızca yetkili veya sorumlular ile teftiş veya denetim yetkisi olanlar tarafından görülüp inceleneceği belirtilmiştir. Korunması gerekli kültür varlıkları açısından da, tutulan kayıtların belirtilen sicile benzerlik taşıdığı kabul edilmesi yerinde olacaktır.<sup>129</sup> Belirtilen gerekçelerle, özel mülkiyete tabi korunması gerekli kültür varlıklarının aynı sermaye olarak getirilmeleri için müze müdürlüğü kayıtlarına şerh düşülmesinin, Türk Ticaret Kanunu m. 128/2 açısından bir zorunluluk olmadığı görüşündeyiz.

Korunması gerekli etnografik taşınır kültür varlıklarının anonim şirkete geçerli bir şekilde sermaye olarak taahhüt edilebilmesi için güvenilir kişiye belgesiyle birlikte tevdi edilmesi yeterlidir. Ancak kanımızca taahhüt eden kişi tarafından, belgeyi düzenleyen veya mahalline en yakın müze müdürlüğüne başvurularak ilgili varlığın sermaye taahhüdü kapsamında güvenilir kişiye tevdi edildiğine dair bilgi verilmesi ve güvenilir kişinin irtibat adresi ile iletişim bilgilerinin müze müdürlükleri ile paylaşılması yerinde olacaktır. Nitelim korunması gerekli bir varlığı elinde bulunduran güvenilir kişi de gerektiğinde müze müdürlüğüne bildirimde bulunmak veya bir denetim yapılması halinde uzmanlara gerekli kolaylığı göstermek durumundadır.<sup>130</sup> Korunması gerekli nitelikteki etnografik kültür varlığının, güvenilir kişi olarak bu durumu kabul eden bir müze müdürlüğüne tevdi edilmesinin de bu hususta bir çözüm önerisi olarak ileri sürülmesi mümkündür.

<sup>126</sup> Haklarında tutulan sicillerin aleni nitelikte olduğu ilgili mevzuatta açıkça hükme bağlanan siciller için bkz. Sınai haklar açısından; MarkaKHK m. 39/3 ve PatentKHK m. 92, sivil hava araçları açısından; Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 51, gemiler açısından; TTK m. 973/1, maden hakları açısından; Maden Kanunu m. 38/3.

<sup>127</sup> Çonkar, "Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye", 373. Ayrıca bkz. "Ancak, trafik sicili yasayla aleni olduğu kabul edilmiş sicillerden olmayıp, bu sicilde güven ilkesi de benimsenmemiştir. Diğer taraftan iyiniyetin tespitinde tacirler için ağırlaştırılmış kurallar da bulunmamaktadır. Kaldı ki, tescil ve trafik belgelerinin de hak sahipliğini gösterdiğine dair yasal bir düzenleme bulunmadığı gibi bu belgeler üzerindeki rehin kayıtlarının da mutlak bir bağlayıcılığı yoktur..." Y. 23. HD, 05.03.2018, E. 2015/8825, K. 2018/2076, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: Nisan 25, 2022).

<sup>128</sup> RG. 31.01.2018 No. 30318.

<sup>129</sup> Sicilin anılan niteliğinin kabulü, üçüncü kişilerce sicilden elde edilebilecek bilgilerin, taşınır kültür varlıklarının çalınması, yurt dışına kaçırılması veya tahrip edilmesi amacıyla kullanılması riskinin önüne geçilmesi açısından da yerindedir.

<sup>130</sup> Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelerle Alınmaları Hakkında Yönetmelik, m. 10/3.

## b. Güzel Sanat Eserleri

Güzel sanat eseri niteliğindeki kültür varlıklarının da, anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilebilmesi mümkündür. Tablolar, heykeller, gravürler, fotoğraf eserleri, tezhipler ve oyma kakma eserler buna örnek olarak verilebilir. Bu bağlamda fikri mülkiyet hukuku kapsamında “eser” olarak değerlendirilebilecek bazı varlıkların da ilgili mevzuat açısından taşınır kültür varlığı vasfını taşıması mümkündür.<sup>131</sup> Böyle bir durumda, güzel sanat eseri niteliğindeki kültür varlığının mülkiyetinin yanı sıra, eser sahibi veya mirasçılara ait mali haklar da anonim şirkete sermaye olarak getirilebilir.<sup>132</sup> Zira esas sözleşmede açıkça ve tek tek gösterilmesi koşuluyla, bağımsız nitelik taşıyan her mali hak, şirkete sermaye olarak koyulmaya elverişlidir.<sup>133</sup> Örneğin, müze işletmek amacıyla kurulan anonim şirkete, bir tablonun çoğaltma ve yayma haklarının sermaye olarak getirilmesi imkân dâhilindedir.<sup>134</sup>

Fikir ve sanat eserleri açısından Kültür ve Turizm Bakanlığı bünyesinde, mali hakların belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması amacıyla tutulan farklı bir özel sicil bulunmaktadır.<sup>135</sup> Fakat, güzel sanat eserlerinin anılan sicile tescilli, sinema ve müzik eserleri dışında tamamen ihtiyari niteliktedir.<sup>136</sup> Bu nedenle, tescili zorunlu olmayan güzel sanat eserleri üzerindeki mali hakların şirkete aynı sermaye olarak getirilmesinde, sicile şerh verilmesi zorunlu değildir.<sup>137</sup> Güzel sanat eseri, anılan sicile önceden ihtiyari olarak tescil edilmiş olsa dahi; sicilin bu varlıklar açısından özel sicile bağlı işlevleri taşımaması nedeniyle, şerh verilmesinin sermaye taahhüdü açısından zaruri nitelik taşımadığı görüşündeyiz.<sup>138</sup>

TTK m. 128/4 şirketin, tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte taşınır ve paradan başka ekonomik değerler üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebileceğini hükme bağlamıştır. Bu kapsamda, korunması gerekli güzel sanat eserlerinin mülkiyeti veya eser üzerindeki bir mali hakkın sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde de ilgili haklar, tüzel kişiliğin kazanılmasıyla birlikte şirkete geçecektir.

<sup>131</sup> FSEK m. 4.

<sup>132</sup> Nakdi olarak değerlendirilemeyen ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan manevi hakların ise anonim şirketlere aynı sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir. Bkz. Aslan, “Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Olarak Getirilmesi”, 95.

<sup>133</sup> Yusufoglu, *Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması*, 60-71.

<sup>134</sup> Çonkar, “Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye”, 122.

<sup>135</sup> Aslan, “Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Olarak Getirilmesi”, 113-114.

<sup>136</sup> “Sinema ve müzik eserlerinde filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları ile seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcıları, hak ihdas etmek amacı taşımaksızın, sahip oldukları hakların ihlal edilmemesi, hak sahiplerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilebilmesi amacıyla sinema ve müzik eserlerini içeren yapımlarının kayıt ve tescilini yaptırılır.”, (Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Yönetmeliği, m. 5/1); “Bu Yönetmeliğin 5’inci maddesine göre zorunlu kayıt tescile tabi olanlar dışındaki eser gruplarında eser sahipleri; ... ibraz ederek eserlerin kayıt ve tescilini yaptırabilirler”, (Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Yönetmeliği, m. 7/1).

<sup>137</sup> Yusufoglu, *Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması*, 180.

<sup>138</sup> Aynı yönde bkz. Çonkar, “Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye”, 372.

### c. Arkeolojik Eserler

Türk hukuku açısından arkeolojik nitelikteki kültür varlıkları, kural olarak devlet mülkiyeti altındadır. Fakat 1906 yılında çıkarılan Asar-ı Atika Nizamnamesi'nden önce üzerinde mülkiyet kurulmuş arkeolojik eserler<sup>139</sup> ve kaynak ülkesi Osmanlı-Türkiye olmayıp usulüne uygun bir biçimde yurtdışında mülkiyeti edinilmiş arkeolojik eserler özel mülkiyete konu olabilir.<sup>140</sup> Bu bağlamda da örneğin, özel müze kurucuları veya ruhsatlı koleksiyonerlerin mülkiyetlerinde bulunan sikke, heykel veya figürinler gibi varlıklar sermaye olarak taahhüt edilebilir.<sup>141</sup> Hatta bir özel müzenin mülkiyetinde bulunan varlıkların tamamını aynı sermaye olarak göstererek, müzecilik faaliyeti yürütmek üzere bir anonim şirket kurması da şirketler hukuku açısından ihtimal dâhilindedir.

Korunması gerekli olduğu resmi bir şekilde tespit edilen bu nitelikteki varlıkların, şirkete sermaye olarak getirilebilmesi için, özel mülkiyete tabi olduğunun ayrıca belgelenmesi gerekmektedir. İlgili mevzuatta özel mülkiyet için aranan zaman ve kaynak ülke kısıtlaması dikkate alındığında, uygulamada şirkete aynı sermaye olarak getirilecek arkeolojik eserlerin dikkate değer bir kısmının yurtdışından getirilmiş olacağı öngörülebilir. Ancak Türk hukukunda, yurtdışından kültür varlığı getirmek serbest olmakla birlikte (KTVKK m. 33); bunların ülkeye girişi için gümrük memurlarına, getirildiği ülkenin resmi makamlarından alınmış ihraç vesikasının sunulması zorunludur.<sup>142</sup> Bunun dışında, anılan varlıkların aynı sermaye olarak getirilmesine dair esaslar açısından, korunması gerekli olduğu tespit edilen diğer varlıklara ilişkin çalışmamızda yer verilen açıklamalar geçerliliğini korumaktadır.<sup>143</sup>

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Anonim şirketlerin kuruluşunda nakdi sermayenin yanı sıra, aynı sermayenin de getirilebilmesi mümkündür. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 342. maddesinde anonim şirketlere sermaye olarak getirilebilecek unsurlar açısından bazı özel hükümler öngörülmüş ve yalnızca, üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz

<sup>139</sup> Y. 12. CD, 12.3.2015, E. 2014/4972, K. 2015/4609, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: Şubat 21, 2022).

<sup>140</sup> Bu konuda çalışmada bkz. ilgili çalışma, Bölüm I/C-1.

<sup>141</sup> Bu nitelikteki kültür varlıklarının, değer tespiti açısından önemli müzayede şirketleri tarafından duyurulan satış sonuç rakamlarının da dikkate alınması faydalı olabilir. Bkz. "Barakat Catalogues", The Barakat Gallery, Erişim Tarihi: Şubat 23, 2022, <https://barakatgallery.eu/publications/>; "Christie's Auction Results", Christie's, Erişim Tarihi: Şubat 23, 2022, <https://www.christies.com/en/results>.

<sup>142</sup> UNESCO'nun Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması için Alınacak Tedbirlerle İlgili Sözleşmenin 6 (b) maddesinde belirtildiği üzere ihraç vesikası bulunmayan kültür varlıklarının akit devletler tarafından yurda kabulü mümkün değildir. Türkiye'nin de taraf olduğu bu sözleşmenin Türkçe metni için bkz. RG. 26.1.1981 No. 17232.

<sup>143</sup> Bkz. ilgili çalışma, Bölüm III/B-2.

ya da tedbir olmayan, nakden değerlendirilebilir ve devri mümkün malvarlığı unsurlarının aynı sermaye olarak taahhüt edilebileceği ifade edilmiştir. Koleksiyon değeri taşıyan taşınır varlıkların, zaman içerisinde değerlerini korumaları ve şirket sermayesinin çeşitlendirilmesini sağlamaları gibi sebeplerle aynı sermaye olarak getirilmeleri ile uygulamada sıklıkla karşılaşmaktadır. Bu varlıkların, aynı zamanda özel mülkiyete tabi taşınır kültür varlığı vasfını taşıma ihtimali ve bunun, aynı sermaye getirilmesi usulü açısından özellik arz eden sonuçlarının değerlendirilmesi, çalışma konusunun belirlenmesi gerekçeleri arasındadır. Anılan varlıkların sermaye unsuru olma niteliğine ilişkin uygulamada artan ilgi ve tarihi vasfı öne çıkan varlıkların devredilebilirliği üzerine oluşan çekincelerin, ilgili mevzuat ile Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde önüne geçilmesi isteği de, bu gerekçelere dâhil edilebilir.

Özel mülkiyete tabi taşınır kültür varlıkları; tarihi, kültürel, bilimsel veya estetik niteliklerinin yanı sıra, belirli bir ekonomik değer de taşımaktadır. Alıcı piyasasının kısıtlı olması ya da parasal değerinin zor tespit edilmesi ihtimali, bu varlıkların aynı sermaye olarak getirilmesine doğrudan bir engel teşkil etmemektedir. Belgelendirilmiş ve müze müdürlüklerince niteliği açık bir biçimde tespit edilmiş taşınır kültür varlıklarının üçüncü kişilere devredilebilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Korunması gerekli taşınır kültür varlıkları açısından öngörülen, bakım ve koruma gibi kamu hukuku kaynaklı yükümlülükler de, devredilebilirlik ve sermaye olarak taahhüt edilebilme vasfının önüne geçmemektedir. Dolayısıyla, özel mülkiyete tabi taşınır kültür varlıklarının, TTK m. 342’de anonim şirkete aynı sermaye getirilmesine ilişkin aranan şartları karşılayabileceği tespit edilmektedir.

Anılan varlıkların sermaye olarak getirilmesinde uygulanacak esaslar incelendiğinde, değer tespitinin mahkemece atanacak bilirkişiler tarafından yapılacağı anlaşılmaktadır, (TTK m. 343/1). Varlıkların nadir yapısı ve değerlemenin çoğunlukla özel bir uzmanlık gerektirmesi nedeniyle bilirkişinin alanında uzman arkeolog, tarihçi, sanat tarihçi, etnolog gibi ihtisas sahibi kişiler arasından seçilmesi yerinde olacaktır. Bilirkişinin, varlığın değerini olumlu ve olumsuz etkileyen unsurları ayrı ayrı tespit etmesi; günün ekonomik koşullarını ve müzayedelerde satışa sunulan benzeri varlıkların durumunu dikkate alarak, varlığın satış kabiliyetini belirlemesi gerekecektir. Ayrıca, sermaye taahhüdünün tamamlanabilmesi ve geçerli bir hukuki işlem olarak sonuç doğurabilmesi açısından TTK m. 128/2’de öngörülen tamamlayıcı işlemlerin de yapılması zorunludur. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında korunması gerekli eserler ile korunmasına gerek görülmeyen kültür varlıkları açısından, işlemin tamamlanabilmesi için varlıkların güvenilir kişiye tevdi edilmesinin yeterli olacağı görüşünderiz. Müze müdürlüklerince, korunması gerekli kültür varlıklarına dair bir envanter kaydı tutulsa da; bu kayıtların aleni olmadığı ve bu nedenle de, TTK m. 128/2 kapsamında özel bir sicil olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, özel mülkiyete tabi taşınır kültür varlıkların anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesi mümkündür. Bu süreç öncesinde, henüz gerçekleştirilmemişse, varlığın korumaya tabi nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesine dair işlemlerin malik tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Sermaye olarak değer biçilmesinde bilirkişi tarafından dikkate alınacak birçok değişken, varlığın beklenen ve tespit edilen değeri arasında önemli düzeyde artı veya eksi yönde fark oluşmasına sebebiyet verebilir. Uygulamada buna bağlı olarak karşılaşılabilecek belirsizlik ve sorunların engellenmesi için, anılan süreç öncesinde uzman üçüncü bir kişiye varlığa ilişkin değer tespiti yaptırılması, kuruluş sürecine dair planlama açısından faydalı olabilir. Anılan varlıkların kendine özgü niteliği ve vasfının tayini için dahi belirli düzeyde uzmanlık gerektirmesi, kurucuların değer biçilmesinden kaynaklı yükümlülüklerinin ihlal edilmemesi için kuruluş sürecinde özenle hareket edilmesini gerekli kılmaktadır (TTK m. 551).

## KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla ve Gümüş, Mustafa Alper. “Taşınırların Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi”, *Regesta* 3, S. 3 (2013): 3-30.
- Akipek, Serap. *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Kültür Malları*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1999.
- Alderman, Kimberly. “The Human Right to Cultural Property”. *Michigan Journal of International Law* 32, No. 1 (2011): 69-81.
- Asatekin, Gül. *Kültür ve Doğa Varlıklarımız, Neyi Niçin Korumalıyız?*. Ankara: Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü Yayınları, 2004.
- Aslan, Mehmet. “Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Olarak Getirilmesi”. Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, 2015.
- Atalay, Esra. “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukukî Niteliği”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, S. 1 (2004): 43-66.
- Aydos, Oğuz. “Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler”. *Ankara Barosu Dergisi* 66, Y. 4 (2008): 62-75.
- Ayhan, Rıza, Çağlar, Hayrettin ve Özdamar, Mehmet. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Bahtiyar, Mehmet. “Anonim ve Limited Şirketlere Konulacak Ayni Sermaye Unsurları Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Bulunmaması Şartına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, S. 2 (2021): 515-528.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Bilgili, Fatih ve Cengil, Fatih. “Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, S. 3 (2019): 3-23.
- Bilgili, Fatih ve Demirkapı, Ertan. *Şirketler Hukuku Dersleri*. Adana: Dora Yayıncılık, 2015.
- Brodie, Neil. “The Antiquities Market: It’s All in a Price”. *Heritage&Society* 7, No. 1 (2014): 32-46.
- Caspar von der Crone, Hans. *Aktienrecht*. Bern: Stämpfli, 2020.
- Ceylan, Ümit. “Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Kaçakçılığı Suçu (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 32, 68)”. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2008.
- Çebi, Hakan. *Şirketler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Çeker, Mustafa. “Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Yeniden Yapılandırılmaları”. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, S. 3-4 (2012): 99-120.
- Çetinkaya Destek, Burcu. “Anonim Ortaklıklara Ayni Sermaye Konması ve Bunun Değerlemesi”. Dönem Projesi, Ankara Üniversitesi, 2017.
- Çolak, Nusret İlker. *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Çonkar, Mustafa Halil. “Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye”. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2015.



- Dal, Seniha. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 342’ye Göre Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirkete Aynı Sermaye Olarak Konulması”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, S. 2 (2012): 371-398.
- Eliri, İsa. “Güzel Sanat Eserlerinde Fikri Mülkiyet Hakları ve Uygulamaları”. *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* S. 23 (2010): 61-71.
- Eryiğit, Harun. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Frye, Brian. “New Art for the People: Art Funds & Financial Technology”. *Chicago-Kent Law Review*, 93, No. 1 (2018): 113-139.
- Gerstenblith, Patty. “Identity and Cultural Property: The Protection of Cultural Property in the United States”. *Boston University Law Review* 75 (1995): 559-688.
- Göle, Celal. *Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrütü*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1976.
- Gözüyeşil, Fevzi. “Sicile Kayıtlı (Müseccel) Gemilerin Anonim Şirketlere Sermaye Olarak Getirilmesi”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 24, S. 3 (2020): 163-204.
- Gündel, Ahmet. *Açıklamalı-İçtihatlı Eski Eserler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1996.
- Kanadoğlu, Sabih. *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Kanbur, Mehmet Nihat. “Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılma Yasağına Muhalefet Suçu (KvTVKK m. 32 ve m. 68)”. Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2007.
- Karaduman, Hüseyin. “Kültür Varlığı Ticaretinde Belgelendirmenin Gerekliliği”. *İdol Arkeologlar Derneği Dergisi* 7, S. 25 (2005): 20-28.
- Karaman Coşgun, Özlem. “Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Aynı Sermaye Değerinin Belirlenmesi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, S. 2 (2012): 333-348.
- Kaya, Afra. “Anonim Şirkete Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcun Yerine Getirilmemesinin Hukuki Sonuçları”. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2021.
- Kayıhan, Şaban. *Şirketler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Kayıhan, Şaban. *Şirketler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Kendigelen, Abuzer ve Kırca, İsmail. *Şirketler Hukuku Cilt I*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kortoweg, Arthur; Kraussl, Roman and Verwijmeren, Patrick. “Does it Pay to Invest in Art: A Selection-Corrected Returns Perspective”. *Review of Financial Studies* 29, No. 4 (2016): 1007-1038.
- Meyer, Manuel. *Die Sacheinlage im Aktienrecht Unter Berücksichtigung der aktuellen Aktienrechtsrevision*. Zurich: Dike, 2015.
- Michaels, Olaf Müller; (Wolfgang Hölter/Markus Weber). *Aktiengesetz*. München: Vachlen, 2022.

- Mülazımoğlu, Mehmet. *Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Öçal, Akar. "Sermaye Olarak «Şahsi Emek»". *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi* 4, S. 1 (1968): 232-237.
- Özdamar, Mehmet. "6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar". *TFM* S. 1 (2015): 143-156.
- Özdamar, Mehmet. "Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Taşınmazların Taahhüt Edilmesi". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, S. 1-2 (2006): 93-117.
- Özel, Sibel. "Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, S. 1 (2018): 215-238.
- Özel, Sibel. *Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması*. İstanbul: Alkım Yayınları, 1998.
- Panayotopoulos, Jeanne-Marie. "L'émergence de l'intérêt général à la protection du patrimoine culturel en Droit international". Thèse de Doctorat, L'Institut Universitaire Européen de Florence, 2015.
- Peksöz, Vildan. "Spor Kulüplerinin Özel Müzelerinde Yer Alan Kültür Varlığı Niteliğindeki Mallarının Haczi". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, S. 3 (2020): 941-964.
- Pentz, Andreas. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*. München: C.H. Beck, 2019.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal ve Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku - Genel Esaslar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Sancakdar, Oğuz; Yağcı, Pınar; Taşyıldız, Şükür ve Çırak, Ezgi. *Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Soubeiran, Raphaël. "Qualifizierte Gründung, Sacheinlage in Kryptowährung". *TREX*, No. 1 (2022): 38-48.
- Soykan, İsmail Cem. "Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı". Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2018.
- Şehirli Çelik, Feyzan Hayal; Kırca, İsmail ve Manavgat, Çağlar. *Anonim Şirketler Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013.
- Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Toraman, Barış. "Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi". Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi, 2012.
- Türk, Hikmet Sami. "Anonim Ortaklıkların Sermaye Yapısı". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 23, S. 1-2 (2003): 769-790.
- Ulukapı, Ömer. "Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 3-4 (2001): 191-207.

- Umar, Bilge ve Çilingiroğlu, Altan. *Eski Eserler Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1990.
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku Lügatı*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1975.
- Ülgen, Mert. *Kültür ve Tabiat Varlıklarının Ticareti ve Yurtdışına Çıkarılması Suçları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Xiang, Alice. “Unlocking the Potential of Art Investment Vehicles”. *The Yale Law Journal* 127, No. 6 (2018): 1698-1741.
- Yağcı, Ali; Taş, Rabia ve Kılıç, Tuğçe. *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (Açıklamalı-İçtihatlı)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Yusufoğlu, Fülürya. *Anonim Şirketlerde Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Yüksel, Sinan. “Norma ve Uygulamaya Yansımaları ile Sermayenin Korunması İlkesi”. *Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu (Temmuz/2020)* içinde, editörler Karagöz, Havva; Özcanlı, Beril ve Palanduz, Seda. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

### Çevrimiçi Kaynaklar

- Bank of America Private Bank. “Art Market Update: Fall 2021”. Erişim Tarihi: Ocak 15, 2022. <https://www.privatebank.bankofamerica.com/articles/art-market-update-fall-2021.html>.
- Calabi, Giuseppe. “The Art Law Review: Italy”. Erişim Tarihi: Şubat 02, 2022. <https://thelawreviews.co.uk/title/the-art-law-review/italy>.
- Christie’s. “Christie’s Auction Results”. Erişim Tarihi: Şubat 23, 2022. <https://www.christies.com/en/results>.
- Deloitte. “Art & Finance Report 2021”. Erişim Tarihi: Ocak 15, 2022. <https://www2.deloitte.com/lu/en/pages/art-finance/articles/art-finance-report.html>.
- eBay. “State of Trading Cards, Report Spotlights Collecting Trends and Industry Predictions”. Erişim Tarihi: Ocak 16, 2022. <https://www.ebayinc.com/stories/news/ebays-2021-state-of-trading-cards-report-spotlights-collecting-trends-and-industry-predictions/>.
- Habergham, Harriet. “Fine Art Lending Thrives Thanks to Yield-Hungry Hedge Funds”. Erişim Tarihi: Mart 18, 2022. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-08-12/fine-art-lending-thrives-thanks-to-yield-hungry-hedge-funds>.
- IBA Art, Cultural Institutions and Heritage Law Committee. “Art Law: Restrictions on the Export of Cultural Property and Artwork”. Erişim Tarihi: Şubat 02, 2022. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=d67cb566-b6d4-4ea4-94e5-04d0ac6c7681>.
- Jadzinska, Monika. “Think of Culture, Care for Art. Preservation of Contemporary Heritage in Modern Society”. Erişim Tarihi: Şubat 02, 2022. <https://www.researchgate.net/publication/286623189>.
- Kültür ve Turizm Bakanlığı. “Ankara- Etnoğrafya Müzesi”. Erişim Tarihi: Ocak 22, 2022. <https://www.ktb.gov.tr/TR-96354/ankara-etnografyamuzesi.html>.

- Kültür ve Turizm Bakanlığı. “İzmir Etnografya Müzesi Envanteri”. Erişim Tarihi: Ocak 22, 2022. <https://izmir.ktb.gov.tr/Eklenti/9644,etnografya-sayfalarpdf.pdf?0>.
- Mamabachi, Raya; Day, Marc and Favato, Giampiero. “Art as an Alternative Investment Asset”. Erişim Tarihi: Ocak 14, 2022. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1112630](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1112630).
- Masterworks. “The Art Market”. Erişim Tarihi: Mart 18, 2022. <https://www.masterworks.io/>.
- Mcandrew, Clare. “An Art Basel & UBS Report 2021”. Erişim Tarihi: Ocak 16, 2022. [https://d2u3kfw92fzu7.cloudfront.net/The-Art-Market\\_2021.pdf](https://d2u3kfw92fzu7.cloudfront.net/The-Art-Market_2021.pdf).
- Otis Gallery LLC. “Offering Circular Supplement”. Erişim Tarihi: Mart 18, 2022. [https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1767876/000121390020001245/f253g1011720\\_otisgallery.htm](https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1767876/000121390020001245/f253g1011720_otisgallery.htm).
- Szmelter, Iwona. “Contemporary Conservation Theory in the Context of the Valuation of Cultural Heritage”. Erişim Tarihi: Şubat 02, 2022. <https://www.researchgate.net/publication/343722765>.
- The Barakat Gallery. “Barakat Catalogues”. Erişim Tarihi: Şubat 23, 2022. <https://barakatgallery.eu/publications/>.
- Torcello, Adriano. “Why Should Art be Considered as an Asset Class”. Erişim Tarihi: Ocak 15, 2022. <https://www2.deloitte.com/lu/en/pages/art-finance/articles/art-as-investment.html>.
- Türkiye Kültür Portalı. “Konya Etnografya Müzesi - Konya”. Erişim Tarihi: Ocak 22, 2022. <https://www.kulturportali.gov.tr/turkiye/konya/gezilecekyer/etnografya-muze-si640096>.

# ÇOCUĞA AŞI YAPILMASI KONUSUNDA ANA VE BABA ANLAŞMAZLIĞININ İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN 16 HAZİRAN 2020 TARİHLİ KARARI (BGE 146 III 313) ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ<sup>(\*)</sup>

Arş. Gör. Dr. Osman Levent ÖZAY<sup>(\*\*)</sup>

## Öz

İsviçre Federal Mahkemesi 16 Haziran 2020 tarihli kararıyla çocuklarına aşı yaptırılması konusunda birlikte velayet hakkına sahip ana baba arasında meydana gelen anlaşmazlığı incelemiştir. Ana baba arası anlaşmazlığa ilişkin İsviçre hukukunda özel bir düzenleme bulunmadığından Federal Mahkeme, meseleyi İsviçre Medeni Kanunu'nun 307. maddesi çerçevesinde değerlendirmiştir. Mahkeme anılan kararda, ana baba arası anlaşmazlık sebebiyle kızamık aşısı yapılmaması sonucunda çocuğun karşılaşacağı sağlık riskleri karşısında çocuğun üstün yararının aşı yaptırılmasına yönelik talimat ile çözümleneceği sonucuna ulaşmıştır. Başka bir deyişle kızamık aşısı ve hatta Federal Halk Sağlık Dairesi tarafından tavsiye olunan aşılardan çocuğun menfaatinin tehlikeye düşebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla aşı konusundaki talimatın İsviçre Medeni Kanunu m. 307 kapsamında çocuğu koruyucu önlem olduğunu benimsemiştir. Kararda bu kabule rağmen ana babanın birlikte kızamık aşısı yaptırmamaya yönelik kararına ise, saygı gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna ek olarak, çocuğa aşı yapılması yönünde mahkemece karar verilmesinin zorunlu aşı ile aynı anlama gelmediği ve her bir durumun müstakil olarak değerlendirildiği de kararda özellikle vurgulanmıştır.

Çalışmada, anılan hususları da içeren Federal Mahkeme kararı ve kararın kısa değerlendirmesinden sonra Türk hukukunda çocuğa aşı yapılmasına ilişkin genel bilgilere yer verilmiştir. Ardından çocuğa aşı yapılması hususunda ana baba anlaşmazlığı halinde Türk hukukunda uygulanabilecek olası hukuki yollar açıklanmaya çalışılmıştır. Bu konuda Türk hukukunda özel bir düzenleme bulunmadığından Türk Medeni Kanunu'nun 195, 346 ve 169. maddeleri çerçevesinde inceleme yapılmıştır. İlgili hükümlerin uygulanma şartları, hâkimin müdahalesine ilişkin esaslar tespit edilerek karşılaştırmalı olarak anlaşmazlığın ne şekilde giderilebileceği açıklanmıştır. Son olarak, bazı hukuk sistemlerinde yer alan ana baba arası anlaşmazlığa yönelik somut bir düzenlemenin Türk hukuku bakımından da gerekliliği incelenerek yasal bir düzenlemeye ihtiyaç bulunup bulunmadığı aşı özelinde değerlendirilmiştir.

## Anahtar Kelimeler

Aşı, Ana Baba Anlaşmazlığı, Çocuğun Üstün Yararı, Çocuğu Koruyucu Önlemler, Velayet.

<sup>(\*)</sup> Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 26.01.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 29.03.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1063251.

<sup>(\*\*)</sup> Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı / Antalya-Türkiye.  
E-posta: osmanleventozay@akdeniz.edu.tr,  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-6182-831X>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

## EVALUATION OF THE DISPUTE OF THE FATHER AND THE MOTHER ON VACCINATION OF THE CHILD IN THE FRAMEWORK OF THE SWITZERLAND FEDERAL COURT DECISION DATED JUNE 16, 2020 (BGE 146 III 313)

### Abstract

With its decision of 16 June 2020, the Swiss Federal Court examined the disagreement between the parents who have joint custody over the vaccination of their children. Since there is no special regulation in Swiss law regarding parental disputes, The Federal Court evaluated the issue within the framework of Article 307 of the Swiss Civil Code. In the aforementioned decision, the court concluded that the best interests of the child will be resolved with the instruction to be vaccinated in the face of the health risks that may be encountered as a result of not vaccinating against measles due to the disagreement between the parents. In other words, it has been concluded that the child's interests may be endangered in terms of measles vaccine and even the vaccines recommended by The Federal Office of Public Health. Therefore, the court adopted that the instruction on vaccination is a child protective measure within the scope of article 307 of the Swiss Civil Code. Despite this acceptance, it was stated that the parents' decision not to have measles vaccination together should be respected. In addition, it was especially emphasized in the decision that the court's decision to vaccinate the child does not mean the same as mandatory vaccination and that each case is evaluated individually.

In the study, after the Federal Court's decision including the aforementioned issues and a brief evaluation of the decision, general information about vaccinating a child in Turkish law is given. Then, the possible legal ways that can be applied in Turkish law in case of parental disagreement regarding the vaccination of the child were tried to be explained. Since there is no special regulation in Turkish law on this subject, an examination has been made within the framework of articles 195 and 346 of the Turkish Civil Code. The terms of application of the relevant articles, the principles regarding the intervention of the judge, and how the conflict can be resolved comparatively are explained. Finally, the necessity of a concrete regulation on the conflict between parents in some legal systems in terms of Turkish law has been examined and whether there is a need for a legal regulation in terms of vaccines has been evaluated.

### Keywords

Vaccine, Parents Disagree, Child's Best Interests, Child Protection Measures, Custody.

### Extended Abstract

The study includes the evaluation of the issue in terms of Turkish law within the framework of the Swiss Federal Court's decision dated 16 June 2020. The aforementioned decision is about the disagreement between the parents who have joint custody over the vaccination of their children. In the incident subject to the decision, the father requested permission for three of the children to have the vaccinations recommended by the competent authorities in 2016. Three years after the rejection of this request, a divorce case was filed, and within the scope of this case, the father made a request again in the cantonal court for vaccinations. The cantonal court examined whether the father's claim needed to be reconsidered and agreed to consider it only in terms of measles vaccination, given the plaintiff's reasons that the situation with measles had changed. The cantonal court concluded that there was no acute danger to the child's interests in the area where the children lived due to the epidemic. In this context, it decided that a preventive measure could not be decided on the grounds that measles did not pose a concrete danger within the framework of Article 307 of the Swiss Civil Code. In addition, it was emphasized in the decision that the acceptance that not being vaccinated poses a general danger to the interests of the child would mean the establishment of the obligation to be vaccinated with legal regulations.

The Federal Court, which examined the decision of the cantonal court, firstly determined that the issue of vaccinating the child is an important issue in terms of custody and should be decided together. After determining that the Swiss Civil Code does not provide for a special procedure for the parents disagree on an important issue that needs to be decided together within the scope of custody, court stated that protective measures could only be ordered

according to Article 307 of the Swiss Civil Code. As a result of this situation, the court evaluated the conditions of the Article 307 in terms of the concrete case. The Court emphasized that the refusal of preventive interventions should also be considered as a danger to the physical interests of the child. In addition, anyone who does not vaccinate their child, regardless of a special emergency, will in any case risk the uncertainty of tangible danger, even if they do not directly expose their child to the health risks associated with measles. For this reason, it has been concluded that the danger has occurred in terms of the child's interest within the scope of Article 307 of the Swiss Civil Code. The court also stated that it is not important for the children to have a health problem or to carry a high health risk in order to be vaccinated in determining the danger in terms of the child's interests. However, the Court also emphasized that whether the child's interests are endangered under Article 307/1 of the Swiss Civil Code in terms of private law will be determined according to the special situation of the child. Based on this, it has been especially emphasized in the decision that not having the recommended vaccinations may endanger the child's interests, regardless of the circumstances where the vaccination is mandatory, which is determined according to the risk to the population or individual groups rather than independent assessments.

In the study, first of all, there is a Turkish translation of the Federal Court decision. Then there is a brief evaluation of the decision. At this point, our opinion has been explained by including the criticisms directed at the decision, especially in the Swiss doctrine. Then, general information about the vaccination of the child under custody in Turkish law is given. In this section, it has been determined that vaccination is an important medical intervention and the necessary reasons for it to be legal have been examined separately. In this regard, in terms of consent to the vaccine, it has been determined who will give consent for the vaccination according to whether the child has the mental competency or not, within the framework of the regulations in Turkish law and the views in the doctrine. This title also includes information on the judicial practice of vaccines in Turkish law. Then, the possible legal ways that can be applied are tried to be explained since there is no special regulation in Turkish law regarding the parental disagreement regarding the vaccination of the child. In this regard, an examination has been made within the framework of Articles 195 and 346 of the Turkish Civil Code. The conditions necessary for the application of each provision are examined in terms of disagreement over the vaccination of the child. It was also determined in the study what kind of interventions could be ruled due to the difference in scope of each provision. Finally, whether a concrete regulation in some legal systems regarding the conflict between parents is also necessary in terms of Turkish law has been examined within the framework of vaccination.

## **I. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN 16 HAZİRAN 2020 TARİHLİ KARARI**

### **Dava Konusu Olay**

**A.** Eşler A. ve B.'nin altı ortak çocuğu vardır. Çocuklardan üçü hâlihazırda ergindir. 2008, 2013 ve 2015 doğumlu olan üçü ise küçüktür ve birlikte velayet altındadır.

**B.** Eşler 2016'da ayrıldıktan sonra, A., 14 Eylül 2016'da Basel Kantonu Batı bölgesi mahkemesinde *-Zivilkreisgericht-* evlilik koruma davası (*Eheschutzverfahren/İMK Art. 298*). açmıştır. Kocanın başvurusu kapsamında karar verilmesi gereken konulardan biri, küçük olan üçüne Federal Halk Sağlığı Ofisi'nin (FHSO) yönergelerine göre aşı yaptırılmasına izin verilmesidir. Bölge mahkeme başkanı bu talebi reddetmiş ve karar 16 Ağustos 2018'de kesinleşmiştir.

**C. A.**, 25 Şubat 2019'da bölge mahkemesinde boşanma davası açmıştır. A., 14 Mayıs 2019 tarihli dilekçeyle B.'nin, A. ile birlikte üç çocuğu hemen FHSO tarafından önerilen aşılarla eşlik ederek aşılatmaya yükümlü kılınmasını talep etmiştir. Mahkeme bu talebi reddetmiştir. A.'nın bu karara yaptığı itiraz da Basel Kanton Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

D. A. (Temyiz eden), Federal Mahkeme'ye başvurmuş ve Kanton Mahkemesi kararının bozularak üç küçük çocuğun FHSO'nun 2019 aşı planına göre önerilen aşılardan yaptırılmasına B.'nin A.'ya refakat etmekle ve uygun olarak aşılatmakla yükümlü kılınmasını talep etmiştir. A. bu talebini alternatif olarak kızamık aşısıyla sınırlandırmıştır. Davalı, Kanton Mahkemesi kararının gerekçelerine atıfta bulunarak temyiz reddini talep etmiştir.

Federal Mahkeme, temyiz talebini kısmen kabul etmiştir.

(Özet)

### **Gerekçelerden Alıntılar:**

4.

4.1. Kanton Mahkemesi ilk olarak, davacının üç çocuğa FHSO tarafından önerilen temel aşılardan yapılmasına ilişkin talebinin 16 Ağustos 2018 tarihli evlilik koruma davasında verilen karardan (bkz. Dava Konusu Olay, B) sonra yeniden değerlendirilmesinin gerekip gerekmediğini ve bunun ne ölçüde olacağını kontrol etmiştir. Mahkeme, kontrol için koşullarda önemli bir değişikliğin gerçekleşmesi şartını aramaktadır. Davacı, bunu sadece kızamık hastalığı bakımından ileri sürdüğünden kızamık aşısı yeniden değerlendirilebilir; FHSO tarafından önerilen diğer aşılardan ise, yeniden değerlendirme şartları gerçekleşmemiştir. Kızamıkla ilgili FHSO'nun 16 Temmuz 2019 tarihli güncellenmiş kızamık durum raporundan Ocak ile 16 Temmuz 2019 arasında İsviçre'de 204 kızamık vakası olduğu sonucu çıkmaktadır. Bir önceki yılın aynı dönemine nazaran sekiz kattan fazla artış durum değişikliğini göstermekte ve yeniden değerlendirmeyi haklı çıkarmaktadır.

4.2. Kanton Mahkemesi daha sonra, üç çocuğun, yaşları sebebiyle aşının faydaları ve risklerini anlama ve kendi görüşlerini oluşturma bakımından uygun olmaması sebebiyle aşı konusunda ayırt etme gücüne sahip olmadığını ve bu yüzden dinlenemeyeceğini belirtmiştir. İlk derece mahkemesi söz konusu FHSO raporuna ayrıntılı açıklamalarda bulunarak, davalının iddiasının aksine, gerçek bir kızamık salgının meydana gelmediğini belirtmiştir. En büyük olanı dahi çocukların yaşadığı bölgeyi hiç etkilemeyen müstakil kümelenmeler<sup>1</sup> belgelenmiştir. Mahkeme, ayrıca kümelenmelerin Haziran 2019'a kadar kontrol altına alınabileceğini ve güncel haftalık vaka sayılarına göre o zamandan bu yana başka kümeleme görülmediğini de belirtmiştir. Çocukların yaşadığı bölgede salgın sebebiyle çocuğun menfaati bakımından akut bir tehlike yoktur. Davacının belirttiği iki ölüm sağlıklı çocukları etkilemediğinden akut bir tehlike oluşturmamıştır.

<sup>1</sup> Bir hastalığın sınırlı bir topluluk, bölge veya mevsimde görülme sıklığındaki ani artışı belirten ve kararda "Ausbrüche" şeklinde ifade edilen kavram için Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü'nün Bulaşıcı Hastalıklar ile Mücadele Rehberi'nde "Belli bir yer ve zaman diliminde, vaka sayısının beklenenden fazla olması veya beklenen sayıda olsa bile, benzer özellikte olay veya vakaların birikmesidir." şeklinde tanımlanan "Kümelenme" ifadesi tercih edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bulaşıcı Hastalıklar ile Mücadele Rehberi, s. 4 (Erişim Tarihi: Mart 18, 2022, <https://hsqm.saglik.gov.tr/dosya/mevzuat/genelge/Bulasici-Hastalıklar-ile-Mucadele-Rehberi-Genelgesi-2017-11.pdf>).



**4.3.** Çekişmeli taleple ilgili olarak Kanton Mahkemesi, ana ve babaya talimat verilmesini onamanın İMK m. 307 anlamında çocuk koruma önemiyle eşdeğer olduğunu açıklamaktadır. Bu nedenle aşuya ilişkin kararın gerekli ve acil olup olmadığı yahut çocukların aşılınmamasının onların menfaati için tehlike oluşturup oluşturmadığı kontrol edilmelidir çünkü yalnız bu halde çocuk koruma önlemleri anlamında resmi bir karar mümkündür. İlk derece mahkemesi, tedavi gerektiren bir sağlık bozukluğunun ortaya çıkması durumunda tıbbi müdahaleye ilişkin bir kararın gerekli olduğunu ve hastalığın vaziyetine göre de acil olabileceğini vurgulamaktadır. Buna karşılık, aşılar, somut bir hastalığı tedavi etmeyip çocuğun aşılacağı hastalığa yakalanıp yakalanmayacağı kesin olmadan önleyici etkiye sahip olmalıdır. Çocukların yaşadığı bölgede ne kızamık salgını ne de kızamık kümelenmesi olduğu için hastalık riskinde önemli ölçüde artış meydana gelmemiştir. Davacı, kızamık salgını dışında başka bir tehlike zikretmemiştir. O, özellikle kızamık hastalığında artan sağlık riskleri nedeniyle çocuklarının aşılmasını gerekli kılan herhangi bir bireysel somut gerekçe ileri sürmemiştir. Sağlıklı çocuklar için kızamık olmaya yönelik soyut bir tehlike koruma tedbirini haklı çıkarmaz. Zira aşı yapılmamasının çocuğun menfaati için genel bir tehlike oluşturduğunun kabulü kanuni düzenlemelerle aşı zorunluluğunun tesis edilmesi anlamına gelecektir. Kanton Mahkemesi bu düşünceyle İMK m. 307 kapsamında çocuk koruma önlemine ilişkin şartların sağlanmadığı sonucuna ulaşmıştır. Resmi bir karar verme imkanı yoksa, ilk derece mahkemesinin annenin iddialarına babaninkilerden daha fazla ağırlık verdiği ve anne baba çatışmasında kabul gören bilimsel duruma karşı çıkıldığı iddiasına da değinilmemelidir. Davacı (temyiz eden) tarafından zikredilen ve birlikte velayette çocuğun menfaati için koruyucu aşuya ilişkin kararın anne babadan birine devredilebileceğine ilişkin Alman Federal Mahkemesi Kararı (3 Mayıs 2017, XII ZB 157/16) da Kanton Mahkemesine göre ilgili değildir. Çocukla ilgili bir durumun önem arz ettiği hallerde anne baba arasındaki uyuşmazlıkta Alman hukuku bir dava öngörmüşken, İsviçre hukukuna göre resmi karar ancak çocuğun menfaatinin tehlikeye düştüğü durumlarda söz konusudur. Yerel kanun koyucu, velayetin kullanılmasındaki ihtilafları çözmek için idari veya adli özel prosedür oluşturmaktan kaçınmıştır.

(...)

## 6.

**6.1.** Temyiz eden, kızamık aşısı anlaşmazlığına ilişkin ilk derece mahkemesinin ikili kararıyla<sup>2</sup> İMK m. 307'yi keyfi yorumladığını ileri sürmekte ve sağlıklı çocuklar için kızamık olmaya yönelik soyut tehlikenin çocuk menfaatini tehlikeye

<sup>2</sup> Karar metninin orijinalinde yer alan "*mit ihrem binären Entscheid*" ifadesi için kullandığımız bu kavram, mahkeme kararının olası iki seçenektan yalnız birine karar vererek sorunu çözdüğünü belirtmektedir. Başka bir deyişle kararın, ya siyah ya beyaz mantığına göre ve gri alanlara yer verilmediğini ifade etmektedir.

düşürmeyeceği değerlendirmesine itiraz etmektedir. Zira kızamık olma riskinin en azından birkaç yıl öncesine göre daha fazla olduğu belirtilmektedir. Hasta olunması halinde sağlık tehlikesinin meydana geleceği şüphesiz olduğundan salt soyut bir tehlikeden bahsedilemeyeceği ileri sürülmektedir. Temyiz edilen kararın, söz konusu çocukların olası hastalıklara karşı korunmasız kalmaları şeklinde dayanaksız bir sonuca neden olduğu belirtilmektedir. Davacıya göre, FHSO'nun önerileri ve doktorların büyük çoğunluğunun görüşlerine uygun olarak çocuğun olası hastalıklardan korunma hakkına sahip olup olmadığı tartışılması gereken konudur. Temyiz eden, çocuğun korunmasının öngörü gerektiren eylemler olduğunu vurgulamakta ve hastalık durumunda önlem alma zorunluluğu yerine olabildiğince erken aşamada mümkün olan hafif önlemlerin tercih edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Aşının da tam olarak buna uygun olduğu ve kızamık hastalığının verdiği zararın son derece küçük bir müdahale ile önlenebileceği ileri sürülmektedir.

Sonuç olarak temyiz eden, çocukların ve gençlerin korunmasına yönelik anayasal güvenceye (İsviçre Federal Anayasası, İFA - m. 11) işaret etmekte ve bu hüküm kapsamında anne babanın dünya görüşü nedeniyle aşı gibi önleyici tedbirleri reddetmesi halinde resmi makamların müdahale etmesi gerektiği ileri sürülmektedir. FHSO ve doktorlar, aşılammamayı çocuklar için somut bir tehlike olarak görmektedir aksi halde aşı önerisinden bahsedilemezdi. Çocuklar vücut bütünlüklerini korumak için önerilen aşıları talep etme hakkına sahip olmalıdır. İlk derece mahkemesinin bunu engellediği takdirde, çocukların İFA m. 11'de belirtilen vücut bütünlüğüne yönelik hakkını ihlal ettiği iddia edilmektedir.

Davacı son olarak, ilk derece mahkemesinin çocukların aşı yaptırmak istemesinin herhangi bir etkisi olmadığı fikrine karşı çıkmaktadır. Davacı, mevcut davanın, anne ve babanın her ikisinin de çocuğa aşı yaptırmak istemediği durumdan farklı değerlendirilmesi gerektiğinin aşikâr olduğunu belirtmektedir. Davacı, ebeveynlerin çocuklarını hastalıklara karşı korumama konusunda birlikte verdikleri karara, her ikisinin kişisel özgürlüğü kapsamında saygı gösterilmesi gerekebileceğini buna karşılık kendi düşüncesine göre çocuklarını hastalıklara karşı korumak istediğinde engellenmesinin ise, kişisel özgürlük ve aileye yönelik hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Temyiz eden, kişisel özgürlüklere yönelik iki hak arasında açıkça bir öncelik olmadığı hususunda ısrar etmektedir. Buna karşılık, temyiz edilen kararın böyle bir avantaj yarattığı ve babanın haklarını kaçınılmaz biçimde ihlal ettiği ileri sürülmektedir. Çözümün yalnız FHSO'nun önerdiği aşıların yaptırılmasıyla bulunabileceği iddia edilmektedir.

## 6.2.

**6.2.1.** Anne ve baba, İMK m. 301/1 kapsamında çocuğun bakım ve eğitimini onun menfaatini göz önünde tutarak sağlar ve çocuğun olgunluğuna bağlı olarak gerekli kararları alır. Anılan maddenin 1bis fıkrasına göre, çocukla ilgilenen ebeveyn, olağan veya zorunlu olaylarda (1. Bent) veya makul bir çabayla diğer

ebeveyne ulaşılamayan hallerde (2. Bent) tek başına karar alabilir. Tıbbi müdahale olarak aşının Federal Mahkeme önünde İMK m. 301/1/1. bent kapsamında olağan değil, tek bir ebeveyne terk edilemeyen önemli bir karar olduğu tartışmasıdır<sup>3</sup>. Özel olarak kızamık aşısı bakımından davalı da, FHSO'nun kızamığa karşı aşı yapılmasını önerdiğini inkar etmemektedir<sup>4</sup>. Her iki taraf da, İMK'nın velayet kapsamında önemli ve birlikte karar verilmesi gereken bir konuda anne ve babanın uyuşmadığı durum için özel bir prosedür öngörmediğine ilişkin ilk derece mahkemesi hükmünü inkar etmemektedir ve aşı yapılmasına ilişkin resmi bir karar ancak hâlihazırdaki durumun devamının veya anne baba arası uyuşmazlığın çocuğun menfaatinin tehlikeye atıldığı, koruma önlemleri için şartın sağlandığı (İMK 307/1), halde olasıdır. Hukuki duruma ilişkin bu değerlendirme İMK m. 301/1bis'e ilişkin Federal Konsey'in açıklamalarına<sup>5</sup> ve doktrindeki baskın görüşe<sup>6</sup> de uygundur. Çocuğa kızamık aşısı yapılması hususunda resmi bir karar verilmediği ve bu yüzden mevcut durum -kızamığa karşı aşının reddedilmesi- ile yetinildiğinde, uyuşmazlık konusu tarafların çocuklarının menfaatinin İMK m. 307/1 kapsamında tehlikeye düşüp düşmediğinin kontrolü gerekir.

**6.2.2.** İMK 307 vd. kapsamında koruma önlemi alınması çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesini gerektirir (İMK 307/1: "*Çocuğun menfaati tehlikeye düşerse...*"). Çocuğun menfaati çocuk hukukunun en temel ilkesi sayılmaktadır<sup>7</sup>. Olumlu ve sınırlandırıcı olmayan bu kavrama, zihinsel, fiziksel ve ruhsal gelişimin desteklenmesi (krş. İMK m. 302/1), sürekli ve istikrarlı bir çevre, çocuğun ilişkili kişilerle arasında içsel bağ imkanı, ebeveynlerle ve ayrılık ya da boşanmadan sonra her ikisiyle pozitif ilişkiler, diğer ebeveynle ilişkiyi şekillendirmeye yönelik tutum ve çocuğun iradesinin ve irade özerkliği hakkının dikkate alınması da dahildir<sup>8</sup>. Buna göre, çocuğun fiziksel, ruhsal veya zihinsel menfaatinin cid-

<sup>3</sup> CANTIENI/WYSS, in: Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, Rosch und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2018, S. 340; Droit de laprotection de l'enfant, Guide pratique, COPMA Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes [Hrsg.], 2017, S. 300.

<sup>4</sup> Krş. Bundesamt für Gesundheit [Hrsg.], Schweizerischer Impfplan 2020, Stand Januar 2020, S. 5 ff.

<sup>5</sup> Botschaft vom 16. November 2011 zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Elterliche Sorge], BBl 2011 9106.

<sup>6</sup> MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6. Aufl. 2019, S. 860; SCHWENZER/COTTIER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 6. Aufl. 2018, N. 3g zu Art. 301 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Aufl. 2018, S. 422 ff.; CANTIENI/WYSS, a.a.O., S. 332; BÜCHLER/CLAUSEN, in: FamKomm Scheidung, Bd. I, 3. Aufl. 2017, N. 19 f. zu Art. 301 ZGB; Droit de la protection de l'enfant, Guide pratique, a.a.O., S. 301; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, in: Berner Kommentar, 2016, N. 42 f. zu Art. 301 ZGB; GLOOR/UMBRIKHT LUKAS, in: Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Fountoulakis und andere [Hrsg.], 2016, S. 526; BIDERBOST/CANTIENI, Erste Erfahrungen mit dem neuen Recht der elterlichen Sorge, in: Achte Schweizer Familienrechtstage, 2016, S. 145 ff.).

<sup>7</sup> BGE 142 III 612 E. 4.2 S. 615; 141 III 328 E. 5.4 S. 340 mit Hinweisen.

<sup>8</sup> Urteil 5P.83/2006 vom 3. Mai 2006 E. 4.1 mit Hinweisen; 129 III 250 E. 3.4.2 S. 255; vgl. auch die Umschreibungen von ROSCH/HAURI, in: Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, Rosch und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2018, S. 444 ff.; Droit de la protec-

di bir şekilde bozulması gündeme geldiğinde çocuğun menfaati risk altındadır<sup>9</sup>. Tehlike, her bir olayda tüm koşullar dikkate alınarak tespit edilir. İleriye dönük unsurlar olağan biçimde hesaba katıldığında dahi objektif anlaşılabilir tehlikenin olabildiğince somut olması gerekir. Tehlikenin önceden gerçekleşmiş olması şart değildir. Bu anlamda kanundan doğan çocuk koruması da koruyucu önlemdir ve “in dubio pro infante” ilkesinden hareket edilmelidir<sup>10</sup>. Ayrıca, tehlikenin sebebi önemli değildir. Bu sebepler çocuğun, anne babanın ya da daha geniş bir çevrenin hatalı bir davranışından veya eğilimlerinden doğabilir. Anne babanın tehlikede kusurunun olup olmadığı da önemsizdir<sup>11</sup>. Çocuğun menfaatine yönelik bir tehlikenin lehine veya aleyhine olan durumlar ya da onların ispatı, uygun tespitler veya genel yaşam tecrübeleriyle yanıtlanan olgusal sorulardır ki ikincisinde, öncelikle hayat tecrübelerinin uygulanmasını mümkün kılan olayların da belirlenmesi gerekir (Federal Mahkeme için bağlayıcı olarak bkz. Federal Mahkeme Kanunu m. 105). Buna karşılık takdir yetkisinin gereği gibi kullanılmasıyla (bkz. yayınlanmamış E. 3.4) yanıtlanacak hukuki sorun, bu şartlar dahilinde çocuğun menfaatinin tehlikeye düştüğünün kabul edilip edilmeyeceğidir<sup>12</sup>.

**6.2.3. Çocuk yetiştirme (eğitim) sorunlarına ilişkin çeşitli görüşler, prensip olarak birlikte velayette hayatın gerçekliğinin bir parçasıdır<sup>13</sup>. Kanun koyucunun iradesine göre, ebeveynler, herhangi birinin öncelik veya üstün oydan kendisi için yararlanmaksızın, çocukla ilgili önemli işlerin tamamını birlikte düzenlemek zorundadır. Bu durum, çocukla ilgili tüm önemli işler bakımından aile veya ebeveyn özerkliğinin devlet müdahalesine karşı öncelikli olması gerektiği temel fikrinden doğmaktadır<sup>14</sup>. Bu anlamda, velayet hakkına sahip anne ve babanın birlikte kızamık aşısı yaptırmama kararına saygı gösterilmesi gerekir. Yetkili makamın hangi şartlarda çocuğun korunması için böyle bir ebeveyn ortak kararına riayet etmeyeceğinin bu noktada tartışılmasına gerek yoktur. Zira kararda anne babanın oybirliğiyle kızamık aşısından feragati değil, önlemin uygulanmasına ilişkin tartışma bulunmaktadır.**

Çeşitli yazarlarca isabetli biçimde belirtildiği üzere, bir kararın durum sebebiyle gerekli görüldüğü hallerde ebeveynlerin fikir uyuşmazlığı her durumda

tion de l'enfant, Guide pratique, a.a.O., S. 4 ff.; CANTIENI/BLUM, in: Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Fountoulakis und andere [Hrsg.], 2016, S. 565 f.; BARBARA PFISTER PILLER, Kindesschutz in der Medizin, Elterliche und staatliche Bestimmungsrechte bei der medizinischen Behandlung des Kindes, 2016, S. 18 ff.

<sup>9</sup> CYRIL HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl. 1999, S. 206.

<sup>10</sup> YVO BIDERBOST, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 9 zu Art. 307 ZGB).

<sup>11</sup> Urteil 5A\_701/2011 vom 12. März 2012 E. 4.2.1 mit Hinweisen, in: FamPra.ch 2012 S. 821 ff.

<sup>12</sup> Urteil 5A\_299/2011 vom 8. August 2011 E. 6.

<sup>13</sup> BÜCHLER/CLAUSEN, a.a.O., N. 19 zu Art. 301 ZGB; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O., N. 27 und 42 zu Art. 301 ZGB.

<sup>14</sup> BGE 144 III 481 E. 4.5 S. 489; 142 III 481 E. 2.5 S. 488.

çocuğun menfaatini tehlikeye atar. Karar verilmesi hususunda devam eden uyuşmazlıkların, çocuğun sağlığının korunmasının sağlanamaması, zorunlu eğitime başlanılamaması, eğitimin devamının risk altına girmesi, meslek seçiminin yapılamaması gibi durumlara yol açtığı düşünülmelidir<sup>15</sup>. Çocuğun sağlığının korunması, gelişiminin yalnız bir parçası değil adeta bir ön koşuldur<sup>16</sup>. Bu nedenle özel bir öneme sahiptir. Literatürde çocuğun fiziksel sağlığına yönelik tehlikeler arasında fiziki kötü muamele ve cinsel istismarın yanı sıra yetersiz bedensel, sağlık bakımı veya sağlık koruması, giysi ve konutta hijyen eksikliği, yetersiz beslenme, tıbbi veya ilaçla tedaviden kaçınma, kadın sünneti ve bağımlılık yapıcı maddelere karşı yetersiz koruma da sayılmaktadır<sup>17</sup>. Önleyici müdahalelerin reddedilmesi de fiziksel menfaat bakımından tehlike sayılmaktadır<sup>18</sup>. Anılan yazarlar, önleyici müdahale örneği olarak aşıları da açıkça belirtmektedir. Davacının İsviçre Anayasası m. 11'in ihlaliyle bağlantılı atıf yaptığı makalede de bu yönde fikir yürütülmekte ve çocuğun aşıya yönelik hukuki hakkı (kamu yararı açısından) tartışılmaktadır<sup>19</sup>.

**6.2.4.** Somut olay bakımından öncelikle aşağıdaki husus açıklığa kavuşturulmalıdır: İtiraz edilen ilk derece mahkemesi kararı, yasal aşı zorunluluğu olmamasından kaynaklanan ve kızamık aşısından feragatin çocuğun menfaatini tehlikeye (belirli bir salgın riski veya yerleşim bölgesinde bariz şekilde yüksek bulaşıcı hastalık riskinden bağımsız olarak) atmadığı (ters) sonucuna dayandığı sürece yanlış bir değerlendirme içermektedir (krş. E. 4.3). Çocuğun menfaatinin özel hukuk bakımından İMK m. 307/1 kapsamında tehlikeye düşüp düşmediği yalnızca çocuğun özel durumuna göre belirlenir. Buna karşılık bir aşının (federal veya kanton seviyesinde) zorunlu olabileceği koşullar, (ergin olmayan) kişinin bireysel durumuna değil, nüfusa veya kişi gruplarına yönelik riske dayanmaktadır (Bkz. 28 Eylül 2012 tarihli Salgın Yasası m. 6/2/d ve m. 22 [Salgın Yasası, EpG; SR 818.101]). Federal Konsey'in aşığı zorunlu ilan edebileceği (SY m. 6/2/d) "özel durum" (SY m. 6) için bulaşıcı hastalığın yayılması nedeniyle enfeksiyon ve yayılma riskinin artması, olağanüstü halk sağlığı veya ekonomi ya da yaşamın diğer alanları üzerinde ciddi etki tehlikesi gereklidir (SY m. 6/1/a/1-3). Bulaşıcı hastalıkla ilgili olarak -özellikle enfeksiyon ve yayılma riskinin yüksek olmadığı durumlarda- aşının zorunlu olmayıp yalnız federal sağlık kurumlarınca tavsiye edilmesi söz konusu bulaşıcı hastalığa karşı aşılanmamanın çocuğun menfaatini-

<sup>15</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, a.a.O., S. 423; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O., N. 43 zu Art. 301 ZGB; BÜCHLER/CLAUSEN, a.a.O., N. 20 zu Art. 301 ZGB.

<sup>16</sup> LORENZ LANGER, Impfung und Impfwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit, ZSR 136/2017 I S. 87 ff., 104.

<sup>17</sup> PETER BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 6. Aufl. 2018, N. 18 zu Art. 307 ZGB; CANTIENI/BLUM, a.a.O., S. 568; PFISTER PILLER, a.a.O., S. 91.

<sup>18</sup> BREITSCHMID, a.a.O., N. 18 zu Art. 307 ZGB; PHILIPPE MEIER, in: Commentaire romand, Code civil, Bd. I, 2010, N. 5 zu Art. 307 ZGB.

<sup>19</sup> LANGER, a.a.O., S. 104 f.

le uyumlu olduğu anlamına gelmez. Bu bağlamda, Kanton Mahkemesi, çocuğu koruma önlemini incelerken takdir yetkisini federal hukuka aykırı kullanmıştır.

**6.2.5.** İlk derece mahkemesinin görüşünün aksine, çocukların ikamet ettikleri bölgede kızamık salgını veya kümelenmesi olmadığı (tartışmasız) bilgisine dayanarak kızamığın soyut tehlike olduğu ve çocuk koruma önlemini gerektirmediği sonucuna varılamaz (E. 4.3). Soyut ve somut tehlikenin ayırt edilmesi veya Kanton Mahkemesinin yalnız farazi bir tehlikenin İMK m. 307/1'deki şartları sağlamadığına ilişkin (anlama uygun) değerlendirmesi<sup>20</sup>, aşı yaptırmamanın çocuğun menfaatini tehlikeye atıp atmadığı sorusunu cevaplandırmak için uygun değildir. Koruyucu aşilar tabii olarak tehlikeli olarak sınıflandırılan hastalığa yakalanma ihtimalini ortadan kaldırmak veya en azından minimuma indirmek için tasarlanmıştır. Koruyucu aşilar amaç ve gerekliliklerini tam olarak, kişinin hastalanma (ve hastalığın komplikasyonları veya sonuçlarına ilişkin) riskini neredeyse hiç kontrol edemediği veya hastalığın bulaşma riski salgın veya kümelenme şeklinde somutlaştığında aşı korumasına uygun zamanda ulaşılamayacağı hallerde bulurlar. Buna göre aşı yaptırmamanın İMK m. 307/1 kapsamında çocuğun menfaatini tehlikeye atıp atmadığı noktasında ilk derece mahkemesinin savunduğu çocukların sağlık probleminin olması ve yüksek sağlık riski taşıması da önemli değildir.

**6.2.6.** Yukarıdaki açıklamaların da gösterdiği gibi, ilk derece mahkemesinin takdir yetkisini kullanırken çocuğun menfaati bakımından tehlikeyi reddetmesi inandırıcı değildir. Hususi bir zorlayıcı durumdan bağımsız olarak çocuğuna aşı yaptırmayan herkes, çocuğunu doğrudan kızamık hastalığıyla bağlantılı sağlık risklerine maruz bırakmasa da sağlıklı çocukları için somut bir tehlikenin neden olacağı belirsizlikleri her durumda göze alır. İlgili makamların verdiği bilgiye göre kızamık oldukça bulaşıcı bir hastalıktır. Enfekte kişiler, tipik döküntü meydana gelmeden önce sadece spesifik olmayan soğuk algınlığı semptomlarının görüldüğü ön belirti dönemi sırasında bile virüsü bulaştırabilirler. Kızamık, hemen hemen tüm hastalarda hücresel bağışıklığın belirgin bir şekilde zayıflamasına neden olur. Bağışıklık sisteminin bu geçici zayıflaması o kadar belirgin ve kalıcıdır ki, çocuklarda kızamıktan iki ila üç yıl sonra bulaşıcı hastalıklardan kaynaklanan ölüm oranında genel bir artış gözlemlenmiştir. Kızamık, vakaların yaklaşık %10'unda akut otitis media -*orta kulak iltihabı*- (hastaların %7-9'u) veya pnömoni -*zatürre*- (hastaların %1-6'sı) gibi çeşitli, kısmen ciddi komplikasyonlara yol açar. Ateşli nöbetler yaygındır. Akut ensefalit -*beyin iltihabı*- her 1000 vakadan 1 veya 2'sinde görülür. Subakut sklerozan panensefalit (SSPE) tedavisi olmayan her zaman ölümcül bir geç komplikasyondur<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Krş. yukarıda E. 6.2.2 ayrıca ROSCH/HAURI, a.a.O., S. 447; PFISTER PILLER, a.a.O., S. 92.

<sup>21</sup> Bkz. Bundesamt für Gesundheit und Eidgenössische Kommission für Impffragen, Richtlinien und Empfehlungen, Empfehlungen zur Prävention von Masern, Mumps und Röteln, März 2019, S. 5 und 7 f. mit zahlreichen Hinweisen; ayrıca bkz. TARR/GALLMANN/HEININGER, Masern in der Schweiz, Erkennung und Impfberatung, Schweizerisches Medizin-Forum, 2008, S. 868 ff.

Çocuğa kızamığa karşı aşı yapılmaması durumunda karşılaşıcağı söz konusu sağlık riskleri karşısında, aşının yaptırılıp yaptırılmaması sorusu ebeveynler arasında bir çıkmaz değildir. Bu durum, çocuğun sağlığının korunmasının mümkün olan en iyi gelişimi için temel bir gereklilik olmasından kaynaklanmaktadır (E. 6.2.3). Velayet sahibi anne ve baba çocuğun sağlığının korunmasına ilişkin tedbirler konusunda anlaşamazlarsa, İMK m. 307/1 uygulanır. Bu da yetkili makamın, söz konusu durumla ilgili ebeveynler yerine karar vermesi anlamına gelir. Mahkeme, bu konuda takdir yetkisini kullanırken önemli unsurların tamamını dikkate almalıdır. Yetkili federal makam olarak FHSO kızamık aşısını öneriyorsa, bu tavsiye söz konusu karar için kılavuz olmalıdır. Bundan ayrılma yalnız somut olaydaki hususi durumlar sebebiyle kızamık aşısının çocuğun menfaati ile uyumlu olmadığı hallerde gündeme gelir. İlk derece mahkemesinin mevcut en büyük kızamık kümelenmelerinin çocukların yaşadığı bölgeyi etkilememesine ilişkin tespiti, tek başına çocukların menfaatinin tehlikeye düşmesi durumunu ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, kanton mahkemesinin kararının aksine, kızamık aşısı yaptırılmasına ilişkin talimat, esas itibariyle çocuk koruma önlemi olarak gösterilir.

**6.2.7.** Çocuk hukukuna hâkim olan ölçülülük ilkesi, çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesini engelleyen önlemlerin uygun ve gerekli olmasını gerektirir (krş. İMK m. 389/2 ile bağlantılı olarak m. 440/3). Tehlike, özellikle İMK m. 307 kapsamında daha hafif önlemlerle engellenememelidir<sup>22</sup>. Söz konusu aşının çocukları kızamık hastalığına karşı uzun süre etkili biçimde korumaya uygun ve gerekli olmadığı veya daha hafif bir önlemlerle çocukların korunabileceği belirli değildir. Davalının hâlen kanıtlanmamış genel geçer nitelikteki iddiası da bunu değiştirmez. Bu iddia uyarınca, bulaşma, sürü bağışıklığı ve antikor teorisinin “sürekli söylendiği gibi” “detaylı incelendiğinde, böyle bir koruma sağlayacakları hususunda ikna edicilikten uzaktır”. Davalı, kızamık aşısının olası yan etkileri bakımından ölçülülüğünü sorguladığında da, aşından sonra yan etki geri bildirimlerinin %5-10 oranında ispat edilebilir olduğu genel bilgisiyle yetinmekte ve güvenilir tahminlerin yapılamadığını ve bildirilmeyen vaka sayısının yüksek olduğunu belirtmektedir. Aşı sonrası istenmeyen etkilerin (ASİE) kızamık hastalığının ciddi komplikasyonlarının sıklığı ile kabul edilemez ilişkisi bu tür spesifik olmayan itirazlarla gösterilemez. Son olarak, aşının kızamığı önleyici korumasına immünglobulinler -antikor- enjekte edilerek ulaşılamaz. Uzman mercilerin ilgili yayınlarından da anlaşılacağı üzere, immünglobulinlerin etki süresi zamanla sınırlıdır ve onların uygulanması, aktif bağışıklamanın kullanılmaz olduğu ve bulaşma aşamasında kızamığa yakalanmış bir kişiyle temas etmiş komplikasyon

<sup>22</sup> Krş. bütün olarak BGE 140 III 241 E. 2.1 S. 242; Urteile 5A\_656/2016 vom 14. März 2017 E. 4; 5A\_7/2016 vom 15. Juni 2016 E. 3.3.1; 5A\_701/2011 vom 12. März 2012 E. 4.2.1.

riski yüksek, korunmasız kişiler için acil bir önlemdir<sup>23</sup>. Şüphesiz kızamık aşısının belirli özel koşullar sebebiyle tıbbi olarak kullanılmaz olduğu durumlar saklıdır<sup>24</sup>. Kanton mahkemesi, çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmediğini tespit ettikten sonra tarafların çocukları için herhangi bir kontrendikasyon<sup>25</sup> hakkında açıklamada bulunmamıştır. Kanton mahkemesinin yeni kararında ilgili durumu da incelemesi gerekmektedir.

## II. KARARIN KISA DEĞERLENDİRMESİ

İnceleme konusu karar, birlikte velayet altındaki üç çocuğa Federal Halk Sağlığı Ofisi tarafından önerilen aşılardan yaptırılması talebine ilişkindir. Çocuklara aşı yaptırılmasına karşı çıkan annenin kararına karşı baba, İMK m. 307/1 kapsamında koruma önlemi talep etmiştir. Bu talep, eşlerin ayrı olduğu 2016 yılında evlilik koruma davası kapsamında, 2019 yılında ise boşanma davasında (kızamık aşısı özelinde) kanton mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. Çocukların menfaati bakımından somut bir tehlikenin ortaya çıkmadığı ve aşı yaptırmamanın tehlike olarak kabul edilmesinin aşı zorunluluğu ile aynı anlama geleceği gerekçelerine dayanan karara karşı, Federal Mahkeme'ye başvurulmuştur. Federal Mahkeme, anne ve babanın tek başına karar veremeyeceği hususlarda uyuşmazlığa düştüğü haller için İMK'da özel bir usulün bulunmadığını ve ancak İMK m. 307 kapsamında çocuğun menfaatinin tehlikeye düştüğü hallerde koruma önlemine hükmedilebileceğini belirlemiştir. Somut olay bakımından çocuğa kızamık aşısı yaptırılmamasının çocuğun menfaatinin tehlikeye atan bir durum olduğunu tespit eden Federal Mahkeme, bu kabulün aşı zorunluluğu anlamına gelmediğini ve ebeveynlerin birlikte aşı yaptırmama kararı almaları durumuna saygı gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu gerekçelere dayalı olarak aşı yaptırmamanın tam da İMK m. 307 kapsamında çocuğun menfaatinin tehlikeye düştüğü bir durum olduğu sonucuna ulaşılarak koruma önlemine hükmedilmesi gerektiği fikri benimsenmiştir.

Kanaatimizce, Federal Mahkeme İMK m. 307 kapsamında yerinde bir sonuca ulaşmakla birlikte bu sonucun gerekçelendirmeleri bakımından kimi durumlarda çelişkili açıklamalara yer vermiştir. Öncelikle aşı yaptırmama kararının yalnız anne baba arası uyuşmazlığın bulunduğu hallerde çocuğun menfaatinin tehlikeye atan bir durum olmasının değerlendirilmesi gerekir. Başka bir deyişle ebeveyn-

<sup>23</sup> Bkz. Stellungnahme der Ständigen Impfkommision [STIKO] am Robert Koch Institut, Fachliche Anwendungshinweise zur Masern-Postexpositionsprophylaxe bei Risikopersonen, in: Robert Koch Institut, Epidemiologisches Bulletin, 12. Januar 2017/Nr. 2, S. 17 ff.; Empfehlungen des BAG zur Prävention von Masern, Mumps und Röteln, a.a.O., S. 39).

<sup>24</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Empfehlungen des BAG zur Prävention von Masern, Mumps und Röteln, S. 33 f.

<sup>25</sup> Kontrendikasyon: "Tedavi amacıyla uygulanan bir yöntemin ya da ilacın yol açabileceği riskler nedeniyle kullanılmalarını sakıncalı kılan özgül bir belirti veya durum." İlaç ve Eczacılık Terimleri Sözlüğü, 2014 (<https://sozluk.gov.tr/>, E.T.: 29.10.2021). Ç.N.



ler arası çatışma olmadığı sürece, aynı durumun çocuğun menfaatini tehlikeye atmadığının kabul edilmesi kanaatimizce çelişkili bir hal meydana getirmektedir. Federal Mahkeme bu konuda her ne kadar hangi durumlarda ebeveynlerin ortak kararına mahkeme tarafından riayet edilmeyeceğinin somut olay bakımından tartışılmasına gerek olmadığını belirterek meseleyi çözümsüz bırakmışsa da kanaatimizce ortak karara saygı gösterilmesine yönelik ifadesi her iki durumu aynı değerlendirmedeği sonucuna ulaştırmaktadır. Oysa aşı yaptırmamanın İMK m. 307 kapsamında somut olay bakımından çocuğun menfaatinin tehlikeye atıldığının kabulü, anne babanın iradesinin dikkate alınmamasını da gerektirir. Aksi takdirde, ebeveynlerin birlikte karar vererek çocuğun menfaatini tehlikeye atan işlemlere hukukun cevaz verdiği sonucu doğar ki bu durumda İMK m. 307 kapsamında önlemlerin re'sen alınabilmesi anlamsız hale gelir. Doktrinde de ilgili kararı inceleyen çalışmalarda bu çelişkiye değinilmiş ve Federal Mahkeme'nin aşı yaptırmamanın değil ebeveynler arası uyumsuzluğun çocuğun menfaatini tehlikeye atan bir durum yaratıp yaratmadığını değerlendirmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>26</sup>. Ancak, kanaatimizce bu fikir de kabul edilmemelidir. Nitekim bu fikir, ana baba arası uyumsuzluk giderildiği takdirde tehlikenin ortadan kalkması gibi bir sonuca ulaştırmaktadır. Oysa somut olayda önem arz eden husus, söz konusu hastalığa karşı aşı yapılmamasının (hâlihazırdaki durumun) çocuğun menfaati açısından tehlikeli olup olmadığıdır.

Federal Mahkeme, aşı yaptırmamayı çocuğun menfaati bakımından bir tehlike olarak değerlendirmekle birlikte bu tespitinde, Kanton Mahkemesi'nin aksine, hastalığın çocukların yaşadığı bölgede salgın niteliğinde olup olmadığı vb. hususları değerlendirmemiştir. Bununla birlikte, bireysel olarak çocukların sağlık durumunun ve aşı yapılmasının kontrendikasyona neden olup olmayacağına belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Başka bir deyişle aşı yapılması sonucunda çocuğun sağlığı üzerinde olumsuz bir sonuç meydana geldiği belirlenmedikçe kızamık aşısı yaptırılmaması çocuğun sağlığı bakımından tehlike oluşturmaktadır. Buna göre, somut olayda babanın FHSO tarafından önerilen tüm aşıların yapılmasını talep ettiği düşünülecek olursa Federal Mahkeme'nin de, Kanton Mahkemesi'nin aksine, kızamık aşısı bakımından değil söz konusu tüm aşılar için değerlendirme yapması ve dolayısıyla çocuğun yararı bakımından tehlike arz ettiğini kabul etmesi gerekirdi kanaatindeyiz. Nitekim Federal Mahkeme'nin FHSO'nun önerisinin mahkeme bakımından kılavuz niteliğinde olması gerektiği fikri de esasen bu görüşü destekler niteliktedir.

<sup>26</sup> Carole Bruttin ve Margot Michel, "Nr. 70 Bundesgericht, II zivilrechtliche Abteilung, Entscheid vom 16. Juni 2020 i.S. A. gegen B. - 5A\_789/2019", *FamPra.ch*, 4, (2020): 1106-1125; Kaspar, Gerber ve Simone Gerber, "Uneinigkeit gemeinsam sorgeberechtigter Eltern über die Masernimpfung für Kinder (BGer-Urteil 5A\_789/2019 vom 16. Juni 2020)", *Pflegerecht* (2020): 194-204. Söz konusu kararın FHSO'nun önerdiği aşılar bakımından dolaylı biçimde aşı zorunluluğu anlamına geldiğine ilişkin bkz. Hardy Landolt ve Iris Herzog-Zwitter, "Masernimpfobligatorium in Zeiten der Corona Pandemie", *Jusletter*, (31 August 2020), N. 30.

Federal Mahkeme'nin koruyucu aşıların önleyici etkisi sebebiyle tabii olarak hastalığın bulaşma ihtimaline karşı yapılması ve bunun da İMK m. 307 kapsamındaki tehlikeyi karşıladığı fikri kanaatimizce yerindedir. Aksi takdirde, koruyucu önlemlerin, tehlikenin soyut olduğu gerekçesiyle kapsam dışında tutulması gerekir. Dolayısıyla henüz gerçekleşmemiş tehlikelere karşı çocuğu koruyucu tedbirlere başvurulması esasen İMK m. 307'nin düzenlediği temel durumlardandır. Nitekim benzer şekilde İngiltere'de de aşı anlaşmazlığı sonucunda Ulusal Sağlık Hizmetleri'nin önerdiği aşıların yaptırılmasının çocuğun menfaatine olduğu kabul edilmiştir<sup>27</sup>.

### III. TÜRK HUKUKUNDA VELAYET ALTINDAKİ ÇOCUĞA AŞI YAPILMASI

Aşı, birtakım hastalıklara karşı genellikle koruyucu amaçla yararlanılan ve belli bir enfeksiyona karşı bağışıklık kazandırmak üzere vücuda verilen süspan-siyondur. Koruyucu amaçla uygulanan aşilar, teşhis ve tedavinin yanı sıra muh-temel hastalıkların önlenmesini de kapsayan tıbbi müdahale kapsamında mütalaa edilir. Bu nedenle küçüğe aşı yapılabilmesi için Anayasa m. 17/II ve TMK m. 24/II kapsamında hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunması gerekir. Bu noktada tıbbi müdahale bakımından ilk olarak rıza konusu değerlendirilmelidir. Çocuklara yapılan tıbbi müdahalelerde rıza ise, çocuğun aşı konusunda ayırt etme gücüne sahip olup olmamasına göre ayrımlanarak cevaplandırılmalıdır.

Ayırt etme gücüne sahip çocuk bakımından tıbbi müdahaleye rızayı kimin vereceği Türk hukukunda tartışmalıdır. Gerçekten de, doktrinde bir görüş ayırt etme gücüne sahip çocuğun tıbbi müdahaleye dolayısıyla aşıya rıza gösterip göstermediğinin değerlendirilmesini ve çocuğun iradesine göre hareket edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>28</sup>. Bu görüş, sınırlı ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başına kullanabilmelerini kabul eden TMK m. 16'yı esas almaktadır. Buna karşılık bir başka görüş<sup>29</sup>, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (TŞSTİDK) m. 70 ve Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY) m.

<sup>27</sup> Örneğin İngiltere'de aşı konusunda ebeveynler arasında yaşanan anlaşmazlık durumuna ilişkin mahkeme, mevcut bilimsel kanıtların aşı yapılmasının çocuğun üstün yararı ve kamu yararının gereği olduğuna hükmetmiştir. M v H (private law vaccination), [2020] EWFC 93 (Kararda, Ulusal Sağlık Hizmeti'nin -NHS- önerdiği aşıların yaptırılması gerektiğine, buna karşılık seyahat aşılarının fazla spekülatif olduğu, Covid-19 aşısının ise, karar verilen tarihte aşının çocuklara yapılması hususundaki tavsiyelerin net olmaması sebebiyle karar vermek için erken olduğu kabul edilmiştir. Karar için bkz. <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed218420>).

<sup>28</sup> Zariye Şenocak, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", *AÜHFD* 50, S. 4 (2001): 65-80. İsviçre hukukunda da bu görüş kabul edilmektedir. Bkz. Özge Yücel, *Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 53 dn. 103'te belirtilen yazarlar.

<sup>29</sup> Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 1112; Saibe Oktay Özdemir, *Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2010), 1326; Emel Badur, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 115 özellikle dn. 108'de belirtilen yazarlar.

24 kapsamında tıbbi müdahalelerde küçüğün velisinin veya vasisinin izni gerektiği hükümlerine dayanarak yasal temsilcinin rızasının ve küçüğün de görüşünün alınması zorunluluğunu savunurken; bir başka görüş<sup>30</sup> yalnız yasal temsilci rızasının yeterli olduğunu ileri sürmektedir. Bir diğer görüş ise, hem yasal temsilcinin hem de küçüğün rızasıyla müdahalenin hukuka uygun olacağını savunmaktadır<sup>31</sup>. Anılan tartışma çerçevesinde söz konusu düzenlemeler de dikkate alındığında özellikle önemli tıbbi müdahaleler bakımından yasal temsilcilerin rızasının alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu hususta yasal temsilci rızasına ek olarak çocuğun ister rızası ister görüşü gereksin bu çalışma bakımından ana baba arasında anlaşmazlığın varlığı, aşının önemli tıbbi müdahale kapsamında kabul edilmesi halinde, aşı yapılmasına engel olacaktır. Dolayısıyla ana baba arasında çocuğa aşı yapılmasına ilişkin anlaşmazlığın aşıya engel olması bakımından çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının önemi bulunmamaktadır. Buna karşılık anlaşmazlığın çözümlenmesi sırasında ayırt etme gücünü haiz çocuğun görüşünün veya rızasının hâkim tarafından tespit edilmesi ve değerlendirilmesi ise zaruridir.

Aşının önemini ve olası yan etkileri anlayamayacak ve bunları kavrama yeteneğinden yoksun dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler bakımından ise, yasal temsilcilerinin rızaları ile aşı yaptırılmasına karar verilmelidir<sup>32</sup>. Buna göre, birlikte velayet halinde ana ve babanın aşıya birlikte rıza göstermeleri; velayetin yalnız birinde olduğu durumda velayete sahip olanın rızası, çocuk vesayet altındaysa da vasinin rızası ile aşı yaptırılabilceği anlamına gelir. Bu noktada, çalışmanın doğrudan konusunu oluşturmayan ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk adına rıza gösterecek olan ebeveynlerin aşıya oybirliğiyle rıza göstermemesi durumu ise oldukça tartışmalıdır. Türk hukuk uygulamasında Anayasa Mahkemesi'ne yapılan HS Aysal bireysel başvuru kararına<sup>33</sup> kadar ebeveynleri tarafından bebeklik aşlarına rıza gösterilmeyen çocuklara ÇKK m. 5 kapsamında çocuk mahkemesi tarafından sağlık tedbirine başvurularak aşı yaptırılmaktaydı<sup>34</sup>. Ancak söz konusu bireysel başvuru kararında, ebeveynlerin rıza göstermediği hallerde aşı yaptırılabilmesi için aşının kanunen zorunlu olması gerektiği ve Türk hukukunda bu zorunlulu-

<sup>30</sup> Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021) 107.

<sup>31</sup> Yücel, *Tıbbi Kararlarda Özerklik*, 54; Fatma Tülay Karakaş, *Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 65; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 284 p. 134; Ayşe Arat, "Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Bir Hukuka Uygunluk Sebabi Olarak Hastanın Rızası", *EÜHFD* I, S. 2 (2006): 225-238. Yargıtay'ın da aynı yönde kararları vardır. Bkz. Y. 2. HD, 1.4.2015, E. 2014/26980, K. 2015/6339.

<sup>32</sup> Söz konusu durum, tam ehliyetsizlerin kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklarının yasal temsilcileri tarafından kullanılmasına örnek oluşturmakta olup doktrinde tam ehliyetsizin menfaatlerini tehlikeye düşüren koruyucu nitelikteki kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilcisi tarafından kullanılabilceği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yücel, *Tıbbi Kararlarda Özerklik*, 48; Karakaş, *Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı*, 60.

<sup>33</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2013/1789, 11.11.2015.

<sup>34</sup> Y. 2. HD, 1.4.2015, E. 2014/26980, K. 2015/6339; Y. 2. HD, 4.5.2015, E. 2014/22611 K. 2015/9162.

ğün yalnız çiçek ve kuduz aşısı için geçerli olduğu, bebeklik dönemi aşılarının ana ve babanın aksi yöndeki kararına rağmen yapılmasının Anayasa'ya uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu karardan sonra, Yargıtay da söz konusu sağlık tedbirine yönelik kararları ihlal oluşturacağı gerekçesiyle bozmuştur<sup>35</sup>. Kanaatimizce, anılan kanunilik şartı yerinde olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi konuya tek bir noktadan yaklaşmaktadır. Başka bir deyişle velayet altındaki çocuklara aşı yaptırılması bakımından TMK m. 346 hükmünün de bu noktada değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten de çocuğu koruyucu önlemler velayet hakkının sınırını oluşturur ve dolayısıyla ana ve babanın çocukla ilgili kararının göz ardı edilmesi gündeme gelebilir. Nitekim TMK m. 346 hükmünde, çocuğun menfaati ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü durumlarda çocuğun korunmasına yönelik uygun önlemlerin hâkim tarafından alınabileceği düzenlenmiştir. Yukarıda yer alan İFM kararında da belirtildiği üzere, her ne kadar devletin velayet hakkına müdahalesi istisnai nitelikte olmalıysa da ana ve babanın kararının çocuğun üstün yararına aykırı olduğu hallerde müdahale gündeme gelebilir.

Aşı özelinde durum değerlendirildiğinde ise kanaatimizce hâkimin tek başına durumu takdir edebilmesi mümkün değildir. Zira aşının olası yan etkileri, güvenilirliği, bilimsel olarak yarar ve zararlarının ispatı vb. hususlar ile çocuğun sağlığının yaptırılacak aşıya karşı bireysel olarak uygun olup olmadığı gibi noktalarda uzmanlar tarafından değerlendirme yapılarak menfaatin tehlikeye düşüp düşmediğinin belirlenmesi gerekir. Bu noktada, İFM kararında olduğu gibi aşı konusunda yetkili kurum ve uzman kişilerin ilgili aşığı tavsiye edip etmediği de dikkate alınarak karar verilmelidir. Kanaatimizce, böyle bir inceleme sonucunda ayırt etme gücüne sahip olmayan ve ebeveynleri tarafından aşı yapılmasına rıza gösterilmeyen küçüğün menfaatinin tehlikeye düştüğünün belirlenmesi aşı yapılmasının hukuka aykırılığını ortadan kaldırır. Başka bir deyişle aşı yapılması gerekliliğinin ve dolayısıyla çocuğun menfaatinin tehlikeye düştüğünün tespiti de koruma önlemi için yeterli olup aynı zamanda kişinin üstün nitelikteki özel yararı kapsamında değerlendirilmelidir<sup>36</sup>. Dolayısıyla rızanın esirgendiği çocuğun da durumu dikkate alınarak menfaatin değerlendirilmesi ve aşı yapılıp yapılmayacağına karar verilmesi hukuka uygun olacaktır. Mahkemenin aşı yapılmasına yönelik kararı, her bir çocuk bakımından müstakil değerlendirmeye dayalı ger-

<sup>35</sup> Y. 2. HD, 22.12.2016, E. 2016/19574, K. 2016/16369; Y. 2. HD, 18.9.2017, E. 2017/3976 K. 2017/9562; Y. 2. HD, 23.6.2016, E. 2016/10706, K. 2016/12229.

<sup>36</sup> Bu noktada ana baba rızasına aykırı biçimde müdahalede bulunulması halinde, hukuka uygunluk sebepleri bakımından rıza ve üstün nitelikte özel yarar arasında bir çatışmadan olduğundan bahsedilemez. Zira doktrinde de belirtildiği üzere tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz adına yasal temsilcileri tarafından açıklanan rıza veya rıza göstermeme durumu ehliyetsizlerin iradesi ile eşdeğer değildir. Başka bir deyişle yasal temsilcilere sağlanan rıza konusundaki yetki de üstün nitelikte özel yarardan doğmaktadır. Söz konusu görüş için bkz. Oktay Özdemir, *Tıbbi Müdahale*, 1324; Özge Yücel, "Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar", *İHM* 79, S. 2 (2021): 441-483.

çekleşeceği için kanunilik şartını ihlal edecek şekilde mahkeme kararıyla aşının zorunlu hale getirilmesi şeklinde de yorumlanmamalıdır.

Çocuğa aşı yapılması hususunda değinilmesi gereken bir diğer hukuka uygunluk sebebi ise, üstün nitelikte özel yarardır. Doktrinde de belirtildiği üzere, üstün nitelikte özel yararaya dayanarak kişiye iradesi dışında müdahalede bulunulabilmesi için kişinin geçici veya sürekli biçimde ayırt etme gücünden yoksun olması gerekir<sup>37</sup>. Küçüğün aşılınması bakımından da kanaatimizce aynı kıstas geçerlidir. Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip çocuk, aşı yaptırmak istemediği takdirde üstün nitelikte özel yarar kapsamında aşının yapılması ölçüsüz bir müdahale teşkil edebilecektir<sup>38</sup>. Buna karşılık ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk bakımından ana ve babasının birlikte veya birinin aşı yaptırmama kararı, çocuğun kendi kararı ile eşdeğer değildir<sup>39</sup>. Zira ana ve babanın çocukla ilgili karar verme yetkisi mutlak değildir. Bu noktada TMK m. 346 kapsamında çocuğun menfaatinin tehlikeye düşüp düşmediği somut olayın özellikleri de dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Böyle bir değerlendirme sonucunda aşı yaptırılmasına karar verildiğinde ise, doktrinde<sup>40</sup> de vurgulandığı üzere, müstakil bir aşı kararı söz konusu olup zorunlu aşı kapsamında değerlendirilebilecek bir durum gündeme gelmez<sup>41</sup>. Bu noktada, çocuğun üstün nitelikte özel yararının dolayısıyla TMK m. 346 kapsamında menfaatinin tehlikeye düşüp düşmediğinin değerlendirilmesi bakımından İFM kararında da belirtilen ana ve babanın aşı konusunda uyuşmazlık içerisinde olması ile yaptırmamaya birlikte karar vermeleri arasında herhangi bir fark olmadığını kabul etmekteyiz.

Son olarak, üstün nitelikte kamusal yarar da çocuğa aşı yapılması bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer hukuka uygunluk sebebidir. Çocuğa aşı yapılması bakımından bu durum kendisini kamu sağlığı özelinde göstermektedir. Ancak kamu sağlığına yönelik bulaşıcı hastalıklara karşı önlem alınması, yalnız çocukları değil herkesi kapsmalıdır. Dolayısıyla kamu sağlığının TMK m. 346 kapsamında çocuğun menfaati ile ilişkisinden bahsedilemez. Kamu sağlığı için aşı konusunda başvurulabilecek yöntem zorunlu aşılama değildir. Bu durum ise, Anayasa ve İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi gereği ancak kanunla belirlenen ve öngörülebilir bir

<sup>37</sup> Yücel, "Tıbbi Müdahalelerde Onam", 458.

<sup>38</sup> Bu noktada aşı için küçüğün rızasının değil görüşünün alınacağı kabul edilirse yine üstün nitelikte özel yarar kapsamında müdahale hukuka uygun kabul edilmelidir.

<sup>39</sup> Yücel, "Tıbbi Müdahalelerde Onam", 458; Oktay Özdemir, *Tıbbi Müdahale*, s. 1324; Cansu Kaya Kızılırmak, *Velayet Hakkının Kapsamı Çerçevesinde Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarına Rızanın Esirgenmesi*, Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2020), 460-461.

<sup>40</sup> Yücel, "Tıbbi Müdahalelerde Onam", 460.

<sup>41</sup> Oysa Anayasa Mahkemesi 2013/1789 sayılı kararında çocuğa aşı yapılmasının dayanağını zorunlu aşı gibi değerlendirmiş ve kanunilik şartı eksikliği sebebiyle de ihlale hükmetmiştir. Buna karşılık, sorun TMK m. 346 kapsamında aşı yapılmamasının çocuğun menfaatinin tehlikeye düşürüp düşürmeme kapsamında değerlendirilmelidir.

düzenleme ile mümkündür<sup>42</sup>. Türk hukuku bakımından Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere böyle bir düzenleme yalnız 1593 sayılı UHK kapsamında çiçek ve kuduz aşısı bakımından söz konusudur. Dolayısıyla kamu sağlığı gerekçesine dayalı anılan hastalıklar dışındaki bulaşıcı hastalıklara ilişkin aşı zorunluluğuna kanuni dayanağın Türk hukukunda mer'î mevzuatta bulunmadığı sonucuna ulaşılabilir. Bununla birlikte, AYM'nin Aysal kararı karşı oy gerekçesinde ve doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, gerek UHK m. 64 kapsamında gerekse çiçek ve kuduz aşuları bakımından hükümlerin zamana göre objektif yorumlanması ve çiçek aşısının zorunlu kılındığı dönemde arz ettiği tehlike ile şu anki hastalıkların oluşturduğu tehlikenin karşılaştırılarak sonuca ulaşılması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>43</sup>.

#### IV. ÇOCUĞA AŞI YAPILMASI KONUSUNDA ANA BABA ANLAŞMAZLIĞI VE ANLAŞMAZLIĞIN GİDERİLMESİ

Yukarıda yer verilen İFM kararına konu olayda olduğu gibi birlikte velayet altındaki çocukla ilgili bir kararın alınmasında ana ve baba arasında uyuşmazlığın meydana geldiği haller Türk hukuku bakımından da özellik teşkil etmektedir. Zira Türk hukukunda bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, bu durum gerek Türk gerekse İsviçre kanun koyucusu bakımından esasen bir tercihtir. Zira velayetin birlikte kullanılacağı yer aldığı İMK m. 297 hükmünün 21.6.2013 değişikliğinden önceki gerekçesinde, anlaşmazlık hali için çeşitli hukuk sistemlerinin aksine düzenlemeye gerek duyulmadığı açıkça ifade edilerek meselenin İMK m. 159/2 (TMK m. 185/II) kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>44</sup>. Türk kanun koyucusu ise, her ne kadar TMK m. 336'nın gerekçesinde konuyu açıkça ifade etmese de eMK m. 263/2'de yer alan ana baba arası anlaşmazlık halinde babanın oyunu geçerli sayan kuralı tabii olarak TMK'da devam ettirmediği gibi Türk Medeni Kanunu Öntasarısı'nın 253. maddesinde yer alan ve ana baba arası uyuşmazlıkların sulh hâkimi tarafından giderilmesini öngören düzenlemeyi de kabul etmemiştir. Dolayısıyla TMK m. 336 ile İsviçre Medeni Kanunu'nda açıklanan gerekçenin benimsendiği sonucuna ulaşılabilir. Bu nedenle, ana ve baba arası anlaşmazlığın giderilmesinin, TMK m. 346 veya TMK m. 195 hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Aşağıda öncelikle ana ve baba arasında anlaşmazlık için hangi şartların aranacağı ardından söz konusu düzenlemeler kapsamında anlaşmazlığın giderilmesinin mümkün olup olmadığı ve olası sonuçları incelenmiştir.

<sup>42</sup> Yücel, "Tıbbi Müdahalelerde Onam", 473. Üstün nitelikte kamu yararının zorunlu aşı bakımından salt kanunilik kıstasına göre değerlendirilmemesi gerektiği hususunda bkz. Aslı Makaracı Başak ve Seda Öktem Çevik, *Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları*, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 376.

<sup>43</sup> AYM Kararı, Başvuru No: 2013/1789, 11.11.2015, Karşıoy Gerekçesi; Kaya Kızılırmak, *Bebeklik Dönemi*, 457-458; Makaracı Başak ve Öktem Çevik, *Bebeklik Dönemi*, 373-374.

<sup>44</sup> BBI 1974 II 72 ([https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1974/2\\_1\\_1\\_1/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1974/2_1_1_1/de), E.T.: 27.12.2021).

## A. VELAYETİN KULLANILMASINDA ANA BABA ARASI ANLAŞMAZLIK

Velayet, TMK m. 336 gereği evlilik devam ettiği sürece ana ve baba tarafından birlikte kullanılır. Benzer şekilde, ortak yaşama ara verilmesi veya ayrılık ile evliliğin boşanma ile sona erdiği hallerde de mahkemenin ortak velayete karar vermesi durumunda velayet hakkı birlikte kullanılır<sup>45</sup>. Velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılması, çocuğa yapılacak her işlemde her ikisinin de rızasını gerektirir. Bu noktada, İMK'nin<sup>46</sup> aksine, TMK'da velayetin birlikte kullanıldığı hallerde ana ve babadan birinin tek başına karar verebileceği durumlara ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde ise, sağlık bakımından tehlike oluşturan acil durumlar ile diğer ebeveynin açık veya örtülü rızasına dayanılabilen işlemler bakımından ana veya babanın velayeti tek başına kullanabileceği kabul edilmektedir<sup>47</sup>. Ana ve babanın velayetin kullanılmasına ilişkin görev dağılımı yaparak her birinin belirli konularda tek başına karar vermesine ilişkin anlaşmaları ise, velayetin bölünemezliği gereği geçerli kabul edilmemektedir<sup>48</sup>. Esasen yapılacak işlemin belirli ve sınırlı olarak tespit edildiği hallerde bu tip anlaşmalar da ebeveynlerden birinin tek başına karar vermesi konusunda diğerinin açık rızası kapsamında değerlendirilebilir. Rutin aşılar da dahil olmak üzere çocuğa aşı yapılması ise, İFM kararında da belirtildiği üzere, kanaatimizce önemli tıbbi müdahaleler kapsamında olup sağlık bakımından tehlike oluşturan acil durumlardan da olmadığı için ana ve babanın birlikte karar vermesi gerekir<sup>49</sup>.

Özetle, çocuğa aşı yapılmasına velayet hakkını haiz ana ve babanın birlikte karar vermesi gerekmektedir. Böyle bir durumda ana ve babanın farklı düşünmesi halinde ise, çalışmanın da konusunu oluşturan anlaşmazlık meydana gelir.

<sup>45</sup> Ana babanın evli olmaması halinde birlikte velayete ilişkin tartışmalar için bkz. Fulya Erlüle, *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 151 vd.

<sup>46</sup> Söz konusu durum, İMK m. 301/1bis hükmünde düzenlenmiş olup birlikte velayetin uygulandığı durumlarda çocuğa fiilen bakan tarafın tek başına alabileceği kararları düzenlemektedir.

<sup>47</sup> Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku* (Ankara: Pegem Akademi, 2020), 228; Erlüle, *Birlikte Velayet*, 144; Suat Sarı, "Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması", *LHD* 5, S. 49 (2007), 83-94; Tuba Birinci Uzun, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Birlikte Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli", *HÜHFD* 6, S. 1 (2016), 135-166.

<sup>48</sup> Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 278; Akyüz, *Çocuk*, 224. Velayetin kural olarak bölünememekte birlikte çocuğun şahsı üzerindeki velayetin çocuğun menfaati gerektirdiği hallerde ebeveynlerden birine, malları üzerindeki velayetin ise diğerine verilebileceği hususunda bkz. Selma Baktır Çetiner, *Velayet Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2000), 47-48. Çocuğun tıbbi müdahalelerine rıza göstermek konusunda diğer eşin yetkilendirilebileceği hususunda bkz. Emel Badur, *Küçüğün Sağlığının -Tıbbi Müdahalelerle- Korunması Açısından Velayetin Sınırları*, Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 60.

<sup>49</sup> Benzer yönde 3.5.2017 tarihli Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH, XII ZB 157/16, Rn. 11. Aşı yaptırmanın kişilik hakkında tasarruf kapsamında sınırlı ehliyetsizin tek başına karar verebileceği işlemlerden olduğu yönünde bkz. Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 442, p. 12a.

Dolayısıyla birlikte velayete sahip ana veya babadan birinin aşının yapılması- na karşı çıkması anlaşmazlığın meydana gelmesi için yeterlidir. Velayetin ana veya babadan biri tarafından kullanıldığı hallerde ise, velayeti kullanacak olan ebeveyn tek başına karar vereceği için anlaşmazlıktan söz edilemez. Bununla birlikte çocuğa aşı yapılması bakımından velayet hakkına sahip olmayan tarafın, TMK m. 346 kapsamında hâkimden koruma önlemi talebi gündeme gelebilir. Ayırt etme gücüne sahip çocuklarda ise, tıbbi müdahale için yasal temsilcinin rızasının da aranması gerektiğini ileri süren görüş kabul edilirse yine ana baba arası anlaşmazlık aşı yapılmasına engel olacağı için aşağıdaki hükümler kapsamında değerlendirme yapılması gerekirken; ana babanın rızasına rağmen çocuğun aşıya rıza göstermediği durumda ise, kanaatimizce aşının yapılması mümkün değildir<sup>50</sup>.

## B. ÇOCUĞA AŞI YAPILMASI KONUSUNDA ANA BABA ARASI ANLAŞMAZLIĞIN TMK M. 346 KAPSAMINDA GİDERİLMESİ

Yukarıda yer verilen İFM kararına konu olayda olduğu gibi çocuğa aşı yapılması hususunda ana ve baba arası anlaşmazlık TMK m. 346 kapsamında değerlendirilmelidir. Zira çocuğa aşı yapılmaması sonucunda çocuğun hastalığa yakalanması sebebiyle sağlığının tehlikeye atılması gündeme gelebilir. Anılan hükme göre, çocuğun korunması için uygun önlemlerin alınabilmesi için öncelikle “*çocuğun menfaati ve gelişmesinin tehlikeye düşmesi*” gerekmektedir. Bu şartta yer alan çocuğun menfaati, üstün yararı kavramı, doktrinde de belirtildiği üzere, oldukça belirsiz, göreceli ve varsayımsal bir kavramdır<sup>51</sup>. Çocuğun menfaati kavramının tanımlanması çalışmamızın konusunu aşmakla birlikte çocuğun fiziksel ve zihinsel gelişiminin bu kapsamda yer alacağı mutlakır<sup>52</sup>. Zira çocuğun sağlığının, üstün yararı bakımından adeta bir ön şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla koruyucu aşı yapılmasının çocuğun menfaati bakımından değerlendirilmesi gerekir.

Ana ve babanın velayet kapsamında küçüğün sağlığına özen gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>53</sup>. Bu yükümlülük, hastalıklara karşı tedaviye başvurulmasının yanı sıra hastalıklardan korunmaya yönelik önlemlerin alınmasını da kapsar.

<sup>50</sup> Aynı yönde bkz. Yücel, *Tıbbi Kararlarda Özerklik*, 64.

<sup>51</sup> Gülçin Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçükün Kişi Varlığının Korunması için Alınacak Önlemler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), 58; Linus, Cantieni/Blum, Stefan, *Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutz* (Zürich: Schulthess, 2016), N. 15.6.

<sup>52</sup> Çocuğun üstün yararı kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Baygın, *Soybağı*, 272; Hülya İmamoğlu, “Küçükün Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, *AÜHFD* 54, S. 2 (2005), 183-218; Serozan, *Çocuk*, 65; Yıldız Abik, *Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı*, Prof. Dr. Şener AKYOL’a Armağan (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011), 18 vd.; Kaya Kızılırmak, *Bebeklik Dönemi*, 463; İlay Çatalbaş, *Türk Medeni Kanunu’nda Velayet ve Ortak Velayet*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 52 vd. Ayrıca, yukarıda çevirisine yer verilen kararın 6.2.2 kısmında da çocuğun menfaatine ilişkin kapsamlı bir tanım yer almaktadır.

<sup>53</sup> Öztan, *Aile*, 1112; Abik, *Çocuğun Yararı*, 42.



Nitekim BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin m. 24/2-f' de de, koruyucu sağlık bakımlarına yönelik uygun önlemlerin taraf devletlerce alınması gerektiğine yer verilmiştir<sup>54</sup>. Çocukların koruyucu sağlık önlemlerinden faydalanmasının da sağlıklı yaşamak ve dolayısıyla çocuğun üstün yararı kapsamında yer aldığı kabul edilmelidir. Her ne kadar çocuğun yetiştirilmesinde devletin en az müdahalesi ve hatta ailenin korunmasından türetilen anayasal ana baba hakkı<sup>55</sup> bir gerçeklik olarak zorunluysa da ana babanın çocuk üzerinde sahip oldukları bu hak/yükümlülüğün çocuğun üstün yararına aykırı biçimde temel haklarıyla çatışması mümkün değildir. Nitekim TMK m. 346 hükmü de tam da bu noktada istisnai olarak müdahale edilmesi gereken haller için öngörülmüştür. Kanaatimizce, çocuğun aşıya karşı kontrendikasyon göstermesi vb. durumların uzman tarafından belirlenmesi dışında, kural olarak koruyucu sağlık hizmetlerine başvurulmasının çocuğun menfaatine olduğunun kabulü gerekir<sup>56</sup>. Ancak, bu kabul tek başına aşı yaptırılmadığı her durumda TMK m. 346'nın uygulanabileceği anlamına da gelmemelidir.

Hâkimin, TMK m. 346 kapsamında karar verebilmesi için çocuğun menfaatine olanın yanı sıra hâlihazırdaki durumun çocuğun menfaatini tehlikeye atıp atmadığının da belirlenmesi gerekir. Söz konusu düzenlemede tehlikeye ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktaysa da doktrinde soyut tehlikenin yeterli olmadığı, tehlikenin en azından ortaya çıkacağı ve çocuğun menfaatini zarara uğratacağının öngörülebildiği kuvvetle muhtemel bir tehlikenin varlığı aranmaktadır<sup>57</sup>. Buna karşılık tehlikenin kaynağı ise önem arz etmez. Dolayısıyla önleme

<sup>54</sup> Anılan hüküm, taraf devletlerin, çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma hakkını tanıdığını ve çocuğun bu tür tıbbi bakım ve hizmetlerden yoksun bırakılmamasını güvence altına almak için taraf devletlerin çaba göstermekle yükümlü olduğunu düzenlemektedir.

Aşılar bakımından Çocuk Hakları Komitesi ÇHS'nin m. 24/2-c'de yer alan "Temel sağlık hizmetleri çerçevesinde ve başka olanakların yanısıra, kolayca bulunabilen tekniklerin kullanılması ve besleyici yiyecekler ve temiz içme suyu sağlanması yoluyla ve çevre kirlenmesinin tehlike ve zararlarını gözönüne alarak, hastalık ve yetersiz beslenmeye karşı mücadele edilmesi" ifadesi kapsamında çocukluk hastalıklarına karşı aşılama hususunda anne babalara yol gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 15, 2013, p. 41 (<https://www.unicef.org/turkey/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>, E.T.: 3.1.2022).

<sup>55</sup> Serozan, *Çocuk*, 43-44; Fatmagül Kale Özçelik, "Hakların Çatışması ve Dengelenmesi Bağlamında Çocuklara Yönelik Zorunlu Aşı Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Bir İnceleme)", *SDÜHFD* 10, S. 2 (2020), 47-78.

<sup>56</sup> Bebeklik dönemi aşılarının çocuğun üstün yararına olduğu hususunda bkz. Kaya Kızılırmak, *Bebeklik Dönemi*, 471; Makaracı Başak ve Öktem Çevik, *Bebeklik Dönemi*, 375.

<sup>57</sup> Grassinger, *Kişi Varlığının Korunması*, 68; Baygın, *Soybağı*, 322; Akyüz, *Çocuk*, 274; İmamoğlu, "Küçükün Kişiliğinin Korunması", 196; Abik, *Çocuğun Yararı*, 59; Hilal Karaca, *Velayetin Kapsamı ve Hükümleri* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2015), 131.

Aşı özelinde muhtemel tehlikenin değerlendirilmesinde, Almanya, İtalya veya Çek Cumhuriyetinde olduğu gibi belirli aşıları yaptırmamış çocukların eğitim kurumuna kabul edilmemesi gibi yaptırımlarla karşılaşılabilecek olması çocuğun başkaca haklarının da tehlikeye düşmesine sebep olabileceğinden müdahale konusunda değerlendirme yapılırken göz önünde bulundurulmalıdır. Konuya ilişkin bilgi için bkz. Kale Özçelik, "Hakların Çatışması", 63-64.

başvurmak bakımından tehlikenin ana ve babanın kusuru, üçüncü kişinin veya velinin iktidar alanı dışındaki sebeplerden kaynaklanması arasında farklılık yoktur. Tehlikenin esaslı veya önemli olması da zorunlu değildir<sup>58</sup>. Kanaatimizce koruyucu aşıların ancak hasta olmadan önce yapılmasının fayda sağlayacağı düşünülecek olursa, aşının etkili olduğu bulaşıcı hastalığın çocuğun yaşadığı yerde görülmüş olması kuvvetle muhtemel tehlike bakımından yeterli kabul edilmelidir. Dolayısıyla hastalığın belirli bir kümelenme veya salgın boyutunda olması aranmamalıdır<sup>59</sup>. Bununla birlikte tehlikenin tespitinde, hastalığın olası etkilerine göre karar verilmelidir. Başka bir deyişle hastalığın çocuğa bulaşması ihtimalinde, meydana gelebilecek sonuçların ağırlığına göre tehlike tespit edilmelidir. Örneğin kalıcı sağlık sorunları ve hatta ölümcül olabilecek kızamık veya menenjit hastalıklarının meydana getireceği olası tehlike ile grip (influenza) virüsünün aynı şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu noktada hâkim, somut olayın özelliklerinin yanı sıra uzmanların da çocuk bakımından yapacağı değerlendirmeye göre tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğine kanaat getirmelidir.

Koruyucu önlemlere başvurulabilmesi için bir diğer şart ise, ana babanın duruma çare bulamaması veya buna güçlerinin yetmemesi gerekliliğidir. Bu şart, çocuğun yararının gözetilmesinde öncelikle ebeveynlerin sorumlu olduğunun ve bunun yerine getirilmediği/getirilemediği hallerde koruyucu önlemlere başvurulması zorunluluğunu ifade etmektedir<sup>60</sup>. Buna göre ana ve babanın birlikte karar vermesi gereken önemli tıbbi müdahale niteliğindeki aşı konusundaki anlaşmazlık, somut olaydaki hastalığa karşı tehlikenin bertaraf edilmesini engellediği için koruma önlemine başvurulabileceği anlamına gelmektedir.

Çocuğa aşı yapılmamasının çocuğun menfaatini tehlikeye attığının ve önlem alınması gerekliliğinin tespit edilmesi sonucunda hâkim koruyucu önlemlere hükmedebilir. Bu noktada, mehz İMK m. 307'nin aksine, TMK m. 346'da önlemlere ilişkin herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Hâkimin TMK m. 4 kapsamında takdir yetkisi kapsamında her tip önlemi alması mümkün olmakla birlikte bu konuda Çocuk Koruma Kanunu'nda yer alan önlemler ile İMK m. 307/III düzenlemesi yol gösterici nitelikte kullanılabilir<sup>61</sup>. Buna göre, hâkim, uz-

<sup>58</sup> Öztan, *Aile*, 1137; Grassinger, *Kişi Varlığının Korunması*, 68-69; Kaya Kızılırmak, *Bebeklik Dönemi*, 469.

<sup>59</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 10.10.2018 tarih ve 2015/4662 başvuru numaralı kararının 102. paragrafında da: "Esasında bulaşıcı hastalığa ilişkin bir vakanın görülmediği ve/veya bir salgının ya da salgın tehlikesinin olmadığı normal durumlarda derece mahkemelerinin kararlarında da belirtildiği üzere aşı takip sorumluluğunun asıl olarak anne ve babalar üzerinde olduğu kabul edilmelidir." ifadelerine yer verilmiştir. Bu açıklamadan çıkan sonuca göre salgının yanı sıra vakanın görüldüğü hallerde, sorumluluğunu yerine getirmeyen ana babalar sebebiyle müdahaleyi gerektirebilecektir. Ayrıca AYM, söz konusu paragrafta diğer aşı kararlarının aksine aşı takibi bakımından ana babanın sorumluluğuna da değinmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya Kızılırmak, *Bebeklik Dönemi*, 456-457.

<sup>60</sup> Grassinger, *Kişi Varlığının Korunması*, 100-101, İmamoğlu, "Küçüğün Kişiliğinin", 195.

<sup>61</sup> Grassinger, *Kişi Varlığının Korunması*, 111; Öztan, *Aile*, 1140-1141; Abik, *Çocuğun Yararı*, 59.

laşma sağlanması için konuyu taraflarla görüşerek öğütler verebileceği gibi, ana veya babayı uyarabilir veya aşı yaptırılmasına karşı olan veya kontrendikasyon etki gösterebilecek aşının yapılmasını isteyen ebeveynin uzmanla görüşmesine yönelik karar veya çocuğa aşı yaptırılmasına yönelik emir de verebilir. Hâkimin uygun önleme re'sen karar verme yetkisi vardır ve ana baba veya üçüncü kişilerin talepleri olmasa dahi ölçülülük ilkesine uygun şekilde koruyucu önlemleri alabilir. Zira hâkimin alacağı önlemlerin tamamı çocuğun menfaatini korumaya yönelik olduğundan ana ve babanın taleplerinden bağımsız hareket edebilmesi gerekir. Öğüt verme veya uzmanla görüşürme gibi önlemler ile sonuç alınamayan hallerde ise, ÇKK m. 5'te yer alan sağlık tedbiri kapsamında çocuğa aşı yaptırılmasına da karar verebilir<sup>62</sup>. Hatta aşı yapılmadığı müddetçe çocuğun menfaatinin tehlikeye düştüğünün tespit edildiği ve diğer önlemlerden sonuç alınmadığı takdirde ilgili sağlık tedbirine başvurulması hâkim için bir yükümlülük haline gelir.

Hâkimin, aşı yapılmaması sebebiyle alabileceği önlemler bakımından belirli temel ilkeler söz konusudur. Bu nedenle hâkimin önleme karar vermeden önce ayrıca bu ilkeler ışığında durumu değerlendirmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki olan ölçülülük ilkesine göre, öğüt verme, uyarma, talimat verme veya sağlık tedbiri<sup>63</sup> sebebiyle müdahalenin gerçekleşmesi sonucunda oluşacak olumsuz etkiler ile tehlikenin gerçekleşmesinin yaratacağı olumsuz sonuçların karşılaştırılması gerekir. Nitekim İFM kararına konu olayda da kızamık hastalığının olası yan etkileri ile aşının sebep olabileceği yan etkiler karşılaştırılarak sonuca ulaşılmıştır. Bu noktada hâkim, kararını verirken tabii olarak kanıtlanmış bilimsel verileri, uzman görüşlerini, yetkili makamların tavsiyelerini<sup>64</sup>, komplikasyon risklerini ve tıp biliminin verileri ışığında aşının potansiyel faydalarını göz önünde bulundurarak tehlike-müdahale değerlendirme yapmalıdır. Örneğin, hastalığın çocuk üzerindeki olası

<sup>62</sup> Her ne kadar Çocuk Koruma Kanunu kapsamında yer alan tedbirler bakımından çocuk mahkemeleri görevliye de Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik m. 8/10'da yer alan "*Aile mahkemeleri, bakmakta oldukları davalar ile ilgili koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verebilir.*" hükmü gereği TMK m. 346 kapsamında aile mahkemeleri de ilgili tedbirlere hükmedebilir. Nitekim uygulamada da Anayasa Mahkemesi kararına kadar ilk derece mahkemeleri söz konusu düzenleme kapsamında sağlık tedbirine hükmetmekte ve ilgili kararlar Yargıtay tarafından onanmaktaydı. Bkz. yukarıda dn. 31.

<sup>63</sup> Örneğin AYM Kararı, Başvuru No: 2014/5629, 21.11.2017, Karşıoy Gereçesinde: "... *çocukların gelişme sürecinde karşılaşılabilecekleri muhtemel hastalıklara karşı bir önlem niteliğinde olduğu dikkate alındığında, bu müdahalenin (aşı yaptırılması yolundaki mahkeme kararının) ölçülü ve orantılı olduğu görülmektedir.*" ifadelerine yer verilmiştir.

<sup>64</sup> Ülkemizde de Sağlık Bakanlığı tarafından Genişletilmiş Bağışıklama Programı (GBP) uygulanmakta olup program kapsamında boğmaca, difteri, tetanos, kızamık, kızamıkçık, kabakulak, tüberküloz, çocuk felci, suçiçeği, hepatit A, hepatit B ile Streptococcus pneumoniae ve Haemophilus influenzae tip b'ye bağlı invaziv hastalıkları ve bunlara bağlı ölümleri azaltarak bu hastalıkları kontrol altına almak ve hatta tamamen ortadan kaldırmak amacıyla hassas yaş gruplarına enfeksiyona yakalanmalarından önce ulaşip bağışıklanmalarını sağlamak için aşılama hizmeti gerçekleştirilmektedir. GBP Genelgesi için bkz. <https://dosyasb.saglik.gov.tr/Ekleri/1117.gbpgenelge2008pdf.pdf?0> (E.T.: 04.01.2022).

etkilerinin ağırlığı da göz önünde bulundurularak yeni geliştirilmiş ve uzun süreli etkileri bilimsel olarak tespit edilmemiş aşların uygulanmasına yönelik müdahale, ölçülülük ilkesini ihlal edebilir. Dolayısıyla tehlikenin ağırlığına göre aşı tedbirine başvurma ölçülülüğü tespit edilmelidir. Ayrıca yine bu ilke çerçevesinde tehlikeyi kaldıracak nitelikteki önlemlere hafiften ağıra doğru başvurulmalıdır<sup>65</sup>.

Koruyucu önlem bakımından bir diğer husus ise, tehlikenin ortadan kaldırılabilmesi için hâkimin müdahalesinin tali ve tamamlayıcı nitelikte olmasıdır<sup>66</sup>. Buna göre, tehlikenin ortadan kaldırılması velilerin sorumluluğunda olduğu için öncelikle ana ve babanın bunu sağlaması gerekir. Dolayısıyla hâkimin müdahalesi, tehlikenin bertaraf edilmesi bakımından kaçınılmaz olduğu takdirde şart sağlanmış olur. Çocuğa aşı yaptırılmasını önemli tıbbi müdahale kapsamında değerlendirdiğimiz için birlikte velayet hakkını haiz ana veya babanın aşı yapılmasına tek başına karar vermesi mümkün olmadığından anlaşmazlık sonucu mevcut durum, çocuğun üstün yararını da tehlikeye atıyorsa hâkim müdahalesi kaçınılmaz niteliktedir. Bu hâl, önleme karar verilmediği takdirde çocuğun üstün yararı bakımından tehlikenin devam edeceği şeklinde de anlaşılmalıdır. Buna göre aşı ile bağışıklık sağlanan hastalığın tedavi imkânının olması ve bunun çocuk bakımından hastalığın meydana getireceği olası tehlikeyle de karşılaştırılması gerekir. Böyle bir değerlendirme neticesinde, örneğin hastalığın tedavi imkanı mevcut ve müdahale edilecek çocuk bakımından hastalığın olası sonuçlarına karşı tedavinin de aşı kadar etki edeceği öngörülüyorsa artık hâkim müdahalesinin talilik şartını sağladığından bahsedilemez.

Koruyucu önlemler bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, ana ve baba anlaşmazlığı bakımından hâkimin ana veya babanın kararından birine göre hareket etmek zorunda olup olmadığıdır. Örneğin bulaşıcı hastalığa karşı üç farklı aşının söz konusu olduğu ve ebeveynlerin farklı aşları yaptırmak istemesi sebebiyle uyuşmazlık yaşandığı bir durumda, hâkimin ana ve babanın her ikisinin de belirlemediği üçüncü aşının çocuğun yararına olduğunu tespit ederek sağlık tedbiri uygulaması mümkün müdür? Kanaatimizce bu soru olumsuz cevaplandırılmalıdır. Zira ana ve babanın yaptırmak istediği aşlar çocuğun menfaatini tehlikeye atmadıkça artık hâkimin bu hususta üçüncü bir aşya karar vermesi uygun değildir. Böyle bir durumda hâkimin, aşı yapılmaması sebebiyle tehlike varsa bir an önce bu tehlikenin bertaraf edilmesi için anlaşmazlığı sonuçlandırmaya yönelik önlemlere başvurusu gerekir. Bununla birlikte, ana baba anlaşmazlığı nedeniyle çocuğa hiçbir aşı yapılamıyor ve çocuğun menfaati yine tehlikeye düşüyorsa artık hâkimin çocuğun üstün yararı kapsamında söz konusu

<sup>65</sup> Grassinger, *Kişî Varlığının Korunması*, 103; Baygın, *Soybağı*, 320; İmamoğlu, "Küçüğün Kişiliğinin", 195; Abik, *Çocuğun Yararı*, 10-11.

<sup>66</sup> Grassinger, *Kişî Varlığının Korunması*, 100, 102 vd.; Abik, *Çocuğun Yararı*, 10; Öztan, *Aile*, 1138; İmamoğlu, "Küçüğün Kişiliğinin", 195. Her ne kadar bu iki ilke ayrı başlıklar altında değerlendirilse de doktrinde Grassinger'in de belirttiği üzere ilkelerin birbiriyle çakışması sebebiyle iki ilke bir arada değerlendirilmiştir. Bkz. Grassinger, *Kişî Varlığının Korunması*, 100 dn. 377.

iki aşından uzman görüşlerini de dikkate alarak en uygun olanının yapılmasına karar vermesi mümkündür.

Özetle, Türk hukukunda ana baba uyuşmazlığı nedeniyle çocuğa aşı yapılamaması durumunda TMK m. 346 kapsamında somut olayın özellikleri değerlendirilerek yapılacak inceleme sonucunda aşı yaptırmamanın çocuğun menfaatinin tehlikeye attığı sonucu kabul edilebilecektir. Bu sonuca ulaşılabilen hallerde hâkim tarafından alınacak koruyucu önlemlerin (özellikle aşı yaptırılmasına yönelik emrin) Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlara aykırılığından da söz edilemez. Zira anılan kararlar aşının esasen zorunlu nitelikte olup olmadığına ilişkindir. Burada ise, her ne kadar sağlık tedbiri kapsamında ana veya baba rızasının aksine aşı yapılması gündeme gelse de bu durum genel nitelikte olmayıp ancak aşı yaptırılmamasının çocuğun somut olaydaki durumunun değerlendirilmesiyle menfaatinin tehlikeye atıldığı tespit edildiği hallerde söz konusudur. Bununla birlikte hukuk politikası olarak Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği şartları sağlayan kanuni bir düzenleme ile uzun yıllar sonucunda faydaları bilimsel verilere dayalı kanıtlanmış aşilar bakımından zorunluluğun getirilmesi bu hususta birçok tartışmayı bertaraf edebilecek bir yöntem olacaktır.

### **C. ÇOCUĞA AŞI YAPILMASI KONUSUNDA ANA BABA ARASI ANLAŞMAZLIĞIN TMK M. 195 KAPSAMINDA GİDERİLMESİ**

Eşlerin çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermeleri evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerdendir (TMK m. 185/II). Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi veya eşlerin birliğe ilişkin önemli bir konuda anlaşmazlığa düşmeleri durumuna karşı kanun koyucu TMK m. 195 hükmünde eşlerin ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini (arabuluculuğunu) isteyebileceğini düzenlemiştir<sup>67</sup>. Ancak bu düzenleme birliğe ilişkin önemli konularla ilgili uygulanabilir. Kanaatimizce çocuğa aşı yapılması, çocukların bakımıyla ilgili önemli tıbbi müdahale niteliğinde olduğundan eşlerin yaşadığı anlaşmazlık da TMK m. 195 kapsamında mütalaa edilebilir<sup>68</sup>. Buna göre eşlerden biri veya ikisinin başvurusu sonucunda hâkimin müdahalesi gündeme gelir.

<sup>67</sup> Eşlerin yükümlülüklerini ihlal bakımından kusur şartı aranması gerektiği hususunda bkz. Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt* (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2017), 134.

<sup>68</sup> Söz konusu durum, gerek çocukların menfaatinin korunmasında ihmal kapsamında evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlali gerekse evlilik birliğine ilişkin önemli konuda uyuşmazlık şeklinde TMK m. 195'te düzenlenen alternatif iki durumu da sağlamaktadır. Çocukların menfaatinin korunmasında ihmalin de evlilik birliğinden doğan yükümlülük ihlali olduğuna ilişkin bkz. Öztan, *Aile*, 332. Velayetin kullanılmasının evlilik birliğine ilişkin bir konu olarak değerlendirilemeyeceği ve boşanma halinde dahi birlikte velayete hükmedilebilmesinin evlilik birliğinden kaynaklanan bir kurum olmadığı görüşü için bkz. Badur, *Velayetin Sınırları*, 61. Bir eşin diğerinin veya çocuklarının sağlık sorunlarına duyarsızlığının hükmün kapsamında değerlendirilebileceği yönünde bkz. Kurnu Kılıçoğlu Yılmaz, "Evlilik Birliğinin Korunması", *TBB Dergisi*, 120 (2015), 423-464. Ana baba arası anlaşmazlıkların TMK m. 195 kapsamında çözümlenebileceğine ilişkin bkz. Abik, *Çocuğun Yararı*, 29; Karaca, *Velayet*, 62.

Türk Medeni Kanunu'nun 195. maddesi kapsamında önlem alınabilmesi için, TMK m. 346'dan farklı olarak, çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesine ilişkin bir inceleme gerekmez. Dolayısıyla eşlerden birinin bu yönde talepte bulunması ve hâkimin bunun gerektiğine yönelik takdiriyle önleme hükmedilebilir. Buna karşılık, TMK m. 346'nın aksine, hâkim TMK m. 195 kapsamında re'sen harekete geçemeyeceği gibi eşleri ancak ortak rızaları varsa uzmana yönlendirilebilir. Bunun yanı sıra, TMK m. 195 kapsamında müdahale için eşlerin evlilik birliğinin de devam ediyor olması gerekir. Dolayısıyla birlikte velayetin devam ettiği ancak birlikte yaşamaya ara verilmiş ya da ayrılık veya boşanma davası açılmış hallerde de talep halinde aşı yaptırılması hususunda karar verilebilmelidir<sup>69</sup>. Her ne kadar boşanma veya ayrılık davasının açıldığı hallerde TMK m. 169 kapsamında hâkimin davanın devamı süresince gerekli olan geçici önlemleri re'sen alabileceği düzenlenmişse de kanaatimizce, söz konusu önlemler yalnızca davanın devamına hasredilmiş geçici nitelikteki önlemlere ilişkin olduğundan tarafların aşı konusunda uyumsuzluğa düştüğü bir durumda hâkimin re'sen müdahalesinin değil ancak tarafların taleplerine bağlı biçimde dolayısıyla yine TMK m. 195 çerçevesinde hareket ederek karar vermesi uygun olur<sup>70</sup>. Zira aşı hususundaki karar kalıcı nitelikte bir önlem teşkil ettiği için TMK m. 169 kapsamında değerlendirilmemelidir.

Hâkimin TMK m. 195 çerçevesinde ne tip önlemler alabileceği hükümde belirli ölçüde açıklanmıştır. Düzenlemeye göre hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyararak uzlaştırmaya çalışacağı gibi rızaları halinde uzman kişilerin yardımını da isteyebilir. Bunlara ek olarak, eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemlerin alınabileceği de düzenlenerek talebe bağlı biçimde hâkimin yetkisi genişletilmiştir. Ancak hükümde yer alan "*kanunda öngörülen önlem*" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Doktrinde bir görüş söz konusu önlemleri, dar ve geniş olmak üzere iki şekilde tasnif etmiştir. Bunlardan TMK m. 195-200 arasında düzenlenenler dar anlamda, TMK'nın genelinde (TMK 206, 217, 270) yer alanların ise geniş anlamda önlemleri oluşturduğu belirtilmektedir<sup>71</sup>. Kanaatimizce, hükmün gerekçesinde de "*kanunlarda öngörü-*

<sup>69</sup> Velayetin eşlerden yalnız birinde olduğu hallerde ise, diğer eş ancak TMK m. 346 kapsamında çocuğun menfaatinin tehlikeye düştüğüne dayanarak koruma önlemi talep edebilir.

<sup>70</sup> Hâkimin, dava esnasında velayeti eşlerden birine verdiği ve bu eşin de aşı yaptırmadığı bir durumda ise, böyle bir sorun gündeme gelmeyecek olup ancak tehlike durumu söz konusuysa TMK m. 346 kapsamında değerlendirme yapılabilir. TMK m. 169 kapsamında velayetin eşlerden birine verilebileceği hususunda bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 153; Abik, *Çocuğun Yararı*, 31; Kılıçoğlu Yılmaz, "Evlilik", 441. Velayetin kaldırılmasını gerektiren bir sebep olmadıkça velayetin her iki eş yönünden devam edeceği hususunda bkz. Mustafa Dural; Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 136, p. 713; Akıntürk ve Ateş Karaman, *Aile*, 286.

<sup>71</sup> Öztan, *Aile*, 342. Yalnız TMK'da yer alan önlemlerin uygulanabileceği hususunda bkz. Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile*, 192 p. 947; Mustafa Alper Gümüş, *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 143.

len” ifadesiyle belirtildiği üzere, önlemlerin TMK dışında da çeşitli kanunlarda düzenlenmesi mümkün olduğundan 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu kapsamındaki önlemlere de eşlerin talebi halinde hükmedebilmelidir<sup>72</sup>. Esasen hâkimin TMK m. 195 kapsamında kural olarak eşlerin yerine bağlayıcı ve ifa hükmü içeren bir karar vermesi mümkün değildir<sup>73</sup>. Ancak söz konusu düzenlemenin üçüncü fıkrasında eşlerden yalnız birinin istemi ile kanunlarda yer alan önlemlere başvurulabileceği açıkça hüküm altına alındığından kanaatimizce eşlerden birinin aşı yaptırılması talebi de kabul edilebilir. Başka bir deyişle ÇKK m. 5/1/d çerçevesinde çocuğa sağlık tedbiri uygulanması gündeme gelebilir. Ancak bu sonucun, aşı yaptırılmasının ÇKK'da yer alan sağlık tedbiri kapsamında yer aldığı ön kabulüne dayandığı ve TMK m. 195 gereği sadece evliliğin devam ettiği hallerde uygulanabileceği de özellikle belirtilmelidir. Buna ek olarak çocuğa aşı yapılmamasının veya süregelen anlaşmazlığın çocuğun menfaatini tehlikeye attığı durumlarda hâkimin aynı sonuca TMK m. 346 kapsamında re'sen harekete geçerek de ulaşabileceğinin de altı çizilmelidir.

Hâkimin yukarıda belirtilen önlemler arasında bir sıralama yapmak zorunda olup olmadığı da esasen eşlerin talebine bağlıdır. Örneğin, eş yalnız genel önlemleri dolayısıyla uyarı ve uzlaştırmayı talep etmişse artık TMK m. 346 saklı kalmak kaydıyla başkaca herhangi bir önleme hükmedilemez. Buna karşılık eşlerden biri doğrudan sağlık tedbirine hükmedilmesini talep etmişse, hâkimin öncelikle eşleri uzlaştırmak için çaba harcıyıp ancak sonuç alamadığı takdirde eşlerden birinin de talebi varsa TMK m. 195/III kapsamında sağlık tedbirine hükmedebilir. Gerek en uygun müdahalenin gerçekleşmesi adına belirtilen bu sıralamanın izlenmesi gerekse TMK m. 195/II ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 6/1/a dolayısıyla genel önlem olarak uyarı ve uzlaştırmadan hâkim tarafından öncelikle yerine getirilmesi gerekir<sup>74</sup>. Uzlaştırma çabalarının yararsız veya uygun ve etkin bir çözüm sağlamayacağı öngörülüyorsa bu tedbirlere başvurulmaması da mümkündür.

<sup>72</sup> Benzer yönde bkz. Kılıçoğlu, *Aile*, 264. Hatta çocuğun lehine olan önlemler bakımından talep şartının aranmayacağını ileri süren görüş kapsamında söz konusu önlemlere re'sen hükmedilebileceği sonucuna dahi ulaşılabilir. Bkz. Öztan, *Aile*, 340.

İsviçre hukuku bakımından İMK dışındaki evliliği koruyucu düzenlemelere başvurulabileceği hususunda bkz. Tarkan, Göksu ve Adrian, Heberlein, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz: Art. 1-456 ZGB PartG*, Peter Breitschmid ve Alexandra, Jungo, editör, (Zürich: Schulthess Verlag, 2016), ZGB Art. 172, N. 3.

<sup>73</sup> Baygın, *Soybağı*, 263, Birinci Uzun, “Birlikte Velayet”, 142.

<sup>74</sup> Öztan, *Aile*, 339 özellikle dn. 1363.

## V. ÇOCUĞA AŞI YAPILMASI KONUSUNDA ANA BABA ARASI ANLAŞMAZLIĞA İLİŞKİN ÖZEL BİR DÜZENLEMENİN GEREKİP GEREKMEDİĞİ

Çalışmanın girişinde de belirtildiği üzere çocukla ilgili verilecek kararda ana baba arası anlaşmazlığa ilişkin Alman Medeni Kanunu'nda (BGB §1628) anlaşmazlığı gidermeye yönelik hâkimin karar verme yetkisini taraflardan birine devredebileceğine dair özel düzenleme yer almaktadır. Türk-İsviçre hukukunda böyle bir düzenlemeye özellikle yer verilmemişse de düzenleme yokluğunun herhangi bir boşluğa neden olup olmadığı da değerlendirilmesinde yarar vardır. Bu kısma kadar da açıklandığı üzere TMK m. 195 ve 346 hükmü esasen çocukla ilgili ana baba arası anlaşmazlığı da kapsar nitelikte hâkimin çözüm sunmasını sağlamakla birlikte, TMK m. 195'in uygulanabilmesi için evlilik birliğinin devam ediyor olması gerekirken TMK m. 346 için ise, anlaşmazlık sebebiyle karar verilemeyen durumun çocuğun üstün yararı bakımından tehlike oluşturması gerekir. Bu şartların sağlanmadığı, örneğin çocuk bakımından tehlikenin gerçekleşmediği veya bununla birlikte ana babanın evli olmadığı fakat birlikte velayete hükmedilen hallerde sorunun halli bakımından Türk hukukunda başvurulabilecek herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu durum aşı bakımından doğrudan bir boşluğa sebep olmamaktadır. Zira gerek TMK m. 195'te olduğu gibi eşlerin talepte bulunmadığı veya bulunamayacağı gerekse TMK m. 346 kapsamında çocuğun menfaati bakımından tehlikenin kabul edilemeyeceği durumlarda dahi hâkimin müdahalesi, ailenin veya çocuğun korunmasına değil zarar görmesine sebep olabilecek niteliktedir. Buna karşılık, hem tehlike arz etmeyen hem de çocuk bakımından önem arz eden kararlarda ana baba arası uyuma ebeveynlerin tüm çabalarına rağmen sağlanamıyorsa artık meselenin Alman hukukundaki gibi mahkeme kanalıyla çözümlenmesinin veya ülkemizde son yıllarda hızlı bir gelişme gösteren arabuluculuk kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindeyiz<sup>75</sup>.

### SONUÇ

Çalışmada yer verilen İsviçre Federal Mahkemesi'nin 16 Haziran 2020 tarihli kararında çocukların birlikte velayetine sahip ana ve babanın aşı yapturtmaları hususunda anlaşmazlık durumu değerlendirilmiştir. Mahkeme, çocuğa aşı yaptırılması konusundaki anlaşmazlığı İMK m. 307 kapsamında incelemiştir. Kanton Mahkemesi'nin incelemesini kızamık aşısıyla sınırlı tutmasına dayanarak Federal Mahkeme de incelemesini her ne kadar kızamık aşısı kapsamında yapsa da Federal Sağlık Dairesi'nin önerdiği aşılardan kılavuz niteliğinde olacağını da vurgulamıştır. Mahkeme, aşı yaptırmamanın çocuğun menfaatini tehlikeye

<sup>75</sup> Çocuğun adı bakımından mahkemenin, ana babadan birine kararı bırakması yönünde bkz. Se-rozan, *Çocuk*, 108 p. 1. Çocuğun adı bakımından anlaşmazlık halinde iki ismin birlikte koyulması gerektiği yönünde bkz. Öztan, *Aile*, 1111.



atan bir durum olduğuna karar vermiş ve bunun değerlendirmesinde hastalığın salgın boyutunda olmasının önemli olmadığını belirtmiştir. Çalışmada, Federal Mahkeme'nin anılan kararı sonuçları bakımından yerinde bulunmuştur. Bununla birlikte, Mahkeme'nin ana ve babanın aşı yaptırmamaya birlikte karar verdikleri duruma saygı gösterilmesi gerektiğine ilişkin gerekçesi ise, İMK m. 307 kapsamında çocuğun menfaatinin tehlikeye atıldığına belirlenmesinde önem arz etmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Konunun Türk hukuku bakımından değerlendirmesi kapsamında ise, aşının önemli tıbbi müdahale niteliğinde olduğu ve birlikte velayetin söz konusu olduğu durumlarda aşı yaptırılmasına ana ve babanın birlikte karar vermesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ayırt etme gücünü haiz çocuklar bakımından da mevzuat gereği ana ve babanın rızasının da aranması gerektiği belirlenerek anlaşmazlık halinin söz konusu çocuklarda da aşıya engel olacağı tespit edilmiştir. Çalışmada, ana ve baba arası anlaşmazlığın giderilmesine yönelik Türk Medeni Kanunu'nun 195. ve 346. maddeleri kapsamında değerlendirme yapılmıştır. Bu noktada, aşı yaptırmamanın, Federal Mahkeme kararında olduğu gibi, TMK m. 346 çerçevesinde somut olayın özelliklerine göre değerlendirmeyi gerektirdiği ve kural olarak çocuğun menfaatinin tehlikeye atabilecek bir durum olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Özellikle Sağlık Bakanlığı tarafından önerilen aşılardan aşının yaptırılmadığı durumda karşılaşılabilecek riskler ile aşı sonucunda meydana gelebilecek olası yan etkilerin değerlendirilerek sonuca ulaşılmasının yerinde olacağı belirlenmiştir. Evlilik birliğinin ve birlikte velayetin devam ettiği hallerde ise, boşanma ve ayrılık davasının açıldığı haller de dahil olmak üzere, TMK m. 195 kapsamında anlaşmazlığın giderilmesi için mahkemeye başvurulabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Her iki hüküm kapsamında da mahkemenin Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesine dayanarak sağlık tedbirine hükmedebileceği belirlenmiştir. Son olarak, Türk hukukunda ana baba anlaşmazlığına yönelik aşı bakımından özel bir düzenlemenin gerekmediği ancak çocuğun menfaatinin tehlikeye atmayan ancak çocuk bakımından önem arz eden bir kararda ana baba anlaşmazlığının karar alınmasına engel olması sebebiyle mahkemenin, kararı ana babadan birine bırakabileceği özel bir düzenlemenin veya arabuluculuk kapsamında değerlendirilebileceği önerisinde bulunulmuştur.

## KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız. *Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı*. Prof. Dr. Şener AKYOL'a Armağan. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011.
- Akıntürk, Turgut ve Ateş Karaman, Derya. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2017.
- Akyüz, Emine. *Çocuk Hukuku*. Ankara: Pegem Akademi, 2020.
- Arat, Ayşe, "Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hastanın Rızası". *EÜHFD* I, S. 2 (2006): 225-238.
- Badur, Emel. *Küçüğün Sağlığının -Tıbbi Müdahalelerle- Korunması Açısından Velayetin Sınırları*. Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Badur, Emel. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Baktır Çetiner, Selma. *Velayet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Baygın, Cem. *Soybağı Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Birinci Uzun, Tuba. "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Birlikte Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli". *HÜHFD* 6, S. 1 (2016): 135-166.
- Breitschmid, Peter und Jungo, Alexandra, (Editör). *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz: Art. 1-456 ZGB PartG*. Zürich: Schulthess Verlag, 2016.
- Bruttin, Carole und Michel, Margot, "Nr. 70 Bundesgericht, II zivilrechtliche Abteilung, Entscheid vom 16. Juni 2020 i.S. A. gegen B. - 5A\_789/2019". *FamPra.ch*, 4, (2020): 1106-1125.
- Cantieni, Linus und Stefan, Blum. *Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutz*. Zürich: Schulthess, 2016.
- Çatalbaş, İlay. *Türk Medeni Kanunu'nda Velayet ve Ortak Velayet*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Dural, Mustafa ve Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Erlüle, Fulya. *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Gerber, Kaspar ve Gerber, Simone, "Uneinigkeit gemeinsam sorgeberechtigter Eltern über die Masernimpfung für Kinder (BGer-Urteil 5A\_789/2019 vom 16. Juni 2020)". *Pflegerecht* (2020): 194-204.
- Grassinger, Gülçin Elçin. *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması için Alınacak Önlemler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

- İmamoğlu, Hülya, “Küçüğün Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, *AÜHFD* 54, S. 2 (2005): 183-218.
- Kale Özçelik, Fatmagül, “Hakların Çatışması ve Dengelenmesi Bağlamında Çocuklara Yönelik Zorunlu Aşı Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Bir İnceleme)”, *SDÜHFD* 10, S. 2 (2020): 47-78.
- Karaca, Hilal. *Velayetin Kapsamı ve Hükümleri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2015.
- Karakaş, Fatma Tülay. *Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Kaya Kızılırmak, Cansu. *Velayet Hakkının Kapsamı Çerçevesinde Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarına Rızanın Esirgenmesi* Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru, “Evlilik Birliğinin Korunması”. *TBB Dergisi* 120 (2015): 423-464.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Landolt, Hardy ve Herzog-Zwitter, Iris. “Masernimpfobligatorium in Zeiten der Corona Pandemie”, *Jusletter*, (31 August 2020).
- Makaracı Başak, Aslı ve Öktem Çevik, Seda. *Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları*. Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Oktay Özdemir, Saibe. *Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği*. Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Sarı, Suat, “Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması”. *LHD* 5, S. 49 (2007): 83-94.
- Serozan Rona. *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Şenocak, Zarife, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, *AÜHFD* 50, S. 4 (2001): 65-80.
- Yücel, Özge, “Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yazar”, *İHM* 79, S. 2 (2021): 441-483.
- Yücel, Özge. *Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.



# TÜRK VE İSVİÇRE ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA ORGAN KAVRAMI<sup>(\*)</sup>

Nihan PALTA<sup>(\*\*)</sup>

## Öz

Türk Ticaret Kanunu m. 125 uyarınca tüzel kişilik tanınmış olan anonim şirketler, organlarının hukukun oluşmasıyla fiil ehliyetlerini kazanmakta ve Türk Medeni Kanunu m. 50/1 (İsviçre Medeni Kanunu m. 55/1) uyarınca iradelerini organları aracılığıyla açıklamaktadır. Tüzel kişinin bir parçası olan organın tüzel kişiyi temsil etmesi, borçlar hukuku anlamında bir temsil ilişkisine değil, kaynağını kanundan alan bir ilişkiye ve organ sıfatına bağlı bir yetkiye dayanmaktadır. TMK m. 50/2 (İMK m. 55/2) uyarınca organların tüzel kişiyi temsilen gerçekleştirdiği hukuki işlemler ile görevleri esnasında işledikleri hukuka aykırı fiillerinin tüzel kişiyi bağlaması nedeniyle organ kavramının kapsamının netleştirilmesi, anonim şirketlerde sorumluluk hukuku açısından önem arz eden bir husustur.

Organ kavramının Türk ve İsviçre öğretisinde geniş olarak yorumlanması neticesinde kavramın kapsamına salt kanun, esas sözleşme veya iç yönerge gibi şirket içi düzenlemelerle teşkil eden şekli organlar (*organe formel*) değil böylesi bir düzenleme ile yetkilendirilmiş olmamasına rağmen fiilen organ görevi icra eden kişi(ler) de dahil edilmektedir. Bir diğer deyişle şeklen yetkilendirilmemiş olmasına rağmen yönetim ve temsil ile görevli organlara özgü işlevleri bağımsız olarak ve kendi sorumluluğu altında kullanarak şirketin iradesinin oluşumuna katılan kimseler fiili organ (*organe de fait*) olarak nitelendirilmektedir. Bunun yanında İsviçre öğretisinde ve İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında harici şartlar esas alınarak görünüşe güven ilkesi uyarınca organ sıfatının kazanılabileceği ileri sürülmüş olup, bu kavram, dış görünüşte organ izlenimi veren organ (*Organstellung durch/Infolge Kundgabe veya organe apparent*) olarak adlandırılmıştır. İsviçre doktrininde dış görünüşte organ izlenimi veren organ, kavramsal anlamda yaygın olarak kabul edilmekle birlikte işlem ve fiillerinin tüzel kişiye zafede edilmesi hususu halen tartışmalıdır.

## Anahtar Kelimeler

Anonim Şirket, Organ, Fiili Organ, Yönetim, Güven Prensipli.

## THE CONCEPT OF ORGAN UNDER TURKISH AND SWISS JOINT STOCK COMPANY LAW

## Abstract

Joint stock companies, having legal personalities granted under Article 125 of the Turkish Commercial Code, acquire their legal capacity once their organs are legally established and express their will through their organs in accordance with Article 50/1 Turkish Civil Code (Article 55/1 of the Swiss Civil Code). Representation of the legal entity by the organ, which makes a part of such legal entity, is not based on a representation relationship in the sense of the law of obligations, but on a relationship that stems from the law and the authority attributed to the capacity of organ. Since legal transactions carried out by the organs on behalf of the legal entity as well as unlawful acts committed by them

<sup>(\*)</sup> Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 07.03.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 01.05.2022,  
DOI No: 10.54704/akdhfd.1083741.

<sup>(\*\*)</sup> İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi / İstanbul-Türkiye,  
İstanbul Barosuna Kayıtlı Avukat  
E-posta: nihanpalta@gmail.com,  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7227-0670>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

during the performance of their duties bind the legal entity under Article 50/2 of the TCC (Art. 55/2 of the CC), it is noteworthy to clarify the scope of the concept of organ in terms of liability law in joint stock companies.

As the concept of organ is broadly interpreted under Turkish and Swiss Law, the scope of the concept includes not only *de jure* organs (*organe formel*) established based on law, articles of association or internal company regulations such as internal directive but also person(s) acting as an organ despite not being authorized under such a regulation. In other words, persons performing management and representation functions reserved to organs, irrespective as to whether they have been formally appointed to do so, via participating in the formation of the company's will, independently and under their own responsibility are defined as *de facto* organs (*organe de fait*). In addition, under Swiss doctrine and case law of the Swiss Federal Court, it is asserted that capacity of organ can be acquired based on external conditions pursuant to theory of trust and such concept is called as apparent organ (*Organstellung durch/Infolge Kundgabe/organe apparent*). While this concept has been widely accepted among the Swiss scholars, binding effect of the transactions and actions performed by such organ remains still controversial.

### Keywords

Joint Stock Company, Organ, De facto Organ, Management, Theory of Trust.

### Extended Abstract

Under Turkish and Swiss Law, legal personalities acquire their capacity to act once their mandatory organs are legally established. This means that they can start to exercise rights and assume obligations once legal formalities to establish their organs are duly completed. Around the globe, almost all general statutory schemes in joint stock companies consist of two mandatory organs: the general assembly of shareholders, the decision-making organ of the shareholders, and the board of directors, management and representation organ of the company.

Organization models in joint stock companies which have been evolved over time depends on allocation of powers between shareholders and directors. The very ancient theory which is the omnipotence theory (*théorie de l'omnipotence*) is the organization model whereby the general assembly is accepted as the permanent and supreme decision-making organ prevailing on the board of directors, in other words, the board of directors is subordinated to the general assembly. A second theory which represents the other extreme approach is the leadership theory (*Führerprinzip*) entrusting decision-making power to the board of directors. The prevailing theory applied in organization models is based on the principle of parity (*Principe de parité*) currently applied under Turkish and Swiss Law. This system rejects hierarchical relationship between the general assembly and the board of directors and recognizes separation of powers between them. The system has also put some *checks and balances* in place, stating that the members of the board of directors have inalienable and untransferable powers and duties provided under Turkish Commercial Code and the Swiss Code of Obligations.

It is established that the organs make part of the legal person and are not to be viewed as third parties, such as employees or auxiliaries of the company or legal representants in the sense of Code of Obligations. Turkish and Swiss Civil Law provide that corporate bodies act through their official organs whose legal acts bind the legal entity itself. Although the concept of organ is not defined neither under Turkish Law nor under Swiss Law, such is interpreted in broad sense under case law and as per doctrine. An organ, in broad sense, includes units performing decision-making, management, audit, supervision and representation functions performed on behalf of the company. Therefore, not only the legal or statutory organs which are nominated according to the legal or statutory procedures (*organe formel* or *de jure* director) but also the persons who effectively exercise the function of an organ and play a decisive role in forming the company's will should be considered as an organ of the company even though they are not formally appointed (*organe de fait* or *de facto* directors).

The category of *de jure* directors includes the persons who are given the authority as provided under the law, the articles of association or the internal directive of the company. In this respect, board members validly elected by the general assembly and third parties whose management duties (together with the representation powers or not) are validly delegated, fall under the scope of *de jure* directors. The crucial point here is that the person to whom the authority has been delegated should be able to take decisions and initiatives on independent basis within the delegated field of activity and therefore to express the company's will.

The second category of organ is called as material, functional or *de facto* organs who, without holding a position of a formal organ, act and exercise influence in forming the company's will with independent and autonomous

decision-making power exercised under its own responsibility. Swiss Federal Court requires two additional conditions to be met to categorize a person as a *de facto* director: Long-lasting exercise of powers in the management of the company and determinative influence on the formation of the will of the legal person resulting from the typical position of an organ (*position typique d'organe*). The Court has further narrowed down the definition of *de facto* organ by excluding the persons involved in day-to-day management of the company and applying to the persons only involved in the “highest management of the company”, positioned at the upper hierarchical level of the company.

There remains a third category (considered as a variation of *de facto* organ by the Swiss Federal Court) of so-called “apparent organ” (*organe apparent* or *Organstellung durch/Infolge Kundgabe*) whose existence is based on the created appearance. As adopted by the Federal Court, an organ function may be assumed when third parties can, in good faith, infer such a position from the external circumstances, that is where appearances create the impression that the person in question has an organ function. In other words, the concept of apparent organ stems from the theory of trust (*théorie de la confiance*). While this concept has been widely accepted among the Swiss scholars, binding effect of the transactions and actions performed by such organ remains still controversial. It is noteworthy to examine this concept under “positive” and “negative” effect of the register of commerce against third parties.

## GİRİŞ

Başlangıç noktası XV. yüzyıla dayanan<sup>1</sup> ancak bugünkü anlamıyla XVI. yüzyılın sonundan itibaren ortaya çıkmış olan anonim ortaklıklar<sup>2</sup>, Türk hukuk sistemine ilk olarak 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret ile girmiştir<sup>3</sup>. Ekonomik hayatta önemli rol oynayan anonim ortaklıklar, kendi başlarına ekonomik bir katma değer yaratma olanağına sahip olmayan dağınık ve küçük sermayeleri bir araya getirerek bunlara nemalandırma imkânı veren ve bu sermayeleri farklı sektörlerde yatırım yapılması amacıyla büyük teşebbüs ve yatırımcıların emrine kanalize eden ortaklıklar olarak nitelendirilir<sup>4</sup>.

Tüzel kişiler, TMK m. 49 (İMK m. 54) uyarınca kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanmakta ve iradelerini

<sup>1</sup> Devlete ilk kez para ikaz edenlerin bir tüzel kişilik oluşturduğu ve 1407 yılında Cenova’da kurulmuş ola *San Giorgio* ortaklığı, ilk anonim ortaklık türü olarak kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Reha Poroy; Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 310-316, N. 442-464.

<sup>2</sup> Anonim ortaklıkların kökenleri, yeni keşfedilen ülkelerle ticaret yapmak amacıyla kurulmuş olan büyük kumpanyalara dayanmaktadır. İlk örneği 1602’de kurulan Hollanda ve Doğu Hindistan Kumpanyasıdır (Arthur Meier-Hayoz ve Peter Forstmoser, *Droit suisse des sociétés*, édition française par Peter Iordanov (Berne: Stämpfli Editions, 2015), 310, N. 19).

<sup>3</sup> Kanunname-i Ticaret hükümleri uyarınca Türkiye’de ilk olarak 1850 yılında Boğaziçi’nde vapur işletmek üzere, Şirket-i Hayriye kurulmuştur. Detaylı bilgi için bkz. Tekinalp (Poroy ve Çamoğlu), *Ortaklıklar I*, 315, N. 460; Sami Karahan, editör, Karahan ve Coşgun, *Şirketler Hukuku* (Konya: Mimoza Yayınları, 2013), 335. İsviçre Hukuku’nda anonim ortaklıklara yönelik hükümler ilk kez 14 Ocak 1881 tarihli Borçlar ve Ticaret Hukuku Hakkında Federal Kanunu altında öngörülmüştür (Meier-Hayoz ve Forstmoser, *Droit suisse*, 313, N. 30; Pierre Tercier ve Jérôme Levrat “Introduction générale au droit commercial suisse”, *Commentaire Romand, Code des Obligations II, Codes des obligations Art. 530-1186 CO, Art. 120-141 LIMF, ORAb, Avec des Introductions a la LFus et la LTI*, (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2017), 11, N. 59; Xavier Oulevey, *L’institution de la décharge en droit de la société anonyme* (Zurich: Schulthess Juristische Medien AG, 2008), 6).

<sup>4</sup> Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 241, N. 2; Ersin Çamoğlu, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 1; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri* (Bursa: Dora Yayınları, 2020), 168, 180.

TMK m. 50/1 (İMK m. 55/1) uyarınca organları aracılığı ile açıklamaktadır. TTK m. 125 uyarınca tüzel kişilik tanınmış bir ticaret şirketi olan anonim şirketler, diğer tüzel kişiler gibi, şirketin işlerini yönetecek ve onu üçüncü kişiler nezdinde temsil edecek daimî bir organa ihtiyaç duymaktadır. Münhasıran iç ilişkide iş gören genel kurul, tüm pay sahiplerini bünyesinde toplaması dolayısıyla pay sahiplerinin iradelerinin oluştuğu zorunlu bir karar organı olarak öngörülmüştür<sup>5</sup>. Fakat mahiyet ve bünyesinden doğan bir zaruretle geçicidir ve devamlı surette faaliyet göstermesi söz konusu olmaz<sup>6</sup>. En az yılda bir defa olağan ve gerektiğinde olağanüstü toplanmak suretiyle görev ve yetkilerini ifa eden genel kurulun ağır bir işleyişe sahip olması nedeniyle anonim şirketin, işlerinin gerektirdiği her durumda karar alabilecek ve şirketi, alınan kararlar doğrultusunda hem şirket içi hem de üçüncü kişiler nezdinde temsil edebilecek sürekli bir organa ihtiyacı vardır. Bununla beraber, özellikle sayıca fazla pay sahibinin ortak olduğu anonim şirketlerde, şirketin yönetim ve temsili yürütecek ayrı bir organın bulunmaması durumunda şirketin fiilen temsili imkânsızlaşabilir. Öte yandan pay sahiplerinin sermaye koyma borcu haricinde başkaca bir sorumluluk altına girmeleri kuramsal olarak mümkün olmadığından, yönetim ve temsil görevi ile sorumluluğunun üstlenildiği ayrı, daimî ve tercihan profesyonel yöneticilerden oluşmuş bir organın şirketin yönetim ve temsili üstlenmesi gerekir. İşte bu gerekçelerle zorunlu bir organ olarak öngörülen yönetim kurulu, TTK m. 365 uyarınca anonim şirketin yürütme ve temsil organı olarak düzenlenmiş olup bu kurulun eylem ve işlemlerinden kaynaklanabilecek herhangi bir zararın ortaya çıkması halinde kurul üyelerinin sorumlu olacağı TTK m. 553 altında hüküm altına alınmıştır. Anonim şirketin kanuni temsilcisi olan yönetim kurulu, işletme sahibi (*chef d'entreprise*)

<sup>5</sup> Genel kurulun “üst organ” veya “en yüksek organ” olduğu yönünde bkz. Ersin Çamoğlu, “Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerinin Umumi Heyet Kararlarının İcrasından Doğan Mesuliyeti”, *Batider*, C. III, S. 3 (1966), 523; Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar* (İstanbul: Kutulmuş Matbaası, 1970), 80; Sait Kemal Mimaroglu, *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1967), 3; Turhan Atan, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1967), 111; Tuğrul Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku Dersleri* (Ankara: Başnur Matbaası, 1968), 135; Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965), 3; François Dessementet, “L'organisation des sociétés anonymes”, in *Grundfragen des neuen Aktienrechts, Mélanges en l'honneur de Rolf Bär*, (Berne: Stämpfli Editions, 1993), 30. Yönetim kurulunun en geniş yetkilere sahip olmasına ilişkin olarak TTK döneminde ileri sürülmüş olan görüşler hk. bkz. Sibel Hacımahmutoğlu, *AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), 161, 165. Aynı yönde Mathieu Blanc, “La Délégation de Compétences par le conseil d'administration”, in *Aspects actuels du droit de la société anonyme: Travaux réunis pour le 20ème anniversaire du CEDIDAC (1985-2005)*, (Lausanne: CEDIDAC, 2005), 329-330. Genel kurul ve yönetim kurulu arasındaki ilişki esas alınarak benimsenmiş olan farklı teorilere ilişkin olarak bkz. 9 vd.

<sup>6</sup> Çamoğlu, “Mesuliyet”, 523; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 3; Çamoğlu (Poroy ve Tekinalp), *Ortaklıklar I*, 361, N. 521a; Mimaroglu, *Mesuliyet*, 3.



konumunda olup<sup>7</sup> şirketin tüzel kişilik kazanmasından itibaren sona ermesine kadar, hatta sınırlı olarak tasfiye süresince de<sup>8</sup>, temsil ve yönetiminden sorumludur.

## I. ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA ORGAN KAVRAMI

### A. GENEL OLARAK

Tüzel kişilerin fiil ehliyetini haiz olabilmesi, yani hak iktisap etmesi ve borç altına girebilmesi, TMK m. 49 (İMK m. 54) uyarınca kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla mümkün olmaktadır<sup>9</sup>. Dolayısıyla tüzel kişilik kurulduğu zaman henüz organlar teşekkül etmemişse, hak ehliyetine sahip bir kişi telakki edilir, fakat henüz fiil ehliyetinden yoksundur. Fiil ehliyetinin kazanılması zorunlu organların oluşturulmasına bağlıdır. Dolayısıyla tüzel kişilerin medeni haklarını kullanabilmeleri gerekli organların varlığına bağlıdır. TMK m. 50/1 (İMK m. 55/1) uyarınca tüzel kişi, organları aracılığıyla iradesini açıklar. Organ, kanuni temsilci gibi tüzel kişiden ayrı bir varlık olmayıp, kendi doğal iradesine sahip olamayan tüzel kişinin iradesini oluşturması itibarıyla, onun bir parçası, rüknü sayılmaktadır<sup>10</sup>. Zira organ, faaliyette bulunurken kendi iradesini

<sup>7</sup> F. de Steiger, *Le droit des sociétés anonymes en Suisse*. Adaptation française par J. Cosandey. (Lausanne: Librairie Payot, 1950), 223. Steiger, F. de'den naklen «*Le conseil d'administration tient le rôle du chef d'entreprise, c'est-à-dire que ses pouvoirs sont en principe fort étendus*»; Çamoğlu (Poroy ve Tekinalp), *Ortaklıklar I*, 361, N. 521a; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 4; Mirmaroğlu, *Mesuliyet*, 5; Hacımahmutoğlu, *AT ve Türk Hukuku*, 161.

<sup>8</sup> Pulaşlı, *Şirketler*, 629, N. 9; Çamoğlu (Poroy ve Tekinalp), *Ortaklıklar I*, 361, N. 521a; Oğuz İmregün, "Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu", *Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1999), 257; Hacımahmutoğlu, *AT ve Türk Hukuku*, 161.

<sup>9</sup> M. Kemal Oğuzman; Özer Selici ve Saibe Oktay, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002), 187; Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler* (İstanbul: Kutulmuş Matbaası, 1969), 38; Akipek, Jale; Akıntürk, Turgut ve Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku - Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019), 269; Teoman Akünal, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1995), 33; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 255, N. 1153; Ali H. Dural, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları*, Yayımlanmamış Doktora Tezi (İstanbul: 2005), 7-8; Esra Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 11 vd.; İsmail Kırca; Ferzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013), 387; Mehmet Helvacı, *Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2001), 3; Julia Xoudis, "Titre Deuxieme: Des personnes Morales", in *Commentaire Romand, Code Civil I, Art 1-359*, (Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2010), 414, N. 1; Pierre Tercier ve Pascal Pichonnaz, *Le droit des obligations*. (Zurich: Schulthess Editions romandes, 2019), 97, N. 379. Gerçek kişiler "oğunlaşmayla" tüzel kişilerse "organlaşmayla" fiil ehliyetlerini kazanır. Bkz. Rona Serozan, *Medeni Hukuk - Genel Bölüm / Kişiler Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 502-503; Yarg. HGK., 15.01.1964, E. 1963/600, K. 1964/55.

<sup>10</sup> Çamoğlu, *Yönetim Kurulu*, 34; Ünal Tekinalp, *Yeni Anonim Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 105, N. 11-01; Dural ve Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 257, N. 1159; Dural, *Anonim Ortaklıklar*, 8; Ahmet Cemil Ünal, *Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde CEO'nun Hukukî Konumu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 8; Meier-Hayoz ve

değil, tüzel kişinin iradesini açıklamaktadır. Dolayısıyla organın gerçekleştirdiği hukuki işlemler TMK m. 50/2 (İMK m. 55/2) uyarınca tüzel kişiye izafe olunur. Aynı madde uyarınca (ve anonim şirketler açısından bir tekrar hüküm niteliğinde olan TTK m. 371/5 (İBK m. 722) uyarınca) organların<sup>11</sup> görevleri esnasında işledikleri haksız fiillerden de tüzel kişi sorumlu tutulmaktadır. Bu yönüyle organ, tüzel kişinin TBK m. 66 (İBK m. 55) uyarınca müstahdemi<sup>12</sup>, TBK m. 116 (İBK m. 101) uyarınca ifa yardımcısı<sup>13</sup> veya TBK m. 40 (İBK m. 32) uyarınca temsilcisi olarak nitelendirilemeyecektir<sup>14</sup>. Organların tüzel kişiyi temsil etmeleri, borçlar hukuku anlamında bir temsil ilişkisine değil, kişiler hukukuna özgü ve kaynağını kanundan alan bir ilişkiye (kanunî temsil) ve organ sıfatına bağlı bir yetkiye dayanmaktadır<sup>15</sup>.

İsviçre ve Türk Hukuku'nda kanun koyucu organ kavramını tanımlamamış, bu tanımın değerlendirilmesini içtihat ve öğretiyeye bırakmıştır. Öğreti ve içtihat

Forstmoser, *Droit suisse*, 59, N. 28\*; Xoudis, "Des personnes Morales", 416, N. 11; Rolf Ditesheim, *La représentation de la société anonyme: par ses organes ordinaires, fondes de procuration et mandataires commerciaux*, (Berne: Stämpfli Editions, 2001), 84; Peter Forstmoser; Thomas Sprecher ve Gian Andri Töndury, *Personal Liability under Swiss Corporate Law, Associated risks and their avoidance*, (Zurich: Schulthess Editions Romandes, 2005), 215, N. 295.

- <sup>11</sup> ETK m. 321/5'ten aynen alınan TTK m. 371/5'de yer alan "temsile veya yönetime yetkili olanlar" ifadesinin fiili organları da kapsadığı hakkında bkz. Kırca (Şehirli Çelik ve Manavgat), *Şirketler*, 653-654; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 154; Çamoğlu (Poroy ve Tekinalp), *Ortaklıklar I*, 439, N. 600a; Helvacı, *Sorumluluk*, 31; Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 127; Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 12, N. 1.7. 29.VI.1956 tarihli Adliye Encümeni Mazbatasında (AEM, m. 321, s. 380) mülga eTK m. 321/5'te yer alan "Temsile veya idareye salahiyyetli olanların" ifadesinin anonim ortaklığın organları olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.
- <sup>12</sup> Fikret Eren, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 713, N. 1930; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 362; Tandoğan, *Mesuliyet*, 127; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 424; Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse: dispositions générales du CO* (Berne: Stämpfli Editions, 1997), 535; Fatih Bilgili, *Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Şirketlerin Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2004), 41).
- <sup>13</sup> Eren, *Borçlar Hukuku*, 1211 vd; Tandoğan, *Mesuliyet*, 435-452; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 416-417; Engel, *Obligations*, 739 vd; Tercier ve Pichonnaz, *Obligations*, 307 vd.
- <sup>14</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay, *Kişiler*, 189; Bilge Öztan, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1970), 83 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku*, 496, N. 1337; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 352; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler* (Konya: Sayram Yayınları, 2019), 125 vd; Bilgili, *İsviçre*, 35, 40-41; Dural, *Anonim Ortaklıklar*, 9, 17; Xoudis, "Des personnes Morales", 420, N. 24; Ditesheim, *La représentation*, 45 vd.
- <sup>15</sup> Hasan Pulaşlı, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili", *Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan* (İstanbul: MÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, 2003), 173; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000), 162; Dural, *Anonim Ortaklıklar*, 10; Tercier ve Pichonnaz, *Obligations*, 102, N. 408; Engel, *Obligations*, 374; Xoudis, "Des personnes Morales", 421, N. 32.

incelendiğinde genel eğilim organ kavramını<sup>16</sup> çok geniş yorumlama yönündedir<sup>17</sup>. Öğretide organ kavramının bazı kıstaslara göre farklı ayrımlara tâbi tutularak incelendiği görülmektedir. Bu hususta organın kanunda öngörülmüş olup olmamasına göre (zorunlu organ-ihtiyari organ), işlevine göre (karar organı-yürütme organı), faaliyet alanına göre (iç organ-dış organ)<sup>18</sup>, kişi sayısına göre (kişi organ-kurul organ), kanun veya esas sözleşmede öngörülmüş olup olmamasına göre (şekli organ-fiili organ-dış görünüşte organ) veya tüzel kişinin iradesini meydana getirmesine göre (dar anlamda organ-geniş anlamda organ)<sup>19</sup> farklı şekillerde tasniflendirme yapılmaktadır<sup>20</sup>. Anonim şirketler hukuku bakımından geniş anlamda organ kavramı, şirket adına fonksiyon üstlenen, yani karar alma, yönetme, denetleme, gözetleme ve temsil etme görevleri ifa eden birimleri içine almaktadır<sup>21</sup>. Dolayısıyla sadece kanun, esas sözleşme (varsa tüzüğü) veya iç yönetmeliğe dayanarak bağımsız surette ifa yetkisini haiz şahıslar organ olarak kabul edilmemekte, sayılan belgelerde yer almamasına veya şirketin iç işleyişinde herhangi bir görevlendirme veya yetkilendirme yapılmış olmamasına rağmen tüzel kişinin iradesinin teşekkül ve açıklanmasına iştirak eden veya yönetim ve temsil görevine fiili olarak katılan şahıslar da organ olarak kabul edilmektedir<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> Dural/Öğüz, organı, tüzel kişinin iradesinin oluşmasını ve bu iradenin açıklanmasını sağlayan, tüzel kişinin örgütü içinde yer alan kişi ya da kişi toplulukları olarak tanımlamaktadır (Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 256, N. 1157). Organ kavramına ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. Öztan, *Tüzel Kişiler*, 81-82; Oğuzman; Seliçi ve Oktay, *Kişiler*, 188; Özsunay, *Tüzel Kişiler*, 38; Akünal, *Tüzel Kişiler*, 34; Xoudis, "Des personnes Morales", 418, N. 21.

<sup>17</sup> Helvacı, *Sorumluluk*, 4; Reha Poroy; Ünal Tekinalp ve Gülören Tekinalp, "Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu", *Doğumunun Yüzüncü Yılında Atatürk'e Armağan*, İHFM, Cilt XLV-XLVII, S. 1-4, (İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1982), 349; Hasan Pulaşlı, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu", *Ali Naim İnan'a Armağan*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2009), 587; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 351; Çamoğlu, *Yönetim Kurulu*, 34; Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 259, N. 1165; Véronique Pittet, *Les compétences et la responsabilité de l'administrateur-directeur dans le droit de la société anonyme* (Lausanne: Université de Lausanne, 1999), 147; Ditesheim, *La représentation*, 71; Cédric Thaler, *La notion d'organe au sens de l'art. 754 CO* (Lausanne: Éditions Bis & Ter, 2007), 5; Xoudis, "Des personnes Morales", 418, N. 21.

<sup>18</sup> İsviçre Hukuku'nda organ kavramını incelediği eserinde *Bilgili*, iç ve dış organlara ilişkin yapmış olduğu sınıflandırma altında İBK m. 698 uyarınca görevleri iç ilişkide etki doğuran genel kurulu iç organ olarak, İBK m.716 ve 718 uyarınca görevleri hem iç hem de dış alana taalluk eden yönetim kurulunu hem iç organ hem dış organ olarak nitelendirmiştir (Bilgili, *İsviçre*, 33). Ayrıca bkz. Dural, *Anonim Ortaklıklar*, 12, 17-18.

<sup>19</sup> Dar-geniş anlamda organ ayrımına verilen farklı anlamlara ilişkin olarak bkz. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 213, N. 11-02; Kırca (Şehirli Çelik ve Manavgat), *Şirketler*, 388; Beşir Fatih Doğan, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 6.

<sup>20</sup> Oğuzman; Seliçi ve Oktay, *Kişiler*, 190-191; Akünal, *Tüzel Kişiler*, 36-38; Özsunay, *Tüzel Kişiler*, 39; Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 259-261; Dural, *Anonim Ortaklıklar*, 10-14; Kaşak, eserinde organ kavramını, organizasyon hukuku bakımından-temsil hukuku bakımından-sorumluluk hukuku bakımından organ şeklinde üçlü bir ayrım altında incelemektedir (Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 14 vd.).

<sup>21</sup> Doğan, *Organizasyon*, 6.

<sup>22</sup> ATF 107 II 349, s. 354, p. 5a; ATF 121 III 176, s. 179, p. 5.

Nitekim TTK m. 553 hükümleri uyarınca hukukî sorumluluğa tabi olacak kişiler kapsamında yer verilmiş olan “yönetici” ifadesi, sorumlu organın geniş anlamda yorumlanmasına olanak sağlamaktadır<sup>23</sup>.

Belirtilmelidir ki anonim şirkette organ kavramının önemi, özellikle sorumluluk hukuku boyutunda karşımıza çıkmaktadır. Zira anonim şirketin organlarının hukuki işlem veya haksız fiillerinden sorumlu olması dolayısıyla hangi şahısların organ olarak kabul edileceği, hangi yetkilerin devrinin mümkün olabileceği ve sorumluluklarının hangi hükümlere tabi olacağı konuları, ancak organ kavramının kapsamının anlaşılması sonrasında netleştirilebilecektir. Organ kavramının ifade ettiği anlamı kavramak amacıyla anonim şirketlerde zorunlu organlar arasındaki görev-yetki dağılımı prensiplerine yön veren organlar arasındaki ilişkinin de incelenmesi gereklidir. Zira farklı sistemlerde kabul gören üstünlük, sınırlı üstünlük veya eşitlik anlayışı, bir yandan zorunlu organların sahip olduğu yetkilerin kapsam ve sınırlarını tayin etmekte diğer yandan bu organların birbirlerinin yetki alanlarına müdahale edip edemeyeceği veya birbirlerine kaim olup olamayacağı sorularına cevap vermektedir. Yetki ile sorumluluğun birbirine uygun olması prensibine uygun olarak organların yetkili olduğu alanların belirlenmesi, sorumluluklarının kapsamı ve sınırları bakımından önem arz etmektedir. Bu çerçevede çalışmamız kapsamında öncelikle anonim şirketlerin zorunlu organları arasındaki ilişki değerlendirilecek olup sonrasında anonim şirketler hukukunda organ kavramı, organın kanun veya esas sözleşmede öngörülmüş olup olmaması kriterine göre *şekli organ-fili organ-dış görünüşte organ* ayrımı kapsamında incelenecektir.

## B. ANONİM ŞİRKETİN ZORUNLU ORGANLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

TTK uyarınca anonim şirketi borç altına sokan ve hak sahibi olmasını sağlayan zorunlu ve yasal iki organı bulunmaktadır<sup>24</sup>: genel kurul ve yönetim kuru-

<sup>23</sup> İdare, yönetim ve tasfiyede sorumluluk hükümlerinin öngörüldüğü İBK m. 754 uyarınca sorumlu kişiler “yönetim kurulu üyeleri ile yönetim veya tasfiye ile uğraşan kişiler” olarak belirtilmiştir. İBK m. 754’ün karşılık hükmünü oluşturan TTK m. 553 altında hukukî sorumluluğa tabi kişiler kapsamında her ne kadar İBK m. 754’te yer alan “uğraşan” ifadesine yer verilmemiş olsa da “yönetici” ifadesi kullanılarak sorumlu organın geniş anlamda yorumlanmasına olanak sağlanmıştır. TTK m. 553’ün gerekçesinde ifade edildiği üzere, “Geniş anlama sahip “uğraşan” sözcüğü ile görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi ve tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurları (öğretideki deyimle, “fili organ”lar) kastedilmiştir. Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuzda aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim göz önüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre’deki anlayışı aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edilmiştir. Böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut “yöneticiler” sözcüğünün yorumlanmasının öğretiyeye ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik bir anlayışın hukukumuzda egemen olabileceği düşünülmüştür.”

<sup>24</sup> Mehaz İsviçre Hukuku’nda halen anonim şirketin bir organı konumunda olan, eTK uyarınca zorunlu ve üçüncü yasal organ olarak öngörülmüş olan denetçi veya denetçiler, TTK altında zorunlu organ olmaktan çıkarılmıştır. TTK m. 397/4 uyarınca ölçüt bakımından (aktif toplam, yıllık satış hasılatı ve çalışan sayısı), kamu yararını ilgilendirmesi açısından veya her iki unsur gözetilerek yapılan değerlendirme sonucunda bazı anonim şirketler açısından denetçi ataması zorunlu kılın-

lu<sup>25</sup>. Bu organlar arasındaki ilişki bakımından hukuk düzenleri farklı sistematikler öngörmüştür<sup>26</sup>. Mevzuatın 698<sup>27</sup> uyarınca şirketin en üst organı pay sahipleri genel kuruldur. Tarihsel gelişimde en eski teori<sup>28</sup> olan salt yetki veya hakimiyet teorisi (*la théorie d'omnipotence*) uyarınca genel kurul, İBK m. 698'de belirtilen "üst organ" ifadesinden hareketle, şirketin faaliyet alanlarını ilgilendiren her konuda her türlü karar verme hususunda devamlı surette yetkilendirilmiş en üst organı olarak ifade edilmektedir. Genel kurula üstünlük tanıyan bu teori, genel kurulun yönetim kurulunun yetkilerine takdiri olarak müdahale etme hakkına ve böylelikle esas sözleşmeyi tadil etmesi gerekmeksizin yönetim kurulunun yerine geçerek karar alma yetkisine ve hatta yönetim kuruluna yerine getirilmesi zorunlu nitelikte talimatları verme haklarına sahip olması nedeniyle eleştirilmiştir<sup>29</sup>. İBK m. 698'deki "en üst organ" ifadesine rağmen bu teori fazlaca taraftar

mıştır (konu hakkında Bakanlar Kurulu'nun 26.03.2018 tarihli ve 2018/11597 sayılı kararında yayımlanmış olan liste halen yürürlüktedir). TTK uyarınca denetçinin zorunlu bir organ olarak öngörülmemesinin sonucu olarak, denetçinin organ niteliği taşımadığı yönünde öğretide farklı görüşler ileri sürülmüş olup genel kanaat, denetçi(ler)in organ niteliğini haiz olmadığı yönündedir (bkz. Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklık*, 106, N. 11-05; Çamoğlu (Poroy ve Tekinalp), *Ortaklıklar I*, 538, N. 676; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 806, N. 8; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 149, 264; Sükrü Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku* (İstanbul: Arkan Yayınevi, 2007), 200; Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler*, 211; Ünal, *CEO*, 8-9; Karahan, editör, Karahan ve Arı, *Şirketler*, 446-447, dn. 4; Suat Yıldırım, "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Denetçi", *Mali Çözüm Dergisi*, Cilt 21, S. 106 (2011), 44-45. *Karşı görüşte* İbrahim Kaplan, "Bağımsız Denetim Kuruluşu Yönetim Kurulu ve Denetçileri ile Bağımsız Denetim Kuruluşunun Hukuki Sorumluluğu", *Batider*, C. XXVIII, S. 2 (1961), 18). Denetçinin anonim şirket ile organik bağının bulunmaması, tarafsız ve bağımsız olma yükümlülüğü, şirketle çıkar ilişkisinin bulunmaması ve denetçinin yokluğunun şirketin fesih nedeni olarak görülmemesi hususları denetçinin organ niteliğini haiz olmadığını göstermektedir.

<sup>25</sup> Şirketin olağan dışı zamanlarında faaliyet gösteren tasfiye memurları, kayımlar ve iflas idaresi de organ olarak nitelendirilmektedir.

<sup>26</sup> Organlar arasındaki yetki bölüşümü hususunda öğretide öne sürülen iki temel teori bulunmaktadır. İBK m. 530 (TBK m. 620)'de yer alan şirket tanımından doğmuş olan sözleşme teorisine dayanan sistemde şirketi yaratan pay sahiplerinin serbest iradeleridir. Pay sahipleri şirketin yönetim kurulunu seçip yetkilerini vekalet veya temsil ilişkisi çerçevesinde yönetim kurulu üyelerine devrederler. Bu görüşün tam zıttı olan kurum teorisi uyarınca anonim şirketin örgütü içinde organlar, birbirlerinden bağımsız ve bağı bağına birer varlık olarak bulunurlar. Karma teori olarak isimlendirilen ve İsviçre-Türk hukuk sistemlerinin esas aldığı teori, sözleşme ve kurum teorisi arasında yer almaktadır. Bu teori uyarınca bağımsız tüzel kişiliğe sahip olmayan yönetim kurulu ve genel kurul, eşitlik teorisinde benimsendiği üzere birtakım yetkilerin bölüşülmesi suretiyle ve organ sıfatıyla varlıklarını sürdürürler (Hacimahmutoğlu, *AT ve Türk Hukuku*, 73; Tekinalp (Poroy ve Çamoğlu), *Ortaklıklar I*, 358, N. 514; Pulaşlı, *Şirketler*, 319-320; Ünal, *CEO*, 9-10).

<sup>27</sup> İBK m. 698'ün Fransızca metni şu şekildedir: «L'assemblée générale des actionnaires est le pouvoir suprême de la société».

<sup>28</sup> Olivier Bastian, *Délégation de Compétences et répartition des tâches au sein du conseil d'Administration*, (Lausanne: CEDIDAC, 2010), 8.

<sup>29</sup> Bastian, *Délégation*, 8; Meier-Hayoz ve Forstmoser, *Droit suisse*, 600, N. 352; Umut Metin, *Şirketlerde Yönetim Kurulu Krizleri ve Çözüm Yolları* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 69; Doğan, *Organizasyon*, 16; Harun Keskin, "Anonim Şirket Genel Kurulu ve Yönetim Kurulu Arasındaki İlişkinin Tarihsel Süreçte Geçirdiği Değişim ve Organların Yetkilerine Genel Bir Bakış", *Batider*, C. XXXIV, S. 3 (2018): 249-250; Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 77-80.

toplayamamıştır. İsviçre doktrininde bir kısım yazar tarafından ileri sürülmüş olan sınırlandırılmış üst organ teorisi (*la théorie de l'omnipotence limitée de l'assemblée générale*) uyarınca organların vazgeçilmez yetkilerine prensip olarak müdahale edilemeyeceği anlayışı benimsenmiştir. Teorinin “sınırlandırılmış üst organ” olarak anılmasının nedeni, genel kurulun *istisnai* olarak da olsa yönetim kurulunun yerine karar alma veya kurula talimat verme yetkisine sahip olmasından kaynaklanmaktadır<sup>30</sup>. İsviçre Hukuku’nda hiçbir zaman ön planda olmayan ancak özellikle Alman Hukuku’nda<sup>31</sup> uygulama alanı bulmuş olan bir diğer teori, liderlik prensibidir (*Führerprinzip*). Bu teori uyarınca yönetim kurulunun genel kurul karşısında üstünlüğü benimsenmiş ve tüm yetkiler, tek liderin (*fürher*) elinde toplanmıştır<sup>32</sup>.

İsviçre Hukuku’nda en yaygın şekilde benimsenen eşitlik veya işlevler ayrılığı teorisi ise (*la théorie de la parité*)<sup>33</sup>, organlar arasında herhangi bir hiyerarşik ilişki<sup>34</sup> söz konusu olmaksızın fonksiyon ayrılığına dayalı bir eşitliğin varlığını kabul eder. Dolayısıyla bu görüş uyarınca ne *Omnipotenz* teorisi uyarınca tüm kararları alabilen genel kurul, ne de yönetim kurulunun üstünlüğünü esas alan *Führerprinzip* uyarınca yönetim kurulu şirketin en üst organıdır<sup>35</sup>. 1948 yılında J. P. Mohr tarafından geliştirilen eşitlik teorisi uyarınca yönetim kurulu ve genel kurulun yetki alanları birbirinden

<sup>30</sup> Sınırlandırılmış üst organ teorisi, *Bürgi* tarafından ileri sürülmüş ve *Böckli* tarafından kendi içinde çelişkili olduğu iddia edilmiştir. Bu teorinin taraftarları (bkz. Roger Secrétan “L’assemblée générale, «pouvoir suprême» de la société anonyme (698 CO) ?”, in *Revue de Droit Suisse* (Bale: Helbing Lichtenhahn, 1958-1959, 153 vd.), görevlerin iki organ arasında paylaşılmış olması hususunun, yönetim kurulunu her zaman azletme yetkisini elinde bulunduran genel kurulun üstün olduğu gerçeğini değiştirmedeğini ifade etmişlerdir. Ayrıca bkz. Bastian, *Délégation*, 11-14; Veliye Yanlı, “İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda “İş Bölümü İlikesi” ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri”, *İHFM*, C: LV, S. 3 (1997), 264; Keskin, “Organların Yetkileri”, 251; Doğan, *Organizasyon*, 18-20; Metin, *Yönetim Kurulu*, 71; Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 80-82.

<sup>31</sup> Liderlik prensibi, 1937 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG)’nun ikili kurul sisteminde kabul edilmiştir. 1965 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu, ikili kurul sistemini muhafaza etmekle beraber liderlik prensibinden uzaklaşmıştır (Korkut Özkorkut, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali* (Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, 1996), 10). Doktrinde Keskin, 1965 tarihli AktG ile genel kurul ve yönetim kurulu arasındaki ilişkiye temelde dokunulmamış olduğunu ve liderlik prensibinin benimsenmiş olduğu 1937 tarihli AktG üzerinde herhangi bir değişiklik yapılmamış olduğunu ileri sürmüştür. Ancak 1965 tarihli AktG’nin genel kurulun konumunu kuvvetlendirmeye yönelik birtakım yenilikler getirmiş olduğunu da belirtmiştir. Bununla birlikte Alman Hukuku’nda genel kabul gören anlayışın anonim şirkette organlar arasında herhangi bir hiyerarşinin bulunmadığı yönünde olduğunu ifade etmiştir (Keskin, “Organların Yetkileri”, 246-248).

<sup>32</sup> Bastian, *Délégation*, 7; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 4; Pulaşlı, *Cilt I*, 805; Yanlı, “İş Bölümü”, 263; Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 74-76; Metin, *Yönetim Kurulu*, 70; Doğan, *Organizasyon*, 18; Ünal, *CEO*, 5 vd.

<sup>33</sup> Bastian, *Délégation*, 11; Blanc, “Délégation”, 294: Eşitlik teorisi, iki organı, aralarındaki her türlü hiyerarşik ilişkiyi ortadan kaldırarak aynı seviyeye yerleştirmektedir. Konu hk. bkz. Dessemontet, “L’organisation”, 24; Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklık*, 107, N. 11-08; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 5; Doğan, *Organizasyon*, 16-18; Metin, *Yönetim Kurulu*, 70-71; Keskin, “Organların Yetkileri”, 252; Dural, *Anonim Ortaklıklar*, 21; Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 83 vd.

<sup>34</sup> Hiyerarşi fikrinin ancak idare hukukunda tatbik edileceğine dair, Ernest E. Hirsch, *Ticaret Hukuku Dersleri* (İstanbul: İstanbul Akgün Matbaası, 1948), 213.

<sup>35</sup> Meier-Hayoz ve Forstmoser, *Droit suisse*, 600, N. 352.

ayrılmış ve her iki organ açısından belirtilen yetki alanlarına herhangi bir karar ya da zorlayıcı bir talimat yoluyla müdahale edilmesi yasaklanmıştır<sup>36</sup>. Mehz İBK (m. 716a/1), bazı yetkilerin devredilemez ve vazgeçilemez bir şekilde yönetim kuruluna ait olmasını sağlayarak eşitlik teorisi uyarınca ortaya konan “kuvvetler ayrılığı” (*séparation des pouvoirs*) prensibini daha da vurgulamıştır<sup>37</sup>. Dolayısıyla halen yürürlükte olan İBK m. 698 altında belirtilen genel kurulun şirketin “en üst organı” olduğu ifadesi, biçimsel üstünlükten başka bir üstünlüğü yansıtmamaktadır.

TTK’da organlar arasındaki ilişkiyi düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak İBK m. 698’de yer alan hükmün TTK altında öngörülmemiş olması, yönetim kurulunun TTK m. 374 uyarınca kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisine bırakılmış alanlar dışında yetkili kılınmış olması ile yönetim kurulu ve genel kurulun devredilemeyen yetkilerinin ayrı hükümler altında düzenlenmiş olması (TTK m. 375 ve TTK m. 408/2) ve son olarak TTK m. 374 ve m. 375’in gerekçeleri<sup>38</sup> göz önünde bulundurulduğunda, TTK’da genel kurulun üst organ niteliğinde olmadığı<sup>39</sup> ve işlevler ayrılığına dayalı eşitlik teorisinin benimsenmiş olduğu doktrinde baskın görüş olarak ileri sürülmektedir<sup>40</sup>. Gerçekten de eTK’nın aksine TTK altında genel kurulun ve yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinin düzenlenmesi

<sup>36</sup> Bastian, *Délégation*, 10; Keskin, “Organların Yetkileri”, 252; Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 83.

<sup>37</sup> İBK m. 716a/1 ile yönetim kuruluna devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerin verilmesiyle Omnipotenz teorisi tümüyle reddedilmiş olup bu ifade İsviçre Federal Konseyi tarafından hazırlanmış olan 23 Şubat 1983 tarihli anonim şirketler hukukunun revizyonuna ilişkin öneriler isimli raporunda açıkça belirtilmiştir (Bkz. Message concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 Février 1983 (Message 1983), no 215.2, s. 863). Ayrıca Federal Mahkeme’nin 09.07.1974 tarihli 100 II 384 sayılı kararı uyarınca İBK m. 698’in genel kurulun şirketin en üst organı olduğuna yönelik ifadesinin anonim şirketlerdeki yetki paylaşımı prensibi ile çatışmayacağı ifade edilmiştir (ATF 100 II 384, s. 387, p. 2a).

<sup>38</sup> TTK m. 374’ün gerekçesinde belirtildiği üzere “... Yönetim hakkının kapsamına giren bir iş ve/veya işlemin, esas sözleşme ile genel kurulca kullanılabilmesi için de bunun 375’inci maddede gösterilmiş devredilemez görev ve yetkiler içine girmemesi gerekir. **Böylece, bu hüküm, bir anonim şirkette bütün yönetim yetkilerinin, bir üst kurul olması dolayısıyla genel kurula ait bulunduğu ve hatta ondan doğduğu, genel kurulun istediği görev ve yetkileri istediği anda yönetim kurulundan geri alabileceği yolundaki eskimiş anlayışa kapıları kapamıştır. Tasarı, organlar arasında işlevlerin ayrılığı ilkesini kabul etmiştir.**” TTK m. 375’in gerekçesinde belirtildiği üzere “Yönetim kurulunun devredilemez yetkilerini gösteren 375’inci madde yenidir. **Bu hüküm ile, Ticaret Kanununda, organlar arasında işlev ayrımı yapılmış, organlar arasında işlev bağlamında güç yönünden denklik kabul edilmiş, buna karşılık genel kurulun her şeye kadir olduğuna ve bütün kararları alabilme yetkisi ile donatıldığına ilişkin salt yetki teorisi reddedilmiştir. Genel kurulun bir üst organ olduğu anlayışı Ticaret Kanununa yabancıdır. Ancak, bu hükme rağmen 374’üncü maddenin gerekçesinde işaret edilen sorunların kanunî bir boşluk oluşturduğu şüphesizdir. Nitekim aynı hükme sahip İsviçre’de bu konular tartışmalı olup öğreti ve mahkeme kararları sorunları farklı çözümlere bağlamıştır.**”

<sup>39</sup> Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 1285, N. 6; Çamoğlu (Poroy ve Tekinalp), *Ortaklıklar I*, 529, N. 663; Kırca (Şehirali Çelik ve Manavgat), *Şirketler*, 536.

<sup>40</sup> Pulaşlı, *Cilt I*, 805, N. 7; Kırca (Şehirali Çelik ve Manavgat), *Şirketler*, 395; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 6, Hacımahmutoğlu, *AT ve Türk Hukuku*, 159-165; Dural, *Anonim Ortaklıklar*, 22; Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 137 vd. *Tekinalp*, TTK’nın işlevler ayrılığı ilkesini benimsemiş olduğunu vurgulamıştır. Bkz. Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklık*, 107, N. 11-08. Aynı görüşte Doğan, *Organizasyon*, 20; Metin, *Yönetim Kurulu*, 73.

ile bu alana giren meseleler bakımından bir organın diğerine talimat vererek veya onun yerine karar alarak müdahale etmesinin ve her iki organın söz konusu devredilemez yetkilerini başka organlara devretmelerinin önüne geçilmiştir<sup>41</sup>. Öte yandan TTK m. 375 altında sayılmış olan yönetim kuruluna ait görev ve yetkilerin vazgeçilemez nitelikte olduğunun nitelendirilmesi ile genel kurulun bu alana müdahale etmesi engellenmiştir. Dolayısıyla TTK m. 408/2 ve m. 375 hükümlerinin sayılan yetkiler bakımından kuvvetler ayrılığı prensibinin bir görünümü olduğunu söylemek mümkündür. Öte yandan gerek genel kurul gerekse yönetim kurulunun TTK'da zorunlu organ olarak öngörülüyor olması ve bu organların birbirine müdahale etmesinin engellenmiş olması, kanun koyucunun, yönetim kurulu veya genel kurulu “üst organ” olarak konumlandırmış olan *salt hâkimiyet teorisi* veya *liderlik prensibini* kesin olarak reddetmiş olduğunu göstermektedir. Son olarak genel kurulun yönetim kurulunu seçme veya azletme yetkisini haiz olması, genel kurulun yönetim kurulundan üstün olduğunu göstermemektedir, zira eşitlik teorisi iki organın sahip olduğu yetkilerin niteliğinin, hüküm ve sonuçlarının aynı olduğu anlamına gelmemektedir. Önemli olan farklı fonksiyonları yerine getiren organlar arasında altlık-üstlük ilişkisi söz konusu olmaksızın fonksiyon ayrılığına dayalı bir eşitliğin varlığıdır. Bununla beraber özellikle çok pay sahipli veya halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulunun, yürütme ve temsil fonksiyonları yanında karar organı vazifelerini de yerine getirmekte olduğunu ve yönetim kurulunun yetkilerinin artırıldığını ileri sürmek mümkündür<sup>42</sup>. Bu husustaki en somut örnek, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılmış olan Kurumsal Yönetim İlkeleri uyarınca yönetim kurulunun stratejik kararları alma konusunda yetkilendirilmiş olmasıdır<sup>43</sup>.

## II. ANONİM ŞİRKETLERDE KANUN VEYA ESAS SÖZLEŞMEDE ÖNGÖRÜLMÜŞ OLUP OLMAMASI BAKIMINDAN ORGAN KAVRAMI

Fonksiyon ayrılığına eşitlik ilkesini esas alan İsviçre ve Türk anonim şirketler hukukunda farklı işlevleri haiz olan yönetim kurulu ve genel kurulunun yetki alanları birbirinden ayrılmış olup genel kurul, pay sahiplerinin iradelerinin oluş-

<sup>41</sup> Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, 238, N. 11-08; Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 143, N. 2.103.

<sup>42</sup> Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler*, 211. Hacımahmutoğlu, *AT ve Türk Hukuku*, 160; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 6; Helvacı, *Sorumluluk*, 25; Dural, *Anonim Ortaklıklar*, 20. Bahtiyar, organlar arası yetki ve görev ayrımının daha belirgin hale geldiğini ve yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin daha ön plana çıkarıldığını ifade etmektedir (Bahtiyar, *Ortaklıklar*, 152). *Tekinalp'e göre* modern görüş, yönetim konusunda yönetim kurulunun çok daha önemli olduğu ve aslında ortaklığa hâkim olduğu yolundadır (Tekinalp (Poroy ve Çamoğlu), *Ortaklıklar I*, 359, N. 517). *Tekinalp*, TTK m. 374 hükümlerinin öngörülme amacının, yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki görev ve yetkinin sınırını “yönetim kurulu lehine” bir karineyle netleştirmek olduğunu ifade etmektedir (Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, 238, N. 12-28b). Konu hk. İsviçre ve Türk Hukuku'nda ileri sürülmüş olan görüşler için bkz. Keskin, “Organların Yetkileri”, 261-268).

<sup>43</sup> 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na uyum kapsamında hazırlanan Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim Tebliği (II.17.1), Ek-1 Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri, madde 4.1.1.



tuğu karar organı olarak, yönetim kurulu ise şirketi hem idare eden hem de üçüncü kişiler nezdinde temsil eden yürütme ve temsil organı olarak kabul edilmektedir. İBK'nın aksine TTK'da zorunlu organ vasfını kaybetmiş olan denetçiler bir yana bırakılacak olursa hem Türk hem de İsviçre anonim şirketler hukukunda yönetim ve temsil fonksiyonlarını icra etmek üzere yönetim kurulu haricinde başka kişi veya kurulların görevlendirilmelerine sıkça rastlanmaktadır. Bununla birlikte bazı durumlarda esas sözleşmede öngörülmezsizin, hatta şirket işleyişi içinde herhangi bir yetkilendirme veya görevlendirme söz konusu olmaksızın organa özgü yetkileri tek başına kullanarak şirket iradesinin oluşumuna katılan kişilerin varlığından bahsetmek de mümkün olmaktadır. Belirtilen bu kişilerin organ vasfına sahip olup olmadığına anlaşılması amacıyla organ kavramının kanun veya esas sözleşmede öngörülmüş olup olmaması kriterine göre *şekli organ-fiili organ-dış görünüşte organ* ayrımı kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

### A. ŞEKLİ ORGAN (*ORGANE FORMEL*)

Anonim şirketlerin kanunun öngördüğü zorunlu organları olan yönetim kurulu ve genel kurul dışında emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla amacına veya yapısına göre ihtiyaç duyduğu isteğe bağlı (*fakültatif*) organlar oluşturması veya yönetim şemasını detaylandırması mümkündür<sup>44</sup>. Bu anlamda şekli organ (*organ formel*) kapsamına, kanun, esas sözleşme veya bunlara uygun olarak hazırlanmış olan iç yönerge gibi şirket içi düzenlemelerle belirlenen yetkilerin verildiği kişiler girmektedir. Anonim şirketlerde yönetim kurulu, şirketin yönetim ve idaresinden sorumlu olan ve yürütme ve temsil işlevlerini yerine getiren zorunlu bir organ olarak öngörülmüştür. Organ sıfatını haiz olan kişilerin kendi yetki alanlarında şirkete, pay sahiplerine veya alacaklılara verdikleri zarardan bireysel olarak sorumlu olmalarını öngören TTK m. 553 (İBK m. 754) uyarınca hukukî sorumluluğa tabi kimselerin başında yönetim kurulu üyeleri gelir. Bunun yanında TTK m. 367 uyarınca çıkarılacak bir iç yönerge ile yönetim yetkisi devredilen yönetim kurulu üye(ler)si ile üçüncü kişiler de bağımsız karar alma yetkisini haiz oldukları takdirde birer organ olarak kabul edilir<sup>45</sup>. Zira TTK m. 367 (İBK m. 716b) uyarınca yönetim kurulu tarafından yapılan yetki devri çerçevesinde yönetim yetkisi devralan kimseler, tayin neticesinde devredilen yetkiler

<sup>44</sup> *Bilgili*, İsviçre Hukuku'nda organ kavramını incelerken şekli organ kavramını kanuni organ ve sözleşmeyle belirlenen organ olarak tasniflemiştir. Kanuni organ kapsamına kanun tarafından öngörülmüş olan organları (yönetim kurulu, genel kurul ve denetim organı), sözleşmeyle belirlenen organ kapsamına ortaklık sözleşmesiyle belirlenen isteğe bağlı organlar ile yönetim yetkisini devralmak suretiyle organ sıfatını kazanan kişileri dahil etmiştir (Bilgili, *İsviçre*, 31-32).

<sup>45</sup> Uygulamada yönetim kurulu tarafından TTK m. 367 uyarınca yönetim yetkisinin devredilmesi neticesinde sahip olunan yetkinin kapsamına göre müdür (*manager*), genel müdür (*general manager*) veya C+ seviyesinde bir unvana (CEO (*chief executive officer*), COO (*chief organization officer*), CIO (*chief investment officer*)) sahip olunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, yönetim kuruluna ait işleri yönetim kurulu adına bağımsız olarak icra eden murahhas üyeyi (ATF 43 II 129), banka müdürünü (ATF 68 II 301) ve montaj şefini (ATF 59 II 431) organ saymıştır.

bakımından organ sıfatını kazanırlar<sup>46</sup> ve TTK m. 549 vd. (İBK m. 753 vd.) hükümleri uyarınca kendilerine bırakılan alanlarda anonim şirketlere özgü sorumluluk hükümlerine tabi olurlar. Yetki devrinin sürekli olması organ sıfatının kabulü konusunda bir şart teşkil etmemektedir. Zira geçici bir süre için yetki devri yapıldığı durumlarda da yetkiyi devralanlar, yetkilendirmenin yapıldığı süre boyunca organ olarak görev ifa etmektedir<sup>47</sup>. Burada önemli olan yetki devri yapılmış olan kimsenin faaliyet sahası içinde bağımsız olarak karar ve sorumluluk alabilmesi<sup>48</sup> ve böylece şirketin iradesini ortaya koyacak konumda olmasıdır<sup>49</sup>. Bununla birlikte, temsil yetkisi devrinin organ sıfatını kazandırıp kazandırmayacağı hususunun da tartışılması önemlidir. Zira temsil yetkisi, eTK m. 319/2 hükümlerinin aksine<sup>50</sup> TTK m. 370 (İBK m. 718) uyarınca yönetim yetkisinden bağımsız olarak

<sup>46</sup> Çamoğlu, *Yönetim Kurulu*, 35, 195; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 89, 102, 133; Kırca (Şehirali Çelik ve Manavgat), *Şirketler*, 593; Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklık*, 137, N. 12-65; Doğan, *Organizasyon*, 274; Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 57, N. 1.70; Thaler, *Notion d'organe*, 34. İsviçre doktrininde İBK m. 754/2'de belirtilmiş olan "yetkinin icrasını başka bir organa devreden" ifadesine istinaden yetkinin başka bir organa devredilmemesi halinde İBK m. 716b uyarınca geçerli yetki devrinin gerçekleşmeyeceği ve dolayısıyla organ sıfatının kazanılmayacağı ileri sürülmüştür. Hâkim görüş, maddede yer alan "başka bir organa" ifadesinin kapsamının sınırlı olarak değerlendirilmemesi gerektiği ve bu ifadenin "organa özgü görevleri etkili bir şekilde yerine getiren herhangi bir kişiyi" kapsayacağı yönündedir. Konu hk. tartışmalar için bkz. Rita Trigo Trindade, *Le conseil d'administration de la société anonyme: composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs* (Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 1996), 156, 206; Andrew M. Garbarski, *La Responsabilité Civil et Pénal des Organes Dirigeants de Sociétés Anonymes*, (Zurich: Schulthess Juristische Medien AG, 2006), 55-56; Blanc, "Délégation", 326; Nicolas Gillard, "La Responsabilité des Administrateurs: Principes et Actions", in *Aspects actuels du droit de la société anonyme: travaux réunis pour le 20ème anniversaire de CEDIDAC (1985-2005)*, editör François Dessemontet, Pierre, André Oberson ve Alain Thévenaz, (Lausanne: CEDIDAC, 2005), 480, dn. 50; Pittet, *Les compétences*, 178; Thaler, *Notion d'organe*, 70 vd.; Bernard Corboz, "Chapitre VI: La responsabilité, Introduction aux articles 752 à 761", *Commentaire Romand, Code des Obligations II, Codes des obligations Art. 530-1186, Loi sur les bourses Art. 22-33 avec une introduction à la Loi sur la fusion*, editör Pierre Tercier ve Marc Amstutz, (Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2008), 1373, N. 34.

<sup>47</sup> Doğan, *Organizasyon*, 11. Yönetim kurulu ve genel müdürlükten oluşan "geniş anlamda yönetim" kendi içinde "gerçek yönetim" ve "icracı yönetim" olarak ikiye ayrılmakta; gerçek yönetim (veya dar anlamda yönetim) altında ele alınan yönetim kurulunun yetkileri, doğrudan kanundan veya esas sözleşmeden, icracı yönetimi ifade eden idarecilerin (idareci müdürler) yetkileri ise "yetki devri" suretiyle kazanılmaktadır (Bkz. Kaplan, "Denetim", 10).

<sup>48</sup> ATF 117 II 432, s. 442, p. 2b (İBK m. 754, günlük iş rutininin dışında kalan ve işletmenin durumu üzerinde belirleyici bir öneme sahip olan kararları alan ve işlemleri icra eden kişilere uygulanır); ATF 128 III 29, p. 3a (30-31: Yürütme organı sorumluluğundan bahsedebilmek için, şirket içi organizasyona göre fiilen şirket yönetimine dahil olan kimsenin, sahip olduğu karar verme yetkisinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesi, yani bağımsız surette ve kendi sorumluluk alanında hareket etmesi gereklidir).

<sup>49</sup> Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 365; Çamoğlu, *Yönetim Kurulu*, 34-35; Mark Bauen; Robert Bermet ve Nicolas Rouiller, *La société anonyme suisse: Droit commercial - Loi sur la fusion - Droit boursier - Droit fiscal*, (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2007), 150, N. 392; Corboz, "La responsabilité", 1369, N. 6; Meier-Hayoz ve Forstmoser, *Droit suisse*, 60, N. 31\*; Xoudis, "Des personnes Morales", 419, N. 23.

<sup>50</sup> Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, 247, N. 12-49. İsviçre Hukuku'nda gerçekleşen 1991 tarihli reform öncesinde de yönetim ve temsil yetkilerinin birlikte devredileceği eski İBK m. 717 altında öngörülmüştü (Ditesheim, *La représentation*, 97).

devredilebilmektedir. Doktrinde bazı yazarlar, yetki devrinin çoğu kez “yönetim ve temsil yetkisini” kapsayacak şekilde gerçekleştiğini ifade etmektedir<sup>51</sup>. Kanaatimizce devredilen yetki ile yetki devrine dayanan oluşturan belgenin kapsam ve içeriği incelenmeli, temsil yetkisinin devri ile yetkiyi devralan murahhas üye veya müdürlerin, devredilen yetki alanında bağımsız karar alma yetkisini devralmaları halinde bu kişiler organ olarak kabul edilmelidir<sup>52</sup>.

Son olarak ticaret siciline tescil işlemi, şekli organ teşekkülü ve özellikle sorumluluk hükümlerinin uygulanması açısından *açıklayıcı* bir unsur olarak<sup>53</sup> değerlendirilmektedir. Zira TTK m. 408 uyarınca genel kurul tarafından seçilen yönetim kurulu üyesi, üyeliği kabul etmekle birlikte yönetim kurulu üyeliğini kazanır. Bir diğer deyişle üye olarak seçilen kişinin göreve başlayabilmesi için tescil ve ilan edilmesi şart değildir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin tescilini düzenleyen TTK m. 354/1(g) uyarınca yapılacak tescil kurucu değil, üçüncü kişilerin bilgilendirilmesini sağlamak adına açıklayıcıdır. İsviçre Federal Mahkemesi’nin 1985 tarihli bir kararı uyarınca<sup>54</sup> istifa etmiş ancak ticaret sicilinde halen müdür olarak kayıtlı görünen bir kimsenin, zarara yol açan eylem veya

<sup>51</sup> Kirca (Şehirli Çelik ve Manavgat), *Şirketler*, 620; Pulaşlı, *Cilt II*, 1354, N. 157; Ditesheim, *La représentation*, 101; Pittet, *Les compétences*, 70).

<sup>52</sup> TTK m. 368 (İBK m. 721) uyarınca yönetim kurulu tarafından atanan ticari temsilci ve ticari vekillerin organ sıfatını haiz olup olmadıkları hususu öğretilen tartışmalı olmakla birlikte kanımızca bağımsız karar alma yetkisini haiz ticari temsilci veya ticari vekillerin organ olarak kabul edilmesi gereklidir (Bkz. Kirca (Şehirli Çelik ve Manavgat), *Şirketler*, 620-621, dn. 630-631; Ditesheim, *La représentation*, 78; Garbarski, *La Responsabilité*, 40; Meier-Hayoz ve Forstmoser, *Droit suisse*, 62, N. 35\*; Xoudis, “Des personnes Morales”, 422, N. 34; Tercier ve Pichonnaz, *Obligations*, 120; N. 494); François Chaudet, *Droit Suisse des Affaires* (Bale, Geneve, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2004), 146; Marco Villa, “Organes de Fait et Organes Apparents”, *La Responsabilité Civil d’Entreprise* (Lausanne: CEDIDAC, 2004), 111, dn. 153). Federal Mahkeme’nin 2019 tarihli 146 III 37 sayılı kararı uyarınca İBK m. 721’e göre atanan ticari temsilci ve ticari vekillerin organ sıfatını haiz olmadıkları belirtilmektedir (ATF 146 III 37, s. 42, p. 5.1.1.1). Kararın kısa özeti için bkz. dn. 62.

<sup>53</sup> Garbarski, *La Responsabilité*, 26; Villa, “Organes de Fait”, 81; Thaler, *Notion d’organe*, 41; Xoudis, “Des personnes Morales”, 419, N. 22; Mehmet Helvacı, “İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Yönetim Kurulu”, *Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1995), 177; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 355; Çamoğlu (Poroy ve Tekinalp), *Ortaklıklar I*, 407, N. 557; Veliye Yanlı ve Nilsson Gül Okutan, “Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini”, *Batider*, C. XXX, S. 4 (2014), 23. *Pulaşlı*, yönetim kurulu üyesi tüzel kişinin seçtiği gerçek kişi temsilcinin tescili hariç olmak üzere yönetim kurulu üyelerinin tescilinin açıklayıcı nitelikte olduğunu belirtmektedir (Bkz. Pulaşlı, *Şirketler*, 379, N. 10, Pulaşlı, “Hukuki Sorumluluk”, 582; Aynı yönde İsmail Kirca, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”, *Batider*, C. XXVIII, S. 2 (2012), 53).

<sup>54</sup> ATF 111 II 480, s. 484, 2a. İlgiliye yönelik olarak kararda belirtilmiş olan “zarara yol açma veya zararını önleme imkânının olması, yani şirketin iş akışını etkileme fırsatına sahip olması” hususunun, iyi niyetli üçüncü kişilerin dış görünüşte organa (*Organstellung İnfølge Kundgabe*) olan güvenlerinin korunmamasına yol açacağı, *Organstellung İnfølge Kundgabe* kavramının sorumlunun şirketin iş akışı üzerinde herhangi bir etkisi olmadığı/olmadığı durumlarda uygulanması gerektiği ve dolayısıyla kararda belirtilen görüşün kabulü halinde kavramın içinin boşaltılmış olacağı belirtilerek doktrinde eleştirilmektedir (Villa, “Organes de Fait”, 136-137; Garbarski, *La Responsabilité*, 48). *Organstellung İnfølge Kundgabe* kavramına yönelik olarak bkz. s. 21 vd.

ihmalinin ortaya çıktığı anda salt ticaret sicilinde kayıtlı olması gerekçesiyle İBK m. 754 kapsamında sorumlu tutulamayacağı; aksine, ilgili kimsenin söz konusu zarara yol açma veya zararı önleme imkânının olması, yani şirketin iş akışını etkileme fırsatına sahip olmasının göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla şekli organ olarak değerlendirilen bir kimsenin hukukî sorumluluğundan bahsedebilmek için o kişinin ilgili zararı önleme konusunda etkin bir pozisyona sahip olması gereklidir<sup>55</sup>.

İsviçre öğretisinde genel kurul tarafından seçilmiş olan yönetim kurulu üyelerinin şekli organ olarak tanımlanması hususunda görüş birliği mevcuttur. Bununla birlikte bazı müellifler, yönetim kurulunun şeklen bir parçası olmasa da iç yönerge gibi şirket içi düzenlemeler yoluyla yönetim kurulu veya yetkili diğer organlar tarafından kendilerine yönetim yetkisi devredilen ve bu yetkileri maddi anlamda icra eden kişileri maddi organ (*organe matériel*) olarak tanımlamakta ve bu kavramın şekli organ kavramından ayrılarak incelenmesi gerektiğini savunmaktadırlar<sup>56</sup>. Bu husustaki tartışmalar esasen 1983 tarihli İsviçre Federal Konseyi Mesajı<sup>57</sup> altında, şekli organ (*organe formel*) ve fiili organ (*organe de fait*) tanımının yanında maddi organdan (*organe matériel*) da bahsedilmiş olmasından ve maddi organ tanımına örnek olarak müdür ve yöneticilerin verilmesinden kaynaklanmıştır. İsviçre öğretisinde şekli organ olarak tanımlanan yönetim kurulu üyeleri haricinde, organa özgü kararlar alarak veya tipik bir organa dair yetkileri icra ederek şirket iradesinin oluşumuna katılan tüm kişiler maddi organ olarak tanımlanmakta ve bu kavram fiili organ kavramıyla eş anlamlı olarak kullanılmaktadır<sup>58</sup>.

## B. FİİLİ ORGAN (*ORGANE DE FAIT*)

Anonim şirketlerde, kanun, esas sözleşme veya yönetim ve temsil yetkisinin devri yoluyla yetkilendirilmiş olan kişilerin temsil ettiği şekli organların haricinde

<sup>55</sup> Bir kimsenin şeklen (kanun, esas sözleşme veya iç yönerge gibi şirket içi düzenlemelerle) müdür sıfatına sahip olması onun organ olduğu ve organ olması dolayısıyla sorumlu tutulmasını gerektirmez. Önemli olan bu kişinin fonksiyonel anlamda görev ifa edip, kendi başına sorumluluk alması ve şirket iradesine katkıda bulunup bulunmamasıdır. Konu hakkında farklı örnekler için bkz. Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 363-365; Xoudis, "Des personnes Morales", 419, N. 23.

<sup>56</sup> Garbarski, *La Responsabilité*, 27, dn. 177'de anılan yazarlar; Tetiana Bersheda Vucurovic, *Civil liability of company directors and creditor protection in the vicinity of insolvency: comparative analysis based on the Swiss and English systems* (Zurich: Schulthess Juristische Medien AG, 2007), 221, dn. 857'de anılan yazarlar; Doğan, *Organizasyon*, 11, dn. 23, 12, dn. 24'te anılan yazarlar. Xoudis, yönetim kurulu üyelerini kanuni şekli organ (*organe formel légal*) olarak, İBK m. 716b uyarınca kendilerine devredilen yönetim yetkisi uyarınca şirket iradesinin oluşumuna etkin biçimde katılan kişileri yasal şekli organ (*organe formel statuaire*) olarak tanımladıkları suretiyle şekli organ kavramını iki ayrı başlık altında incelemektedir (Xoudis, "Des personnes Morales", 419, N. 22-23).

<sup>57</sup> Message 1983, no 361, s. 963.

<sup>58</sup> Chaudet, *Droit des Affaires*, 146; Pittet, *Les compétences*, 150, dn. 401; Thaler, *Notion d'organe*, 19; Bauen, Bernet ve Rouiller, *La société anonyme*, 150, N. 391; Garbarski, *La Responsabilité*, 27, dn. 177'de anılan yazarlar; Meier-Hayoz ve Forstmoser, *Droit suisse*, 61, N. 31a\*; Villa, "Organes de Fait", 83; Xoudis, "Des personnes Morales", 419, N. 24, dn. 68; Bilgili, *İsviçre*, 32; Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 59, N. 1.73.

de, şirket işleyişi içinde herhangi bir yetkilendirme veya görevlendirilme öngörülmeksizin şirket iradesinin oluşumuna katılan ve icra edilen yetkileri tek başına kullanabilen kişilerin varlığı da mümkündür. Gerçek veya tüzel olabilen bu kişiler, fiili organ olarak nitelendirilmektedir<sup>59</sup>. Dolayısıyla fiil organı şekli organdan ayıran en temel ölçüt, fiili organın, kanun, esas sözleşme veya iç yönerge uyarınca yapılan herhangi bir görevlendirme olmamasına rağmen yönetim ve temsil ile görevli organlara özgü işlevleri elinde bulundurması<sup>60</sup> ve bunları bağımsız olarak kendi sorumluluğu altında kullanarak şirketin iradesinin oluşumuna katılabilmesidir<sup>61</sup>. Şekli organlar dışında fiilen yönetimle görevli kimselerin fiili organ olarak nitelendirilmesinin sonucu olarak bu kişiler tarafından şirket adına yapılan hukuki işlemler tüzel kişiyi bağlayacak olup bu kişilerin hukuka aykırı fiilleri dolayısıyla tüzel kişiyi sorumlu tutmak mümkün olacaktır<sup>62</sup>. Ayrıca tıpkı şekli organlar gibi fiili organlar da TTK m. 549 vd. hükümlerine tabi olacaktır.

İsviçre doktrininde bazı yazarlar fiili organı, maddi organ tanımı ile paralel olacak şekilde, “*yönetim kurulunun şeklen üyesi olmasa da idari yetkileri maddi olarak haiz olan kişiler*”<sup>63</sup> olarak tanımlanmışlardır. İsviçre Federal

<sup>59</sup> Türk doktrininde fiili organ kavramında mutabakat sağlanmış değildir. *Poroy/Tekinalp, Ü./Tekinalp, G.*, “fonksiyonel organ” tanımını (Poroy; Tekinalp, Ü ve Tekinalp, G., “Ortaklıklar”, 349), *Helvacı*, “olgu organ” tanımını (Helvacı, *Sorumluluk*, 9), *Karayalçın* ise, “fiili yönetici” tanımını daha uygun bulmaktadır (Yaşar Karayalçın, “Üst Kuruluşlar Hukuku”, *Batider*, C. XVI, S. 1 (1991), 41).

<sup>60</sup> Garbarski, *La Responsabilité*, 29, 32, Villa, “Organes de Fait”, 85 vd; Bastian, *Délégation*, 371; Corboz, “La responsabilité”, 1369, N. 6; Robertino Lei Ravello, *La responsabilité Solidaire des Organes de la Société Anonyme* (Lausanne: Imprimerie des Arts et Métiers SA, 1992), 42, N. 52; Marie-Noëlle Zen-Ruffinen ve Marc Bauen, *Le conseil d’administration* (Zurich: Schulthess Editions romandes, 2017), 35, N. 79; İsviçre Federal Mahkemesi, 102 II 353 (s. 359, p. 3) sayılı kararında fiili organı “*kamufle edilmiş yöneticiler*” olarak ifade etmiştir.

<sup>61</sup> Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 356-357, Doğan, *Organizasyon*, 13; Tandoğan, *Mesuliyet*, 127; Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 60 vd; Xoudis, “Des personnes Morales”, 418, N. 21, 419, N. 24.

<sup>62</sup> Şekli ve fiili organlar tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı fiillerin tüzel kişiyi bağlaması hususunda herhangi bir tartışma olmamakla beraber fiili organlar tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemlerin tüzel kişiyi bağlamayacağı ileri sürülmektedir. Federal Mahkeme, 09.10.2019 tarihinde almış olduğu 146 III 37 sayılı kararı uyarınca hukuki işlemlerin kurulması bakımından bir anonim şirketi üçüncü kişilere karşı kimlerin temsil edebileceğini izah etmiştir. Kararında mahkeme, anonim şirketlerin (i) İBK m. 718 uyarınca organları (yönetim kurulu üyeleri ile muhahhaslar), (ii) İBK m. 721 uyarınca organ sıfatını haiz olmayan ticari mümessilleri ve diğer ticari vekilleri veya (iii) İBK m. 32 vd. hükümleri uyarınca kendilerine temsil yetkisi verilen kişiler tarafından temsil edildiğini, ancak bu üç durumdan birinin varlığı halinde şirketin ilgili hukuki işlemle bağlanacağını, fiili organ olarak nitelendirilen bir kimse tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemin tüzel kişiyi bağlayacağını kabul etmenin hukuk sistemine aykırı düşeceğini ifade etmiştir (bkz. ATF 146 III 37, s. 42, p. 5.1.1.1). Benzer yönde karar için bkz. ATF 141 III 159, s. 164, p. 2.3. Konu hk. bkz. Pınar Altınok Ormancı, “Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri ile Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, S. 79(4) (2021), 1277-1278.

<sup>63</sup> Pittet, *Les compétences*, 150; Chaudet, *Droit des Affaires*, 146. *Tercier/Pichonnaz/Develioğlu*, fiili olarak üçüncü kişilerin gözünde yönetici gibi davranan kişilerin fiili organ olarak tanımlanması gerektiğini ve bu açıdan belirleyici olanın bu kişilerle ilişkiye giren iyi niyetli üçüncü kişilerin algıları olduğunu belirtmiştir (bkz. Pierre Tercier; Pascal Pichonnaz ve Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 116, N. 358).

Mahkemesi'nin 2001 tarihli bir kararı uyarınca<sup>64</sup> fiili organ tanımını son gerece geniş yapılmış olup, “organlara özgü kararları fiili olarak alan veya etkin bir şekilde yönetimle uğraşan ve bu sayede şirketin iradesinin oluşmasına belirleyici bir şekilde katkıda bulunan kişiler”, fiili organ olarak değerlendirilmiştir. Fiili organ, İsviçre Federal Mahkemesi'nin başka kararlarında “işletmenin kumanda kolunu elinde tutan kişiler<sup>65</sup>” veya “tüzel kişinin iradesini ifade eden doğal kanallar<sup>66</sup>” olarak ifade edilmiştir. Son olarak 2010 tarihli bir İsviçre Federal Mahkemesi kararında, ticaret sicilinde yönetim kurulu üyesi olarak kayıtlı olup herhangi bir yetkiyi icra etmeyen kimseler (kararda *saman adam* olarak nitelendirilmiştir) ile tek pay sahipli şirketlerde sıklıkla karşılaşıldığı üzere, yönetim kurulu üyesi sıfatını taşımaksızın bu fonksiyonu icra eden kimseler de (kararda *sahne arkasından ipleri çeken kimseler* olarak ifade edilmiştir) fiili organ olarak tanımlanmıştır<sup>67</sup>.

### 1. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Fiili Organda Aradığı Kriterler

İsviçre Federal Mahkemesi, fiili organın nitelikleri konusunda iki ek şartın varlığını aramaktadır. İlk olarak fiili organın, “uzun süreli ve devamlı olarak şirketin yönetimine katılması” gerekmektedir<sup>68</sup>. Başka bir deyişle, şirketin yönetimine yönelik olarak yapılan münferit veya geçici yetkilendirmeler fiili organın oluşumu için yeterli görülmemektedir<sup>69</sup>. Fiili organ oluşumunu görev süresi ve devamlılığına tabi tutan bu görüş, bir defaya mahsus görevlendirme yapıp fiili organ olarak görev icra eden kimselerin sorumluluğuna gidilmesine engel teşkil edeceğinden, farklı yazarlarca eleştirilmektedir<sup>70</sup>. Özellikle kriz zamanların-

<sup>64</sup> ATF 128 III 92, s. 93, p. 3a: «... mais aussi les personnes qui prennent en fait les décisions réservées aux organes ou s'occupent effectivement de la gestion et contribuent ainsi de manière déterminante à former la volonté de la société...»

<sup>65</sup> ATF 122 III 225, s. 227, p. 4b; ATF 61 II 339, s. 342, p. 2 (les personnes qui tiennent les leviers de commande de l'entreprise).

<sup>66</sup> ATF 81 II 223, s. 227 (Aussi bien l'organe est-il, selon l'art. 55, le canal naturel par lequel s'exprime la volonté de la personne morale).

<sup>67</sup> TF 4A\_555/2009, 4A\_561/2009 du 03.05.2010, p. 2.3: «... Est ainsi responsable aussi bien celui qui est inscrit au registre du commerce comme administrateur sans exercer cette fonction (l'homme de paille) que celui qui, sans porter le titre d'administrateur, tire les ficelles en coulisse - comme c'est souvent le cas de l'actionnaire unique - et que l'on appelle l'administrateur de fait...» Ayrıca bkz. Corboz, “La responsabilité”, 1369, N. 4; Xoudis, “Des personnes Morales”, 419, N. 21; Garbarski, *La Responsabilité*, 28.

<sup>68</sup> ATF 128 III 29, s. 33, p. 3(c): «... La qualité d'organe de fait ne peut être attribuée qu'à une personne qui, sous sa propre responsabilité, exerce une responsabilité permanente pour certaines décisions (...) Ni un acte isolé, ni encore une simple activité d'assistance dans une position subordonnée ne suffit à fonder une responsabilité...» Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi, görevlendirmenin ne kadar sürmesi gerektiği konusunda bir görüş belirtmemiş olup bu hususu hâkimin takdirine bırakmıştır (Bkz. Garbarski, *La Responsabilité*, 31-32; Vucurovic, *Civil Liability*, 225).

<sup>69</sup> Thaler, *Notion d'organe*, 116-118; Villa, “Organes de Fait”, 88-89; Gillard, “La Responsabilité”, 473.

<sup>70</sup> Garbarski, *La Responsabilité*, 31; Rita Trigo Trindade ve Henry Peter, “Responsabilité des organes de gestion dans un groupe de sociétés: commentaire des ATF 128 III 29 et 128 III 92”, in RSDA (Zurich: Schulthess Juristische Medien AG, 2002), 256; Vucurovic, *Civil Liability*, 225-226; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 360, dn. 953'te anılan yazarlar, 361; Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 66, N. 1.83.

da yetkilendirilen kimselerin veya hâkim ortağın bir defalığına şirket açısından önemli bir karar vermesi halinde, bu kişilerin uzun süreli ve devamlı olarak görev yapmamış olması dolayısıyla sorumluluklarının söz konusu olmayacağı sonucuna varmak fiili organ tanımını oldukça daraltacaktır. Bu nedenle kanımızca fiili organ tanımında “sürekli ve uzun süreli görev yapma” kriterinin belirleyici bir unsur olarak ele alınmaması, bu kriterden ziyade icra ettiği görevin “niteliğinin” ön plana çıkarılması gerekmektedir. Bu bağlamda belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, ticaret sicilinde tescil edilmiş olan müdür veya imza yetkisi olan kimselerin, salt bu yetkileri haiz olması dolayısıyla sorumluluklarının doğmayacağı ve fakat sorumluluğu gerektiren ilgili görevi bağımsız olarak icra etmeleri ve şirketin iradesini etkilemeleri halinde sorumluluklarının gündeme geleceğidir. Zira imza yetkisine sahip olmak veya şeklen ticaret sicilinde tescil edilmiş bir müdür sıfatını haiz olmak, icra yetkisinin emanet edildiği ilgili organın işlevini yerine getirdiğine dair bir kanıt oluşturmayacaktır<sup>71</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin fiili organın nitelikleri konusunda aradığı ikinci ek şart, tipik bir organa dair yetkilerin icrası dolayısıyla şirket iradesinin oluşumuna katılma unsurudur<sup>72</sup>. Başka bir deyişle bir kimsenin fiili organ olarak tanımlanabilmesi için o kişinin şirketin iç organizasyonu uyarınca ilgili görev veya pozisyon için tanımlanmış yetkileri haiz olması ve bu yetkileri icra etmesi gereklidir<sup>73</sup>. Dolayısıyla şirketin iradesinin oluşumuna etki etmeksizin, belli bir konuda danışmanlık hizmeti veren kimseler fiili organ sıfatını kazanamazlar<sup>74</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları uyarınca karar alma sürecinde şirket yönetimine dair yetki alanına atfedilebilecek her türlü münferit eylem veya karara yönelik olarak iş birliği yapmak veya destekte bulunmak<sup>75</sup>, fiili organın teşekkülü için yeterli değildir. Dahası, şirket organları tarafından alınacak kararlar üzerinde

<sup>71</sup> ATF 114 V 213, s. 218, p. 4(e); Villa, “Organes de Fait”, 89; Chaudet, *Droit des Affaires*, 147; Xoudis, “Des personnes Morales”, 420, N. 24; Aynı yönde, Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 359, 365.

<sup>72</sup> ATF 128 III 92, s. 94, p. 3b: “... l'influence sur la gestion d'une société doit avoir lieu à partir d'une position typique d'un organe pour qu'une personne obtienne le statut d'organe effectif...” İlgili kararın incelemesi için bkz. Henry Peter, “Les nouvelles sources de responsabilité des administrateurs en droit des sociétés”, in *Nouvelles responsabilités pour le conseil d'administration*, (Bellinzona: Méta-Éditions, 2005), 15-16.

<sup>73</sup> Villa, “Organes de Fait”, 87; Trigo Trindade ve Peter, “Responsabilité”, 256; Bastian, *Délégation*, 373; Peter, “Responsabilité”, 14.

<sup>74</sup> Garbarski, *La Responsabilité*, 43; Villa, “Organes de Fait”, 88; Trigo Trindade ve Peter, “Responsabilité”, 256; Corboz, “La responsabilité”, 1370, N. 14.

<sup>75</sup> ATF 128 III 29, s. 31, p. 3(a), ATF 117 II 570, s. 573, p. 3. Bu çerçevede yönetim kurulunun TTK m. 366/2 (mehaz hükmü İBK m. 716a/2) uyarınca şirketin iç işleyişi veya iç denetimi konularında hazırlık ve danışmanlık görevini ifa etmek üzere kurabileceği komite veya komisyonların organ sıfatı bulunmamaktadır. Zira bu madde altında yönetim kurulu, sahip olduğu yetkileri komite/komisyonlara devretmemekte ve fakat bunların fiili olarak kullanımı hususlarında yetki paylaşımında bulunmaktadır (Kırca (Şehirali Çelik ve Manavgat), *Şirketler*, 479-480; Trigo Trindade, *Le conseil*, 157; Pittet, *Les compétences*, 60; Doğan, *Organizasyon*, 79; Duygu Demirel, “Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2 (2017), 223, dn. 45).

etkileri olsa bile dışarıdan atanan danışmanların (*conseiller externe*)<sup>76</sup> fiili organ sıfatını haiz olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır<sup>77</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin organ kavramını tanımlarken süreç içinde daha dar bir yorum şeklini benimsemiş olduğu anlaşılmaktadır. 1991 tarihli 117 II 432 kararında<sup>78</sup> “*günlük iş rutininin dışında kalan ve işletmenin durumu üzerinde belirleyici bir öneme sahip olan kararları alan ve işlemleri icra eden kişiler*”i fiili organ olarak tanımlanmıştır. Ancak Federal Mahkeme, aynı yıl vermiş olduğu 117 II 570 sayılı kararında fiili organı daha dar kapsamda tanımlamış olup “*yönetim organının yetkisine giren konulara ilişkin kararların alınmasında önemli ölçüde hazırlık ve temel hususları aşacak biçimdeki desteği fiili organ oluşumu için yeterli*” sayarak yönetime ilişkin sorumluluğun *genellikle şirketin üst yönetimine, hiyerarşik açıdan en üst düzeyde yer alan yöneticilere ait olduğu* fikrini benimsemiştir<sup>79</sup>. Bu karara atıfta bulunan 2001 tarihli 128 III 29 sayılı kararında da “*hiyerarşik açıdan alt düzeyde yer alan çalışanlar, kararların hazırlanması veya icra edilmesi bağlamında büyük önem taşıyan kararlar alsalar bile organ olarak kabul edilmezler*” ifadesiyle bu anlayışını teyit etmiştir<sup>80</sup>. Dolayısıyla alt bir kademede yardımcı pozisyonda (*position auxiliaire*) görev ifa eden ve kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak karar alamayan bir kimsenin fiili organ olarak nitelendirilemeyeceğine hükmetmiştir.

<sup>76</sup> Dışarıdan atanan danışmanların sorumlulukları şirket ile aralarında akdettikleri sözleşme uyarınca (vekalet veya iş sözleşmesi) belirlenecek olup bu kişiler, TTK veya İBK'nın organ sorumluluğunu düzenleyen maddeleri uyarınca sorumlu olmayacaktır.

<sup>77</sup> Bununla birlikte İngiliz Hukuku'nda 2006 tarihli Şirketler Kanunu (*Companies Act 2006*) Bölüm 251, 1986 tarihli İflas Kanunu (*Insolvency Act 1986*) Bölüm 251 ve 1986 tarihli Şirket Yöneticileri Diskalifiye Kanunu (*Company Directors Disqualification Act 1986*), Bölüm 22 (5) uyarınca, talimatlarına ve direktiflerine uygun şekilde hareket edilen kişiler, gölge müdür (*shadow director*) olarak tanımlanmış olup (öğretide *de facto* müdür), salt mesleki danışmanlık hizmetleri çerçevesinde verilen tavsiyeler gölge müdürün varlığı için yeterli sayılmamaktadır. Dolayısıyla dışarıdan atanan bir gölge müdürün talimat veya direktif vermesi ve bu talimat veya direktifin şirket yönetim kurulu üyeleri üzerinde bağlayıcı etki doğurmasına bağlı olarak gölge müdürün fiili organ teşkil edeceği ileri sürülmektedir. Gölge müdürlerin hangi durumlarda fiili organ teşkil edeceğine yönelik bkz. *Secretary of State for Trade and Industry vs. Deverell [2000] 2 BCLC*, s. 150 vd.; *Tasbian Ltd. (No. 3) [1992] BCC 358*. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Garbarski, *La Responsabilité*, 37-38.

<sup>78</sup> ATF 117 II 432, s. 442, p. 2b: “... *lorsqu'une personne exerce ses activités et prend des décisions qui ne font plus partie de la routine des affaires courantes, mais qui ont une importance entrepreneuriale...*”.

<sup>79</sup> ATF 117 II 570, s. 573, p. 3: “... *Une simple aide à la prise de décision ne suffit pas (...). D'autre part, la responsabilité d'entreprise en vertu du droit des sociétés par actions n'a lieu que si les compétences des parties concernées vont bien au-delà de la préparation et de l'acquisition des principes de base et se condensent en une participation décisive à la formation de la décision. Il est donc vrai que la responsabilité en vertu du droit des sociétés par actions pour la gestion d'une société n'affecte que la haute direction d'une société, la couche supérieure de la hiérarchie...*». Chaudet, *Droit des Affaires*, 147; Forstmoser, Sprecher ve Töndury, *Personal Liability*, 144; Corboz, “La responsabilité”, 1370; Meier-Hayoz ve Forstmoser, *Droit suisse*, 61, 31a\*.

<sup>80</sup> ATF 128 III 29, s. 31, p. 3(a): “... *En tout état de cause, les employés à un niveau hiérarchiquement subordonné ne peuvent pas être considérés comme des organes, même s'ils prennent des décisions d'une importance considérable dans le cadre de la préparation ou de l'exécution de décisions...*» Bastian, *Délégation*, 372; Garbarski, *La Responsabilité*, 39; Thaler, *Notion d'organe*, 17; Villa, “Organes de Fait”, 88; Meier-Hayoz ve Forstmoser, *Droit suisse*, 61, N. 31a\*.



## 2. Yargıtay'ın Fiili Organ Kavramına Yaklaşımı

Yargıtay'ın organ kavramı tanımlanmasına ilişkin olarak, 11.06.2003 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararı<sup>81</sup> uyarınca tüzel kişinin organının sözleşme dışı sorumluluğunun belirlenmesinde TMK m. 50 (eMK m. 47 ve 48) hükmünden yararlanılması gerektiği ve organ kavramının fazla daraltılarak yalnız kurul organların organ sayılmasının her zaman yeterli olmayacağı belirtilmiştir. Yargıtay, 2012 yılında vermiş olduğu bir kararında<sup>82</sup> “*resmi kayıtlarda görünmeyen kimselerin şirketi fiilen yönettiklerinin tespiti halinde bunların da somut olayla ilgili olarak haksız eylem hükümleri uyarınca sorumlu olup olmadıklarının tartışılması gerektiği*” vurgulanarak şekli organlar haricinde fiili organların varlığını kabul etmiştir. Yargıtay'ın 2014 tarihinde vermiş olduğu başka bir kararda<sup>83</sup> ise doktrin ve Federal Mahkeme içtihatlarında kabul gören kıstaslara uygun olarak fiili organın eTK m. 336 uyarınca sorumluluğunun söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla Yargıtay'ın İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına paralel olarak organ kavramını fiili organları da kapsayacak şekilde (henüz dış görünüşte organ izlenimini veren organa yönelik bir içtihatla bulunmamakla birlikte) geniş yorumladığı gözlemlenmektedir.

<sup>81</sup> YHGK, 11.06.2003, E. 2003/4-359, K. 2003/406: “MK'nın 47 ve 48'inci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde “organ” kavramının kapsamına “tüzel kişinin varsayılan idaresinin oluşmasında ve açıklanmasında aracı olan kurul organlar” girer. **Ancak organ kavramını fazla daraltarak yalnız kurul organları, organ saymak her zaman yeterli olmayabilir.** Madem ki organ tüzel kişinin (varsayılan) iradesinin oluşmasına ve açıklanmasına yol açmaktadır, şu hâlde kanun veya kuruluş belgeleri dolayısıyla belirli konularda karar verebilme ve icra edebilme yetkisine haiz olan kişileri de organ sayabiliriz.”

<sup>82</sup> Y. 11. HD, 12.02.2012, E. 2010/5559, K. 2012/5966.

<sup>83</sup> Y. 23. HD, 24.01.2014, E. 2013/7191, K. 2014/420: “... bir kimsenin anonim şirketlere özgü sorumluluk hükümlerine (TTK md 336) tabi olabilmesi için organ vasfına sahip olması gerektiği, yasa, ana sözleşme veya iç yönetmelikte organ olarak anılmış olma zorunluluğu, organ vasfını haiz olmanın bir şartı olmadığı, **anonim şirketlerde bir kimsenin organ vasfını haiz olup olmadığı değerlendirilirken, onun şirketin iradesinin oluşumuna katılıp katılmadığına ve bu esnada tüzel kişinin önemli görev alanlarında bağımsız karar alma yetkisi bulunup bulunmadığına bakılması gerektiği, bu bağlamda organ vasfı ana sözleşme ve yasadan veya fiiliyattaki organizasyon yapısından ileri gelebileceği, dolayısıyla organ vasfı yalnızca formel anlamda bunların organ olup olmadığına bakılarak değil, maddi anlamda bir organ vazifesi üstlenip üstlenmedikleri yani fiiliyatta bu kimselerin şirketin amaçlarından doğan veya bu amaca yönelik bir işlevi yerine getirip getirmediği dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği, sorumluların kapsamı belirlenirken sadece şekli kıstaslara uyan kimselerin organ olarak değerlendirilmesi sorunun çözümü için yeterli bulunmadığı, şeklen bu kıstaslara uymayan ancak, fiili anlamda bir organın vazifelerini gören kimselerin de söz konusu sorumluluk hükümlerine tabi tutulmaları gerektiği, sorumluluğun şekli organlarla sınırlandırılması, bu nevi fiili organların sorumluluk hükümlerinden muaf tutulması anlamına geleceği, bu nedenle gerek içtihatlarda gerekse doktrinde fonksiyonel organ kavramından hareketle iradenin teşekkülüne ya da açıklanmasına iştirak eden veya idare ve temsil görevine katılan kimseler de “organ” olarak nitelendirileceği, böylelikle tüzel kişinin resmen organ sıfatını kazanmış organlarının dışında bulunan, fakat gerek konum, gerek yetkileri nedeni ile ortaklık iradesinin oluşması ve veya dışarıya yansıtılması hususunda etkin olan bütün şahıslar organ olarak nitelendirilebileceği, fiili organların sorumluluk hükümlerine dahil edilmesiyle sadece üçüncü kişilerin korunmasının sağlanmış olmayıp aynı zamanda tüzel kişinin iradesinin oluşmasında etkili oldukları halde resmen organ olarak görünmeyen fiili yöneticiler de sorumluluk zincirine dahil edilmiş olacakları...”**

### C. DIŞ GÖRÜNÜŞTE ORGAN İZLENİMİNİ VEREN ORGAN (*ORGANSTELLUNG DURCH/INFOLGE KUNDGABE VEYA ORGANE APPARENT*)

*Forstmoser*, fiili organ tanımlamasını daha geniş yorumlayarak, harici şartlar ve görünüşe güven ilkesi uyarınca organ sıfatının kazanılabileceğinin mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Bu çerçevede yazar, bir şirketin alacaklılarına gönderdiği bir yazıda bir kimseyi ticaret sicilde kayıtlı olmamasına rağmen yönetim kurulu üyesi gibi takdim ederse veya ast-üst ilişkisine tabi bir çalışanın, önemli işlere ilişkin olarak tek başına karar vermeye yetkili olduğuna dair dışarıya karşı izlenim verirse<sup>84</sup>, iyi niyetli üçüncü kişilerin yaratılan bu dış görünüşe duydukları güvenlerinin korunması gerektiğini ve güven ilkesi uyarınca bu kişilerin (*Organstellung durch/Infolge Kundgabe veya organe apparent*) de organ olarak tanımlanması gerektiğini belirtmiştir<sup>85</sup>. *Forstmoser* tarafından ileri sürmüş olan bu hukuki kurum, İsviçre doktrininde kavramsal olarak kabul görmüş olmakla birlikte somut olay özelinde görevi sona ermiş olmasına rağmen ticaret sicinde terkin edilmemiş olan yöneticiler açısından değerlendirilmiştir<sup>86</sup>. *Forstmoser*'a göre bu organın önemi açılacak sorumluluk davalarında davacı tarafın belirlenmesine yöneliktir: şekli ve fiili organa karşı dava açabilecekler arasında şirket, alacaklılar ve pay sahipleri yer aldığı halde, *Organstellung Infolge Kundgabe*'e yönelik olarak sadece iyi niyetli alacaklılar ve pay sahipleri dava açabilecektir, zira şirket, dış görünüşte organ izlenimini veren organlara yönelik olarak güveninin zedelenmediği iddiasında bulunamayacaktır<sup>87</sup>. Konu hakkında İsviçre Federal Mahkemesi, 117 II 570 sayılı kararında<sup>88</sup>, ilk defa *Forstmoser* tarafından geliştirilmiş olan bu tanıma atıfta bulunarak, güven prensibi uyarınca ve dış görünüşe istinaden organın teşekkül edebileceğini ve bu organın fiili organın bir varyasyonu olduğunu

<sup>84</sup> *Kırca*, geçersiz surette alınmış olan bir genel kurul kararına istinaden seçilmiş ve fakat tescil edilmemiş olan bir yönetim kurulu üyesinin, şirketin müşterilerini şirket merkezinde kabul etmesi, şirketin antetli kağıtlarını kullanması veya ilgili üyenin imzasının bulunduğu kararların üçüncü kişilere ibrazı gibi durumlara şirketin ses çıkarmaması halinde iyi niyetli üçüncü kişilerin yaratılan bu görünüşe güvenlerinin korunması gerektiğini ifade etmektedir (*Kırca*, İsmail, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Kararın Hükümsüzlüğü", *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. I (İstanbul: Beta Yayınevi, 2003), 501-502).

<sup>85</sup> Peter Forstmoser, "Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht", in *Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz* (Berne: Stämpfli Editions, 1982), 134-135; Forstmoser, Sprecher ve Töndury, *Personal Liability*, 142, N. 12, 145, N. 25; Garbarski, *La Responsabilité*, 47 vd; Trigo Trindade ve Peter, "Responsabilité", 254; Ditesheim, *La représentation*, 76; Pittet, *Les compétences*, 151-152; Bastian, *Délégation*, 374; Villa, "Organes de Fait", 108 vd.; Xoudis, "Des personnes Morales", 420, N. 26; Thaler, *Notion d'organe*, 19 vd.; Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 67 vd.

<sup>86</sup> Garbarski, *La Responsabilité*, 49; Pittet, *Les compétences*, 152; Thaler, *Notion d'organe*, 22; Vucurovic, *Civil Liability*, 219.

<sup>87</sup> Garbarski, *La Responsabilité*, 48; Villa, "Organes de Fait", 138-139; Thaler, *Notion d'organe*, 22.

<sup>88</sup> ATF 117 II 570, s. 571, p. 3: "... Dans la littérature plus récente, il est également souligné que le statut d'un organe doit être assumé même si, selon le principe de confiance, une telle position peut être conclue à partir de circonstances extérieures (FORSTMOSER, loc. cit., p. 214/5, paragraphes 676 et suivants)..."

belirtmiştir. *Organstellung Infolge Kundgabe* tanımı İsviçre doktrininde yaygın olarak kabul edilmekte olup bu organların hukuka aykırı fillerinin şirkete izafe edilip edilmeyeceği hususu tartışmalıdır. *Garbarski*, güven uyandıran dış görünüşün mutlak surette tüzel kişiye izafe edilemeyeceğini, zira İBK m. 754 vd. hükümlerinin zarar gören şahısların ilgili sorumlulara doğrudan başvurmalarını sağlama amacını güttüğünü ve organların davranışları sebebiyle şirketin dolaylı olarak sorumlu olmasının amaçlanmadığını savunmaktadır<sup>89</sup>.

### 1. Ticaret Sicilinin Olumlu ve Olumsuz Etkisi Bakımından

Türk Hukuku doktrininde konuya yönelik tartışmalar, ticaret sicili nezdinde tescil ve ilanı zorunlu olan<sup>90</sup> hususlar bakımından ticaret sicili kayıtlarının üçüncü kişiler üzerindeki *olumlu etkisine* ilişkin TTK m. 36/3 (eTK m. 39/1) maddesi bağlamında yapılmaktadır. Sicilin olumlu etkisi, ticaret siciline tescil ve ilan yükümlülüğünü yerine getiren şahsın (ilgilinin) çıkarlarının korunması amacıyla öngörülmüştür<sup>91</sup>. Kanunî bir karineyi ortaya koyan bu madde uyarınca üçüncü kişilerin, TTK m. 36/3 gereğince kendileri hakkında hüküm ifade etmeye başlayan kayıtları bilmedikleri yolundaki iddiaları dinlenmemektedir<sup>92</sup>. Anılan hükme göre kanunen sicile kaydedilmesi gereken bir husus sicile tescil ve buna bağlı olarak ilan edilmişse, üçüncü şahıslar bu kayıtları bilmediklerini iddia edemez-

<sup>89</sup> Garbarski, *La Responsabilité*, 49; Villa, "Organes de Fait", 134; Thaler, *Notion d'organe*, 22; Xoudis, "Des personnes Morales", 421, N. 27. *Gillard*, Forstmoser ve Federal Mahkeme'nin İBK m. 752 vd. hükümlerinin tatbik edileceği yeni bir organ kategorisi yaratma amacında olmadığını, aksi halde anonim şirketlerdeki sorumlu çevresinin güven prensibi uyarınca genişletilebileceğini ileri sürmüştür (Gillard, "La Responsabilité", 473).

<sup>90</sup> Ticaret siciline kayıt işlemleri kural olarak bildiri etkiye sahiptir. Örneğin tacirin ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmesi, tacir sıfatının doğumu açısından kurucu etkiye sahip değildir. Ancak tescil yeni bir hukukî durumun doğmasına sebep oluyorsa bu durumda tescil kurucu etkiye sahiptir. Kurucu etkiye sahip tescil işlemlerine örnek olarak ticaret şirketlerinin tüzel kişilik kazanmaları veya esas sözleşme değişikliği içeren genel kurul kararlarının tescil edilmesi verilebilir (bkz. Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018), 271; Yaşar Karayalçın, "Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri", *Batider*, C. VIII, S. 2 (1975), 7-10; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, (Bursa: Dora Yayınları, 2020), 107-108; Mehmet Bahtiyar, "6102 Sayılı TTK'da, Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı da Gereken Hususlar Sorunu (m. 35/3)", *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 3, S. 2 (2013), 4-5; Mustafa Çeker, *Ticaret Hukuku Genel Esaslar*, (Adana: Karahan Kitabevi, 2016), 78-79; Hüseyin Ülgen, *Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama)* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005), 146). TTK m. 12/2 uyarınca (eTK m. 14/2) "görünüşte tacir" sayılma kavramı hk. detaylı açıklamalar için bkz. Ülgen, *Hukuki Görünüş*, 72 vd.

<sup>91</sup> Asuman Yılmaz, "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Sicilinde Hukukî Görünüşe Güven (TTK m. 37)", *Batider*, C. XXX, S. 3 (2014), 67; Karayalçın, "Sicil", 14 vd.; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004), 190-191; Ülgen, *Hukuki Görünüş*, 166; İsviçre Hukuku'nda da aynı tartışmanın yapıldığına yönelik olarak bkz. Garbarski, *La Responsabilité*, 49 ve 49, dn. 354'te belirtilen yazarlar.

<sup>92</sup> Arkan, *Ticari İşletme*, 272; Çeker, *Ticaret Hukuku*, 79; Sami Karahan, *Ticari İşletme Hukuku* (Konya: Mimoso Yayınları, 2015), 135; Hayri Domaniç ve Erol Ulusoy, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, (İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2007), 262; Yılmaz, "Sicil", 67; Karayalçın, "Sicil", 15; Konu hk. bkz. ATF 109 II 388, s. 344, p. 2c, ATF 98 II 211, s. 215, p. 4a.

ler<sup>93</sup>. Bahsedilen hususu örneklendirecek olursak, yönetim kurulu tarafından TTK m. 36/7 hükümlerince çıkarılacak iç yönergeye istinaden TTK m. 371/7 uyarınca sınırlı yetkili ticari vekil ve diğer tacir yardımcısı atanması halinde bu kimselerin yetkilerindeki sınırlamaların üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edebilmesi için tescil ve ilan şarttır<sup>94</sup>. Söz konusu sınırlamaların ticaret siciline tescil ve ilan edilmesiyle TTK m. 36/3 uyarınca sicilin olumlu etkisi devreye girmekte ve üçüncü kişilerin bu sınırlamaları bilmedikleri iddiası dinlenmemektedir<sup>95</sup>. Öğretide *Karayalçın*<sup>96</sup>, eTK 39/1 ile üçüncü kişilere sicil ilanlarını muntazam bir şekilde takip külfetinin dolaylı bir şekilde tahmil edildiğini ve bu mükellefiyetin normal şartlar altında yerine getirilmesi mümkün olmayan hallerde iyi niyetli üçüncü şahısların korunması gerektiğini ifade etmektedir. Aksi görüşte olan *Ülgen*, kanun koyucunun üçüncü kişilerin tescil ve ilan edilen hususları (tescil ve ilan edilmesi gereken şartın gerçekten mevcut ve hukuken geçerli olması halinde) bilmek ve dolayısıyla sicil ilanlarını muntazam bir şekilde takip etmekle yükümlü olduklarını tayin etmiş olduğunu belirtmiştir<sup>97</sup>. Ayrıca *Ülgen*, eTK m. 38 ve 39/1 hükümlerinin uygulama alanına giren hallerde hukukî görünüşün söz konusu olmayacağını zira bu hükümlerin üçüncü kişileri bir hukukî görünüş olgusu teşhis edip bu itibarla işlem yapmaya sevk etmediğini, aksine tescil ve ilan edilen hususların üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinde ispat bakımından düzenleme getirmiş olduğunu savunmuştur. *Battal*, eTK m. 39/1'in gerekçelerinin, ticarî hayatla ilgili gerekli bilgilerin sicilden veya sicil gazetesinden öğrenilebileceği (ve öğrenilmiş sayıldığı) varsayımından yola çıktığını, ilgililer için ağır hukukî sonuçlar öngördüğünü ve bu sebeple fiilî duruma uygun olmadığını savunmaktadır. *Battal*'a göre kaynağını MK m. 2'den alan güven ilkesine dayanan dış görünüş teorisi çerçevesinde iyi niyetli üçüncü kişilerin dış görünüşe olan güvenlerinin korunması gereklidir<sup>98</sup>.

<sup>93</sup> Tescil ve ilanı gerektirmeyen bir hususun bir şekilde tescil ve ilan edilmiş olması durumunda TTK m. 36/3 uygulama alanı bulmaz (Bkz. Yılmaz, "Sicil", 67, Ahmet Battal, "Ticaret Sicilinin Müsbet Fonksiyonunun ve Temsile İlişkin Sonuçlarının Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi", *Battal*, C. XIX, S. 1 (1997), 87; Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme*, 190).

<sup>94</sup> Tescil işleminin açıklayıcı (bildirici) etkiye sahip olduğuna ilişkin olarak bkz. Yanlı ve Okutan, "Sınırlı Yetkil", 23-24.

<sup>95</sup> Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 126, 128; Yanlı ve Okutan, "Sınırlı Yetkil", 25. TTK m. 371/7'nin eleştirisine ilişkin bkz. Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 118-126; Necla Akdağ Güney, "6552 Sayılı Torba Kanun ile TTK md. 371'e Eklenen Yedinci Fıkraya İlişkin Değerlendirmeler", Arslanlı Bilim Arşivi, Erişim Tarihi: Mart 05, 2022, [GÜHFD, C. XVIII, S. 3-4 \(2014\), 151 vd.](https://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/Necla%20Akda%C4%9F%20G%C3%BCney%20-%206552%20Say%C4%B1%C4%B1%20Torba%20Kanun%20ile%20TTK%20md.%20371'e%20Eklenen%20Yedinci%20, 11-18; Mehmet Özdamar, )

<sup>96</sup> Karayalçın, "Sicil", 16-17.

<sup>97</sup> Ülgen, *Hukuki Görünüş*, 167-169.

<sup>98</sup> Battal, "Sicil", 83-84, 98-101; Güven prensibinin dürüstlük kuralına dayandığına ilişkin bkz. M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar* (İstanbul: Beta Yayınları, 2003), 184 vd.

Dolayısıyla temsil yetkisi sınırlandırılmış veya sona ermiş olmasına rağmen eTK m. 39/1'e güvenip tescil ile yetinerek bu hususları uygun vasıtalarla muhataplarına bildirmeyen ve bu şekilde fiilî durumun oluşmasına katkıda bulunmuş veya bu duruma engel olmamış (göz yummuş) olan tarafın, TMK m. 2/2'de yer alan müeyyide ile karşılaşması gereklidir. Öte yandan *Battal* "MK m. 2'nin uygulanması kapısı bir kere açıldığı takdirde artık kapanamayacak gibidir" ifadesiyle, TMK m. 2 uygulamasının istisnayı kural haline getirebileceğinin, fiilî durumun hukukileşmesine bir kere izin verilmesi halinde bu fiilî durumun herkes tarafından iddia edilebileceğinin ve hatta bu durumu kötüye kullanmak isteyenlerin de olabileceğinin altını çizmiştir.

İsviçre ve Türk doktrininde bazı yazarlar konuyu ticaret sicilinin eTK m. 38 ve 39 altında düzenlenmiş olan *olumsuz etkisi* (TTK m. 36/4/İBK m. 936b/2) bakımından da ele almaktadır. Bu bağlamda azledildiği halde temsil yetkisinin terkinin sicilde tescil ve ilan edilmeyen kişilerle işlem yapan iyi niyetli üçüncü kişilerin güvenlerinin korunması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>99</sup>. Şirket ancak temsil yetkisinin kaldırıldığı üçüncü kişilerin bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmek suretiyle işlemle bağlı olmaktan kurtulabilecektir. Benzer husus, TTK m. 373 (eTK m. 323) altında tüzel kişiler tarafından yerine getirilmesi gereken tescil ve ilan yükümlülüğü altında da öngörülmüştür. Nitekim TTK m. 373/2 uyarınca temsil yetkisinin ticaret sicilinde tescilinden sonra ilgili kişilerin seçimi veya atanması ile ilgili hukuki sakatlıklar, şirket tarafından üçüncü kişilere karşı ancak sakatlığın bunlar tarafından bilindiğinin ispat edilmesiyle şartıyla ileri sürülebilmektedir<sup>100</sup>. Öğretide *Kırca*, bu hususu hukukî görünüş ilkesi kapsamında incelemiş olup yönetim kurulu üyesinin tescilinin ve bu üyenin şirket adına gerçekleştirdiği işlemlerin, üyenin seçimine ilişkin genel kurul kararının geçersiz veya hükümsüz kılınması durumunda iyi niyetli üçüncü kişiler üzerinde nasıl bir etki doğuracağını tartışmıştır. *Kırca*'nın ifadesiyle şirket, seçimi geçersiz yönetim kurulu üyesinin iyi niyetli üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerle bağlı olacaktır. Bu sonuç, iç ilişkide mevcut olmayan bir temsil yetkisinin - yanlışlıkla da olsa- ticaret sicili vasıtasıyla üçüncü kişilere duyurulması, bu hususta bir hukukî görünüş yaratılması sebebiyle üçüncü kişinin iyi niyetinin bu eksikliği gidermesinden kaynaklanmaktadır<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Yanlı ve Okutan, "Sınırlı Yetkilil", 25-26; Ülgen, *Hukukî Görünüş*, 162 vd; Karayalçın, "Sicil", 17-20; Yılmaz, "Sicil", 68; Garbarski, *La Responsabilité*, 49, Thaler, *Notion d'organe*, 21; Vucurovic, *Civil Liability*, 219-220.

<sup>100</sup> Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 118; Kırca, "Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Karar", 500-501; Kaşak, *Yetki Dağılımı*, 69, N. 1.87. TTK m. 373/2'nin gerekçesinde "hukukî sakatlık ne kadar ağır olursa olsun bunun üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceği" ifade edilmiştir. Gerekçeye göre TTK m. 373/2'nin amacı, "üçüncü kişiye izleyemeyeceği, belirleyemeyeceği ve yargılayamayacağı bir yükümlülük yüklenmesini engellemek ve işlem güvenliği ile adaleti sağlamak amaçlarına yöneliktir" (Gerekçe, m. 373/2, s. 113).

<sup>101</sup> Kırca, "Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Karar", 501.

Kanaatimizce dış görünüşte organ izlenimini veren organ kavramının geniş yorumlanması, TTK m. 36/3'un olumlu etkisinin getirdiği prensipler, sicil kayıtlarının TTK m. 24/III ve TSY m. 13 uyarınca artık elektronik ortamda tutuluyor olması ve üçüncü kişilerin, ticaret siciline tescil edilmiş olan imza yetkililerin kontrollerini internet ortamında kolaylıkla sağlayabiliyor olması karşısında<sup>102</sup> *Battal*'ın işaret ettiği istisnanın kural haline gelmesi tehlikesini taşımaktadır. Öte yandan ticaret sicili, TMK m. 7 anlamında resmi sicildir ve tescil için aranan kanunî şartların mevcudiyeti, TTK m. 32 (eTK m. 34) altında sicil memurunun oldukça kapsamlı bir şekilde düzenlenmiş olan inceleme görevi ve yetkisi kapsamında hem esas hem de şekil bakımından incelenmektedir. Buna uygun olarak sicildeki kayıtların sadece şekli değil maddi doğruluğu da kapsadığı kabul görmektedir<sup>103</sup>. Her halükârda dış görünüşte organ kavramından bahsedebilmek için Federal Mahkeme'nin 117 II 570 sayılı kararında da belirtildiği üzere ilgili organın fiili organın niteliklerini haiz olması ve bu kapsamda bağımsız olarak tipik bir organa dair yetkilerin icrası dolayısıyla şirket iradesinin oluşumuna katılması gerekmektedir. Dolayısıyla bu kavramın istisnaî durumlarda ve ancak tüzel kişinin üçüncü kişiler nezdinde ilgili kişinin önemli işlere ilişkin olarak tek başına karar vermeye yetkili olduğuna dair izlenim uyandırması ve üçüncü kişilerin de bu durumun aksini bilmemesi (ve bilebilecek durumda olmaması) durumlarında değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca iyi niyeti değerlendirilecek olan üçüncü kişinin tüzel kişi olması durumunda, yönetim organının (yönetim kurulu üyeleri veya Murahhasları) sözleşmesel ilişkiye girilecek tarafın temsil ve ilzam yetkilerine ilişkin gerekli incelemeleri gerçekleştirmesinin özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

Son olarak ticaret sicilinin *olumsuz etkisi* dolayısıyla terkinin gerçekleştirilmemiş olan bir temsilciye güvenerek şirketle işlem yapan iyi niyetli üçüncü kişinin güveninin korunması gerekmele birlikte bu durum güven prensibi uyarınca yeni bir organ türü yaratılmasına gerekçe olmamalıdır. Öncelikle Federal Mahkeme'nin 117 II 570 sayılı kararında da belirtildiği üzere dış görünüşe istinaden teşekkül edecek organ, fiili organın bir varyasyonudur. Buna uygun olarak yukarıda da belirtildiği üzere dış görünüşe istinaden teşekkül edecek organın, fiili organ niteliklerini haiz olması ve bağımsız olarak tipik bir organa dair yetkilerin icrası dolayısıyla şirket iradesinin oluşumuna katılması gerekmektedir. Bu hususa ilaveten, ticaret siciline tescilin açıklayıcı nitelikte olduğuna ilişkin Federal

<sup>102</sup> TTK m. 24 gerekçesinde ifade edildiği üzere (Gerekçe, m. 24/3, s. 9) bilgi bankasında yer alan kayıtların üçüncü kişilere ileri sürülebilmesi için bu hususta kanun düzenlenmesi getirilmek suretiyle elektronik sicil bankasına hukuki işlev tanınmalıdır (Bkz. Özge Karaege, "Ticaret Sicili Kayıtlarının Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2 (2020), 465; Necla Akdağ Güney, "Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili", *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi*, S. 1, (2011), 68).

<sup>103</sup> Ülgen, *Hukuki Görünüş*, 150-151; Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme*, 186; Kırca, "Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Karar", 500-501.

Mahkeme'nin 111 II 480 sayılı kararı uyarınca istifa etmiş ancak ticaret sicilinde halen müdür olarak kayıtlı görünen bir kimsenin İBK m. 754 kapsamında sorumlu olabilmesi için ilgili zarara yol açma veya zararı önleme konusunda etkin bir pozisyona sahip olması gereklidir. Dolayısıyla salt temsil yetkisi sicilden terkin edilmemiş olan bir kişinin ticaret sicilinin olumsuz etkisi dolayısıyla bir organ olarak kabul edilmesi organ kavramını fazlasıyla genişletmiş olacaktır. Her ne kadar organ kavramının kabulü mümkün olmasa da iyi niyetli üçüncü kişinin güveninin korunması açısından terkinin gerçekleştirilmesinde ihmali bulunan (duruma göre TBK m. 42/3 uyarınca yetki belgesini geri almayan<sup>104</sup>) yönetim kurulu üyelerinin üçüncü kişinin zararını tazmin etmesi gerekebilecektir. Temsil yetkisi olmadan üçüncü kişi ile işlem yapmada temsilcinin de kusurlu olması halinde (yetkisinin bulunmadığını bilmesi halinde) TBK m. 47/2 hükümleri uyarınca temsilcinin de sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

## 2. Borçlar Hukuku Altında Temsil Kavramı Bakımından

Dış görünüşte organ izlenimini veren organ kavramı, borçlar hukuku alanında temsil yetkisinin üçüncü kişilere bildirilmesine yönelik sevk edilmiş bir maddede olan TBK m. 41/2 (eBK m. 33/2) hükümleri bağlamında da değerlendirilmektedir<sup>105</sup>. Bu çerçevede *Organstellung Infolge Kundgabe*, üçüncü kişiler nezdinde güven uyandıracak bir görünüşü yaratan kişinin sorumlu olması fikrine dayanan *etkili görünüm teorisi (la théorie de l'apparence qualifiée/efficace)*<sup>106</sup> kapsamında incelenmektedir. Etkili görünüm teorisi uyarınca TBK m. 41/2 (İBK m. 33/3) ve 42/3 (İBK m. 34/3) hükümleri, iyi niyetli üçüncü kişinin temsil olunan kişi tarafından yaratılan görünüşe inanması halinde<sup>107</sup>, o üçüncü kişiyi temsil olunanın iradesine bakmaksızın korumaktadır<sup>108</sup>. İşlem güvenliğinin korunması amacıyla kanunun temsil olunanı, iyi niyetli üçüncü kişiler nezdinde yarattığı görünüşten dolayı sorumlu tutması anlayışına dayanan bu teorinin sonuçlarının doğması için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir: i) temsil olunanın, hiç var olmamış veya artık var olmayan yetkilerini, üçüncü kişilere açık veya örtülü bildirim yoluyla bildirmiş ve bu sayede bildirim *dış yetkilendirme* yoluyla yapmış olma-

<sup>104</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Cilt I*, 245-246, özellikle dn. 734-735; Necip Kocayusufpaşaoğlu; Hüseyin Hatemi; Rona Serozan, ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 723; Eren, *Borçlar Hukuku*, 504, N. 1359.

<sup>105</sup> Kocayusufpaşaoğlu; Hatemi; Serozan ve Arpacı, *Borçlar*, 643-646; Eren, *Borçlar Hukuku*, 504, N. 1359.

<sup>106</sup> Tercier ve Pichonnaz, *Obligations*, 141-142.

<sup>107</sup> Sözde yetkilerin, sözde temsilci tarafından bildirilmesi halinde iyi niyetli kişi kural olarak korunmaz (ATF 120 II 197, s. 200, p. 2b (aa), ATF 99 II 39, s. 42, p. 1, TF 4C.127/2001 du 22.08.2001, p. 2b)

<sup>108</sup> Tercier ve Pichonnaz, *Obligations*, 115 vd. Temsil olunan açık bir irade beyanında bulunmamış bile olsa, bu yolda hukukî görünüşe yol açan bazı fiili davranışları (katlanma suretiyle veya ihmal suretiyle) TBK m. 41/2'nin uygulanmasına yol açabilir (bkz. Kocayusufpaşaoğlu; Hatemi; Serozan ve Arpacı, *Borçlar*, 643-646).

sı, ii) üçüncü kişinin bu görünüşe iyi niyetle inanmış olması<sup>109</sup>. Burada önemli olan, bildirim temsil hükümleri doğuracak nitelikte etkili görünüm yaratması olup üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığı konusunda gerekli araştırma veya incelemeyi gerçekleştirmemesi halinde ya yetkinin bildirilmemiş olduğu<sup>110</sup> ya da iyi niyet eksikliği sonucuna varılmaktadır<sup>111</sup>. Kanaatimizce, TTK m. 36/3 altında belirtilen ticaret sicilinin *olumlu etkisi* uyarınca üçüncü kişilerin, ticaret sicili nezdinde tescil ve ilanı zorunlu olan kayıtları bilmedikleri yolundaki iddiaları dinlenmediğinden<sup>112</sup>, üçüncü kişiler tarafından temsil yetkisinin varlığı konusunda gerekli araştırma ve incelemenin gerçekleştirilmiş olması (örneğin yapılacak işleme ilişkin olarak üçüncü kişiler tarafından temsil olunan şirketin ticaret sicil kayıtlarındaki imza yetkililerinin veya temsil olunan tarafından temsilciye verilmiş olan yetki belgesinin incelenmesi) özellikle iyi niyetin tespiti açısından zarurî bir unsurdur.

## SONUÇ

İsviçre ve Türk anonim şirketler hukukunda tüzel kişinin organlarının hukukî işlem ve fiillerinden sorumlu olması dolayısıyla sorumlu çevresinin belirlenmesinde şekli kıstaslar (kanun, esas sözleşme veya iç yönerge gibi şirket içi düzenlemeler) yanında fiili kıstasların da önem teşkil ettiği sonucuna varılmaktadır. Bir diğer deyişle, bir kimsenin organ konumu ve sıfatı, salt yasal şekle uygun olarak yetkilendirilme yoluyla değil şeklen yetkilendirilmiş olmamasına rağmen fiili olarak organ yetkilerini kullanmak veya üçüncü kişiler üzerinde organ konumunda olduğu yönünde güven uyandırmak suretiyle de gerçekleşmektedir. Organ tanımını salt şekli organlarla sınırlı tutmak, fiili organ olarak tanımlanan ve şeklen yetkilendirilmemiş olmasına rağmen yönetim ve temsil ile görevli organlara özgü işlevleri bağımsız olarak ve kendi sorumluluğu altında kullanarak şirketin iradesinin oluşumuna katılan kimselerin sorumlu çevresine dahil edilmemesine neden olacaktır. Dolayısıyla şeklen organ olarak yetkilendirilmiş olmak, organ vasfını haiz olmanın bir şartı olarak değerlendirilmemelidir.

Fiili organ (tıpkı şekli organ gibi) kanun koyucu tarafından tanımlanmamış olsa da TTK m. 553'te yer alan “*yönetici*” ifadesi, mehaz İBK m. 754'te yer alan “*yönetim ve tasfiye ile uğraşan*” hükmü<sup>113</sup> göz önünde bulundurularak öğretilerde<sup>114</sup>

<sup>109</sup> Tercier ve Pichonnaz, *Obligations*, 116-117, N. 476; Eren, *Borçlar Hukuku*, 504, N. 1359, 520, N. 1400. ATF 131 III 511, s. 519, p. 3.2.2.

<sup>110</sup> ATF 120 II 197, s. 203, p. 3b; TF 4C.131/2006 du 04.07.2006, p. 2.2.

<sup>111</sup> ATF 131 III 511, s. 517, p. 3.1.

<sup>112</sup> Bkz. yuk. s. 22-23'te yapılan açıklamalar.

<sup>113</sup> TTK m. 553'ün gerekçe metnine ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. dn. 23.

<sup>114</sup> Pulaşlı, “Hukuki Sorumluluk”, 587; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 350; Çamoğlu, *Yönetim Kurulu*, 34; Karahan, editör, Karahan ve Koşut, *Şirketler*, 790, 793; Hamdi Yasaman, “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılabilir Sorumluluk Davaları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2 (2013), 99.



geniş olarak yorumlanmaktadır. Bu bağlamda “*yönetim ile uğraşan kişiler*”, şekli organ olan yönetim kurulu üyeleri ile kendilerine yönetim yetkisi delege edilen kişileri (şartları oluştuğunda murahhas müdürleri) ve fiili organları kapsama altına almaktadır. Dolayısıyla TTK m. 553’te yer alan “*yönetici*” ifadesi hem şekli hem de fiili organları kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Öte yandan Yargıtay kararlarında<sup>115</sup> da tespit edildiği üzere organ kavramının tanımlanmasında TMK m. 50 (eMK m. 47 ve 48) hükmünden yararlanılması gerekmekte olup, bu kavramın İsviçre Federal Mahkeme kararlarına uygun olarak fiili organları da kapsayacak şekilde yorumlanması gerekmektedir.

İsviçre öğretisi ve İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında fiili organ kavramı daha geniş yorumlanmış ve iyi niyetli üçüncü kişiler üzerinde yaratılan görünüme duyulan güvenin korunması gerektiği fikrinden yola çıkılarak dış görünüşte organ izlenimi veren organ kavramı ileri sürülmüştür. Öğretide kavramsal olarak kabul görmekten öteye gidemediği anlaşılan dış görünüşte organ izlenimi veren organın, yeni bir organ türü olarak kabul edilerek işlem ve fiillerinin tüzel kişiye izafe edilmesi, ticaret sicilinin olumlu ve olumsuz etkisi bağlamında ve borçlar hukukunda temsil kurumu bakımından mümkün görünmemektedir.

<sup>115</sup> YHGK, 11.06.2003, E. 2003/4-359, K. 2003/406; Y. 11. HD, 12.02.2012, E 2010/5559, K. 2012/5966; Y. 23. HD, 24.01.2014, E. 2013/7191, K. 2014/420.

## KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Akdağ Güney, Necla. “Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili”. *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi*, S. 1, (2011): 39-58.
- Akdağ Güney, Necla. “6552 Sayılı Torba Kanun ile TTK md. 371’e Eklenen Yedinci Fıkra-ya İlişkin Değerlendirmeler”. *Arsanlı Bilim Arşivi*: 1-25, Erişim Tarihi: Mart 05, 2022. <https://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/Necla%20Akda%20C4%9F%20G%C3%BCney%20-%206552%20Say%C4%B1%C4%B1%20Torba%20Kanun%20ile%20TTK%20md.%20371'e%20Eklenen%20Yedinci%20>
- Akıncı, Şahin. *Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler*. Konya: Sayram Yayınları, 2019.
- Akıpek, Jale; Akıntürk, Turgut ve Ateş, Derya. *Türk Medeni Hukuku - Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- Akünel, Teoman. *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1995.
- Ansary, Tuğrul. *Anonim Şirketler Hukuku Dersleri*. Ankara: Başnur Matbaası, 1968.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018.
- Atan, Turhan. *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1967.
- Altınok Ormancı, Pınar. “Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri ile Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar”. *İstanbul Hukuk Mecmuası*, S. 79(4) (2021): 1261-1283.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Bahtiyar, Mehmet. “6102 Sayılı TTK’da, Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı da Gereken Hususlar Sorunu (m. 35/3)”. *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 3, S. 2 (2013): 3-14.
- Bastian, Olivier. *Délégation de Compétences et répartition des taches au sein du conseil d’Administration*. Lausanne: CEDIDAC, 2010.
- Battal, Ahmet. “Ticaret Sicilinin Müsbet Fonksiyonunun ve Temsile İlişkin Sonuçlarının Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi”. *Batider*, C. XIX, S. 1 (1997): 83-101.
- Bauen, Mark; Bernet, Robert ve Rouiller, Nicolas. *La société anonyme suisse: Droit commercial - Loi sur la fusion - Droit boursier - Droit fiscal*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2007.
- Bilgili, Fatih. *Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Şirketlerin Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2004.
- Bilgili, Fatih ve Demirkapı, Ertan. *Ticaret Hukuku Bilgisi*. Bursa: Dora Yayınları, 2020.
- Bilgili, Fatih ve Demirkapı, Ertan. *Şirketler Hukuku Dersleri*. Bursa: Dora Yayınları, 2020.
- Blanc, Mathieu. “La Délégation de Compétences par le conseil d’administration”. in *Aspects actuels du droit de la société anonyme: Travaux réunis pour le 20ème anniversaire du CEDIDAC (1985-2005)*. Lausanne: CEDIDAC, 2005: 289-330.

- Chaudet, François. *Droit Suisse des Affaires*. Bale, Geneve, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2004.
- Corboz, Bernard. “Chapitre VI: La responsabilité, Introduction aux articles 752 à 761”. *Commentaire Romand, Code des Obligations II, Codes des obligations Art. 530-1186, Loi sur les bourses Art. 22-33 avec une introduction à la Loi sur la fusion*. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2008: 1344-1424.
- Çamoğlu, Ersin. “Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerinin Umumi Heyet Kararlarının İcrasından Doğan Mesuliyeti”, *Batider*, C. III, S. 3 (1966): 523-532.
- Çamoğlu, Ersin. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Çeker, Mustafa. *Ticaret Hukuku Genel Esaslar*. Adana: Karahan Kitabevi, 2016.
- Demirel, Duygu. “Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri”. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2 (2017): 211-250.
- Dessemontet, François. “L’organisation des sociétés anonymes”. in *Grundfragen des neuen Aktienrechts, Mélanges en l’honneur de Rolf Bär*. Berne: Stämpfli Editions, 1993: 19-34.
- Ditesheim, Rolf. *La représentation de la société anonyme: par ses organes ordinaires, fonde de procuration et mandataires commerciaux*. Berne: Stämpfli Editions, 2001.
- Doğan, Beşir Fatih. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Domaniç, Hayri ve Ulusoy, Erol. *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*. İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2007.
- Dural, H. Ali. *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlemesi ve Hukuki Sonuçları*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: 2005.
- Dural, Mustafa ve Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Engel, Pierre. *Traité des obligations en droit suisse: dispositions générales du CO*. Berne: Stämpfli Editions, 1997.
- Eren, Fikret. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Forstmoser, Peter. “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”. in *Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*. Berne: Stämpfli Editions, 1982: 125-145.
- Forstmoser, Peter; Sprecher, Thomas and Töndury, Gian Andri. *Personal Liability under Swiss Corporate Law, Associated risks and their avoidance*. Zurich: Schulthess Editions Romandes, 2005.
- Garbarski, Andrew M. *La Responsabilité Civil et Pénal des Organes Dirigeants de Sociétés Anonymes*. Zurich: Schulthess Juristische Medien AG, 2006.
- Gillard, Nicolas. “La Responsabilité des Administrateurs: Principes et Actions”. in *Aspects actuels du droit de la société anonyme: travaux réunis pour le 20ème anniversaire du CEDIDAC (1985-2005)*. Lausanne: CEDIDAC, 2005: 465-503.

- Hacımahmutoğlu, Sibel. *AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Helvacı, Mehmet. *Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.
- Helvacı, Mehmet. “İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Yönetim Kurulu”. *Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1995: 175-184.
- Hırş, Ernest, E. *Ticaret Hukuku Dersleri*. İstanbul: İstanbul Akgün Matbaası, 1948.
- İmregün, Oğuz. *Anonim Ortaklıklar*. İstanbul: Kutulmuş Matbaası, 1970.
- İmregün, Oğuz. “Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu”, *Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1999: 255-277.
- Kaplan, İbrahim. “Bağımsız Denetim Kuruluşu Yönetim Kurulu ve Denetçileri ile Bağımsız Denetim Kuruluşunun Hukuki Sorumluluğu”. *Batider*, C. XXVIII, S. 2 (1961): 5-48.
- Karaege, Özge. “Ticaret Sicili Kayıtlarının Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2 (2020): 461- 493.
- Karahan, Sami, editör. *Şirketler Hukuku*. Konya: Mimoza Yayınları, 2013.
- Karahan, Sami. *Ticari İşletme Hukuku*. Konya: Mimoza Yayınları, 2015.
- Karayalçın, Yaşar. “Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri”. *Batider*, C. VIII, S. 2 (1975): 1-29.
- Karayalçın, Yaşar. “Üst Kuruluşlar Hukuku”. *Batider*, C. XVI, S. 1 (1991): 7-47.
- Keskin, Harun. “Anonim Şirket Genel Kurulu ve Yönetim Kurulu Arasındaki İlişkinin Tarihsel Süreçte Geçirdiği Değişim ve Organların Yetkilerine Genel Bir Bakış”. *Batider*, C. XXXIV, S. 3 (2018): 241-247.
- Kaşak, Esra. *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Kırca, İsmail. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Kararın Hükümsüzlüğü”. *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*. C. I. İstanbul: Beta Yayınevi, 2003: 495-506.
- Kırca, İsmail. “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”. *Batider*, C. XXVIII, S. 2 (2012): 51-59.
- Kırca, İ.; Şehirli Çelik, F. Hayal ve Manavgat, Ç. *Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona ve Arpacı, Abdülkadir. *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.

- Meier-Hayoz, Arthur ve Forstmoser, Peter. *Droit suisse des sociétés*. édition française par Peter Jordanov. Berne: Stämpfli Editions, 2015.
- Metin, Umut. *Şirketlerde Yönetim Kurulu Krizleri ve Çözüm Yolları*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Mimaroğlu, Sait Kemal. *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1967.
- Oğuzman, Kemal M. ve Barlas, Nami. *Medenî Hukuk, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar*. İstanbul: Beta Yayınları, 2003.
- Oğuzman, Kemal M. ve Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.
- Oğuzman, Kemal M. ve Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Oğuzman, Kemal M.; Seliçi, Özer ve Oktay, Saibe. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002.
- Oulevey, Xavier. *L'institution de la décharge en droit de la société anonyme*. Zurich: Schulthess Juristische Medien AG, 2008.
- Özdamar, Mehmet. "6552 Sayılı Kanun ile TTK'da Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Anonim Şirketin Temsili". *GÜHFD*, C. XVIII, S. 3-4 (2014): 137-164.
- Özkorkut, Korkut. *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali*. Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, 1996.
- Özsunay, Ergun. *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*. İstanbul: Kutulmuş Matbaası, 1969.
- Öztan, Bilge. *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1970.
- Peter, Henry. "Les nouvelles sources de responsabilité des administrateurs en droit des sociétés". in *Nouvelles responsabilités pour le conseil d'administration*. Bellinzona: Méta-Éditions, 2005: 11-28.
- Pittet, Véronique. *Les compétences et la responsabilité de l'administrateur-directeur dans le droit de la société anonyme*. Lausanne: Université de Lausanne, 1999.
- Poroy, Reha ve Yasaman, Hamdi. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal ve Tekinalp, Gülören. "Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu", *Doğumunun Yüzüncü Yılında Atatürk'e Armağan*, İHFM, Cilt XLV-XLVII, S. 1-4. İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1982: 347-398.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal ve Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Pulaşlı, Hasan. "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili". *Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan*. İstanbul: MÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, 2003: 165-177.
- Pulaşlı, Hasan. "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu", *Ali Naim İnan'a Armağan*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2009: 571-591.

- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Ravello, Robertino Lei. *La responsabilité Solidaire des Organes de la Société Anonyme*. Lausanne: Imprimerie des Arts et Métiers SA, 1992.
- Secrétan, Roger. “L’assemblée générale, «pouvoir suprême» de la société anonyme (698 CO) ?”. in *Revue de Droit Suisse*. Bale: Helbing Lichtenhahn, 1958-1959: 153-159.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk - Genel Bölüm / Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Steiger, F. De. *Le droit des sociétés anonymes en Suisse*. Adaptation française par J. Co-sandey. Lausanne: Librairie Payot, 1950.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tekinalp, Ünal. *Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Tekinalp, Ünal. *Yeni Anonim Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Tercier, Pierre ve Levrat, Jérôme. “Introduction générale au droit commercial suisse”. *Commentaire Romand, Code des Obligations II, Codes des obligations Art. 530-1186 CO, Art. 120-141 LIMF, ORAb, Avec des Introductions a la LFus et la LTI*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2017: 1- 19.
- Tercier, Pierre ve Pichonnaz, Pascal. *Le droit des obligations*. Zurich: Schulthess Editions romandes, 2019.
- Tercier, Pierre; Pichonnaz, Pascal ve Develioğlu, Murat. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Thaler, Cédric. *La notion d'organe au sens de l'art. 754 CO*. Lausanne: Editions Bis & Ter, 2007.
- Trigo Trindade, Rita. *Le conseil d'administration de la société anonyme: composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs*. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 1996.
- Trigo Trindade, Rita ve Peter, Henry. “Responsabilité des organes de gestion dans un groupe de sociétés: commentaire des ATF 128 III 29 et 128 III 92”. in *RSDA*. Zurich: Schulthess Juristische Medien AG, 2002: 251-259.
- Ülgen, Hüseyin. *Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.
- Ünal, Ahmet Cemil. *Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde CEO'nun Hukukî Konumu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Villa, Marco. “Organes de Fait et Organes Apparents”. *La Responsabilité Civil d'Entreprise*. Lausanne: CEDIDAC, 2004: 70-144.

- Vucurovic, Tetiana Bersheda. *Civil liability of company directors and creditor protection in the vicinity of insolvency: comparative analysis based on the Swiss and English systems*. Zurich: Schulthess Juristische Medien AG, 2007.
- Xoudis, Julia. “Titre Deuxieme: Des personnes Morales”. in *Commentaire Romand, Code Civil I, Art 1-359*. Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2010: 412-435.
- Yanlı, Veliye. “İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda “İş Bölümü İlkesi” ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri”. *İHFM*, C. LV, S. 3 (1997): 261-278.
- Yanlı, Veliye ve Okutan Nilsson, Gül. “Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini”. *Batider*, C. XXX, S. 4 (2014): 5-42.
- Yasaman, Hamdi. “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2 (2013): 97-112.
- Yıldırım, Suat. “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Denetçi”, *Mali Çözüm Dergisi*, Cilt 21, S. 106 (2011): 43-52.
- Yıldız, Şükrü. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku*. İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2007.
- Yılmaz, Asuman. “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Sicilinde Hukukî Görünüşe Güven (TTK m. 37)”. *Batider*, C. XXX, S. 3 (2014): 65-91.
- Zen-Ruffinen, Marie-Noëlle ve Bauen, Marc. *Le conseil d’administration*. Zurich: Schulthess Editions romandes, 2017.